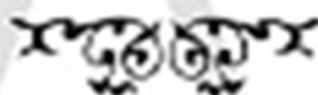




مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال پانزده، شماره سی و پنج، تابستان ۱۴۰۳



- معیار و ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه
محمد بافهم؛ عزیزاله فهیمی؛ مهدی حسن‌زاده
- چالش‌های چارچوب حقوقی خسارت محیط زیستی در صنعت نفت و گاز فراساحل
محمدعلی باقرصاد؛ پرویز ساورایی
- تعارض منافع به‌عنوان منشأ برخی جرایم در حقوق ایران با تأکید بر تجارب تقنینی در کانادا
علیرضا تقی‌پور؛ سید محمدرضا موسوی‌فرد
- مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی در سوء استفاده از حق در حقوق ایران و فرانسه
هادی جرفی؛ احمد جعفری؛ حمید ابهری
- مفهوم و ماهیت «مراقبت مقتضی» در حقوق بین‌الملل
سیدمحمد حسینی؛ سعید رهایی
- مطالعه تطبیقی سازوکارهای مشارکت عمومی در تعیین محتوای قانون اساسی
زهرا عامری؛ معصومه عامری
- مطالعه‌ای تطبیقی در باب چالش‌های قانونی اعمال صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده
حسین فخر
- تبیین مفهوم فرصت‌های شرکتی و راهکار جلوگیری از تصاحب آنها از سوی مدیران (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی امریکا، انگلیس و ایران)
رضا قلی‌نیا؛ اسماعیل شاهسوندی؛ امیرعباس بزرگمهر؛ علیرضا مشهدی‌زاده
- اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان؛ مبانی، شرایط اعمال و قلمرو اصل در حقوق ایران
اقبال علی میرزایی
- اصول ارزیابی و محاسبه خسارت در بیمه‌های عدم‌النفع
مونا عبدی؛ عباس میرشکاری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال پانزدهم - شماره سی و پنج

تابستان ۱۴۰۳

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

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

هیأت تحریریه

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

همکاران علمی این شماره:

وحید آگاه، عادل ابراهیم‌پور، مصطفی‌السان، جلیل امیدی، حسن بادینی، رضا پرستش، مجتبی جانی‌پور، احسان جاوید، محمدعلی حاجی ده‌آبادی، غلامرضا حاجی‌نوری، ابوالفتح خالقی، سیدقاسم زمانی، مقصود عبادی بشیر، بیژن عباسی، محسن عبدالهی، ابراهیم عبدی‌پور فرد، مجید غمامی، سیدسجاد کاظمی، علی مشهدی، رضا معبودی نیشابوری، رضا مقصودی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۹۱/۵/۳ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- O ویراستار انگلیسی (تخصصی حقوقی): هیلدا بانان
- O مدیر اجرایی: عباس یگانه
- O صفحه‌آرایی: شیرین زمانی
- O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- O تاریخ چاپ: تابستان ۱۴۰۳
- O نوبت انتشار: فصلنامه

انتشارات دانشگاه تبریز

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

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی
کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، فکس: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳
مستولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

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

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013) یا جدیدتر خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:
* کتاب: نام، نام خانوادگی، عنوان کتاب (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.
* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.
نمونه: کمال الدین هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رومی- ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.
* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآورندگان کتاب، عنوان مجموعه مقالات (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: سید حسین صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن جعفری تبار، بر منهج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.
* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.
* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، عنوان رساله/پایان نامه (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان Abstract	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	<i>Italic</i> 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
۱- معیار و ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه	
محمد بافهم؛ عزیزاله فهیمی؛ مهدی حسن زاده.....	۳۲-۱
۲- چالش های چارچوب حقوقی خسارت محیط زیستی در صنعت نفت و گاز فراساحل	
محمدعلی باقرصاد؛ پرویز ساورایی.....	۶۰-۳۳
۳- تعارض منافع به عنوان منشأ برخی جرایم در حقوق ایران با تأکید بر تجارب تقنینی در کانادا	
علیرضا تقی پور؛ سید محمدرضا موسوی فرد.....	۸۶-۶۱
۴- مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی در سوء استفاده از حق در حقوق ایران و فرانسه	
هادی جرفی؛ احمد جعفری؛ حمید ابهری.....	۱۱۱-۸۷
۵- مفهوم و ماهیت «مراقبت مقتضی» در حقوق بین الملل	
سیدمحمد حسینی؛ سعید رهایی.....	۱۴۰-۱۱۳
۶- مطالعه تطبیقی سازوکارهای مشارکت عمومی در تعیین محتوای قانون اساسی	
زهرا عامری؛ معصومه عامری.....	۱۶۷-۱۴۱
۷- مطالعه ای تطبیقی در باب چالش های قانونی اعمال صلاحیت ناشی از تابعیت بزه دیده	
حسین فخر.....	۱۹۴-۱۶۹

۸- تبیین مفهوم فرصت‌های شرکتی و راهکار جلوگیری از تصاحب آنها از سوی مدیران (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی امریکا، انگلیس و ایران)

رضا قلی‌نیا؛ اسماعیل شاهسوندی؛ امیرعباس بزرگمهر؛ علیرضا مشهدی‌زاده... ۱۹۵-۲۳۲

۹- اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان؛ مبانی، شرایط اعمال و قلمرو اصل در حقوق ایران

اقبال علی میرزایی ۲۳۳-۲۶۰

۱۰- اصول ارزیابی و محاسبه خسارت در بیمه‌های عدم‌النفع

مونا عبدی؛ عباس میرشکاری ۲۶۱-۲۹۱



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 1-32

The Measures of Abuse of Rights in Iranian and French Civil Proceedings

Mohammad Bafahm¹ | Azizollah Fahimi² | Mahdi Hasanzadeh³

1. Ph.D. Candidate in private law at Qom University, Iran (Corresponding Author) bafahm.m@gmail.com

2. Associate Professor of Qom University, Iran

aziz.fahimi@yahoo.com

3. Associate Professor of Qom University, Iran

m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Abstract

The prohibition of abuse of rights in civil proceedings is well established, and individuals are not permitted to abuse their rights. Consequently, the prohibition of the abuse of rights is acknowledged as a legal principle in civil proceedings. However, a significant question arises: what constitutes the measure for the abuse of rights in civil proceedings? Specifically, what use of right is deemed illicit and classified as an abuse of right? This study aims at answering this question. The findings of this research indicate that according to the provision of Article 109 and Articles 133, 139, and 515 of the Civil Procedure Code, as well as the principles of abuse of rights in civil proceedings (purpose of proceedings, public order, and the role of ethics), the use of rights for motives other than pleading for justice and self-defense is deemed an abuse of rights and is illegal in the Iranian civil proceedings. In French law, according to an old legal maxim, malice in the exercise of a right results in the abuse of a right. The French Supreme Court has leant towards the fault theory over time. Scholars have argued that a single rule cannot be considered for the abuse of rights in civil proceedings.

Keywords: *Evasion in law, fault, Legal Principles, Good Faith, Malice.*

Received: 2023/08/23 Received in revised form: 2024/05/04 Accepted: 2024/05/27 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/law.2024.58101.3312

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





معیار و ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه

محمد بافهم^۱ | عزیزاله فهیمی^۲ | مهدی حسن زاده^۳

bafahm.m@gmail.com

aziz.fahimi@yahoo.com

m.hasanzadeh@qom.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشیار دانشگاه قم، ایران

۳. دانشیار دانشگاه قم، ایران

چکیده

سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ممنوع است و اشخاص نمی‌توانند از حقوق خود سوءاستفاده کنند؛ از این رو، ممنوعیت سوءاستفاده از حق به‌عنوان یک اصل حقوقی در دادرسی مدنی پذیرفته شده است. اما سؤال مهمی که در این خصوص وجود دارد آن است که ضابطه و معیار سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی چیست؛ به این معنا که چه استفاده‌ای از حق، غیرمجاز و مشمول سوءاستفاده از حق خواهد بود. هدف این پژوهش، پاسخ به همین پرسش است. نتایج این تحقیق حاکی از آن است که با توجه به تبصره ماده ۱۰۹ و مواد ۱۳۳، ۱۳۹ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و همچنین توجه به مبانی سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی (هدف دادرسی، نظم عمومی و نقش اخلاق)، اعمال حق در دادرسی مدنی ایران با انگیزه‌ای غیر از دادخواهی و دفاع از خود، سوءاستفاده از حق و غیرمجاز است. در حقوق فرانسه نیز اگرچه طبق قاعده قدیمی، سوءنیت در اعمال حق موجب سوءاستفاده از حق است، اما با گذشت زمان، دیوان عالی فرانسه به نظریه تقصیر نیز گرایش پیدا کرده و گفته شده است نمی‌توان ضابطه‌ای واحد برای سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی در نظر گرفت.

واژگان کلیدی: اصول حقوقی، تقصیر، تقلب نسبت به قانون، حسن نیت، سوءنیت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/law.2024.58101.3312



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز



مقدمه

در قانون آیین دادرسی مدنی حقوق متعددی برای اصحاب دعوا در نظر گرفته شده است؛ از جمله این حقوق، حق دادخواهی و جلوه‌های آن، یعنی حق اقامه دعوا و حق شکایت از آرا و نیز حق طرح ایرادات و دفاعیات است. ممکن است این حقوق مورد سوءاستفاده قرار گیرد. در قانون فرانسه ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی به صراحت و به موجب مواد متعددی، از جمله ۱-۳۲ (در مورد حق دادخواهی)، ۵۵۹ (در مورد پژوهش خواهی)، ۵۸۱ (در مورد طرق فوق العاده شکایت)، ۶۲۸ (در مورد فرجام خواهی) قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه پذیرفته شده است.^۱ اما در قانون ایران، موارد اعلام ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی، به وضوح و تعدد قانون فرانسه نیست و در محدود مواد قانونی (از جمله تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی)، ممنوعیت سوءاستفاده از حق اعلام گردیده است؛ با وجود این، همان گونه که برخی به تفصیل گفته‌اند، باتوجه به مستنداتی چون «(الف) اصل چهارم قانون اساسی، (ب) نقش ممنوعیت سوءاستفاده از حق به عنوان یکی از اصول حقوقی، (ج) توجه به هدف دادرسی مدنی، (د) نظم عمومی و نیز (ه) نقش اخلاق در حقوق»، نباید در ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی تردید نمود و این ممنوعیت، منحصر به مواردی که قانون پیش‌بینی کرده است (مانند تبصره ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی) نخواهد بود، بلکه به عنوان یک اصل حقوقی در سرتاسر دادرسی حکومت دارد.^۲

پس از شناسایی ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، قدم اول، شناخت معیار و ضابطه آن است؛ به این معنا که بهره‌مندی از حق تا چه میزانی و تحت چه شرایطی «مجاز» و مشمول «استفاده» از حق است و در چه شرایطی «غیرمجاز» و مشمول «سوءاستفاده» از حق. هدف این پژوهش نیز همین موضوع است. پاسخ به این سؤال تحت عنوان «ضابطه؛ معیار یا ملاک سوءاستفاده از حق»، در قالب نظریاتی بیان شده است.

۱. محمد بافهم و همکاران، «ضمانت اجرای ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱۲۱ (۱۴۰۲)، ص ۲.

۲. محمد بافهم و همکاران، «سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱۱۹ (۱۴۰۲)، ص ۱۵۰-۱۵۱.

به صورت کلی (نه فقط در مورد دادرسی مدنی) سه ضابطه «سوءنیت»، «تقصیر» و «غایت اجتماعی» ارائه شده است. هریک از این ضوابط، قلمرو متفاوتی را دربر می گیرد؛ برای مثال، چنانچه ضابطه سوءاستفاده از حق، تقصیر باشد، به صرف تقصیر شخص، عمل وی سوءاستفاده از حق و غیرمجاز تلقی می شود، اما اگر سوءنیت معیار سوءاستفاده از حق باشد، در این صورت، عمل تقصیرآمیز مادامی که عامدانه و با سوءنیت نباشد، سوءاستفاده از حق نیست و مجاز است؛ بر این اساس، ممکن است عمل واحدی مطابق یک ضابطه، اعمال حق و مجاز باشد و مطابق ضابطه دیگر، سوءاستفاده از حق و غیرمجاز تلقی گردد؛ از این رو، شناسایی ضابطه یا معیار سوءاستفاده از حق، واجد اهمیت بسزایی است. صرف نظر از موارد پیش گفته، آنچه ضرورت انجام پژوهش حاضر را دوچندان می کند، این است که در آثار حقوقی موجود در ایران در مورد ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، مطلب قابل توجهی بیان نشده، و ضوابط ارائه شده در خصوص حقوق ماهوی و مصادیق آن (ازجمله تصرفات مربوط به همسایگان) است که در مورد همین مصادیق نیز وحدت نظر وجود ندارد و حتی به اعتقاد یکی از حقوق دانان فرانسه، معنای عمیق و گستره اعمال این نظریه به صورت دقیق مشخص نیست.^۳ از لحاظ کاربردی نیز نظر به اینکه یکی از چالش های مهم دادگستری ایران، اطاله دادرسی است و سوءاستفاده از حق در دادرسی نیز از مهم ترین علت های این چالش است، لذا ضروری است ابعاد مختلف اصل ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی تبیین گردد تا در حقوق ایران نیز مانند فرانسه، این اصل حقوقی برای مقابله با سوءاستفاده از حق، مورد استناد مراجع قضایی قرار گیرد؛ بر این اساس، ضرورت دارد پژوهشی مستقل در خصوص معیار یا ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ارائه شود.

با توجه به اینکه قانون گذار فرانسه راجع به ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، مقررات متعددی وضع نموده است و این موضوع به خوبی در رویه قضایی و دکترین حقوقی آن کشور نیز نفوذ یافته است، لذا به جهت غنای حقوق فرانسه در مورد موضوع، پژوهش حاضر به صورت تطبیقی با حقوق فرانسه ارائه می گردد و از همین رو، در ترتیب بیان مطالب، حقوق فرانسه تقدم دارد.

۳. ژرژ ریه، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، ترجمه حسنعلی درودیان، بر منهج عدل، (تهران: دانشگاه تهران، ج ۲، ۱۳۹۳)، ص ۲۶۸.

در گام نخست، معیار یا ضوابط سوءاستفاده از حق به صورت کلی (نه فقط دادرسی مدنی) ارائه می‌گردد، سپس ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی بررسی می‌شود.

۱. معیارهای سوءاستفاده از حق به صورت کلی

در مورد معیار تحقق سوءاستفاده از حق (به صورت کلی و در مورد هر حقی)، سه ضابطه یا معیار از سوی حقوق دانان ارائه شده است. در ادامه، هریک از آنها تبیین می‌گردد.

۱.۱. تقصیر^۴

مطابق این نظریه که مبتنی بر ماده ۱۲۴۰ (۱۳۸۲ سابق) قانون مدنی فرانسه است، «تقصیر» ملاک و مبنای تحقق سوءاستفاده از حق است؛^۵ به این معنا که سوءاستفاده از حق زمانی تحقق می‌یابد که صاحب حق عمداً یا سهواً مرتکب رفتاری شود که یک فرد عادی و محتاط مرتکب آن نمی‌شود؛ برای مثال، دیوان عالی فرانسه تجدیدنظرخواهی‌ای که هیچ شانس برای موفقیت ندارد سوءاستفاده از حق تلقی کرده است.^۶ در حقوق ایران نیز به نظر یکی از استادان حقوق، مفاد ماده ۱۳۲ قانون مدنی، در زمینه روابط همسایگان که محل مرسوم طرح مسئله سوءاستفاده از حق است، نظریه تقصیر را تأیید می‌کند.^۷ شرط «علت موجه» در ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی نیز به گونه‌ای دیگر معیار پیش گفته را تأیید می‌کند.^۸

این نظریه بیشتر بر «عمل» فرد- از این لحاظ که بایستی مطابق عمل انسان متعارف باشد- تأکید دارد و «انگیزه» فرد (سوءنیت و قصد اضرار) در تحقق یا عدم تحقق

4. Fault.

5. Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Droit Civil*, (Paris: Siery, 1962), n° 417; Ambroise Colin et Henri Capitan, *Traité de droit civil*, Tome 2, (Paris: Dalloz, 1953), n° 195.

به نقل از: حمید بهرامی احمدی، سوءاستفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، (تهران: مؤسسه اطلاعات، چ ۳، ۱۳۷۷)، ص ۱۰۵.

6. Cour de Cassation, Civ. 2e, 4 Mai 2000, n° 95-21.567, JCP 2000. II. 10356, note Garé.

۷. ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۱۱، ۱۳۹۱)، ص ۴۲۷-۴۲۹؛ ناصر کاتوزیان، «سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴ (۱۳۵۸)، ص ۱۱۱-۱۱۲؛ همچنین برخی از اصطلاح‌بی‌احتیاطی استفاده کرده‌اند. نک: شهیدی، مهدی، «تجاوز از حق»، تحقیقات حقوقی، ش ۳۳ و ۳۴ (۱۳۸۰)، ص ۵۷.

۸. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۲-۱۱۳.

سوءاستفاده از حق، موثر نیست.^۹ بنابراین، یکی از نتایج پذیرش این نظریه این است که حتی اگر شخصی با حسن نیت و بدون قصد اضرار به دیگری و مثلاً به دلیل جهل وی به قانون و اینکه صرفاً تصور می‌کرد ذی‌حق است یا تصور می‌کرد بعداً دلیل تحصیل خواهد کرد، اقدام به اقامه دعوا یا شکایت از رأیی نماید، ممکن است دعوای چنین شخصی، سوءاستفاده از حق تشخیص داده شود؛ زیرا گفته شد، توجه و تمرکز نظریه تقصیر بر عمل فرد است. فرد متعارف، بدون آگاهی به قوانین و بدون داشتن دلیل، اقدام به اقامه دعوا نمی‌کند؛ در نتیجه حتی اگر انگیزه وی دادخواهی باشد، دعوای او سوءاستفاده از حق خواهد بود؛ بنابراین، مطابق این نظریه، دعوای واهی اعم از آنکه خواهان به محق بودن خود آگاه یا ناآگاه باشد، سوءاستفاده از حق خواهد بود.

۲.۱. سوءنیت یا قصد اضرار^{۱۰}

طرف‌داران این نظر، سوءاستفاده از حق را به این دلیل قابل مجازات می‌دانند که به اصول اخلاقی لطمه می‌زند؛ به اعتقاد پیروان این نظریه، در سوءاستفاده از حق، تعارض میان حق مثبت متعلق به شخص و وظیفه اخلاقی او مطرح است. شخص ذی‌حق با استفاده از حق خود، در انجام وظیفه اخلاقی خود کوتاهی می‌کند.^{۱۱} از آنجا که رعایت اخلاق در اعمال حقوق لازم و ضروری است، لذا سوءاستفاده از حق، ممنوع بوده، از این رو معیار آن، قصد اضرار است.^{۱۲} به این معنا که «اعمال حق صرفاً با انگیزه ضرر به غیر صورت پذیرفته شود»^{۱۳}؛ برای مثال، خواهان با داشتن امکان اقدام در برابر چندین دادگاه جهت مطالبه حق خویش، تنها به منظور وارد آوردن شدیدترین زیان به خوانده، دادگاهی را که کمتر از همه برای وی سهل‌الوصول باشد، برمی‌گزیند.^{۱۴} برخی حقوق‌دانان ایران نیز در تعریف

۹. حمید بهرامی احمدی، پیشین، ص ۱۰۵.

10. Intention de Nuire.

11. Savatier, René, *Des Effets et de la Sanction du Devoir Moral en Droit Positif Français et Devant la Jurisprudence*, Thèse Pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Poitiers Université, 1916, p. 23.

۱۲. ژرژ ریپر، پیشین، ص ۲۶۸.

13. Jean Dabin, *Le Droit Subjectif*, (Paris: Dalloz, 1952), p. 293 et Après Cela;

به نقل از: حمید بهرامی احمدی، پیشین، ص ۱۰۹.

۱۴. ژرژ ریپر، پیشین، ص ۲۷۸-۲۷۹.

سوءاستفاده از حق، قید «قصد اضرار» را به کار برده‌اند و در مقام تعریف سوءاستفاده از حق چنین تصریح کرده‌اند: «اضرار به غیر، عامداً ضمن اعمال حقی از حقوق خصوصی مانند آن که صدای رادیو را زیاده از اندازه بلند کند به قصد آزار همسایه»^{۱۵}؛ به این ترتیب، طبق این نظر، ضابطه تحقق سوءاستفاده از حق، قصد اضرار است.

با توجه به اینکه مطابق این نظریه، ملاک تحقق سوءاستفاده از حق، قصد و انگیزه فرد است؛ یکی از نتایج پذیرش این نظریه آن است که سوءاستفاده از حق، مختص مواردی نیست که فرد در ماهیت موضوع دعوا حقی نداشته باشد، بلکه شامل مواردی که فرد، واجد حق است نیز می‌باشد؛ به این صورت که شخصی واقعاً در ماهیت موضوع دعوا دارای حق باشد، مثلاً از فرد دیگری طلبکار باشد. اگر چنین شخصی، نه به قصد رسیدن به این حق و طلب خود، بلکه به قصد اضرار به شخص دیگری (مثلاً خدشه به آبروی وی) اقدام به اقامه دعوا نماید، عمل وی سوءاستفاده از حق خواهد بود؛ چراکه مطابق این نظریه، ضابطه تحقق سوءاستفاده از حق، به «قصد و انگیزه» شخص در مورد استفاده از حق بازمی‌گردد.

۳.۱. غایت و هدف اجتماعی حق^{۱۶}

بر طبق این ضابطه، حق تا آنجا محترم است که با مبانی اجتماعی اعطای آن سازگار باشد^{۱۷}؛ به عبارت دیگر، هر حق بر اساس هدفی به وجود آمده و باید به سمتی حرکت کند که برای آن ایجاد شده است؛ بنابراین، «عمل سوءاستفاده، عملی است که مغایر با روح و هدف آن حق است» و بر همین اساس گفته شده است: «حقوق برای یک مأموریت اعطا می‌شود. اگر به طور ناپسند اعمال شود، از هدف خود منحرف شده است»^{۱۸}؛ برای مثال، دیوان عالی فرانسه در رأی مورخ ۲۲ مارس ۱۹۵۳ اعتصاب‌هایی را که با هدف سیاسی برگزار شد، سوءاستفاده از حق محسوب کرد. در برخی از قوانین ایران نیز از نظریه غایت

۱۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، ج ۳، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۸)، ص ۲۲۰۸.

16. Détournement du Droit de Ses Fonctions Sociales.

۱۷. غلامرضا حاجی‌نوری، «بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۴۹.

18. François Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, (Paris: Bruylant-Christophe, 3ème Édition, 1874), p. 189.

اجتماعی حق پیروی شده است؛ از جمله اصل چهلیم قانون اساسی که می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به ... منافع عمومی قرار دهد». در قانون مدنی ایران نیز موادی وجود دارد که نشان‌دهندهٔ توجه به این معیار است؛ از جمله مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۹۱ و شرط مصلحت در تبصرهٔ مادهٔ ۱۰۴۰ و مادهٔ ۱۰۴۳ قانون مدنی که بر مبنای ضابطهٔ غایت اجتماعی حق استوار است.^{۱۹}

در تطبیق این نظریه در دادرسی مدنی می‌توان گفت در صورت پذیرش این نظریه، برای تشخیص سوءاستفاده از حق در دادرسی، بایستی مشخص شود هدف از دادرسی و حقوقی که در جریان دادرسی به افراد اعطا شده چیست، سپس به‌کارگیری این حقوق، خارج از این هدف، سوءاستفاده از حق خواهد بود.

در مقام مقایسهٔ این نظریه با سایر نظریات باید گفت: به اعتقاد ژوسران، معیارهای دیگر (قصد اضرار و تقصیر)، هرکدام بخشی از حقیقت را شامل می‌شوند و معیارهای قبلی فقط باعث شد که یک جنبه یا جنبه‌های خاصی از نظریهٔ سوءاستفاده درک شود.^{۲۰} درحالی که در نظر ژوسران، محور اصلی توجه و استدلال این است که استفاده از حق، منطبق با غایت و هدف نهایی آن است یا نه، و مسئلهٔ غایت و جهت مشروع با توجه به این امر در نظر گرفته می‌شود، زیرا «روح» و «غایت نهایی قانون» عاملی است که به‌وسیلهٔ آن می‌توان مشروعیت یا عدم مشروعیت اعمال حق را تشخیص داد. در هر حال، وقتی غایت و هدف اجتماعی حقوق در نظر گرفته می‌شود، دیگر موضوع در مرحلهٔ قصد اضرار باقی نمی‌ماند و حتی در مرحلهٔ تقصیر نیز متوقف نمی‌شود، بلکه حتی ممکن است کسی که حق خود را اعمال می‌کند در اعمال حق، قصد اضرار نداشته باشد و مانند یک انسان عاقل محتاط عمل کند، ولی به‌علت آنکه نتیجهٔ حاصله از عمل او مغایر هدف اجتماعی حق است، از مصادیق سوءاستفاده از حق محسوب گردد^{۲۱}، به این ترتیب، برخلاف نظریهٔ قصد اضرار که معیاری ذهنی است، در نظریهٔ غایت اجتماعی، ملاک، نتیجه و عمل فرد است و اینکه نتیجه و عمل

۱۹. حمید بهرامی احمدی، پیشین، ص ۲۰۹ و ۲۱۰.

20. Louis Josserand, *De L'esprit des Droits et de Leur Relativité: Théorie Dite de L'abus des Droits*, (Paris: Dalloz, 2ème Édition, 1939), p. 394.

۲۱. حمید بهرامی احمدی، پیشین، ص ۱۱۳.



برخلاف غایت حق باشد، سوءاستفاده از حق شمرده می‌شود.

۴.۱. نظریه ترکیبی

به اعتقاد حقوق‌دانان معاصر فرانسه، در خصوص سوءاستفاده از حق (به صورت کلی) از نظریه واحدی پیروی نشده و «مسلم است که در راه‌حل‌های اتخاذشده وحدتی وجود ندارد. سوءاستفاده گاهی (برای مثال، در مسائل مربوط به املاک) بر اساس قصد اضرار است. در موارد دیگر (مانند سوءاستفاده از حق اکثریت شرکا در شرکت‌های تجاری)، ملاک، سوءاستفاده از هدف و عملکرد حق است. در مواردی دیگر نیز رفتار غیرمعارف (تقصیر ساده) ملاک است»^{۲۲}. درواقع مراجع قضایی، بسته به نوع حقوق اعمال‌شده، سوءاستفاده را متفاوت توصیف می‌کنند و این تنوع معیارها می‌تواند تصور عدم وحدت را ایجاد کند^{۲۳}. اما به صورت کلی می‌توان گفت در اغلب موارد، برای ایجاد مسئولیت ناشی از اعمال حق، قصد اضرار (معیار اصلی سوءاستفاده) لازم نیست، بلکه برای ایجاد مسئولیت، یک تقصیر ساده کافی است^{۲۴}.

در حقوق ایران نیز به شرحی که گذشت، در مواد قانونی مختلف از جمله مواد ۳۲، ۱۱۸۴، ۱۱۹۱ و ۱۰۴۳ قانون مدنی و اصل چهارم قانون اساسی و همچنین از سوی حقوق‌دان، هر سه ضابطه قصد اضرار، تقصیر و غایت اجتماعی حق، قابل استنباط است و هریک از نظریات متکی به استدلال حقوقی است و از سوی حقوق‌دانان برجسته‌ای مطرح شده است.

۲. معیار سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی

در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه که سوءاستفاده از حق ممنوع اعلام شده، تعریف یا ملاکی از آن ارائه نگردیده است. در قانون آیین دادرسی مدنی ایران ابهام کمتری وجود دارد؛ به این صورت که در موارد جزئی، بدون اشاره به سوءاستفاده از حق، مصادیقی از آن بیان شده است. آنچه مسلم است بین نتیجه دعوا یا اقدام (اعم از رد یا پذیرش آن) به تحقق

22. Henri Capitant, *Sur L'abus des Droits*, (Paris: RTD Civ, 1928), p. 375. Citée in: Loïc Cadet et Philippe leTourneau, *Abus de Droit*, (Paris: Dalloz, 2015), n° 28

23. Loïc Cadet et Philippe le Tourneau, *Ibid*, n° 3.

24. *Ibid*, n° 4.

یا عدم تحقق سوءاستفاده از حق، ملازمه و رابطه حتمی و تخلف‌ناپذیر وجود ندارد؛ با این توضیح که صرف صدور حکم به نفع شخصی، مانع از تحقق سوءاستفاده از حق نیست. در فرانسه پیش از سال ۱۹۹۵ برای تحقق سوءاستفاده از حق (خواه در مورد خواهان یا خوانده) لازم بود دعوا یا دفاع با شکست مواجه شود و حتی اگر پیروزی به‌صورت جزئی بود، سوءاستفاده منتفی می‌شد.^{۲۵} اما دیوان عالی فرانسه در سال ۱۹۹۵، این رویه را تغییر داد و استدلال کرد «ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی (ماده ۱۲۴۰ فعلی) مستثنی نمی‌کند که دادگاه تجدیدنظر یکی از طرفین درخواست یا دفاعی را که در مرحله بدوی تأیید شده است به دلیل سوءاستفاده، محکوم کند».^{۲۶} با این حال، دیوان عالی فرانسه فقط در شرایط خاص که تعیین آنها به‌عهده قضاات است، این امکان را برای قضاات دادگاه فراهم می‌داند.^{۲۷}

از سوی دیگر، صرف اینکه خواهان در دعوی خود شکست بخورد یا چنانچه خوانده محکوم شود الزاماً نمی‌توان آن را سوءاستفاده از حق تلقی کرد.^{۲۸} به این ترتیب، اگر تجدیدنظرخواه همان استدلال‌هایی را مطرح کند که قبلاً در برابر دادگاه بدوی مطرح نموده و دادگاه آن را رد کرده است، به‌خودی خود به‌معنای سوءاستفاده از حق تجدیدنظرخواهی نیست.^{۲۹} حتی فراتر از این، صرف رد درخواست موجب تحقق سوءاستفاده از حق نیست و گفته شده است که حتی صرف ورود خسارت نیز الزاماً موجب تحقق سوءاستفاده از حق نخواهد بود؛ به این معنا که چنانچه دعوی حقوقی بی‌اساس تشخیص داده شود، قضاات نمی‌توانند بدون توجه به این موضوع و صرفاً با ذکر این نکته که اقدام خواهان موجب ضرر او شده است (مشکلات تجاری ناشی از اختلاف، نگرانی‌ها، هزینه‌ها و غیره)، وی را به

25. Cour de Cassation, Civ. 1re, 14 oct. 1964, Bull. Civ. I, n° 448. – Com. 10 Févr. 1965, Bull. Civ. III, n° 108. – Civ. 2e, 11 Mars 1987, n° 85-16.815, Bull. Civ. II, n° 66.

26. Cour de Cassation, Civ. 1re, 7 Nov. 1995, n° 92-10.053, Bull. Civ. I, n° 388. – Com. 20 Mai 2014, n° 13-14.933: “Le Fait Qu’une Partie a Obtenu Gain de Cause en Première Instance ne Fait Pas Nécessairement Obstacle à ce Que la Juridiction du Second Degré Retienne à Son Encontre un Abus du Droit D’agir en Justice”.

27. Cour de Cassation, Civ. 1re, 20 Mars 2013, n° 11-27.285, Bull. Civ. I, n° 42: Circonstances Particulières Spécifiées, en L’occurrence Une “Véritable Machination” Développée par L’arrêt.

28. Cour de Cassation, 2e, 24 Juin 1987, n° 84-15.173, Bull. Civ. II, n° 137. – Civ. 1re, 10 Juill. 2014, n° 13-21.049: “Motifs Impropres à Caractériser une Faute de X... de Nature à Révéler un Abus de Droit Dans L’exercice D’une Voie de Recours”.

29. Cour de Cassation. Civ. 3e, 16 Janv. 1991, n° 89-13.236, Bull. Civ. III, n° 26 ; D. 1991. Somm. 323, obs. Aubert.

سوءاستفاده از حق محکوم کنند^{۳۰}. بلکه شرایط خاصی وجود دارد که اقدام، به سوءاستفاده از حق دادخواهی تبدیل می‌شود و تعیین این شرایط به‌عهدۀ قاضی پرونده است^{۳۱}. برای مثال، دیوان عالی فرانسه حکم صادره از سوی دادگاه بدوی را که به‌موجب آن یک شرکت را به جهت سوءاستفاده از حق، به پرداخت جریمه مدنی محکوم کرده بود، به لحاظ اینکه علت سوءاستفاده از حق تلقی شدن عمل شرکت مشخص نشده بود، نقض کرده است^{۳۲}. به عبارت دیگر، سوءاستفاده از حق دادخواهی قابل تمایز است^{۳۳}؛ این کنترل ضروری است، زیرا در بیشتر موارد، خوانده برای جبران هزینه‌های غیرقابل جبران، سوءاستفاده را به طرف مقابل خود نسبت می‌دهد. در همین راستا، بسیاری از احکام به دلیل فقدان مبنای حقوقی و اکتفا کردن دادگاه‌ها به فرمول‌های کلیشه‌ای از قبیل «اقدام سوءاستفاده‌آمیز»، «درخواست غیرموجه»، «مقاومت بیجا»، «درخواست مبتنی بر هیچ مبنای عینی»، «تجدیدنظر سوءاستفاده‌آمیز» و غیره، از سوی دیوان عالی فرانسه نقض شده است^{۳۴}.

در ادامه، معیارهایی که در مورد سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی قابل طرح است، بررسی شده، اعلام می‌شود کدام‌یک از این معیارها مورد پذیرش حقوق فرانسه و ایران قرار گرفته است.

۱.۲. تقصیر

شعبه شکایت‌ها^{۳۵} (سابق) و شعبه کیفری^{۳۶} دیوان عالی فرانسه در برخی آرای خود، محکومیت اصحاب دعوا را درحالی تأیید کرده‌اند که اقدامات آنها ناشی از تقصیر ساده^{۳۷}

30. Cour de Cassation, Soc. 1er Déc. 1950, Bull. Civ. III, n° 910. – Com. 11 Févr. 1963, Bull. Civ. III, n° 92. Civ. 2e, 8 oct. 1970, D. 1971. Somm. 31

31. Cour de Cassation, Civ. 2e, 5 Févr. 2015, n° 14-11.169

32. Cour de Cassation, Civ. 1re, 5 Déc. 2006, n° 05-21.557, PIBD 2007. III. 95.

33. L'abus est Détachable du Droit D'action: Cour de Cassation, – Civ. 1re, 25 Févr. 1986, n° 84-14.208, Bull. Civ. I, n° 38; JCP 1987. II. 20776, note Remery. – Civ. 3e, 19 Févr. 2003, n° 01-13.429, RJDA 2003, n° 558).

34. Cour de Cassation, Civ. 6 nov. 1946, D. 1947. 49. – Com. 29 Mai 1967, JCP 1967. II. 15205, note Jack-Mayer. – Com. 15 Mai 2007, n° 06-11.583, PIBD 2007. III. 473. – Civ. 3e, 8 Oct. 2008, n° 07-14.396, Bull. Civ. III, n° 148.

35. Chambre Civile (Civ).

36. Chambre Criminelle (Crim).

37. Simple Faute.

بوده است.^{۳۸} پذیرش ضابطه تقصیر ساده به عنوان ملاک تحقق سوءاستفاده از حق به دو شکل است:

الف) به صورت غیرصریح، رویه قضایی با استفاده از عبارت «اشتباه فاحش معادل تقلب»، عملاً اقداماتی را که صرفاً بی احتیاطی یا اطاله دهنده است، ممنوع می کند. مسلماً بیشتر آرای شعب مدنی دیوان عالی فرانسه از ضابطه سنتی پیش گفته پیروی می کند، اما اغلب کوچکترین بی احتیاطی به عنوان عمل ایذایی در نظر گرفته می شود که حکم به جبران ضرر و زیان را توجیه می نماید؛^{۳۹} برای مثال روش های اجرای حکم، توقیف طولانی مدت تضمین بدهکار بدون توجیه واقعی یا برای بدهی کم اهمیت، سوءاستفاده از حق است.^{۴۰}

ب) به صورت صریح، در دوره معاصر، رویه قضایی برای تحقق سوءاستفاده از حق، بیشتر به یک تقصیر ساده تحت عنوان «سبب قابل سرزنش»^{۴۱} اکتفا می کند.^{۴۲} شعب مدنی دیوان عالی فرانسه برای رفع تمام مسئولیت، به این نکته اشاره دارد که حتی یک تقصیر (از هر نوع) هم احراز نشده است^{۴۳} و قاضی هرگاه تقصیر عمدی یا غیرعمدی از طرف دعوا را احراز کند، حکم به جبران ضرر و زیان را موجه می داند. تنها تفاوت جزئی در نحوه ارزیابی، این است که آیا طرف دعوا مقصر بوده است یا خیر و از این نظر، دادگاه ها ممکن است در پذیرش وجود طبقه بندی سنتی سختگیرانه تر عمل کنند.^{۴۴}

در حقوق ایران نیز همان گونه که اشاره شد، برخی در مورد کلیت سوءاستفاده از حق از معیار تقصیر بهره برده اند.^{۴۵} همچنین برخی دیگر در خصوص دعوی واهی موضوع ماده

38. Cour de Cassation: Chambre des Requêtes (Rec), 14 Déc. 1903, S. 1905. 1. 223; Rec., 23 Janv. 1912, S. 1912. 1. 316; Rec., 21 Juin 1926, S. 1926. 1. 294; Chambre Criminelle (Crim), 19 Déc. 1930, Gaz. Pal., 1931. 1. 103; crim., 18 fév. 1932, motifs, Gaz. Pal., 1932. 1. 629.

39. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, (Paris: Montchrestien, 1965), p. 591.

40. Cour de Cassation: Soc., 23 Mai 1950, Gaz. Pal., 1950. 2. 133; Civ., 2 Fév. 1956, Bull. Cass., 1956. II, p. 65; Com. 13 Mai 1958, Bull. Cass., 1958. III, p. 153; Com., 21 Avril 1959, Bull. Cass., 1959. III, p. 162; Civ., 28 Mars 1960, Gai. Pal., 1960. 2. 13: Qui ne Relève Même Plus Expressément L'existence D'une Faute.

41. Légèreté Blânable.

42. Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure Civile*, (Paris: PUF, 1996), p. 75.

43. Cour de Cassation, Civ, 1er Août 1950, S. 1951. 1. 100.

44. Henry Solus et Roger Perrot, *Droit Judiciaire Prive*, Tome I, (Paris: Sirey, 1961), p. 115-116.

۴۵. ناصر کاتوزیان، *الزام های خارج از قرارداد*، ص ۴۲۷-۴۲۹؛ ناصر کاتوزیان، «سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، ص

۱۱۱-۱۱۲؛ همچنین برخی از اصطلاح بی احتیاطی استفاده کرده اند، نک: شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۵۷.

۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی و جبران خسارت ناشی از آن معتقدند از آنجا که تقصیر یکی از ارکان مسئولیت مدنی است و همچنین لزوم جلوگیری از دلسرد شدن اشخاص نسبت به تظلم‌خواهی و احقاق حق، دلالت بر این دارد که هم برای صدور قرار تأمین و هم برای جبران خسارت خوانده ناشی از این دعوا، وجود تقصیر، رکن ضروری است.^{۴۶} با وجود این، با توجه به استدلال‌هایی که در بند بعد ذکر خواهد شد، نمی‌توان ضابطه تقصیر را در مورد سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی پذیرفت.

۲.۲. حسن نیت

با اینکه در تعدادی از آرای قضایی فرانسه (به شرحی که گفته شد)، تقصیر ملاک سوءاستفاده از حق در دادرسی تلقی شده است، با این همه، مراجع قضایی فرانسه در آرای متعددی در مورد ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، قاعده سنتی و معروف زیر را معرفی می‌کنند:

“L'exercice D'une Action en Justice, de Même que la Défense à Une Telle Action, Constitue en Principe un Droit qui ne Dégénère en Abus Pouvant Donner Lieu à Dommages et Intérêts Qu'en cas de Malice, Mauvaise foi ou Erreur Grossière Équipollente au Dol.”

«اعمال حق دادخواهی در دادگستری و نیز دفاع از چنین اقدامی، اصولاً حقی را تشکیل می‌دهد که به سوءاستفاده از حق منجر به ضرر و زیان تبدیل نمی‌شود، مگر در صورتی که این اقدام، ایذایی (بدخواهانه) ناشی از سوءنیت یا بر اساس اشتباه فاحشی معادل تقلب باشد»^{۴۷}.

به این ترتیب، مطابق این قاعده سنتی و قدیمی، «سوءنیت»^{۴۸}، «قصد ایذا»^{۴۹} و «اشتباه فاحش معادل تقلب»^{۵۰} ملاک تحقق سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی است. در ادامه،

۴۶. احسان بهرامی و مصطفی‌السان، «جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق

ایران و آمریکا»، حقوقی دادگستری، ش ۱۳۲ (۱۴۰۲)، ص ۵۹-۷۰.

47. Cour D'appel de Lyon, 3ème Chambre A - 19 Janvier 2023 - n° 20/00579.

48. Mauvaise Foi.

49. Attitude Malicieuse.

50. Erreur Grossière Équipollente au Dol.

معنای هریک از این اصلاحات تبیین می‌شود:

الف) سوءنیت (Mauvaise Foi)، متضاد حسن‌نیت (Bonne Foi) است. یکی از معانی ذکرشده برای حسن‌نیت نیز فقدان سوءنیت^{۵۱} است.^{۵۲} اگر حسن‌نیت به معنای «درستی یا صداقت»^{۵۳} «راستگویی و وفاداری»^{۵۴} و در مقابل تقلب و تدلیس باشد، به این ترتیب سوءنیت به معنای «دروغ، تقلب، تدلیس، عمل غیرمنصفانه و اغفال و خیانت» و همچنین «رفتاری ارادی و غیروفاکارانه برای غافلگیری دیگری»^{۵۵} است. سوءنیت در مواد ۲۲۰، ۴۳۵، ۴۸۸، ۷۳۰-۵، ۸۰۰، ۱۳۰۳-۴، ۱۲۳۱-۶، ۱۳۵۲-۲، ۱۳۵۲-۷، ۱۶۳۵، ۱۸۷۳-۳، ۲۲۵۴ و ۲۲۲۲ قانون مدنی فرانسه منعکس شده است.

در آرای زیر، بر اساس سوءنیت، اقدام خواهان در دادرسی مدنی، سوءاستفاده تلقی شده است:

- اقامه دعوا صرفاً از روی سوءنیت و بدون منفعت مشروع انجام شده است.^{۵۶}
- اقامه دعوایی که بدون دلیل متقن و بیش از بیست و پنج سال پس از واقعه انجام شده است.^{۵۷}
- خوانده برای دومین بار در یک سال به دلایل مشابه احضار شد و این موضوع تمایل خواهان به اخلال در فعالیت رقیب را آشکار کرد.^{۵۸}

51. Absence de Mauvaise Volonté.

52. Gérard Cornu et Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, (Paris: PUF, 2108), p. 316.

53. Jean Ray, *Index du Code Civil*, Thèse Complémentaire Pour le Doctorat et Lettres, (Paris: Alcan, 1926), p. 46.

به نقل از: علی انصاری، *تنوری حسن‌نیت در قراردادهای مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر*، (تهران: جنگل جاودانه، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۷۱.

54. Gérard Cornu et Henri Capitant, *Ibid*, p. 316.

55. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/mauvaise-faith.php>

56. Cour de Cassation, Com. 26 Mai 1956, Bull. Civ. III, n° 153: Action Intentée par Pure Malignité et ne Reposant Sur Aucun Intérêt Légitime.

57. Cour de Cassation, Civ. 2e, 16 Févr. 1984, n° 82-12.399, Bull; Civ. II, n° 30: "Action Intentée Sans Raison Sérieuse Plus de Vingt-Cinq ans Après Les Faits!"

58. Cour D'appel de Paris, 2 Déc. 1998, PIBD 1999. III. 96: "Défendeur Assigné Pour la Deuxième Fois en un an Pour des Motifs Similaires, Révélant la Volonté du Demandeur de Perturber L'activité d'un Concurrent".

- ماهیت آشکارا بی‌اساس دعوی اقامه‌شده، قصد اضرار را نشان می‌دهد.^{۵۹}
- در اقامه دعوی که صرفاً به‌منظور متوقف ساختن رقیب صورت می‌پذیرد، خواهان به‌خوبی می‌داند که محکوم به شکست است.^{۶۰}

ب) ایذا (Malice) مترادف «شرارت»، «بی‌ادبی» و به معنای «روح شریر که دوست دارد به دیگران آسیب برساند» است.^{۶۱} برای مثال، دیوان عالی فرانسه انتساب‌های مضر به آبرو را اقدام ایذایی محض و با هدف ارباب دانسته است.^{۶۲} در حقوق انگلستان نیز اقامه دعوی ایذایی با عنوان Prosecution Civil Malicious غیرمجاز شناخته شده است.^{۶۳} در تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز از اصطلاح «ایذاء» استفاده شده است.

ج) درخصوص اشتباه فاحش معادل تقلب. منظور از اشتباه (Erreur)، تصور باطلی است که شخص نسبت به امور یا اشیا دارد؛ مثل اشتباه در عقد، نسبت به نوع معامله و موضوع معامله و وصف شیء موضوع معامله و طرف معامله.^{۶۴} به این ترتیب، اشتباه، یک سوءتفاهم است.^{۶۵} و فاحش (Grossière) نیز معادل Lourde بوده که گاهی به عمده نیز ترجمه شده است و آن تخطی‌ای است که انسان ضعیف‌العقل و فاقد مهارت کافی هم این‌چنین تخطی را مرتکب نشود.^{۶۶}

منظور از تقلب (Dol)، «تدلیس»، «خدعه» و «اقداماتی است که موجب فریب و

59. The Tribunal Judiciaire de Paris (TGI Paris), 30 Mars 2007, D. 2007. 2370, n° 74: "Le Caractère Manifestement mal Fondé de L'action Engagée Révèle une Intention de Nuire Constitutive D'une Faute".

60. Cour D'appel d'Agen, 11 Juin 2014, n° 12/00812, AJCA 2014. 342. obs. M. Ponsard: Action Uniquement Destinée à Gêner un Concurrent, le Demandeur Sachant Pertinemment qu'elle Était Vouée à L'échec.

61. <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/malice/>

62. Cour de Cassation, Civ. 2e, 8 Janv. 1959, Bull. Civ. I, n° 38: Imputations Attentatoires à L'honneur, Action par Pure Malice et Dans un But D'intimidation.

63. John Wade, "On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions", *Hofstra Law Review*, 3 (1968), p. 448.

۶۴. حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه- فارسی، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۶۳)، ص ۱۲۸.

Gérard Cornu et Henri Capitant, *Ibid*, p. 889.

65. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/erreur.php>.

۶۶. مازو به نقل از: محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت/ حقوق تعهدات عقود و ایقاعات*، ج ۱، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۸۸۷.

گمراهی طرف معامله می‌شود و حق فسخ می‌آورد»^{۶۷}. همچنین به معنای «کسب رضایت شخص دیگری به واسطه اقدامات گمراه‌کننده به گونه‌ای که در صورت فقدان این اقدامات، رضایت شخص حاصل نمی‌شد» و نیز «ایراد خسارت عمدی به دیگری» است^{۶۸}. در مواد ۱۱۶، ۱۲۵۵، ۱۳۵۳، ۱۹۶۷ قانون مدنی فرانسه و ۵۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور و نیز مواد ۳-۱۲۱، L، ۸-۱۱۳ قانون بیمه فرانسه، از این اصطلاح استفاده شده است^{۶۹}.

در آرای زیر به جهت رفتار نزدیک به تقلب یا خطای فاحش، عمل، سوءاستفاده از حق تلقی شده است:

- «تقصیر فاحش» عبارت است از طرح دعوایی برای پرداخت که بدون دلیلی مبنی بر واریز نشدن مبلغی انجام شده باشد^{۷۰}.
 - تقصیر منجر به اصرار یک طرف در زیر سؤال بردن اصولی که قبلاً به وسیله یک تصمیم موقت که دارای صلاحیت قضایی بوده پذیرفته شده است^{۷۱}.
 - طرح دعوای مطالبه وجه، درحالی که خواهان آن را پیش از واگذاری دریافت کرده بود^{۷۲}.
 - درخواست تقابل سوءاستفاده‌آمیز با هدف بی‌اعتبار کردن شرکت‌های خواننده و حتی تحت فشار قرار دادن آنها جهت تلاش برای رسیدن به یک توافق سودمند^{۷۳}.
- در مقام ارزیابی و جمع‌بندی اصطلاحات پیش گفته می‌توان گفت: اصطلاحات به کار رفته

۶۷. حسینی کاتبی، پیشین، ص ۱۵۸.

68. Gérard Cornu et Henri Capitant, *Ibid*, p. 796.

69. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dol.php>

70. Cour de Cassation, Civ. 1re, 22 Juin 1965, Bull. Civ. I, n° 413: "Faute Caractérisée" Consistant Dans une Action en Paiement ne Reposant sur Aucune Preuve d'une Somme qui N'était Manifestement Pas Due.

71. Cour de Cassation, Soc. 19 Oct. 1966, Bull. Civ. IV, n° 787: Faute Résultant Pour une Partie Dans la Persistance à Remettre en Question des Principes Déjà Admis par une Décision Avant Dire Droit Revêtue de L'autorité de la Chose Jugée.

72. Cour de Cassation, Civ. 2e, 7 Juill. 2005, n° 03-17.889: Action en Paiement, Alors Que le Demandeur Avait Déjà Reçu Celui-Ci Avant D'assigner.

73. Cour D'appel Paris, 14 Mars 2007, PIBD 2007. III. 401: Demande Reconventionnelle Abusive Destinée "à Discréditer les Sociétés Défenderesses, Voire à Faire Pression sur Elles Pour Tenter de Parvenir à un Arrangement Avantageux".

(سوءنیت، ایذا و اشتباه فاحش معادل تقلب) در قاعده قدیمی فوق، حاکی از آن است که سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی مبتنی بر ضابطه سوءنیت است؛ چراکه از یک سو در یکی از آثار حقوقی فرانسه در تعریف حسن نیت به این عناصر اشاره شده است^{۷۴} و از سوی دیگر، اولاً از سه اصطلاح سوءنیت، ایذا و خطای فاحش معادل تقلب یادشده، که دو مورد اول به صورت مستقیم مرتبط با انگیزه شخص است و مورد آخر (خطای فاحش معادل تقلب) نیز خطای شخص آن چنان عمده و فاحش است که از آن می توان سوءنیت فرد را برداشت نمود.

به نظر می رسد، در دادرسی مدنی ایران نیز ضابطه سوءاستفاده از حق، مرتبط با انگیزه اعمال کننده حق باشد. به این ترتیب، ضابطه تقصیر و غایت اجتماعی در دادرسی مدنی رد می شود؛ چراکه این ضوابط، عمل گرا و نتیجه گرا هستند، اما ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران محدود به قصد اضرار نیست و با این ضابطه نیز تفاوت است. برای اثبات این موضوع و مشخص شدن ضابطه سوءاستفاده از حق، می توان به مبانی زیر استناد نمود:

۱. ملاک تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حاکی از آن است که سوءاستفاده از حق در مواردی تحقق می یابد که اعمال حق با انگیزه غیرقانونی صورت پذیرد. در تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا، تأخیر در انجام تعهد یا ایذای طرف یا غرض ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی محکوم نماید». در این تبصره، بدون اشاره به اصطلاح سوءاستفاده از حق، اقامه دعوا با انگیزه های «تأخیر در انجام تعهد»، «ایذای طرف» یا «غرض ورزی» را مستوجب جریمه مدنی دانسته است.

واژه «منظور» و نیز اصطلاحات «تأخیر در انجام تعهد»، «ایذاء» و «غرض ورزی» جملگی در «انگیزه» اشتراک دارند و بر آن تأکید می ورزند. از سه مورد اخیر، معنای «تأخیر»

74. Gérard Cornu et Henri Capitant, *Ibid*, p. 316.

روشن است. «ایذاء» به معانی «آزردن، آزار دادن، اذیت کردن، رنج دادن»^{۷۵} و «عذاب، زحمت، جور و ستم، جفا، تصدیع، محنت»^{۷۶} به کار رفته است. همچنین «غرض‌ورزی» به مفهوم «کسی است که غرض ورزد»^{۷۷} و غرض نیز به معانی «آرزومند شدن، مقصود، خواست، قصد شخصی به زیان دیگری»^{۷۸}، «قصد، خواسته، منظور، به‌ستوه آمدن، دلتنگ و ملول شدن، هدف، نشانه»^{۷۹} به کار رفته است. با مقایسه معنای دو اصطلاح فوق، می‌توان گفت که در ایذا قصد اذیت و رنج وجود دارد، اما غرض معنای عام‌تری دارد و شامل انگیزه‌های شخصی می‌شود. این تفکیک از کلام یکی از حقوق دانان نیز قابل استنباط است. در کتاب ایشان، ایذا به معنای لغوی آن، یعنی «آزردن، آزار رساندن»^{۸۰} به کار رفته است. به اعتقاد ایشان، غرض نیز معادل Motive و به معنای علت غایی است^{۸۱} و علت غایی نیز به معنای اندیشه‌ای است که فعل یا ترک فعل برای تحقق بخشیدن آن صورت می‌گیرد و آن جنبه ذهنی دارد، نه مادی و خارجی. علت غایی همیشه جنبه «شخصی و جزئی» دارد؛ مثلاً یکی کتاب می‌خواند که سوادش زیاد شود و یکی می‌خواند که ردّ بر آن بنویسد.^{۸۲} به این ترتیب، در دادرسی مدنی، اعمال حق با انگیزه‌های شخصی یعنی انگیزه و هدف دیگری جز هدف اصلی‌ای که آن حق برای آن اعطا شده است، غرض‌ورزی خواهد بود. حقوق اعطاشده به اشخاص در دادرسی مدنی به‌منظور فراهم نمودن فرصت احقاق حق است، از این رو، استفاده از این حق با انگیزه اهداف دیگری جز این، غرض‌ورزی است.

۲. در برخی آثار حقوقی بدون ارائه تفصیل فوق، بر ضرورت انگیزه دادخواهی تأکید و گفته شده است: «انگیزه خواهان از اقامه دعوا الزاماً باید احقاق حق مورد ادعایش باشد. همچنان که نباید از حق دادخواهی و اقامه دعوا که قانون‌گذار به‌عنوان یکی از حقوق

۷۵. محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، (تهران: چاپخانه سپهر، چ ۲۱، ۱۳۸۳)، ص ۲۴۰۱؛ علی‌اکبر دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ج ۳، (تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۲، ۱۳۷۷)، ص ۳۶۸۸.

۷۶. همان، ص ۳۶۸۸.

۷۷. علی‌اکبر دهخدا، پیشین، ج ۱۱، ص ۱۶۶۵۳.

۷۸. محمد معین، پیشین، ج ۱، ص ۴۱۴.

۷۹. علی‌اکبر دهخدا، پیشین، ص ۱۶۶۵۱.

۸۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ج ۱، ص ۷۵۷.

۸۱. همان، ج ۴، ص ۲۷۲۳.

۸۲. همان، ص ۲۶۱۷.

اساسی و وسیله‌ای قانونی برای احقاق حق و جبران حقوق اذ دست رفته یا در معرض خطر، در اختیار مردم نهاده، سوءاستفاده کرده و آن را برای اهداف ناصواب و مقاصد غیرقانونی خویش به کار بندد»^{۸۳}. همچنین یکی دیگر از دادرسی‌دانان بر ضرورت پرهیز از انگیزه‌های شخصی و اینکه دادگاه اسیر امیال و خواسته‌های اصحاب دعوی نشود و انصاف و کارایی دادگستری در کنار هم به پیش بروند، تأکید نموده است^{۸۴}.

۳. در ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، مقرر شده است: «خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیرمحق بودن در دادرسی به او وارد شده از خواهان مطالبه نماید». طبق این ماده، اعمال حق دادخواهی خواهان، زمانی موجب مسئولیت است که خواهان، با انگیزه‌ای غیر از دادخواهی، اقامه دعوا کرده باشد. در این ماده، قصد اضرار به کار برده نشده، بلکه «علم به غیرمحق بودن» برای مسئولیت، کافی تلقی شده است.

۴. مواد ۱۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی «منظور تبانی و تأخیر» و ماده ۱۳۹ همان قانون «منظور تأخیر» را ملاک قرار داده است، این اصطلاحات اولاً بر قصد و انگیزه شخص تأکید دارد و ثانیاً این انگیزه منحصر به قصد اضرار نیست.

۵. تمایز و تفکیک بین حق دادخواهی و حق اصلی نیز مؤید ضابطه پیش گفته است؛ چراکه ممکن است حق اقامه دعوا موجود باشد، بدون آنکه حق اصلی (خواسته اصلی دعوا) وجود داشته باشد^{۸۵} و از این رو، صرف اینکه خواهان در دعوی خود شکست بخورد یا اینکه خوانده محکوم شود، الزاماً موجب سوءاستفاده از حق تلقی شدن اقدام آنها نمی‌شود.

۶. گفته شده، ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی مبتنی بر مبانی‌ای ازجمله

۸۳. فریدون نهرینی، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۸)، ص ۲۹۹؛ همچنین ر.ک. علی‌اکبر یلفانی، شرح و تفسیر قوانین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: سپهر، چ ۱، ۱۳۸۰)، ص ۱۶۱.

۸۴. حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۴۶.

۸۵. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، (تهران: میزان، چ ۶، ۱۳۸۳)، ص ۱۱۸؛ ژرارد کوشه، جان لانگلد و دانیل ولبو، آیین دادرسی مدنی فرانسه، ترجمه سید احمدعلی هاشمی، (تهران: نشر دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۱۴۱-۱۴۲.

«نظم عمومی»، «اخلاق» و «هدف دادرسی» است^{۸۶}؛ این مبانی حاکی از آن است که ضابطه سوءاستفاده از حق، انگیزه غیرداده‌خواهانه و خلاف قانون شخص است، زیرا:

- نظم عمومی قضایی حکم می‌کند که «قواعد دادرسی و صلاحیت محاکم ناظر به حسن جریان دعوی و انجام وظایف دولت در اجرای عدالت است و به همین جهت، بستگی کامل به نظم عمومی دارد. حق اقامه دعوی نیز از تجاوز افراد به هم، انتقام‌جویی و کینه‌توزی‌های خصوصی می‌کاهد ... اصول آیین دادرسی نیز ضامن حسن جریان دعوی و فصل خصومت است و قراردادهای خصوصی در برابر آن ارزش ندارد»^{۸۷}؛ به این ترتیب، نظم عمومی قضایی اقتضا دارد قوانین دادرسی در راستای هدف آن که همانا اجرای عدالت و احقاق حق است به کار برده شود و با بهره‌گیری از قانون با انگیزه‌هایی غیر از این هدف برخورد شود.
- درخصوص نقش اخلاق نیز نادیده گرفتن هریک از ارزش‌های اخلاقی به معنای ایجاد خلل در روند عدالت است^{۸۸}؛ به این ترتیب، سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، مغایر با اجرای عدالت و اصول اخلاقی است^{۸۹}. اخلاق نیز شخصی را که تصور می‌کند در مقام احقاق حق است، مستحق برخورد نمی‌داند.
- هدف و غایت مطلوب دادرسی حق‌گزاری و رسیدن به حقیقت است^{۹۰}؛ به این ترتیب، «احقاق حق و اجرای عدالت ... هدف اصلی ... دادرسی است»^{۹۱} و در نتیجه اعمال حق با هدفی غیر از احقاق حق، ممنوع است.

۷. در پاسخ به احتمال یادشده در بند پیشین مبنی بر اینکه «با قیاس دعوی واهی، در

۸۶. محمد بافهم و همکاران، پیشین، ص ۱۳۳-۱۵۷.

۸۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ ۳، ۱۳۷۴)، ص ۱۶۹-۱۷۰ و ۱۷۳.

۸۸. مهرزاد ابدالی، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، (تهران: مجد، چ ۲، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۱.

۸۹. محمد بافهم و همکاران، جایگاه اخلاقی به مثابه مبنایی برای ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی، منتشرشده در مجموعه مقالات همایش اخلاق حقوقی، به کوشش مهدی حسن‌زاده و ام البنین حسینی، (قم: انتشارات دانشگاه قم، چ ۱، ۱۴۰۳)، ص ۳۷۹.

۹۰. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۷، ۱۳۹۰)، ص ۴۶.

۹۱. قدرت‌الله واحدی، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۸۲)، ص ۲۱.

مورد سوءاستفاده از حق نیز ضابطه سوءاستفاده از حق، تقصیر است»، می‌توان گفت صرف‌نظر از اینکه از منظر نگارندگان پژوهش حاضر به‌خصوص با وجود ماده ۵۱۵، در مورد پذیرش تقصیر به‌عنوان رکن خسارت ناشی از دعوای واهی، تردید وجود دارد، حتی با چشم‌پوشی از این موضوع هم باید گفت قیاس این‌دو (دعوای واهی و سوءاستفاده از حق) مع‌الفارق خواهد بود؛ چراکه همان‌طور که گفته شد، در حقوق ایران سوءاستفاده از دادرسی با واهی بودن دعوا ملازمه حتمی ندارد.^{۹۲} دعوایی واهی است که یا جنبه موضوعی دعوا قابلیت تحقق نداشته باشد (و در فرض قابلیت تحقق، احتمال قوی بر عدم تحقق آن وجود داشته باشد) یا دعوا بدون دلیل باشد (یا احتمال قوی مبنی بر عدم اثبات جنبه موضوعی دعوا وجود داشته باشد) و یا جنبه موضوعی دعوا فاقد اثر قانونی باشد.^{۹۳} درحالی که دعوای همراه با سوءاستفاده از حق، به انگیزه خواهان بازمی‌گردد. ممکن است خواهان یا شکایت‌کننده از رأیی واقعاً ذی‌حق نباشد یا دلیلی نداشته باشد؛ از این رو، دعوا یا شکایت از رأی، واهی باشد و بدون داشتن حقی صرفاً تصور می‌کند که ذی‌حق است و یا تصور می‌نماید که دلیل دارد یا بعدها با انجام تحقیقات قضایی، دلیل تحصیل خواهد شد، اما انگیزه فرد از اقامه دعوا رسیدن به حقی است که به اشتباه، تصور وجود آن را داشته است؛ چنین دعوایی علی‌رغم این‌که واهی بوده، به لحاظ اینکه به قصد دادخواهی اقامه شده است، سوءاستفاده از حق نخواهد بود. از سوی دیگر، اگرچه معمولاً در دعوای همراه با سوءاستفاده، خواهان در اصل موضوع دعوا ذی‌حق نیست و نسبت به ذی‌حق نبودن خود، واقف و آگاه است، اما ممکن است خواهان واقعاً در ماهیت موضوع، حق داشته باشد و از این رو دعوای وی واهی نباشد اما رسیدن به آن حق برای او اهمیت نداشته باشد، بلکه هدف و انگیزه او از طرح دعوا، ضرر به دیگری باشد. در چنین موردی، گرچه خواهان واقعاً از خواننده طلبکار است و از این رو واجد حق است، اما چون هدف وی از اقامه دعوا احقاق حق نیست، انگیزه او بر این عمل سایه می‌افکند و باعث می‌شود که این عمل، سوءاستفاده از حق و عمل ممنوعی تلقی گردد، بدون اینکه دعوای وی واهی باشد. متن ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی

۹۲. احسان بهرامی و مصطفی‌السان، پیشین، ص ۵۷.

۹۳. احسان بهرامی و مصطفی‌السان، «ضوابط شناسایی دعوای واهی در حقوق ایران و انگلیس؛ مقدمه‌ای جهت صدور قرار تأمین و رد دعوا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۲، ش ۱۱۶ (۱۴۰۱)، ص ۴۸.

مدنی و تبصره آن، مبتنی بر همین تفکیک است؛ چراکه موضوع این ماده با موضوع تبصره آن یکسان نیست؛ به این صورت که متن ماده در مقام تعیین ضمانت اجرا برای جلوگیری از طرح دعاوی واهی است، اما تبصره آن در مقام تعیین ضمانت اجرا برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق است.^{۹۴} با توجه به تفاوت این دو، نمی‌توان آنچه در مورد دعاوی واهی بیان شده است، به سوءاستفاده از حق تسری داد.

باتوجه به ادله فوق باید گفت، ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران، انگیزه نامشروع خواهان است و البته این انگیزه مانند نظریه سوءنیت یا قصد اضرار، محدود به قصد ایذا یا اضرار نیست، بلکه همان‌گونه که برخی اعلام کرده‌اند اقدامات در دادرسی نباید برای اهداف ناصواب و مقاصد غیرقانونی باشد.^{۹۵} همین که انگیزه اقدام در دادرسی از سوی خواهان، احقاق حق و از سوی خوانده، اعمال حقوق دفاعی نباشد (همانند قصد تأخیر، تبانی حتی با طرف دیگر دعوا)، سوءاستفاده از حق تحقق می‌یابد.

منحصر نبودن سوءاستفاده از حق به قصد اضرار، بلکه کفایت صرف اینکه شخص قصد دادخواهی ندارد، موجب توسعه دایره شمول سوءاستفاده از حق می‌شود؛ برای مثال، چنانچه ضابطه سوءاستفاده از حق، قصد اضرار باشد، شامل موارد ذیل نمی‌شود، اما ضابطه ارائه‌شده شامل این موارد نیز می‌گردد:

الف) مصداق اول مواردی است که خواهان نه قصد ایذا دارد و نه قصد ایجاد اطاله در تعهدات خود، بلکه می‌خواهد از طریق اقامه دعوا منافع نامشروعی برای خود یا دیگری کسب نماید؛ برای نمونه، زوجین برای معافیت فرزند خود از خدمت وظیفه عمومی یا دریافت وام یا تسهیلاتی چون مسکن، دعاوی صوری طلاق توافقی را مطرح می‌کنند. مثال دیگر موردی است که در بخشنامه شماره ۴۱۹۱۱/۱ مورخ ۲۴ آبان ۱۳۶۲ رئیس محترم وقت قوه قضاییه منعکس شده است: «به‌طوری که از وزارت مسکن و شهرسازی اطلاع می‌دهند برخی از دادگاه‌ها در اجرای تبصره ذیل ماده ۶ قانون اراضی شهری ناظر به سه تبصره

۹۴. محمد بافهم و همکاران، «سوءاستفاده از حق اقامه دعوا و حق شکایت از آراء در حقوق فرانسه و ایران»، حقوق تطبیقی، ش ۱۹ (۱۴۰۲)، ص ۳۸.

۹۵. فریدون نهرینی، پیشین، ص ۲۹۹.

الحاقی به ماده ۱۰ آیین نامه اجرای قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری در مورد واگذاری اراضی با اسناد عادی و قولنامه به صرف اقرار طرفین، به تأیید معامله یا صحت قولنامه رأی می‌دهند؛ حال آنکه منظور از ارجاع امر به دادگاه رسیدگی به صحت یا سقم معامله بوده تا از اجرای مفاد اسناد عادی صورتی جلوگیری شود؛ بنابراین لازم است دادگاه‌ها قبل از هر نوع تصمیمی تحقیقاتی را که برای کشف واقع ضرورت دارد انجام دهند تا از تأیید اسناد صورتی و امور غیرواقع جلوگیری شود...»^{۹۶}.

ب) مورد دوم نیز در شرایطی است که یک طرف قصد ایدای طرف دیگر دعوا را ندارد، بلکه هر دو طرف دعوا با یکدیگر تبانی کرده‌اند تا با دعوایی صورتی، حقوق شخص دیگر را که طرف دعوا قرار نگرفته است تضییع کنند. برای مثال، مالک زمین در خارج از کشور است و دو طرف زمین‌خوار علیه یکدیگر دعوای تصرف عدوانی مطرح می‌کنند تا یکی از آنها محکوم شود. محکوم‌له، حکم رفع تصرف را قرینه‌ای برای سابقه تصرف خود محسوب و از آن سوءاستفاده می‌کند؛ برای مثال رأی دادگاه را در مقابل مشتریان زمین، مستمسکی برای مشروعیت و سبق تصرفات خود تلقی کرده یا اینکه با ارائه به اداره ثبت، آن را قرینه بر مشروعیت تصرفات خود محسوب کند. نمونه دیگر این دعوای در اعتراض ثالث اجرایی ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی دیده می‌شود؛ محکوم‌علیه شخص ثالث را تحریک می‌کند که خود را مالک مال توقیف‌شده اعلام نماید و به توقیف اعتراض کند.

۳.۲. جمع‌بندی حقوق فرانسه؛ نظریه ترکیبی

همان‌گونه که بیان شد، در آرای دیوان عالی فرانسه در خصوص سوءاستفاده از حق، از ضوابط مختلفی پیروی شده است. برخی حقوق دانان فرانسه، از ضابطه تقصیر و حسن‌نیت عدول کرده، معتقدند که «نمی‌توان از ضابطه واحدی پیروی نمود و در این ارزیابی، عوامل زیادی در نظر گرفته شده است؛ به همین جهت جای تعجب ندارد که برای تحقق سوءاستفاده از حق، در یک مورد سوءنیت لازم دانسته شده است و در مورد دیگر، به سهل‌انگاری^{۹۷} بسنده می‌شود»^{۹۸}. در ادامه به برخی از این عوامل اشاره می‌شود:

۹۶. حمیدرضا حاجی‌زاده، مصوبات و تصمیمات قوه قضاییه و شورای عالی ثبت، (تهران: ققنوس، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۸۴۵.

97. Négligence

98. Loïc Cadiet et Philippe leTourneau, *Ibid*, n° 128, 129 et 146.

الف) از یک جهت برحسب اینکه سوءاستفاده از چه حقی صورت می‌پذیرد، ملاک متفاوتی برای سوءاستفاده از حق معرفی شده است؛ برای نمونه، ضابطه سوءاستفاده در اقامه دعوا یا دفاعیه یا شکایت از رأی یا اقدام اجرای رأی با یکدیگر متفاوت است.^{۹۹} بر همین اساس گفته شده است، دیوان عالی فرانسه سوءاستفاده از حق در مورد درخواست را با سهولت بیشتری نسبت به سوءاستفاده از دفاع احراز می‌نماید؛ زیرا احتیاط بیشتری از طرف خواهان که دعوا را مطرح می‌کند نسبت به کسی که صرفاً در برابر یک دعوا دفاع می‌کند، لازم است.^{۱۰۰}

ب) همچنین قاضی در ارزیابی مسئولیت، باید میزان خسارتی را که اقدام خواهان می‌تواند برای خوانده ایجاد کند، در نظر بگیرد. بدون شک نباید ضرر با تقصیر خلط شود، اما «هر کسی که از یک راهکار قانونی که احتمال دارد این اقدام به آبرو یا یکی از منافع اساسی طرف مقابل خود آسیب برساند، استفاده کند، لازم است که احتیاط ویژه‌ای داشته باشد»^{۱۰۱}.

باتوجه به وجود جنبه‌های مختلف موضوع، دیوان عالی فرانسه صرف ردّ دعوا^{۱۰۲} یا ورود خسارت^{۱۰۳} را الزاماً موجب تحقق سوء استفاده از حق ندانسته، بلکه برای احراز سوءاستفاده از حق، وجود شرایط خاص را لازم دانسته و تصریح کرده که تعیین این شرایط به عهده قضات است.^{۱۰۴}

99. Loïc Cadiet et Philippe leTourneau, *Ibid*, n° 128.

100. Loïc Cadiet et Philippe leTourneau, *Ibid*, n° 151.

101. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et André Tunc, *Ibid*, 591; Loïc Cadiet et Philippe leTourneau, *Ibid*, n°147.

101. Loïc Cadiet et Philippe leTourneau, *Ibid*, n°147.

102. Cour de Cassation, 2e, 24 Juin 1987, n° 84-15.173, Bull. Civ. II, n° 137. – Civ. 1re, 10 Juill. 2014, n° 13-21.049: “Motifs Impropres à Caractériser une Faute de X... de Nature à Révéler un Abus de Droit Dans L'exercice D'une Voie de Recours”.

103. Cour de Cassation, Soc. 1er Déc. 1950, Bull. Civ. III, n° 910. – Com. 11 Févr. 1963, Bull. Civ. III, n° 92. Civ. 2e, 8 oct. 1970, D. 1971. Somm. 31.

104. Cour de Cassation, Civ. 1re, 20 Mars 2013, n° 11-27.285, Bull. Civ. I, n° 42: Circonstances Particulières Spécifiées, en L'occurrence une “Véritable Machination” Développée par L'arrêt. Cour de Cassation, Civ. 2e, 5 Févr. 2015, n° 14-11.169.

نتیجه

با اینکه در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه به صورت صریح، ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی پیش‌بینی شده است، اما در این قانون، معیار و ضابطه‌ای از سوءاستفاده از حق، بیان نشده است. در آرای مراجع قضایی فرانسه تأکید شده است صرف «ورود خسارت» یا «ردّ درخواست» الزاماً موجب تحقق سوءاستفاده از حق نیست و از سوی دیگر، صرف «صدور حکم به نفع شخصی» الزاماً مانع از تحقق سوءاستفاده از حق نیست. تحلیل آرای قضایی به خصوص دیوان عالی فرانسه، حاکی از آن است که قاعده‌ای سنتی و قدیمی، اعمال حق با «سوءنیت»، «ایذاء» و «خطای فاحش معادل تقلب» را ضابطه سوءاستفاده از حق می‌داند که هر سه ضابطه پیش‌گفته تحت عنوان «حسن‌نیت» قابل جمع است. با این حال، تحلیل آرای دیگری از دیوان عالی فرانسه حاکی از آن است که این مرجع به قاعده معروف و سنتی فوق در همه موارد وفادار نبوده، در موارد متعددی به ضابطه تقصیر تمایل دارد؛ به جهت همین تفاوت آراء، حقوق‌دانان فرانسه معتقدند سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی از معیار واحدی پیروی نمی‌کند، بلکه ضابطه سوءاستفاده از حق بر اساس «تعهدات اصحاب دعوا»، «میزان اهتمام لازم توسط آنها (با توجه به شرایط)»، «میزان خسارت»، «روش‌های مورد استفاده» و «نوع حق مورد سوءاستفاده»، بین دو ضابطه حسن‌نیت و تقصیر، متغیر است.

در حقوق ایران، با توجه به تبصره ماده ۱۰۹ و مواد ۱۳۳، ۱۳۹ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و لحاظ تمایز حق دادخواهی با حق اصلی، همچنین توجه به مبانی سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی (هدف دادرسی، نظم عمومی، نقش اخلاق) می‌توان دریافت که ضابطه سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران، استفاده از حق با انگیزه‌ای غیر از دادخواهی و دفاع است. این معیار با هیچ‌یک از ضوابط سه‌گانه فوق به صورت کامل مطابقت ندارد؛ چراکه در ضابطه قصد اضرار، اعمال حق به قصد اضرار است و شامل سایر انگیزه‌ها از جمله مواردی که هر دو طرف دعوا بایکدیگر تبانی دارند، نمی‌شود؛ از سوی دیگر، تفاوت آن با ضابطه غایت اجتماعی حق، آن است که در غایت اجتماعی حق، فقط انگیزه ملاک نیست، بلکه حتی اگر استفاده‌کننده از حق به این موضوع که عمل وی خارج از غایت

اجتماعی از حق است آگاه نباشد، بازهم عمل وی سوءاستفاده تلقی می‌شود، در واقع، معیار غایت اجتماعی حق، معیاری عینی و نتیجه‌گرا است، نه ذهنی؛ حال آنکه معیاری که در دادرسی مدنی بیان شد، ذهنی است؛ به این معنا که انگیزهٔ شخص بایستی صرفاً احقاق حق یا دفاع باشد.

اگرچه قانون ایران بدون ذکر اصطلاح «سوءاستفاده از حق»، مصادیقی از آن را بیان کرده است، اما از این جهت که این مصادیق در مواد پراکنده بیان شده و ممکن است از آن برداشت مختلفی ارائه گردد، برای رفع هرگونه شبهه و به لحاظ اهمیت موضوع، پیشنهاد می‌شود که ازسوی قانون‌گذار ایران در مواد ابتدایی قانون دادرسی مدنی (که ضرورت دارد در آن اصول حقوقی و دادرسی بیان شود) در قالب یک ماده، حق دادخواهی خواهان و خوانده (در درخواست، دفاع و...) تعریف شده، حدود و ثغور آن بیان گردد و ذیل آن، ضابطه‌ای روشن و واضح از سوءاستفاده از حق ارائه شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۸). *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*، تهران: مجد.
۲. انصاری، علی (۱۳۸۸). *تئوری حسن‌نیت در قراردادهای مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر*، تهران: جنگل جاودانه.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷). *سوءاستفاده از حق؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، تهران: مؤسسه اطلاعات.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی*، تهران: گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت/ حقوق تعهدات عقود و ایقاعات*، تهران: گنج دانش.
۶. حاجی‌زاده، حمیدرضا (۱۳۸۴). *مصوبات و تصمیمات قوه قضاییه و شورای عالی ثبت*، تهران: ققنوس.
۷. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *لغت‌نامه دهخدا*، تهران: دانشگاه تهران.
۸. ریپر، ژرژ (۱۳۹۳). *قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی*، ترجمه حسنعلی درودیان، بر منهج عدل. تهران: دانشگاه تهران.
۹. کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۳). *فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی*، تهران: گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*، تهران: میزان.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *اثبات و دلیل اثبات*، تهران: میزان.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *مسئولیت مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد*، تهران: دانشگاه تهران.

۱۴. کوشه، ژرارد، لانگلد، جان و ولبو، دانیل (۱۳۹۱). *آیین دادرسی مدنی فرانسه*، ترجمه سید احمدعلی هاشمی، تهران: دادگستر.
۱۵. محسنی، حسن (۱۳۸۹). *اداره جریان دادرسی مدنی برای همکاری و در چارچوب اصول دادرسی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. معین، محمد (۱۳۸۳). *فرهنگ فارسی*، تهران: چاپخانه سپهر.
۱۷. نهرینی، فریدون (۱۳۹۸). *آیین دادرسی مدنی*، تهران: گنج دانش.
۱۸. واحدی، قدرت الله (۱۳۸۲). *بایسته های آیین دادرسی مدنی*، تهران: میزان.
۱۹. یلفانی، علی اکبر (۱۳۸۰). *شرح و تفسیر قوانین دادرسی مدنی*، تهران: سپهر.

– مقالات

۲۰. بافهم، محمد؛ فهیمی، عزیزاله و حسن زاده، مهدی (۱۴۰۲). سوءاستفاده از حق اقامه دعوا و حق شکایت از آراء در حقوق فرانسه و ایران. *حقوق تطبیقی*، ۱۰ (۱)، ۲۹-۵۲.
Doi: 10.22096/law.2023.528366.1877
۲۱. بافهم، محمد؛ فهیمی، عزیزاله و حسن زاده، مهدی (۱۴۰۲). سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه. *پژوهش های حقوق تطبیقی*، ۱۱۹ (۱)، ۱۳۳-۱۵۷.
۲۲. بافهم، محمد؛ فهیمی، عزیزاله و حسن زاده، مهدی (۱۴۰۲). ضمانت اجرای ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی ایران و فرانسه. *پژوهش های حقوق تطبیقی*، ۱۲۱ (۱)، ۴۸-۱.
۲۳. بافهم، محمد؛ فهیمی، عزیزاله و حسن زاده، مهدی (۱۴۰۳). جایگاه اخلاق به مثابه مبنایی برای ممنوعیت سوءاستفاده از حق در دادرسی مدنی. منتشرشده در *مجموعه مقالات همایش اخلاق حقوقی*، به کوشش مهدی حسن زاده و ام البنین حسینی، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۳۶۹-۳۸۱.
۲۴. بهرامی، احسان و السان، مصطفی (۱۴۰۱). ضوابط شناسایی دعوای واهی در حقوق ایران و انگلیس؛ مقدمه ای جهت صدور قرار تأمین و ردّ دعوا. *پژوهش های حقوق تطبیقی*، ۲۶ (۲)، ۵۲-۲۹.

۲۵. بهرامی، احسان و السان، مصطفی (۱۴۰۲). جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوی واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا. *حقوقی دادگستری*، ۸۷ (۳)، ۴۹-۷۴.
Doi: 10.22106/jlj.2023.1983303.5119

۲۶. حاجی نوری، غلامرضا (۱۳۹۴). بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۱ (۲)، ۱۴۳-۱۶۶.

۲۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تجاوز از حق. *تحقیقات حقوقی*، ۳۳ و ۳۴ (۱)، ۳۱-۶۳.

۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۸). سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ۲۱ (۰)، ۱۰۳-۱۱۵.

ب) منابع انگلیسی

- Books

29. Cadiet, Loïc et leTourneau, Philippe (2015). *Abus de Droit*, Paris: Dalloz.
30. Capitant, Henri (1982). *Sur L'abus des Droits*, Paris: RTD Civ.
31. Colin, Ambroise et Capitan, Henri (1953). *Traité de Droit Civil*, Tome 2, Paris: Dalloz.
32. Cornu, Gérard et Capitant, Henri (2018). *Vocabulaire Juridique*, Paris: PUF.
33. Cornu, Gérard et Foyer, Jean (1996). *Procédure Civile*, Paris: PUF.
34. Dabin, Jean (1952). *Le Droit Subjectif*, Paris: Dalloz.
35. Ghestin, Jacques et Gooubaux, Gilles (1993). *Traité de Droit Civil – Introduction Générale*, Paris: L.G.D.J.
36. Josserand, Louis (1939). *De L'esprit des Droits et de Leur Relativité: Théorie Dite de L'abus des Droits*, Paris: Dalloz.
37. Laurent, François (1874). *Principes de Droit Civil Français*, Paris: Bruylant-Christophe.
38. Levy, E. (1926). *La Vision Socialiste du Droit*, Paris: Libraire-Editer.

39. Marty, Gabriel Raynaud, Pierre (1962). **Droit Civil**, Paris: Siery.
40. Mazeaud, Henri (1977). **Leçons de Droit Civil**, Paris: Montchrestien.
41. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon et Tunc, André (1965), **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile**, (Paris: Montchrestien.
42. Ray, Jean (1926). **Index du Code Civil**, thèse Complémentaire Pour le Doctorat et Lettres, Paris: Alcan.
43. Savatier, René (1916). **Des Effets et de la Sanction du Devoir Moral en Droit Positif Français et Devant la Jurisprudence**, Thèse Pour le Doctorat en Sciences Juridiques, Poitiers Université.
44. Solus, Henry et Perrot, Roger (1961). **Droit Judiciaire Prive**, Tome I, Paris: Sirey.

- Articles

45. Wade, John (1968). On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions. **Hofstra Law Review**, 14(3), P 433-497.
46. Saleilles, R (1905). De L'abus de Droit, Rapport Présenté à la Première Sous-Commission de la Commission de Revision du Code Civil. **Bulletin de la Société D'études Législatives**, 14 (4).

- Cour de Cassation

47. ___, Chambre Civile (Civ), 1er Août 1950, S. 1951. 1. 100.
48. ___, Civ, 1re, 10 Juill. 2014, n°13-21.049.
49. ___, Civ, 1re, 22 Juin 1965, Bull. Civ. I, n°413.
50. ___, Civ, 2 Fév. 1956, Bull. Cass., 1956. II, P. 65.
51. ___, Civ, 28 mars 1960, Gai. Pal., 1960. 2. 13.
52. ___, Civ, 2e, 16 Févr. 1984, n°82-12.399, Bull. Civ. II, n°30.
53. ___, Civ, 2e, 19 Juin 1980, n°78-15.488, Bull. Civ. II, n°144
54. ___, Civ, 2e, 24 Juin 1987, n°84-15.173, Bull. Civ. II, n°137.

- 55.____, Civ, 1re, 14 Oct. 1964, Bull. Civ. I, n°448.
- 56.____, Civ, 1re, 20 Mars 2013, n°11-27.285, Bull. Civ. I, n°42:
- 57.____, Civ, 1re, 25 Févr. 1986, n°84-14.208, Bull. Civ. I, n°38; JCP 1987. II. 20776, note Remery.
- 58.____, Civ, 1re, 5 Déc. 2006, n°05-21.557, PIBD 2007. III. 95.
- 59.____, Civ, 1re, 7 Nov. 1995, n°92-10.053, Bull. Civ. I, n°388.
- 60.____, Civ, 2e, 11 Mars 1987, n°85-16.815, Bull. Civ. II, n°66.
- 61.____, Civ, 2e, 24 Juin 1987, n°84-15.173, Bull. Civ. II, n°137.
- 62.____, Civ, 2e, 5 Févr. 2015, n°14-11.169
- 63.____, Civ, 3e, 16 Janv. 1991, n°89-13.236, Bull. Civ. III, n°26; D. 1991. Somm. 323, obs. Aubert.
- 64.____, Civ, 10 Nov. 1937, Gaz. Pal., 1937. 2. 926.
- 65.____, Civ, 2e, 4 Mai 2000, n°95-21.567, JCP 2000. II. 10356, note Garé.
- 66.____, Civ, 2e, 7 Juill. 2005, n°03-17.889.
- 67.____, Civ, 2e, 8 Janv. 1959, Bull. Civ. I, n°38.
- 68.____, Civ, 3 déc. 1940, Gaz. Pal., 1941. 1.306 (2 Arrêt).
- 69.____, Civ, 6 Nov. 1946, D. 1947. 49. Rapp. Cass.
- 70.____, Civ, 1re, 10 Juill. 2014, n°13-21.049:
- 71.____, Civ, 2e, 8 Oct. 1970, D. 1971. Somm. 31
- 72.____, Civ, 3e, 19 Févr. 2003, n°01-13.429, RJDA 2003, n°558).
- 73.____, Civ, 3e, 8 Oct. 2008, n°07-14.396, Bull. Civ. III, n°148.
- 74.____, Civ, 6 Nov. 1946, D. 1947. 49.
- 75.____, Chambre Commerciale (Com), 13 Mai 1958, Bull. Cass., 1958. III, p. 153.
- 76.____, Com, 10 Févr. 1965, Bull. Civ. III, n°108.
- 77.____, Com, 14 Déc. 1903, S. 1905. 1. 223; Req., 23.

- 78.____, Com, 15 Mai 2007, n°06-11.583, PIBD 2007. III. 473.
- 79.____, Com, 20 Mai 2014, n°13-14.933:
- 80.____, Com, 21 Avril 1959, Bull. Cass., 1959. III, p. 162.
- 81.____, Com, 26 Mai 1956, Bull. civ. III, n°153.
- 82.____, Com, 29 Mai 1967, JCP 1967. II. 15205, note Jack-Mayer.
- 83.____, Com, 11 Févr. 1963, Bull. civ. III, n°92.
- 84.____, Chambre des Requêtes (Req), 14 Déc. 1903, S. 1905. 1. 223.
- 85.____Req, 21 Juin 1926, S. 1926. 1. 294.
- 86.____Req, 23 Janv. 1912, S. 1912. 1. 316.
- 87.____, Chambre Sociale (Soc), 23 Mai 1950, Gaz. Pal., 1950. 2. 133.
- 88.____, Soc, 19 Oct. 1966, Bull. Civ. IV, n°787.
- 89.____, Soc, 1er déc. 1950, Bull. civ. III, n°910.
- 90.____, Chambre criminelle (Crim), 19 déc. 1930, Gaz. Pal, 1931. 1. 103.
- 91.____, Crim, 18 Fév. 1932, Motifs, Gaz. Pal., 1932. 1. 629.
- 92.____, Crim, 23 1958, D. 1958. 725.
- 93.Cour D'appel, Agen, 11 Juin 2014, n°12/00812, AJCA 2014. 342. obs.
- 94.Cour D'appel, Lyon-3ème Chambre A-19 Janvier 2023-n°20/00579.
- 95.Cour D'appel, Paris, 14 Mars 2007, PIBD 2007. III.
- 96.Cour D'appel, Paris, 2 déc. 1998, PIBD 1999. III. 96.
- 97.Cour D'appel, Toulouse, 7 févr. 1995, Juris-Data, n°040114.
- 98.Tribunal Judiciaire de Paris (TGI Paris), 30 Mars 2007, D. 2007. 2370, n°74.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 33-60

Challenges of the Environmental Damage legal Framework in the Offshore Oil and Gas Industry

Mohammad Ali Baghersad¹| Parviz Savarai²

1. Ph.D. Candidate in Oil and Gas Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

baghersad_ali@yahoo.com

2. Associate Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

savrai@iran-attomey.com

Abstract

Offshore oil and gas activities refer to activities that use marine facilities (as opposed to land facilities) for the purpose of exploration, exploitation, and production of oil or gas. The mentioned activities are sometimes associated with risks to the marine environment and cause damage to the environment and neighboring countries. The present essay has analyzed the legal framework of the mentioned responsibility and the challenges and shortcomings of the existing international and regional regulations in the offshore oil and gas industry with a descriptive-analytical method. Despite numerous international and regional conventions, the legal system of environmental responsibility in this industry is in the beginning stages and has not yet been fully formed. Although regional agreements are more advanced than international conventions in this field, a convention should be drafted and approved by the majority of countries in the field of responsibility and the amount of environmental damage.

Keywords: Oil and Gas, Offshore, Liability, Damage, Environment.

Received: 2023/10/26 Received in revised form: 2024/04/03 Accepted: 2024/04/22 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.58989.3329

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





چالش‌های چارچوب حقوقی خسارت محیط زیستی در صنعت نفت و گاز فراساحل

محمدعلی باقرصاد^۱ پرویز ساورایی^۲

baghersad_ali@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

savrai@iran-attomey.com

۲. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

فعالیت‌های نفت و گاز فراساحل به فعالیت‌هایی اطلاق می‌شود که از تأسیسات دریایی (برخلاف تأسیسات خشکی) به‌منظور اکتشاف، بهره‌برداری و تولید نفت یا گاز استفاده می‌کنند. فعالیت‌های یادشده گاه با خطرهایی برای محیط زیست دریایی همراه است و خساراتی را برای محیط زیست و کشورهای مجاور ایجاد می‌نماید. حدود مسئولیت و میزان خسارت این حوادث، از موضوعات مهم در زمینه فعالیت‌های فراساحل است. جستار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی چارچوب حقوقی مسئولیت یادشده و چالش‌ها و نواقص مقررات بین‌المللی و منطقه‌ای موجود در صنعت نفت و گاز فراساحل پرداخته است. با وجود کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی و منطقه‌ای، نظام حقوقی مسئولیت محیط زیست در این صنعت در مراحل آغازین است و هنوز به‌طور کامل شکل نگرفته است. هرچند موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای نسبت به کنوانسیون‌های بین‌المللی در این زمینه پیشروتر هستند، اما باید در زمینه مسئولیت و میزان خسارت زیست‌محیطی، کنوانسیون تدوین شود و به تصویب اکثریت کشورها برسد.

واژگان کلیدی: خسارت، فراساحل، محیط زیست، مسئولیت، نفت و گاز.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.58989.3329



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

جهان در دهه‌های اخیر شاهد افزایش قابل توجه توسعه فعالیت‌های نفت و گاز فراساحلی بوده است. با توجه به افزایش تقاضای انرژی و نوآوری‌های فناورانه، فعالیت‌های حفاری گسترش یافته و به مناطق عمیق و فوق عمیق منتقل شده است. فرایندهای اکتشاف و استخراج نفت و گاز می‌تواند آثار زیست‌محیطی^۱ گوناگونی در پی داشته باشد که بسته به مرحله فرایند، پیچیدگی و حجم پروژه، ماهیت و حساسیت محیط اطراف، میزان اثربخشی طرح و برنامه، روش‌های پیشگیری از آلودگی و تکنیک‌های کنترل و کاهش آثار، می‌تواند متغیر باشد. البته تلاش‌های زیادی در جهت توسعه سیستم‌های مدیریتی، روش‌های عملیاتی و فناوری مهندسی به منظور کاهش آثار زیست‌محیطی صورت گرفته و به میزان قابل توجهی خسارات زیست‌محیطی را کاهش داده است. فعالیت‌های مربوط به اکتشاف و استخراج می‌تواند آثار گوناگون انسانی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و نیز جوی داشته باشد و بر زیست‌آبزیان، جانوران خشکی و به طور کلی کره زمین تأثیراتی برجای بگذارد. به این دلیل و با دغدغه حفاظت از محیط زیست، پژوهشگران در این زمینه تحقیقاتی صورت داده‌اند. به زعم برخی محققان، در نتیجه عملیات حفاری فراساحل، صدها ترکیب و ماده استخراج شده، در دریا رها می‌شوند که به آلودگی محیط می‌انجامد. در عین حال، نظام معینی برای جبران خسارت محیط زیست در این خصوص وجود ندارد.^۲ به نظر برخی دیگر، با در نظر گرفتن پتانسیل‌های بالقوه مخرب فعالیت‌های نفت و گاز در محیط‌های دریایی، قطعاً قوانین زیست‌محیطی جامعی برای حفاظت از این محیط‌ها مورد نیاز است که این قوانین باید در سطوح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی، تدوین و اجرایی گردند و با قوانین ملی کشورها حمایت شوند.^۳ از منظر گروهی از پژوهشگران، تدوین شاخص‌های خسارت محیط

۱. نک: رشیدی، مهناز و همکاران، «منبع تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۲ (۱۴۰۰)، ص ۱۲۸-۱۳۱.

۲. مریم قربانی و معصومه بشیری، «ارزیابی خسارات زیست‌محیطی به محیط دریایی در اثر عملیات نفتی»، اکتشاف و تولید نفت و گاز، ش ۱۱۳ (۱۳۹۳)، ص ۱۷-۱۱.

۳. هادی ابراهیم فتح‌آبادی، «معاهدات بین‌المللی در رابطه با جلوگیری از آلودگی محیط‌های دریایی در اثر فعالیت‌های فراساحلی اکتشاف و تولید نفت و گاز»، اکتشاف و تولید نفت و گاز، ش ۸۲ (۱۳۹۰)، ص ۲۹-۲۳.

زیستی، علاوه بر جلوگیری و پیشگیری از وقوع آلودگی‌های زیست‌محیطی، به احراز مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در وقوع خسارات زیست‌محیطی کمک شایانی می‌نماید؛ لذا بررسی و تحلیل امکان تدوین شاخص‌های خسارات زیست‌محیطی در معاهدات بین‌المللی برای اثبات مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.^۴ برخی محققان معتقدند در صورت تقصیر دولت در حفاری فراساحل، برای جبران ضرر وارده به محیط زیست باید خود دولت را مسئول دانست؛ اینکه در هر صورت خسارات وارده به محیط زیست دریاها بدون جبران باقی نماند و آسیب‌های آن بر پیکره جامعه بین‌المللی تحمیل نشود.^۵ برخی دیگر از محققان نیز معتقدند که مسئول شناختن اشخاص در سطح بین‌المللی برای فعالیت‌های زیان‌بار که سبب بروز آلودگی فراساحل می‌شود، از عدم جبران خسارات وارده به قربانیان جلوگیری می‌کند.^۶ آنچه مد نظر تحقیق حاضر است، همان‌طور که در پژوهش‌های پیشین پیشنهاد شده است، توصیف خطرهای وضع موجود و تبیین خلأهای چارچوب حقوقی موجود است. امروزه تقریباً یک سوم نفت و یک چهارم گاز طبیعی مصرف‌شده در جهان از مناطق زیر دریا تأمین می‌شود. گویی این تسریع برای اکتشاف و بهره‌برداری نفت و گاز فراساحلی پایانی ندارد؛ پیش‌بینی‌ها حاکی از رشد مداوم تولید در مناطق سنتی فراساحلی (مانند افریقای غربی و خلیج مکزیک) و توسعه قابل توجه در مناطق جدید مانند شرق افریقا و شرق مدیترانه است. حفاری بیشتر و عمیق‌تر به معنای افزایش تهدیدها برای محیط زیست، کاهش منابع طبیعی و پیامدهای منفی بالقوه برای فعالیت‌های انسانی وابسته به این اکوسیستم‌ها است. حوادث اخیر بر روی سکوه‌های دریایی^۷ نشان داده است که خطرهای زیست‌محیطی فعالیت‌های حفاری دریایی، مربوط به تمام مناطق جهان و انواع شرکت‌ها است. این ماهیت فرامرزی و تأثیرات این حوادث، مشاجراتی را در مورد

۴. فرشته عباسی تبریزی، «تحولات حقوق بین‌الملل در خصوص جبران خسارت ناشی از آلودگی‌های نفتی»، حقوق و مطالعات سیاسی، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۳۳۰-۳۴۴.

۵. جواد صالحی و حسین آل‌کجاف، «مسئولیت بین‌المللی دولت حامی در بهره‌برداری از منابع ناحیه در پرتو بایسته‌های حقوق بین‌الملل محیط زیست»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۲۰۱-۲۱۲.

۶. عبدالحسین شیروی و فریده شعبانی چهرمی، «رژیم بین‌المللی مسئولیت ناشی از آلودگی فعالیت‌های حفاری فراساحلی»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۳۵۷-۳۷۷.

۷. مانند حوادث سکوه‌های نفتی نروژ و خلیج مکزیک.

مطلوبیت یا عدم مطلوبیت چارچوب نظارتی بین‌المللی کنونی برای فعالیتهای نفت و گاز فراساحلی به راه انداخته است. در این راستا مشخص است که خلأهای نظارتی هم از نظر ایمنی فعالیتهای حفاری دریایی و هم از جنبه مسئولیت و جبران خسارت در صورت بروز حوادث وجود دارد. بر همین اساس، در این پژوهش چالش‌های چارچوب حقوقی خسارت محیط زیستی در صنعت نفت و گاز فراساحل مورد بررسی قرار گرفته است. روش تحقیق این مقاله تحلیلی و توصیفی است که با مراجعه به مراکز کتابخانه‌ای و پژوهشی میسر شده است. منابع استفاده‌شده باتوجه به کمبود منابع در این زمینه، بیشتر کتاب‌ها و مقالات خارجی است که شامل توصیف و تحلیل و طرح رویه قضایی در کشورهای دیگر است. برای دستیابی به مقصود جستار حاضر، ابتدا در قسمت نخست به بررسی چالش‌های چارچوب حقوقی پرداخته شده است. در قسمت بعدی نیز چرایی چالش‌های موجود در اسناد و موافقت‌نامه‌های محیط‌زیستی مورد تبیین قرار گرفته‌اند.

۱. چالش‌ها

در ابتدا باید چالش و خلأهای حقوقی را مورد بررسی و ارزیابی قرار داد و آنگاه به تبیین و چرایی آنها پرداخت. لذا در ادامه، چالش‌های چارچوب حقوقی را بررسی نموده‌ایم.

۱.۱. فقدان چارچوب نظارتی برای ایمنی زیست‌محیطی فعالیتهای حفاری دریایی

قوانین ملی تنظیم‌کننده فعالیتهای نفت و گاز فراساحلی بسیار متفاوت است. برخی از قوانین ملی به هر مرحله از چرخه استخراج نفت - از مرحله اکتشاف تا برچیدن تأسیسات دریایی - می‌پردازد؛ درحالی که برخی دیگر به مرحله تولید محدود می‌شود. هدف برخی از قوانین رسیدگی به آثار زیست‌محیطی، اکتشاف و بهره‌برداری فراساحلی است؛ درحالی که برخی دیگر به‌طور کامل بر تسهیل توسعه فعالیتهای فراساحلی تمرکز دارند. علاوه بر این، اجرای مؤثر قوانین ملی نیز متفاوت است. در این راستا، فقدان ظرفیت در بسیاری از کشورهای درحال توسعه، آنها را از کنترل و نظارت مؤثر بر توسعه فعالیتهای فراساحلی و اجرای مقررات، در صورت وجود، باز می‌دارد. علاوه بر این، شکاف در نظارت در سطح

بین‌المللی نیز مشکل را دوچندان می‌کند. علی‌رغم مقررات مربوط به کنوانسیون حقوق دریاها، تا به امروز هیچ کنوانسیون بین‌المللی در مورد ایمنی فعالیت‌های حفاری دریایی تصویب نشده است و در حال حاضر هیچ فرایند مستمری برای جبران این شکاف شکل نگرفته است؛^۸ هرچند که پیش‌تر تلاش‌هایی صورت گرفته که ناکام مانده است. پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۷۷ در مورد کشتی‌های متحرک دریایی که از سوی کمیته بین‌المللی دریایی^۹ تهیه شده، با هدف اعمال کنوانسیون‌های موجود در مورد ناوبری در فعالیت‌های دریایی بوده، اما از سوی سازمان بین‌المللی دریانوردی تأیید نشده است.

جدیدترین تلاش برای توسعه توافقنامه‌ای بین‌المللی که در چارچوب کشورهای گروه ۲۰ مورد بحث قرار گرفت، در نهایت فراتر از بحث‌های مقدماتی پیشرفتی نکرد. این ناکامی‌ها نشان‌دهنده دشواری مسیر جامعه بین‌المللی در راستای توافق بر سر توسعه یک سند الزام‌آور برای تنظیم یک چارچوب حقوقی دقیق است که برای بسیاری از کشورها و محیط زیست دریایی، حیاتی تلقی می‌شود. در عین حال، شکاف‌ها در چارچوب حقوق جهانی به تدریج به توسعه ابزارهای منطقه‌ای منجر شد؛ اگرچه این ابزارها بسیار پراکنده و ناکافی هستند. چارچوب منطقه‌ای دارای این نقاط قوت است: (۱) موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای از نظر جامعیت متفاوت هستند، برخی (خلیج فارس/ منطقه دریای عمان، مدیترانه و اقیانوس اطلس شمال شرقی) نسبت به سایرین (مثلاً قطب شمال) دقیق‌ترند. اکتشاف و بهره‌برداری نفت و گاز در قطب جنوب کاملاً ممنوع است؛ (۲) موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای دارای حوزه‌های حقوقی ناهمگون هستند: برخی الزام‌آورند، درحالی که برخی دیگر فقط ابزارهای حقوق نرم هستند؛ (۳) سطوح مختلفی از اجرا برای توافقنامه‌های منطقه‌ای وجود دارد؛ برخی از آنها چندین سال پیش به تصویب رسیدند (منطقه خلیج فارس/ دریای عمان و شمال شرق اقیانوس اطلس)، اما برخی دیگر به تازگی لازم‌الاجرا شده‌اند (دریای مدیترانه) یا هنوز در مرحله پیش‌نویس هستند (غرب، مرکز و جنوب آفریقا و غرب اقیانوس هند)؛ با همه این

8. L. Chabason, "Offshore oil Exploitation: a New Frontier for International Environmental Law", *IDDRI; SciencesPO*, Working Paper N°11/11, (2011), available at: <https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/wp-1111_chabason-offshore.pdf> (Accessed by 3/3/2023)

9. Comité Maritime International (CMI)

موارد، هیچ‌گونه هماهنگی و یا به‌اشتراک‌گذاری تجربیات بین مناطق مختلف یادشده در خصوص مقررات حفاری دریایی وجود ندارد.^{۱۰}

۲.۱. فقدان قوانین بین‌المللی مشخص در مورد مسئولیت و جبران خسارت

در خصوص فعالیت صنعت نفت و گاز فراساحل در حوزه داخلی و ملی مشکلات حقوقی چندانی وجود ندارد؛ چراکه منافع چند دولت در میان نیست، بلکه صرفاً یک دولت طرف قضیه است. برای مثال، در سال ۱۹۹۴ واقعه اکسون والدر^{۱۱}، خلیج ایالت آلاسکا را به هزاران لیتر مواد نفتی آلوده ساخت. همچنان با گذشت بیش از بیست سال از آن حادثه، خلیج آلاسکا همچنان آلوده است و نفت بر سطح خلیج باقی مانده است. دادگاه در این قضیه، شرکت اکسون را به پرداخت خسارت کیفری به دولت ایالتی و دولت فدرال محکوم ساخت که مجموعاً یک میلیارد و صد و پنجاه میلیون دلار برآورد گردیده است.^{۱۲} همچنین در قضیه اکسون موبیل علیه دولت فدرال^{۱۳}، شرکت یادشده جلوگیری از حفاری نفت در فراسوی ساحل کالیفرنیا را خلاف قانون فدرال و ایالت کالیفرنیا می‌دانست. با این حال، دیوان عالی امریکا ضمن تأیید حکم دادگاه استیناف اشعار داشت که تصمیم دادگاه استیناف مبنی بر تأیید خودداری وزارت کشور از صدور مجوزهای حفاری به علت خطرهای محیط زیستی و انقراض گونه‌های در معرض خطر صحیح بوده، چراکه دادگاه آثار زیست‌محیطی حفاری فراساحل را به‌طور وسیعی ارزیابی نموده، به‌طور منصفانه و معقول شرکت خاطی را محکوم کرده است.

برخلاف سطح ملی و داخلی، در حال حاضر هیچ قانون و مقررۀ جهانی برای تنظیم مسئولیت و جبران خسارت آلودگی ناشی از فعالیت‌های حفاری دریایی فراساحل وجود ندارد

10. J. Rochette, et al, "Seeing beyond the horizon for deepwater oil and gas: strengthening the international regulation of offshore exploration and exploitation", *IDDRI, SciencesPO*, Study N°01/14, (2014), available at: <https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/st0114_jr-et-al._offshore-en.pdf> (accessed by 3/3/2023)

11. Exxon Valdez Oil Spill

۱۲. مریم قربانی و معصومه بشیری، پیشین، ص ۱۷.

13. ExxonMobil and DCOR, LLC vs. Federal Government

و هیچ‌گونه توافق بین‌المللی خاصی تاکنون به‌تصویب نرسیده است.^{۱۴} به‌علاوه، کنوانسیون مسئولیت مدنی بروکسل برای خسارات ناشی از آلودگی نفتی، خطر آلودگی و آسیب‌های زیست‌محیطی ناشی از عملیات نفت و گاز دریایی را پوشش نمی‌دهد. در نهایت، قرارداد مسئولیت آلودگی فراساحلی^{۱۵}، یک رژیم حقوقی خصوصی است و از نظر پوشش جغرافیایی محدود و جبران خسارت در آن در سطح نسبتاً نازلی پیش‌بینی شده است. حادثهٔ مونتارا^{۱۶} در استرالیا در سال ۲۰۰۹ واقعه‌ای بود که بحث در مورد مطلوبیت چارچوب حقوقی بین‌المللی تنظیم‌کنندهٔ مسئولیت و غرامت در حوادث ناشی از فعالیت‌های حفاری فراساحل را گشود. سکوی مونتارا که در ۲۵۰ کیلومتری ساحل شمال غربی استرالیا قرار داشت، در حین حفاری چاه جدیدی منفجر شد. به گفتهٔ مقامات کشور اندونزی، لکهٔ نفتی به‌وجودآمده در نتیجهٔ انفجار، به محیط زیست دریایی در آب‌های اندونزی آسیب رساند و جوامع ساحلی پیرامون مونتارا را که معیشت ایشان به دریا و منابع زندگی آن وابسته بود، با مشکلات اجتماعی-اقتصادی مواجه کرد. همچنین در غیاب پوشش بیمه‌ای مناسب برای پیمانکار، به‌ویژه به دلیل اختلاف در مورد میزان ادعایی خسارت، تاکنون غرامتی به خسارت‌دیدگان پرداخت نشده است. نگرانی فزایندهٔ دولت اندونزی این بود، درحالی که چنین پیمانکارانی معمولاً بیمه دارند، بیمه خسارت را مطابق با محدودیت‌های نظارتی تعیین‌شده از سوی نهادهای ملی که حفاری دریایی را در کشوری که دفتر مرکزی آن شرکت است، تنظیم می‌کند. مقدار چنین بیمه‌ای ممکن است محدود باشد و ممکن است بر اساس قوانین ملی هر دولتی متفاوت باشد. در این واقعه، آنچه غایب است، یک استاندارد بین‌المللی یکسان است که برای تمام حوادث از این نوع قابل اعمال باشد. لازم به ذکر است که از سال ۲۰۱۰، بحث در سازمان بین‌المللی دریانوردی در مورد پیشنهاد اندونزی برای توسعهٔ یک معاهدهٔ بین‌المللی در مورد مسئولیت و غرامت متوقف شده است.

14. T. Scovazzi, "Maritime Accidents with Particular Emphasis on Liability and Compensation for Damage from the Exploitation of Mineral Resources of the Seabed", In de Guttery A. et al (Eds). *International Disaster Response Law*, (The Hague, The Netherlands: Asser Press, 2012), p. 33.

15. OPOL

16. Montara

۳.۱. خطرهای ادامه وضعیت موجود

از نظر ایمنی زیست‌محیطی فعالیت‌های حفاری فراساحل، چندین خطر را باید برجسته ساخت: (۱) خطر مقررات نامناسب یا نامتناسب، پراکنده یا ناموجود که به حفاظت نابرابر از محیط زیست و خطر انهدام محیط زیستی منجر می‌شود. (۲) خطر عدم اجرای موافقت‌نامه‌های ملی و یا منطقه‌ای در صورتی که ظرفیت دولت‌ها تقویت نشود. (۳) خطر خودتنظیمی صرفاً از جانب هنجارهای داوطلبانه: فراتر از شرکت‌های بزرگی که گاهی استانداردهای زیست‌محیطی را تدوین کرده‌اند، به‌ویژه از طریق انجمن بین‌المللی تولیدکنندگان نفت و گاز^{۱۷}، بخش فراساحلی نیز متشکل از شرکت‌های کوچکی است که کمتر پاسخگو هستند و توجه یکسانی به حفاظت از محیط زیست ندارند. بنابراین، در صورت عدم تهیه و تدوین قوانین مربوط به مسئولیت و جبران خسارت، می‌توان چندین ریسک دیگر را برجسته ساخت: الف) خطر عدم قطعیت حقوقی که به اختلافات سیاسی میان دولت‌ها منجر می‌شود. ب) خطر پرداخت ناکافی یا نامتناسب یا عدم پرداخت خسارت به خسارت‌دیدگان در صورت نبود قوانین جامع و بسنده. ج) خطر ورشکستگی با توجه به عدم توانایی مالی بسیاری از پیمانکاران کوچک برای پرداخت مطالبات^{۱۸}.

۲. تبیین خلأهای چارچوب حقوقی موجود

مقررات بین‌المللی زیست‌محیطی در مورد انواع فعالیت‌های تولید انرژی در دریا به کنوانسیون حقوق دریاها مرتبط است^{۱۹}. بر این اساس، کشورهای ساحلی موظف هستند از همه ابزارهایی که در اختیار دارند «برای جلوگیری، کاهش و کنترل آلودگی محیط زیست دریایی ناشی از فعالیت در بستر دریا یا در ارتباط با فعالیت در بستر دریا، جزایر مصنوعی، تأسیسات و سازه‌های تحت صلاحیت خود» بهره‌جویند^{۲۰}. تکلیف ایشان برای جلوگیری از

17. OGP

18. P. Cameron, "Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry", *International Energy Law Review*, Vol. 6, (2012), p. 209-210.

19. F. Veronica, 'the European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea: Implementing Global Obligations at the Regional Level', London: Martinus Nijhoff, (2007), p. 24.

۲۰. کنوانسیون حقوق دریاها، بند ۱ ماده ۲۰۸

آلودگی نه تنها مستلزم تصویب قوانین و مقررات لازم است، بلکه در عین حال باید در اجرای آن‌ها اهتمام خاصی از خود نشان دهند و اطمینان حاصل نمایند که فعالیت‌های بازیگران خصوصی در این زمینه، از صلاحیت ایشان خارج نشده، آسیب قابل توجهی به محیط زیست دریایی وارد نخواهد کرد.^{۲۱} انتظار این است که دولت‌ها برای جلوگیری از آلودگی تلاش نمایند، اما نمی‌توان تضمین کرد که درنهایت آسیبی رخ نخواهد داد.^{۲۲} به عبارت دیگر، این تعهد دولت‌ها را ملزم به دستیابی به یک نتیجه معین نمی‌سازد، بلکه صرفاً تعهدی رفتاری است. با این حال، الزام به انجام تمام اقدامات مناسب برای جلوگیری از آسیب زیست‌محیطی، دولت‌ها را به رعایت استانداردهای دقت لازم ملزم می‌کند.^{۲۳} معیار اهتمام لازم و کافی^{۲۴}، بازتاب رفتار مورد انتظار دولت مطلوب است، زیرا مستلزم اتخاذ قوانین و اقداماتی در سطح داخلی و قابل اجرا برای نهادهای دولتی و خصوصی است که می‌تواند از آسیب‌های زیست‌محیطی فرامرزی جلوگیری نماید یا آنها را محدود سازد.^{۲۵}

در چارچوب‌های هنجاری الزام به پیشگیری، معیار اهتمام لازم و کافی در برابر گسترش ماهوی و رویه‌ای این تعهد ابتدایی سنجیده می‌شود؛^{۲۶} یعنی انتظار می‌رود دولت تدابیر معقول اتخاذ نماید و از اجرای مؤثر آن تدابیر محافظت کند و هم‌زمان با سایر کشورهایی که به‌طور بالقوه در معرض آسیب هستند، همکاری نماید. در این زمینه لازم است تعهدات رویه‌ای زیست‌محیطی دولت برای همکاری با حسن نیت در کاهش آسیب‌های زیست‌محیطی فرامرزی (از طریق انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی (EIA)^{۲۷}، اطلاع‌رسانی، مشورت و

21. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion) (2011), ITLOS Rep, p. 117-118.
22. P. M. Dupuy, 'Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility', *European Journal of International Law*, 10, (1999), p. 375.
23. International Law Commission (ILC) 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities' UN Doc A/56/10 (11 May 2001), p. 154.
24. Due Diligence
25. International Law Commission (ILC), (11 May 2001), *op. cit.*, p. 153-154.
26. International Law Association (ILA) Study Group on Due Diligence in International Law, 'First Report' (7 March 2014), p. 28.
27. Environmental Impact Assessment

نظارت بر تأثیر فعالیت‌های خطرناک بر محیط‌زیست) دارای استقلال باشد^{۲۸} که این موارد از عناصر عینی و اساسی الزام به پیشگیری محسوب می‌شود.^{۲۹} به نظر می‌رسد که این ارتباط بین اهتمام خاص و تعهدات ابتدایی زیست‌محیطی در پرونده پالپ میلز^{۳۰} مورد تأیید قرار گرفته است؛ جایی که دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) چنین حکم داده است: «اگر یکی از طرفین، برنامه‌ریزی برای انجام اموری که می‌تواند رژیم رودخانه یا کیفیت آب آن را تحت تأثیر قرار دهد مورد ارزیابی آثار زیست‌محیطی در مورد پیامدهای بالقوه چنین اموری قرار ندهد، اهتمام خاص و الزام به پیشگیری را ترتیب اثر نداده است»^{۳۱}. بنابراین، دولت‌ها موظف هستند درحالی که ماهیت الزام به پیشگیری، اختیار نظارتی را در اجرای آن پیش می‌نهد، اهتمام لازم را صورت دهند و حداقل با قواعد، استانداردها و رویه‌های توصیه‌شده و عرف بین‌المللی انطباق یابند.^{۳۲}

نظریات مشورتی در مورد مسئولیت کشورهای حامی در منطقه و ماهیگیری غیرقانونی و گزارش‌نشده (IUU) و همچنین حکم داوری دریای چین جنوبی، برخی از ارکان مهم معیار اهتمام لازم و کافی را روشن کرده‌اند.^{۳۳} اولاً تأیید شده است که معیار اهتمام لازم و کافی یک «مفهوم متغیر» است و محتوای الزام به پیشگیری را به شرایط مورد خاص وابسته می‌سازد. انعطاف‌پذیری معیار اهتمام لازم این امکان را فراهم می‌سازد که محتوای تعهد در خصوص خطرهای ناشی از یک فعالیت تعدیل شود، زیرا معیار بالاتری از مراقبت

28. Y. Tanaka, 'Costa Rica v Nicaragua and Nicaragua v Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment', *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 26, (2017), p 92–96.

29. See: Plakokefalos, I. 'Prevention Obligations in International Environmental Law', *Yearbook of International Environmental Law*, Amsterdam Law School Research Paper, No. 37, Amsterdam Center for International Law, (2013).

30. Pulp Mills

31. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) ICJ Rep 14 para 204, (2010), p. 204.

۳۲. کنوانسیون حقوق دریاها، بند ۳ ماده ۲۰۸

33. Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-regional Fisheries Commission (SRFC) (Advisory Opinion) ITLOS Rep 4, (2015), p. 4; South China Sea Arbitration (Philippines v China) (PCA Case No 2013-19) ICGJ 495., (12 July 2016), p. 495.

برای فعالیتهای پرخطرتر مورد انتظار است.^{۳۴} در حقوق دریاهای، اهتمام لازم می‌تواند ماهیت فنی قدرتمندی داشته باشد؛ یعنی «قابلیت اندازه‌گیری از نظر استانداردهای فنی و علمی رفتار معمولاً از سوی دولت‌ها پذیرفته شده است»^{۳۵}. لازم است دولت‌ها پیشرفت‌های فناورانه معاصر را در نظر بگیرند^{۳۶}، زیرا پیشرفت‌های علمی در مورد خطرهای ناشی از فعالیتهای خاصی ممکن است سطح اهتمام لازم را افزایش دهد^{۳۷}. علاوه بر این، اقدامات زیست‌محیطی اتخاذشده از جانب دولت‌ها ممکن است همیشه مناسب‌ترین تدابیر نباشد؛ اما دولت‌ها باید به‌طور منظم این تدابیر را مورد بازنگری قرار دهند تا در مواجهه با پیشرفت‌های جدید به وظایف خود برای اعمال اهتمام لازم عمل نمایند.

کنوانسیون حقوق دریاهای دولت‌ها را موظف می‌کند تا اسناد بین‌المللی زیست‌محیطی بیشتری را مصوب سازند^{۳۸}؛ در همین راستا، پیشرفت‌های محدودی در اتخاذ قوانین و استانداردهای بین‌المللی دقیق برای فعالیتهای انرژی دریایی در سطح جهانی حاصل شده است^{۳۹}. یکی از دلایل ممکن است این باشد که بیشتر این فعالیتهای در مناطقی در حوزه‌های در صلاحیت داخلی انجام می‌شوند که در آن، دولت‌ها دارای حقوق حاکمیتی انحصاری هستند. وقتی صحبت از فعالیتهای نوپای انرژی‌های تجدیدپذیر دریایی به میان می‌آید، قوانین خاص زیست‌محیطی جهانی، حتی اگر وجود داشته باشد هم اندک است. به موازات چارچوب زیست‌محیطی کنوانسیون حقوق دریاهای، کنوانسیون‌های جهانی که بر مقررات زیست‌محیطی فعالیتهای انرژی فراساحلی تأثیر دارند، در دو دسته بزرگ‌تر قرار

۳۴. نک: حسینی، سید محمد و رهایی، سعید، «مفهوم و ماهیت «مراقبت مقتضی» در حقوق بین‌الملل»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، (۱۴۰۳).

35. ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report, (2016), p 29–30.

36. International Law Commission (ILC) 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities' UN Doc A/56/10 (11 May 2001), p.162.

37. L. Chen, "Realizing the Precautionary Principle in Due Diligence", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, No. 25, (2016), p. 16.

۳۸. کنوانسیون حقوق دریاهای، بند ۵ ماده ۲۰۸

39. T. IJlstra, 'Pollution from Offshore Installations: The Kuwait Protocol', *Marine Pollution Bulletin*, 8, (2003); Kashubsky, M. 'Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law, Part 1' 151 *Maritime Studies* 1, (2006).

می‌گیرند: ۱) آنهایی که معمولاً تحت نظارت سازمان بین‌المللی دریانوردی (IMO) به منابع مختلف مانند آلودگی دریایی همچون آلودگی ناشی از تخلیه یا حمل و نقل می‌پردازند و ۲) مواردی که به حفاظت از طبیعت و جلوگیری از ازدست دادن تنوع زیستی دریایی مربوط می‌شود.^{۴۰} تأثیرات زیست‌محیطی انرژی‌های تجدیدپذیر دریایی (حداقل به‌طور غیرمستقیم) در دسته دوم معاهدات مورد بررسی قرار می‌گیرد، زیرا تأسیسات مورد استفاده برای تولید انرژی‌های تجدیدپذیر دریایی، انواع سنتی آلاینده‌ها را در دریا منتشر نمی‌سازد.

۱.۲. ارتباط کنوانسیون‌های IMO با تولید انرژی در دریا

در دسته نخست، کنوانسیون بین‌المللی برای جلوگیری از آلودگی کشتی‌ها (MARPOL)^{۴۱}، کنوانسیون دامپینگ لندن ۱۹۷۲^{۴۲} و کنوانسیون بین‌المللی آمادگی، واکنش و همکاری در برابر آلودگی نفتی (OPRC)^{۴۳}، نمونه ابزارهایی هستند که در درجه اول بر پیشگیری و کنترل تخلیه‌های عملیاتی و تصادفی کشتی‌ها متمرکزند؛ با این حال، تاحدودی به آلودگی ناشی از تأسیسات انرژی در دریاها مربوط هستند. تعهدات مربوطه تحت این کنوانسیون‌ها، با توجه به دامنه کاربرد منطقی آنها، تاحدی فعالیت‌های مربوط به بهره‌برداری از سکوها یا شناور در تولید انرژی دریایی را پوشش می‌دهد. در اصل، این اسناد تعهداتی را به صورت فردی یا جمعی بر دولت‌ها تحمیل می‌کنند تا تمام اقدامات عملی لازم را برای جلوگیری از آلودگی دریایی ناشی از منابع مختلف (تخلیه زباله، حوادث ناشی از آلودگی نفتی از واحدهای فراساحلی) اتخاذ نمایند. برای مثال، مقررات ۲۱ مارپل به‌طور خاص سازه‌های دریایی را ملزم می‌سازد تا زمانی که در اکتشاف، بهره‌برداری و فراوری دریایی مرتبط با منابع معدنی بستر دریا هستند، تا آنجایی که ممکن است، مجهز به دستگاه‌های کنترل آلودگی مورد نیاز برای کشتی‌های ۴۰۰ تن و بالاتر باشند؛ ازجمله سیستم

40. Y. Lyons, 'Transboundary Pollution from Offshore Oil and Gas Activities in the Seas of Southeast Asia' in Warner, R. and Marsden, S. (eds), 'Transboundary Environmental Governance in Inland, Coastal and Marine Areas', (London: Ashgate, 2012), p 11-12.

41. Convention for the Prevention of Pollution from Ships

42. The 1972 London Dumping Convention

43. The 1990 International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation

نظارت و کنترل تخلیه روغن، جداسازی آب روغنی و تجهیزات فیلتر روغن و مخازن باقیمانده روغن^{۴۴}. بر اساس کنوانسیون OPRC، اپراتورهای تأسیسات انرژی دریایی ملزم به تدوین برنامه‌های اضطراری آلودگی نفتی هستند و موظف‌اند فوراً هرگونه تخلیه نفت را گزارش کنند. این مقررات دقیق که مستلزم اقدامات اجرایی خاص است، محتوای اساسی تعهدات الزام به پیشگیری دولت‌ها هستند. همچنین این مقررات با تحمیل تعهدات دقیق‌تر، اختیارات گسترده‌ای را که دولت‌ها در تنظیم عملکرد تأسیسات انرژی دریایی دارند، محدود می‌کنند^{۴۵}.

۲.۲. ابزارهای مرتبط با تنوع زیستی دریایی

کنوانسیون‌های مرتبط با تنوع زیستی پیامدهای بیشتری برای تنظیم فعالیت‌های انرژی دریایی در نظر گرفته‌اند. درحالی که این کنوانسیون‌ها حاوی قوانین صریح برای فعالیت‌های استخراج انرژی در دریا نیستند، اما تعهداتی را برای دولت‌ها ایجاد می‌کنند تا اقدامات مدیریت حفاظت را برای محافظت از مناطق یا گونه‌های دریایی اتخاذ نمایند. چنین اقدامات حفاظتی می‌تواند به‌طور غیرمستقیم بر تنظیم فعالیت‌های انرژی دریایی تأثیر بگذارد. هدف این ابزارها، محدود ساختن، تحدید یا حتی منع فعالیت‌های خطرناک برای حفاظت از تنوع زیستی است و بنابراین به برنامه‌ریزی، مکان‌یابی و بهره‌برداری از پروژه‌های تولید انرژی دریایی مرتبط می‌شود^{۴۶}. برای مثال، کنوانسیون ۱۹۹۲ در مورد تنوع زیستی (CBD)^{۴۷} دولت‌ها را ملزم می‌سازد تا حد امکان و مناسب، اقداماتی را برای توقف تخریب گونه‌ها، زیستگاه‌ها و اکوسیستم‌ها انجام دهند^{۴۸}. این قانون مقرر می‌دارد که دولت‌ها باید فرایندها و دسته‌بندی‌هایی از فعالیت‌هایی را که آثار نامطلوب قابل‌توجهی بر حفظ یا استفاده پایدار از تنوع زیستی دارند یا می‌توانند داشته باشند، شناسایی نموده، هنگامی که این آثار مشخص

۴۴. ضمیمه نخست مارپل

۴۵. ماده ۶ بند ۲

46. Y. Lyons, *op. cit.* (2012). p. 188.

47. The 1992 Convention on Biological Diversity

۴۸. بند ۱ ماده ۷

شد، باید این گونه فعالیت‌ها را «تنظیم و مدیریت کنند»^{۴۹}. به‌طور مشابه، کنوانسیون حفاظت از گونه‌های مهاجر (CMS)^{۵۰}، کنوانسیون تالاب‌های با اهمیت بین‌المللی (کنوانسیون رامسر)^{۵۱} و کنوانسیون بین‌المللی مقررات صید نهنگ^{۵۲} می‌توانند پیامدهایی برای مقررات تولید انرژی دریایی داشته باشند. برای مثال، بر اساس قانون حفاظت از گونه‌های مهاجر، دولت‌های دارای مراتع گسترده تعهدی غیرمشروط برای ممنوع ساختن هرگونه «صید و شکار» گونه‌های حفاظت‌شده دارند که می‌تواند به‌مثابه مبنای حقوقی برای اتخاذ تدابیری برای کاهش آسیب به گونه‌های مهاجر از سوی تأسیسات انرژی فراساحلی باشد^{۵۳}. علاوه بر این، چندین قطعنامه که از طریق موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی و گزارش‌های کمیته‌های علمی آنها به‌تصویب رسیده‌اند، به‌صراحت به جنبه‌های زیست‌محیطی انرژی‌های تجدیدپذیر دریایی پرداخته‌اند. این قطعنامه‌ها از کشورهای متعاقد می‌خواهند مجوز فعالیت‌های انرژی دریایی (EIA) (اداره اطلاعات انرژی ایالات متحده) را اخذ کنند و بهره‌گیری از بهترین شیوه‌های زیست‌محیطی (BEP)^{۵۴} و بهترین تکنیک‌های موجود (BAT)^{۵۵} را توصیه می‌کنند.

۳.۲. ماهیت مبهم تعهدات زیست‌محیطی

چارچوب حقوقی بین‌المللی که برخی از جنبه‌های جلوگیری از خطرهای زیست‌محیطی ناشی از تولید انرژی دریایی را تنظیم می‌کند، عمدتاً ماهیتی بخشنامه‌ای و توصیه‌ای دارد. اسناد کنوانسیون سازمان بین‌المللی دریانوردی تاحدی به منابع خاصی از آلودگی دریایی ناشی از تأسیسات نفت و گاز دریایی مربوط می‌شود؛ درحالی که به‌نظر می‌رسد موافقت‌نامه‌های تنوع زیستی، پیامدهای تأثیر نامطلوب فعالیت‌های انرژی دریایی بر حفاظت

۴۹. بند ۱ مواد ۷ و ۸

50. The Convention on the Conservation of Migratory Species

51. The Convention on Wetlands of International Importance (Ramsar Convention)

52. The International Convention for the Regulation of Whaling

53. J. Harrison, 'Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment', (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 52.

54. Best Environmental Practices

55. Best Available Techniques

از تنوع زیستی دریایی را پیش‌بینی می‌نمایند. با وجود اهمیت چنین ابتکاراتی و به استثنای معدودی از این موافقت‌نامه‌ها، اکثر آنها دارای الزامات رفتاری متوسطی هستند. دولت‌ها الزامی برای دستیابی به یک نتیجه معین ندارند، اما از آنها انتظار می‌رود تمام اقدامات مناسب و لازم را برای دستیابی به پیشگیری از آسیب به محیط زیست دریایی انجام دهند. اگرچه معیار اهتمام لازم به‌مثابه معیار موردنیاز حفاظت، نقش اساسی ایفا می‌کند، ولی با وجود این، موافقت‌نامه‌های جهانی زیست‌محیطی عمدتاً در ارائه رهنمودهای هنجاری روشن در مورد معیار یادشده که از دولت‌ها انتظار می‌رود اعمال نمایند، ناکام هستند.^{۵۶}

اعمال تعهدات رفتاری در موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی بازتاب اصل بنیادین حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی است. ایجاد تعهدات مبهم رفتاری به‌مثابه محملی برای تن دادن به حقوق حاکمیتی دولت‌ها است؛ در واقع به ایشان در انجام وظایف برای تنظیم مقررات اختیار گسترده‌ای می‌دهد و در عین حال، منع کامل توسعه فعالیت‌های اقتصادی مانند تولید انرژی در دریا را اعمال نمی‌کند. علاوه بر این، مذاکره در مورد توافق‌های جهانی محیط زیست معمولاً تحت تأثیر تنش میان جلب مشارکت جهانی و ایجاد تعهدات قانونی واضح و صریح است؛ به این معنا که جمله‌بندی مبهم متون، بازتاب سازش‌هایی است که در طول فرایند قانون‌گذاری صورت گرفته است. برای مثال، حتی اگر کنوانسیون تنوع زیستی تقریباً از پذیرش جهانی برخوردار باشد، بیشتر تعهدات آن با عبارات مبهم بیان شده و با معیارهایی مانند «تا آنجایی که ممکن است و مطلوب» تقلیل می‌یابد^{۵۷}؛ لذا به این ترتیب است که ابزارهای جهانی در ارائه استانداردهای زیست‌محیطی مشخص برای فعالیت‌های تولید انرژی در صنعت فراساحل شکست می‌خورند.

۴.۲. اسناد غیرالزام‌آور سازمان‌های بین‌المللی

وقتی صحبت از معیارها می‌شود، ابتدا باید ابزارهای غیرالزام‌آور مربوط به فعالیت‌های تولید انرژی دریایی را که از سوی IMO پذیرفته شده است، تصدیق کرد. برای مثال، در

56. J. Harrison, *op. cit.*, (2017), p. 52.

57. A. Trouwborst, et al, "International Wildlife Law: Understanding and Enhancing its Role in Conservation", *BioScience*, No. 67 (2017), p. 784.

سال ۲۰۰۹ IMO نسخه سوم آیین‌نامه ساخت و تجهیز واحدهای متحرک حفاری دریایی (MODU Code)^{۵۸} را تصویب نمود. در سال ۲۰۱۰، کمیته حفاظت از محیط زیست دریایی (MEPC)^{۵۹} ابزاری را برای کمک به کشورها در توسعه مقررات ایمنی، پیشگیری از آلودگی و امنیت تأسیسات ذخیره‌سازی و تخلیه شناور (FPSO)^{۶۰} و واحدهای ذخیره‌سازی شناور (FSUs)^{۶۱} صادر کرد. علاوه بر IMO، آژانس بین‌المللی انرژی‌های تجدیدپذیر (IRENA)^{۶۲} با همکاری انجمن‌های حرفه‌ای انرژی‌های تجدیدپذیر^{۶۳}، مانند کمیسیون بین‌المللی الکتروتکنیک^{۶۴}، استانداردها و گزارش‌هایی را برای انرژی‌های تجدیدپذیر جمع‌آوری کرده‌اند که بیشتر خطاب به صنعت و تنظیم‌کننده‌های ملی است. آژانس یادشده با توجه به استانداردهای زیست‌محیطی، همچنین خلاصه‌ای از فناوری انرژی‌های تجدیدپذیر در مورد تبدیل انرژی حرارتی اقیانوس، انرژی شوری، انرژی جزر و مد و نیز امواج منتشر کرده است.^{۶۵}

پرسش این است که آیا این اسناد غیرالزام‌آور می‌توانند تأثیر هنجاری بر معیار اهتمام لازم داشته باشند؟ درحالی که این اسناد از سوی برخی محققان به‌مثابه نمونه‌هایی از معیارهای بین‌المللی برای اعمال ماده ۲۰۸ (۳) حقوق دریاها در نظر گرفته شده، گویا محتوای حقیقی آنها برای این منظور نارسا و ناکافی بوده است. اگرچه کنوانسیون حقوق دریاها در مورد معنای معیارها، رویه‌ها و شیوه‌های توصیه‌شده سکوت می‌کند، بند ۵ ماده ۲۰۸ حقوق دریاها تعهدی به‌هم مرتبط برای دولت‌هایی ایجاد می‌کند که به‌طور فردی یا از طریق سازمان‌های بین‌المللی ذی‌صلاح یا کنفرانس دیپلماتیک اقدام می‌کنند تا آن معیار بین‌المللی را ایجاد نمایند. یکی دیگر از الزامات ضمنی این است که محتوای اسناد باید بتواند قوانین و

58. Code for the Construction and Equipment of Mobile Offshore Drilling Units

59. Marine Environmental Protection Committee

60. Floating Production Storage and Offloading Facilities

61. Floating Storage Units

62. International Renewable Energy Agency

63. Renewable Energy Professional Associations

64. The International Electrotechnical Commission

65. IRENA, 'New IRENA Platform Supports Renewable Energy Innovation, Quality and Collaboration' (6 July 2015).

مقررات مصوب دولت‌ها را اطلاع دهد. بنابراین، ماهیت هنجاری آنها و زبان مورد استفاده باید راهنمایی‌هایی را در این مورد ارائه دهد که با هدف تبدیل شدن به معیار بین‌المللی مورد پذیرش همگان تهیه شده باشد.^{۶۶}

از این منظر، به نظر می‌رسد ابزارهای یادشده با هدف ارائه معیارهایی که بتواند محتوای تکالیف دولت‌ها برای تنظیم آثار بیرونی زیست‌محیطی فعالیت‌های تولید انرژی در دریا را روشن نماید، کافی نیست. برای مثال، قانون ساخت و تجهیز واحدهای حفاری سیار فراساحل سال ۲۰۰۹ (MODU) تنها مربوط به ساخت‌وساز و تجهیزات تأسیسات دریایی است و هدف آن اطمینان از ایمنی این دستگاه‌ها و ایمنی پرسنل است و هیچ استاندارد زیست‌محیطی قابل اعمال و مرتبط با قاعده مرجع ماده ۲۰۸ را به‌منظور بهره‌برداری از تأسیسات دریایی ارائه نمی‌کند، اما به‌صراحت اشاره دارد که «عملیات حفاری تحت کنترل دولت ساحلی است». دستورالعمل‌ها و استانداردهای ۱۹۸۹ به‌طور مشابهی، برای حذف تأسیسات و سازه‌های فراساحلی در فلات قاره و در منطقه انحصاری اقتصادی، به‌طور مستقیم به موضوع معیارهای بین‌المللی برای بهره‌برداری از تأسیسات دریایی نمی‌پردازد. در عوض، این موارد از سوی IMO برای اجرای تعهد طبق ماده ۶۰ (۳) کنوانسیون حقوق دریاهای پذیرفته شده‌اند. بنابراین، استدلال اینکه هر یک از این اسناد معیارهای بین‌المللی را بر اساس ماده ۲۰۸ کنوانسیون حقوق دریاهای فراهم می‌نماید، دشوار به نظر می‌رسد. با این حال، این اسناد می‌توانند به‌عنوان زمینه‌ای برای موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی در نظر گرفته شوند و طبق ماده ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، به‌عنوان ابزار تفسیر تکمیلی به‌کار گرفته شوند.^{۶۷}

با توجه به معیارهای زیست‌محیطی، شاید شایان ذکر باشد که دستورالعمل‌های IMO، کاربرد برخی مفاد ضمیمه نخست کنوانسیون مارپل را روشن می‌کند. در سال ۲۰۱۰ کمیته حفاظت از محیط زیست دریایی (MEPC) به‌طور مشابه سندی را برای راهنمایی دولت‌ها

66. A. Roach, 'International Standards for Offshore Drilling' in Nordquist, M. et al (eds), 'The Regulation of Continental Shelf Development: Rethinking International Standards', (London: Brill, 2013), p 108–109.

67. I. Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 46.

در زمینه توسعه مقررات ایمنی و جلوگیری از آلودگی و امنیت ذخیره‌سازی و نیز تخلیه شناور صادر کرد. این اسناد مجدداً از ارائه معیارهای بین‌المللی به‌مثابه قاعده مرجع کوتاهی کردند، زیرا صرفاً تعهدات تحت توافق‌نامه‌های IMO را تکرار کرده‌اند. با این حال، قابل توجه است که این ابزارها به دستورالعمل‌های تولید در صنعت اشاره صریح دارند و سهم خود را در جلوگیری از آلودگی ناشی از ذخیره‌سازی و تخلیه شناور ایفا می‌کنند.^{۶۸}

۵.۲. قطعنامه‌ها و گزارش‌های غیرالزام‌آور موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی

بیشتر تعهدات زیست‌محیطی قابل اعمال برای فعالیت‌های تولید انرژی فراساحلی در طول زمان از طریق قطعنامه‌ها و تصمیمات نهادهای معاهده در حال تغییر هستند. بر اساس بسیاری از موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی، کنفرانس طرفین (COP) صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد درک الزام‌آور مفاد قرارداد را دارد. با این حال، بسیاری از تصمیمات و قطعنامه‌های نهادهای معاهده، مانند کمیته‌های علمی، از نظر قانونی الزام‌آور نیستند و ارزش هنجاری آنها به‌عنوان ابزار تفسیری را نمی‌توان بدیهی تلقی نمود. نمونه بارز چنین امری، رویه کنفرانس اعضای کنوانسیون تنوع زیستی است که در بسیاری از موارد ترجیح داده است از تصمیمات غیرالزام‌آور برای ارائه توصیه‌هایی به طرفین در مورد اقداماتی که برای انجام تعهدات خود باید اتخاذ کنند بهره گیرد.^{۶۹}

۶.۲. ابزارهای غیرالزام‌آور به‌مثابه بهترین تکنیک‌های موجود و شیوه‌های زیست-محیطی

یکی دیگر از مکانیسم‌های قانونی که ابزارهای غیرالزام‌آور را قادر می‌سازد تا معیار اهتمام لازم را اعلام کنند، مفاهیم بهترین شیوه‌های زیست‌محیطی و بهترین تکنیک‌های موجود هستند. به گفته دیوان بین‌المللی دادگستری، معیار اهتمام لازم در پیشگیری از آسیب

68. IMO, 'Guidelines for the Application of the Revised MARPOL Annex I Requirements to Floating, Production, Storage and Offloading Facilities (FPSOs) and Floating Storage Units (FSUs)' Resolution MEPC.139 (53) (22 July 2005).

69. S. R. Harrop, & D. J. Pritchard, "A Hard Instrument Goes Soft: The Implications of the Convention on Biological Diversity on Biological Diversity's Current Trajectory", *Global Environmental Change*, No. 21, (2011), p 474-475.

زیست‌محیطی ایجاب می‌کند که این اقدامات «مطابق با موافقت‌نامه‌های بین‌المللی قابل اجرا و مطابق با دستورالعمل‌ها و توصیه‌های نهادهای فنی بین‌المللی باشد». در قضیه پالپ میلز، اروگوئه با هدف اثبات اینکه به تعهدات خود در مورد «ارزیابی دقیق» عمل نموده، استدلال کرد که فناوری مورد استفاده، مناسب‌ترین فناوری برای جلوگیری از آلودگی بوده است، زیرا این تجهیزات پیشرفته از سوی ایالات متحده و اتحادیه اروپا به‌عنوان بهترین فناوری موجود شناخته شده است. دادگاه پذیرفت که هیچ مدرکی برای اثبات ادعای آرژانتین مبنی بر عدم پیروی اروگوئه از بهترین تکنیک‌های موجود (BAT) وجود ندارد. در قضیه موکس پلنت^{۷۰}، بریتانیا نیز به استانداردهای بین‌المللی که در معاهدات و قطعنامه‌های IMO و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی تعیین شده است، استناد نمود^{۷۱}.

دادگاه بین‌المللی حقوق دریاهای نیز با روشی مشابه تأکید نموده است که معیار اهتمام لازم، تکلیف دولت‌ها برای عمل مطابق با بهترین شیوه موجود را دربر می‌گیرد. این تعهد را می‌توان برخاسته از ماده ۱۹۴(۱) کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاهای دانست که تصریح می‌کند دولت‌ها باید از «بهترین ابزار عملی» بهره گیرند. پیوند میان معیار اهتمام لازم و بهترین شیوه موجود، ارتباط مهم دیگری را با ابزارهای زیست‌محیطی غیرالزام‌آور ایجاد می‌کند. مسلماً همین امر در مورد بهترین تکنیک موجود نیز باید اعمال شود. کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاهای به‌صراحت به آن مفاهیم اشاره نمی‌کند، اما برای مثال در زمینه منطقه‌ای، در کنوانسیون حفاظت از محیط زیست دریایی شمال شرق اقیانوس اطلس (OSPAR)^{۷۲}، اصطلاح «بهترین تکنیک‌های موجود» به معنای «آخرین مرحله توسعه فرایندها، تأسیسات یا روش‌های عملیاتی است که نشان‌دهنده مطلوبیت عملی یک اقدام خاص برای محدودکردن تخلیه و انتشار ضایعات است». کنوانسیون اسپار همچنین تعریفی را برای «بهترین عملکرد زیست‌محیطی» به‌مثابه «به‌کارگیری مناسب‌ترین ترکیب از اقدامات و استراتژی‌های کنترل زیست‌محیطی» ارائه

70. MOX Plant

71. A. Boyle, & R. Catherine, *International Law & the Environment*, 3rd ed, (Oxford: Oxford University Press, 2009), p 149–150.

72. The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic.



کرده است. حتی اگر این تعاریف در توافقنامه‌ای منطقه‌ای ارائه شده باشد، این واقعیت که الزام به پیروی از بهترین شیوه و بهترین تکنیک موجود در اکثر اسناد منطقه‌ای مربوط به فعالیت‌های انرژی دریایی وجود دارد، می‌تواند به این معنی باشد که این تعهد وضعیت قاعده بین‌المللی را برای اهداف خود مندرج در بند ۳ ماده ۲۰۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریاها کسب نموده است. الزام به اعمال بهترین شیوه و بهترین تکنیک موجود باعث می‌شود که معیار اهتمام لازم با پیشرفت فناوری در طول زمان تکامل یابد. به نظر می‌رسد در صورتی که هر دولتی این دو مورد را اعمال نکرده باشد، ادعای انطباق با معیار اهتمام لازم برای یک کشور دشوار خواهد بود؛ حتی اگر نقش هنجاری بهترین شیوه و بهترین تکنیک را در شکل‌دهی محتوای معیار اهتمام لازم انکار شود، همچنان مبنای مهمی هستند که دولت‌ها تمام اقدامات لازم و مناسب را برای جلوگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی دریایی انجام دهند.^{۷۳}

با توجه به مکانیسم‌های حقوقی متفاوتی که در نظر گرفتن اسناد غیرالزام‌آور از سوی نهادهای معاهده به منظور تعریف معیار اهتمام لازم را توجیه می‌کند، ارزش هنجاری ضامیم قطعنامه‌هایی که از جانب همه دولت‌ها حمایت نمی‌شود، خطری برای حاکمیت آن دسته از دولت‌هایی ایجاد نمی‌کند که عمل تصویب را انجام نداده‌اند، اما امکان درک دقیق‌تر و پیچیده‌تر مفهوم حاکمیت را فراهم می‌آورد.^{۷۴} این دولت‌ها موافقت کرده‌اند که به یک موافقت‌نامه زیست‌محیطی متعهد شوند که انتظار می‌رود به دنبال پیشرفت‌های علمی و فناوریانه تکامل یابد. دولت‌ها با تبدیل شدن به طرفین چنین توافقاتی، موافقت کرده‌اند که اختیارات نظارتی-حاکمیتی خود را در پرتو چنین تحولات هنجاری محدود نمایند؛ به‌ویژه متعهد شده‌اند که قدرت تصمیم‌گیری خاصی را به نهادهای تخصصی معاهده تفویض کنند. بسته به منبع نهادی آنها و فرم و رویه‌ای که از سوی نهادها تصویب می‌شود، این اعلامیه‌های قانونی غیرالزام‌آور ممکن است به مثابه راهنمایی تفسیری یا معیار اثبات اینکه

73. OSPAR, Appendix I

74. M. A. Young, et al, "Evolution Through the Duty to Cooperate: Implications of the Whaling Case at the International Court of Justice", *Melbourne Journal of International Law* 1, No. 16, (2015), p. 28.

یک دولت بررسی دقیق را صورت داده است، مرتبط باشند. بنابراین، حتی اگر آن قطعنامه‌ها از نظر قانونی الزام‌آور نباشند، می‌توانند از نظر حقوقی مورد اتکا قرار گیرند و دولت‌ها شاید موظف باشند که آن‌ها را در فرایند تصمیم‌گیری خود در نظر بگیرند. این محدودیت لزوماً به حاکمیت دولت لطمه نمی‌زند، بلکه مفهوم حاکمیت را تقویت می‌کند، زیرا محدودیتی خودتحمیلی است. مثال اودیسه هومر نشان می‌دهد که چگونه محدودیت، خود، بیانگر حاکمیت است. به گفته هومر، اودیسه تصمیم گرفت زمانی که کشتی وی به کشتی افسانه‌ای سیرن^{۷۵} نزدیک شد، خود را به دکل ببندد. تصمیم اودیسه برای مهار خود، به وی اجازه داد تا به نوای سیرن گوش فرا دهد و در عین حال مراقب باشد که هیپنوتیزم نشده، به کام مرگ کشیده نشود.^{۷۶} به همین ترتیب، این رضایت دولت‌ها است که مبتنی بر حاکمیت ایشان است و تعهدات را برای آنها الزام‌آور می‌کند و به دستگاه‌های نهادی تحت معاهدات صلاحیت می‌دهد تا تصمیماتی را برای شرح بیشتر محتوای تعهدات اتخاذ کنند. اگر دولت‌ها نمی‌خواهند به هیچ‌وجه تحت تأثیر این تحولات آتی قرار گیرند، حق حاکمیت خود را برای انصراف یا خروج از معاهده حفظ می‌کنند.

نتیجه

تاریخچه توسعه حقوق بین‌الملل قابل اجرا در فعالیت‌های دریایی را می‌توان در کنفرانس ژنو سازمان ملل متحد در سال ۱۹۵۸ دنبال کرد که اغلب به‌عنوان کنوانسیون حقوق دریاها شناخته می‌شود. نتیجه این کنفرانس، تصویب چهار کنوانسیون در مورد حقوق دریاها بود؛ از جمله کنوانسیون فلات قاره مصوب ۱۹۵۸. در این کنوانسیون به کشورهای ساحلی حق اکتشاف و بهره‌برداری از منابع معدنی فلات قاره خود اعطا شد. بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی اگرچه به فعالیت‌های دریایی مرتبط هستند، اما عمدتاً برای ایمنی صنعت فراساحلی به تنظیم استانداردهای فنی پرداخته (مانند کنوانسیون مارپل) و یا به واکنشی سطحی برای حوادث منجر به آلودگی فراساحل اکتفا نموده‌اند. هنگامی که صحبت از

۷۵. Sirens: سیرن (به یونانی: Σειρήν)، یا نیمف در اساطیر یونان، گاهی به صورت موجودی با بدن یک پرنده و سر یک زن، و در سایر موارد به شکل تنها یک زن تصویر شده است. آن‌ها سه نیمف دریایی بودند که ملوانان را با آوازهای احساس‌برانگیز خود طلسم کرده، به کام مرگ می‌کشاندند.

۷۶. هومر، ایللیاد و اودیسه، ترجمه سعید نفیسی، (تهران: هرمس، ۱۴۰۱)، سرود دوازدهم.

غرامت و مسئولیت مدنی برای خسارت آلودگی نفتی فراساحلی می‌شود، تاکنون هیچ کنوانسیونی در سطح بین‌المللی مصوب نشده است که به‌طور خاص چارچوبی را برای مسائل مربوط به این نوع از مسئولیت فراهم نماید؛ اگرچه کنوانسیون حقوق دریاها شامل برخی مقررات کلی در مورد تعهدات دولت‌ها در تنظیم مسائل مربوط به صنعت فراساحل است. موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای دریاها نیز عمدتاً به ویژگی‌های هر منطقه دریایی منفرد می‌پردازند و بر اصول کلی مانند استفاده از بهترین فناوری‌ها و تکنیک‌های موجود و امور آلاینده تمرکز دارند. هدف اصلی این برنامه‌های منطقه‌ای، ایجاد همکاری میان طرفین به نفع مناطق دریایی خاص است. این موافقت‌نامه‌ها صرفاً حاوی مقررات بسیار کلی و بعضاً مبهم در مورد ایجاد نظام‌های مسئولیت و جبران خسارت برای آلودگی ناشی از فراساحل هستند. در واقع، کنوانسیون‌ها و ترتیبات منطقه‌ای برای ارزیابی عملکرد رژیم‌های حقوقی مختلف در فعالیتهای فراساحلی کافی نیستند؛ بنابراین ضروری می‌نماید بررسی قوانین ملی دولت‌ها در مورد فعالیتهای فراساحلی در تحقیقات آتی صورت پذیرد.

- موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای در مورد ایمنی زیست‌محیطی نفت و فعالیتهای دریایی باید توسعه و تقویت شود.
- تدوین یک کنوانسیون بین‌المللی که مسئولیت و جبران خسارت ناشی از آلودگی با منشأ فعالیتهای حفاری دریایی را تنظیم می‌کند، باید در اولویت سازمان‌های مربوطه قرار گیرد.
- در صورتی که دولت‌ها ابزارهای لازم فنی، مالی و انسانی را برای اجرای مقررات نداشته باشند، قوانین نمی‌توانند تغییراتی ایجاد کنند؛ لذا ایجاد ظرفیتهای دولتی در کنترل مؤثر صنعت فراساحل، چالشی حیاتی است.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. هومر (۱۴۰۱). *ایلیاد و اودیسه*، ترجمه سعید نفیسی، تهران: هرمس.

- مقالات

۲. ابراهیم فتح آبادی، هادی (۱۳۹۰). معاهدات بین‌المللی در رابطه با جلوگیری از آلودگی محیط‌های دریایی در اثر فعالیت‌های فراساحلی اکتشاف و تولید نفت و گاز. *اکتشاف و تولید نفت و گاز*، (۸۲)، ۲۹-۲۳.
۳. حسینی، سیدمحمد و رهایی، سعید (۱۴۰۳). مفهوم و ماهیت مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۵(۳۵).
Doi: 10.22034/law.2024.57848.3307
۴. رشیدی، مهناز؛ رستگار، آزاده و مشهدی، علی (۱۴۰۰). منبع تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲(۲۲)، ۱۱۷-۱۴۴.
Doi: 10.22034/law.2021.12956
۵. شیروی، عبدالحسین و شعبانی جهرمی، فریده (۱۳۹۷). رژیم بین‌المللی مسئولیت ناشی از آلودگی فعالیت‌های حفاری فراساحلی. *مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران*، ۴۸(۲)، ۳۵۷-۳۷۷.
Doi: 10.22059/jpls.2017.236135.1530
۶. صالحی، جواد و آل کجباف، حسین (۱۴۰۰). مسئولیت بین‌المللی دولت حامی در بهره‌برداری از منابع ناحیه در پرتو بایسته‌های حقوق بین‌الملل محیط زیست. *علوم و تکنولوژی محیط زیست*، ۲۳(۴)، ۲۰۱-۲۱۲.
Doi: 10.30495/JEST.2020.36357.4296
۷. قربانی، مریم و بشیری، معصومه (۱۳۹۳). ارزیابی خسارات زیست‌محیطی به محیط دریایی در اثر عملیات نفتی، *اکتشاف و تولید نفت و گاز*، (۱۱۳)، ۱۱-۱۷.
۸. عباسی تبریزی، فرشته (۱۴۰۰). تحولات حقوق بین‌الملل در خصوص جبران خسارت ناشی از آلودگی‌های نفتی. *حقوق و مطالعات سیاسی*، ۱(۴)، ۳۳۰-۳۴۴.
Doi.org/10.22034/jlps.2021.4.6

(ب) منابع انگلیسی

- Books

9. Buga, I. (2018). *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press.
10. Veronica, F. (2007). *'The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea: Implementing Global Obligations at the Regional Level'*, London: Martinus Nijhoff.
11. Harrison, J. (2017), *'Saving the Oceans through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment'*, Oxford: Oxford University Press.
12. Lyons, Y. (2012). *'Transboundary Pollution from Offshore Oil and Gas Activities in the Seas of Southeast Asia'* in Warner, R. and Marsdenm, S. (eds), *'Transboundary Environmental Governance in Inland, Coastal and Marine Areas'*, London: Ashgate.
13. Scovazzi, T. (2012). *"Maritime accidents with particular emphasis on liability and compensation for damage from the exploitation of mineral resources of the seabed"*, In de Guttery A. et al (Eds), *International disaster response law*, Asser Press, The Hague, The Netherlands.
14. Redgwell, C. & Boyle, A. (2009). *'International Law & the Environment'*, 3rd edition, Oxford: Oxford University Press.
15. Roach, A. (2013). *'International Standards for Offshore Drilling'* in Nordquist, M. et al (eds), *'The Regulation of Continental Shelf Development: Rethinking International Standards'*, London: Brill.

- Papers

16. Cameron, P. (2012). "Liability for catastrophic risk in the oil and gas industry", *International Energy Law Review*, Volume 6, 207-219.
17. Chabason, L. (2011). "Offshore oil exploitation: a new frontier for international environmental law", *IDDRI; SciencesPO*, Working

- Paper N°11/11, available at: https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/wp-1111_chabason_offshore.pdf (accessed by 3/3/2023)
- 18.Chen, L. (2016). 'Realizing the Precautionary Principle in Due Diligence', *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 25, 1.
- 19.Dupuy, P. M. (1999). 'Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility', *European Journal of International Law*, 10.
- 20.Harrop, S. R. and Pritchard, D. J. (2011). 'A Hard Instrument Goes Soft: The Implications of the Convention on Biological Diversity on Biological Diversity's Current Trajectory', *Global Environmental Change*, 21.
- 21.IJlstra, T. (1990). 'Pollution from Offshore Installations: The Kuwait Protocol', *Marine Pollution Bulletin*, 8.
- 22.Kashubsky, M. (2006). 'Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law, Part 1' 151 *Maritime Studies* 1.
23. Lyons, Y. (2011). 'Offshore Oil and Gas in the SCS and the Protection of the Marine Environment', *Centre for International Law*, National University of Singapore, Available at: https://cil-nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/10/OG_SCS_CIL-Part206oct-2011-1.pdf (accessed by 3/3/2023).
- 24.Plakokefalos, I. (2013). 'Prevention Obligations in International Environmental Law', Yearbook of International Environmental Law, *Amsterdam Law School Research Paper*, No. 37, Amsterdam Center for International Law, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2290211>
- 25.Rochette, J. Wemaëre, Matthieu, Chabason, Lucien, Callet, Sarah, (2014). Seeing beyond the horizon for deepwater oil and gas: strengthening the international regulation of offshore exploration and exploitation, *IDDRI, SciencesPO*, Study N°01/14, available at: https://www.iddri.org/sites/default/files/import/publications/st0114_jr-et-al._offshore-en.pdf (accessed by 3/3/2023).

26. Tanaka, Y. (2017). 'Costa Rica v Nicaragua and Nicaragua v Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment', ***Review of European, Comparative and International Environmental Law***, 26.
27. Trouwborst, A. et al. (2017). 'International Wildlife Law: Understanding and Enhancing its Role in Conservation', ***BioScience***, 67.
28. Young, M. A. Rioseco, S. and Andrés, S. (2015). 'Evolution through the Duty to Cooperate: Implications of the Whaling Case at the International Court of Justice', ***Melbourne Journal of International Law*** 1, 16.

- Regulations, Guidelines, and Advisory Opinion

29. United Nations Convention on the Law of The Sea
30. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion) (2011) ITLOS Rep.
31. International Law Commission (ILC) 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm From Hazardous Activities' UN Doc A/56/10 (11 May 2001).
32. International Law Association (ILA) Study Group on Due Diligence in International Law, 'First Report' (7 March 2014).
33. Nicaragua V Costa Rica) (Judgment) (2015) ICJ Rep 665 (Costa Rica V Nicaragua Cases), Separate Opinion of Judge Dugard.
34. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina V Uruguay) (Judgment) (2010) ICJ Rep 14 Para 204 (Pulp Mills).
35. Request for an Advisory Opinion Submitted By the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Advisory Opinion) (2015) ITLOS Rep 4
36. South China Sea Arbitration (Philippines V China) (12 July 2016) (PCA Case No 2013-19) ICGJ 495.
37. ILA Study Group on Due Diligence In International Law (2016) Second Report.

38. International Law Commission (ILC) 'Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities' UN Doc A/56/10 (11 May 2001).
39. The 1990 International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation.
40. Convention for the Prevention of Pollution from Ships, Annex I.
41. The 1992 Convention on Biological Diversity
42. The Convention on the Conservation of Migratory Species
43. The Convention on Wetlands of International Importance (Ramsar Convention)
44. the International Convention for the Regulation of Whaling
45. Code for the Construction and Equipment of Mobile Offshore Drilling Units
46. IRENA, 'New IRENA Platform Supports Renewable Energy Innovation, Quality and Collaboration' (6 July 2015).]
47. IMO, 'Guidelines for the Application of the Revised MARPOL Annex I Requirements to Floating, Production, Storage and Offloading Facilities (FPSOs) and Floating Storage Units (FSUs)' Resolution MEPC.139 (53) (22 July 2005).
48. The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) 2001.
49. Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (adopted 22 September 1992, Entered into Force 25 March 1998) 2354 UNTS 67 (OSPAR) Appendix I.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 61-86

Conflict of Interest as the Origin of Some Crimes in Iranian Law with Emphasis on Legislative Experiences in Canada

Alireza Taghipour¹| Seyyed Mohammad Reza Mousavifard²

1. Associate professor of criminal law and criminology, Department of Law, Bu-Ali Sina University, Hamedan.Iran (Corresponding Author) a.taghipour@basu.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Semnan Branch, Iran mousavifard136394@gmail.com

Abstract

Analyzing issues from a criminological perspective and predicting the occurrence of crimes affecting society requires that the experiences of other nations' legislation in this regard be studied. Among these issues, as one of the carriers of future crimes, is the conflict of interest, which in Iran, even considering the bill on the non-intervention law passed in 1337, we still have serious problems. This has not resulted in a precise arrangement due to the (decrease in the annual index of perception of Iranian corruption in the international system). In this article, we are looking for descriptive analytical approaches to the question of whether the platforms of violation and criminalization of conflicts of interest in Iran in the field of power holders can be identified and acted upon according to the approaches of other countries. In answer to this question, it can be said that by looking at the experiences of conflict of interest control in Canadian legislation, which has increased public trust as a social capital as a result of the separation of private interests from the public in question, and its internal and legal localization, the areas of violations and crimes in the field of conflict of interest can be reduced.

Keywords: Criminology, Prevention, Conflict of interests, Private interests, Public trust.

Received: 2023/05/06 Received in revised form: 2024/01/21 Accepted: 2024/02/13 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.56461.3269

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



تعارض منافع به عنوان منشأ برخی جرایم در حقوق ایران با تأکید بر تجارب تقنینی در کانادا

علیرضا تقی‌پور^۱ | سید محمدرضا موسوی‌فرد^۲

۱. دانشیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران (نویسنده مسئول)

a.taghipour@basu.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد سمنان، ایران

mousavifard136394@gmail.com

چکیده

تحلیل موضوعات از دیدگاه جرم‌شناسی و پیش‌بینی وقوع جرایم مبتلا به جامعه می‌طلبد که تجربیات قانون‌گذاری دیگر ملل در این خصوص مورد مطالعه قرار گیرد. از جمله این موضوعات به عنوان یکی از محمل‌های وقوع جرایم در آینده، تعارض منافع است که به رغم لایحه قانون منع مداخله کارمندان دولت در معاملات دولتی مصوب سال ۱۳۳۷، شاهد بروز تعارض منافع در بخش‌های مختلف بوده‌ایم، به گونه‌ای که این امر با توجه به افت تراز شاخص سالیانه ادراک فساد ایران در نظام بین‌الملل به ساماندهی دقیقی منجر نشده است. در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال هستیم که آیا بسترهای تخلف‌زا و جرم‌زای تعارض منافع در ایران در حوزه صاحبان قدرت با توجه به رویکردهای دیگر کشورها قابل شناسایی و اقدام است؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت، با نگاهی به تجربیات کنترل تعارض منافع در قانون‌گذاری کشور کانادا که به منظور افزایش اعتماد عمومی به عنوان یک سرمایه اجتماعی در نتیجه تفکیک منافع خصوصی از عمومی مورد نظر مقنن کانادایی بوده است و نیز بومی‌سازی داخلی و قانونی آن، می‌توان زمینه‌های تخلفات و جرایم را در حوزه تعارض منافع کاهش داد.

واژگان کلیدی: اعتماد عمومی، پیشگیری، تعارض منافع، جرم‌شناسی، منافع خصوصی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۴ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.56461.3269



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

از مهم‌ترین تغییراتی که جامعه ایران در سال‌های اخیر تجربه کرده، کاهش اعتماد مردم است. در این راستا، یکی از مأموریت‌های دولت، ترمیم اعتماد مردم در جامعه به انضمام دیگر اقدامات علمی و عملی در کنار آن می‌باشد. بدیهی است، تبعیض‌ها و فسادهای موجود در جامعه بیش از مشکلات اقتصادی باعث از بین رفتن اعتماد مردم شده است. یکی از برجسته‌ترین مصادیق فساد را می‌توان تعارض منافع در نظر گرفت که در بسیاری از حوزه‌ها وجود دارد. افرادی که به عنوان تصمیم‌گیرنده در مشاغل دولتی حضور دارند، می‌توانند منافع خود را با یک تصمیم یا یک قانون‌گذاری، تأمین و تقویت کنند. در وضعیت تعارض منافع، معمولاً افرادی منافع عمومی را دچار مخاطره می‌کنند که یا نقشی در تعیین و تصویب مقررات دارند و یا امکان فعالیت را در دو بخش خصوصی و دولتی برای خود فراهم کرده‌اند و همین امر باعث استفاده از قدرت و نفوذ برای تأمین منافعشان شده است.

با توجه به آنچه مطرح شد، مقاله حاضر در پی حل این موضوع ضروری و بااهمیت است که با استفاده از مدل تعارض منافع در کشور کانادا، از آن به عنوان یک الگو در نظام تقنینی داخلی استفاده نماید. به عبارت دیگر، این مطالعه به دنبال تحلیل گوشه‌ای از رویکردهای جرم‌شناختی، آسیب‌شناختی و جامعه‌شناسی تعارض منافع در ایران با تأکید بر عملکرد کشور کانادا است و اینکه آیا این وضعیت قابل مدیریت یا کنترل می‌باشد یا خیر؟

۱. مفهوم‌شناسی تعارض منافع

هر فرد در موقعیت‌های مختلفی قرار می‌گیرد که ممکن است منافع این موقعیت‌ها با یکدیگر سازگاری نداشته باشند. بیشترین حساسیت مربوط به تعارض منافع خصوصی با عمومی است که متولیان مناصب عمومی ممکن است در برخی موارد، تعارض‌هایی میان اهداف عمومی و منافع زندگی خصوصی خویش مشاهده کنند. تعارض منافع، موقعیتی است که شخص یا سازمانی در دو راهی انتخاب میان دو منفعت عمومی و شخصی خود قرار گرفته، منافع شخصی، تصمیم‌گیری و اقدام در موقعیت دولتی یا عمومی را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

مسئله تعارض منافع مهم‌ترین ریشه‌های وقوع فساد در حاکمیت است و تدوین قواعد کنترل و مدیریت تعارض منافع به‌منظور پیشگیری از فساد همواره مورد توجه حکومت‌ها بوده است.^۱ روش‌های مختلفی را می‌توان برای کنترل و مدیریت تعارض منافع در تدوین و تصویب قواعد، آموزش عمومی و روش‌های کشف و برخورد با نقض‌کنندگان قواعد تعارض منافع مورد بررسی قرار داد. به‌طور کلی، تعارض منافع را می‌توان به‌عنوان هر موقعیتی تعریف کرد که در آن یک فرد یا شرکت (اعم از خصوصی یا دولتی) در موقعیتی باشد که از یک ظرفیت حرفه‌ای یا رسمی به نحوی برای منافع شخصی یا شرکتی خود بهره‌برداری کند.^۲

با توجه به آنچه مطرح شد، شخص وظیفه‌ای بیش از یک فرد یا سازمان دارد، اما نمی‌تواند عدالت را نسبت به منافع واقعی یا بالقوه مغایر در هر دو طرف برقرار سازد؛ همانند شرایطی که منافع شخصی یک مقام دولتی، مغایر با وفاداری وی به امور عمومی باشد. بر اساس ماده یک مفاد لایحه مدیریت تعارض منافع^۳: «تعارض منافع، عبارت از موقعیت یا

۱. ایالات متحده پیش از دهه ۶۰ میلادی، با مسئله تعارض منافع در قالب قوانین و فرایندهای کیفری برخورد می‌کرد و زمانی که رسوایی و فساد خاصی صورت می‌گرفت قوانین جدیدی برای برخورد با آن تصویب می‌شد. در اوایل دهه ۱۹۶۰ و پس از انتخاب کندی به‌عنوان رئیس‌جمهور این کشور، قوانین جزایی مرتبط با تعارض منافع بازنگری شد و در فصل مشخصی از قوانین جزایی آورده شد. این رویکرد مبتنی بر این برداشت بود که تعارض منافع می‌تواند اعتماد مردم به حکومت را سلب کند. به همین دلیل رویکرد پیشگیرانه نسبت به رویکرد کیفری بیشتر مورد توجه قرار گرفت. پس از ترور کندی، تغییراتی در قوانین بخش دولتی ایجاد شد که در نهایت به دلیل مشکلاتی که در پیاده‌سازی این قواعد بین دستگاه‌ها وجود داشت چندان موفقیت‌آمیز نبود. «رسوایی واترگیت» و «قتل عام شنبه شب» وقایعی بودند که انگیزه لازم برای نمایندگان دوره ۹۵ کنگره برای تصویب قانونی با نام «اصول اخلاقی در دولت» را فراهم کردند. این قانون جنبه‌های مختلفی از «استخدام در دولت فدرال» را تحت تأثیر قرار داد. قانون «اصول اخلاقی در دولت» افشای عمومی و اجباری سابقه استخدامی و مالی مقامات دولتی و بستگان نزدیکان را بنا نهاد. در سال ۱۹۸۹ بوش اصلاحاتی در قانون انجام داد که به‌موجب آن، ۱۴ اصل مبنایی برای خدمات دولتی در نظر گرفته شد. این دستور اجرایی، اداره اصول اخلاقی دولت را مکلف کرد تا استاندارد واحد، مشخص و جامعی را طراحی کند تا ضمن هدفمند بودن و معقول بودن، قابلیت اجرا نیز داشته باشند. این استانداردها پس از بازبینی از سوی همه دستگاه‌های اجرایی و دریافت نظرهای اشخاص ذی‌نفع در سال ۱۹۹۲ به‌عنوان مقررات نهایی تصویب شد و این قواعد بیش از ۱۰ سال است که در حال اجرا است. یکی از ابزارهای مورد استفاده این اداره برای جلوگیری از تعارض منافع، افشای منافع مالی هم به‌صورت محرمانه و هم به‌صورت عمومی است. به نقل از: <https://discuss.tp4.ir/t/topic/175>

2. Cindy Davids, *Conflict of Interest in Policing: Problems, Practices, and Principles*, (Cambridge: Institute of Criminology Press, 2008), p. 18.

۳. لایحه یادشده هنوز به قانون تبدیل نشده و در نوبت رسیدگی در کمیسیون مربوطه است.

شرایطی است که ترجیح منافع شخصی یا گروهی بر منافع عمومی، می تواند منجر به عدم اعمال صحیح، بی طرفانه و بدون تبعیض صلاحیت ها اعم از وظایف و اختیارات شود» و بر اساس تعریف بانک جهانی «سوءاستفاده از جایگاه عمومی برای به دست آوردن منافع شخصی است»^۴. بر پایه این تعریف، منشأ تمام فسادها در حاکمیت، تعارض منافع است. اما این تعریف تا حد زیادی قابلیت توسعه برای سایر مفاصد را نیز دارد و به جای واژه جایگاه عمومی می توان از هر نوع منصبی (چه عمومی و چه خصوصی) استفاده کرد^۵. همان گونه که برخی نیز معتقدند، در ایران در سال های گذشته برخی منفعتمجویان به کمک متولیان ناصالح امور اقتصادی کشور با بهره گیری از خلأها و منفذهای قانونی و برخی اختیارات دولتی در جهت مقاصد و منافع شخصی سوءاستفاده های وسیعی به عمل آورده اند^۶.

۲. روش شناسی تعارض منافع

عنوان تعارض منافع کمتر در جامعه ایران بر سر زبان هاست، اما این موضوع در تاروپود زندگی مردم حضور دارد و بعید است با توجه به رابطه مستقیم میان تعارض منافع و فساد^۷ بتوان مصداقی از فساد را یافت که تعارض منافع، پیش زمینه و مقدمه آن نباشد. فسادهایی که به صورت مستمر با آن روبه رو هستیم و تکرار آن، آثار مخرب اقتصادی و اجتماعی را در پی داشته، باعث کاهش رقابت پذیری، افزایش تبعیض و افزایش فرصت رانت شده است.

اکثر پژوهش ها با استفاده از ابزار مصاحبه و سیستمی به شناسایی مصادیق تعارض منافع در سازمان ها می پردازند، اما این ابزار گردآوری و تحلیل را نمی توان مناسب شناسایی مصادیق تعارض منافع دانست. اصلی ترین شیوه مطالعه و کشف تعارض منافع در دستگاه ها از طریق نظریه سیستم، تحلیل سیستمی و تفکر سیستمی است، زیرا تفکر سیستمی به عنوان ابزاری برای کمک به مدیران و تصمیم گیران در زمینه تسهیل پیچیدگی های

۴. حسن سبحانی و فرشته الهی، «موقعیت ها و مصادیق تعارض منافع در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران»، مجلس و راهبرد، ش ۱۱۴ (۱۴۰۲)، ص ۲۴۲.

۵. رضا رسولی، «نقش بانک جهانی در مبارزه با فساد»، تحول اداری، ش ۵۰ (۱۳۸۴)، ص ۱۰۰.

۶. حسن آهن جان، «جرم شناسی جرایم اقتصادی و راه های پیشگیری از آن»، دومین کنفرانس بین المللی پژوهش های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام، کرج، (۱۳۹۸)، ص ۸۰.

۷. سعید سیاهبیدی کرمانشاهی، «بررسی تعارض منافع مقامات قضایی»، دانش حقوق عمومی، ش ۳۲ (۱۴۰۰)، ص ۲۰.

مسائل سازمانی و بهبود کیفیت تصمیم‌گیری و اثربخشی سازمانی است. به عبارت دیگر، تفکر سیستمی به عنوان ابزار کارآمدی برای مدیران در برخورد با چالش‌هایی است که اغلب آنها در موقعیت‌های پیچیده و گاهی متضاد به وجود می‌آیند.^۸ هرچند ممکن است از ابزار تحلیل مضمون برای کشف مصادیق تعارض منافع نیز استفاده شود، اما بستر نظری آن مبتنی بر تحلیل سیستمی است. در تفکر سیستمی، سازمان‌ها مانند سیستم‌هایی هستند که در دل یک مجموعه محیطی بزرگ‌تر قرار گرفته‌اند. تفکر سیستمی به مدیران کمک می‌کند تا ساختار، الگوها و وقایع را در پیوند با یکدیگر مورد بررسی قرار داده، تنها به مشاهده اکتفا نکنند. این تفکر مبتنی بر کلی‌نگری است که با تحلیل قابل درک نیست. انواع روش‌های شناسایی مصادیق تعارض منافع عبارت‌اند از: تحلیل سیستمی، مطالعات تطبیقی، تحلیل شبکه، مطالعات اسنادی و روش‌های کیفی. تشکیل کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، از اقدامات دولت‌ها برای مبارزه با این پدیده در سطح بین‌المللی است، اما توجه به راهکارهای پیشگیری از فساد در سطح داخلی کشورها نیز بسیار مهم است؛ بنابراین، توجه به پیشگیری وضعی، اجتماعی و زودرس از جرم فساد مالی در حقوق داخلی خالی از فایده نیست.^۹ برای مثال، سیاست‌هایی که در کره جنوبی از طریق دسترسی به اطلاعات، ایجاد شفافیت و ایجاد حق دسترسی اشخاص حقیقی و حقوقی به اطلاعات موجود در مؤسسات عمومی اتخاذ شده است،^{۱۰} نقطه عطفی در سیاست‌های مبارزه با فساد در این کشور به حساب می‌آید. به این ترتیب، به مفهومی به نام مدیریت تعارض می‌رسیم. مدیریت تعارض منافع از جنس کشف و افشاگری نیست، بلکه از جنس اصلاح فرایندها است؛ به گونه‌ای که می‌توان از ظرفیت‌هایی مانند دسترسی آزاد به اطلاعات، افزایش مشارکت مردم در افشای پرونده‌های مرتبط با فساد و بهره‌مندی از رسانه‌های جمعی استفاده کرد. موضوعی که باید بر اساس شرایط هر جامعه و هر مجموعه در خصوص آن مبادرت به اتخاذ تصمیم نمود.

۸. فرج‌اله رهنورد و همکاران، «تفکر سیستمی بستری برای ارتقای عملکرد رهبران و اثربخشی سازمان‌های دولتی»، فرآیند مدیریت و توسعه، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۱۱۳.

۹. الهام جعفرپور صادق و اعظم عدالتجو، «فساد مالی و راهکارهای پیش‌گیری از آن»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ش ۲۲ (۱۳۹۲)، ص ۹۵.

۱۰. امیرنظام براتی، و همکاران، «بررسی تطبیقی نقش جامعه مدنی تخصصی در مبارزه با فساد در کشورهای ایران و کره جنوبی»، حقوق اداری، ش ۲۳ (۱۳۹۹)، ص ۶۳.

۳. تمایز نفع بجا و نابجا در تعارض منافع

عدالت در حکمرانی اخلاقی کارکردهایی چون احقاق حقوق شهروندان، دوری از استبداد، احتیاط در رفتار سیاسی و رفتار اعتدالی دارد. دادگری فردی و اجتماعی، رفتارهای حکمرانان را سامان می‌بخشد و ایشان را از رفتار ناشایست و غیراخلاقی باز می‌دارد؛ به گونه‌ای که پویش جامعه را به سوی سعادت تضمین می‌کند.^{۱۱} در حوزه حکمرانی، پرسشی که به ذهن خطور می‌کند، این است که چگونه می‌توان در موقعیت‌های مختلف، بین نفع بجا و نابجا تمایز قائل شد؟ پاسخ به این سؤال، یکی از اساسی‌ترین نکات برای سیاست‌گذاری و مدیریت تعارض منافع در هر نظامی خواهد بود. ارزش‌ها، عرف، قوانین و فرهنگ از مهم‌ترین مؤلفه‌های پاسخ به این پرسش هستند.

هرگاه تصمیمات یک فرد در رأس یک سازمان در خصوص هدف اولیه که در حیطه وظایف او و در قوانین و آیین‌نامه‌ها پیش‌بینی شده است، بدون دلیل موجه و مشروع، تحت تأثیر یک هدف ثانویه که ارتباطی به وظایف سازمانی او ندارد قرار گیرد، به عنوان یک نفع ثانویه و نابجا محسوب می‌شود.^{۱۲} در چنین وضعیتی، میان وظایف قانونی فرد با منفعت شخصی تعارض به وجود آمده، هدف اولیه به حاشیه رانده می‌شود. هرچند در تزامن بین منافع و تعهد باید گفت، این حالت، وظیفه یا هدفی است که با یک نقش یا عملکرد اجتماعی خاص مرتبط است.^{۱۳} برای مثال، رعایت حقوق مردم از جانب یک مسئول دولتی از طریق شایسته‌سالاری است. زمانی این مقوله به عنوان یک مشکل خود را نشان می‌دهد که این افراد از سوی عموم انتخاب شده باشند و با تکیه بر منابعی که در اختیار دارند به حل مسائل عمومی بپردازند، ولی برخلاف این مسئولیت مهم اجتماعی، از امتیاز تصرف بر اموال عمومی بهره‌مند می‌شوند.

۱۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص کارکرد عدالت، ر.ک. سید کاظم سیدباقری، «کارکردهای عدالت در حکمرانی اخلاقی از منظر اندیشه سیاسی اسلام»، علوم سیاسی، ش ۷۶ (۱۳۹۵)، ص ۱۵۱.

۱۲. رامین شیردل، «بررسی وضعیت نظام سلامت از نظر تعارض منافع ساختاری از جنبه ملی»، تأمین اجتماعی، ش ۱ (۱۳۹۸)، ص ۱۱۴.

13. P.A Komesaroff, I Kerridge and W Lipworth, "Conflicts of Interest: New Thinking, New Processes". International Medicine Journal, 49, no. 5 (2019), p. 577.

۴. برخی از زوایای تقنینی تعارض منافع از منظر حقوق ایران

یکی از روش‌های پیشگیری از فساد، ایجاد شفافیت، کارایی و اعتماد به دولت، مدیریت تعارض منافع است که سیاست‌های آن دربرگیرنده ایجاد اعتماد عمومی از طریق شفاف‌سازی وضعیت‌های تعارض منافع، برقراری قواعدی در خصوص اعلام عدم صلاحیت در اموری که مرتبط با منافع شخصی است و درنهایت اقدامات سرکوب‌گرایانه شامل اعلام بطلان تصمیمات متخذه و جرم شناختن رفتار مسئولان دولتی و عمومی در چنین وضعیت‌هایی است.^{۱۴} توجه به این نکته و فلسفه مدیریت تعارض منافع در هنگام تدوین و تصویب یک قانون مادر برای مدیریت تعارض منافع اهمیت فراوانی دارد. اگرچه ردپاهایی در سوابق تقنینی کشور برای مدیریت تعارض منافع همچون قانون «منع مداخله کارمندان در معاملات دولتی مصوب ۲ دی ۱۳۳۷» یا برخی تبصره‌های قوانین بودجه سنواتی (بند «ه» تبصره ۲ قانون بودجه ۱۳۹۹، جزء ۹ بند «ط» تبصره ۲ قانون بودجه ۱۳۹۸) وجود داشته، ولی تاکنون قانون مادری با این عنوان در کشور به تصویب نرسیده و قوانین یادشده نیز در مرحله اجرا با کاستی‌های فراوانی روبه‌رو بوده است.

برای مثال، در خصوص قانون منع مداخله مصوب ۱۳۳۷ که هدف اساسی از تصویب آن ممانعت و پیشگیری از اعمال نفوذ احتمالی در معاملات دولتی بوده است، باید به این نکته اشاره کرد که طبق قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، امکان انتشار سهام بی‌نام از سوی شرکت‌های سهامی و یا تبدیل سهام بانام به بی‌نام پیش‌بینی شده است. لذا در صورتی که شرکت‌های طرف معامله دستگاه‌های دولتی اقدام به انتشار سهام بی‌نام نموده، کارمندان دولت نیز سهام این شرکت‌ها را خریداری نمایند، امکان تحت پیگرد قرار دادن مدیران شرکت‌های یادشده و نیز کارمندان دولت به اتهام شمول قانون منع مداخله به‌وجود نخواهد آمد. ذکر این نکته ضروری است که در خصوص شرکت‌های دانش‌بنیان، مستند به ماده ۲۲ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳: «اعضای هیأت علمی آموزشی و پژوهشی دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی شاغل در سمت‌های آموزشی و پژوهشی برای داشتن سهام یا سهم‌الشرکه و

۱۴. باقر انصاری، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، ش ۱ (۱۴۰۱)، ص ۲۹۷ و ۳۰۸.

عضویت در هیأت مدیره شرکت‌های دانش‌بنیان مشمول قانون راجع به منع مداخله کارمندان دولت مصوب ۱۳۳۷ نیستند». بدیهی است این استثنا فقط ناظر به سمت‌های آموزشی بوده، شامل سمت‌های اداری، اجرایی و مدیریتی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی نمی‌شود.^{۱۵}

صرف نظر از آنچه مطرح شد، تعارض منافع را می‌توان در ساختار برخی از نهادهای مهم در ایران مورد توجه قرار داد. برای مثال، بنابر بند «الف» ماده ۱۸ قانون پولی و بانکی کشور، شورای پول و اعتبار برای مطالعه و اتخاذ تصمیم درباره سیاست‌های کلی بانک مرکزی و نظارت بر امور پولی و بانکی کشور تشکیل شده است. تعارض منافع در ساختار این شورا به این صورت قابل تبیین است که عضویت اتاق‌های تعاون و بازرگانی که نماینده بخش خصوصی هستند، سبب انحراف تصمیم‌گیری در شورای پول و اعتبار به سمت منافع بخش‌های خاصی می‌شود که ممکن است الزاماً در راستای منافع عمومی نباشد. همچنین مصوبات این شورا بدون ذکر دلایل و منطق تصمیم‌گیری و با درجه شفافیت پایین منتشر شده، اعضای تصمیم‌گیرنده در خصوص پیامدهای این تصمیمات پاسخگو نیستند. مطابق ماده ۱۹ قانون پولی و بانکی، هیئت عامل بانک مرکزی مرکب از رئیس کل، قائم مقام، دبیر کل بانک و سه نفر معاون است که عهده‌دار همه امور بانک مرکزی به استثنای وظایفی هستند که به موجب قانون یادشده به ارکان دیگر بانک واگذار شده است. هیئت عامل که مجری مصوبات و سیاست‌های شورای پول و اعتبار است، با توجه به تسلط دولت در این شورا همانند شورای پول و اعتبار تحت نظارت دولت بوده، همین امر باعث عدم تفکیک بین نهاد سیاست‌گذاری و اجرایی شده است.^{۱۶}

مصادق دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود، سازمان نظام مهندسی است. بر اساس ماده ۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، سازمان نظام مهندسی ساختمان، یک

۱۵. علی‌اصغر قلمقاش، «ممنوعیت عضویت در هیأت مدیره شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی (هم زمان) با اشتغال در دستگاه‌های اجرایی در قوانین بودجه سال‌های ۱۳۹۸ الی ۱۴۰۱ ناظر بر تبصره ۲ ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت»، دانشنامه‌های حقوقی، ش ۱۵ (۱۴۰۱)، ص ۱۶۱.

۱۶. حسن سبحانی و فرشته الهی، «موقعیت‌ها و مصادیق تعارض منافع در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران»، مجلس و راهبرد، ش ۱۱۴ (۱۴۰۲)، ص ۲۵۰.

سازمان غیرانتفاعی است، اما همین قانون، ساختار تشکیل‌دهنده این سازمان را به گونه‌ای طراحی کرده است که عملاً در کلیه موضوعات اصلی، تصمیم وزارت مسکن و شهرسازی و در رأس آن، وزیر راه و شهرسازی بر این ساختار حاکم است. به این ترتیب، سیاست دولت در بخش معماری و شهرسازی سبب می‌شود با توجه به اختیارات قانونی و مقررات مربوطه، بتواند نظام حاکم بر پروژه‌های شهری را تغییر دهد. همچنین نظام تشکیلاتی حاکم بر سازمان نظام مهندسی در اختیار وزارت راه و شهرسازی است. همین امر موجب می‌شود، مدیران دولتی در جایگاهی قرار گیرند که بر اساس منافع دولت ساختار حاکم را تعریف کرده، یا تغییر دهند. مثلاً در جهت کاهش هزینه‌های ساخت‌وساز، حق‌الزحمه خدمات مهندسی را ثابت نگه داشته تا عملکرد دولت در این بخش قابل قبول جلوه نماید؛ موضوعی که می‌توان آن را مصداق اولویت دادن منافع حزبی نسبت به منافع گروه بزرگی از فعالان حوزه ساخت‌وساز شهری در نظر گرفت.^{۱۷}

با توجه به آنچه که مطرح شد، نه در فرهنگ تقنینی و رویه‌های قانونی، سنتی برای توجه به مدیریت تعارض منافع وجود داشته است و نه در عرف اخلاقی مردم چندان قبحی برای این موضوع قائل بوده‌اند. اما واقعیت آن است که در فضای ناامن، امکان تحقق عدالت وجود ندارد و امنیت نیز در بی‌عدالتی محقق نمی‌شود.^{۱۸} در این راستا برخی معتقدند، مؤثرترین اقدام، مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع از طریق نظام اداری و کمیته‌های تخصصی مدیریت تعارض منافع در هر بخش و سازمان و در نهایت ابزارهای رسیدگی‌کننده به تخلفات اداری است. در نخستین گام، ضروری است که بخش‌های مختلف سازمانی و اجرایی کشور و اصناف و حرف مختلف در قالب منشور اصول اخلاق حرفه‌ای، مصادیق موقعیت‌های تعارض منافع را در سازمان و حرفه خود برشمرند، زیرا تشخیص مصادیق تعارض منافع در هر سازمان و حرفه نیازمند آشنایی کامل با فرایندها و قوانین و سازوکارها در آن سازمان و حرفه از یک سو و درکی صحیح و دقیق از مفهوم و تعاریف موقعیت‌های

۱۷. رسول حیدری مهارلویی و محمدحسین صبحیه، «بررسی چالش‌های تعارض منافع در نظام مهندسی کشور»، نخبگان علوم و مهندسی، ش ۳ (۱۴۰۰)، ص ۷۲.

۱۸. مرتضی ناصری حسین‌آباد و همکاران، «مبانی کنترل قضایی (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی)»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۳ (۱۴۰۲)، ص ۲۷۲.

تعارض منافع، از سوی دیگر است^{۱۹}. اما به نظر می‌رسد در عمل با سیاست‌هایی مواجه هستیم که رسیدن به چنین هدفی را با مشکل مواجه می‌سازد.

۵. سیاست‌گذاری نادرست

در سیر مطالعاتی به خصوص در کشور ایران باید به چند نکته کلیدی توجه کرد که می‌تواند به کاهش فساد ناشی از تعارض منافع در سطح جامعه کمک شایانی کند. بدیهی است سیاست‌گذاری اشتباه که شامل نقض قوانین و مقررات، سوء مدیریت، نبود شفافیت و عدم پاسخگویی می‌شود، نقض مؤلفه‌های حکمرانی خوب را به دنبال دارد؛ لذا ضروری است که در گام‌های ابتدایی مبارزه با فساد، مواردی چند مورد توجه قرار گیرد.

از مهم‌ترین مواردی که در نظام اداری ایران به آن توجه لازم نشده، شایسته‌سالاری و به کارگیری افراد صلاحیت‌دار در مشاغل مدیریتی است. بدیهی است، انتخاب افراد شایسته و دارای توانمندی برای پست‌ها و مناصب مهم و بهره‌مندی از نخبگان جامعه باعث تحکیم موقعیت یک حکومت به شمار می‌رود. این درحالی است که پژوهش‌ها نشان می‌دهد، مواردی مانند عدم توجه به توانمندی افراد و تکیه بر سابقه کار، عدم تناسب معیارهای گزینش با نیازهای فنی یک مجموعه، اصرار بر شیوه رایج در پرداخت پاداش بر مبنای جایگاه سازمانی بدون در نظر گرفتن عملکرد کارکنان، و نادیده انگاشتن عملکرد سالیانه افراد بر ترفیع و ارتقای آنان^{۲۰} نمی‌تواند نظام شایسته‌سالاری را محقق سازد و کارمندان را به افرادی محافظه کار برای ازدست ندادن منصب فعلی خود تبدیل می‌کند.

از دیگر مواردی که می‌تواند در جهت ارتقای فرهنگ سازمانی ایفای نقش نماید، ایجاد نظام نظارت و بازرسی دقیق بر سازمان‌های دولتی است؛ به گونه‌ای که امکان افشای سریع تخلفات فراهم شود. افشای فسادهای رخ داده می‌تواند از سوی ارباب رجوع و یا کارمندان همان سازمان نسبت به نهادهایی که وظیفه مقابله با آن را دارند، صورت پذیرد. هرچند

۱۹. محمدحسین نعیمی‌پور، «تعارض منافع: جرم‌انگاری یا پیشگیری»، (۱۳۹۹)، برگرفته از لینک

<https://iran-bssc.ir/plans-projects/research-fields/conflict-of-interests/14767/>

۲۰. ولی‌اله نقی‌پورفر و همکاران، «تبیین الگوی شایسته‌سالاری اسلامی جهت رفع چالش‌های شایسته‌سالاری در سازمان‌های دولتی ایران»، چشم‌انداز مدیریت دولتی، ش ۴ (۱۳۹۲)، ص ۳۰.

افشای این موارد، تنها زمانی امکان‌پذیر خواهد بود که دسترسی نیز به اطلاعات سازمان متخلف وجود داشته باشد.^{۲۱} نظارت را می‌توان هم از طریق سازمان‌های دولتی و هم از طریق مردم و نیز رسانه‌های آزاد امکان‌پذیر ساخت.^{۲۲} در امریکا افشای امتیازاتی همانند پروندهٔ شپرد مولین^{۲۳} که ناشی از رانت‌های گسترده بوده، نتایج قابل‌توجهی دربر داشته است.^{۲۴} در این خصوص می‌توان به سازوکارهای مخصوصی که در امریکا برای مدیریت تعارض منافع در شرکت‌های بیمه وجود دارد، اشاره کرد.^{۲۵} ذکر این نکته ضروری است که معمولاً ادارات دولتی تلاش می‌کنند که در خصوص فساد رخ داده، پنهان‌کاری نمایند تا موجبات بی‌اعتمادی مردم نسبت به سازمان یادشده فراهم نشود؛ به همین دلیل است که در این دسته از تخلفات، رقم سیاه بزهکاری بالاست.

با توجه و در راستای نکتهٔ پیش‌گفته، موضوع مهم دیگری که می‌توان مطرح نمود، شفافیت نظام اداری است، به‌گونه‌ای که افراد جامعه از تصمیمات و عملکرد مسئولان دولتی آگاه باشند. موضوعی که نه‌تنها باعث جلب اعتماد مردم و مشروعیت بخشیدن به نظام حکومتی می‌شود، می‌تواند تصمیم‌گیری سازمانی را بهبود بخشد. اما خلأ مواردی مانند همسویی با ساختار شفافیت اطلاعات سایر کشورها از طریق جهانی شدن، بهره‌مندی از قابلیت دولت الکترونیک، نظارت بر کار دولت به‌منظور کاهش شکاف اطلاعاتی، وجود ذهنیت آحاد جامعه نسبت به آگاهی از اطلاعات دولتی و خواست و ارادهٔ سیاسی^{۲۶} از موانع شفافیت نظام اداری کشور محسوب می‌شوند.

۲۱. مهرزاد سرفرازی و همکاران، «رویکردهای پیشگیری از فساد اداری، ضرورتی اساسی در استقرار یک دولت سالم و شفاف»، چشم‌انداز حسابداری و مدیریت، ش ۳۲ (۱۳۹۹)، ص ۲۳.

۲۲. حسینعلی کلهر و عادل ابراهیم‌پور استنجان، «تحلیل حقوقی اعمال نظارت پس از واگذاری در خصوصی سازی‌ها (موانع و راهکارها)»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۱ (۱۴۰۲)، ص ۱۵۰.

23. Shepard Mullin

24. Wendel W. Bradley, Examples and Explanations for Professional Responsibility, (Burlington: Aspen Publishing, 2024), p. 196.

25. Ezekiel Chinyio and Paul Olomolaiye, *Construction Stakeholder Management*, (New York: Wiley-Blackwell, 2010), p. 286-316

۲۶. محمد وزین کریمیان و همکاران، «شناسایی و اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر شفافیت نظام اداری ایران (ناظر بر بند ۱۸ سیاست‌های کلی نظام اداری)»، چشم‌انداز مدیریت دولتی، ش ۶ (۱۳۹۴)، ص ۹۷.

۶. تعارض منافع در کانادا و تجربیات قانون گذاری

از دیدگاه برخی از محققان، بررسی تجربه کانادا در مدیریت تعارض منافع، نشان‌دهنده رویکرد دوپهلوی و نوپا بودن قوانین مربوطه در این کشور است. این دسته از افراد، تعارض منافع را تقابلی میان یک سمت رسمی که در جهت منافع عمومی است با منافع شخصی در نظر گرفته، کمک‌های مالی را که در جهت تأثیرگذاری بر انتخابات فدرال به افراد پرداخت می‌شود از شمول تعارض منافع خارج می‌دانند، زیرا نمی‌توانند تأثیر مستقیمی بر سمت رسمی که این افراد متعاقباً برعهده می‌گیرند، داشته باشد.^{۲۷}

از دیدگاه قانون تعارض منافع کانادا مصوب ۲۰۰۷، دارنده یک منصب عمومی زمانی مشمول تعارض منافع قرار می‌گیرد که وظایف و تعهدات و قدرت رسمی خود را به گونه‌ای اجرا نماید که فرصتی برای منافع شخصی خود، بستگان، دوستان و هر فرد دیگری به صورت ناروا فراهم شود. به این ترتیب، اگر عملاً تعارض منافی محقق شود، قانون کانادا به صراحت آن را تحت پوشش قرار می‌دهد. این درحالی است که به نظر می‌رسد، تعارض منافع بالقوه و احتمالی داخل در تعریف قرار نمی‌گیرند. به عبارت دیگر، تعارض منافع واقعی زمانی رخ می‌دهد که منافع شخصی و وظایف عمومی یک مقام رسمی بر یکدیگر اثر می‌گذارند، اما تعارض منافع احتمالی، هنگامی است که شک معقولی در خصوص دارنده یک مقام رسمی در اذهان ایجاد می‌شود که وضعیت موجود، او را به سمت تعارض منافع سوق می‌دهد.^{۲۸} در نتیجه، تعارض منافع احتمالی یا بالقوه می‌تواند همان تأثیری را در سلب اعتماد عمومی در پی داشته باشد که تعارض منافع واقعی. ممکن است این ایراد مطرح شود که تعارض منافع احتمالی بیشتر جنبه ذهنی داشته، با توجه به اوضاع و احوال راجع به اقدامات و تصمیمات مقام رسمی قابل تشخیص تلقی می‌شود و یا به عبارتی، از شفافیتی مانند تعارض منافع واقعی برخوردار نیست. اما در پاسخ به این نکته باید اشاره کرد که در راستای

27. Andrew Stark, "Conflict of Interest in Canada", in *Conflict of Interest and Public Life: Cross-National Perspectives*, Edited by Alison L. Gash and Christine Trost Cambridge, Cambridge University Press, (2008), p. 128.

28. Lori Turnbull, "The Federal Accountability Act: How Ottawa Steps Backward in Monitoring Political Ethics and Integrity", in *How Ottawa Spends, 2007 – 2008: The Harper Conservatives – Climate of Change*, Edited by Bruce Doern (McGill: Queens University Press, 2007), p. 92.

حفظ اعتماد عمومی، استاندارد بالایی از مسئولیت باید پیش‌بینی گردد. هرچند ممکن است با توجه به عبارت مندرج در تعریف تعارض منافع در قانون کانادا که مقرر داشته است، اگر فرصتی برای مقام رسمی فراهم شود، آن را شامل تعارض منافع احتمالی نیز باید در نظر گرفت ولو اینکه عملاً به تأثیرگذاری بر منصب رسمی و کسب منفعت مالی منجر نشده باشد، برخی از مصادیق ممنوعیت‌هایی که برای دارنده منصب رسمی در این قانون پیش‌بینی شده و در ادامه به آن اشاره می‌شود، بیانگر پذیرش تعارض احتمالی است.

از دیدگاه قانون تعارض منافع کانادا، هدف از وضع این قانون، ایجاد شفافیت در مفهوم تعارض منافع، کاهش امکان وقوع تعارض منافع میان منافع خصوصی و وظایف دارندگان مناصب عمومی، پیش‌بینی راه‌حل برای تعارض منافع در صورت وقوع و تشویق افراد صلاحیت‌دار و باتجربه برای پذیرش تصدی منافع عمومی است. در قانون یادشده، مقامی تحت عنوان کمیسیونر اخلاق و تعارض منافع با مأموریت اتخاذ اقدامات ضروری برای جلوگیری از وقوع تعارض منافع و تشخیص تحقق تعارض منافع پیش‌بینی شده است. انتخاب کمیسیونر پس از مشورت و تصویب مجلس عوام صورت می‌پذیرد. بر اساس ماده ۴۸ این قانون، کمیسیونر موظف است در اجرای تحقیقات، نسبت به نقض ادعایی قانون تعارض منافع، شهودی را احضار و درخواست اقامه شهادت نماید و هر مدرک دیگری را که مد نظر وی است، ارائه کند. تمام اقدامات کمیسیونر باید به صورت محرمانه انجام شود، مگر تا حدی که هنگام مصاحبه با شهود لازم است. امکان جزای نقدی تا پانصد دلار نسبت به دارندگان مناصب عمومی که در اعلام وجود منافع شخصی در راستای وظایفشان خودداری می‌کنند برای کمیسیونر وجود دارد.^{۲۹} به این ترتیب، کتمان حقیقت و ترک فعل برای صاحب‌منصبان به عنوان رفتاری مجرمانه در قانون کانادا مورد پیش‌بینی قرار گرفته است.

مأموریت کمیسیونر در خصوص دارندگان مناصب دولتی، همان‌طور که در قانون تعارض منافع ذکر شده، شامل موارد زیر است:

۲۹. در جرایم سنگین، برای کمیسیونر اختیاری پیش‌بینی نشده است.

- ارائه مشاوره محرمانه به نخست‌وزیر، از جمله به درخواست نخست‌وزیر در خصوص اعمال این قانون برای صاحبان مناصب دولتی؛
 - ارائه مشاوره محرمانه به صاحبان مناصب دولتی در خصوص تعهدات آن‌ها بر اساس این قانون؛
 - بررسی و گزارش در مورد تخلفات احتمالی دارندگان مناصب دولتی یا صاحبان مناصب دولتی سابق از این قانون و مدیریت رژیم افشایی که به موجب آن صاحبان مناصب ارشد دولتی، دارایی‌ها و بدهی‌ها و سایر اطلاعات خود را محرمانه برای کمیسیونر افشا نموده، خلاصه‌ای از آن را برای عموم تهیه می‌کنند.
 - کمیسیونر می‌تواند به ابتکار خود و بدون درخواست مجلس عوام و سنا تحقیقاتی را انجام دهد. چنین تحقیقاتی به نخست‌وزیر گزارش می‌شود.
- مطابق با مأموریت دوگانه، کمیسیون تعارض منافع و اخلاق به دو کمیته مجلس عوام به شرح زیر گزارش می‌دهد: کمیته دائمی رویه و امور مجلس با توجه به وظایف حاکم بر قانون تعارض منافع برای اعضای مجلس عوام و نیز کمیته دائمی دسترسی به اطلاعات، حریم خصوصی و اخلاقیات با توجه به مسئولیت‌های مقرر در قانون تعارض منافع و همچنین در خصوص اداره کل دفتر کمیسیون تعارض منافع و اخلاق، همان‌گونه که در قانون پیش‌بینی شده است، کمیسیون تعارض منافع و اخلاق، مشاوره‌ای به صورت محرمانه نسبت به نخست‌وزیر در مورد تعارض منافع و اخلاق ارائه می‌دهد.^{۳۰}
- این قانون اهداف متعددی را بیان می‌کند، از جمله حفظ و افزایش اعتماد عمومی و اعتماد به یکپارچگی اعضا، همراه با اصولی که برای راهنمایی اعضا در تطبیق منافع خصوصی و وظایف عمومی خود در نظر گرفته شده است. ارائه نظرهای محرمانه کتبی به اعضا و انجام تحقیقات در مورد عدم انطباق ادعای اعضا با تعهدات مندرج در قانون تعارض

30. See Maxime-Olivier Thibodeau and Alexandra Savoie, "Conflict of Interest at the Federal Level: Legislative Framework", Background Paper, 19 August 2013 and Revised on 25 January 2018, Available at: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201092E.

منافع؛ به این معناست که بر اساس قانون تعارض منافع کانادا، به درخواست هریک از اعضای مجلس عوام یا کمیسیونر کمیسیون تضاد منافع و اخلاق، تحقیقاتی در خصوص هریک از اعضای این مجلس، امکان پذیر خواهد بود. در چنین وضعیتی، اگر کمیسیونر به این نتیجه برسد که یک عضو مجلس عوام تعهدات خود را بر مبنای قانون تعارض منافع انجام نداده است، بر مبنای اخطاری کتبی به او مهلت می دهد که در مدت ۳۰ روز پاسخ دهد. در طول این مدت، اگر کمیسیونر به مبنای معقولی دست یابد که عضو یادشده بر اساس تعهدات خود عمل نکرده است، می تواند تحقیقات خود را آغاز نماید. پس از تکمیل تحقیقات، کمیسیونر مبادرت به ارائه گزارش به سخنگوی مجلس عوام نموده تا در حضور نمایندگان قرائت شود.^{۳۱}

کمیسیونر، سالانه فعالیت های خود را با حفظ احترام اشخاص به اعضا گزارش می دهد. این قانون اعضا را از اتخاذ تصمیم به گونه ای که منافع خصوصی خود یا دیگران را تقویت می کند منع نموده، ملزم می کند که هر زمان تصمیمی بر آن منافع تأثیر گذارد، افشا شود. اعضای مجلس عوام نیز می توانند در هر زمانی از کمیسیونر بخواهند که نظر محرمانه ای در مورد تعهدات آن ها بر اساس این قانون ارائه دهد. همچنین، هر عضوی که معتقد است عضو دیگری به تعهدات خود در این آیین نامه عمل نکرده است، می تواند از کمیسیونر درخواست کند تا در مورد موضوع تحقیق کند. کمیسیونر می تواند به ابتکار خود تحقیقی را انجام دهد. این قانون کمیته دائمی رویه و امور مجلس را ملزم می کند تا هر پنج سال یک بار بازبینی جامعی از مفاد و عملکرد آن انجام دهد.^{۳۲}

قانون تعارض منافع ممنوعیت هایی را برای دارندگان مناصب عمومی پیش بینی کرده که در مواد ۸ تا ۱۶ آمده است. ممنوعیت های یادشده عبارتند از: استفاده از اطلاعاتی که در دسترس عموم قرار ندارد تا به این وسیله منافع خصوصی تأمین شود^{۳۳}؛ سوءاستفاده از جایگاه رسمی برای تأثیرگذاری در یک تصمیم در جهت تأمین منافع خصوصی؛ تحت تأثیر

31. <https://ciec-ccie.parl.gc.ca/en/investigations-enquetes/Pages/Angus1Report.aspx>

32. *Ibid*, p. 3-4.

۳۳. موردی که از آن به عنوان رانت اطلاعاتی می توان یاد کرد.



قرار گرفتن منصب عمومی به واسطه طرح‌ها یا پیشنهادهای سایر سازمان‌ها و وزارتخانه‌ها؛ پذیرش هدیه یا هر نوع مزایایی از سوی دارنده منصب عمومی یا اعضای خانواده او که به صورت معقولی به نظر می‌رسد شغل و منصب عمومی را تحت تأثیر قرار داده است؛ پذیرش سفر به هر منظوری با هواپیمای خصوصی یا هر نوع هواپیمای دیگری که در سایر سطوح دولتی پیشنهاد می‌شود، مگر در راستای شغل؛ تقاضای سرمایه‌گذاری که منصب رسمی را در معرض تعارض منافع قرار می‌دهد. بر طبق مواد ۲۲ و ۲۳ نیز خوداظهاری برای مقامات دولتی در نظر گرفته شده است؛ به این صورت که ظرف شصت روز از انتصاب باید گزارش محرمانه‌ای از دارایی‌ها، تعهدات مالی و درآمد به کمیسیونر ارائه شود. همچنین در طول تصدی، هدایا و سایر مزایایی دریافتی که ارزش کل آنها در یک دوره دوازده ماهه از دویست دلار بیشتر است، ظرف ۳۰ روز پس از پذیرش به اطلاع کمیسیونر رسانده شود. به این ترتیب، از نظر قانون تعارض منافع کانادا، حداقلی در نظر گرفته شده است تا در صورت فراتر رفتن از آن، مقام دولتی مکلف به خوداظهاری شود^{۳۴}.

قانون تعارض منافع به رفتار دارندگان مناصب دولتی پس از ترک سمت نیز اشاره کرده است. در قسمت ۳ مواد ۳۳ تا ۴۲ قوانین پس از استخدام آمده است، مواد یادشده این اصل کلی را ایجاد می‌کنند که دارندگان مناصب دولتی سابق نمی‌توانند به گونه‌ای عمل نمایند که از مناصب دولتی قبلی خود سوءاستفاده کنند. این قانون به کمیسیون تعارض منافع و اخلاق، این اختیار را می‌دهد که بنابه درخواست صاحب‌منصب دولتی سابق، محدودیت‌ها را کاهش داده یا از آن چشم‌پوشی کند. هنگام تصمیم‌گیری در مورد این درخواست، کمیسیونر باید در نظر بگیرد که آیا منافع شخصی در اعطای معافیت یا تخفیف بر منافع عمومی که همانا حفظ ممنوعیت است برتری دارد یا خیر؟ همچنین وی در این راستا باید عوامل تعیین‌شده در قانون را در نظر بگیرد.

ماده ۲۹ قانون تعارض منافع مقرر می‌دارد که در تعیین اقدامات مناسب، کمیسیونر باید با صاحبان مناصب دولتی به توافق برسد. پس از رسیدن به توافق، خلاصه بیانیه‌های

۳۴. به نظر می‌رسد، قانون‌گذار بر این اعتقاد بود که مجموع هدایا و مزایا در طول یک سال به میزان دویست دلار نمی‌تواند خدشه‌ای بر وظایف مقام رسمی وارد آورده، احتمال بروز تعارض منافع را به دنبال داشته باشد.

صاحبان مناصب دولتی و اعلامیه‌های عمومی در دفتر ثبت عمومی ارسال می‌شود. ماده ۴۳ قانون تعیین می‌کند که کمیسیونر مشاوره محرمه‌ای را به نخست‌وزیر و نیز صاحبان مناصب دولتی در مورد اعمال این قانون ارائه می‌دهد. ماده ۴۴ قانون تعارض منافع به نمایندگان مجلس اجازه می‌دهد تا بر اساس دلایل معقول، از کمیسیونر درخواست کنند که نقض احتمالی قانون از سوی هر صاحب‌منصب دولتی فعلی یا سابق را بررسی کند. کمیسیونر می‌تواند اطلاعاتی را که از مردم دریافت می‌شود یا از جانب یکی از اعضای مجلس سنا یا مجلس عوام به او ارائه می‌شود که نشان می‌دهد یک صاحب‌منصب دولتی از قانون پیروی نکرده است، در نظر داشته باشد. به این ترتیب، صرفاً صاحبان مناصب رسمی نیستند که می‌توانند گزارش‌های راجع به تخلف را ارائه نمایند، بلکه هر فرد عادی نیز می‌تواند اقدام به چنین امری کند؛ ولو اینکه انجام چنین امری مستلزم صرف وقت و هزینه باشد. افزایش اعتماد عمومی، توجیه مناسبی در این خصوص به‌شمار می‌رود.

بر مبنای ماده ۴۵، کمیسیونر اجازه دارد تا زمانی که دلیلی برای این باور داشته باشد که صاحب‌منصب دولتی فعلی یا سابق قانون را نقض کرده است، موضوع را به ابتکار خود بررسی نماید. در سنای کانادا، در جهت رسیدگی به تعارض منافع، مسئول مشخصی نیز وجود دارد که به‌عنوان افسر اخلاق از آن یاد می‌شود و دارای یک دبیرخانه و دفتر مخصوص است. این دفتر در طول سال‌ها موضوع بحث‌هایی بوده است. هنگامی که ایجاد یک رژیم تعارض منافع پارلمانی در ابتدا در دهه ۱۹۹۰ مورد توجه قرار گرفت، فکر وجود یک مسئول اخلاق واحد برای هر دو مجلس پارلمان شکل گرفت. در سال ۱۹۹۷، کمیته‌ای از هردو مجلس پارلمان تحت عنوان کمیته مشترک ویژه در مورد آیین‌نامه رفتار، تشکیل یک کمیسیونر واحد را برای اداره یک کد رفتار و رژیم تعارض منافع برای اعضای هر دو مجلس سنا و مجلس عوام توصیه کرد.^{۳۵} اگرچه این توصیه‌ها در آن زمان اجرا نشد، اما این موضوع در سال ۲۰۰۲ از سوی دولت برای بررسی مجدد از طرف هر دو مجلس ارائه گردید. کمیته دائمی قواعد، رویه‌ها و حقوق مجلس سنا که از آن خواسته شده بود به این موضوع رسیدگی کند، با ایجاد یک کمیسیونر واحد مخالفت کرد. کمیته با تأکید بر استقلال سنا از

35. Look at: Parliament of Canada, Special Joint Committee on a Code of Conduct, Second Report – Code of Conduct, 2nd Session, 35th Parliament, March 1997.

مجلس عوام و دولت و نیز نقش و عملکرد جداگانه آن، از سنا درخواست کرد که یک مسئول اخلاقی خاص خود را داشته باشد.^{۳۶} با انعکاس این خواسته‌ها، پیشنهاد قانونی ارائه شده در سال ۲۰۰۳، ایجاد دو سمت را در نظر گرفت: یک افسر اخلاق سنا که مسئول اداره رژیم تعارض منافع برای سناتورها خواهد بود، و یک کمیسیون اخلاق که مسئول تعارض منافع اعضای مجلس عوام و دارندگان مناصب عمومی است. این پیشنهاد قانونی در سال ۲۰۰۴ تصویب شد.^{۳۷} به رغم ایجاد یک افسر اخلاق مجزا برای هر مجلس در سال ۲۰۰۴، دولت در سال‌های ۲۰۰۶ و ۲۰۰۹ لوایح دیگری را با هدف لغو سمت افسر اخلاق سنا و اجرای رژیم تعارض منافع واحد برای اعضای هر دو مجلس ارائه کرد. اما مجدداً و بر اساس قانون مسئولیت فدرال هیچ‌گونه تغییری در دفتر مسئول اخلاق سنا ایجاد نشد. افسر اخلاق سنا وظایف و کارکردهایی را انجام می‌دهد که از سوی قانون تعارض منافع برای سناتورها تعیین شده است.^{۳۸}

۷. کدهای تضاد منافع برای سناتورها در کانادا

بر اساس اصلاحات سال ۲۰۰۴ در قانون پارلمان کانادا، از سنا خواسته شد تا یک کد تعارض منافع برای سناتورها ایجاد کند و به این ترتیب، گزارش کمیته دائمی قوانین، رویه‌ها و حقوق پارلمان که چنین آیین‌نامه‌ای را توصیه کرده است، از سوی مجلس سنا تصویب شد.^{۳۹} یکی از ویژگی‌های متمایز قانون تعارض منافع برای سناتورها، نقش کمیته دائمی تعارض منافع برای سناتورها است که افسر اخلاق سنا پس از بررسی محرمانه آن را گزارش می‌دهد و ممکن است از او خواسته شود تا تحقیقات خود را در مورد یک موضوع به انجام رساند. در نتیجه، رژیم تضاد منافع کانادا از زمان انتشار اولین دستورالعمل نخست‌وزیری در مورد تعارض منافع در سال ۱۹۷۳ به طور قابل توجهی تکامل یافته است. قوانین تضاد منافع

36. See Senate, Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament, Eighth Report, 2nd Session, 37th Parliament, April 2003.

37. Look at Bill C-30: An Act to Amend the Parliament of Canada Act and to Make Consequential Amendments to Other Acts, 2nd Session, 40th Parliament, May 2009.

38. Michel Bedard, Kristen Douglas and Elise Hurtubise-Loranger, *Conflict of Interest at the Federal Level: Legislative Framework*, (Ottawa: Library of Parliament, 2013), p 6

۳۹. نهایتاً در ۱۸ می ۲۰۰۵ به تصویب مجلس سنا کانادا رسید.

اکنون در قوانینی مانند قانون تضاد منافع در دستورات رسمی هردو مجلس گنجانده شده است؛ یعنی کد تعارض منافع برای سناتورها و کد تعارض منافع برای اعضای مجلس عوام. به علاوه، درحالی که زمانی قوانین از سوی مشاور اخلاقی که هیچ وضعیت مستقلی نداشت و مستقیماً به نخست‌وزیر گزارش می‌داد، تفسیر و اجرا می‌شد، دو افسر مستقل کمیسیون تضاد منافع و اخلاق و نیز افسر اخلاق سنا، اکنون مسئولیت مدیریت را برعهده دارند. قانون تضاد منافع پنج سال پس از لازم‌الاجرا شدن بخش ۶۷ خود، یک بازنگری را پیش‌بینی می‌کند و کمیته دائمی دسترسی به اطلاعات، حریم خصوصی و اخلاقیات مجلس عوام این بررسی را در سال ۲۰۱۳ انجام داد.^{۴۰} از طریق کمیته‌ها، مجلس عوام در سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۱۵ و سنا در سال‌های ۲۰۰۸، ۲۰۱۲ و ۲۰۱۴ بررسی‌های جامعی از قوانین تعارض منافع مربوطه خود انجام دادند. این بررسی‌ها به اصلاحات متعددی در هردو قانون منجر شده است. در نتیجه، رژیم تضاد منافع فدرال ظرفیت تعدیل و بهبود با گذشت زمان را دارد. تنظیم تعارض منافع در حکومت یکی از اهداف اخلاق سیاسی است. از مقامات دولتی انتظار می‌رود که خدمت به مردم و رأی‌دهندگان را بر منافع شخصی خود ترجیح دهند. قوانین تعارض منافع به‌منظور جلوگیری از تصمیم‌گیری مقامات در شرایطی است که به‌طور منطقی می‌تواند به‌عنوان نقض این وظیفه رسمی تلقی شود.^{۴۱}

نتیجه

امروزه ریشه بسیاری از جرایم مالی که باعث بی‌اعتمادی مردم به حاکمیت شده، ناشی از آنومی تعارض منافع است که آن را می‌توان یکی از گلوگاه‌های اصلی فساد در ایران دانست که از ابتدا به دلیل وجود رانت در برخی نهادهای دولتی و به‌ویژه پس از خصوصی‌سازی اصل ۴۴ قانون اساسی، این تعارض منافع و فسادهای ناشی از آن کاملاً

۴۰. کمیته اخلاق تمام گزارش‌های محرمانه را بررسی می‌کند. در طول این بررسی، از کارکنان خواسته می‌شود نسبت به ارائه اطلاعات مرتبط شامل دارایی‌ها، منافعشان و فعالیت‌های خارج از سازمان به کمیته اخلاق پاسخگو باشند. کمیته تمامی اطلاعات را مد نظر قرار می‌دهد. این کمیته پس از بررسی‌های موارد قبلی، به کارمند اعلام می‌کند که دارایی‌ها و منافع مطرح‌شده یا فعالیت‌های خارج از سازمان او، تعارض منافع واقعی، احتمالی و آشکار با فعالیت‌های سازمان دارد یا خیر.

41. J Carr Peterson and C.R Grose, "The Private Interests of Public Officials: Financial Regulation in the US Congress", *Legislative Studies Quarterly*, 46, No. 1 (2021), p. 49-84; Richard Painter, *Getting the Government America Deserves: How Ethics Reform Can Make a Difference*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 56.



مشهود گردید. بستر فسادزایی که عدم مدیریت صحیح آن را به وجود آورده است و نیز با ادامه این روند، شاهد افزایش معنادار نرخ جرایم در ایران خواهیم بود. آموزه‌های جرم‌شناسی پیشگیری، با تأکید بر تجربیات عقلی و تجربه دیگر ملل متمدن ما را به جای مبارزه کیفری با این پدیده به این سو رهنمون می‌سازد که باید ریشه این گونه تخلفات و جرایم خشکانده شود؛ هرچند که ما معتقدیم برخی از سیاست‌گذاری‌ها و استراتژی‌های مدیریتی در تشدید وضع موجود به عنوان یک متغیر اصلی نقش پررنگی بازی کرده است. در این پژوهش که به رویکرد کشور کانادا در این زمینه پرداخته شده است، برای مثال ملاحظه می‌شود اعضای مجلس عوام ملزم به رعایت قانون تعارض منافع هستند که ضمیمه دستورات دائمی این مجلس است و اهداف متعددی را بیان می‌کند؛ از جمله حفظ و افزایش اعتماد عمومی و اعتماد به یکپارچگی اعضا همراه با تعدادی از اصول که برای راهنمایی اعضا در تطبیق منافع خصوصی و وظایف عمومی آنان در نظر گرفته شده است. همچنین قانون جداگانه‌ای برای مجلس سنا و پیشگیری از تعارض منافع نمایندگان این مجلس تدوین شده و بیانگر این نکته بوده که قانون‌گذار نخواسته است بار مسئولیت کمیسیونر مجلس عوام را در رسیدگی به هردو مجلس افزایش دهد. در نتیجه، افزایش اعتماد عمومی به عنوان یک سرمایه اجتماعی در نتیجه تفکیک منافع خصوصی از عمومی مورد نظر مقنن کانادایی بوده است که در ایران نیز می‌توان با استفاده از چنین مدل‌هایی و بومی‌سازی آن در مدیریت تعارض منافع، شاهد کاهش جرایم در این خصوص باشیم. با نگاهی به مدل کشور کانادا به عنوان یکی از کشورهای پیشرو در مبارزه با تعارض منافع، می‌توان بر اساس رویکردهای بومی و فرهنگی، سطح فساد حاکم که نظام اداری، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی را دربر گرفته است، کاهش داد. پیشنهادهایی که می‌توان در این زمینه ارائه کرد به شرح زیر است:

- پیش‌بینی قانون جامع تعارض منافع که در تمامی سطوح بتواند بخشی از آنومی بی‌قانونی تعارض منافع را پوشش دهد. برای مثال، اعلام درآمدها و دارایی‌های شخصی، خانوادگی و دریافت هدایا؛ اعلام وجود منافع شخصی در زمان اتخاذ تصمیم، مدیریت و انعقاد قراردادها؛ امتناع از اتخاذ تصمیم در زمان تعارض منافع و اصلاح قوانین در جهت برطرف کردن تعارض وظایف بین سازمان‌ها؛ نظارت بر انعقاد قراردادها با نهادهای بیرون از

سازمان و گزارش تخلفات سازمانی.

- تسری تعارض منافع به رشته‌ها و دیگر شئون و ساختار مرتبط در اداره کشور به تبعیت از قانون جامع می‌تواند باعث اثربخشی حداکثری قانون و در پی آن، کنترل قانونمند فساد ناشی از تعارض منافع در کشور گردد.

- ضمن مطالعات نیازسنجی و آسیب‌شناسانه، با راهکارهای واقعی و درعین حال علمی می‌توان به تبعیت از قانون جامع، بخشنامه‌های اصداری در تمامی سطوح آن را در جهت مبارزه با فساد ناشی از تعارض منافع در کشور سازماندهی نمود.

- وجود مکانیسم‌های واقعی نظارت بر اجرای قانون و بخشنامه‌های مرتبط با تعارض منافع با ضمانت‌های اجرایی واقعی و بازدارنده، ضمن اثربخشی در تمامی سطوح، به صورت اتوماتیک می‌تواند باعث بروز شفافیت شود که کمترین پیامد مثبت آن، برگشت اعتماد عمومی به حاکمیت در مقوله مبارزه با فساد ساختاری است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- مقالات

۱. آهن جان، حسن (۱۳۹۸). جرم‌شناسی جرایم اقتصادی و راه‌های پیشگیری از آن. دومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام. کرج، ۵۸۰-۶۱۱.
۲. انصاری، باقر (۱۴۰۱). مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی. *مطالعات حقوق عمومی*، ۵۲ (۱)، ۳۲۱-۲۹۷.
Doi: 10.22059/jplsq.2020.292517.2235
۳. براتی، امیرنظام؛ زارعی، محمد حسین و مسعود، غلام‌حسین (۱۳۹۹). بررسی تطبیقی نقش جامعه مدنی تخصصی در مبارزه با فساد در کشورهای ایران و کره جنوبی. *حقوق اداری*، ۷ (۲۳)، ۸۴-۵۷.
Doi:10.29252/qjal.7.23.57
۴. جعفرپور صادق، الهام و عدالتجو، اعظم (۱۳۹۲). فساد مالی و راه‌کارهای پیش‌گیری از آن. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۶ (۲۲)، ۵۷-۷۹.
۵. حیدری مهارلویی، رسول و صبیحه، محمدحسین (۱۴۰۰). بررسی چالش‌های تعارض منافع در نظام مهندسی کشور. *نخبگان علوم و مهندسی*، ۶ (۳)، ۶۱-۷۷.
۶. رسولی، رضا (۱۳۸۴). نقش بانک جهانی در مبارزه با فساد. *تحول اداری*، ۸ (۵۰)، ۶۱-۷۸.
۷. رهنورد، فرج‌اله؛ محمدی فاتح، عمران و اسدی، رضا (۱۳۹۷). تفکر سیستمی بستری برای ارتقای عملکرد رهبران و اثربخشی سازمان‌های دولتی. *فرایند مدیریت و توسعه*، ۳۱ (۲)، ۱۴۲-۱۱۱.
Doi: 20.1001.1.17350719.1397.31.2.4.7
۸. سبحانی، حسن و الهی، فرشته (۱۴۰۲). موقعیت‌ها و مصادیق تعارض منافع در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران. *مجلس و راهبرد*، ۳۰ (۱۱۴)، ۲۳۹-۲۷۷.
Doi: 10.22034/mr.2022.5096.4900
۹. سرفرازی، مهرزاد؛ فزونی، مریم؛ زارع، شکوفه (۱۳۹۹). رویکردهای پیشگیری از فساد اداری، ضرورتی اساسی در استقرار یک دولت سالم و شفاف. *چشم‌انداز حسابداری و مدیریت*، ۳ (۳۲)، ۱۰-۳۳.

۱۰. سیاه بیدی کرمانشاهی، سعید (۱۴۰۰). بررسی تعارض منافع مقامات قضایی. *دانش حقوق عمومی*، ۱۰ (۳۲)، ۱۹-۴۶.
Doi: 10.22034/qjplk.2021.222
۱۱. سید باقری، سید کاظم (۱۳۹۵). کارکردهای عدالت در حکمرانی اخلاقی از منظر اندیشه سیاسی اسلام. *علوم سیاسی*، ۱۹ (۷۶)، ۱۵۱-۱۷۰.
Doi: 10.22081/PSQ.2017.22745
۱۲. شیردل، رامین (۱۳۹۸). بررسی وضعیت نظام سلامت از نظر تعارض منافع ساختاری از جنبه ملی. *تأمین اجتماعی*، ۱۵ (۱)، ۱۱۳-۱۲۵.
۱۳. قلمقاش، علی اصغر (۱۴۰۱). ممنوعیت عضویت در هیأت مدیره شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی (هم‌زمان) با اشتغال در دستگاه‌های اجرایی در قوانین بودجه سال‌های ۱۳۹۸ الی ۱۴۰۱ ناظر بر تبصره ۲ ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت. *دانشنامه‌های حقوقی*، ۵ (۱۵)، ۱۳۴-۱۶۸.
Doi: 10.22034/LAW.2022.551686.1153
۱۴. کلهر، حسینعلی و ابراهیم‌پور اسنجان، عادل (۱۴۰۲). تحلیل حقوقی اعمال نظارت پس از واگذاری در خصوصی‌سازی‌ها (موانع و راهکارها). *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴ (۳۱)، ۱۴۵-۱۸۲.
Doi: 10.22034/LAW.2023.49841.3064
۱۵. ناصری حسین‌آباد، مرتضی؛ قبولی درافشان، سید محمدمهدی؛ انصاری، اعظم و خدابخشی شلمزاری، عبدالله (۱۴۰۲). مبانی کنترل قضایی (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی). *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴ (۳۳)، ۲۵۵-۲۹۰.
Doi: 10.22034/LAW.2023.52802.3156
۱۶. نقی‌پورفر، ولی‌اله؛ حبیبی بدرآبادی، محبوبه و آرزمجو هانیه (۱۳۹۲). تبیین الگوی شایسته‌سالاری اسلامی جهت رفع چالش‌های شایسته‌سالاری در سازمان‌های دولتی ایران. *چشم‌انداز مدیریت دولتی*، ۴ (۴)، ۱۵-۳۹.
۱۷. وزین کریمیان، محمد؛ کلاهی، بهاره و صفری، سعید (۱۳۹۴). شناسایی و اولویت‌بندی عوامل موثر بر شفافیت نظام اداری ایران (ناظر بر بند ۱۸ سیاست‌های کلی نظام اداری). *چشم‌انداز مدیریت دولتی*، ۶ (۳)، ۸۳-۱۰۵.

ب) منابع انگلیسی**- Books**

18. Bedard, Michel, Douglas, Kristen, Hurtubise-Loranger, Elise (2013). *Conflict of Interest at the Federal Level: Legislative Framework*, Ottawa: Library of Parliament.
19. Chinyio, Ezekiel and Olomolaiye, Paul (2010). *Construction Stakeholder Management*, New York: Wiley-Blackwell.
20. Davids, Cindy (2008). *Conflict of Interest in Policing: Problems, Practices and Principles*, Cambridge: institute of criminology press.
21. Painter, Richard (2009). *Getting the Government America Deserves: How Ethics Reform Can Make a Difference*, Oxford: Oxford University Press.
22. Stark, Andrew (2008). *Conflict of Interest in Canada*, "in *Conflict of Interest and Public Life: Cross-National Perspectives*, Edited by Alison L. Gash and Christine Trost, Cambridge: Cambridge University Press.
23. Turnbull, Lori (2007). "The Federal Accountability Act: How Ottawa Steps Backward in Monitoring Political Ethics and Integrity," in *How Ottawa Spends, 2007–2008: The Harper Conservatives—Climate of Change*, Edited by Bruce Doern, McGill: Queens University Press.
24. W. Bradley, Wendel (2024). *Examples and Explanations for Professional Responsibility*, Burlington: Aspen Publishing.

- Articles

25. Bernheim, D. and Meer, J (2012), "Do Real Estate Brokers Add Value When Listing Services Are Unbundled?" *Economic Inquiry*. 51 (2). 1166-1182. Doi.org/10.1111/j.1465-7295.2012.00473.x
26. Carr Peterson, J. and Grose, C.R (2021), "The Private Interests of Public Officials: Financial Regulation in the US Congress", *Legislative Studies Quarterly*. 46 (1). 49-84.

27. Komesaroff, P.A., Kerridge, I. and Lipworth, W (2019), "Conflicts of Interest: New Thinking, New Processes". *International Medicine Journal*. 49. (5). 574-577. Doi: 10.1111/imj.14233.

- Documents

28. Bill C-30: An Act to Amend the Parliament of Canada Act and to Make Consequential Amendments to Other Acts, 2nd Session, 40th Parliament, May 2009.
29. Parliament of Canada, Special Joint Committee on a Code of Conduct, Second Report—Code of Conduct, 2nd Session, 35th Parliament, March 1997.
30. Senate, Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament, Eighth Report, 2nd Session, 37th Parliament, April 2003.

- Websites

31. Gross, Daniel, "Why a Real Estate Agent May Skip the Extra Mile". New York Times, 20 February 2005, available at: [nytimes.com/2005/02/20/business/yourmoney/why-a-real-estate-agent-may-skip-the-extra-mile.html](https://www.nytimes.com/2005/02/20/business/yourmoney/why-a-real-estate-agent-may-skip-the-extra-mile.html).
32. Thibodeau, Maxime-Olivier, and Alexandra Savoie, "Conflict of Interest at the Federal Level: Legislative Framework", Background Paper, 19 August 2013 and Revised on 25 January 2018, Available at: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201092E.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 87-111

A Comparative Study of Civil Liability in the Abuse of Rights in Iranian and French Law

Hadi Jorfi¹ | Aahmad Jafari² | Hamid Abhari³

1. PhD in Private Law, University of Mazandaran, Iran

hadi_jo_lawyer@yahoo.com

2. PhD in Private Law, University of Tehran, Iran (Corresponding Author)

jafari.lawyer20@yahoo.com

3. Professor, University of Mazandaran, Iran

hamid.abhary@gmail.com

Abstract

One of the controversial issues in civil liability law is the use of the right; In other words, to what extent should the right be implemented? If the implementation of a person's right is harmful for others, what is the duty of the right holder? In order to control the quality of the exercise of the right, it is necessary to specify a criterion through which the abuse of the right can be identified. Method: In terms of purpose, this writing is practical, and in terms of collection method, it is done in documentary and library form and through the study of laws and regulations and reliable sources, and the information obtained is descriptive and analytical. Regarding the findings of the research, it can be stated that, although Article 132 of the Civil Code is the basis of the legislator's view on the ruling on the abuse of the right, the divergent nature of rights has caused the limitation of the right to be two-sided; It means that sometimes the abuse of the right of guarantee is not enforced and the legislator makes the ruling on the exercise of the right absolute and sometimes prohibits the fair exercise of the right; Regarding the scope of the abuse of the right, it should be considered that the theory of abuse of the right applies only to the exercise of the right, while the rule of non-harm is not limited to the customary scope of the exercise of the right, such as the right of ownership or the right of passage. Regarding the results of the research, it can be said that the place of flow of the rule of abuse of the right is the application and implementation of the right; And in Iran's legal system, it is used to deal with the harm caused by legal rulings and to fight against the right to enforce a right that leads to another harm. On the other hand, in French law, in case of abuse in the position of enforcement of the right, the sentence of permission and falsification of the exercise of the right is removed and it has an equal relationship with the theory of negation of the sentence.

Keywords: civil responsibility, basics, abuse of rights, Iran, France.

Received: 2023/07/08

Received in revised form: 2024/04/03

Accepted: 2024/04/22

Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.57310.3288

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی در سوء استفاده از حق

در حقوق ایران و فرانسه

هادی جرفی^۱ | احمد جعفری^۲ | حمید ابهری^۳

hadi_jo_lawyer@yahoo.com

jafari.lawyer20@yahoo.com

hamid.abhary@gmail.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، ایران

۲. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استاد دانشگاه مازندران، ایران

چکیده

یکی از موضوع‌های بحث‌برانگیز در حقوق مسئولیت مدنی، استفاده از حق است. پرسش‌های اساسی در این خصوص این است که حق را تا چه میزان باید اجرا کرد؟ هرگاه اجرای حق شخص برای دیگران زیان‌بار باشد، وظیفه دارنده حق چیست؟ جهت کنترل میزان کیفیت اعمال حق ضروری است معیاری مشخص شود که از طریق آن بتوان سوء استفاده از حق را شناسایی کرد. پژوهش حاضر از نظر هدف، کاربردی و از نظر شیوه گردآوری، اسنادی و کتابخانه‌ای است و از طریق مطالعه قوانین و مقررات و منابع معتبر انجام شده و اطلاعات به‌دست آمده به روش توصیفی-تحلیلی بررسی شده است. در باب یافته‌های پژوهش می‌توان این‌گونه بیان کرد، با اینکه ماده ۱۳۲ قانون مدنی مبنای نگاه قانون‌گذار به حکم سوء استفاده از حق است، اما ماهیت چندگونه حق موجب شده است که حد ترخص حق، دوسویه باشد؛ یعنی گاه سوء استفاده از حق ضمانت اجرا نداشته باشد و قانون‌گذار حکم اعمال حق را مطلق گذارد و گاه اجرای منصفانه حق را ممنوع سازد. در خصوص قلمرو سوء استفاده از حق باید بر این موضع بود که نظریه سوء استفاده از حق تنها در مقام اعمال حق جاری می‌شود، درحالی که قاعده لاضرر به شیوه مرسوم، تنها بر اجرای حق، از قبیل حق مالکیت یا حق عبور، محدود نیست. در باب نتایج پژوهش می‌توان بیان نمود، محل جریان قاعده سوء استفاده از حق، اعمال و اجرای حق است و در نظام حقوقی ایران برای مقابله با ضرر ناشی از احکام حقوقی و جهت مبارزه با جواز اجرای حقی که به ضرر دیگری می‌انجامد، استفاده می‌شود. از سوی دیگر، در حقوق فرانسه در صورت سوء استفاده در مقام اجرای حق، حکم جواز و اباحه اعمال حق برداشته می‌شود و با نظریه نفی حکم رابطه تساوی پیدا می‌کند.

واژگان کلیدی: ایران، سوء استفاده از حق، فرانسه، مبنای، مسئولیت مدنی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.57310.3288



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در حقوق، مسئولیت مدنی جهت حمایت از زیان دیده ضروری است که با پیش‌بینی تمهیدات لازم برای جبران خسارت به صورت کامل، موقعیت زیان دیده به زمان قبل از وقوع ضرر بازگردد. تا دو قرن اخیر بسیاری از نویسندگان فرانسوی حق را مطلق می‌پنداشتند، به این معنی که کسی که حق خود را اعمال می‌کند، هرچند در اجرای آن به دیگری ضرر زند، محدودیت و مسئولیتی ندارد. اگر از عمل مشروع کسی زیانی به دیگری وارد آید، به دلیل مشروع بودن رفتار نباید مرتکب آن را مسئول جبران خسارت تلقی کرد. ولی به تدریج با افول نظر فردگرایان، نویسندگان پذیرفتند که اجرای هیچ حقی آن‌چنان که پیشینیان می‌پنداشتند مطلق نیست و هیچ‌کس نمی‌تواند با «سوء استفاده از حق» خویش به دیگری زیان رساند.

در خصوص مسئولیت قهری یا مسئولیت خارج از قرارداد، در حقوق کشور فرانسه در بند یک ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی، این‌گونه آمده است: «هرکس مسئول خسارت‌های ناشی از اشخاصی است که مسئولیت آن‌ها را برعهده داشته یا اموالی که نگهداری آن‌ها را به‌عهده دارد، است».

در حقوق فرانسه سوء استفاده از حق نهادی است که برای محدودیت و کنترل اعمال حق در طی دو قرن گذشته ایجاد شد. همچنین در نظام حقوقی اسلام یکی از مهم‌ترین کارکردهای مربوط به قاعده لاضرر که پیشینه‌ای به قدمت تاریخ اسلام دارد، تحدید گستره قاعده تسلیط و کاستن از گستره اختیارات مالک بوده است؛ به عبارت دیگر، برای مثال، با استنباط از قاعده لاضرر باید گفت که این قاعده به مالک این اجازه را نمی‌دهد که هرگونه که بخواهد از ملک خود استفاده کند؛ چراکه ممکن است با این استفاده موجب ایجاد ضرر به دیگری شود. درواقع مالکی که استناد به حق مالکیت و اعمال حق خود می‌کند، در استفاده از آن به هر شیوه‌ای آزاد نیست و متعاقب آن حق مالکیت او به صورت مطلق نخواهد بود؛ به‌گونه‌ای که این قاعده، ضرر به دیگری در هنگام استفاده از حق مالکیت را منع می‌کند. قاعده لاضرر که پشتوانه آن قرآن و روایات متعدد است، از مباحث موردبحث در اصل ۴۹ قانون اساسی است. همچنین در ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز معیارهای آن را در خصوص

همسایگان مورد شناسایی قرار داده است. با وجود مشابهت‌هایی که بین قاعدهٔ لاضرر در نظام حقوقی ایران و قاعدهٔ سوء استفاده از حق در نظام حقوقی فرانسه وجود دارد، در نظام حقوقی ایران هر دو قاعده به صورت موازی پیش رفته‌اند؛ یعنی بدون آنکه روابط آنها با یکدیگر تبیین و لزوم استفاده از نهاد عاریتی غربی با وجود نهاد مشابه بومی و دینی توجیه شود.^۱ در متون فقهی نیز یکی از مهم‌ترین منابع نزدیک به قاعدهٔ منع سوء استفاده از حق، قاعدهٔ لاضرر است؛ هرچند قاعدهٔ لاضرر قاعده‌ای عام‌تر از سوء استفاده از حق قلمداد می‌شود.^۲

برای محقق شدن سوء استفاده از حق، این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا قصد و انگیزهٔ سوء دارنده و اعمال‌کنندهٔ حق لازم است یا اینکه ورود خسارت به شخص دیگر را باید ضابطه دانست؟ همچنین آیا ضروری است که رفتار اجراکنندهٔ حق با رفتار یک انسان عاقل، بالغ و محتاط مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد یا اینکه باید حق را با مجموعهٔ اهداف اجتماعی ملاک دانست؟ به عبارتی آیا در صورتی که با اعمال حق، هدف آن تأمین نشود، باید آن را سوء استفاده از حق دانست یا خیر؟ در این باره پاسخ دکتربین حقوقی چیست؟ همچنین علم حقوق چه ملاک و معیارهایی را برای شناسایی سوء استفاده از حق مدنظر قرار می‌دهد؟

۱. مفهوم شناسی

برای اینکه بتوان به رابطهٔ منطقی بین قاعدهٔ لاضرر و سوء استفاده از حق از منظر مفهومی دست یافت، ضروری است که مفاهیم قواعد فوق تعریف شوند؛ به همین سبب در ادامهٔ این بند مهم‌ترین مفاهیم واژگان کلیدی را مورد شناسایی قرار می‌دهیم.

۱.۱. مفهوم حق

حق در لغت در معانی «۱. راست، درست، ۲. اختیاری است که طبیعت، قانون یا عرف به

۱. عباس کریمی و هادی شعبانی کندسری، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر با قاعده غربی تضییع حقوق»، تحقیقات تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۱۳۶.

۲. مهدی محمدی و محمدرضا پاسبان، «راهکارهای غیرقضایی مقابله با سوءاستفاده از حق با تأکید بر شرکتهای تجاری و دولتی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ش ۱۰ (۱۴۰۱)، ص ۳۸.

کسی داده است: حق حرف زدن»^۳ و در اصطلاح در معنای: «اموری که در قانون پیش‌بینی شده اگر افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آن‌ها را تغییر دهند این امور قابل تغییر را حق گویند» آمده است^۴، که هدف و غرض از حق در این پژوهش، آن امتیاز یا اختیاری است که بر اساس قانون به اشخاص داده شده است تا بتوانند از آن در راستای اعمال حق قانونی خود بهره ببرند.

۲.۱. مفهوم قاعدهٔ لاضرر

به‌منظور تبیین مفهوم هیئت ترکیبی قاعده، یعنی لاضرر و لاضرار، نخست باید مفهوم هیئت افرادی قاعده، یعنی ضرر و ضرار، مشخص شود.

اگرچه در سیستم حقوقی کشور ما در خصوص مفهوم ضرر اختلاف نظر وجود ندارد^۵، اما در کتاب‌های فقهی و لغت در مورد مفهوم ضرر به‌ویژه ضرار، تبادل نظرهای زیادی صورت گرفته است. اکثر لغت‌شناسان و فرهنگ‌نویسان ضرر و ضرار را مترادف هم می‌دانند؛ برای نمونه در کتاب صحاح، «ضر» در معنای خلاف نفع آمده و مقرر شده است که «ضره و ضاره» به یک معنا بوده، اسم آن ضرر است^۶. مصباح‌المنیر نیز «ضره، یضره و أضر» را مترادف می‌داند و «ضاره، مضاره و ضراراً» را در معنای «ضره» می‌داند^۷. همچنین در فرهنگ لغت قاموس «ضر فلانا و به ضرا و ضرراً» به معنای وارد کردن چیز مکروه و اذیت دیگری معنا شده و «ضر فلانا مضاره و ضراراً» در معنای «ضره» آمده است^۸.

۳.۱. مفهوم قاعدهٔ سوء استفاده از حق

وجود حق برای افراد دارای یک سری حدود داخلی است که به‌وسیلهٔ اصول کلی و قواعد نظام حقوقی تعیین می‌شوند که «سوء استفاده از حق» نامیده می‌شود^۹. از نظر بعضی

۳. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، (تهران: انتشارات اشجع، چ ۳، ۱۳۹۷)، ص ۴۵۶.

۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۳۰، ۱۳۹۶)، ص ۲۱۶.

۵. ناصر کاتوزیان، تعهدات خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۳، ۱۳۸۷)، ص ۳۴۲.

۶. اسماعیل‌بن حماد جوهری، صحاحه، ج ۲، (بیروت: دارالعلم للملایین، چ ۱، ۱۴۱۰ ق)، ص ۷۱۹.

۷. احمدبن محمد فیومی، المصباح‌التیرفی غریب‌الشرح‌الکبیر لالرفاعی، ج ۲، (قم: جزوات دارالرضی، چ ۱، ۱۳۵۶)، ص ۳۶۰.

۸. سعدی ابوجب، القاموس‌الفقهی لغه و تیره، (دمشق: دارالفکر، چ ۲، ۱۴۰۸ ق)، ص ۲۲۲.

۹. J. et, Ghestin Goubeaux, G.Traité de Droit Civil – Introduction Générale, Paris, L.G.D.J, 3rd Ed, (1993), p. 697.

از حقوق دانان، سوء استفاده از حق مربوط به مواردی است که امکان ضرر به دیگری در طبیعت حق وجود داشته باشد، مثل تأسیس یک ساختمان یا داشتن حق اعتصاب؛ اما در جایی که اجرای حق به صورت متعارف باشد و عرفاً هم مستلزم ضرر به دیگری نباشد، شخصی که با رفتار ناشایست خود موجب ضرر به دیگری می‌شود، در این حالت حقی وجود ندارد که بتواند از آن سوء استفاده کند.^{۱۰} به‌طور خلاصه باید گفت، این امکان وجود دارد که هرگاه شخصی ضرری به دیگری می‌زند، ناشی از اعمال حق و یا بدون داشتن حق باشد، و فقط در فرض اول است که سوء استفاده از حق قابل طرح خواهد بود.

۲. مبنای سوء استفاده از حق

دکترین نظام حقوقی فرانسه در خصوص مبنای سوء استفاده از حق با یکدیگر اتفاق نظر ندارند؛ بعضی مثل مازووتنک^{۱۱} مبنای سوء استفاده از حق را تقصیر در اعمال حق می‌دانند، به این معنا که هرگاه شخصی به واسطه رفتار خود (رفتار ناشی از تقصیر) به دیگری خسارتی وارد آورد، ضروری است که آن را جبران کند. با استنباط از این معیار، باید گفت که رفتار غیرعادی از یک فرد عاقل و محتاط سر نمی‌زند. در صورتی که از صاحب حقی رفتار مضری جهت اعمال حق صادر شود، وی از حق خود سوء استفاده کرده است. برخی مانند ریپر^{۱۲} به این اعتقاد دارند که حق امتیازی است که به موجب آن به انسان قدرت می‌بخشد که در مقابل خسارات احتمالی ناشی از اعمال حق از مصونیت برخوردار باشد. لذا صاحب حق برخوردار از مصونیت مطلق است. به همین سبب هرگاه شخصی حق خود را تنها به قصد ضرر زدن به دیگری اعمال کند، قصد اضرار، ماهیت رفتار وی را تغییر می‌دهد. به همین دلیل از حق خود سوء استفاده کرده و رفتاری را که انجام داده است دیگر شامل مصونیت ناشی از اعمال حق نمی‌شود؛ چراکه از حق نمی‌توان به عنوان وسیله‌ای برای نقض اصول اخلاقی استفاده کرد. به همین سبب، قصد اضرار به این دلیل که با اصول اخلاقی مغایرت دارد، رفتار را نامشروع می‌کند. بعضی دیگر مثل ژوسران^{۱۳} اعتقاد دارند که اعتبار حق از جانب قانون‌گذار جهت روح و غایت نهایی اجتماعی آن است و لذا در صورتی که اعمال حق

10. Starck, B. Droit Civile: Obligation, Paris, (1972), p. 305

11. Mazovetank

12. Ripper

13. Jusserand



در راستای همان روح و غایت نهایی باشد، مشروع تلقی می‌گردد. پس غایت و هدف اجتماعی هر حق مهم است؛ یعنی در حالتی هم که نه قصد ضرر و نه تقصیری وجود داشته باشد، اما نتیجه حاصل از اعمال حق برخلاف اهداف اجتماعی اعتبار حق باشد، نمونه بارز از سوء استفاده از حق تلقی می‌شود. با استقرا در مصادیق سوء استفاده از حق که در فقه امامیه مورد توجه قرار گرفته است، می‌توان دریافت که بر اساس فقه امامیه و با توجه به مقتضیات هر مورد، مینا را مدنظر قرار داده است؛ لذا نمی‌توان یکی از این مبانی را نسبت به فقه امامیه تلقی و سایر مبانی را از آن سلب کرد^{۱۴}.

۱.۲. مبانی نظری مبتنی بر تقصیر

طبق نظریه تقصیر، فرد در صورت تقصیر یا خطا مسئول است. با استنباط از مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ قانون مدنی که تقصیر را شامل تفریط و تعدی می‌داند، این‌گونه می‌توان برداشت کرد که هرگاه شخصی در رفتار و اعمال خود احتیاط را رعایت نکند یا از قوانین و مقررات سرپیچی نماید و به همین سبب به شخص یا اشخاص دیگر زیان وارد کند، مسئول و مقصر محسوب می‌شود و متعاقب آن باید نسبت به جبران خسارت وارده اقدامات لازم را انجام دهد. بر اساس این نظریه، وجه اصلی مسئول دانستن عامل زیان و رفتار زیان‌بار وی در قبال زیان‌دیده، تقصیر اوست؛ ولی ازجمله مهم‌ترین هدف موافقان این دیدگاه این است که عامل زیان را اقتناع وجدانی کند و به او تذکر داده شود که این وجدان اوست که سبب می‌شود وی را مسئول جبران خسارت بداند و حکم قانون‌گذار نسبت به مسئول دانستن وی و الزام به جبران خسارت از سوی او بر اساس حکم وجدان است؛ به عبارت دیگر، این نظریه بر انگیزه‌های درونی و باطنی فرد متکی است. ابتدای نظریه تقصیر بر اصل برائت است؛ اصلی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا ازجمله ایران و فرانسه مورد پذیرش واقع شده است. بنابراین، زیان‌زننده از تقصیر مبرا است؛ مگر آنکه متضرر بتواند تقصیر او را اثبات کند. نظریه تقصیر از مهم‌ترین تئوری‌ها در مبانی مسئولیت مدنی است که طبق آن، جبران خسارت منوط به اثبات تقصیر عامل زیان است. گاه اثبات تقصیر برعهده زیان‌دیده است و

۱۴. حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حقوق (بررسی تطبیقی حقوق اسلامی و سایر نظام‌های حقوقی)، (تهران: اطلاعات، چ ۲، ۱۳۶۶)، ص ۸۹-۲۱۴.

گاه عامل زیان باید عدم تقصیر خود را ثابت نماید. این نظریه معیاری اخلاقی برای شناسایی مبنای مسئولیت مدنی به دست می‌دهد. در نظام حقوقی ایران یکی از مهم‌ترین مبنای مسئولیت مدنی، مبتنی بر نظریه تقصیر است؛ به عبارتی بر اساس این نظریه شخص زمانی ملزم به جبران خسارت دیگری می‌شود که مرتکب تقصیر شود و تقصیر او به اثبات برسد.

در نظام حقوقی کشور فرانسه، نظریه تقصیر از جمله مبنای مسئولیت مدنی در این کشور محسوب می‌شود. در این خصوص می‌توان به ورود خسارت به کارگران اشاره کرد. بر اساس نظام حقوقی کشور فرانسه مبنای جبران خسارت کارگران به این دلیل برعهده کارفرما گذاشته می‌شود که به علت وضعیتش، هم از فعالیت کارگران بهره می‌برد و هم می‌تواند از خسارت جلوگیری کند.

۲.۲. مبنای قانونی

اینکه شخص بخواهد در راستای اجرای حق خود زیاده‌خواهی کند، هم از نظر اخلاقی رفتار ناپسندی است و هم از منظر علم حقوق نکوهیده است؛ به این علت که به حکم عقل و منطق، تناسب و توازن حقوق اشخاص و میزان استفاده آنها، بهترین راه هم‌گرایی و نیل به عدالت مورد انتظار است. با این حال، قلمرو استفاده از حق همیشه محل مناقشه بوده است و هرازگاهی، شاهد شکل‌گیری تصمیمات قانونی متفاوت در این حوزه مهم از مسئولیت مدنی هستیم. تصویب مواد ۳۵۲ تا ۳۵۴ قانون مجازات اسلامی سابق مصوب ۱۳۷۰، نشانه جانب‌داری از مسئولیت مطلق صاحب حق بود که نتیجه‌ای جز تعطیلی حق هنگام اصطکاک با حق دیگران را دربر نداشت و با مبنای قانونی دیگر، به‌ویژه اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی، در تعارض آشکار بود؛ امری که انتقاد نویسندگان حقوقی را برانگیخت.^{۱۵}

مبنای دکترین سوء استفاده از حق در نظام حقوقی ایران در اصل چهلیم قانون اساسی و همین‌طور در ماده ۱۳۲ قانون مدنی آمده است. مستنبط از اصل چهلیم قانون اساسی،

۱۵. غلامرضا حاجی‌نوری، «بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق»، پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۴۳.



شخصی که می‌خواهد از حق خود استفاده کند و نیت ضرر به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی را دارد، درحقیقت این اصل مانعی جهت سوء استفاده دارندگان حق از حقوق خود در قبال اشخاص ثالث و منافع اجتماعی است.^{۱۶} در این خصوص باید گفت که نظریه سوء استفاده از حق در قانون مدنی شناسایی نشده و در دعوای مطروحه از سوی زیان‌دیده، به علت ورود ضرر ناشی از استعمال غیرمعارف حقوق عینی، مبنا و اساس صدور رأی در قاعده لاضرر است و استفاده از نظریه سوء استفاده از حق در راستای حق عینی، به‌طور معمول در ماده ۱۳۲ قانون مدنی آمده است؛ اما در سایر مصداق‌ها این نظریه را می‌توان استنباط کرد که یکی از این مصداقیق، سوء استفاده از سایر حقوق عینی است، مانند حق ارتفاق و حق انتفاع، که در صورت استفاده و ورود ضرر، عامل زیان ضامن خسارت‌های وارده به مالک است.

در تکمیل توضیحات فوق باید گفت که ماده ۱۳۲ قانون مدنی به‌عنوان قاعده‌ای عام، استفاده از حق یا تصرف در ملک را محدود به تضرر دیگران می‌داند، اما هم در نظام حقوقی ایران و هم در نظام حقوقی فرانسه، استفاده از این حق، گاهی از محدودیت‌ها تجاوز کرده، به‌صورت مطلق مجاز شمرده می‌شود و برای اعمال‌کننده آن در زمانی که به‌صورت عمد در راستای وارد کردن ضرر به دیگران بوده باشد، فاقد مسئولیت شمرده می‌شود.

در مقابل چنین تفریط اجتناب‌ناپذیری، افراطی نپذیرفتنی نمایان است. هرچند حکم مقرر در ماده ۵۲۱ در مجموعه قانون مجازات اسلامی آمده، بی‌تردید موجبات ضمان که این حکم نیز در میان مواد آن از مباحث ضمان قهری است، از آثار و شرایط مسئولیت مدنی پیروی می‌کند و دلیل بیان این مواد در مجموعه قانون مجازات اسلامی، پیروی سنتی از تقسیم‌بندی‌های فقه اسلامی است، به‌ویژه که موجبات ضمان در ذیل کتاب چهارم (دیات) آمده است و ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی دیه را نوعی خسارت و تابع احکام و آثار مسئولیت مدنی می‌داند؛ هرچند که ماده ۱۲ همان قانون دیه را از اقسام مجازات‌ها قرار داده، اما درهرحال مؤخر بودن ماده ۲۵۷ قانون مجازات اسلامی و صراحت آن بر اینکه پرداخت

۱۶. مهدی شهیدی، «نقض حق»، تحقیقات حقوقی، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۳۴-۳۳ (۱۳۹۱)، ص ۳۵.

دیه از حقوق مسلم مجنی‌علیه یا ولی دم است و متعاقب آن احکام و آثار ضمان را دارد، امکان جمع آن را با ماده ۱۴ این قانون فراهم نموده است. بنابراین، باید به نسخ بند «ب» ماده ۱۴ قانون یادشده معتقد بود یا بیان آن را ناشی از سهو قلم نویسندگان قانون مجازات بدانیم و یا با تفسیر مضیق، موضوع بند «ب» ماده ۱۴ را دیه بدل از قصاص بشناسیم و نه مطلق دیه. در تکمیل این توضیحات باید گفت ماده ۱۳۲ قانون مدنی به‌عنوان قاعده‌ای عام، استفاده از حق یا تصرف در ملک را محدود به تضرر دیگران می‌داند. اما هم در نظام حقوقی ایران و هم در نظام حقوقی فرانسه، استفاده از این حق گاهی از محدودیت‌ها تجاوز کرده، به‌صورت مطلق مجاز شمرده می‌شود و اعمال آن در صورتی که به عمد در راستای وارد کردن ضرر به دیگران بوده باشد، فاقد مسئولیت شمرده می‌شود.^{۱۷}

۳. قلمرو و ضمانت اجرای سوء استفاده از حق در حقوق ایران و فرانسه

اصولاً در همه حقوق امکان سوء استفاده وجود دارد، لذا بیشتر حقوق واجد جنبه نسبی هستند؛ به عبارتی منظور این است که می‌توان از آنها استفاده کرد و این استفاده نباید به‌صورت سوء باشد، اما در این باره استثناهایی وجود دارد؛ به این معنی که بعضی از حقوق واجد جنبه مطلق بودن هستند و اجرای آنها در هیچ صورتی نمی‌تواند سبب مسئولیت صاحب حق شود، حتی اگر با سوء نیت همراه باشد. در این باره قانون‌گذار و رویه قضایی چنین شیوه‌ای را در بسیاری از حقوق جاری می‌دانند. در این گونه موارد، دارنده حق از مسئولیت مدنی برخوردار نیست، به‌طوری که اگر برخوردار از آزادی کامل باشد و آن را به‌صورت عمدی اجرا کند، فاقد مسئولیت مدنی است.^{۱۸} در نظام حقوقی فرانسه حق اخراج کارگر در دوره آزمایشی و نیز حقوق والدین در خودداری از رضایت به ازدواج فرزندان صغیر از نمونه‌های چنین حق‌هایی است. شایان ذکر است که دکترین جدید در حقوق فرانسه به پذیرش حق مطلق اعتراض دارند و معتقد هستند که امروزه رویه قضایی نه‌فقط از نظریه حقوق پاسخگو طرف‌داری می‌کند، بلکه در بیشتر زمینه‌ها هرگونه سوء استفاده از حق را که

۱۷. وحید هادی‌پور خطب سرا و حسین انگریج تقوی، «مبانی مسئولیت مدنی در تضییع حقوق در حقوق ایران و فرانسه»، کنفرانس بین‌المللی کارآفرینی با شعار شکوفایی استعدادهای کارآفرینی: راهی به سوی تحول، (۱۴۰۱)، ص ۱۲-۱۳.

18. Malinvand, Ph. Droitdes Obligations, 10th ed, (2005), p. 549.

منجر به ورود زیان شود، موجب مسئولیت مدنی می‌داند. در خصوص اموال، رویه قضایی فرانسه آرای بسیاری را در خود دارد، به‌ویژه در مورد مزاحمت‌های همسایگی که هرگونه سوء استفاده از حق را موجب مسئولیت مدنی می‌داند.^{۱۹}

نظریه مزاحمت، نخستین بار در ۲۷ نوامبر ۱۸۴۴ در قالب مسئولیت زیست‌محیطی از سوی دیوان عالی کشور فرانسه شکل گرفت. در قضیه‌ای سروصدای فعالیت کارخانه‌ای باعث مزاحمت ساکنان اطراف می‌شد، جمع بین ضرورت حمایت از همسایگان کارخانه از یک سو و تجویز گسترش فعالیت‌های صنعتی از سوی دیگر موجب شد که دیوان عالی اعلام کند: «حق مالکیت محدود به این تعهد طبیعی و قانونی است که به مالکیت دیگری هیچ خسارتی وارد نکند». پس از اینکه در سال ۱۹۷۱ این نظریه (نظریه مزاحمت) خود به‌صورت یک نظریه مستقل از نظریه تقصیر به‌وجود آمد، در سال ۱۹۸۶ اصل جدیدی به‌موجب دیوان عالی اعلام شد که به‌طور کلی بسیار فراتر از مواد ۵۴۴ و ۱۳۸۲ قانون مدنی بود و در آن اصل این‌طور آمده است: «کسی حق ندارد برای دیگری اقدام به ایجاد مزاحمت غیرمتعارف نماید».^{۲۰}

جبران خسارت ناشی از مزاحمت غیرمتعارف به حقوق همسایه تابع اصل کلی جبران کامل خسارت است. در این مورد، جبران واقعی خسارت عبارت است از قطع عامل مزاحمت و بازگشت به حالت نخستین. در مورد کارایی جبران خسارت مزاحمت همسایگی، رأی ۵ فوریه ۲۰۰۴ شعبه دوم مدنی دیوان عالی قابل توجه است. در قضیه‌ای در اثر وزش باد شدید، درختان خانه‌ای ریشه کن می‌شود و به منزل همسایه می‌افتد. با اینکه دیوان دخالت قوه قاهره را پذیرفت، اما اعلام کرد که صاحب این درختان بیش از دو سال شاخ و برگ آنها را زده و این امر با توجه به مدت موردنظر - که امری غیرمتعارف محسوب می‌شود - در اثر قوه قاهره نبوده، بلکه ناشی از مزاحمت غیرمتعارف همسایگی است. بدین‌سان، در این قضیه نوع خاصی از مزاحمت به حقوق همسایه مطرح است که بر پایه آن، دادگاه می‌تواند صاحب درخت را به پیامدهای حادثه قوه قاهره و تعمیر مال همسایه ملزم کند. پس برای

19. Mazeaud, H. L. et J. et Chabas, F. Leçons de Droit Civil, Paris, Montchrestien, 6 Émeéd., t.II, 1er vol. (1978), p. 549.

20. François Guy Trébulle. les Techniques Contentieuses au Service de L'environnement, (2005), p. 2.

استفاده از دعوای مزاحمت، باید مزاحمت ادعاشده غیرمتعارف باشد و ارزیابی آن با توجه به اوضاع و احوال زمانی و مکانی صورت خواهد گرفت.^{۲۱}

۱.۳. قلمرو قاعده سوء استفاده از حق

یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در حقوق مسئولیت مدنی، قلمرو استفاده از حق است. پرسش‌های اساسی در این خصوص این است که حق را تا چه میزان باید اجرا کرد؟ هرگاه اجرای حق شخص برای دیگران زیان‌بار باشد، وظیفه دارنده حق چیست؟ نظریه موردبحث که همانا نظریه سوء استفاده از حق است، برای محدود کردن اعمال حق و دوری از تجاوز صاحبان حق به منافع عمومی تأسیس شده است. این یک نظریه مدرن و مترقی است که بسیاری از نظام‌های حقوقی به آن نیازمند هستند. بر این اساس با توجه به اینکه سیستم‌های حقوقی از نظر تاریخی حق را یک امر مطلق و غیرقابل سوء استفاده تلقی کرده‌اند، در نهایت این موضوع مورد قبول واقع شد که باید جهت اعمال حق، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها را مدنظر قرار داد؛ چنین محدودیتی در نظام حقوقی اسلام و نظام حقوقی ایران مورد قبول واقع شده است.^{۲۲} در این خصوص می‌توان مثال‌های زیر را بیان کرد:

برای نمونه، در موردی که اطراف مزرعه‌ای درختان بلند کاشته شده است تا هواپیمای شخصی همسایه به هنگام فرود در ملک خود دید کافی نداشته باشد یا دودکش شومینه‌ای به اندازه‌ای بلند ساخته شده که چشم‌انداز همسایه را ازبین برده، درحالی که ساخت دودکش به این اندازه نیاز نبوده است، می‌توان دریافت که این‌گونه اقدامات نوعی سوء استفاده از حق است. اقدام به دعوای بی‌دلیل از مصادیق سوء استفاده از حق است که در حقوق فرانسه دارای ضمانت اجراست. ماده ۱-۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه در این خصوص ضمانت اجرای قانون قبلی را تشدید کرده است و رویه قضایی فرانسه آن را در جایی اعمال می‌کند که خواهان با سوءنیت یا تقصیر سنگین اقدام به اقامه دعوا کند. در حقوق ایران نیز

۲۱. مهدی انصاری، «بررسی نوآوری‌های لایحه مسئولیت مدنی فرانسه (۲۰۰۵)»، *اطلاعات حقوقی*، ش ۱۹ و ۲۰ (۱۳۸۸)، ص ۱۱۹.

۲۲. محمدی و پاسبان، پیشین، ص ۳۹-۴۰.



از برخی مواد قانونی می‌توان با عنوان مصادیق سوء استفاده از حق یاد کرد؛ برای نمونه:

الف) مستنبط از ماده ۱۱ قانون کار به صورت آزمایشی. هریک از اطراف قرارداد کار حق دارند تا در حین دوره بدون اینکه خطاری از پیش وجود داشته باشد و حتی بی‌آنکه الزام به پرداخت خسارت باشند، رابطه قراردادی کار را قطع کنند؛ لذا در صورتی که هریک از طرفین در راستای استفاده از حق خود، بر ایجاد ضرر و اذیت دیگری برآید، هیچ راهکاری وی را از اخراج کارگر منع نمی‌کند.

ب) مستنبط از ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی. این امکان برای زوج وجود دارد که بر اساس شرایط مندرج در قانون مدنی به دادگاه مراجعه نماید و تقاضای طلاق زوجه خود را بدهد. ذکر این نکته لازم است که شرایط طلاق به درخواست مرد شرایطی شکلی هستند. در صورتی که زوج در صدد سوء استفاده از حق طلاق برآید و این طلاق در جهت اذیت و آزار زوجه باشد از نظر قانونی هیچ منعی وجود ندارد و در این حالت می‌توان گفت زوج مرتکب گناه شده است؛ چراکه قانون‌گذار حکیم چنین اختیاری را به مرد داده و این اختیار مباح است و امری که مباح باشد، تقصیری در آن وجود ندارد.^{۲۳}

ج) مستند به مواد ۱۸۸ و ۳۹۹ قانون مدنی. در عقد بیع این امکان وجود دارد که برای مشتری، بایع یا هردو یا شخص ثالث اختیار فسخ معامله وجود داشته باشد. حال تصور کنید که در صورتی که یکی از طرفین قرارداد یا حتی شخص ثالث که صاحب اختیار حق فسخ است بخواهد بدون هیچ‌گونه دلیل محکمه‌پسند و به قصد اضرار به طرف عقد، اقدام به سوء استفاده از حق کند، در اینجا هیچ ضمانت اجرایی جهت پیشگیری از این رفتار وجود ندارد. به تصور بعضی از حقوق‌دانان، قاعده لاضرر می‌تواند راهکاری جهت جلوگیری از چنین سوء استفاده‌هایی باشد، اما چنین نظری در نظام حقوقی ایران به آسانی مورد پذیرش نیست.^{۲۴}

د) مستند به ماده ۸ آیین‌نامه قانون تملک آپارتمان‌ها. هنگامی مجمع عمومی رسمی است که مالکان بیش از نصف مساحت تمام بخش‌های اختصاصی آپارتمان حضور داشته

۲۳. منیره خدادادپور و احمد دیلمی، «سوء استفاده از حق طلاق و راهبردهای مقابله‌ای» *خانواده پژوهشی*، ش ۱۷ (۱۳۸۷)، ص ۷۶.
 ۲۴. عباس کریمی و هادی شعبانی کندسری، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر با قاعده غربی تضییع حقوق»، *تحقیقات تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ش ۲ (۱۳۹۱)، ص ۸۲.

باشند؛ اما در صورتی که مالکی که نصف آپارتمان به نام وی است یا به عبارتی نیمی از آپارتمان در مالکیت وی قرار دارد به طور عمدی و برای ایجاد ضرر و تأخیر در امور ساختمان در جلسه حضور پیدا نکند، چه راهکار قانونی برای جلوگیری از چنین رفتاری که منتهی به سوءاستفاده وی از حق خویش است وجود دارد؟ در اینجا آیین نامه پاسخی به پرسش فوق نداده است؛ لذا در این مورد می توان گفت که حق مالک به صورت مطلق است.

و) بر اساس ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی. به زوج این امکان داده شده است تا هنگامی که مهر به او داده نشده است از انجام تکالیفی که در قبال زوج دارد، خودداری نماید؛ با این شرط که مهریه او به صورت حال باشد. از طرف دیگر بر اساس رأی وحدت رویه ۲۳۷۱۸ مورخ مرداد ۱۳۸۷، هرگاه زوج به علت عسر و حرج مالی نتواند به صورت یکجا مهریه را پرداخت نماید، مهریه به صورت قسطی قابل پرداخت است. اما پرداخت قسطی مهریه به معنای از بین رفتن حق حبس زوجه نیست. با دقت در این رأی وحدت رویه، می توان دریافت که عدم توجه به مبانی حقوق و همین طور عدم توجه به سوء استفاده از آن این امکان را به زوجه می دهد که حق خود را جهت انتقام یا حتی اضرار عمدی به زوج به کار گیرد؛ لذا به رأی وحدت رویه پیش گفته می توان این انتقاد را وارد نمود و دادگاه های عالی (دیوان عالی کشور) نباید موجبات سوء استفاده از حق را فراهم آورند.^{۲۵}

با وجود این، بعضی از دکترین حقوقی که به حقوق مطلق موسوم اند، برخی از حقوق مانند حق مخالفت والدین با ازدواج فرزند خود و نیز حق تنفیذ عقد نکاح فرزندان صغیر از سوی اولیا را از قلمرو قاعده سوء استفاده از حق خارج می دانند و مورد بررسی و کنترل قرار نمی دهند.^{۲۶}

در علم حقوق که از یک سو در خصوص روابط افراد با یکدیگر و از سوی دیگر از «حق» ها سخن گفته می شود، همین امر سبب می گردد که قلمرو قاعده لاضرر به قلمرو قاعده لاضرر نزدیک شود. در «حقوق خودخواهانه»^{۲۷} یا صلاح دیدی که اعمال آنها به

۲۵. هادی پور خطب سرا و انگروج تقوی، پیشین، ص ۷.

۲۶. ناصر کاتوزیان، تعهدات خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، ج ۱، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۳، ۱۳۸۵)، ص ۱۱۵.

27. Droit Égoïste

اختیار و تشخیص صاحب حق واگذار شده است، سوء استفاده از حق جریان دارد و دکتین حقوقی کشور فرانسه فقط از مسئله محروم کردن از ارث و وصیت، تحت عنوان حقوق مطلق نام برده که از محدوده نظریه سوء استفاده از حق خارج است. در همین باره و در نظام حقوقی کشور ایران، خروج وصیت تا یک سوم اموال از شمول قاعده لاضرر مورد پذیرش قرار گرفته است؛ چراکه وصیت تا ثلث از دارایی، حتی اگر با قصد ضرر به ورثه صورت گیرد، از نظر قانون مدنی نافذ است و بیشتر از آن به تنفیذ سایر ورثه نیازمند است. درنهایت می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که قلمرو قاعده لاضرر در نظام حقوقی ایران از جهاتی با قاعده سوء استفاده از حق در نظام حقوقی فرانسه قرابت دارد.^{۲۸}

۲.۳. ضمانت اجرا

سوء استفاده از حق چیزی جز تقصیر نیست؛ بنابراین، ضمانت اجرایی جز آنچه در مسئولیت مدنی آمده، وجود نخواهد داشت و ضمانت اجرا آن است که عامل سوء استفاده باید خسارات وارده را جبران کند. جبران خسارت اصولاً از راه بازگرداندن زیان دیده به وضعیت پیشین به عمل می‌آید که گاه از بین بردن منشأ زیان راه دستیابی به آن است؛ مانند تخریب بنایی که برای اذیت مجاوران یا دیگران احداث شده است یا به شکل پرداخت معادل پولی آن جبران خسارت شود.^{۲۹} البته امروزه در حقوق کشورهای مختلف از جمله ایران و فرانسه، ابزارهای جدیدی وجود دارد که از آن به عنوان مکانیسم اصلاحی یاد می‌شود. در همین خصوص، بر اساس حقوق کشور فرانسه لغو سندی که با سوء استفاده از حق ایجاد شده یا ساقط کردن و از بین بردن حقی که با سوء استفاده به دست آمده، از نمونه‌های به کارگیری مکانیسم اصلاحی است. در امور مالیاتی هنگامی که مؤدی در اثر کتمان مالی را به دست بیاورد که نسبت به آن محق نباشد و به تعبیری از حق خوداظهاری سوء استفاده کرده باشد، مکانیسم اصلاحی شامل از بین بردن نتیجه اعمالی می‌شود که در اثر کتمان واقعیت‌ها تحصیل شده است و بر این مبنا، گواهی‌های صادره ابطال می‌شود. چنین مکانیسمی یکی از ابزارهای مهم جلوگیری از سوء استفاده از حق است که حتی می‌تواند از

۲۸. عباس کریمی و هادی شعبانی کندسری، پیشین، ص ۱۵۲-۱۵۳.

29. Mazeaud, H. L. et J. et Chabas, F. Leçons de Droit Civil, Paris, Montchrestien, 6 Émeéd., t.II, 1er vol, (1978), p. 90.

طریق مجازاتِ سوءاستفاده‌کننده از حق نیز اعمال شود.

با توجه به توضیحات پیش‌گفته، در ادامه ضروری است بررسی شود که در نظام حقوق موضوعه ایران در چه شرایطی استفاده از حق سبب مسئولیت مدنی می‌شود. همان‌طور که در مقدمه پژوهش بیان شد، بر اساس قاعده عام، محدوده مسئولیت دارنده حق بر اساس ماده ۱۳۲ قانون مدنی این‌طور قابل استنباط است که افراد نمی‌توانند در تصرفات خود باعث ضرر به دیگری شوند، مگر تصرفی که به میزان متعارف و جهت رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد. بعضی از حقوق‌دانان مانند مهدی شهیدی در خصوص مبنای ماده ۱۳۲ اعتقاد دارند که آنچه در اصل چهلم قانون اساسی مهم است، ضرر است. اما در مسئولیت مدنی موضوع ماده ۱۳۲ قانون مدنی، انگیزه ضرر به دیگری و عدم آن هیچ نقشی ندارد و از این نظر در مورد ماده ۱۳۲ قانون مدنی اعم از اصل چهلم قانون اساسی است.

البته در توضیحات مهدی شهیدی عبارتی وجود دارد که به‌نوعی اشاره به لازم بودن نیت پلید در تحقق مسئولیت در زمان استفاده از حق است. این علت که وی بعد از تقسیم تصرفات به خارج از حد عُرف و متعارف، تصرف متعارف را در صورتی که نه برای رفع نیاز باشد و نه رفع ضرر، مسئولیت‌آور می‌داند^{۳۰}. در این حالت می‌توان گفت که چنین مسئولیتی انگیزه‌ای جز اضرار به غیر نمی‌تواند داشته باشد؛ چراکه در حقوق جهت تشخیص قصد غیرقانونی و نامشروع مالک آسان‌ترین راه این است که قاضی نفعی را که وی از تصرف می‌برد، مدنظر قرار دهد؛ پس باید گفت در جایی که مالک منفعت معقولی در اجرای تصرف زیان‌بار خود ندارد، این‌طور فرض می‌شود که به قصد اضرار به غیر اقدام می‌کند و ضروری است که از رفتار او حتی اگر به‌صورت متعارف باشد جلوگیری به‌عمل آید. از آنجا که در فقه امامیه، فقهای مشهور اعتقاد دارند که هرگاه شخصی به قصد ضرر به دیگری از حق خود استفاده کند، مسئول جبران خسارت است؛ به همین سبب باید گفت اینکه در ماده ۱۳۲ قانون مدنی از «رفع حاجت و رفع ضرر» صحبت شده، به این علت است که قاضی را از

۳۰. مهدی شهیدی، «نقض حق»، تحقیقات حقوقی، انتشارات دفتر خدمات بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۳۳-۳۴ (۱۳۸۰)، ص ۳۷-۳۸.

تفحص در خصوص تشخیص قصد حقیقی صاحب حق میرا می‌کند؛^{۳۱} چراکه تنها راه تشخیص تصرف نامتعارف «عدم رفع حاجت و عدم رفع ضرر» نیست، بلکه قاضی می‌تواند بر اساس اوضاع و احوال واقعه تشخیص دهد که رفتار دارنده حق، متعارف است یا نامتعارف؛ به همین سبب آنچه دارای اهمیت است نامتعارف بودن رفتار است و درحقیقت تصرف جهت رفع نیاز یا رفع ضرر، اماره‌ای جهت تشخیص متعارف بودن رفتار است، اما تنها راه شناسایی آن نیست.^{۳۲}

۴. معیار قاعده لاضرر و قاعده سوء استفاده از حق

موافق قاعده لاضرر، حکم ضرری نفی شده است. اینکه منظور چه نوع ضرری بوده و معیار تحقق آن چیست، جای بحث دارد. برخی از نویسندگان، صرف تحقق ضرر را ملاک قرار داده‌اند؛^{۳۳} به این معنی که هرگاه کسی در اعمال حق خویش سبب ضرر دیگری شود، به موجب قاعده لاضرر چنین ضرری برطرف شده، در راستای حکم قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط، صاحب حق از اجرای حق خویش منع می‌شود.

معیارهایی که در حقوق فرانسه برای تحقق سوء استفاده از حق از سوی رویه قضایی و دکتربین ارائه شده، عبارت‌اند از: هدف اجتماعی، قصد اضرار، انحراف از حدود اجتماعی حق، غیرمتعارف بودن (تقصیر در) اجرای حق و غیرمتعارف بودن ضرر ایجادشده که در ادامه مورد مطالعه قرار خواهند گرفت.

۱.۴. هدف اجتماعی حقوق^{۳۴}

به نظر ژوسران، برای تشخیص سوء استفاده از حق، لازم است به این نکته توجه شود که «آیا رفتار یادشده با هدف حق و روح حاکم بر آن و هدفی که حق برای آن ایجاد شده است، سازگاری دارد یا خیر؟». اما هدف اجتماعی آن هدفی است که حقوق به سبب آن

۳۱. ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۵، ۱۳۷۶)، ص ۱۹۵.

۳۲. مرتضی حجتی‌نسب و امیر خانی، بررسی و مقایسه تضییع حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران و فرانسه، اولین همایش ملی

تحولات قانونگذاری در حوزه استحکام خانواده و مدیریت اختلاف، دامغان، (۱۴۰۱)، ص ۸.

۳۳. حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حقوق، (تهران: انتشارات اطلاعات، چ ۲، ۱۳۷۰)، ص ۲۱ و ۳۶۷.

34. But Social Des Droits

به وجود آمده است و نه به واسطه حمایت از آزادی‌های شخصی ما. بر اساس این نظریه، منفعت شخصی افراد در نفع اجتماعی آنها متجلی می‌شود. این چنین نظری به عنوان دیدگاهی موسع و از منظری دیگر، دیدگاهی نسبی شناخته می‌شود؛ به این علت که بنابر تعبیر بعضی، «چنین نظری، برای مقابله و مبارزه با استفاده خودخواهانه از حق است؛ اما این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین معیاری برای محقق شدن مسئولیت مدنی کفایت می‌کند؟». اندیشمند دیگری با نام ریپر در این باره چنین نظر دارد که صاحب حق همواره نباید این گونه فکر کند که اعمال حق همواره باید به نفع او باشد، بلکه لازم است که اعمال حق فقط به منفعت جامعه باشد؛ اما در سیستم حقوقی اسلامی به هنگام تعارض بین حق شخص و حق اجتماعی و عدم امکان رفع تعارض، به طور معمول حق اجتماعی بر حق فردی ارجحیت دارد.^{۳۵}

۲.۴. قصد اضرار

ملاک و معیار قانون مدنی ایران در شناخت قصد ضرر و زیان، تعدی از یک رفتار متعارف است. هرچند در خصوص این نظریه، استنباط از قوانین و مقررات مدنی در چگونگی اجرای حقوقی مانند حق مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق، جایز است؛ اما لازم است که این نظریه به عنوان یک نظریه مستقل در قانون مدنی گنجانده شود و متعاقب آن ضابطه تشخیص سوء استفاده از حق مشخص گردد. برای مثال، تجاوز از رفتار یک انسان متعارف در استعمال حق، می‌تواند معیاری جهت تشخیص و احراز قصد ضرر محسوب شود. با این اوصاف، باید گفت که با توجه به اینکه معیار سوء استفاده از حق در قانون مدنی ایران تعیین شده و از هیچ کدام از مواد قانونی گفته شده این معیار حاصل نمی‌شود، ضروری است که فصل مستقلی به سوء استفاده از حق اختصاص داده شود و از طرف دیگر محدودیت‌های اجرای حقوق در صورت حضور قصد ضرر مشخص گردد.^{۳۶}

بعضی از نظریه پردازان حقوق فرانسه که یکی از مشهورترین آنها ریپر است، اعتقاد دارند که سوء استفاده از حق زمانی محقق می‌شود که فرد با هدف ضرر زدن به دیگری در

۳۵. هادی پور خطب سرا و انگورج تقوی، پیشین، ص ۳.

۳۶. رضا مقصودی، «سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی»، تحقیقات حقوق خصوصی، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص ۱۲۹.

قلمرو حق خود عمل کند. به عبارتی فقط عمد و قصد ضرر است که انجام حق را نامشروع می‌کند و سوء استفاده محسوب می‌شود.^{۳۷} چنین معیاری در اولین حکمی که در سال ۱۸۵۵ در خصوص سوء استفاده از حق صادر گردید، مورد قبول واقع شد. با گذشت چندین سال پس از صدور چنین حکمی، ضابطه قصد اضرار به دیگری مورد انتقاد قرار گرفته است؛ چراکه بسیار مضیق بوده، فقط عمد در ضرر را منع می‌کند؛^{۳۸} در صورتی که این امکان وجود دارد که هدف اعمال‌کننده حق ضرر زدن به دیگری نباشد، اما سوء استفاده از حق محسوب شود؛ به همین سبب، چنین معیاری مانع اغیار نیست. برای مثال، در برخی موارد، مانند مخالفت کردن با ازدواج فرزند صغیر، از موجبات قصد ضرر قلمداد نمی‌شود و به عبارتی موجب تحقق سوء استفاده از حق تلقی نمی‌گردد؛ پس ضابطه یادشده جامع افراد نیست.^{۳۹}

۳.۴. انحراف از غایت اجتماعی حق

ژوسران که دیدگاهی سوسیالیستی دارد، از این منظر به حقوق نظر دارد. وی بر این باور است که همه امتیازها و توانایی‌های حقوق، در اصل و ذات خود یک غایت اجتماعی دارند و از این منظر، هرگاه از حقی مخالف با اهداف اجتماعی استفاده شود، فرض بر این است که از آن سوء استفاده شده است؛ برای نمونه، حمایت قانون از مالک ملک به این دلیل است که مناسب‌ترین راه اداره اموال و استفاده از ملک را در حفظ آن می‌داند؛ به همین سبب صاحب حق لازم است که در این خصوص از حق خود استفاده کند، در غیر این صورت مرتکب انحرافی شده که همانا سوء استفاده نامیده می‌شود.^{۴۰} چنین معیاری در رویه قضایی کمتر اتفاق می‌افتد؛ برای نمونه، در دیوان کشور فرانسه در رأی صادره در تاریخ ۲۲ مارس ۱۹۵۳، آن دسته از اعتصابات که دارای اهداف سیاسی بودند، سوء استفاده از حق محسوب شدند.

۴.۴. غیرمتعارف بودن اعمال حق یا تقصیر در اجرای حق

37. Savatier, R. La Théorie des Obligations, Vision Juridique et Économique, Paris, 3ed Ed. (1974), p. 266.

38. Ghestin, J. et Goubeaux, G. Traité de Droit Civil – Introduction Générale, Paris, L.G.D.J., 3rd Ed, (1993), p. 697.

39. A. Rouast, "Les droits Discretionnaires et Les Droits Controlés", RTD civ. (1944), p. 155.

40. L. Josserand, (1939), L'esprit du Droit Romain, I- De L'esprit des Droits et de Leur Relativité, Théorie Dite de L'abus des Droits, Paris, Dalloz, 2nd Ed. (1939), p. 292.

معیار غیرمتعارف بودن که مورد قبول عده‌ای از استادان حقوق مدنی در کشور فرانسه واقع شده است، نظریه سوء استفاده از حق را مبتنی بر نظریه کلاسیک مسئولیت مدنی می‌داند و بر اساس ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی که مسئولیت مدنی را بر اساس نظریه تقصیر استوار می‌سازد، سوء استفاده از حق را با مسئولیت مدنی درمی‌آمیزد. بر اساس این رویکرد، همان‌طور که اشخاص در ارتباطات خود لازم است که جانب احتیاط را رعایت و به‌صورت متعارف رفتار کنند، در هنگام اعمال حق ضروری است که احتیاط را رعایت نمایند و مرتکب تقصیر نشوند. در نتیجه، ملاک و ضابطه در اعمال حق، تقصیر است و معیار آن رفتار یک انسان متعارف و معقول است. پس این‌طور باید گفت که بر اساس این نظریه، علتی که موجب تحقق سوء استفاده از حق می‌شود، همانا غیرمتعارف بودن ضرری است که ناشی از اجرای حق است.^{۴۱}

نتیجه

با توجه به تکامل و پیشرفت اجتماع و پیچیده شدن روابط افراد، تجاوز صاحب حق به حقوق دیگران به علت نامشخص بودن ملاک‌های تشخیص، سوء استفاده از حق افزایش چشمگیری یافته است و مجموعه مقررات موضوعه مثل قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی نمی‌تواند مانع از استعمال حق به قصد ضرر به دیگری در زمینه اجرای حق عینی شود. در همین خصوص، قانون‌گذار با مدنظر قرار دادن محدوده عرفی و مبانی ایجاد حق، باید ملاک‌ها و معیارهای سوء استفاده از حق را مشخص کند تا از اعمال برخورد سلیقه‌ای در تشخیص مصادیق سوء استفاده از حق جلوگیری نماید؛ چراکه معین کردن

معیارهای عرفی و قانونی موجب تشخیص سوء استفاده از حق به نفع صاحب حق می‌شود؛ به همین سبب کسی نمی‌تواند بدون داشتن دلیل محکمه‌پسند و با تمسک به سوء استفاده از حق، سبب سلب آزادی اشخاص دیگر در استفاده از حقوق قانونی خود شود. با توجه به اینکه این نظریه از قوانین کشورهای خارجی ناشی می‌شود، بومی‌سازی مقررات یادشده می‌تواند در تضمین حقوق صاحبان حق و مصونیت سایر اشخاص از

۴۱. عباس کریمی و هادی شعبانی کندسری، پیشین، ص ۱۶۰.

آسیب‌های ناشی از سوء استفاده از حق مؤثر واقع شود.

استفاده از حق اصولاً نسبی است، به‌طوری که نمی‌توان به‌صورت عمدی و یا به تقصیر از آن بهره جست. اما بنابه دلایل پیدا و پنهان، مجموعه قوانین طوری تنظیم و به‌تصویب رسیده‌اند که سوء استفاده از حق امکان‌پذیر و میسر است؛ به همین سبب، ضروری به‌نظر می‌رسد که قانون‌گذار هنگام تنظیم و تصویب قوانین تا جایی که امکان‌پذیر است راه‌های نفوذپذیر برای سوء استفاده از حق را با تمهیدات و پیش‌بینی‌های لازم ببندد.

یکی از مهم‌ترین مواد قانونی که می‌تواند به‌عنوان اصل متقن، از محورهای دیگر قوانین مرتبط قرار گیرد، ماده ۱۳۲ قانون مدنی است که تا جایی که ممکن است باید مواد قانونی مرتبط به نفع این ماده تفسیر شوند و در هنگامی که سوء استفاده از حق به‌صورت مطلق است، قلمرو آن محدود و تفسیر آن مضیق گردد.

در قانون مدنی ایران، نظریه سوء استفاده از حق به‌عنوان یک نظریه عمومی مطرح نیست و در دعاوی مطروحه از طرف زیان‌دیده به علت ورود ضرر ناشی از استعمال غیرمتعارف حقوق عینی، اساس صدور حکم، قاعده لاضرر است و استفاده از این نظریه در اجرای حقوق عینی بیشتر در قلمرو ماده ۱۳۲ قانون مدنی قابل طرح است، اما در سایر مصداق‌ها می‌توان از این نظریه استفاده و به آن استناد کرد.

مطالعه تطبیقی بین قاعده لاضرر در نظام حقوقی ایران و قاعده سوء استفاده از حق در نظام حقوقی فرانسه این مسئله را به‌اثبات می‌رساند که در هیچ‌کدام از این دو نظام، این نظریات به‌صورت مطلق نیستند، بلکه صاحب حق در اجرای آن با محدودیت‌هایی مواجه است و مرزهای این محدوده را قاعده نفی ضرر در حقوق ایران و سوء استفاده از حق در نظام حقوقی فرانسه تعیین می‌کنند.

در نظام حقوقی ایران، ملاک و معیار در سوء استفاده از حق، ارتکاب یک ضرر غیرمتعارف است و جهت تحقق آن، به قصد اضرار نیاز نیست.

در نظام حقوقی کشور فرانسه از قاعده سوء استفاده از حق برای نفی حکم اباحه عمل در حالت سوء استفاده بهره برده می‌شود؛ هرچند در این باره به آن اشاره‌ای نشده است، اما ردّ

پای نظریه نفی حکم را به صورت مشخص می توان جستجو کرد. اما ذکر این نکته خالی از ایراد نیست که گفته شود معیار سوء استفاده از حق در نظام حقوقی کشور فرانسه تا حدودی اختلافی است و نظریه جدیدتری که از سوی حقوق دانان مطرح شده، نظریه نامتعارف بودن خسارت ایجاد شده است. از منظر قلمرو و حوزه کاربرد نیز سوء استفاده از حق در جایی کارایی دارد که شخص در مقام اجرای حق خود است و با سوء استفاده از حق خود موجب ضرر به دیگری می شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. ابوجب، سعدی (۱۴۰۸ق). *القاموس الفقہی لغہ و تیرہ*، چاپ دوم، دمشق: دارالفکر.
۲. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۶۶). *سوء استفاده از حقوق* (بررسی تطبیقی حقوق اسلامی و سایر نظام‌های حقوقی)، تهران: انتشارات اطلاعات.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۰). *سوء استفاده از حقوق*، تهران: انتشارات اطلاعات.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۶). *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ ق). *صحاحه*، بیروت: دارالعلم لعلملاین.
۶. عمید، حسن (۱۳۹۷). *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: انتشارات اشجع.
۷. فیومی، احمد بن محمد (۱۳۵۶). *المصباح النیرفی غریب الشرح الکبیر لالرفاعی*، قم: جزوات دارالرضی.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *الزامات خارج از قرارداد*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *تعهدات خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی*، تهران: دانشگاه تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *تعهدات خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی*، تهران: دانشگاه تهران.

– مقالات

۱۱. انصاری، مهدی (۱۳۸۸). بررسی نوآوری‌های لایحه مسئولیت مدنی فرانسه (۲۰۰۵). *اطلاعات حقوقی*، ۶ (۱۹ و ۲۰)، ۸۳-۱۲۲.
۱۲. حاجی‌نوری، غلامرضا (۱۳۹۴). بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق. *فقه و حقوق اسلامی*، ۶ (۱۱)، ۱۴۳-۱۶۴.
۱۳. حجتی‌نسب، مرتضی و خانی، امیر (۱۴۰۱). بررسی و مقایسه تضییع حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران و فرانسه، *اولین همایش ملی تحولات قانونگذاری در حوزه استحکام خانواده و مدیریت اختلاف*، دامغان، ۱-۲۰.

۱۴. خدادادپور، منیره و دیلمی، احمد (۱۳۸۷). سوء استفاده از حق طلاق و راهبردهای مقابله‌ای. *خانواده پژوهشی*، ۵ (۱۷)، ۷۳-۹۲.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). نقض حق. *تحقیقات حقوقی*، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، (۳۳-۳۴)، ۲۵-۴۳.
۱۶. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). نقض حق. *تحقیقات حقوقی*، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، (۳۳-۳۴)، ۲۴-۴۰.
۱۷. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۱). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر با قاعده غربی تضییع حقوق. *تحقیقات تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۱ (۲)، ۱۳۵-۱۳۶.
۱۸. کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر با قاعده غربی تضییع حقوق. *تحقیقات تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۱ (۲)، ۱۳۵-۱۶۶.
۱۹. محمدی، مهدی و پاسبان، محمدرضا (۱۴۰۱). راهکارهای غیر قضایی مقابله با سوءاستفاده از حق با تأکید بر شرکت‌های تجاری و دولتی. *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، ۴ (۱۰)، ۳۷-۷۳.
۲۰. مقصودی، رضا (۱۳۹۴). سوء استفاده از حق در حقوق بین‌الملل خصوصی. *تحقیقات حقوق خصوصی*، ۴ (۱۲)، ۱۰۹-۱۲۹.
۲۱. هادی‌پور خطب‌سرا، وحید و انگروج تقوی، حسین (۱۴۰۱). مبانی مسئولیت مدنی در تضییع حقوق در حقوق ایران و فرانسه. *کنفرانس بین‌المللی کارآفرینی با شعار شکوفایی استعدادها کارآفرینی: راهی به سوی تحول*، ۱-۱۶.

ب) منابع انگلیسی

22. François (2005). Guy Trébulle, les Techniques Contentieuses au Service de L'environnement, 1-21.
23. J. et Ghestin Gooubeaux. (1993). G. Traité de Droit Civil- Introduction Générale, Paris, L.G.D.J, 3rd Ed, 620-699.
24. Josserand, L. (1939). L'esprit du Droit Romain, I-De L'esprit des Droits et de Leur Relativité, Théorie Dite de L'abus des Droits, Paris, Dalloz, 2nd Ed, 280-300.



25. Mazeaud, H. L. et J. et Chabas, F. (1978). Leçons de Droit Civil, Paris, Montchrestien, 6 Émeéd, t.II, 1er vol, 520-551.
26. Malinvaud. (2005). Ph.Droit des Obligations, 10thed, 540-561.
27. Rouast, A. (1994). Les Droits Discretionnaires et les Droits Controlés, *RTD civ*, 140-165.
28. Savatier, R. La Théorie des Obligations, Vision Juridique et Économique, Paris, 3rd Ed, (1974).
29. Starck, B. (1972). Droit Civile: Obligation, Paris, 300-325.

ج) وبسایتها

30. www.legifrance.com
31. www.courdecassation.fr



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 113-140

The Concept and Nature of “Due Diligence” in International Law

Seyed Mohammad Hosseini¹ | Saeed Rahai²

1. Ph.D. Candidate in International Law, Mofid University of Qom, Iran (Corresponding Author)

mh_smh@yahoo.com

2. Associate Professor, Mofid University of Qom, Iran

srahaee@gmail.com

Abstract

Nowadays “due diligence” is considered one of the controversial issues in international law. The effectiveness of this provision in various fields of international law, including human rights, humanitarian law, international investment law, state responsibility, environmental law, and other fields of international law, has sparked many papers and research on it. Due diligence is a deliberately flexible standard in international law that requires states and intergovernmental organizations to act with utmost care in meeting their contractual and customary commitments. This maximum commitment for each country or intergovernmental organization will be different and subject to change depending on the situation and conditions of the case, the ability of the country or intergovernmental organization, the importance of the interests that are at risk of damage, and other effective components. In terms of its nature, due diligence is not only the primary rules of behavior and not the secondary rules of responsibility, but like good faith, it is a quality with which primary obligations must be fulfilled.

Keywords: Due diligence, International Law, Primary Rules of Conduct, Secondary Rules of Responsibility.

Received: 2023/08/03 Received in revised form: 2024/03/18 Accepted: 2024/04/22 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.57848.3307

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





مفهوم و ماهیت «مراقبت مقتضی» در حقوق بین الملل

سیدمحمد حسینی^۱ | سعید رهایی^۲

mh_smh@yahoo.com

srahaee@gmail.com

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه مفید قم، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشیار دانشگاه مفید قم، ایران

چکیده

مفهوم «مراقبت مقتضی» و همچنین گستره تعهداتی که این ضابطه حقوق بین‌الملل دربرگیرنده آن است، امروزه یکی از مباحث مهم و چالش‌برانگیز به‌شمار می‌آید. کارآمدی این معیار در عرصه‌های مختلف حقوق بین‌الملل، همچون حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، حقوق بین‌الملل اقتصادی، حقوق مسئولیت بین‌المللی، حقوق محیط زیست و دیگر زمینه‌های حقوق بین‌الملل سبب شده است نگاشته‌های متعدد و تحقیقات فراوانی بر گرد این مفهوم صورت گیرد. نوشتار پیش رو در همین راستا، مفهوم این ضابطه را از میان تحلیل نظریه اندیشمندان و در خلال رویه محاکم بین‌المللی این‌گونه یافته است: مراقبت مقتضی مفهومی است ذاتاً منعطف که تابع حقوق بین‌الملل را به حداکثر مراقبت و اهتمام در انجام تعهدات قراردادی و عرفی خود موظف می‌نماید. این تعهد حداکثری برای هر کشور و یا سازمان بین‌المللی بسته به موقعیت و شرایط، توانایی کشور و یا سازمان بین‌المللی، اهمیت منافی که در معرض آسیب است و دیگر مؤلفه‌های مؤثر، متفاوت بوده، دستخوش تغییر خواهد شد. ضابطه پیش‌گفته از نظر ماهیت، نه صرفاً جزء قواعد اولیه رفتار و نه ضوابط ثانویه مسئولیت است، بلکه همچون حسن نیت، کیفیتی است که باید تعهدات اولیه با لحاظ آن ادا گردد.

واژگان کلیدی: حقوق بین‌الملل، قواعد اولیه رفتار، ضوابط ثانویه مسئولیت، مراقبت مقتضی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۱۲/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.57848.3307



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اقبال اخیری که در عرصه‌های مختلف حقوق بین‌الملل به مراقبت مقتضی شده است، پرده از اهمیت این معیار برداشته و نشان داده است که سیر تحول قواعد حقوقی بین‌المللی رفته‌رفته به سوی تقویت این مؤلفه سوق پیدا کرده است. دو گزارش انجمن حقوق بین‌الملل در سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۶^۱ اختصاص به ضابطه مراقبت مقتضی دارد که با توجه به اهمیت این نهاد و اینکه دو گزارش مستقل درباره این ضابطه تدوین نموده، خود دلیلی به‌غایت محکم بر اهمیت ضابطه مراقبت مقتضی است. از دیگر توجهات ویژه اندیشمندان و نهادهای فعال در عرصه حقوق بین‌الملل می‌توان به برنامه «به سوی رویه‌مندسازی حقوق بین‌الملل»^۲ مؤسسه مکس پلانک^۳ اشاره نمود که به تدوین کتاب نسبتاً مفصل «مراقبت مقتضی در نظم حقوقی بین‌المللی» منجر شده است.^۴ علاوه بر این، محققان بسیاری به اهمیت روزافزون ضابطه مراقبت مقتضی در عرصه‌ها و شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل اذعان داشته‌اند.^۵ این اهمیت تا جایی پیش رفته است که برخی از اندیشمندان مراقبت مقتضی را به‌عنوان یکی از «اصول بنیادین حقوق بین‌الملل»^۶ برشمرده‌اند.^۷ علی‌رغم اقبال اخیر انگلیسی‌زبانان به ضابطه یادشده، تحقیق جامعی به زبان فارسی که به تعریف دقیق و محدوده تعهدات ذیل این ضابطه پرداخته باشد، یا اساساً یافت نمی‌شود یا آنچه انجام شده از این ضابطه به‌عنوان یک مفهوم ساده عبور کرده^۸ و یا صرفاً در یک حوزه به بررسی آن

1. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014. & ILA Study Group on Due Diligence in International Law; Second Report, July 2016.

2. Towards a Proceduralization of International Law.

3. Max Planck Institute.

4. Heike Krieger, Anne Peters & Leonhard Kreuzer (Editors), *Due Diligence in the International Legal Order* (United Kingdom: Oxford University Press, 2020). p. VI.

5. See: Samuel Katja, "The Legal Character of Due Diligence: Standards, Obligations, or Both?", *Central Asian Yearbook of International Law*, 1 (2018), p. 2. & Heike Krieger, *op. cit.* p. 1. (Due Diligence is a Prominent Concept of International Law.) & Jonathan Bonnitcha, Robert McCorquodale, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, 28 (2017), p. 1. & Eric De Brabandere, "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment law", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 42 (2015), p 320-360.

6. Basic Principle of International Law.

7. Robert Barnidge, "The Due Diligence Principle under International Law", *International Community Law Review*, 8 (2006), p. 121.

۸. علی مشهدی و عطیه شاه‌حسینی، «پیشگیری از خسارات زیست‌محیطی در پرتو طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر پیشگیری از آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش ۲ (۱۳۹۵)، ص ۲۹۰، ش ۱.

پرداخته است.^۹ این درحالی است که به نظر می‌رسد ابتدا باید اصل مفهوم و سنخ تعهدات ذیل آن روشن شود.^{۱۰}

نگارندگان نوشته پیش‌رو در سطور آتی در تلاش‌اند در ابتدا با بررسی مفهومی مراقبت مقتضی به تعریفی کم‌وبیش روشن دست یافته، در بخش دوم مقاله، سنخ تعهداتی که مراقبت مقتضی دربرگیرنده آن است، به اجمال از نظر خواننده بگذرانند. بی‌تردید تنها هدفی که در این تحقیق دنبال شده است برجسته‌سازی اهمیتی است که ضابطه مراقبت مقتضی در عصر حاضر در حقوق بین‌الملل به خود اختصاص داده است. میزان اهتمامی که اندیشمندان حقوق بین‌الملل در سالیان اخیر به این قاعده از حقوق بین‌الملل نشان داده‌اند از یک سو و کمبود تحقیقاتی که به زبان فارسی راجع به این مؤلفه وجود دارد از سوی دیگر، انگیزه‌ای برای نگاشتن نوشتار پیش رو است؛ باشد که توجه اندیشمندان حوزه حقوق بین‌الملل را بیش‌ازپیش به اهمیت این موضوع جلب نماید.

۱. مفهوم‌شناسی مراقبت مقتضی

مراقبت مقتضی یا معادل انگلیسی آن Due Diligence، برگرفته از واژه لاتین Diligentia است که می‌توان آن را به معنای مراقبت^{۱۱} و یا احتیاط^{۱۲} دانست.^{۱۳} نقطه مقابل احتیاط و مراقبت^{۱۴}، سهل‌انگاری و قصور و اهمال^{۱۵} دانسته شده است.^{۱۶} دایره‌المعارف بریتانیکا در یک توصیف عام، مراقبت مقتضی را این‌گونه تعریف می‌کند:

۹. مهدی حدادی و بهرام مرادیان، «مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۶۲ (۱۳۹۸)، ص ۱۶۵-۲۰۲.

۱۰. این سیر منطقی را می‌توان در نگاشته‌های انگلیسی‌زبانان به‌خوبی مشاهده نمود که پس از روشن شدن تاریخچه، مفهوم و ماهیت تعهدات این ضابطه، آن را در ساحات مختلف حقوق بین‌الملل در بوته نقد و بررسی قرار داده‌اند. اگرچه نمی‌توان به تحقیقاتی که اختصاصاً به این ضابطه در یک حوزه پرداخته‌اند خرده‌ای گرفت، ولی به‌نظر می‌رسد از نظر رتبی تحقیق در خصوص خود مفهوم و چیستی این ضابطه تقدم داشته باشد.

11. Care

12. Circumspection

13. Heike Krieger, *op. cit.* p. 2. See: Also: Alice Ollino, *Due Diligence Obligations in International Law* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2022). p. 3.

14. Diligence

15. Negligence

16. Heike Krieger, *op. cit.* p. 2.

«مراقبت مقتضی درجه‌ای از احتیاط، هوشیاری و مراقبت است که اغلب در محیط‌های حرفه‌ای و اجتماعی اعمال می‌شود. تعیین میزان این مراقبت و احتیاط بسته به شرایطی است که در آن اعمال خواهد شد و همچنین مشروط بر اینکه حداقل رعایت چنین احتیاط و مراقبتی با عقلانیت و منطق تناسب داشته باشد»^{۱۷}.

اما وقتی در حقوق بین‌الملل سخن از مراقبت مقتضی به میان می‌آید معنای دقیق‌تری از آن مد نظر است که می‌توان آن را این‌گونه بیان نمود:

«مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل ضابطه‌ای است که دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی [به‌عنوان تابعان فعال حقوق بین‌الملل] را ملزم به اعمال نهایت دقت و حداکثر مراقبت در انجام تعهدات قراردادی^{۱۸} و [تعهدات] عرفی^{۱۹} خود می‌کند. چنین وظیفه‌ای (عمل با نهایت دقت)^{۲۰} گاهی منحصر به تعهدات رفتاری است، فارغ از اینکه نتیجه این اعمال دقت و احتیاط چه باشد [به تعبیر دیگر دولت هیچ تضمینی برای حصول نتیجه در خصوص عملکرد محتاطانه خود ندارد]، در مواقعی نیز می‌تواند تعهد به حصول نتیجه مطلوب باشد. در صورت نخست (عدم شرط حصول نتیجه) مراقبت مقتضی مجموعه‌ای از «تعهدات رفتاری»^{۲۱} تلقی خواهد شد و در صورت اخیر [که اعمال احتیاط باید در نتیجه عمل، خود را نشان دهد] مراقبت مقتضی «تعهد به نتیجه»^{۲۲} دانسته می‌شود»^{۲۳}.

نظر به تعریف ارائه‌شده، می‌توان مدعی شد که مراقبت مقتضی ضابطه‌ای است که تعمداً

17. Due Diligence, a Standard of Vigilance, Attentiveness, and Care Often Exercised in Various Professional and Societal Settings. The Effort is Measured by the Circumstances Under Which it is Applied, with the Expectation that it will be Conducted with a Level of Reasonableness and Prudence Appropriate for the Particular Circumstances. <https://www.britannica.com/topic/due-diligence>

18. Contractual Commitments.

19. Customary Commitments.

20. Act with Utmost Care.

21. Obligations of Conduct.

22. Obligations of Result.

23. Joanna Kulesza, "Human Rights Due Diligence", William & Mary Bill of Rights Journal, 30 (2021-2022), p. 265.

انعطاف‌پذیر^{۲۴} وضع شده است. در نتیجه این استاندارد، در حقوق بین‌الملل مجموعه‌ای از تعهدات روشن و ازپیش تعیین‌شده وجود ندارد، بلکه طیف و گستره‌ای از تعهدات است که در موارد و موقعیت‌های مختلف و بسته به شرایط و اوضاع و احوال می‌تواند شکل یک تعهد به حصول نتیجه (حداکثری) و یا یک وظیفه حداقلی (تعهد رفتاری) را به‌خود گیرد^{۲۵}.

۲. خاستگاه مراقبت مقتضی

می‌توان با اندکی تسامح^{۲۶} شکل‌گیری مراقبت مقتضی را به قرن نوزدهم بازگرداند؛ اگرچه به اعتقاد برخی اندیشمندان، تا مدت‌ها بعد از آن نیز این مفهوم در حاشیه باقی ماند و جایگاه واقعی خود را به‌دست نیاورد^{۲۷}. پس از آن و در گام نخست، مراقبت مقتضی به‌عنوان تعدیلی برای حاکمیت دولت عمل نمود. از آنجا که حاکمیت یک دولت مستلزم صلاحیت انحصاری دولت بر قلمرو آن است، مراقبت مقتضی بر اقدامات خاصی تأکید می‌کند که انتظار می‌رود دولت‌ها برای حفاظت از منافع دولت‌های دیگر به آن ملتزم گردند^{۲۸} و از سوی دیگر مراقبت مقتضی در خصوص حاکمیت نقش حمایتی خواهد داشت. نظر به اینکه حاکمیت بر یک سرزمین، حاکی از مسئولیت مطلق همه اعمال زیان‌باری است که در آن محدوده صورت می‌گیرد، مراقبت مقتضی بخشی از مسئولیت چنین رفتاری را از دوش حاکمیت برمی‌دارد.

24. Deliberately Flexible Standard. See: *Ibid*, p 118.

۲۵. ذیل عنوان «مراقبت مقتضی و مسئولیت مطلق» که در ادامه نوشتار آمده است، توضیح بیشتری راجع به گستره مفهومی مراقبت مقتضی بیان شده است. اگرچه برخی اندیشمندان بر این اعتقادند که هنوز درجاتی از ابهام در مفهوم و گستره تعهدات مراقبت مقتضی وجود دارد. نک:

Carin Benninger-Budel, *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*. (Leiden/Boston: Nijhof, 2008), p. 47.

۲۶. گروسپوس پایه‌های فکری این مفهوم را در قرن هفدهم بنیان نهاد. با این حال، مفهوم مراقبت مقتضی تا قرن نوزدهم میلادی مسکوت ماند و از آن پس شروع به شکل‌گیری نمود و هم به‌عنوان یک وظیفه و هم یک محدودیت، بر رفتار دولت اعمال گردید. نک:

ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014. p. 2.

از سویی دیگر برخی از اندیشمندان شکل‌گیری مباحث پیرامون مراقبت مقتضی را با ذکر یک واقعه به ۱۰۰۰ سال قبل از میلاد مسیح باز می‌گردانند. نک:

Jan Hessbruegge, "The Historical Development of the Doctrines of Arbitration and Due Diligence in International Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, 36 (2004). p. 1.

27. Alice Ollino, *op. cit.* p. 3.

28. Heike Krieger, *op. cit.* p. 1.

خاستگاه مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل را می‌توان در دو زمینه بارز ردیابی کرد:

- وظیفه دولت‌های بی‌طرف در زمان جنگ
- حمایت از بیگانگان و اموال آنها^{۲۹}

این بخش از نوشتار به بررسی ضابطه مراقبت مقتضی در هریک از این دو زمینه اختصاص یافته است تا از این رهگذر زمینه‌های اصلی بروز و ظهور این قاعده در حقوق بین‌الملل را مورد بررسی دقیق‌تری قرار دهد.

۱.۲. قواعد بی‌طرفی و ضابطه مراقبت مقتضی

همان‌طور که بیان گردید، یکی از زمینه‌هایی که ضابطه مراقبت مقتضی در آن شکل گرفته و برای نخستین بار در حقوق بین‌الملل بروز و ظهور پیدا کرده، وظیفه دولت‌های بی‌طرف در زمان جنگ است.^{۳۰} قواعد مربوط به بی‌طرفی^{۳۱} عمدتاً در قرن نوزدهم میلادی و بیشتر با تمرکز بر مداخلات دریایی توسعه یافت^{۳۲} (تقریباً هم‌زمان با ظهور و بروز ضابطه مراقبت مقتضی). نکته شایان ذکر این است که اگر ارتباط وثیق میان ضابطه مراقبت مقتضی و قوانین بی‌طرفی را از نظر بگذرانیم، می‌توانیم مدعی شویم رعایت قواعد بی‌طرفی منوط به رعایت ضابطه مراقبت مقتضی است. به تعبیر روشن‌تر، هیچ دولتی بدون رعایت ضابطه مراقبت مقتضی نمی‌تواند به نحو شایسته قواعد مربوط به بی‌طرفی را رعایت کند.^{۳۳}

29. Alice Ollino, *op. cit.* p. 17.

30. *Ibid*, p. 19.

31. Neutrality

32. See: Convention (XIII) Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War. The Hague, 18 October 1907.

۳۳. گفتنی است دولت بی‌طرف در زمان جنگ علاوه بر تعهد به ترک فعل، تعهدات ایجابی نیز دارد. برای مثال، وفق ماده سوم از «کنوانسیون سیزدهم در مورد حقوق و وظایف قدرت‌های بی‌طرف در جنگ دریایی» چنانچه کشتی جنگی یکی از طرفین

درگیری در آب‌های تحت حاکمیت دولت بی‌طرف مصادره گردید، دولت بی‌طرف موظف و متعهد به آزادسازی آن است. نک:

Convention (XIII) Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War. The Hague, 18 October 1907. ART. 3.

مشابه همین مضمون در مواد ۲۲، ۲۱، ۱۷ و چند ماده دیگر از کنوانسیون یادشده، حاکی از تعهدات ایجابی دولت بی‌طرف در خلال جنگ دریایی است. ماده ۸ کنوانسیون نیز به هوشیاری (Vigilance) و مراقبت دولت بی‌طرف در چنین شرایطی اشاره دارد که بی‌ارتباط با مفهوم مراقبت مقتضی نیست. همچنین ماده ۲۵ مقرر می‌دارد دولت بی‌طرف متعهد به نظارت (Surveillance) و مراقبت بر منابع و ابزاری است که می‌تواند منافع هر یک از طرفین درگیری را تحت تأثیر قرار دهد. در نتیجه، اگر مدعی شویم مراقبت مقتضی عنصری است که با التزام به قواعد بی‌طرفی ارتباط وثیقی دارد ادعای گزافی نکرده‌ایم.

از سوی دیگر، برخی از اندیشمندان حقوق بین‌الملل معتقدند التزام دولت‌ها به قواعد مربوط به بی‌طرفی تاریخچه‌ای عمیق‌تر دارد و آغاز آن به قرن پانزدهم میلادی بازمی‌گردد.^{۳۴} در نتیجه بی‌جهت نیست اگر مدعی شویم پدیدار شدن ضابطه مراقبت مقتضی نیز کم‌وبیش معاصر با التزام دولت‌ها به قواعد و الزامات بی‌طرفی بوده است. در این صورت پیشینه ضابطه و مفهوم مراقبت مقتضی بیش از آن چیزی است که قبلاً بیان شده است.

۲.۱.۱. داوری دعاوی آلاباما و ضابطه مراقبت مقتضی

در خلال جنگ داخلی آمریکا (۱۸۶۱-۱۸۶۵)، چندین کشتی ساخت انگلستان تلفات سنگینی را به ناوگان دریایی ایالات متحده وارد آوردند. یکی از این کشتی‌ها و مهم‌ترین آنها آلاباماست.^{۳۵} کشتی نامبرده بیش از ۶۴ کشتی ایالات متحده را منهدم نمود.^{۳۶} اگرچه همه ادعاهای ایالات متحده علیه بریتانیا راجع به درگیری‌های دریایی میان کشتی‌های ساخته‌شده در انگلستان به نام دعاوی آلاباما مورد اشاره قرار می‌گیرد،^{۳۷} ولی این اختلاف نظر و ادعای ایالات متحده منحصر به صدمات واردآمده از سوی کشتی آلاباما نیست.^{۳۸} از آنجا که روابط میان ایالات متحده و بریتانیا رو به تیرگی رفته بود، در هشتم می ۱۸۷۱ معاهده دوجانبه «واشنگتن» میان دو کشور یادشده منعقد گردید و دعاوی مربوط به اختلافات دریایی و شیوه حل و فصل آن مورد توافق قرار گرفت. نکته حائز اهمیت این است که معاهده واشنگتن در ماده ششم خود قواعد حاکم بر داوری را برمی‌شمرد که از سه قاعده، دو مورد آن (اول و سوم) صراحتاً به ضابطه مراقبت مقتضی و لزوم رعایت آن از سوی دولت

34. Carl J. Kulsrud, "Armed Neutralities to 1780", *The American Journal of International Law*, 29 (1935), p. 423.

35. CSS Alabama

36. Tom Bingman, "The Alabama Claims Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, 54 (2005), p. 7.

۳۷. بند نخست معاهده واشنگتن (معاهده مودت میان بریتانیای کبیر و ایالات متحده) همه اقدامات کشتی‌های ساخته‌شده در انگلستان را که به نحوی به ناوگان دریایی ایالات متحده صدمه وارد آورده‌اند با عنوان دعاوی آلاباما (Alabama Claims) مورد اشاره و شناسایی قرار داده است. نک: Treaty of Washington of 8 May 1871. Art 1.

۳۸. نمونه از مهم‌ترین کشتی‌های ساخت انگلستان که با ناوگان ایالات متحده آمریکا درگیر بودند، این نام‌ها را دارند (آلاباما، فلوریدا، جورجیا و شانندوا):

CSS Alabama, CSS Florida, CSS Georgia, and CSS Shenandoah. See: Tom Bingman, *op. cit.* p. 4.

بی‌طرف اشاره دارد.^{۳۹} در چهاردهم دسامبر ۱۸۷۲، کمیسیون داوری که وفق مادهٔ نخست کنوانسیون واشنگتن تأسیس شده بود به ادعای ایالات متحده علیه بریتانیا رسیدگی و حکم داوری را صادر کرد.^{۴۰}

دعای داوری آلاباما از چند جهت حائز اهمیت است. اینکه در ابتدا بریتانیا از تسلیم به داوری امتناع نمود و اعمال صورت‌گرفته از سوی کشتی‌های مورد مناقشه را اساساً منتسب به خود ندانست. صدور رأی داوری و احراز قصور بریتانیا در پروندهٔ یادشده، انتساب اعمال افراد خصوصی تحت قلمرو را در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها رسمیت می‌بخشد. نکتهٔ دیگر اینکه بریتانیا در ابتدا تفسیر خود را از ضابطهٔ مراقبت مقتضی ارائه نمود و با استناد به حقوق داخلی خود تصمیم به فروکاستن مفهوم مراقبت مقتضی به درجه‌ای از اتمام و مراقبت که دولت در قبال شهروندان خود متعهد به آن است، دارد.^{۴۱} داوران این استدلال بریتانیا را مردود دانسته، تفسیر حقوق بین‌الملل از مراقبت مقتضی را مورد پذیرش قرار دادند، به نحوی به برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی نیز انجامیده است. داوران معتقدند دولت بی‌طرف متعهد است دقیقاً متناسب با خطرهایی که متخاصمان ممکن است بر اساس قصور دولت بی‌طرف در معرض آن قرار گیرند، عمل نموده، با اتمام به ضابطهٔ مراقبت مقتضی از وقوع و حدوث چنین خطرهایی ممانعت به‌عمل آورد.^{۴۲} همچنین به‌عنوان نکتهٔ پایانی باید اشاره نمود که با توجه به رأی داوری آلاباما و مضمون کنوانسیون واشنگتن، باید پذیرفت که تعهد به مراقبت مقتضی فراتر از تعهد به ترک فعل است و شامل اقدامات مثبت

39. First, to use due Diligence to Prevent the Fitting Out, Arming, or Equipping within its Jurisdiction, of any Vessel Which it has Reasonable Ground to Believe is Intended to Cruise or Carry on War Against a Power with Which it is at Peace, and to Use Like Diligence to Prevent the Departure from its Jurisdiction of any Vessel Intended to Cruise or Carry on War as Above....

Thirdly, to Exercise due Diligence in its Waters, and as to all Persons within its Jurisdiction, to Prevent any Violation of the Foregoing Obligations and Duties. (Amity- Treaty of Washington. Art: VI)

40. Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, Award Rendered on 14 September 1872 by the Tribunal of Arbitration Established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871.

41. "Diligentia Quam in Suis". Rene Provost (Editor), *State Responsibility in International Law* (London: Routledge. 2016), p 129-130.

42. ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report. p. 2. & Alice Ollino, *op. cit.* p. 20.

نیز می‌شود. از سوی دیگر، به مخاصمات دریایی اختصاصی نداشته، در همه اختلافات بین‌المللی که منافع دولت‌های ثالث در میان است تسری خواهد یافت.^{۴۳}

با توجه به آنچه بیان شد، دعاوی داوری آلاباما حداقل در برجسته شدن مفهوم ضابطه مراقبت مقتضی و تا حدودی تعیین محدوده آن، نقش ویژه‌ای ایفا نموده است.

۲.۲. حمایت از اتباع بیگانه و ضابطه مراقبت مقتضی

پس از نگاهی اجمالی به قواعد بی‌طرفی، نوبت به بررسی حمایت از اتباع بیگانه و رعایت ضابطه مراقبت مقتضی از سوی حاکمیت می‌رسد. برخی از محققان برای اثبات قدمت ضابطه مراقبت مقتضی در حمایت از حقوق اتباع خارجی، به سخنی از واتل^{۴۴} که در کتاب حقوق ملل (۱۷۵۸) بیان داشته است، استناد جسته‌اند. واتل بیان می‌دارد:

«حاکم یک کشور نباید با انگیزه به‌دام انداختن بیگانگان اجازه ورود آنها به کشور را صادر کند؛ همچنین به محض اینکه بیگانگان را تحت حاکمیت خود پذیرفت و اجازه ورود آنها را صادر نمود الزاماً باید از آنها مانند رعایای خود محافظت به‌عمل آورده و تا جایی که به حاکمیت مربوط است باید امنیت اتباع خارجی را تأمین نماید».^{۴۵}

وقتی کتاب حقوق ملل واتل را به‌صورت اجمالی مورد بررسی قرار می‌دهیم به این مهم دست می‌یابیم که جفاست اگر از اثر وی تنها یک جمله و بند را در تأیید مراقبت مقتضی به عاریه گرفته، آن را به استشهاد بطلبیم. اگرچه در این کتاب به‌صراحت از مراقبت مقتضی نامی به‌میان نیامده، ولی سرتاسر آن در عرصه‌های مختلف از حقوق جنگ گرفته تا حقوق عمومی با ضابطه مراقبت مقتضی عجین است. وی یک فصل از کتاب خود را به قواعدی مرتبط با اتباع بیگانه و شناسایی حقوق ایشان اختصاص داده است^{۴۶}؛ فارغ از توجه به شیوه طرح بحث واتل در کتاب یادشده، چنین به‌نظر می‌رسد که او معتقد است ضابطه مراقبت

43. See: Alice Ollino, *op. cit.* p. 22.

44. Emmeric de Vattel.

45. 'The Sovereign Ought not to Grant an Entrance into his State for the Purpose of Drawing Foreigners into a Snare: As Soon as he Admits Them, He Engages to Protect Them as His Own Subject and to Afford Them Perfect Security, as Far as Depends on Him. Alice Ollino, *op. cit.* p. 22. & ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report. p. 3.

46. See: De Vattel, 2008, Chapter VIII. (Rules with Respect to Foreigners)

مقتضی به عنوان یک مؤلفه ضروری برای یک «حاکمیت خوب» نه تنها صرفاً در ارتباطات و تعاملات فراملی و در اینجا رفتار با بیگانگان، بلکه باید در قوانین داخلی و نسبت به شهروندان خود دولت نیز مورد رعایت و ملاحظه قرار گیرد.^{۴۷}

به شهادت گزارش نخست انجمن حقوق بین‌الملل در خصوص مراقبت مقتضی،^{۴۸} قاعده‌ای که وائل آن را مورد شناسایی قرار داد و اذعان نموده که مسئولیت و تأمین امنیت همه اتباع بیگانه تحت قلمرو برعهده حاکمیت گذارده شده، حاکمیت میزبان را دچار دردسر بزرگی کرده است. مخصوصاً حاکمیت‌هایی که تازه پای بر عرصه وجود گذاردند، این قابلیت و توانایی را نداشتند که همه مسئولیت‌های اعمال افراد خصوصی را که تحت حاکمیت آنها علیه بیگانگان مرتکب می‌شدند عهده‌دار شوند. این روند تا قرن نوزدهم استمرار یافت و در موارد مختلف مورد آزمایش قرار گرفت و از یک رویه نسبتاً غنی بهره‌مند شد.^{۴۹} اکنون وقت آن رسیده است که شرایط و ضوابطی مد نظر قرار گیرد تا اندکی مسئولیت دولت‌ها در قبال اعمال افراد خصوصی علیه اتباع بیگانه تعدیل شود. در نتیجه، این سؤال مطرح می‌شود که چه استانداردی از حمایت و محافظت اموال و اشخاص بیگانه در قلمرو سرزمینی دولت

۴۷. وائل عنوان فصل ششم کتاب خود را این‌گونه برگزیده است (Principal Objects of a Good Government; and First to Provide for the Necessities of the Nation (همچنین نک: عنوان فصل یازدهم را: Second Object of a Good Government) وی در بیان ویژگی‌های یک حاکمیت خوب، به مفهوم اهتمام، احتیاط و مراقبت، فراوان استناد جسته است. برای مثال، وی معتقد است باید دولت تمام اهتمام و مراقبت خود را معطوف داشته تا در همه زمان‌ها نیروی کار و کارگر لازم را در اختیار داشته باشد (Ibid, 126). علاوه بر این، وائل معتقد است دولت در حمایت از کشاورزان نیز باید مراقبت و اهتمام لازم را به کار بندد و دلایل خود را نیز برای این مطلب ذکر می‌کند (Ibid, 128). همچنین دولت را موظف به تأمین غلات و محصولات کشاورزی دانسته، بعد از آن بیان می‌دارد که دولت در مدیریت انبار غلات باید بالاترین اهتمام و کنترل (Great Care) را به کار بگیرد تا چنین انبارهایی مورد سوء استفاده و سودجویی واقع نشوند (Ibid, 130).

See: Be'la Kapossy, Richard Whatmore (Editors), Emer de Vattel, The Law of Nations or Principles of the Law of Nature (Liberty Fund, Inc. 2008).

48. See: ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report. p. 3.

۴۹. در ابتدا شکایات مربوط به رفتار با بیگانگان بر پایه نزاکت بین‌المللی و حفظ روابط دوستانه میان ملت‌ها مطرح و رسیدگی می‌شد، به تدریج دولت‌ها در معاهدات خود با سایر ملل، مقرراتی را برای حمایت از اتباع و دارایی‌های آنان گنجاندند. بر همین اساس، دولت‌ها شروع به استفاده از کمیسیون‌های دعاوی مختلط و محاکم داوری برای جبران خسارات ناشی از لطامات وارده به اتباع خود، که شهروند دولت‌های بیگانه محسوب می‌شدند، نمودند. همین فرایند دادرسی که عمدتاً اقدامات قضایی و آرایه با استناد به قواعد و اصول حقوق بین‌الملل را دربر داشت، اولین رویه قضایی راجع به مراقبت مقتضی را تشکیل داد (ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report. p. 3).

خارجی، از حاکمیت مذکور قابل انتظار است؟ به تعبیر دیگر، اصل تعهد دولت میزبان به اعمال ضابطه مراقبت مقتضی در قبال بیگانگان تحت قلمرو، مسلم شده و مورد شناسایی قرار گرفته است و آنچه در این برهه از زمان محل بحث و مناقشه قرار گرفته، حدود و ثغور ضابطه مراقبت مقتضی است.

۱.۲.۲. پرونده‌های حقوق اتباع (ایالات متحده علیه مکزیک)

گزارش نخست انجمن حقوق بین‌الملل اذعان می‌دارد که از بررسی پرونده‌های مرتبط با حقوق اتباع که اکثر آنها مربوط به ایالات متحده علیه مکزیک است می‌توان به معیارهایی عینی برای تعیین محدوده ضابطه مراقبت مقتضی دست یافت. معیارهای یادشده به قرار زیر است:

• میزان تاثیرگذاری و اثربخشی کنترل دولت بر مناطق خاصی از قلمرو سرزمینی خود

راجع به این مورد می‌توان پرونده وایپرمن^{۵۰} (ایالات متحده علیه ونزوئلا) را به‌عنوان شاهد مورد ملاحظه قرار داد؛ تبعه آمریکایی که در یکی از نقاط دورافتاده ساحلی ونزوئلا از سوی مردم بومی به قتل رسید و کمیسیون داوری مسئولیتی را متوجه دولت ونزوئلا ندانست.^{۵۱}

همچنین موردی که دولت مسئول دانسته شده، پرونده جینز^{۵۲} (ایالات متحده علیه مکزیک) است. جینز اهل ایالات متحده و سرپرست معدنی است که به دست یکی از کارگران اخراجی‌اش به قتل می‌رسد. پلیس محلی پنج دقیقه بعد از قتل از ماجرا مطلع شده، به صحنه جرم می‌رسد^{۵۳} درحالی که قاتل با پای پیاده فرار کرده است. تعلل پلیس بیش از یک ساعت به طول می‌انجامد تا مجرم از صحنه جرم متواری شده، از دسترس خارج

50. Wipperman

51. ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report. p. 3.

52. Byron Everett Janes

53. (...The Local Police Comisario was Informed of Janes's Death within Five_Minutes...) Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV, Decisions of Claims Commissions Mexico-United States, United Nations Publications. 1951, p. 82.

می‌شود. در موقعیت‌های متعدد دیگری نیز امکان دستگیری و مجازات مجرم فراهم می‌شود، ولی پلیس از انجام آن استنکاف نموده است. در این پرونده «علاوه بر مسئولیت داشتن فرد مرتکب قتل تبعه آمریکایی، دولت مکزیک هم به دلیل عدم ایفای تعهد خود مبنی بر تعقیب مجذانه^{۵۴} و مجازات متناسب^{۵۵} مرتکب، مسئول شناخته می‌شود»^{۵۶}.

این دو پرونده شاهد بر این مدعاست که توانایی و دسترسی دولت بر تعقیب، مجازات و یا حتی پیشگیری از جرم حائز اهمیت ویژه است و یکی از مؤلفه‌های مهم در ارزیابی تعهد دولت به ضابطه مراقبت مقتضی محسوب می‌شود. در پرونده اول، چون دولت امکان اعمال حاکمیت در منطقه‌ای را که جرم در آن واقع شده، نداشته است، از مسئولیت مبرا می‌شود. ولی در پرونده دوم، چون این توان را داشته که به تعقیب و مجازات بپردازد، ولی استنکاف ورزیده، مسئول شناخته شده است.

• میزان قابل پیش‌بینی بودن رخداد واقع شده

ذیل این عنوان می‌توان به پرونده چاپمن^{۵۷} (کنسول ایالات متحده آمریکا در مکزیک به سال ۱۹۲۷) اشاره کرد. چاپمن نامه‌ای تهدیدآمیز دریافت می‌کند که اگر حکم دو شخصی که در ایالات متحده به جرم قتل در معرض اعدام هستند اجرا گردد، کنسول‌گری ایالات متحده در مکزیکوسیتی به آتش کشیده خواهد شد و همه کارمندان آن نیز به قتل خواهند رسید. وی مراتب را به اطلاع پلیس و سایر مقامات امنیتی شهر می‌رساند تا حمایت لازم را صورت دهند. یک روز بعد از درخواست حمایت، فردی نقابدار وارد کنسول‌گری آمریکا در مکزیکوسیتی شده و گلوله‌ای به سینه چاپمن شلیک می‌کند. اگرچه وی از این سوء قصد

54. *Diligently Prosecuting*

55. *Properly Punishing*

56. Reports of International Arbitral Awards, *op. cit.* p. 82.

پرونده نیر (Paul Neer) نیز مضمونی مشابه با پرونده جینز دارد. نکته شایان ذکر اینکه در اکثر این پرونده‌ها داوران به تعبیری این چنین استناد نموده‌اند: فقدان مراقبت و فقدان تعقیب و رسیدگی هوشمندانه (Lack of Diligence and of Intelligent Investigation). نک: Ibid, p. 61. به تعبیر دیگر هر رسیدگی دولت را مبرا از مسئولیت مراقبت مقتضی نمی‌کند بلکه باید رسیدگی به نحوی صورت گیرد که مقید به قید هوشمندانه بوده و منطقی و معقول باشد. همچنین است تعبیر تعقیب مجذانه: *Diligently Prosecuting*

57. William E. Chapman. See: Reports of International Arbitral Awards, *op. cit.* p. 632. *Supra* note 52.

جان سالم به‌در می‌برد، ولی دولت مکزیک با وجود اعلام و اطلاع قبلی از وجود خطر، به جهت قصور در حمایت و متعاقب آن استنکاف از اجرای عدالت در حق مرتکب، مسئول شناخته می‌شود.

• اهمیت منافی که باید مورد حمایت و محافظت قرار گیرد.

پرونده چاپمن از این جهت که از مقام کنسولی بهره‌مند بوده و حمایت ویژه از وی مورد انتظار بوده است می‌تواند برای این ضابطه نیز شاهد مناسبی باشد. همچنان که گزارش نخست انجمن حقوق بین‌الملل نیز همین پرونده را به‌عنوان شاهد این ضابطه مثال زده است.^{۵۸} در خود پرونده نیز به جایگاه ویژه مدعی و لزوم اهتمام دولت مکزیک به این مسئله اشاره شده است.^{۵۹} در نتیجه، به اجمال می‌توان مدعی شد هرچه منافی که انتظار حمایت از آنها وجود دارد اهمیت بالاتری داشته باشند، میزان مسئولیت دولت در قبال آنها بیشتر خواهد بود.

با توجه به آنچه راجع به ضابطه مراقبت مقتضی ذیل عنوان حمایت از بیگانگان بیان گردید، این مهم حاصل شده است که مفهوم ضابطه مراقبت مقتضی مفهومی منعطف است که در پرونده‌ها و شرایط مختلف باید بر حسب خود پرونده لحاظ شود. با وجود این، از مجموع شرایط مرتبط، امکان استخراج معیارهایی عینی برای این ضابطه وجود دارد که به مواردی از آن اشاره شد.

۲.۲.۲. پرونده کشتی لوتوس

یکی از پرونده‌های شاخص دیگری که در بحث پیشینه ضابطه مراقبت مقتضی باید به آن اشاره شود پرونده کشتی لوتوس (فرانسه علیه ترکیه)^{۶۰} است. در حقیقت، این نظریه مخالف قاضی موور^{۶۱} در پرونده لوتوس است که این پرونده را مرتبط با ضابطه مراقبت

58. See: ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report, sub note n. 18.

59. (...The Commission has Also Considered the Subject of the Special Protection Due To A Consular Officer. That Matter is of Some Importance in the Instant Case, Since it is Contended that the Claimant was Entitled to Such Protection.) William E. Chapman. See: Reports of International Arbitral Awards, *op. cit.* p. 634.

60. SS Lotus (France v. Turkey) 1927 PCIJ.

61. Moore

مقتضی نموده است. فارغ از وقایع پرونده که شهرت و قدمت، آن را از توضیح بی‌نیاز ساخته است؛ قاضی موور معتقد است^{۶۳} ضابطه مراقبت مقتضی و رعایت آن در حفظ حقوق و منافع ملل دیگر، قاعده‌ای شناخته شده^{۶۴} و مورد قبول است^{۶۵}. استناد قاضی موور به تصمیم دادگاه عالی ایالات متحده (۱۸۸۷) راجع به جعل ارز خارجی است که این‌گونه بیان می‌کند: به‌خوبی ثابت شده است که یک دولت موظف و متعهد به مراقبت مقتضی است تا از ارتکاب اعمال جنایتکارانه علیه ملت یا مردم دیگر در قلمرو خود جلوگیری کند^{۶۶}.

۳.۲.۲. قضیه کانال کورفو

در این بین رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه کانال کورفو^{۶۷} نیز از اهمیت خاصی برخوردار است. گزارش اول انجمن حقوق بین‌الملل هم به مراقبت مقتضی اشاره دارد؛ گویا دیوان با این رأی در صدد وضع یک قاعده کلی حسن همجواری است^{۶۸}. دیوان معتقد است تعهد هر کشوری مبنی بر عدم استفاده آگاهانه از قلمرو خود برای اعمال خلاف حقوق (و منافع) ملل دیگر^{۶۹} از قواعدی است که به‌خوبی پذیرفته شده است. در واقع، نظر دیوان در این پرونده تشکیل‌دهنده یک قاعده کلی بین‌المللی است که در زمینه‌های مختلف حقوق بین‌الملل - اختصاصاً مواردی که مرتبط با اعمال ضابطه مراقبت مقتضی بوده - قابل پیاده‌سازی است. اگرچه دیدگاه مقابل این نظر که معتقد است نمی‌توان در خصوص محدوده مراقبت مقتضی یک ضابطه کلی بین‌المللی را مد نظر قرار داد و شرایط و ویژگی‌های هر

۶۲. شایان ذکر است که از دوازده قاضی مشارکت‌کننده در رسیدگی و صدور رأی برای پرونده یادشده، شش قاضی مخالف رأی صادره بودند؛ درنهایت به دلیل اینکه رئیس دیوان دائمی بین‌المللی (JUDGE MAX HUBER) میان موافقان بوده است، وفق بند دوم ماده ۵۵ اساسنامه دیوان، رأی قطعی و صادر شد. موور یکی از قضاتی است که نظریه مخالف خود را به پرونده ضمیمه کرده است.

63. Well Settled

64. See: Dissenting Opinion by Mr. Moore. Available at: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf (Last Visited: 17 Aug 2022). p. 88. (It is well Settled That a State is Bound to Use due Diligence to Prevent the Commission within its Dominions of Criminal Acts Against Another Nation or its People...)

65. *Ibid*, 89.

66. Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949: I.C. J. Reports 1949.

67. See: ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, p. 4.

68. ...Every State's Obligation not to Allow Knowingly its Territory to be Used for Acts Contrary to the Rights of Other States. (Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949: I.C. J. Reports 1949. p. 22)

پرونده باید به طور مستقل مورد بررسی و مذاقه قرار بگیرد هنوز در میان محققان جایگاه خودش را دارد.^{۶۹}

۳. ماهیت مراقبت مقتضی

در این بخش از مقاله بحث از ماهیت تعهداتی است که ذیل ضابطه مراقبت مقتضی بر دوش تابعان حقوق بین الملل قرار می گیرد. سخن در این مجال به مسائلی اختصاص دارد که پرده از چیستی این تعهدات برداشته است.

۱.۳. مراقبت مقتضی و ارزیابی عینی یا ذهنی

سؤال اصلی و مهمی که شاید دلیل اصلی پیچیدگی مفهومی مراقبت مقتضی باشد این است که با چه معیاری باید رفتار دولت در خصوص رعایت یا عدم رعایت ضابطه مراقبت مقتضی مورد سنجش قرار گیرد؟ آیا با یک چارچوب معین باید رفتار همه دولت ها را مورد ارزیابی قرار داد (معیار عینی) و یا شرایط موجود در پرونده و موضوع آن، معیار ارزیابی را تحت تأثیر قرار خواهد داد (ارزیابی نسبی). هر دو نظریه طرفداران خودش را دارد. برخی معتقدند عملکرد یک حاکمیت خوب و معقول در شرایط مشابه را باید معیار قرار داد و در صورتی که رفتار دولت مورد نظر با چنین حاکمیت فرضی مغایر یا متفاوت باشد، این دولت ناقض ضابطه مراقبت مقتضی شناخته می شود. در تأیید این دیدگاه می توان به بیان ۱۹۵۵ فریم در آکادمی لاهه استناد جست که مؤید همین مضمون است.^{۷۰}

از سوی دیگر برخی بر این اعتقادند که نمی توان یک معیار ثابت و عینی را مد نظر قرار داد و در همه شرایط آن را اعمال کرد. استدلال طرفداران نظریه ارزیابی ذهنی بر این است که نمی توان توانایی دولت ها و ابزار و شرایطی را که برای اعمال مراقبت مقتضی در اختیار دارند نادیده گرفت و همه آنها را با یک معیار واحد ارزیابی نمود و تعهد همه را به یک میزان

69. See: ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, p. 4. & Diligentia Quam in Suis (Rebus). Bartolini, p. 34. & Ampal-American Israel Corp. EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, and BSS-EMG Investors LLC, ICSID Case No. ARB/12/11. 2017. Para: 241, p. 54. (Due Diligence a Standard that must be Assessed According to the Particular Circumstances in Which the Damage Occurs.)

70. De. Brabandere, E. "Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law". *Journal of International Law and Commerce* 42, 2015: 355.

در نظر گرفت. برای مثال، نمی‌توان مسئولیت دولتی که حداکثر توانایی اعمال مراقبت مقتضی را دارد با دولتی که زیرساخت لازم برای اعمال چنین حمایت حداکثری را ندارد یکسان دانست. فرض کنید دولت «الف» از محدوده سرزمینی تحت حاکمیت دولت «ب» از سوی اتباع دولت «ج» هدف حمله سایبری قرار گیرد. دو حالت مفروض است اول اینکه دولت «ب» توانایی فنی مقابله با چنین حملاتی را داراست. فرض دوم این است که اساساً دولت «ب» که از سرزمینش علیه کشور ثالث (کشور الف) استفاده شده است زیرساخت فنی مقابله با چنین حمله‌ای را ندارد. با این توصیف نمی‌توان تعهدات هریک از این دو کشور را که در شرایط و با توانایی‌های متفاوتی در مقابله با اضرار به غیر هستند مشابه و برابر در نظر گرفت. در نتیجه می‌توان مدعی شد معیار ارزیابی نسبی، معیاری عادلانه‌تر به نظر می‌رسد.

برای تأیید این ادعا می‌توان به رأی پرونده تریل اسملتر^{۷۱} (ایالات متحده علیه کانادا) اشاره کرد. در این رأی قابلیت کانادا و ظرفیت موجود در این کشور برای کنترل آسیب‌های زیست‌محیطی مورد لحاظ قرار گرفته و از همین رو کانادا ناقض تعهد به مراقبت مقتضی تشخیص داده شده است.^{۷۲} به نظر می‌رسد لحاظ شرایط و موقعیت خاص پرونده و دولت، عاملی تأثیرگذار در میزان مراقبتی است که باید اعمال گردد.^{۷۳}

چنین معیار ارزیابی را می‌توان به معیار مسئولیت‌های مشترک و در عین حال متفاوت^{۷۴} دولت‌ها در حمایت از محیط زیست شبیه دانست. برای نمونه، به عنوان آخرین دلیل برای تأیید معیار ارزیابی ذهنی می‌توان به تعریف مقام بین‌المللی بستر دریا از مراقبت مقتضی استناد جست. نهاد یادشده در رأی مشورتی خود مراقبت مقتضی را معیاری می‌داند که به آسانی قابل تعریف نبوده، مفهومی متغیر است.^{۷۵} در نتیجه در تعریف و تعیین محدوده

71. Trail Smelter Dispute

72. See: Tim Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (United Kingdom: Cambridge University Press. 2009), p. 158.

۷۳. برای توضیح بیشتر راجع به اهمیت پرونده تریل اسملتر، نک: یابک و ثوقی فرد، «قضیه سمپاشی هوایی (اکوادور علیه کلمبیا) تریل اسملتر قرن بیست و یکم؟»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۴۷ (۱۳۹۲)، ص ۱۳۹-۱۵۸.

۷۴. محسن عبداللهی و سعیده معرفی، «اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، *پژوهش حقوق*، ش ۳۹ (۱۳۸۹)، ص ۲۰۱.

75. See: Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10. Para 117: (The Content of “due

تعهدات ذیل آن، باید شرایط پرونده مد نظر قرار گیرد.

۲.۳. مراقبت مقتضی و مسئولیت مطلق^{۷۶}

در این مجال سخن از محدوده تعهدات مراقبت مقتضی است. در حقیقت، مقایسه مراقبت مقتضی با مسئولیت مطلق به این بحث بازگشت دارد که تعهدات ذیل مراقبت مقتضی صرفاً تعهدات رفتاری است، فارغ از اینکه چه نتیجه‌ای به دنبال داشته باشد و یا گاهی تعهد به مراقبت مقتضی تعهد به نتیجه را نیز دربر می‌گیرد. در صورتی که معتقد باشیم تعهد به مراقبت مقتضی تعهد به نتیجه است، به تعبیری می‌توان گفت مراقبت مقتضی را همان مسئولیت مطلق پنداشته‌ایم.

اگرچه این مسئله تا حدودی روشن به نظر می‌رسد که مجموعه تعهدات ذیل ضابطه مراقبت مقتضی صرفاً تعهدات رفتاری بوده است، صرف نظر از اینکه نتیجه این اقدامات احتیاطی جلوگیری از وقوع نقض قواعد و مسئولیت‌های بین‌المللی باشد یا خیر، دولتی که عملکردی منطبق با این تعهدات داشته باشد، درحقیقت وظیفه خود را انجام داده است. بسیاری از اندیشمندان نیز به این مسئله تصریح دارند که تعهد به مراقبت مقتضی تضمین حصول نتیجه نیست، بلکه درنهایت انجام «بهترین تلاش»^{۷۷} در راستای تعهدات ذیل این ضابطه است.^{۷۸} ولی در این بین اندیشمندانی معتقدند مجموعه تعهدات مراقبت مقتضی، طیف گسترده‌ای از تعهدات هستند که در شرایطی تعهد به نتیجه را نیز شامل می‌شوند.^{۷۹}

در بیانی دیگر اگر تعهد به مراقبت مقتضی، تضمین حصول نتیجه پنداشته شود، درحقیقت وظیفه دولت - یا تابع حقوق بین‌الملل به معنای عام - وظیفه‌ای نامحدود تا حصول نتیجه مطلوب خواهد بود.^{۸۰} این در صورتی است که در بسیاری از موارد تضمین حصول

Diligence" Obligations may not Easily be Described in Precise Terms. Among the Factors that Make Such a Description Difficult is the Fact That "Due Diligence" is a Variable Concept. It May Change Over Time...)

76. Strict or Absolute Responsibility.

77. Best Effort.

78. Samantha Besson, *Due Diligence in International Law*, Translated by Sévrine Knuchel. (Leiden/Boston: Nijhof, 2023), p. 124.

79. Joanna Kulesza, *op. cit.* p. 265. Supra Note: 23.

80. Samantha Besson, *Due Diligence in International Law*, Translated by Sévrine Knuchel. (Leiden/Boston: Nijhof, 2023). p. 124.

نتیجه از اختیار دولتی که وظیفه اعمال مراقبت مقتضی را دارد خارج است. در نتیجه چنین مفهوم وسیعی از تعهدات ضابطه مراقبت مقتضی به‌نظر پذیرفته نبوده، تکلیف ما لایطاق است. اگرچه این نکته را نیز نباید از‌نظر دور داشت که اهمیت حقوقی که در معرض آسیب قرار دارند مسئولیت دولت‌ها در قبال مراقبت مقتضی در این امور را لاقلاً تا مرز مسئولیت مطلق پیش برده است.^{۸۱}

۳.۳. مراقبت مقتضی؛ قاعده اولیه رفتار یا ضابطه‌ای ثانویه مسئولیت

اولاً در برخی موارد تشخیص یک قاعده اولیه از ضابطه ثانویه پیچیدگی خاص خودش را دارد و به‌آسانی این تفکیک و تمییز ممکن نیست.^{۸۲} ثانیاً اینکه خود ماهیت ضابطه مراقبت مقتضی نیز به‌گونه‌ای است که به‌سادگی نمی‌توان آن را ذیل یکی از این دو عنوان گنجانید.^{۸۳} با این توصیف، اینکه تعهد به مراقبت مقتضی یک قاعده اولیه ماهوی است یا ضابطه ثانویه مسئولیت، با پیچیدگی دوچندان همراه بوده و البته نیازمند یک تحقیق مجزاست. بیان این مطلب در این مجال تنها گشایش این باب خواهد بود.

«قواعد اولیه»، قواعدی رفتاری یا ماهوی هستند که نقض تعهدات مندرج در آنها موجب مسئولیت مرتکب می‌گردد. در مقابل، «قواعد ثانویه» عبارت است از موازینی که پس از ارتکاب نقض تعهد اولیه شروع به کار نموده، بر طبق آنها تحقق فعل متخلفانه بین‌المللی، عوامل رافع تخلف و همچنین آثار و نتایج مسئولیت بین‌المللی جریان می‌یابد.^{۸۴}

از زمان ظهور ضابطه مراقبت مقتضی در حقوق بین‌الملل تا دهه ۱۹۷۰، سخنی از

81. See: Case of Talips v. Italy, ECHR, (Application no. 41237/14), 2 March 2017. Para: 128-129, Case Concerning to the Domestic Violence. & UNGA Res, A/RES/21/2222, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, Art: 6.

۸۲. سید جمال سیفی، حقوق مسئولیت بین‌المللی گفتارهایی در مسئولیت بین‌المللی دولت، (تهران: شهر دانش، چ ۲، ۱۴۰۱)، ص ۳۲.

83. See: Richard Mackenzie-Gray Scott, "Due Diligence as a Secondary Rule of General International Law", Leiden Journal of International Law, 34 (2021), p 343-372. & Heike Krieger, *op. cit.* p. 6. (Due Diligence Escapes the Categories of Primary and Secondary Rules of International Law). & Alice Ollino, *op. cit.* p. 266. (Part of the Elusiveness Surrounding due Diligence Obligations Stems From the Very Concept of due Diligence.)

۸۴. سید جمال سیفی، پیشین، ص ۲۹-۳۰.

تفکیک قواعد اولیه رفتار و ضوابط ثانویه مسئولیت در میان نبود و ضابطه مراقبت مقتضی نیز طبیعتاً با چنین رویکردی مورد لحاظ قرار نگرفته است. پس از طرح موضوع تفکیک قواعد اولیه و ثانویه از سوی روبرتو اگو^{۸۵} در سال ۱۹۷۰، مفهوم مراقبت مقتضی بیشتر تحت عنوان قواعد ثانویه مورد بررسی و تحلیل قرار گرفت.^{۸۶}

برای اینکه جایگاه ضابطه مراقبت مقتضی در خصوص قواعد ثانویه روشن شود باید به این نکته راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت اشاره نمود: آیا عنصر تقصیر^{۸۷} یا نیت خطاکارانه (قصور یا به‌طور کلی عنصر معنوی)، لازمه مسئول تلقی شدن یک دولت در عرصه بین‌المللی است؟ و یا صرف عمل خلاف قاعده بین‌المللی بدون نیاز به وجود تقصیر نیز موجبات مسئولیت بین‌المللی را فراهم می‌آورد؟^{۸۸} در صورتی که معتقد باشیم عنصر تقصیر یا قصور از جمله شرایط لازم برای تحقق مسئولیت بین‌المللی است تابع «نظام مسئولیت ذهنی» شده‌ایم. در مقابل اگر بر این نظر باشیم که مسئولیت صرفاً در پرتو نتیجه حاصله (نقض مسئولیت در حقوق بین‌الملل) محقق می‌شود و نیازی به بررسی و محرز شدن خطا، قصور و یا تقصیر مرتکب نیست، از «نظام مسئولیت عینی» تبعیت کرده‌ایم.^{۸۹} در نظام مسئولیت ذهنی (نظام مسئولیت مبتنی بر عنصر تقصیر)^{۹۰}، کشوری که مدعی شده آسیبی به حقوق یا منافعش رسیده است باید تقصیر یا سوء نیت مرتکب را اثبات نماید. به تعبیر دیگر، بار اثبات تقصیر برعهده کشوری است که در جایگاه قربانی قرار گرفته است. این درحالی است که در نظام مسئولیت عینی^{۹۱}، مسئولیت صرفاً به‌عنوان پیامد رفتار مغایر با یک تعهد بین‌المللی به‌وجود می‌آید. با این توصیف در نظام مسئولیت بین‌المللی بر مبنای تقصیر، ناقضان مسئولیت بین‌المللی به حداقل می‌رسند و در نظام مسئولیت بر مبنای خطا، خطر یا

85. Roberto Ago.

دومین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل (پس از گارسیا آمادور) در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت ۱۹۶۳ تا ۱۹۷۹

86. Heike Krieger, *op. cit.* p. 6.

87. Fault.

88. Riccardo Pisillo-Mazzeschi, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", In: Rene Provost (Editor), *State Responsibility in International Law* (London: Routledge. 2016), p. 97.

۸۹. سید جمال سیفی، پیشین، ص ۸۱.

90. Regime of Fault Responsibility.

91. Regime of Objective Responsibility.

ریسک (نظام مسئولیت عینی) مسئولیت دولت‌ها گسترش می‌یابد.^{۹۲}

از آنجا که نظام مسئولیت مبتنی بر عنصر تقصیر کارآمدی لازم را نداشته، چندان مورد قبول واقع نشده است.^{۹۳} رفته‌رفته ضابطه مراقبت مقتضی جایگزین عنصر تقصیر گردید؛ به این معنا که عدم رعایت ضابطه مراقبت مقتضی و سهل‌انگاری عملی به‌منزله جایگزینی برای عنصر معنوی- یعنی همان تقصیر- تلقی شده است. به تعبیر دیگر، عدم رعایت تعهدات ذیل ضابطه مراقبت مقتضی «تقصیر عینی»^{۹۴} محسوب می‌شود.^{۹۵} شایان ذکر است که همین جایگزینی سهل‌انگاری در عمل با عنصر سوء نیت درونی یا تقصیر، به کارآمدی هرچه بیشتر نظام مسئولیت بین‌المللی انجامیده است که با اندکی تأمل به مباحث بیان‌شده می‌توان به‌روشنی به آن پی برد.

از آنچه بیان شد، جایگاه ضابطه مراقبت مقتضی در میان قواعد ثانویه و تأثیر آن در نظام مسئولیت بین‌المللی به نحو اجمال روشن گردید. اما این مسئله بدان معنا نیست که ضابطه یادشده از حیطة قواعد اولیه رفتار خارج شده باشد. برخی از اندیشمندان بر این عقیده‌اند که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها برای اقدامات متخلفانه بین‌المللی (ARSIWA)^{۹۶} و طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر پیشگیری از آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک^{۹۷}، مراقبت مقتضی را در دسته قواعد اولیه رفتار به‌حساب آورده و نه ضوابط ثانویه مسئولیت.^{۹۸} علاوه بر این، می‌توان شواهدی اقامه نمود که قواعد و مقررات اولیه رفتاری چه به صورت صریح و چه ضمنی، مراقبت مقتضی را در شمار خود گنجانیده‌اند. به تصریح گزارش نخست انجمن حقوق بین‌الملل، از واژه مراقبت مقتضی و تصریح به آن در معاهدات بین‌المللی به‌ندرت می‌توان شواهدی یافت.^{۹۹} ازجمله

92. Pisillo-Mazzeschi, *op. cit.* p. 97.

93. *Ibid*, p 99-102.

94. Objective Fault

95. Heike Krieger, *op. cit.* p 6-7.

96. ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001), Yearbook of the International Law Commission 2001, Volume II Part Two.

97. Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2001), ILC YB II/2.

98. Alice Ollino, *op. cit.* p. 18.

99. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014. P. 6. (International Treaty Law Rarely Uses the Term 'Due Diligence').

همین موارد استثنایی، «کنوانسیون استانبول» یا «کنوانسیون شورای اروپا در مورد پیشگیری و مبارزه با خشونت علیه زنان و خشونت خانگی» است که در ماده ۵ خود مراقبت مقتضی را به عنوان تعهدی برای دولت‌های عضو تصریح نموده است.^{۱۰۰} شواهد بی‌شماری از معاهدات بین‌المللی می‌توان اقامه نمود که اگرچه به لفظ (Due Diligence) تصریحی ندارند، ولی با عبارات مشابهی چون «همه اقدامات لازم و مؤثر»^{۱۰۱}، «همه اقدامات لازم»^{۱۰۲}، «تعهد به پیشگیری»^{۱۰۳}، «اهتمام مقتضی»^{۱۰۴} و تعابیری از این دست، به صورت ضمنی کشورهای عضو را به رعایت این ضابطه متعهد دانسته‌اند.

چنین یافته‌ای به این معناست که مراقبت مقتضی در عداد قواعد اولیه رفتار درآمده و مورد شناسایی قرار گرفته است. در نتیجه، این ضابطه را نمی‌توان تنها ذیل یکی از قواعد اولیه رفتار و یا ضوابط ثانویه مسئولیت تقسیم‌بندی نمود و با نظر به توضیحاتی که بیان شد، در هردو زمینه جایگاه خاص خودش را داشته و نقش ایفا نموده است. این توضیح نه به این معناست که نمی‌توان مراقبت مقتضی را ذیل یکی از این دو عنوان گنجانید و مفهومی فراتر از این دسته قواعد دارد.

در بهترین توصیف می‌توان مراقبت مقتضی را استاندارد از رفتار دانست که مرتبط با برخی از قواعد اولیه است. به تعبیر دیگر ضابطه مراقبت مقتضی کیفیتی از رفتار است که برخی از تعهدات اولیه حقوق بین‌الملل الزاماً باید با این کیفیت خاص ادا گردند تا مسئولیتی را برای دولت مربوطه در این زمینه ایجاد نکنند.^{۱۰۵}

100. Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. Istanbul, 11.V.2011. Art: 5.
101. (All Appropriate and Effective Measures): Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 25 February 1991, 1989 UNTS 309, art: 2 (1).
102. (All Appropriate Measures): Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 17 March 1992, 1936 UNTS 269, art. 2 (1).
103. (Undertake to Prevent): Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A/RES/3/260. 9 December 1948. Art I.
104. (Due Regard): United Nations Convention on the Law of the Sea. (UNCLOS). 1982. Art 27, Para 4. Art: 39, Para 3 (a). & Art: 56, Para 2, Etc.
105. This Notion [Due Diligence] Merely a Standard of Conduct Applicable to Certain Primary Rules. Alice Ollino, *op. cit.* p. 266.

نتیجه

هوگو گروسیوس^{۱۰۶} پایه‌های فکری مفهوم مراقبت مقتضی را در قرن هفدهم بنیان نهاد. با وجود این، ضابطه مراقبت مقتضی تا قرن نوزدهم میلادی مسکوت ماند و از آن پس شروع به شکل‌گیری کرد و به‌عنوان یک تعهد و هم یک محدودیت، بر رفتار دولت اعمال شد. «وظیفه دولت‌های بی‌طرف در زمان مخاصمات» و «حمایت از اتباع و اموال بیگانگان» دو زمینه و بستر تبلور مفهومی این ضابطه در حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌آیند.

اگرچه هنوز مفهوم، ماهیت و محدوده تعهدات ذیل مراقبت مقتضی بحث‌برانگیز است و نمی‌توان مدعی شد حقوق بین‌الملل در این زمینه به یک چارچوب معنایی دقیق و تعهداتی مشخص دست یافته است، ولی موقعیت‌ها و پرونده‌های شاخصی در طول سالیان متمادی به‌وضوح به مفهوم و ماهیت این ضابطه کمک شایانی نموده‌اند. پیش‌گام این اتفاقات، دعاوی داوری آلاباماست که اولاً دولت‌ها را نسبت به اعمال افراد و موجودیت‌های تحت قلمرو نیز مسئول دانسته و از سوی دیگر گستره تعهدات مراقبت مقتضی را به چیزی بیش از تعهد یک کشور در قبال شهروندان خود مورد شناسایی قرار داده است.^{۱۰۷}

دعاوی سرمایه‌گذاری اتباع ایالات متحده در مکزیک نیز یکی دیگر از منابع مهمی است که به روشن شدن محدوده تعهدات مراقبت مقتضی کمک کرده است. به شهادت گزارش نخست انجمن حقوق بین‌الملل، از این سلسله دعاوی می‌توان معیارهایی عینی برای مراقبت مقتضی به‌دست داد که از قرار زیرند:

- میزان تأثیرگذاری و اثربخشی کنترل دولت بر مناطق خاصی از قلمرو سرزمینی خود؛
- میزان قابل پیش‌بینی بودن رخداد واقع شده؛
- اهمیت منافی که باید مورد حمایت و محافظت قرار گیرد.

106. Hugo Grotius

107. (Diligentia Quam in Suis) Versus due Diligence. Supra note 36.

با نظر به پرونده تریل /سملتر می توان توانایی ذاتی دولت در پیشگیری و یا به حداقل رساندن خطر نقض قواعد بین المللی را نیز به این سه عنوان افزود.

در نهایت، مراقبت مقتضی به گستره‌ای از تعهدات ذاتاً انعطاف پذیر اطلاق می شود که در هر شرایطی با توجه به لحاظ مؤلفه های توضیح داده شده، دولت متعهد به انجام آن خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. سیفی، سید جمال (۱۴۰۱). *حقوق مسئولیت بین‌المللی گفتارهایی در مسئولیت بین‌المللی دولت*، تهران: شهر دانش.

- مقالات

۲. حدادی، مهدی و مرادیان، بهرام (۱۳۹۸). مفهوم مراقبت بایسته در حقوق بین‌الملل و مقررات گروه ویژه اقدام مالی. *حقوقی بین‌المللی*، ۳۶ (۶۱)، ۱۶۵-۲۰۲.
۳. عبداللهی، محسن و معرفی، سعیده (۱۳۸۹). اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت در حقوق بین‌الملل محیط زیست. *پژوهش حقوقی*، ۱۲ (۲۹)، ۱۹۹-۲۲۴.
۴. مشهدی، علی و شاه‌حسینی، عطیه (۱۳۹۵). پیشگیری از خسارات زیست‌محیطی در پرتو طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر پیشگیری از آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک. *مطالعات حقوق عمومی*، ۴۶ (۲)، ۲۷۳-۲۹۵.
۵. وثوقی فرد، بابک (۱۳۹۲). قضیه سم‌پاشی هوایی (اکوادور علیه کلمبیا) تریل اسملتر قرن بیست و یکم. *حقوقی بین‌المللی*، ۲۹ (۴۷)، ۱۳۹-۱۵۸.

ب) منابع انگلیسی

- Books

6. Besson, Samantha (2023). *Due Diligence in International Law*, Translated by Sévrine Knuchel, Leiden/Boston: Nijhof,
7. Benninger-Budel, Carin (2008). *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Leiden/Boston: Nijhof.
8. Kapossy, Be'la, Richard Whatmore (Editors), (2008). *Emer de Vattel, The law of Nations or Principles of the Law of Nature*, Liberty Fund, Inc.
9. Krieger, Heike, Anne Peters & Leonhard Kreuzer (Editors), (2020).

Due Diligence in the International Legal Order, United Kingdom: Oxford University Press.

10. Ollino, Alice (2022). ***Due Diligence Obligations in International Law***, United Kingdom: Cambridge University Press.
11. Provost, Rene (Editor), (2016). ***State Responsibility in International Law***, London: Routledge.
12. Stephens, Tim (2009). ***International Courts and Environmental Protection***, United Kingdom: Cambridge University Press.
13. Trampus, Antonio (2020). ***Emer de Vattel and the Politics of Good Government, Constitutionalism, Small States and the International System***, Palgrave Macmillan.

- Articles

14. Bingman, Tom (2005). The Alabama Claims Arbitration. ***International and Comparative Law Quarterly***, vol. 54, 1-25.
15. Bonnitcha, Jonathan, McCorquodale, Robert (2017). The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. ***European Journal of International Law***, vol. 28, 899-919.
16. J. Kulsrud, Carl (1935). Armed Neutralities to 1780. ***The American Journal of International Law***, vol. 29, 423-447.
17. De Brabandere, Eric (2015) Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law. ***Syracuse Journal of International Law and Commerce***, vol. 42, 320-360.
18. Hessbruegge, Jan (2004). The Historical Development of the Doctrines of Arbitration and Due Diligence in International Law. ***New York University Journal of International Law and Politics***, vol. 36, 1-33.
19. Pisillo-Mazzeschi, Riccardo (2016). The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States. in: Provost, Rene (Editor), ***State Responsibility in International Law***, London: Routledge.
20. Samuel Katja (2018). The Legal Character of Due Diligence:

Standards, Obligations, or Both? *Central Asian Yearbook of International Law*, vol. 1. [Http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264764](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264764)

21. Kulesza, Joanna (2021-2022). Human Rights Due Diligence. *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 30, 265-289.
22. Mackenzie-Gray Scott, Richard (2021). Due Diligence as a Secondary Rule of General International Law. *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, 343-372.
23. Barnidge, Robert (2006). The Due Diligence Principle under International Law. *International Community Law Review*, vol. 8, 81-121.

- Documents and Electronic Resources

24. Ampal-American Israel Corp. EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, and BSS-EMG Investors LLC, ICSID Case No. ARB/12/11. 2017.
25. Case of Talips v. Italy. ECHR, (Application no. 41237/14). 2 March 2017.
26. Convention (XIII) Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War. The Hague, 18 October 1907.
27. Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C. J. Reports 1949.
28. Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. Istanbul, 11.V.2011.
29. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 25 February 1991, 1989 UNTS 309.
30. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A/RES/3/260. 9 December 1948.
31. Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, 17 March 1992, 1936 UNTS 269.

32. Dissenting opinion by Mr. Moore. Available at: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf (Last visited: 17 Aug 2022)
33. Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2001). ILC YB II/2.
34. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; First Report, 7 March 2014.
35. ILA Study Group on Due Diligence in International Law; Second Report, July 2016.
36. ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001).
37. Reports of International Arbitral Awards, Volume IV, Decisions of Claims Commissions Mexico-United States, United Nations Publications. 1951.
38. Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011.
39. SS Lotus (France v. Turkey) 1927 PCIJ. Available at: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice-/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. (Last visited: 10 Aug 2022)
40. Treaty of Washington of 8 May 1871.
41. United Nations Convention on the Law of the Sea. (UNCLOS). 1982.
42. UNGA Res. A/RES/21/2222, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies.
43. <https://www.britannica.com/topic/due-diligence>. (Last visited: 17 Aug 2022)



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 141-167

A Comparative Study of Public Participation Instruments in Determining the Content of the Constitution

Zahra Ameri¹| Masoumeh Ameri²

1. Assistant Professor, University of Bojnourd, Iran (Corresponding Author)

z.ameri@ub.ac.ir

2. Assistant Professor, University of Gonabad, Iran

amerim@alumni.ut.ac.ir

Abstract

Legislators and political elites play a major role in deciding the quality and content of the Constitution. However, now there are different methods to give more effectiveness to the position and role of the people in determining the content of the constitution, to avoid the constitution that only reflects the views of legislators and elites, strengthen the possibility of drafting and approving a new constitution with a high degree of public legitimacy. The focus of this research, which was done in a library method and with a descriptive-analytical view, is to suggest opportunities to make the process of people's participation more realistic in the stage of determining the content of the Constitution. The findings of the research show that while there is no single model for how to use public participation in the process of determining the content of the constitution, a combination of methods including requests for submissions and comments, Surveys or questionnaires, face-to-face meetings, consultative referendums, and advisory boards can be used according to circumstances to ensure that as many people are given the opportunity to participate. In addition, although public participation in constitution making is today an almost universal norm associated with legitimacy, peace, and democratic outcomes, it also carries risks. If the manner and extent of effectiveness of public votes in determining the content of the law has not been determined legally can undermine the legitimacy of the process and lead to disagreements or challenges in drafting the final text of the law. In order to achieve the best result, it is inevitable to formulate laws that specify the mechanisms and methods of its realization in a transparent manner and by requiring the use of public participation.

Keywords: Constitution, drafting of Constitution, the content of law, public participation, democracy.

Received: 2023/06/28 Received in revised form: 2024/04/06 Accepted: 2024/04/22 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.57310.3288

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





مطالعه تطبیقی سازوکارهای مشارکت عمومی

در تعیین محتوای قانون اساسی

زهره عامری^۱ | معصومه عامری^۲

z.ameri@ub.ac.ir

amerim@alumni.ut.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه بجنورد، ایران (نویسنده مسئول)

۲. استادیار مجتمع آموزش عالی گناباد، ایران

چکیده

قانون‌گذاران و نخبگان سیاسی در تصمیم‌گیری در خصوص کیفیت و محتوای قانون اساسی نقش عمده‌ای ایفا می‌کنند. با این حال، اکنون شیوه‌های متفاوتی به‌منظور اثربخشی بیشتر به جایگاه و نقش مردم در مرحله تعیین مفاد قانون اساسی - به‌عنوان یکی از مراحل چهارگانه فرایند وضع قانون - وجود دارد تا از وضع قانون اساسی که صرفاً منعکس‌کننده دیدگاه‌های قانون‌گذاران و نخبگان است اجتناب شود و امکان تدوین و تصویب قانون اساسی جدید را با درجه بالایی از مشروعیت عمومی تقویت کند. تمرکز این پژوهش که به روش کتابخانه‌ای و با نگاهی توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است بر پیشنهاد فرصت‌هایی برای واقعی‌تر کردن فرایند مشارکت مردمی در مرحله تعیین محتوای قانون اساسی است. یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد درحالی که هیچ الگوی واحدی در خصوص نحوه بهره‌گیری از مشارکت عمومی در جهت تعیین محتوای قانون اساسی وجود ندارد، ترکیبی از روش‌ها شامل ارسال پیشنهادهای، نظرسنجی، جلسات حضوری، همه‌پرسی مشورتی و هیئت‌های مشورتی می‌تواند با توجه به شرایط، مورد استفاده قرار گیرد تا اطمینان حاصل شود که به افراد زیادی فرصت مشارکت برای اظهار نظر در خصوص مفاد مطلوب قانون اساسی داده می‌شود. مشارکت در این مرحله گرچه با مشروعیت و پیامدهای دموکراتیک مرتبط است، اما خطرهایی را نیز به‌همراه دارد. چنانچه در تعیین محتوای قانون نحوه و میزان اثربخشی به آرای عمومی به وجه قانونی مشخص نشده باشد، می‌تواند مشروعیت فرایند را تضعیف کند و به اختلاف و یا ایجاد چالش در تدوین متن نهایی قانون از سوی مراجع صالح منجر شود. برای حصول بهترین نتیجه، تدوین قوانینی شفاف اجتناب‌ناپذیر است که علاوه بر الزامی ساختن بهره‌گیری از مشارکت عمومی، سازوکارها و شیوه‌های تحقق مشارکت عمومی را در تعیین محتوا مشخص نماید.

واژگان کلیدی: پیش‌نویس قانون اساسی، دموکراسی، قانون اساسی، محتوای قانون، مشارکت عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.57310.3288



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

قانون اساسی اُس اساس سازماندهی حکومت است و حکومت سازوکاری است که جامعه از طریق آن امکان اعمال قدرت سیاسی، اداری و قضایی را به منظور تضمین نظم و قانون، حمایت از حقوق مردم و ارتقای آن فراهم می‌آورد. از آنجا که مفهوم حاکمیت مردم جایگزین سایر باورها در مورد منبع نهایی مشروعیت حکومت شده است، قانون اساسی به عنوان قراردادی بین مردم در مورد نحوه اداره جامعه تلقی می‌شود. البته در مواردی ممکن است مردم هیچ نقش اساسی در تصمیم‌گیری یا تأثیرگذاری بر تصمیمات مربوط به قانون اساسی نداشته باشند؛ با این حال، با توجه به مفهوم حاکمیت مردم، تمایل و گاهی اجبار برای ترویج مشارکت مردم در فرایندهای مرتبط با قانون اساسی وجود دارد؛ چراکه این قانون تضمین‌کننده نظم، امنیت، آسایش عمومی، حقوق و آزادی‌های فردی است و چتر آن بر سر همگان برافراشته است و کسانی که در سایه قانون اساسی زندگی می‌کنند نمی‌توانند نسبت به چند و چون قواعد آن بی‌تفاوت باشند.^۱ حق بر تعیین سرنوشت و حق مشارکت در اداره امور عمومی، پایه و اساس قانونی را برای مشارکت شهروندان در جریان شکل‌گیری یا اصلاح قانون اساسی فراهم می‌کند. ماده ۲۵ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی حق مشارکت در امور عمومی را به رسمیت شناخته است. کمیته حقوق بشر سازمان ملل در نظر خود در تفسیر ماده ۲۵ میثاق اعلام کرده است که حق مشارکت در امور عمومی به موجب میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به مرحله تدوین قانون اساسی نیز تسری می‌یابد. تدوین قانون اساسی نه تنها جنبه‌ای از امور عمومی است، بلکه سازوکاری است که شهروندان می‌توانند از طریق آن در تعیین وضعیت سیاسی دولت و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آن مشارکت داشته باشند.^۲ اگر این نظر پذیرفته شود در این صورت، تنها موضوع مورد بحث این است که چگونه این حق می‌تواند از طریق رویه‌هایی منصفانه، کارآمد و مؤثر اجرا شود.

۱. ناصرعلی منصوریان و علی ملازاده، «سازوکارهای ناظر بر صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۲۶۸.

2. Laurele Miller, "Designing Constitution-Making Processes Lessons from the Past, Questions for the Future," in: Laurel E. Miller & Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition, Case Studies in Constitution Making*, (Washington DC: United States Institute of Peace Press, 2010), p. 635

از نیمه دوم قرن بیستم، افزایش قابل توجهی در سطح مشارکت عمومی در فرایندهای مرتبط با قانون اساسی ایجاد شده است. از نیکاراگوئه در دهه ۱۹۸۰ تا افریقای جنوبی در دهه ۱۹۹۰ و از تیمور شرقی در دهه ۲۰۰۰ تا ایسلند در اوایل دهه ۲۰۱۰، قانون‌گذاران در تلاش برای تهیه منشورهای ملی که از حداکثر مشروعیت و مالکیت ملی برخوردار بوده، منعکس‌کننده واقعی نیازها و آرزوهای مردم باشد، به میلیون‌ها شهروند رسیده‌اند.^۳ در همین زمینه حکم دادگاه عالی کانادا در سال ۱۹۹۸ در مورد جدایی کبک - که تأثیرگذاری آن فراتر از مرزهای کانادا بود - قابل توجه است که گفتگو در مورد مسائل قانون اساسی را وظیفه ایالت و شهروندان قرار داده است.^۴ با توجه به اینکه مشارکت یک عنصر تقریباً استاندارد در قانون اساسی مدرن است، سؤال کلیدی برای تصمیم‌گیرندگان این نیست که آیا مردم را درگیر کنند یا خیر، بلکه این است که چگونه و در چه مراحل و به چه روش‌هایی آنها را درگیر کنند. سنتی‌ترین نظریه قانون اساسی بر نقش مردم به‌عنوان بنیان‌گذار قوانین اساسی دموکراتیک از طریق کانال‌های غیرمستقیم مشارکت شهروندان تأکید می‌کند. این نظریات اغلب به یک اصل بنیادی اشاره دارد که مشارکت می‌تواند از سوی مجاری نمایندگی تأمین شود، مانند انتخاب مجلس مؤسسان یا تصویب قانون اساسی از طریق کنوانسیون‌های منتخب. اما در نظریات دیگر، مدافعان معاصر قانون اساسی مشارکتی، ایده تألیف مردمی را مطرح می‌کنند و مدعی هستند به‌موازات تغییر درک در مورد هدف و اهمیت قوانین اساسی و فرایندهای اصلاح قانون اساسی، به مشارکت واقعی و مستقیم و نه غیرمستقیم شهروندان در ایجاد یا تغییر قانون اساسی نیاز است.^۵ امروزه شهروندان عموماً انتظار دارند که در مراحل مختلف طراحی و شکل‌گیری قانون اساسی با آنها مشورت شود و طراحان فرایندها، مشارکت مردم را به شیوه‌های مختلف و در مراحل مختلف فرایند ایجاد یا اصلاح قانون اساسی لحاظ کنند.

3. Jason Gluck & Brendan Ballou, "New Technologies in Constitution Making", Special Report No. 343 (Washington DC: United States Institute of Peace, 2014), p. 2.

4. Vivien Hart, "Constitution Making and the Right to Take Part in Public Affairs". In: Laurel E Miller, and Louis Aucoin (eds.), *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, (Washington DC: United States Institute of Peace Press, 2010), p. 28.

5. Gabriel Negretto, "Constitution-Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites", *International Journal of Constitutional Law*, No. 1 (2020), p. 208.

در این مسیر، ایجاد تفکیک اساسی بین مراحل مختلف شکل‌گیری قانون اساسی برای ترسیم نحوه مشارکت مردم مفید است. دیدگاه‌های متفاوتی در این خصوص وجود دارد، اما رایج‌ترین تقسیم‌بندی، ساختار اساسی یک الگوی تاحدودی مطلوب از فرایند شکل‌گیری قانون اساسی را می‌توان به چهار مرحله تقسیم کرد: مرحله شروع (تصمیم به ایجاد یا اصلاح قانون اساسی)، مرحله تعیین دستور کار، مرحله تعیین محتوا و تدوین متن، و مرحله تأیید و تصویب. بسته به زمان و نحوه مشارکت، مردم می‌توانند چندین نقش متفاوت را در هریک از این مراحل ایفا نمایند. آن‌ها می‌توانند در مرحله شروع به عنوان مبتکران پروژه ایجاد یا اصلاح قانون اساسی عمل کنند؛ برای مثال از طریق ابتکار عمومی برای اصلاح قانون اساسی با جمع‌آوری امضا به طور رسمی، از طریق تقاضاهای غیررسمی برای تغییر قانون اساسی با استفاده از فعالیتهای مدنی پایدار، و نیز از طریق اعتراضات مردمی یا بسیج توده‌ای.

مرحله تنظیم دستور کار و طراحی فرایند، شامل تصمیمات فرایندی و اساسی است. مسائل فرایندی شامل ایجاد نهادها و رویه‌هایی است که در مورد قانون تصمیم‌گیری می‌کنند. در این مرحله، مردم می‌توانند به عنوان انتخاب‌کنندگان یک نهاد واضح قانون اساسی ظاهر شوند که وظیفه‌شان انتخاب اعضای مجلس یا مجمعی است که نقش پیش‌برنده مراحل مختلف فرایند را برعهده می‌گیرد. در مرحله تعیین محتوا به منظور تدوین پیش‌نویس، نقش مردم به عنوان مشارکت‌کنندگان در ارائه دیدگاه‌هایی در مورد محتوای قانون اساسی قابل توجه است و در نهایت مردم به عنوان تصویب‌کنندگان متن نهایی قانون اساسی از طریق رأی‌گیری می‌توانند در فرایند قانون اساسی مشارکت داشته باشند.

این مقاله با تکیه بر مطالعات تطبیقی و تحقیقات کتابخانه‌ای به دنبال بررسی آشکال و کارکردهای مشارکت عمومی در بخشی از مرحله سوم این فرایند- تعیین مفاد قانون اساسی- است که چنان که گفته شد مشارکت در تعیین محتواست. در تبیین روشن‌تر، وقتی از تعیین مفاد صحبت می‌شود، بایستی بین روند تصمیم‌گیری در مورد محتوای قانون

6. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building: What, When, How and Why? (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance Policy, Paper No. 24 (2021), p. 20-30.

اساسی و روند نوشتن یا تدوین آن تمایز قائل شد. نوشتن متن به‌طور معمول باید به پیش‌نویس‌نگاران قانونی واگذار شود که در مورد ساختار قانون اساسی و زبان متن تصمیم می‌گیرند. بیان اصطلاحات قابل درک حقوقی نیاز به دقت و تخصص دارد. پیش‌نویس‌نگاری برای بسیاری از مردم ممکن نیست. مهم این است که پیش‌نویس‌نگارانی انتخاب شوند که تجربه تهیه اسناد قانون اساسی را داشته باشند که از بسیاری جهات با قوانین عادی متفاوت است. بنابراین مراد از مرحله تعیین محتوا، مرحله نوشتن و تدوین قانون نیست، بلکه تصمیم‌گیری در مورد محتوای آن قبل از تدوین و تصویب نهایی است. به عبارتی این مرحله، شامل تبیین محتوای پیش‌نویس یا اصلاحیه جدید، تصمیم‌گیری مشورتی درباره محتوای آن و تعیین اولیه مفاد آن قبل از تصویب نهایی است. این یک مرحله طولانی و پیچیده است که بسته به زمینه، می‌تواند به چند مرحله فرعی تقسیم شود و یک یا چند نهاد قانون اساسی را درگیر کند. استدلال اساسی آن است که قانون اساسی قرار است بین منافع مختلف (مانند مرد و زن، فقیر و ثروتمند، شهری و روستایی، احزاب سیاسی مختلف) آشتی دهد. اگر قرار است قانون اساسی یک قرارداد اجتماعی بین جوامع مختلف باشد که به‌عنوان جوامع قومی، زبانی، فرهنگی و یا مذهبی شناخته می‌شوند، این جوامع نیز باید در فرایند تدوین پیش‌نویس قانون اساسی گنجانده شوند؛ با این فرض که آنها منافع متفاوتی را نمایندگی می‌کنند که باید در این فرایند به آنها فضا برای بیان دیدگاه‌هایشان داده شود.^۷

۱. ارزیابی اثر مشارکت

هنوز در مورد تأثیر مشارکت عمومی بر قانون، هم از نظر متن و هم در مرتبه بالاتر، از نظر تأثیر آن بر نظام سیاسی اختلاف نظر وجود دارد.^۸ ارزیابی این اثر در مرحله تدوین محتوای قانون آسان نیست. اثر مثبت یا منفی مشارکت در این مرحله را می‌توان با ارجاع به عوامل مختلفی از جمله درصد تأثیر مشارکت بر نتیجه یعنی محتوای قانون اساسی، حل و

7. Melanie Allen, Elliot Bulmer, Tom Ginsburg, Jason Gluck, Yasuo Hasebe, Yuhniwo Ngege, Roberto Toniatti, *Constitution Building: A Global Review* (2013), (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014), p. 4.

8. Abak Saati, "Constitution-Building Bodies and the Sequencing of Public Participation", *Journal of Politics and Law*, No. 3 (2017), p. 4.

فصل یا ایجاد مناقشه، اتحاد یا نفاق ملی، مشروعیت قانون اساسی، و تأثیر آن بر آگاهی و توانمندسازی مردم، مورد ارزیابی قرار داد.

تحقیقات محدودی در مورد این مسائل و موضوعات دیگر انجام شده و تحقیقات بیشتر، به‌ویژه از نوع میدانی و تجربی، ضروری است. در اینجا به ارائه ادله یا ادعاهای اصلی موافقان و منتقدان مشارکت عمومی می‌پردازیم.

۱.۱. فواید مشارکت

مشارکت مردمی در مرحله تدوین می‌تواند نیروهای اجتماعی مختلف را به گفتگو بکشانند، مشروعیت متن قانون اساسی را افزایش دهد و به افزایش دوام و پذیرش آن از سوی گروه‌های مختلف اجتماعی کمک کند.^۹ اگر در طول روند تدوین قانون اساسی اجازه اظهار نظر داده نشود، عموم مردم به قانون اساسی به‌عنوان یک سند مشروع نگاه نخواهند کرد و این امر به نوبه خود اجرای قانون اساسی را دشوار خواهد کرد.^{۱۰} بحث‌ها یا مشورت‌های نخبگان عموماً بر رسیدگی به نگرانی‌های امنیتی، سیاسی و اقتصادی نخبگان متمرکز است. چنین تمرکز محدودی در طول تدوین قانون اساسی می‌تواند باعث شود که پیش‌نویس‌نگاران فرصت ارائه راه‌حل‌های مؤثر حاکمیتی را از دست بدهند. مشارکت کسانی که معترض‌اند، کسانی که مشکلات را تجربه می‌کنند و کسانی که جزء گروه‌های به‌حاشیه رانده‌شده‌اند، می‌تواند به ظهور انواع توصیه‌ها، پیشنهادها و راه‌حل‌ها بینجامد.^{۱۱} این مشارکت می‌تواند کیفیت محصول نهایی قانون اساسی را بهبود بخشد و تضمین کند که اصول قانون اساسی که از سوی پیش‌نویس‌نگاران در متنی جامع تدوین می‌گردد منعکس‌کننده نیازها و ترجیحات مردم است. در فضای مشارکت راه‌حل‌ها و رویکردهای نوآورانه برای مشکلات می‌تواند پدیدار شود که از نظر کیفی بهتر از راه‌حل‌ها و رویکردهای توسعه‌یافته در

9. Hanna Lerner and David Landau, "Introduction to Comparative Constitution Making: The State of the Field (2019)" In David Landau & Hanna Lerner, *Elgar Handbook of Comparative Constitution Making*, (uk: Edward Elgar Press, 2007), p. 11.

10. Julius O. Ihonvbere, "How to make an undemocratic constitution: the Nigerian example", *Third World Quarterly*, No. 2 (2000), p. 345.

11. Angela M.Banks, "Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities", *William & Mary Law Review*, No. 4 (2008), p. 1050.

محیط‌های نخبه یا انحصاری هستند^{۱۲}. پیامدهای آموزشی مشارکت نیز در دفاع از آن مورد استناد است. حامیان مشارکت عمومی در قانون اساسی استدلال می‌کنند که مشارکت در تدوین قانون اساسی باید به‌عنوان آموزش دموکراسی و فرصتی برای شرکت‌کنندگان در یادگیری و درک حقوق اساسی خود تلقی شود^{۱۳}.

۲.۱. مخاطرات مشارکت

انتقاد از مشارکت عمومی هم بر کیفیت مشارکت و هم بر نیاز به مدیریت و خطرهایی که از آن ناشی می‌شود متمرکز است. مشارکت در تعیین مفاد پیش‌نویس ممکن است به دلیل گستره مسائلی که از مشاوره عمومی ظاهر می‌شود و به سبب تعداد گروه‌هایی که به دنبال اثرگذاری بر قانون هستند، منجر به تناقض در تدوین نهایی متن قانون اساسی شود و تأثیرات نامطلوب و بالقوه معکوس بر قانون اساسی جدید و عملکرد دموکراتیک داشته باشد. توضیح آنکه در فرایندهای مشارکتی نقش کارشناسان اغلب به حاشیه می‌رود. هنگامی که مردم احساس مالکیت بر فرایند را به‌دست می‌آورند، تمایل دارند توصیه‌های حرفه‌ای (که اغلب ریشه در سنت‌های محافظه‌کارانه دارند) را نادیده بگیرند، حتی آنها را ناچیز بشمرند. همچنین، این امر ممکن است به غفلت از قواعد احتیاط‌آمیزی منجر شود که برای ادامه حیات قوانین اساسی ضروری است. ممکن است آسیب خاصی به دلیل باری که برای برآوردن منافع مختلف بر دوش آن گذاشته شده است، بر کارایی قانون اساسی وارد گردد^{۱۴}. فشارها برای پذیرش نظر مردم منجر به قوانین اساسی پیچیده و جاه‌طلبانه می‌شود که دولت ممکن است توانی برای تحقق آنها نداشته باشد^{۱۵}. خطر دیگر این است که در جوامعی که بر اساس خطوط هویت سیاسی تقسیم شده‌اند، مشارکت مردمی ممکن است به طرح موضوعاتی پیرامون مباحث قومی منتهی شود تا موضوعات ملی، و احتمال تشدید اختلافات

12. David Landau, "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review*, No. 5 (2013), p. 933.
13. Kirsti Samuels, "Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making", *Chicago Journal of International Law*, No. 2 (2006), p. 667.
14. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai and Anthony Regan, *Constitution-making and Reform: Options for the Process*, (Switzerland: Interpeace pub, 2011), p. 90.
15. Yash Ghai & Guido Galli, "Constitution Building Processes and Democratization", in Judith Large, Timothy D. Sisk, *Democracy, Conflict and Human Security: Further Readings*, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2006), p. 240.

قومی، زبانی، فرهنگی و مذهبی را در فرایند مشارکت بالا ببرد.^{۱۶}

مشارکت گسترده ممکن است ایجاد مواضع سازش آمیز و اجماع سیاسی لازم را به منظور پذیرش متن برای نخبگان مذاکره کننده دشوارتر سازد؛ به گونه ای که مشارکت مردم در برخی موارد به عنوان یک مانع و عامل تأخیر به شمار رفته است که نه تنها موجب بی ثباتی فرایند تأسیس قانون اساسی شده، بلکه خبرگان قانون اساسی را از توافق بر موضوعات بنیادین و محوری نیز بازداشته است.^{۱۷} این فرایندها زمان بر و هزینه بر هستند و ظرفیت سازمانی بیشتری را می طلبند. آموزش مدنی و مشاوره عمومی روند مذاکره و تدوین قانون اساسی را طولانی تر می کند، نه تنها به دلیل زمان مورد نیاز برای انجام خود آموزش و مشاوره های مدنی، بلکه به دلیل تعداد زیادی از دیدگاه هایی که باید برای دستیابی به توافق یا سازش با هم هماهنگ شوند.^{۱۸}

نتیجه آنکه گرچه مزایای آشکاری برای مشارکت عمومی مانند افزایش مشروعیت قانون، تعدیل آرای سیاست گذاران و نخبگان و تقویت وحدت ملی وجود دارد، اما خطر مشارکت عمومی نیز واقعی است. چالش این است که از خطرهایی چون قومی شدن عقاید، پوپولیسم و بی ثباتی اجتناب شود؛ در غیر این صورت، روند تدوین قانون اساسی به شکل دیگری از سیاست تبدیل خواهد شد و نه یک فرایند مشورتی که باعث ایجاد اجماع و آشتی شود.

۲. سازوکارهای مشارکت عمومی در تهیه پیش نویس قانون

همه پرسی، انتخابات و مشاوره، سه سازوکار رایج مشارکت در تمام مراحل تدوین و وضع قانون اساسی است. همه پرسی معمولاً در پایان یک فرایند برای تأیید یا رد پیش نویس

16. Markus Bockenforde, Nora Hedling, Winluck Wahiu, *A Practical Guide to Constitution Building*, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2011), p. 16.

۱۷. حسین خلف رضایی و مصطفی منصوریان، «بایسته های حاکم بر فرایند تدوین و تصویب قانون اساسی. مطالعه موردی قانون

اساسی جمهوری اسلامی ایران»، آموزه های حقوقی گواه، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۹.

18. Jason Gluck & Michele Brandt, *Participatory and Inclusive Constitution-Making: Giving Voice to the Demands of Citizens in the Wake of the Arab Spring*, (Washington DC: United States Institute of Peace, 2015), p. 15.

پیشنهادی رخ می‌دهد و نتیجه آن می‌تواند الزام‌آور یا اختیاری باشد. مشارکت از طریق انتخاب نمایندگان نیز بسیار متداول است. در این روش، فرصت افراد، غالباً محدود به انتخاب نمایندگانی در مجلس مؤسسان یا نهادهای واضع قانون است.^{۱۹} مشاوره اما یک جریان دوطرفه ارتباطی است که ممکن است یک فرایند یک‌مرحله‌ای یا یک گفتگوی مداوم^{۲۰} باشد و به شکل فزاینده‌ای در مرحله تعیین محتوای قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد. هدف از مشاوره، گرفتن اطلاعات و بازخورد از مردم در مورد قانون اساسی و هرگونه تغییرات پیشنهادی در قانون اساسی است. در این روش، مبتکران فرایند، شکل توسعه‌یافته‌تری از ارتباطات را ایجاد می‌کنند و نه تنها راه‌هایی برای گرفتن بازخورد، بلکه انواع مختلفی از سازوکارها را فراهم می‌آورند که نهادهای قانون‌گذار را قادر می‌سازد تا با افرادی که بازخورد ارائه کرده‌اند ارتباط برقرار کنند و سؤالات بیشتری درباره ایده‌هایشان بپرسند.^{۲۱} به‌طور فزاینده‌ای، اسناد قانونی ایجاد یا مقررات‌گذار فرایندهای قانون اساسی (مانند قانون اساسی موقت، اساسنامه، فرمان ریاست جمهوری، قانون پارلمان، یا آیین‌نامه داخلی مجلس مؤسسان) فرایند مشورت عمومی را الزامی می‌کند. به‌موجب این مقررات، ممکن است از نهاد واضع قانون اساسی یا دیگر نهادهای مسئول خواسته شود که دیدگاه‌های مردم را هنگام تهیه قانون اساسی در نظر گرفته، وظایفی را که باید انجام شوند، از جمله تجزیه و تحلیل دیدگاه‌ها و زمان و نحوه ارائه بازخورد به مردم، برآورده سازند. طبق این مقررات، شهروندان می‌توانند در مقاطع مختلف، برای مثال، بعد از شروع رسمی فرایند طراحی قانون اساسی یا قبل از نگارش پیش‌نویس اولیه قانون یا پس از تکمیل پیش‌نویس قانون و قبل از تصویب نهایی، در تعیین مفاد قانون به شکل‌های مختلف در مشاوره عمومی مشارکت داشته باشند. مشاوره در برخی کشورها در مراحل اولیه تهیه پیش‌نویس قانون اساسی برای دستیابی به اطلاعات در خصوص نگرانی‌ها یا آرزوهای مردم و انواع مسائلی که آنها می‌خواهند قانون اساسی جدید یا اصلاحی به آن رسیدگی کند، صورت می‌گیرد (پرو،

19. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, *op.cit.*, p. 11.

20. Delia Rodrigo & Pedro Andres Amo, Background Document on Public Consultation. OECD, Available in: <https://www.oecd.org/mena/governance/36785341.pdf>.

21. Abrak Saati, Public Participation in Constitution Building: an Effective Strategy for Enhancing Democracy?, (Stockholm: Elanders Sverige AB, 2015), p. 12.

برزیل، کلمبیا، تانزانیا، اوگاندا، فیجی، رواندا، بولیوی). مشاوره پس از تهیه پیش‌نویس اولیه قانون اساسی و قبل از تصویب نهایی آن به‌منظور دریافت بازخورد در مورد پیشنهادهای انجام می‌شود (غنا) و در برخی کشورها در هر دو مرحله استفاده می‌شود (نیکاراگوئه، افریقای جنوبی، اریتره، آلبانی، تایلند، نپال)^{۲۲}. گرچه غالباً این بحث بین صاحب‌نظران وجود دارد که کسب نظر مردم هم قبل از تهیه پیش‌نویس (برای کمک به توسعه آن) و هم پس از تکمیل آن (برای سنجش اینکه آیا با نگرانی‌های مردم مطابقت دارد یا خیر) لازم است، اما شواهد نشان می‌دهد برای انجام آن هیچ شیوه واحد قابل اجرا و صد درصد صحیحی وجود ندارد. معمولاً در نظام‌های حقوقی از ترکیبی از روش‌های مختلف استفاده می‌شود تا اطمینان حاصل گردد که به افراد زیادی در مراحل مختلف فرصت مشارکت داده می‌شود. روش‌هایی که معمولاً به‌منظور تحقق مشارکت مستقیم مردم در مرحله تعیین محتوا استفاده می‌شود، می‌توان در چند دسته مورد بررسی قرار داد.

۱.۲.۱. ارائه پیشنهادهای و ارسال دیدگاه‌ها

در این شکل معمولاً به مردم اجازه داده می‌شود پیشنهادهای اصلاحی رسمی ارائه کنند یا در مورد پیش‌نویس‌های اولیه اظهارنظر نمایند. قالب‌ها و زمان‌بندی‌ها برای ارسال نظرها متفاوت است و اغلب از سوی یک مرجع یا نهاد واضع قانون اساسی تعیین می‌شود. نهادهای قانون‌گذار اغلب یک یا چند بازه را تعیین می‌کنند که طی آن مردم می‌توانند در مورد اولویت‌ها یا موضوعاتی در خصوص اصلاحات قانون اساسی یا محتوای پیش‌نویس متن قانون اساسی بازخوردهای خود را ارائه دهند. دیدگاه‌های مردم یا به‌طور مستقیم و یا از طریق سازمان‌های تخصصی که ممکن است بینش خاصی در مورد موضوع موردنظر داشته باشند به مراجع مربوطه ارسال می‌شود.

در تونس (۲۰۱۳) آیین‌نامه داخلی مجلس به کمیته‌های موضوعی قانون اساسی اختیار و مسئولیت بررسی نظرها و پیشنهادهای ارائه‌شده از سوی عموم را داده است.^{۲۳} قانون

22. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai and Anthony Regan, *op.cit.*, p. 113.

23. Rüdiger Wolfrum & Johannes Krusemark-Camin, 'Constitution-Making Bodies' Rules of Procedure, (Germany: Max Planck Foundation), p. 26.

بازنگری قانون اساسی کنیا (۲۰۰۱)، کمیسیون بررسی بازنگری قانون اساسی این کشور را الزام کرد که ظرف دو سال نظر مردم کنیا در مورد پیشنهادهای تغییر قانون اساسی را جمع‌آوری کند و بر اساس آن، پیش‌نویس لایحه‌ای را برای تغییر قانون اساسی به مجلس ملی ارائه دهد. به این منظور، کمیسیون مراکز اسنادی را در تمام مناطق اداری به‌عنوان مرجعی برای دریافت نظرها ایجاد کرد.^{۲۴} در افغانستان (۲۰۰۴)، فرمان ریاست جمهوری کمیسیون قانون اساسی را موظف کرد پیشنهادهای کتبی از افراد و گروه‌های افغان در داخل و خارج از کشور را که تمایل به مشارکت در روند قانون اساسی دارند، دریافت کند.^{۲۵}

در گامبیا (۲۰۱۷) مجلس ملی قانون، کمیسیون بازنگری قانون اساسی را موظف ساخت که نظر عمومی را جستجو کند و پیشنهادهایی را که مناسب می‌داند در نظر بگیرد و به گامبیایی‌ها چه در داخل و چه در خارج از کشور فرصتی دهد تا آزادانه نظر خود را بیان کنند و در مورد موضوعاتی که فکر می‌کنند باید در قانون اساسی لحاظ شود پیشنهاد دهند.^{۲۶} در افریقای جنوبی نظامنامه داخلی مجلس قانون اساسی به هر شخص یا سازمان ذی‌نفع این اختیار را می‌دهد که پیشنهاد مربوط به متن جدید قانون اساسی را ارائه دهد.^{۲۷}

شیوه ارسال نظرها بسیار متنوع است. با گسترش تکنولوژی، ارسال آنلاین نظرها از طریق وبسایت‌ها یا رسانه‌های اجتماعی جایگزین مناسبی برای ارسال‌های کاغذی شده‌اند. تکیه بر روش‌های آنلاین تعامل با مردم این فرصت را ایجاد می‌کند تا به اعضای از جمعیت که ممکن است به دلیل موقعیت مکانی یا عدم دسترسی به رسانه‌های اصلی کنار گذاشته شوند، دسترسی پیدا شود. با این حال، اتکا به راه‌حل‌های آنلاین تنها در مواردی امکان‌پذیر است که اتصال اینترنتی بالایی وجود داشته باشد و این نمی‌تواند تنها وسیله تعامل با مردم باشد یا خطر حذف گروه‌های جمعیتی را که به اینترنت دسترسی ندارند یا نمی‌توانند به اینترنت دسترسی داشته باشند، به‌همراه دارد.

24. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, *op.cit*, p. 44

25. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai and Anthony Regan, *op.cit*, p. 114

26. Adem Abebe, Sumit Bisarya, W. Elliot Bulmer, Erin C. Houlihan and Thibaut Noel, Annual Review of Constitution-Building: 2019, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2020), p. 40

27. Rudiger Wolfrum & Johannes Krusemark-Camin, *op.cit*, p. 77

در مکزیکوسیتی (۲۰۱۷)، مقامات با راه‌اندازی یک پلتفرم دیجیتالی به هر فردی اجازه دادند تا هر ایده‌ای را برای گنجاندن در قانون اساسی پیشنهاد کند.^{۲۸} در ایسلند قانون مجلس قانون اساسی تشکیل یک مجمع ملی متشکل از نزدیک به ۱۰۰۰ شهروند ایسلندی را اعلام کرد و اینکه مجمع باید وب‌سایتی برای انتشار اطلاعات پیش‌نویس قانون اساسی و پخش جلسات مجلس ایجاد کند. علاوه بر این، مجمع موظف شد تبلیغات گسترده‌ای را برای مردم و گروه‌های ذی‌نفع به‌منظور تشویق آنها به ارائه پیشنهادهای به مجمع انجام دهد. ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورای قانون اساسی مقرر کرد که مردم می‌توانند نظر خود را در مورد سند در وب‌سایت شورا بیان نمایند.^{۲۹}

۲.۲. نظرسنجی‌ها یا پرسش‌نامه‌ها

نظرسنجی یا پرسش‌نامه مجموعه‌ای از سؤالات است که می‌تواند یا با نمونه‌گیری از جمعیت یا در میان گروهی از شرکت‌کنندگان داوطلب استفاده شود. در طراحی نظرسنجی تعیین چند موضوع اهمیت دارد؛ نخست اینکه تصمیم‌گیرندگان باید تصمیم بگیرند که چه کسی یا نهادی مسئول طراحی و اجرای نظرسنجی باشد؛ نظرسنجی چه نوع سؤالاتی را مطرح کند، چه کسانی را هدف قرار دهد و چگونه از داده‌ها استفاده شود.

در کنیا (۲۰۰۲)، کمیسیون بررسی قانون اساسی یک نظرسنجی را طراحی کرد که ۲۰ موضوع اصلی را پوشش می‌داد و تعدادی کتابچه با ۱۹۹ سؤال خاص برای کمک به مردم برای درک مسائل منتشر کرد.^{۳۰}

در عراق (۲۰۰۵)، وضعیت امنیتی، رایزنی‌ها و جلسات استماع در خارج از بغداد را غیرممکن ساخت، بنابراین کمیته پیش‌نویس قانون اساسی پرسش‌نامه‌ای را برای مردم طراحی کرد تا آنها را به دفاتر تعیین‌شده ارسال کنند.^{۳۱}

28. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, *op.cit.*, p 38-39.

29. Rudiger Wolfrum & Johannes Krusemark-Camin, *op.cit.*, p. 77.

30. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, *op.cit.*, p. 26.

31. Jonathan Morrow, "Deconstituting Mesopotamia: Cutting a Deal on the Regionalization of Iraq," in: Laurel E. Miller & Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition, Case Studies in Constitution Making*, (Washington DC: United States Institute of Peace Press, 2010), p. 585.

در نپال (۲۰۱۲)، مجلس مؤسسان دو کمیته برای مشارکت عمومی تشکیل داد؛ یکی برای آگاه کردن مردم و دیگری برای جمع‌آوری نظرهای عمومی. کمیته دوم قبل از تهیه پیش‌نویس اولیه رایزنی‌هایی انجام داد تا دیدگاه‌های عمومی بتواند به روند نگارش وارد شود. برای جمع‌آوری اطلاعات از ۱۱ نظرسنجی مختلف که مجموعاً نزدیک به ۳۰۰ سؤال را شامل می‌شد، استفاده شده است.^{۳۲} در این پرسش‌نامه‌ها از مردم در مورد دیدگاه‌هایشان در خصوص فدرالیسم، نظام‌های ریاست‌جمهوری در مقابل پارلمانی و سایر مفاهیمی که مردم درک روشنی از آنها نداشتند، سؤال شد. علاوه بر آن، سؤالاتی در مورد چالش‌های اصلی زندگی مردم، آنچه به‌عنوان نقص در دولت تلقی می‌کردند، راهکارهای بهبود جامعه و آنچه می‌خواستند دولت برایشان انجام دهد، پرسیده شد.^{۳۳}

در مغولستان، پارلمان قانون نظرسنجی مشورتی را در سال ۲۰۱۷ تصویب کرد. این فرایند به نمونه‌ای تصادفی از شهروندان عادی اجازه می‌داد تا در دستور کار و نتیجه، ازجمله ردّ پیشنهاد‌های حیاتی مورد حمایت احزاب سیاسی شرکت کنند و بر آن تأثیر بگذارند. مطابق قانون بیش از نیمی از کسانی که نظرسنجی را تکمیل می‌کردند، به کاخ دولتی برای مشورت بیشتر دعوت می‌شدند. این اولین موردی است که کشوری نظرسنجی مشورتی را در قوانین ملی خود گنجانده است.^{۳۴}

باید توجه داشت که طراحی و اجرای نظرسنجی، وظایف فنی هستند که نیاز به تجربه در روش تحقیق پیمایشی دارند. پرسیدن مجموعه‌ای از سؤالات بسیار فنی یا رسمی در مورد محتوای قانون اساسی اغلب به پاسخ‌هایی منجر می‌شود که برای تصمیم‌گیرندگان کم‌ارزش است. این نقیصه به دلیل دانش عمومی محدود از موضوعات مربوطه است یا به این دلیل که سؤالات پاسخ‌هایی را برمی‌انگیزاند که بیشتر برخاسته از منافع است تا استدلال. همچنین برخی از موضوعات قانون اساسی مسائل فنی هستند و ورودی‌های

32. Centre for Constitutional Dialogue (CCD), *Participatory Constitution Building in Nepal*, (Kathmandu: Print Point Publishing, 2009), p. 8.

33. Jason Gluck & Michele Brandt, *op.cit.*, p. 23.

34. Amarzaya Naran, *Insights for Design of Direct Public Participation: Mongolia as a Case Study*, Melbourne Forum on Constitution-Building, Available in: https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0006/3224463/MF19-Mongoliaa-paper.pdf



عمومی غیرکارشناسی ممکن است فایده چندانى نداشته باشد. مهم این است که اطمینان حاصل شود که پایایی و روایی پرسش‌نامه‌ها از قبل بررسی شده و به زبانی ارائه شده‌اند که مردم می‌توانند آن را بفهمند، و طولانی یا پیچیده هم نیستند.

۳.۲. جلسات حضوری با افراد یا گروه‌ها

جلسات حضوری هم برای فرایندهای مشاوره‌ای رایج و ضروری است و هم برای اهداف آموزشی. جلسات استماع عمومی طبیعتاً برای عموم آزاد است و ممکن است برای جمع‌آوری دیدگاه‌های مختلف در مورد یک موضوع استفاده شود. علاوه بر این، آنها مردم را تشویق می‌کنند تا قبل از تصویب این متن در مورد موضوعات بحث‌برانگیز که ممکن است در متن قانون اساسی منعکس شود، گفتگو کنند. در طول مرحله تدوین و بررسی، قانون‌گذاران اغلب از حوزه‌های انتخابیه مختلف از سراسر کشور بازدید می‌کنند تا نظر مردم را جمع‌آوری نمایند. این تعامل با جوامع مختلف از سراسر کشور مهم است و به قانون‌گذاران این امکان را می‌دهد که خود را نه تنها نماینده منافع خاص یا گروه محدود، بلکه نماینده کل کشور بدانند. مهم است که اطمینان حاصل شود که جلسات حضوری به موانع بالقوه فرهنگی، عرفی، فیزیکی، سوادآموزی یا سایر موانع دسترسی می‌پردازد تا مشارکت افراد و گروه‌های به حاشیه رانده شده را تسهیل کند. در اریتره در سال ۱۹۹۷ نهاد واضح قانون اساسی غذا و آب را طی چند هفته فراهم کرد تا عشایر را قادر سازد تا در یک مکان برای مشاوره قانون اساسی بمانند.^{۳۵} ماده ۱۸ قانون بازنگری قانون اساسی کنیا کمیسیون قانون اساسی را موظف می‌کند تا برای دریافت نظر مردم در مورد قانون اساسی از هر حوزه انتخاباتی در کنیا بازدید کند، بدون نیاز به اجازه یا مانعی پیشنهادی مختلف را دریافت نماید، جلسات استماع عمومی یا خصوصی را در سراسر کنیا برگزار و به هر طریقی نظرها و عقاید کنیایی‌ها را - اعم از مقیم کنیا یا خارج از آن - جمع‌آوری کند.^{۳۶}

در تونس الزامات رسمی برای مشارکت عمومی در ماده ۷۹ نظامنامه داخلی مجلس

35. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai and Anthony Regan, *op.cit.*, p. 106.

36. Alicia Bannon, "Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya", *Yale Law Journal*, No. 8 (2007), p. 1833.

مؤسسان محدود به تعامل مستقیم بین اعضای مجمع و مردم بود. طبق نظامنامه، اعضای مجلس باید یک هفته در ماه را به ارتباط مستقیم با شهروندان اختصاص می‌دادند.^{۳۷} در اوگاندا (۱۹۹۵)، قانون تأسیس کمیسیون قانون اساسی، کمیسیون را به دستیابی به اجماع ملی در مورد مسائل قانون اساسی راهنمایی کرد و آن را ملزم می‌ساخت که نظر عموم مردم را از طریق برگزاری جلسات عمومی و بحث‌ها و سمینارها، کارگاه‌های آموزشی و هر شکل دیگری از جمع‌آوری دیدگاه‌های عمومی جستجو کند.^{۳۸}

افریقای جنوبی و کلمبیا، که هر دو برای پیش‌نویس مقررات جدید قانون اساسی به کمیته‌های موضوعی مجالس مؤسس خود متکی بودند، به این کمیته‌ها اختیار دادند تا جلسات استماع را برای دریافت شواهد مربوط به موضوعات خاص برگزار کنند.^{۳۹}

۴.۲. همه‌پرسی مشورتی

یک همه‌پرسی غیرالزام‌آور یا مشورتی (که گاهی به آن پله‌بیسیت^{۴۰} گفته می‌شود) ممکن است برای سنجش دیدگاه‌های عمومی در مورد یک موضوع خاص قانون اساسی به‌عنوان شکلی از مشاوره استفاده شود. این همه‌پرسی به شهروندان امکان می‌دهد تا در فرایندهای تصمیم‌گیری برای سیاست‌گذاری در مورد یک موضوع خاص، نظر مستقیم ارائه دهند و همین امر میزان مشروعیت سیاسی را برای تصمیم‌گیری سیاسی بعدی افزایش می‌دهد. درحالی که از همه‌پرسی معمولاً برای تصویب نهایی قانون اساسی استفاده می‌شود، مطالعات نشان می‌دهد که در مواردی، همه‌پرسی در مراحل اولیه یا میانی و با هدف تأیید عمومی تصمیمات اتخاذشده قبل از فرایند تصویب نهایی قانون اساسی برگزار می‌شود. نتایج غیرالزام‌آور این نوع همه‌پرسی اطلاعاتی در مورد دیدگاه‌های عمومی در اختیار تصمیم‌گیرندگان قرار می‌دهد که می‌تواند برای تصمیم‌گیری در مورد محتوا به‌کار گرفته شود. برای مثال، همه‌پرسی در سال ۱۹۹۷ در اکوادور برای مشورت با رأی‌دهندگان در مورد

37. The Carter Center, The Constitution-Making Process in Tunisia, Constitution Report, Available in: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/democracy/tunisiaconstitution-making-process.pdf, p. 68.

38. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai and Anthony Regan, *op.cit.*, p. 115.

39. Jason Gluck & Michele Brandt, *op.cit.*, p. 27.

40. Plebiscite

یک سری اصلاحات انتخاباتی در قانون اساسی برگزار شد که بعدها از سوی مجلس مؤسسان به تصویب رسید^{۴۱}. در سال ۱۹۹۲ در کانادا، رهبران سیاسی یک همه‌پرسی غیرالزام‌آور برای سنجش میزان حمایت عمومی از متن اصلاحات قانون اساسی ترتیب دادند^{۴۲}.

۵.۲. هیئت‌های مشورتی

این هیئت‌ها غالباً نمایندگانی از اعضای جامعه هستند که به همراه کارشناسان و تصمیم‌گیرندگان برای شناسایی و اولویت‌بندی مسائل مربوط به اصلاح قانون اساسی و ایجاد راه‌حل با یکدیگر همکاری می‌کنند. برخلاف دیگر مدل‌های مشاوره، این مدل حاوی ارتباط دوطرفه بین تصمیم‌گیرندگان و مردم است، زیرا آنها موضوعات را عمیقاً بررسی می‌کنند و به یک موضع مورد توافق می‌رسند.

هیئت‌های مشورتی بسته به وضعیت قانونی، اختیارات و موقعیت خود در فرایند تصمیم‌گیری، می‌توانند تأثیر زیادی بر تصمیم‌گیری‌های نهایی بگذارند یا یکی از منابع اطلاعاتی به‌شمار آیند. توسعه مقررات، تهیه پیش‌نویس و بررسی پیشنهادها، یا ارزیابی پیشنهادها موجود از اصلی‌ترین وظیفه نهادهای مشورتی است. انواع مختلفی از نهادهای مشورتی تحت عناوینی چون مجامع، شوراها، کمیته‌ها، کمیسیون‌ها و گروه‌های کاری وجود دارند^{۴۳}.

مجامع شهروندی نمونه‌ای از این هیئت‌ها و متشکل از یک گروه از نمایندگان شهروندان است که به‌طور تصادفی انتخاب شده‌اند تا اطمینان حاصل شود که شرکت‌کنندگان ترکیب جامعه را منعکس می‌کنند. این مجامع همچنین به‌عنوان هیئت منصفه شهروندان، هیئت منصفه سیاست‌گذاری، بررسی ابتکارات شهروندان، کنفرانس اجماع و کنوانسیون شهروندان شناخته می‌شود. در طول مجمع، اعضا با مسائل مربوط به قانون اساسی آشنا می‌شوند، با همدیگر مشورت می‌کنند و توصیه‌هایی ارائه می‌دهند. برای

41. Gabriel Negretto & Javier Couso, *Constitution-Building Processes in Latin America*, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2018), p. 18.

42. Erin C. Houlihan and Sumit Bisarya, *op.cit*, p. 39.

43. Delia Rodrigo & Pedro Andres Amo, *op.cit*, p. 5.

مثال، ایرلند در سال ۲۰۱۶ چندین مجمع شهروندان را برای بررسی طیف وسیعی از موضوعات مانند سقط جنین، برابری جنسیتی و استفاده از همه‌پرسی در قانون اساسی برگزار کرد.^{۴۴}

کنوانسیون قانون اساسی بولیوی نمونه‌ای دیگر از این هیئت‌ها به‌شمار می‌رود. این کنوانسیون در اجرای رویکرد مشورتی خود در سال ۲۰۰۶ انجمن‌های مشورتی را در مناطق مختلف کشور ایجاد کرد و هم به شهروندان عادی و هم سازمان‌های مدنی اجازه داد تا پیشنهادها را به کمیته‌های مختلف کنوانسیون در مورد جنبه‌های مختلف قانون اساسی جدید ارائه کنند.^{۴۵}

در تونس، فرمان رئیس‌جمهور در خصوص تأسیس یک نهاد مشورتی ملی در سال ۲۰۲۲ به تصویب رسید. طبق ماده ۴ این فرمان، این نهاد باید از سه کمیته مشورتی امور اقتصادی و اجتماعی، کمیته حقوقی و کمیته گفتگوی ملی، متشکل از اعضای دو کمیته تشکیل می‌شد. بر اساس این فرمان، ترکیب کمیته امور اقتصادی و اجتماعی شامل نمایندگان سازمان‌های ملی مانند اتحادیه عمومی کارگری تونس بود. کمیته امور اقتصادی و اجتماعی می‌بایست بر روی مجموعه‌ای از پیشنهادها مربوط به امید مردم تونس به توافق می‌رسید و کمیته حقوقی بایستی پیش‌نویس قانون اساسی و گزارش همراه آن را تهیه می‌کرد. کمیته گفتگوی ملی پیشنهادها را هر دو کمیته را دریافت نموده، آنها را در پیش‌نویس قانون اساسی پیشنهادی ترکیب خواهد کرد. ماده ۲ این فرمان تصریح می‌کند که پیش‌نویس قانون اساسی باید به نتایج مشورت عمومی احترام بگذارد و هدف آن ایجاد یک رژیم دموکراتیک باشد.^{۴۶}

44. Anna Dziedzic, Consultation, Deliberation and Decision-Making: Direct Public Participation in Constitution-Building, Melbourne Forum Constitutional INSIGHTS No. 4, Available in: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/consultation-deliberation-and-decision-making.pdf>, p. 4

45. Gabriel Negretto, *op.cit.*, p. 230

46. International Commission of Jurists (ICJ) (2022), Fundamentally Flawed: Tunisia's 2022 Constitution-Making Process, Available in: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/07/Tunisia-draft-constitution-question-and-answer-briefing-2022-ENG.pdf>, p 2-3

باید توجه داشت اگر یک گروه عمومی کوچک بخواهد پتانسیل خود را به عنوان یک نماینده قابل اعتماد برای دیگر افراد در تصمیم‌گیری‌های خود معرفی نماید باید از نظر طراحی و شیوه انتخاب، هدف، سازوکار کسب نظرها و نتایج مذاکرات، شفاف باشد. تحقیقات بر روی تعدادی از این مجامع، عمدتاً در دموکراسی‌های تثبیت‌شده، نشان داده است که مردم بیشتر از اینکه به پیشنهادهای سیاستمداران اعتماد داشته باشند، تمایل دارند به هم‌تایان خود در جامعه اعتماد کنند. بدیهی است هرچه میزان شفافیت عملکردی این هیئت‌ها بیشتر باشد اعتماد به آنها نیز بیشتر و گسترده‌تر خواهد بود.

۳. ارزیابی سازوکارهای مشاوره

در اغلب کشورها طرح‌های مشارکت عمومی که در جریان وضع یا اصلاح قانون اساسی به کار برده می‌شود به‌طور مشخص در قوانین داخلی مقررات‌گذاری نشده است. با وجود این نقیصه، میل به مقررات‌گذاری الزامی در این خصوص رو به افزایش بوده، ترجیح بر آن است که قوانین داخلی این امر را به‌طور کامل پیش‌بینی کنند. یک راه مهم برای تضمین مشارکت مردم در تعیین محتوای قانون، اطمینان از ایجاد یک چارچوب قانونی است که فرایند تدوین را از دخالت معنادار حکومت دور نگه می‌دارد و یک چارچوب نهادی مناسب برای تسهیل مشارکت مردم در آن ایجاد می‌کند. علاوه بر این، مهم است که قوانین و مقررات تصریح کند که چگونه و تا چه حد پیشنهادهای ارائه‌شده از سوی مردم و دیدگاه‌های گردآوری شده از آنها به شیوه‌های مختلف باید در فرایند تهیه پیش‌نویس در نظر گرفته شوند. قانون‌گذاران باید تلاش کنند تا فرایند تدوین محتوای قانون اساسی تا حد امکان شفاف باشد. ضروریست درعمل قانون‌گذاران با دقت تمام دیدگاه‌ها را ثبت، مرتب‌سازی، نگهداری و با جدیت تحلیل و بررسی کنند. مطالب ارسالی باید با دقت - خواه از طریق نوار ویدئویی، نوار صوتی یا کتبی - ثبت و ضبط شود. یک نهاد آموزش‌دیده باید اسناد را طبق یک رویه مورد توافق حفظ کند تا از صحت اطلاعات محافظت نماید. آثار ارسالی باید به‌گونه‌ای کدگذاری شوند که در صورت لزوم، بتوان آنها را از نظر کمی و کیفی بررسی و ارزیابی کرد. الزام به ارائه گزارش به عموم در مورد نتیجه بررسی اظهارات و نظرهای دریافتی نیز در همین چارچوب باید مورد توجه قرار گیرد و می‌تواند مردم را تشویق کند که

کارکردی چون یک نهاد قانون اساسی داشته باشند؛ چراکه فرایند گزارش‌دهی عمومی تضمین‌کننده این حس برای عموم است که نظر آنها مورد توجه قرار گرفته است و نشان می‌دهد که چرا ایده‌های خاصی حذف شده‌اند. برای ساده‌سازی این فرایند، نیازی نیست که به‌طور جداگانه به هر نظر یا پیشنهاد دریافتی خاص پرداخته شود، بلکه نظرها و پیشنهادهای می‌توانند در موضوعات کلی گروه‌بندی شده، گزارش شوند. تجربه مجمع قانون اساسی افریقای جنوبی در این خصوص قابل ذکر است. این مجمع گزارش‌هایی را پس از فرایندهای مشاوره عمومی به‌طور گسترده منتشر کرده است. در این گزارش‌های پیشنهادها و دیدگاه‌های دریافتی از سوی این نهاد، روند اعمال‌شده برای بررسی آنها و اینکه چرا و چگونه آنها در متن پیش‌نویس قانون اساسی گنجانده شده‌اند، شرح داده شده است.^{۴۷}

باید توجه داشت که در تمام این مراحل فقط یک جامعه آگاه امکان مشارکت معنادار را خواهد داشت. نمایندگان در ارگان‌های قانون‌ساز و رسانه‌ها وظیفه دارند هم به مردم گوش دهند و هم آنها را در مورد این روند آموزش دهند و صدایشان را تقویت کنند تا در نتیجه فرایند ثبت شود. تکلیف مقامات و نهادهای قانونی به آموزش عمومی در خصوص مشارکت در برخی قوانین مورد تأکید قرار گرفته است؛ چنان‌که کمیسیون بازنگری قانون اساسی کنیا به‌موجب قانون مکلف است با ارائه آموزش مدنی در مورد مسائل قانون اساسی به مردم فرصت دهد تا به‌طور فعال، آزادانه و معنادار در ایجاد و بحث در طرح‌های پیشنهادی برای تغییر قانون اساسی شرکت کنند.^{۴۸}

۴. مشارکت عمومی در تعیین محتوای قانون اساسی در ایران

پس از انقلاب اسلامی ایران، تدوین قانون اساسی جدیدی جایگزین قانون اساسی مشروطه در دستور کار قرار گرفت و مقرر شد مجلس بررسی قانون اساسی موسوم به مجلس خبرگان تشکیل، و طرح پیشنهادی قانون اساسی به آرای عمومی گذاشته شود. در

47. Laurele.Miller, *op.cit*, p. 630.

48. Jill Cottrell & Yash Ghai, *Seeking Democratisation, Accountability and Social Justice: the Constitution Building Process in Kenya (2000-2004)*, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2004), p. 10.



همان زمان لزوم بهره‌گیری از افکار عمومی در خصوص طرح قانون اساسی پیشنهادی در دستور امام خمینی خطاب به نخست‌وزیر دولت موقت با این عبارات مورد تأکید قرار گرفت: «طرح قانون اساسی را که شورای عالی انقلاب مشغول تدوین و تکمیل آن هستند با سرعت تکمیل و به تصویب شورای انقلاب رسانده و هرچه زودتر در اختیار افکار عمومی بگذارید تا همه صاحب‌نظران و تمامی اقشار ملت- در مدت محدودی که تعیین می‌نمایید- پیشنهادها و نظرات خود را درباره آن ابراز نمایند و بنابر تصمیمی که با تبادل نظر با شورای انقلاب و دولت گرفته شد ترتیبی دهند تا مردم هر استان و هریک از اقلیت‌های مذهبی نمایندگان صاحب‌نظر خود را به تعدادی که شورای انقلاب اسلامی و دولت تعیین می‌کنند انتخاب کنند و مجلس متشکل از نمایندگان مردم با توجه به همه پیشنهادهای مفیدی که رسیده است مواد قانون اساسی را بصورت نهایی بررسی و تنظیم نمایند»^{۴۹}. علی‌رغم این تأکید، جای خالی این الزام در تدوین سند نهایی قانون اساسی و به‌عنوان یکی از مفاد قانون وجود دارد. گرچه مفهوم کلی مشارکت در اداره امور عمومی به روش‌های مختلف در اصول مختلف قانون اساسی به‌ویژه اصل ۶ (اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی) مورد توجه قانون‌گذار اساسی قرار گرفت، اما در زمان تصویب مفاد قانون اساسی بهره‌گیری از مشارکت در تهیه محتوای قانون مطرح نبوده است. با وجود این، در چارچوب سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری ابلاغی سال ۱۳۹۸ و در جزء ۹ از بند ۹، مشارکت عمومی در قانون‌گذاری با عبارت «جلب مشارکت حداکثری مردم، ذی‌نفعان و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی در فرایند قانون‌گذاری» الزامی شده است. به‌نظر می‌رسد مقصود از این مشارکت استماع دیدگاه‌های عموم در فرایند تهیه و تدارک قانون است. با توجه به اینکه سیاست‌های کلی نظام از هنجارهای حقوقی الزام‌آور و بالادستی در نظام حقوقی ایران گرفته شده، در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر حسن اجرای آن تأکید شده و می‌توان گفت ظرفیت قانونی اولیه برای تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون اساسی ایجاد شده است.^{۵۰} گرچه

۴۹. حسین خلف رضایی و مصطفی منصوریان، پیشین، ص ۲۱.

۵۰. ایرج حسینی صدرآبادی و محمدجواد محمدپور، «مشارکت عمومی در تهیه و اصلاح قانون»، دانش حقوق عمومی، ش ۴۰ (۱۴۰۲)، ص ۱۰۴.

لزوم وضع قواعدی که با صراحت بیشتر در این خصوص تعیین تکلیف نماید و با پیش‌بینی سازوکارهای مشارکت و تعیین نهاد متولی برای عملیاتی کردن این نوع مشارکت زمینه اجرای شدن این ظرفیت قانونی را فراهم سازد، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

نتیجه

هم فرایندی که در مسیر آن یک قانون اساسی ایجاد یا اصلاح می‌شود و هم محتوای ماهوی آن، کلید مشروعیت قانون اساسی هستند. روند تهیه پیش‌نویس نه‌تنها می‌تواند به قانون اساسی جدید مشروعیت دموکراتیک لازم ببخشد، بلکه می‌تواند آگاهی عمومی را نیز نسبت به آن افزایش دهد؛ مفهوم مالکیت عمومی را القا کند و این انتظار را ایجاد نماید که قانون اساسی از سوی کل جامعه رعایت شود. بنابراین، یک فرایند سازنده موفق که زمینه را برای پایداری آینده به متن قانون اساسی فراهم می‌کند، مستلزم آن است که تا آنجا که ممکن است بخش‌ها و نهادهای مرتبط جامعه به‌طور فعال در مراحل مختلف آن مشارکت داشته باشند. ابزارهای مشارکت متعدد است و هیچ مدل و سازوکار واحد و جامعی برای دخیل کردن مشارکت عمومی در مرحله تدوین محتوای قانون وجود ندارد. معمولاً نظام‌های حقوقی که اولویت بالایی برای مشاوره قائل هستند، از ترکیبی از روش‌ها استفاده می‌کنند تا اطمینان حاصل شود که به افراد زیادی فرصت مشارکت داده می‌شود. ممکن است از عموم دعوت شود تا مطالبی کتبی ارائه نمایند یا به مقامات قانونی تکلیف گردد تا در جلسات حضوری با مردم شرکت کنند و یا با انتشار پرسش‌نامه و نظرسنجی از آرای عموم آگاهی یابند.

انتخاب روش مشاوره در هر مورد بسته به شرایط متفاوت خواهد بود. اگرچه مشارکت عمومی در دموکراسی‌سازی فرایند طراحی قانون اساسی مفید است، ولی نگرانی‌هایی هم وجود دارد که هنوز در نظر و عمل باید به آنها پاسخ داده شود. وجود این نگرانی‌ها و چالش‌ها نباید مانع اجرای فرایندهای مشارکت عمومی شود، بلکه باید به کاوش بیشتر در مورد کارکرد و اهمیت آنها و توسعه بیشتر رویه‌های مشارکت مؤثر منتهی گردد.

لزوم وضع قوانین صریح برای الزامی ساختن بهره‌گیری از مشارکت عمومی در فرایند تعیین محتوای قانون، اولین اقدامی است که باید در سطح نظام‌های حقوقی با هدف تحقق

مشارکت و افزایش مشروعیت قانون صورت گیرد. در وضع این چنین قوانینی شفافیت عنصر کلیدی است. پس از پذیرش اصل مشارکت به صورت قانونی، فرایندها، سازوکارها و سایر شرایط باید به طور دقیق و به موجب قانون روشن شود و در اجرای قانون نیز برنامه‌ها، زمان‌بندی‌ها و اهداف باید به طور گسترده منتشر شود تا مردم بدانند چه چیزی را و در چه زمانی باید انتظار داشته باشند. این امر باید شامل اطلاعاتی در مورد ابزارهای مشارکت عمومی باشد که مورد استفاده قرار می‌گیرند. در همین راستا، هر نهاد سازنده قانون اساسی باید ملزم به ارائه گزارش نهایی در پایان یک فرایند باشد. این گزارش باید تمام جنبه‌های فرایند مشارکت، از جمله نحوه استفاده از اطلاعات عمومی و روش‌های تصمیم‌گیری را مستند کند. در مواردی که بازخورد عمومی در پیش‌نویس پیشنهادی گنجانده نشده است، گزارش باید دلیل آن را توضیح دهد. همچنین با هدف واقعی کردن و معنادار کردن این مشارکت، لازم است در قوانین وضع شده، الزاماتی با هدف آموزش عموم نیز وضع گردد؛ به گونه‌ای که نهادهای مسئول مکلف شوند با روش‌های مختلف زمینه‌ای را فراهم سازند که افراد با درک و آگاهی کامل نسبت به مشارکت در خصوص آنچه مطرح است، دخالت کنند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- مقالات

۱. خلف رضایی، حسین و منصوریان، مصطفی (۱۳۹۸). بایسته‌های حاکم بر فرآیند تدوین و تصویب قانون اساسی: مطالعه موردی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. *آموزه‌های حقوقی گواه*، ۵ (۲)، ۱-۳۰.
Doi: 10.30497/leg.2019.2791
۲. حسینی صدرآبادی، ایرج و محمدپور، محمدجواد (۱۴۰۲). مشارکت عمومی در تهیه و اصلاح قانون. *دانش حقوق عمومی*، ۱۲ (۴۰)، ۸۷-۱۱۴.
Doi: 10.22034/qjplk.2022.1468.1379
۳. منصوریان، ناصرعلی و ملازاده، علی (۱۳۹۴). سازوکارهای ناظر بر صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۶ (۱۱)، ۲۴۹-۲۹۸.

ب) منابع انگلیسی

- Books

4. Adem, Abebe, Bisarya, Sumit. Bulmer, W Elliot, Houlihan, Erin C., Noel, Thibaut (2020). **Annual Review of Constitution-Building: 2019**, Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
5. Allen, Melanie, Bisarya, Sumit, Choudhry, Sujit, Ginsburg, Tom, Murray, Christina, Ngege, Yuhniwo, Saunders, Cheryl, Stacey, Richard, Topperwien, Nicole (2014). **Constitution Building: A Global Review (2013)**, Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
6. Bockenforde, Markus, Hedling, Nora, Wahi, Winluck (2011). **A Practical Guide to Constitution Building**, Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
7. Brandt, Michele, Cottrell, Jill, Ghai, Yash and Regan, Anthony (2011). **Constitution-Making and Reform: Options for the Process**, Switzerland: Interpeace pub.

8. Centre for Constitutional Dialogue (CCD) (2009). **Participatory Constitution Building in Nepal**, Kathmandu: Print Point Publishing.
9. Cottrell, Jill. Ghai, Yash (2004). **Seeking Democratisation, Accountability and Social Justice: the Constitution Building Process in Kenya (2000-2004)**, Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
10. Dziedzic, Anna (2020). Consultation, Deliberation and Decision-Making: Direct Public Participation in Constitution-Building, Melbourne Forum Constitutional Insight No. 4, Available in: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/consultation-deliberation-and-decision-making.pdf>.
11. Ghai, Yash. Galli, Guido (2006). "Constitution Building Processes and Democratization", in Judith Large, Timothy D. Sisk, **Democracy, Conflict and Human Security: Further Readings**, (Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
12. Gluck, Jason, Brandt, Michele (2015). **Participatory and Inclusive Constitution-Making; Giving Voice to the Demands of Citizens in the Wake of the Arab Spring**, Washington DC: United States Institute of Peace.
13. Gluck, Jason, Ballou, Brendan (2014). **New Technologies in Constitution Making, Special Report no. 343**, Washington, DC: United States Institute of Peace.
14. Hart, Vivien (2010). Constitution Making and the Right to Take Part in Public Affairs in: Miller, Laurel E and Aucoin, Louis, **Framing the state in times of transition: case studies in constitution making**, Washington DC: United States Institute of Peace Press.
15. Houlihan, Erin C. Bisarya, Sumit (2021). Practical Considerations for Public Participation in Constitution-Building; What, When, How and Why?, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance Policy, Paper No. 24.
16. International Commission of Jurists (ICJ) (2022). Fundamentally Flawed: Tunisia's 2022 Constitution-Making Process, Available in:

<https://www.icj.org/wpcontent/uploads/2022/07/Tunisia-draft-constitution-question-and-answer-briefing-2022-ENG.pdf>

17. Lerner, Hanna and Landau, David (2019). "Introduction to Comparative Constitution Making: The State of the Field" In: David Landau & Hanna Lerner, **Elgar Handbook of Comparative Constitution Making**, uk: Edward Elgar Press.
18. Miller, Laurele (2010). "Designing Constitution-Making Processes Lessons from the Past, Questions for the Future". in Laurel E. Miller & Louis Aucoin, **Framing the State in Times of Transition, Case Studies in Constitution Making**, Washington DC: United States Institute of Peace Press.
19. Morrow, Jonathan (2010). "Deconstituting Mesopotamia: Cutting a Deal on the Regionalization of Iraq", in Laurel E. Miller & Louis Aucoin, **Framing the State in Times of Transition, Case Studies in Constitution Making**, Washington DC: United States Institute of Peace Press.
20. Naran, Amarzaya, Insights for Design of Direct Public Participation: Mongolia as a case study, Melbourne Forum on Constitution-Building, Available in:
https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0006/3224463/MF19-Mongoliaa-paper.pdf.
21. Negretto, Gabriel, Couso, Javier (2018). Constitution-Building Processes in Latin America, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
<https://www.oecd.org/mena/governance/36785341.pdf>
22. Rodrigo, Delia, Amo, Pedro Andrés, Background Document on Public Consultation. OCDE, Available in:
23. Saati, Abrak (2015). **Public Participation in Constitution Building; an Effective Strategy for Enhancing Democracy?**, Stockholm: Elanders Sverige AB.
24. The Carter Center, The Constitution-Making Process in Tunisia, constitution Report, Available in:
https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publication

s/democracy/tunisia-constitution-making-process.pdf

https://www.mpfpr.de/wpcontent/uploads/CL_Comparative-Report-on-Rules-of-Procedure.pdf

25. Wolfrum, Rudiger, Krusemark-Camin, Johannes. Constitution-Making Bodies' Rules of Procedure, Germany :Max Planck Foundation, Available in:

- Articles

26. Banks, Angela M. (2008). Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities, *William & Mary Law Review*, 49 (4), 1043-1069.
27. Bannon, Alicia (2007). Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya, *Yale Law Journal*, 116 (8), 1824-1872. Doi.org/10.2307/20455777.
28. Ihonvbere, Julius O. (2000). How to Make an Undemocratic Constitution: the Nigerian example, *Third World Quarterly*, 21 (2), 343-366.
29. Landau, David (2013). Constitution-Making Gone Wrong, *Alabama Law Review*, 64(5), 923-980.
30. Negretto, Gabriel (2020). Constitution-Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites, *International Journal of Constitutional Law*, 18(1), 206-232. Doi.org/10.1093/icon/moaa003
31. Saati, Abrak (2017). Constitution-Building Bodies and the Sequencing of Public Participation, *Journal of Politics and Law*, 10 (3), 13-25.
32. Samuels, Kirsti (2006). Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making, *Chicago Journal of International Law*, 6 (2), 663-682.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 169-194

A Comparative Study on the Legal Challenges of Application of Jurisdiction Due to Nationality of the Victim

Hossein Fakhr¹

1. Associate Professor, University of Tabriz, Iran

hfakhr@tabrizu@tabrizu.ac.ir

Abstract

The criminal jurisdiction due to the victim's nationality, according to which any state can deal with the crimes committed against its nationals in the territory of another state, is not established in international law, but no international treaty or custom prohibits the sovereign states from applying it. The laws of countries with established legal systems have deferred its application to considerations and conditions such as the severity of the crime and the permission of the judicial authorities. Although the Islamic Penal Code of 1392 has limited the application of the mentioned principle to the presence of the trial, the rule of double criminality and the rule of prohibition of retrial, but with the limited acceptance of the rules of double criminality and the prohibition of retrial only in unspecified ta'zir crimes, the way to avoid them in other crimes committed against Iranians or Iranians abroad. Accepting the aforementioned principle of jurisdiction without considering criteria such as the relative severity of the crime and narrowing the rule of prohibition of re-trial to the definitive rulings of the country where the crime occurred can intensify the conflict of jurisdiction between Iranian and foreign courts. Therefore, considering some logical objections to the mentioned principle, it is necessary to limit the scope of its implementation by modifying the existing conditions and adding other conditions.

Keywords: Cross-border jurisdiction, victim, Article 8, double criminality, prohibition of retrial.

Received: 2024/01/17 Received in revised form: 2024/05/14 Accepted: 2024/05/27 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.60116.3358

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





مطالعات تطبیقی در باب چالش‌های قانونی اعمال صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده

حسین فخر^۱

hfakhr@tabrizu@tabrizu.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه تبریز، ایران

چکیده

صلاحیت کیفری ناشی از تابعیت بزه‌دیده که بر اساس آن هر دولتی می‌تواند به جرایم ارتكابی علیه اتباع خویش در قلمرو دولتی دیگر رسیدگی کند، در حقوق بین‌الملل تثبیت نشده است، اما هیچ معاهده یا عرف بین‌المللی دولت‌های حاکم را از اعمال آن منع نمی‌کند. قوانین کشورهای دارای نظام حقوقی قوام‌یافته اعمال آن را به ملاحظات و شروطی نظیر شدت جرم و اجازه مقامات قضایی موکول کرده‌اند. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اگرچه اعمال اصل یادشده را به حضوری بودن محاکمه، قاعده مجرمیت دوگانه و قاعده منع محاکمه دوباره محدود کرده، ولی با پذیرش محدود قواعد مجرمیت دوگانه و منع محاکمه دوباره فقط در جرایم تعزیری غیرمنصوص راه را برای عدول از آنها در سایر جرایم ارتكابی علیه ایرانی یا ایران در خارج از کشور باز گذاشته است. پذیرش اصل صلاحیتی یادشده بدون توجه به معیارهایی چون شدت نسبی جرم و تضییق قاعده منع محاکمه دوباره به احکام قطعی کشور محل وقوع جرم می‌تواند باعث تشدید تعارض صلاحیت دادگاه‌های ایرانی و خارجی گردد. از این رو، با توجه به برخی مخالفت‌های منطقی با اصل یادشده، لازم است دامنه اجرای آن با اصلاح شرایط موجود و افزودن شرایطی دیگر محدود گردد.

واژگان کلیدی: بزه‌دیده، صلاحیت فرامرزی، ماده ۸، مجرمیت دوگانه، منع محاکمه دوباره.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.60116.3358



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در اصطلاح حقوقی، صلاحیت عبارت است از شایستگی یک مرجع برای رسیدگی به یک موضوع از دیدگاه حقوقی^۱ و صلاحیت کیفری عبارت است از «توانایی و شایستگی قانونی و نیز تکلیف مرجع قضایی برای رسیدگی به یک دعوای کیفری»^۲. صلاحیت کیفری از مهم‌ترین مباحث حقوق کیفری بین‌المللی است که به موجب آن یک دولت می‌تواند قوانین جزایی خود را از طریق دادگاه‌های ملی خود نسبت به جرمی اعمال کند. اختیار دولت در محاکمه بزهکاران، به جرایم واقع در قلمرو حاکمیت خودش محدود نمی‌شود، بلکه ممکن است در تعقیب جرایم ارتكابی خارج از قلمرو حاکمیت، تابعیت کنشگران جرم (بزهکار یا بزه‌دیده)^۳ دستاویز ادعای صلاحیت از سوی دولت گردد.

در صورت ابتدای صلاحیت بر تابعیت بزه‌دیده که «صلاحیت شخصی منفعل یا منفی» نامیده می‌شود، کشور متبوع وی در دفاع از بزه‌دیدگی تبعه در خارج، به اعمال صلاحیت می‌پردازد. این نوع صلاحیت که به طور کلی به مفهوم اختیار قانونی یا قضایی دولت در رسیدگی به جرایم واقع شده علیه اتباع آن در خارج از قلمرو حاکمیت است، در قوانین برخی کشورها پذیرفته شده و قانون‌گذار ایران که قبلاً نسبت به جرایم معدودی آن را پذیرفته بود، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آن را به همه جرایم ارتكابی علیه ایرانیان در خارج تعمیم داده است. همچنین، این قانون صلاحیت دادگاه‌های ایرانی را به کلیه «جرایم علیه ایران» که در خارج ارتكاب می‌یابد، گسترش داده است. منظور از این صلاحیت، صلاحیت

۱. علی خالقی، *آیین دادرسی کیفری*، (تهران: شهر دانش، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۲۶۷.

۲. محمد آشوری، *آیین دادرسی کیفری*، چ ۲، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۸۲)، ص ۳۹.

۳. به تعریف ماده ۱۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ و اصلاحات آن: «بزه‌دیده شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد...» و طبق ماده ۱۴ آن، قانون، ضرر و زیان می‌تواند مادی، معنوی یا منافع ممکن‌الحصول باشد. واژه بزه‌دیده در بادی امر به نوع مستقیم آن انصراف دارد. دیوان عالی فرانسه در قضیه قتل رئیس جمهور نیجریه با استناد به ماده ۷-۱۱۳ قانون جزای فرانسه (۱۹۹۲) که تابعیت قربانی جرم را مدنظر قرار داده است، اذعان داشت که فرانسوی بودن خانواده مقتول درحالی که خود وی تبعه نیجریه بوده است، موجب صلاحیت دادگاه‌های فرانسه نمی‌شود؛ زیرا منظور از قربانی جرم که تابعیت فرانسوی وی در آن ماده معیار صلاحیت محاکم فرانسه قرار گرفته است، قربانی جرم در مفهوم محدود این کلمه است که بر قربانی مستقیم جرم صدق می‌کند. نک:

- Commentaire de l'arrêt Crim. 31 janvier 2001, Bull. n 31.

مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در زمان ارتکاب جرم است. چنانچه تابعیت بزه‌دیده تغییر یافته باشد، تابعیت زمان ارتکاب جرم علیه وی تعیین‌کننده دولت صالح خواهد بود.^۱ «در نتیجه اکتساب بعدی تابعیت از سوی قربانی جرم، مشمول صلاحیت شخصی منفعل نمی‌شود».^۲ ملاک بودن تابعیت بزه‌دیده در زمان ارتکاب جرم، در قوانین ایران و کشورهای همسایه نظیر عراق، ترکیه و افغانستان تصریح نشده است، ولی ماده ۷-۱۱۳ قانون جزای فرانسه تصریح می‌کند که بزه‌دیده باید در زمان ارتکاب جرم، فرانسوی باشد.

موضوع این نوشتار بررسی چالش‌های فراروی اعمال صلاحیت شخصی ناشی از تابعیت بزه‌دیده با رویکرد تطبیقی است. به این منظور، نخست، پیشینه تاریخی و مبانی نظری این اصل مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس، چالش‌های تقنینی اعمال این نوع صلاحیت در سه زمینه مربوط به جرم، بزه‌دیده و شروط مصرح ماده ۸ ق.م.ا با تأکید بر ق.م.ا ۱۳۹۲ مورد مذاقه واقع می‌شود تا شرایط اجرای آن در نظام حقوقی ایران و ایرادات و نارسایی‌های آن تبیین گردد.

۱. پیشینه تاریخی و مبانی نظری

این نوع صلاحیت در مقایسه با سایر اصول صلاحیت فراسرزمینی سابقه کمتری داشته، ایرادات و انتقادات بیشتری را برانگیخته و هنوز در قوانین برخی از کشورها پذیرفته نشده است. کشورهایی که این اصل را پذیرفته‌اند، اعمال و اجرای آن را به شرایطی محدود کرده‌اند تا از انتقادات مطرح‌شده در امان بمانند.

۱.۱. پیشینه تاریخی

در میان اصول صلاحیت فراسرزمینی، این اصل بیش از سایر اصول در معرض مناقشه و مخالفت بوده است.^۴ از این رو، علاوه بر اینکه هنوز در قوانین ملی برخی کشورها شناسایی نشده، ورود آن در قوانین ملی دیگر کشورها و اسناد بین‌المللی، دیرنگام و محدود بوده است. از لحاظ تاریخی، این اصل به عنوان ضابطه‌ای مستقل در صلاحیت فراسرزمینی سابقه

4. Eric Cafritz & Omer Tene, "Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 582, (2003), p. 586.

چندانی ندارد و از اصل صلاحیت واقعی منشعب شده است. گفته شده که در سده‌های سیزدهم و چهاردهم میلادی، بسیاری از قوانین شهرهای اُمدادی ایتالیا، برای بیگانگانی که علیه شهر یا شهروندان آنها اعمال خصمانه انجام می‌دادند، کیفر مقرر کرده، آن را به‌عنوان حق طبیعی دفاع مشروع توجیه می‌کردند. از دیدگاه حقوق‌دانان آلمانی قرن نوزدهم، ملاک صلاحیت محاکم کیفری، حمایت از منافع دولت، شامل سازمان‌ها، اموال و اشخاص بود و منظور از اشخاص مشمول صلاحیت واقعی یا حمایتی، اتباعی بودند که در سرزمینی بیگانه جرمی علیه آنها واقع می‌شد.^۵ اعمال صلاحیت نسبت به جرایم علیه شهروندان فرانسوی در خارج، در قرن‌های شانزدهم و هفدهم میلادی در رویه قضایی فرانسه نشانه‌هایی دارد، اما تلاش آن دولت در قانونی کردن آن، به‌عنوان دخالت در حاکمیت دولت بیگانه مورد اعتراض دولت انگلستان واقع شده و بی‌نتیجه مانده است.^۶

مورد تاریخی دیگر از مخالفت عملی با این اصل، پرونده یک شهروند/امریکایی به نام کاتینگ^۷ در سال ۱۸۸۶ است. وی به اتهام انتشار مطلبی افتراآمیز در امریکا علیه یک شهروند مکزیکی، پس از ورود به مکزیکی محاکمه و به یک سال کار اجباری و ۶۰۰ دلار جریمه محکوم شد، ولی با اعتراض دولت امریکا به اعمال اصل صلاحیت شخصی منفی از سوی دولت مکزیکی، «کاملاً غیرقابل قبول»^۸ خوانده شد و با فشارهای امریکا و چشم‌پوشی مقامات مکزیکی از پیگیری موضوع، نزاع دو کشور بدون هرگونه تصمیم راجع به اعتبار آن اصل، خاتمه یافت.^۹

در پرونده معروف/لوتوس^{۱۰} (۱۹۲۷) که تصادم دو کشتی فرانسوی و ترک در دریاهای آزاد، به کشته شدن هشت تن از اتباع ترکیه و طرح اتهام قتل غیرعمد علیه ناخدای کشتی فرانسوی در محاکم ترکیه به استناد تابعیت ترک قربانیان منجر شد. فرانسه به ادعای صلاحیت ترکیه اعتراض کرد و اختلاف به دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی ارجاع شد.

۵. حسینقلی حسینی‌نژاد، حقوق کیفری بین‌المللی، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۷۳)، صص ۵۷-۶۴.

۶. همان، ص ۶۵.

7. Cutting Case (1886)

8. Wholly Inadmissible

9. Eric Cafritz, *pp.cit*, p. 593.

10. Lotus

قضات دیوان علی‌رغم اعتقاد به عدم پذیرش این نوع صلاحیت در حقوق بین‌الملل عرفی و با توجه به صلاحیت سرزمینی^{۱۱} ترکیه، از اظهار نظر نسبت به صلاحیت ناشی از تابعیت ترک قربانیان طفره رفتند^{۱۲}. البته برخی نویسندگان از عدم مخالفت قضات دیوان با اصل صلاحیت شخصی منفی مطرح‌شده از سوی ترکیه و تصریح آن دیوان به اختیار هر دولت حاکم در تعریف دامنه صلاحیت خویش، چنین استنباط کردند که دیوان صلاحیت شخصی را در هر دو وجه آن پذیرفته است^{۱۳}.

مخالفت شدید فرانسه با اعمال اصل یادشده دهه‌ها ادامه داشت و برای مثال، آن کشور در سال ۱۹۷۴ تقاضای استرداد ابوداود، متهم فلسطینی کشتار ورزشکاران اسرائیل در بازی‌های المپیک مونبخ ۱۹۷۲، از سوی دولت اسرائیل را که مبتنی بر صلاحیت شخصی منفی بود، رد کرد و تنها بعد از حادثه گروگان‌گیری اتباع فرانسه در سال ۱۹۷۴ در لاهه به‌وسیله تروریست‌ها، به آن صورت قانونی بخشید^{۱۴}.

ایالات متحده آمریکا تا دهه ۱۹۷۰ مخالف چنین صلاحیتی بود، ولی از آن پس به معاهدات چندجانبه بین‌المللی راجع به تروریسم ملحق شد که دولت‌های عضو را به استرداد یا تعقیب^{۱۵} مرتکبان جرایم خشونت‌آمیز تروریستی ملزم می‌کرد. «دولت آمریکا نسبت به پذیرش این اصل تردیدهایی داشته است تا مبدا کشورهای خارجی این اصل را مبنای صدور احکامی علیه آمریکاییان قرار دهند»^{۱۶}. با این حال، پیش‌نویس سوم تفسیری قانون روابط خارجی آمریکا اصل صلاحیت شخصی منفی را در مورد تروریست‌ها و دیگر حملات سازمان‌یافته نسبت به اتباع دولت به دلیل تابعیت آنها، یا قتل سفرای کشور یا کارکنان

۱۱. بر اساس نظریه قلمرو شناور (floating territory)، جرایم واقع‌شده در کشتی به‌منزله جرایم واقع در سرزمین کشوری است که کشتی در آنجا به ثبت رسیده است.

12. France v. Turkey, 1927 PCIJ. (Ser.A) No. 10 at: 19. See: also: David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, (London, 6th ed, 2005), p. 281.

13. Schabas William A., *Genocide in International Law*, (New York: Cambridge University Press, 2nd ed, 2009), pp. 409-410.

14. Cafritz, Eric, *op. cit*, p. 594.

15. Extradite or Prosecute/Aut Dedere Aut Judicare

۱۶. حسین میرمحمدصادقی، *دادگاه کیفری بین‌المللی*، (تهران: دادگستر: ج ۱، ۱۳۸۳)، ص ۷۲.

دولت، به‌طور فزاینده‌ای پذیرفته است^{۱۷} در مورد استناد ایالات متحده آمریکا به اصل صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده، مواردی مانند محاکمه یونس، تبعه لبنانی متهم به ربایش هواپیمای اردنی از بیروت، به استناد تابعیت آمریکایی دو نفر از گروگان‌ها (۱۹۸۸)^{۱۸}؛ تقاضای استرداد ابوعباس، عضو سازمان آزادیبخش فلسطین، به اتهام ربایش کشتی ایتالیایی آشیله لارو در آب‌های مصر و کشتن شهروند آمریکایی به نام لئون کلینگهوفر^{۱۹} (۱۹۸۵)^{۲۰}؛ و نیز تقاضای استرداد متهمان لیبیایی سرنگونی هواپیمای پان امریکن در لاکربی اسکاتلند که تعدادی از مسافران کشته‌شده آن آمریکایی بودند^{۲۱}، قابل ذکر هستند.

همچنین، یکی از مبانی صلاحیتی ادعایی اسرائیل در محاکمه آدولف آیشمن در سال ۱۹۶۱، علاوه بر اصل صلاحیت جهانی، یهودی بودن قربانیان «راه‌حل نهایی مسئله یهود»^{۲۲} بود. آیشمن علاوه بر ارتکاب جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت، به «جنایات علیه ملت یهود»^{۲۳} هم متهم گردید که فقره اخیر مصداق ماده ۲ کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات نسل‌زدایی (۱۹۴۸) تلقی می‌شود^{۲۴}. در واقع، دولت اشغالگر تازه‌تأسیس، خود را دولت متبوع یهودیانی تلقی می‌کرد که در جنگ جهانی دوم، یعنی قبل از تأسیس آن دولت، مورد جنایت واقع شده بودند. از این رو، «ادعاهای آن کشور در رابطه با قربانیان مذکور، بر این اساس که در زمان جرایم آیشمن آنها اتباع اسرائیل نبودند، به‌شدت مورد انتقاد قرار گرفته است»^{۲۵}.

17. *Ibid*, p 595.

18. United States v. Yunis, 681 F. Supp. 896, 1988 U.S. Dist. LEXIS 1857 (D.D.C. Feb. 12, 1988).

19. Leon Klinghoffer

20. Achille Lauro hijacking, Hijacking, Mediterranean Sea (1985), in: Encyclopedia Britannica.

۲۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. علیرضا کاظمی، «بررسی ابعاد حقوقی دادگاه لاکربی»، سیاست خارجی، ش ۴ (۱۳۷۹)، صص ۱۰۶۹-

۱۰۹۲ و حسین میرمحمدصادقی، «نگاهی به پرونده لاکربی از منظر حقوق جزای بین‌الملل»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۲۷ (۱۳۸۱)، صص ۸۵-۹۴ و رضا فیوضی، حقوق بین‌المللی کیفری، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران: چ ۱)، ۱۳۸۶، صص ۲۸۶-۲۹۱ و نیز:

Plachta, Michael, The Lockerbie Case: The Role of Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare.

22. The final Solution of the Jewish Problem

23. Crimes Against the Jewish People

24. Schabas William A., *op.cit*, pp. 426-429.

همچنین، نک: حسین میرمحمدصادقی و فاطمه یآوری، *این ده تن*، (تهران: دادگستر، چ ۱)، ۱۳۹۸، صص ۳۸۳-۴۰۵.

۲۵. کرایبر و همکاران، *درآمدی بر حقوق و آیین دادرسی بین‌المللی کیفری*، ترجمه حسین فخر و داود کوهی، ج ۱، (تهران: مجد، چ ۱)، ۱۳۹۳، ص ۹۸.

«یکی از موارد معدودی که صلاحیت شخصی منفعل به طور سنتی پذیرفته شده، مربوط به جنایات جنگی است. بنابراین، دولت‌ها حق تعقیب جنایات جنگی علیه اتباع خود را دارند. یکی از مثال‌های متعدد در این زمینه به محاکمه و آشپو آوچی مربوط است که در آن یک تبعه ژاپنی توسط محکمه نظامی هلند به خاطر اجبار زنان هلندی به فحشاء در کلویی در باتاوایا مورد تعقیب قرار گرفت»^{۲۶}. این مبنای صلاحیتی در مورد جنایات جنگی، اغلب بعد از پایان مخاصمات برای محاکمه متهمان دولت مغلوب از سوی دولت پیروز مورد استناد واقع شده است. اخیراً دادگاه‌ها در خصوص جرایم علیه بشریت و شکنجه به این مبنای صلاحیتی استناد کرده‌اند. به علاوه این مبنای صلاحیتی در قوانین داخلی مربوط به تروریسم در بسیاری از کشورها نظیر ایالات متحده آمریکا، فرانسه و بلژیک مورد توجه قرار گرفته است. همچنین در تعدادی از کنوانسیون‌های علیه تروریسم و نیز کنوانسیون ۱۹۸۴ بر منع شکنجه بر اساس این ضابطه تصریح شده است^{۲۷}.

۲.۱. مبانی نظری

با توجه به آنچه گفته شد، اصل صلاحیت شخصی منفی را نمی‌توان بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تلقی کرد، ولی با توجه به استدلال دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده لوتوس و پذیرش آن در بعضی اسناد بین‌المللی و اعمال آن نسبت به جنایات بین‌المللی و ورود آن به قوانین و رویه قضایی بسیاری از دولت‌های جهان، می‌توان آن را مبنای قانونی برای اعمال صلاحیت فراسرزمینی قلمداد کرد^{۲۸}. با این همه، این اصل را افراطی‌ترین اصل صلاحیت فراسرزمینی معرفی کرده‌اند که باید به شدیدترین اعمال مجرمانه مثل تروریسم و دیگر جرایم خشونت‌آمیز با رعایت تضمین‌های دادرسی و شروط تناسب و مجرمیت دوگانه،

۲۶. کرایر، پیشین، ص ۹۷.

۲۷. آنتونیو کسسه، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه حسین پیران و همکاران، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۳۵۷. البته وی معتقد است که اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه برای جنایات بین‌المللی مناسب نیست. زیرا جنایات بین‌المللی تمام بشریت را هدف قرار می‌دهند و تعقیب آنها نباید بر رابطه ملی بین مجنی علیه و دولت تعقیب‌کننده که معیاری محدود و ملی‌گرایانه است، استوار باشد (همان، ص ۳۵۸).

28. Echle, Regula, "The Passive Personality Principle and the General Principle of *Ne Bis In Idem*", *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 4 (Sep 2013), p. 61.

محدود گردد^{۳۹}. عدم پذیرش یا محدودیت اعمال این اصل در قوانین برخی از کشورها یا اختیاری بودن اعمال آن در برخی معاهدات بین‌المللی مثل فرع سوم بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) در همین راستا است. از این رو، برای آشنایی با مبانی نظری این بحث، شایسته است که دیدگاه‌های مخالفان و موافقان به‌طور جداگانه و مختصر بررسی شود.

۱.۲.۱. دیدگاه مخالفان

مخالفت‌ها با اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به‌طور کلی در سه محور سیاسی، حقوقی و عینی قابل مطالعه است. نخست، گفته‌اند که اصل بنیادین در صلاحیت کیفری، صلاحیت دولت سرزمینی است که جرم در قلمرو آن واقع می‌شود و نظم عمومی آن دولت را مخدوش می‌کند. دولت‌های دیگر باید به صلاحیت دولت سرزمینی احترام گذارده، از دخالت در اموری که به آن دولت مربوط می‌شود خودداری ورزند. این رویکرد از نظر سیاسی به حفظ و تحکیم روابط حسنه بین دولت‌ها کمک می‌کند. از نظر حقوقی، اعمال صلاحیت دولت متبوع بزه‌دیده احتمالاً با حقوق دادرسی عادلانه سازگار نیست، زیرا در این فرض متهم در برابر قانونی قرار می‌گیرد که در زمان ارتکاب جرم از آن اطلاع نداشته است^{۴۰}؛ چراکه رفتار موضوع اتهام ممکن است در کشور محل وقوع جرم یا کشور متبوع متهم جرم نباشد یا در مقایسه با کشور متبوع بزه‌دیده، حامل کیفر کمتری باشد.

افزون بر این، متهم در برابر دادرسی قرار می‌گیرد که با او بیگانه است و با طرف مقابل وی هموطن است و هرآینه ممکن است رفتاری ناعادلانه از خود بروز دهد. سرانجام، مخالفان به موانع عملی صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده می‌رسند که مهم‌تر از همه آنها عدم دسترسی دولت متبوع وی به مرتکب است. عدم دسترسی به ادله و شواهد جرم برای تشکیل و تکمیل پرونده در این دولت را نیز نباید از نظر دور داشت؛ به‌ویژه اگر دولت سرزمینی یا دولت متبوع متهم از همکاری با آن دولت کوتاهی کند، هیچ امیدی به عملی شدن صلاحیت دولت متبوع قربانی نمی‌توان بست. در این میان، پذیرش این نوع صلاحیت

29. Cafritz, Eric, *op. cit.*, pp. 598-599.

۳۰. کرایر، پیشین، ص ۹۷.

می‌تواند به نفع دولت‌های مقتدري باشد که به واسطه برخورداری از عناصر اقتدار بین‌المللی می‌توانند از اتباع خود در خارج حمایت واقعی به‌عمل آورند؛ درحالی که بقیه دولت‌ها و اتباع آن‌ها از چنین موقعیتی بی‌بهره می‌مانند.^{۳۱}

۲.۲.۱. دیدگاه موافقان

ایرادات مخالفان اصل صلاحیت دولت متبوع بزه‌دیده قابل اعتنا به‌نظر می‌رسد، اما در مورد سایر اصول، صلاحیت فراسرزمینی نیز صدق می‌کند. اگر ظن دخالت در حاکمیت دولت‌های دیگر و احتمال عدم رعایت دادرسی عادلانه و یا مشکل دسترسی به متهم یا ادله جدی گرفته شود، سایر اصول صلاحیت فراسرزمینی نیز باید کنار گذاشته شود، ولی مخالفان نمی‌توانند به چنین نتیجه‌ای ملتزم گردند.

موافقان با رد ایرادها، دلایلی به نفع این نوع صلاحیت مطرح می‌کنند. دولت سرزمینی ممکن است در قبال بزه‌دیدگی یک بیگانه احساس مسئولیت نکند و نخواهد از اقتدار و امکانات خود برای احقاق حق وی در محاکمه مرتکب استفاده کند و در نتیجه جرم ارتكابی بدون کیفر بماند. این بی‌کیفری که حقوق کیفری بین‌المللی در صدد مبارزه با آن است، هم با اجرای عدالت منافات دارد و هم ممکن است اتباع دولت در خارج را در معرض بزه‌دیدگی‌های بعدی قرار دهد. در چنین شرایطی اعمال صلاحیت دولت متبوع قربانی، هم اقتضای عدالت است و هم دارای اثر بازدارندگی.

علاوه بر این، رابطه تابعیت علاقه‌ای دوطرفه بین تابع و متبوع ایجاد می‌کند که در نتیجه آن همچنان که یک دولت حق دارد به جرایم ارتكابی اتباع خود در خارج رسیدگی کند، مکلف است جرایم ارتكابی علیه اتباع خود در خارج را نیز تحت پیگرد قرار دهد. برخورداری از حمایت قضایی دولت متبوع خود، حق و انتظار طبیعی شهروندان است و دولت با حمایت کیفری از آنها نه تنها مقبولیت ملی خود را افزایش می‌دهد، بلکه اقتدار بین‌المللی خویش را نیز به‌نمایش می‌گذارد. از سوی دیگر، مشکلات عملی این نوع صلاحیت را می‌توان با ارتقای همکاری‌های پلیسی و قضایی بین‌المللی مثل استرداد متهمان، نیابت

قضایی یا مشروط کردن آن به شرایطی مثل مجرمیت متقابل و منع محاکمه دوباره کاهش داد.^{۳۲}

از این منظر، حمایت از شهروند بزه‌دیده در قلمرو دولت بیگانه، به منافع ملی دولت متبوع وی پیوند می‌خورد و گفته می‌شود دولت با اعمال صلاحیت به جرایم ارتكابی علیه اتباعش در خارج، درحقیقت از منافع ملی خودش دفاع می‌کند. نفس پذیرش این نوع صلاحیت در قوانین بسیاری از کشورها نشان می‌دهد که آن را دخالت در حاکمیت دولت سرزمینی تلقی نکرده، ردّ ایرادات مخالفان و استدلال‌ها و توجیهات قابل اعتنای موافقان، پذیرش این اصل در اسناد بین‌المللی و نظام داخلی کشورها را موجه جلوه داده، حکایت از عدم مغایرت آن با اصول پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل دارد.

۲. چالش‌های تقنینی

برخلاف سایر اصول صلاحیت، این اصل تا سال ۱۳۹۲ در قوانین مجازات ایران سابقه‌ای ندارد. در مجموع، پذیرش این اصل در ایران به صورت موردی و تدریجی از قوانین خاص آغاز و به گسترش مشروط در قانون یادشده منتهی شده است. این فرایند دومرحله‌ای، از ورود محدود و موردی تا گسترش مشروط، پرسش شمول / عدم شمول شروط مقرر در ماده ۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسبت به قوانین خاص را مطرح می‌کند. در ادامه، چالش‌های تقنینی اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده با توجه به قوانین برخی کشورها که این اصل را اعمال می‌کنند، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۲. ایرادات مبتنی بر گستره جرم ارتكابی

در میان قوانین کیفری ایران، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نخستین قانونی است که اصل صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده را مورد شناسایی قرار داده است. این قانون از یک سو، اصل یادشده را که قبلاً به‌موجب قوانین خاص^{۳۳} به جرایمی مثل گروگان‌گیری،

۳۲. جواد طهماسبی، «اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در قوانین ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۹۷ (۱۳۹۶)، ص ۱۲۲.

۳۳. برخی قوانین پیش یا پس از ق.م.ا ۱۳۹۲ اصل صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده را به‌طور صریح یا ضمنی شناسایی کرده‌اند.

اعمال تروریستی یا جرایم واقع شده در کشتی و هواپیما اختصاص داشت با استفاده از مطلق واژه جرم به همه جرایم گسترش داد و از سوی دیگر، اعمال آن از سوی دادگاه‌های ایران را به احراز شرایطی مشروط کرد. در قوانین خاص، این صلاحیت ملحق به جرم خاصی است.

برخی از این قوانین متضمن الحاق ایران به معاهده‌ای بین‌المللی یا انعقاد موافقت‌نامه‌ای دوجانبه هستند و برخی دیگر از تشدید مقطعی تنش‌ها و تهدایات سیاسی در روابط ایران و برخی دولت‌ها ناشی شده‌اند. برای مثال:

الف) نخستین بار با تصویب ماده ۳۱ قانون هواپیمایی کشوری (۱۳۲۸) این اصل وارد نظام کیفری ایران شد. بر اساس بند «ب» ماده یادشده، دادگاه‌های ایران نسبت به «جنحه‌ها و جنایات ارتكابی در داخل هواپیمای خارجی در حین پرواز علیه اتباع ایران»، صلاحیت رسیدگی دارند.

ب) طبق ماده ۴ قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو راجع به جرایم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما (۱۳۵۵)، هرگاه جرمی علیه یکی از اتباع (یا مقیمین دائمی) دولتی غیر از دولت ثبت‌کننده هواپیما در داخل هواپیمای در حال پرواز ارتكاب یابد، آن دولت می‌تواند در امر پرواز مداخله نماید. البته این ماده به اصل صلاحیت ناشی از تابعیت بزه‌دیده ارتباط صریح ندارد، اما تجویز مداخله دولت متبوع (یا محل اقامت دائمی) مجنی علیه از این ملاحظه ناشی می‌شود که آن دولت بتواند علاوه بر دیگر اقدامات پیشگیرانه یا ترمیمی، به جرایم علیه اتباع (یا اقامت‌کنندگان دائمی) خود رسیدگی قضایی کند.

ج) ماده ۵ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی علیه گروگان‌گیری (۱۳۸۵)، به دولت متبوع شخص گروگان اجازه می‌دهد که در صورت صلاحدید، تدابیر لازم را برای احراز صلاحیت خود نسبت به جرم گروگان‌گیری اتخاذ کند.

د) قوانین موافقت‌نامه کشتی‌رانی تجاری دریایی ایران و بلغارستان (۱۳۷۲)، ایران و اوکراین (۱۳۷۴)، ایران و پاکستان (۱۳۷۵)، ضمن شناسایی صلاحیت کشور صاحب پرچم نسبت به جرایم واقع شده در کشتی، در بند «د» ماده ۱۳ خود حاوی استثنای مشایبهی هستند که به موجب آن، صلاحیت دولت پذیرنده کشتی نسبت به جرایم ارتكابی توسط یا علیه اتباع آن دولت، پذیرفته شده است ۳۳.

ه) بند ۲ ماده ۴ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل الحاقی کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هزه‌نگاری کودکان (۱۳۸۶) مقرر می‌دارد: «هر کشور عضو می‌تواند اقداماتی را که ممکن است برای احراز صلاحیت قضایی خویش در مورد جرایم موضوع بند (۱) ماده ۳ ضروری باشد، در موارد زیر به عمل آورد: ... ب) چنانچه قربانی، تبعه آن کشور باشد».

و) به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون تشدید مقابله با اقدامات تروریستی دولت امریکا مصوب ۱۰ آبان ۱۳۶۸: «اتباع و عوامل آمریکا و کشورهای که با آمریکا در آدم ربایی و توطئه علیه جان اتباع ایرانی و منافع جمهوری اسلامی ایران همکاری نمایند در دادگاه‌های داخل کشور بر مبنای قضای اسلامی محاکمه خواهند شد». اطلاق این مقرر اعم از وقوع جرم موردنظر در ایران یا خارج از آن است.

ز) طبق ماده واحده قانون الزام دولت به پیگیری حقوق جانبازان و قربانیان جنگ شیمیایی علیه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۶ بهمن ۱۳۸۷ و تبصره ۴ آن: «از تاریخ تصویب این قانون دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است حقوق مصدومان و شهیدای شیمیایی ناشی از هشت سال جنگ تحمیلی عراق علیه ایران را در محاکم داخلی و خارجی پیگیری نماید. دولت و قوه قضائیه موظفند با رعایت قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی، حمایت‌های فنی، حقوقی و دیپلماتیک را از تمام اتباع و اشخاص ایرانی صدمه‌دیده از حملات و کاربرد مواد شیمیایی ناشی از هشت سال جنگ تحمیلی عراق علیه ایران به عمل آورند». حمایت حقوقی قوه قضائیه از تمام اتباع و اشخاص صدمه‌دیده ایرانی، ضرورتاً به پیگیری غیر کیفری یا وقوع جرم در ایران مقید نشده است.

در حقیقت، ویژگی اصل صلاحیتی یادشده در قوانین پیش گفته آن است که اولاً از لحاظ نوع جرم یا محل وقوع آن (گروگان‌گیری، جرایم داخل هواپیما یا کشتی) محدود شده است؛ ثانیاً اعمال این اصل، جنبه متقابل یا دوجانبه دارد. اما در ق.م.ا ۱۳۹۲ این اصل به تمامی جرایم تعمیم یافته است. همین امر در مرحله عمل، کاربست این اصل را با مشکل مواجه می‌کند، زیرا برخی جرایم نظیر بزه‌های خفیف و بزه‌های قابل گذشت به اندازه‌ای از اهمیت برخوردار نیستند که بتوان با تسری این اصل به آنها دولت متبوع بزه‌دیده را افزون بر دولت سرزمینی، مسئول محاکمه این جرایم تلقی کرد. از این رو، می‌توان گفت رویکرد قوانین خاص از حیث مضیق کردن جرم ارتكابی به جرایم خاص یا قلمرو مکانی ارتكاب جرایم، قابلیت اجرایی بیشتری دارد.

اطلاق واژه جرم در آن ماده، کلیه رفتارهایی را که در نظام کیفری ایران به قید مجازات (یا اقدامات تأمینی و تربیتی) ممنوع شده‌اند، شامل می‌شود و نوع مجازات اعم از حد، قصاص، دیه یا تعزیر (منصوص یا غیرمنصوص) یا درجه مجازات تعزیری تأثیری در دامنه شمول آن ندارد. این گستردگی از حیث جرم ارتكابی علیه تبعه در قانون جزای افغانستان نیز مشاهده می‌شود. بر اساس ماده ۲۳ قانون جزای افغانستان، ارتكاب هرگونه جرمی فارغ از درجه آن در خارج از افغانستان در این کشور قابل محاکمه است.^{۳۴} با این حال، این گستردگی شمول در ماده ۸ و نیز ماده ۲۳ قانون افغانستان مورد انتقاد است.^{۳۵} اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده مخالفان جدی دارد و قوانین کشورهای دیگر، قلمرو آن را به جرایم مهم محدود کرده‌اند. برای مثال، در ایالات متحده آمریکا اصل صلاحیت شخصی منفی به جرایم تروریستی یا جرایم سازمان‌یافته علیه اتباع آمریکا محدود شده است. چین، ایتالیا و دانمارک نیز اعمال آن را به جرایم خاص یا جرایم دارای حداقل مجازات معین محدود کرده‌اند. ماده ۷-۱۱۳ قانون کیفری فرانسه اعمال این نوع صلاحیت را به جنایات یا جنحه‌های دارای حبس محدود کرده است.^{۳۶} بر اساس بند ۲ ماده ۱۲ قانون

۳۴. ماده ۲۳ قانون جزای افغانستان: «شخصی که در خارج قلمرو کشور، علیه تبعه یا منفعت افغانستان، مرتکب جرم شود، احکام این قانون بالایش تطبیق می‌گردد».

۳۵. حسین میرمحمدصادقی، و علی ایزدیار، «صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه با تأکید بر قانون جدید مجازات اسلامی»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، ش ۵ (۱۳۹۲)، ص ۳۲.

36. Cafritz, Eric & Tene Omer, *op.cit*, pp. 595-7.

کیفری ترکیه مصوب ۲۰۰۴: «اگر جرایم مذکور در بخش فرعی پیش‌گفته (جرایم ارتكابی بیگانه در خارج از ترکیه با حداقل مجازات یک سال حبس) با قصد ایراد آسیب یا خسارت به یک شهروند ترکیه یا یک شخصیت حقوقی ثبت‌شده طبق قوانین ترکیه و مشمول قانون خاص ارتكاب پیدا کند و مجرم در ترکیه یافت شود، در صورت شکایت زیان‌دیده و عدم محکومیت مرتکب در کشور خارجی محل ارتكاب جرم، طبق قانون ترکیه مجازات خواهد شد»^{۳۷}.

افزون بر این، اعمال صلاحیت شخصی منفی در قوانین برخی از کشورها مثل امریکا، به «معیار معقول بودن»^{۳۸} تعقیب بستگی دارد که به‌عنوان شرطی مبتنی بر نزاکت بین‌المللی، نه فقط اعمال تعقیب کیفری را به صلاحدید و اختیار مقامات صالح قضایی واگذار می‌کند، بلکه نشانگر احترام و تعهد در قبال دولت‌های دیگر است.^{۳۹} برای کاهش خطر مداخله در حاکمیت دولت‌های دیگر که یکی از عمده دلایل مخالفان صلاحیت شخصی منفی است، تضمین‌های دادرسی برای این اصل پیش‌بینی شده است. برای نمونه، هرگونه شروع به تعقیب به استناد اصل صلاحیتی موصوف در قانون جزای نروژ به نظر پادشاه بستگی دارد. در فنلاند، ایتالیا و سوئد، موافقت دولت برای این امر ضروری است.^{۴۰} طبق ماده ۸-۱۱۳ قانون جزای فرانسه، اعمال اصل صلاحیت شخصی (اعم از مثبت و منفی) برای تعقیب جرایم جنحه‌ای، به دلیل اهمیت کمتر آنها در مقایسه با جرایم جنایی، به درخواست دادرسی بستگی دارد که آن‌هم به نوبه خود مستلزم شکایت بزه‌دیده یا صاحب حق یا اعلام جرم رسمی از جانب مقامات رسمی کشور محل ارتكاب جرم است.^{۴۱} همچنین، طبق ماده ۱۲ قانون کیفری ترکیه، محاکمه فردی که در خارج از ترکیه علیه یک شهروند

- ماده ۷-۱۱۳ قانون مجازات فرانسه: «قانون جزای فرانسه، نسبت به هر جنایت یا جنحه ارتكابی مستوجب حبس، توسط یک فرانسوی یا خارجی که بزه‌دیده آن هنگام ارتكاب جرم، فرانسوی باشد، اعمال می‌گردد. (محمدرضا گودرزی بروجردی و لیلا مقدادی، مترجمان)، قانون مجازات فرانسه، (تهران: سلسبیل، ج ۱، ۱۳۸۶)، ص ۲۰.

37. <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview>

38. standard of Reasonableness

39. Ibid, p. 598.

40. Ibid, p 598.

۴۱. ماده ۸-۱۱۳ قانون مجازات فرانسه: «در موارد مذکور در مواد ۶-۱۱۳ و ۷-۱۱۳، تعقیب کیفری جرایم جنحه‌ای، فقط با درخواست دادرسی امکان‌پذیر است. این امر نیازمند شکایت بزه‌دیده یا صاحبان حق یا اعلام جرم مقامات رسمی کشور محل وقوع جرم است».

ترکیه یا علیه کشور ترکیه مرتکب جرم شود، به درخواست وزیر دادگستری ترکیه بستگی دارد. ماده ۱۴ قانون مجازات عراق نیز تعقیب کیفری مرتکب جرم خارج از عراق را به إذن وزیر دادگستری منوط کرده بود که با اصلاحات سال ۲۰۰۳ در نظام قضایی عراق، این اختیار به رئیس دیوان عالی قضایی عراق محول شد.^{۴۲}

شرط دیگری که برای اعمال این اصل در قوانین برخی کشورها ذکر شد، لزوم شکایت شاکی خصوصی است. این شرط را در بند ۲ ماده ۱۲ قانون کیفری ترکیه و ماده ۸-۱۱۳ قانون مجازات فرانسه - به شرحی که قبلاً گذشت - می‌توان ملاحظه کرد. به‌طور خلاصه می‌توان گفت که با توجه به شدت یا اهمیت جرم، درخواست یک مقام عالی دولتی و شکایت شاکی خصوصی، به معنای لزوم احراز شایستگی تعقیب برای اعمال اصل صلاحیت شخصی منفی است.

با توجه به محدودیت‌های پیش‌گفته برای اعمال اصل یادشده، شمول ماده ۸ به این طیف گسترده از جرایم که از اطلاق واژه جرم ناشی می‌گردد، علاوه بر افزایش تراکم در مراجع انتظامی و قضایی و اشتغال آنها به جرایم فاقد اهمیت کافی، می‌تواند باعث گسترش تعارض در صلاحیت‌ها و تنش در روابط خارجی ایران گردد. بنابراین، بهتر است جرایم کم‌اهمیت (مثل جرایم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸) از دامنه شمول ماده ۸ خارج شود.

۲.۲. ابهام در مفهوم «جرایم علیه ایران»

ماده ۸ از عبارت جدید «جرم علیه کشور ایران» استفاده کرده که پیش از آن در نظام کیفری ایران سابقه نداشته است. اعمال صلاحیت فرامرزی نسبت به جرایم علیه منافع و مصالح عمومی یک کشور مثل امنیت، تمامیت ارضی یا نظام اقتصادی آن، موضوع اصل صلاحیت واقعی یا حمایتی است. جرایم یادشده در بند «الف» ماده ۵ قانون مجازات اسلامی، یعنی «اقدام علیه نظام، امنیت داخلی و خارجی، تمامیت ارضی یا استقلال جمهوری اسلامی ایران» را که مشمول صلاحیت واقعی هستند، می‌توان اهم «جرایم علیه کشور ایران» تلقی کرد. اما آمدن عبارت «به جز جرایم مذکور در مواد قبل» در ادامه

۴۲. نبیل عبدالرحمن حیواوی، قانون المقوبات، (بغداد: المکتبه القانونیه)، ص ۱۰.

جمله‌واره «جرایم علیه کشور ایران» در ماده ۸، نشان می‌دهد که قانون‌گذار در این ماده به جرایمی علاوه بر جرایم یادشده در ماده ۵ نظر داشته است. به عبارت دیگر، «جرایم علیه کشور ایران» در ماده ۸، ادامه جرایم بند «الف» ماده ۵ است و بهتر بود در ماده ۵ پیش‌بینی می‌شد و شاید علت ذکر جرایم علیه ایران در ماده ۸ آن باشد که تعقیب آن دسته از جرایم علیه کشور که در رتبه‌ای خفیف‌تر از جرایم علیه امنیت و تمامیت ارضی و استقلال کشور قرار دارند، تابع شروط محدودکننده صلاحیت شخصی منفی شوند.

به نظر یکی از نویسندگان، اعمال اصل صلاحیت واقعی در خصوص این جرایم، به شرایط اعمال اصل صلاحیت شخصی منفعّل مقید شده است.^{۴۳} قوانین برخی از کشورها، مانند قانون ایران، علاوه بر تصریح به جرایم مشمول صلاحیت واقعی، سایر جرایم زیان‌بار به منافع ملی را به اصل صلاحیت شخصی منفی افزوده‌اند. برای نمونه، ماده ۲۳ قانون جزای افغانستان که پیش‌تر بیان شد، ارتکاب جرمی علیه منفعت کشور افغانستان را قابل محاکمه در دادگاه‌های این کشور می‌داند. همچنین، بند ۱ ماده ۱۲ قانون کیفری ترکیه مقرر می‌دارد: «هرگاه یک بیگانه در کشور بیگانه، مرتکب جرمی علاوه بر جرایم مذکور در ماده ۱۳ شود که برای کشور ترکیه زیان‌بار و مجازات آن حداقل یک سال حبس باشد و مجرم در ترکیه یافت شود، مطابق قوانین ترکیه مجازات خواهد شد. اما محاکمه او منوط به درخواست وزیر دادگستری است».

جرم علیه کشور، جرمی است که علیه مؤلفه‌های سازنده کشور یا جایگاه بین‌المللی آن یا عناصر معرف آن، مانند پرچم، سرود ملی، نقشه جغرافیایی و نمایندگی‌های رسمی یک کشور در خارج ممکن است ارتکاب پیدا کند. بنابراین آتش زدن پرچم یک کشور، تحریف و تخفیف سرود ملی، پاره کردن نقشه جغرافیایی آن به قصد بی‌احترامی و توهین یا حمله به سفارت یک کشور در خارج می‌تواند مصداق جرم علیه کشور تلقی شود. با این همه، جرم علیه کشور مفهومی گسترده و کلی دارد و تعریف و تشخیص مصادیق آن می‌تواند باعث

۴۳. حجتی، سید مهدی، «مروری بر تحولات قلمرو قوانین کیفری در مکان در حقوق ایران با تأکید بر قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، در: حقوق کیفری و جرم‌شناسی، به کوشش منصور رحمدل و تهمورث بشیریه، (تهران: گام حق، ج ۱، ۱۳۹۵)، ص ۲۷۹.

تفسیرهای متفاوت و تشتت آرا گردد. قانون‌گذار مصادیق جرم علیه کشور را جرم‌انگاری و کیفرگذاری نکرده، مثل آن است که مقنن عناوینی کلی همچون جرایم علیه اشخاص یا اموال را جرم‌انگاری کند، ولی اساساً مصادیق مجرمانه و مجازات آنها را تعیین نکند.

۳.۲. ایرادات مربوط به شروط مصرّح در ماده ۸ ق.م.

رسیدگی کیفری به موجب ماده ۸، مستلزم حضور مرتکبِ بیگانه در ایران است. در مورد جرایم تعزیری، علاوه بر شرط یادشده، شروط مجرمیتِ دوگانه و منع محاکمه دوباره نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

۱.۳.۲. شرط حضوری بودن محاکمه

ماده ۸ محاکمه را به «یافت شدن مرتکب در ایران و یا اعاده او به ایران» مشروط کرده است که بر لزوم حضوری بودن محاکمه دلالت دارد، زیرا برای صرف حضور مرتکب در ایران بدون حضور در محاکمه، فایده‌ای مترتب نیست و تأکید قانون‌گذار بر عبارت یادشده لغو می‌نماید. تفسیر این عبارت به ضرورت حضوری بودن محاکمه، کاهش قلمرو قابلیت اعمال و افزایش کارایی این نوع صلاحیت، از شدت مخالفت‌ها با آن می‌کاهد. طبق فراز آخر ماده ۳۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری، مرجع صالح رسیدگی به جرایم یادشده در ماده ۸، دادگاه تهران است. البته، شرط حضور مرتکب در ایران، در موارد زیادی، مانع از محاکمه کسی می‌شود که علیه ایران یا ایرانی در خارج از ایران مرتکب جرمی شده است. برای رفع این مانع می‌توان با «انتقال یا احاله دادرسی در امور کیفری»^{۴۴} به دولت محل حضور مرتکب، راه را برای اجرای عدالت و حمایت از ایران یا ایرانی بزه‌دیده هموار کرد. این امر نیازمند آن است که رفتار ارتكابی در کشور محل حضور مرتکب نیز جرم تلقی شده باشد.^{۴۵} شرط حضور مرتکب در کشور متبوع قربانی، در قوانین برخی کشورهای دیگر مثل بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۲ قانون کیفری ترکیه - که پیش‌تر گفته شد - پیش‌بینی شده است.

44. Transfer of Criminal Trials

۴۵. علیرضا دلخوش، مقابله با جرایم بین‌المللی (تعهد دولتها به همکاری)، (تهران: شهردانش، چ ۱، ۱۳۹۰)، صص ۲۲۰-۲۲۲.

۲.۳.۲. شرط مجرمیت دوگانه

بند «ب» ماده ۸ تصریح می‌کند که «رفتار ارتكابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد». این عبارت به شرط مجرمیت دوگانه یا مضاعف^{۴۶} اشاره دارد که به موجب آن، محاکمه بیگانه‌ای که در خارج علیه ایران یا ایرانی مرتکب جرمی (تعزیری) شده است، به مجرمانه بودن رفتار وی هم طبق قانون ایران و هم طبق قانون محل وقوع، بستگی دارد و جرم بودن آن رفتار طبق قانون ایران به تنهایی کافی نیست. این شرط نه فقط احترام به قوانین و حاکمیت دولت‌های دیگر است، بلکه با شرط معامله متقابل در امور کیفری نیز رابطه‌ای تنگاتنگ دارد و فراتر از آنها از آثار اصل قانونی بودن حقوق جزا به‌شمار می‌رود؛ چراکه محاکمه متهم به جرم بودن رفتار وی در کشور محل ارتکاب به هنگام ارتکاب بستگی دارد و بی‌توجهی به این مهم، نقض اصل قانونی بودن و نیز غیرعادلانه شدن دادرسی را در پی خواهد داشت. البته لازم نیست که رفتار ارتكابی در قانون دو کشور به نحو واحدی توصیف شود، بلکه کافی است که وقایع مربوطه در هر دو نظام حقوقی، جرم تلقی گردد^{۴۷}. اگر رفتار ارتكابی در هر دو نظام حقوقی جرم‌انگاری شده باشد، وحدت عنوان مجرمانه یا شدت و ضعف مجازات قانونی در این یا آن دولت، اهمیتی ندارد. طبق قاعده اختصاص^{۴۸}، اگر متهم در قالب موافقت‌نامه‌های استرداد به ایران بازگردانده شود، محاکم ایران فقط در خصوص اتهامی که در تقاضانامه استرداد قید شده و به استرداد وی منجر شده است، حق رسیدگی دارند؛ زیرا در غیر این صورت، اصل مجرمیت مضاعف و شرایط دیگر استرداد از قبیل استثنای جرم سیاسی به‌آسانی ممکن است نادیده گرفته شود^{۴۹}.

قانون‌گذار ایران محدودیت ناشی از شرط مجرمیت مضاعف را فقط در جرایم تعزیری پذیرفته است؛ یعنی اگر رفتار مجرمانه ارتكابی شخص بیگانه در خارج علیه ایران یا ایرانی

46. Double Criminality

۴۷. کرایر و همکاران، پیشین، ص ۱۵۷.

48. Principle of Speciality

۴۹. کرایر و همکاران، ص ۱۵۸.



طبق قوانین ایران واجد عنوان مجرمانه و مستوجب حد^{۵۰}، قصاص یا دیه باشد، احراز شرط مجرمیت مضاعف لازم نیست و حتی اگر آن رفتار در کشور محل ارتکاب دارای وصف کیفری نباشد، در ایران قابل رسیدگی خواهد بود. افزون بر جرایم مستوجب حد، قصاص و دیه، آنچه در لسان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به اصطلاح «تعزیرات منصوص شرعی»^{۵۱} نامیده شده است نیز به موجب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ آن قانون از قلمرو شمول بندهای «الف» و «ب» ماده ۸ خارج است. یعنی هرگاه جرم ارتكابی بیگانه در خارج علیه ایران یا ایرانی دارای عنوان تعزیر منصوص شرعی باشد، جرم بودن آن در قانون ایران برای محاکمه وی در ایران کافی است. این تبصره برای رفع ایراد شورای نگهبان به شمول اطلاق بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ نسبت به تعزیرات منصوص شرعی تصویب شده است^{۵۲}. از دیدگاه آن شورا، چون قوانین کشورهای دیگر، حتی کشورهای اسلامی، از لحاظ عدم مغایرت با شرع در قرائت شیعی آن در مرجع صالحی چون آن شورا ممیزی نمی‌شوند، بنابراین نمی‌توان بر عدم مغایرت شرعی آنها صحه گذاشت. این ایراد، شامل احکام قضایی کشورهای دیگر حتی کشورهای اسلامی می‌شود، زیرا قضات آنها از لحاظ برخورداری از شرایط قاضی مسلمان، مورد گزینش قرار نمی‌گیرند. به عبارت روشن‌تر، شورای نگهبان برای قوانین و احکام قضایی بیگانه، اعتباری قائل نیست^{۵۳}؛ در نتیجه، در خصوص جرایم و مجازات‌هایی که جنبه شرعی (و نه عرفی) دارند (حدود، قصاص، دیات، تعزیرات منصوص شرعی)، فقط قوانین

۵۰. فارغ از اختلاف نظرهای فقهی درباره امکان یا امتناع اجرای حد در زمان غیبت (سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (۴) بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱، ۱۳۷۹)، صص ۲۸۵-۲۹۸، قابل اجرا نبودن حد در فرض وقوع جرم در خارج از دارالاسلام (محمدحسن مالدار و عبدالرضا جوان جمفری بجنوردی، «بازخوانی و تعمیم ادله منع اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر»، جستارهای فقهی و اصولی، ش ۲۰ (۱۳۹۹) را که در این مختصر از مجال بحث خارج است، نباید از نظر دور داشت.

۵۱. «تعزیرات منصوص شرعی» عنوان مبهمی است که نظرهای مشورتی متعدد اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نتوانسته است از آن ابهام‌زدایی کند (برای مثال، نک: نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۹۷۱ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۸).

۵۲. فهیم مصطفی‌زاده، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران: چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۲۱ و محمدجواد شریعت باقری، «تصویب موافقتنامه‌های همکاریهای قضایی بین‌المللی: مشکلات و راه‌حل‌ها» دیدگاه‌های حقوقی قضایی، ش ۶۶ (۱۳۹۳)، ص ۴۹.

۵۳. به این دلیل شورای نگهبان، اغلب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی یا دوجانبه مصوب مجلس را که مستلزم پذیرش اعتبار قوانین و احکام بیگانه بوده، بارها مغایر شرع اعلام کرده است. ر.ک. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۵ (تهران: دادگستر، چ ۱، ۱۳۸۲)، صص ۴۱۹-۴۳۰ و ۴۹۵-۴۹۹ و ۴۶۸-۴۶۹.

ایران ملاک عمل خواهد بود و عدم جرم‌انگاری آنها در قانون کشور محل وقوع، مانع از رسیدگی قضایی در ایران نخواهد بود.

این دیدگاه جزمی و دگرستیز، سال‌های طولانی شامل تعزیرات غیرمنصوص نیز می‌شد، اما ضرورت گسترش روابط حقوقی و قضایی با سایر دولت‌ها در دو دهه اخیر آن شورا را بر آن داشت که حداقل در مورد جرایم و مجازات‌های دارای جنبه عرفی (تعزیرات غیرمنصوص)، با برخی قواعد عرفی مثل قاعده مجرمیت مضاعف مخالفت نکند. برخی از نویسندگان این تنگ‌نظری را تلویحاً به عارضه بیگانه‌هراسی^{۵۴} و اعتماد بیش از اندازه به میراث حقوقی خود از سویی و افراط در مذمت تأثیرپذیری از بیگانگان از سوی دیگر، نسبت داده‌اند.^{۵۵} به نظر می‌رسد، پذیرش این گونه قواعد حقوقی شناخته‌شده بین‌المللی که ریشه در خرد حقوقی و وجدان عدالت‌طلب حقوق‌دانان جهان دارد، نسبت به سایر جرایم و مجازات‌ها، به‌خصوص آنجا که با قوانین کیفری یا احکام قضایی دولت‌های اسلامی روبه‌رو هستیم، چندان دشوار نیست و در این صورت است که دوگانگی‌ها در نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی را می‌توان به حداقل ممکن رساند.^{۵۶}

۳.۳.۲. عدم سابقه رسیدگی

عدم سابقه رسیدگی یا اجرای مجازات در تعزیرات غیرمنصوص از دیگر شروط این ماده است. پذیرش منع محاکمه دوباره در بند «الف» ماده ۸ با دو محدودیت روبه‌رو است. نخست آنکه، بند «الف» ماده ۸، پذیرش اعتبار احکام کیفری بیگانه در ایران را به تعزیرات غیرمنصوص محدود کرده است؛ بنابراین، چنانچه جرم ارتكابی بیگانه در خارج علیه ایران یا ایرانی از جرایم مشمول حد، قصاص، دیه و یا تعزیر منصوص شرعی^{۵۷} باشد، رسیدگی مرجع قضایی بیگانه مانع رسیدگی دوباره در ایران نیست. نادیده گرفتن منع محاکمه دوباره در این

54. Xenophobia

۵۵. جلیل امیدی، «اعتبار قانون جزایی خارجی در قلمروی حاکمیت ملی»، در: *دایره المعارف علوم جنایی*، کتاب دوم، (تهران: میزان، ج ۲، ۱۳۹۵)، ص ۶۲.

۵۶. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. معصومه شکفته گوهری، و مجتبی جانی‌پور، «قاعده مجرمیت متقابل در حقوق جزای بین‌الملل ایران»، *پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، ش ۱۰ (۱۳۹۶)، صص ۴۱-۵.

۵۷. تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

جرایم می‌تواند ناقض حقوق متهم و مغایر دادرسی عادلانه تلقی گردد؛ درحالی که پذیرش اعتبار حکم کیفری بیگانه و به تبع آن، عدم محاکمه و مجازات دوباره در جرایم و کیفرهای به اصطلاح شرعی، با مراجعه به منابع و ادله اسلامی قابل قبول به نظر می‌رسد.^{۵۸}

دوم آنکه، بند «الف» ماده ۸، فقط برای احکام صادره از دادگاه کشور محل وقوع جرم اعتبار قائل شده و مفهوم مخالف آن، مانع از پذیرش اعتبار احکام غیر از آن کشور است. مثلاً اگر کشور متبوع مرتکب، غیر از کشور محل وقوع جرم باشد، و مرتکب در کشور متبوع خویش محاکمه گردد، مورد از شمول بند «الف» ماده ۸ خارج بوده، نمی‌تواند مانع اعمال صلاحیت دوباره محاکم ایرانی گردد. برای جلوگیری از این مشکل می‌توان محدودیت قاعده منع محاکمه دوباره به کشور محل وقوع جرم را ناشی از ابتدای قانون بر قاعده اغلیت تلقی و از کشور محل وقوع جرم سلب خصوصیت کرد و منع محاکمه دوباره را شامل احکام کیفری صادره از سایر محاکم صالح نیز دانست. این برداشت از نقض حقوق متهم جلوگیری کرده، تفسیری به نفع او خواهد بود.^{۵۹}

این شرط در ماده ۹-۱۱۳ قانون مجازات فرانسه چنین ذکر شده است: «در موارد پیش‌بینی شده در مواد ۶-۱۱۳ و ۷-۱۱۳، هیچ‌گونه تعقیبی علیه شخصی که به‌طور موجه علیه او در کشور خارجی برای همان اعمال حکم قطعی صادر شده و در صورت محکومیت، کیفر اجرا شده یا مشمول مرور زمان شده باشد، نمی‌تواند صورت گیرد». ماده ۱۴ قانون مجازات عراق (۱۹۶۹) نیز دارای حکم مشابهی است. بند ۲ ماده ۱۲ قانون کیفری ترکیه نیز این شرط را در جرایم علیه شهروندان ترکیه یا اشخاص حقوقی ثبت‌شده در ترکیه پذیرفته، ولی این شرط در بند یک آن ماده راجع به جرایم زیان‌بار برای ترکیه ذکر نشده است.

۵۸. حسن پوربافرانی و حسن فاطمه‌بیگی، «اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرایم مستوجب مجازات‌های شرعی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، ش ۱ (۱۳۹۲)، ص ۹۳. برای مطالعه بیشتر راجع به آرای فقهای معاصر و موضع رویه قضایی در مورد منع محاکمه مجدد، ر.ک. مصطفی کرمی‌پور، و عادل ساریخانی، «اعمال قاعده منع مجازات مضاعف نسبت به جرایم ارتكابی ایرانیان در خارج از کشور»، تحقیقات حقوقی معاصره، ش ۲، (فاقد بقیه مشخصات)، صص ۱۸۳-۲۱۳ و توجهی، عبدالعلی و قربانی، مهدی، «منع مجازات مضاعف، آراء، مبانی و ادله موافقان و مخالفان با مطالعه تطبیقی آرای مراجع عظام تقلید»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۲۹ (۱۳۸۸)، صص ۱۴۵-۱۹۷.

۵۹. برای مطالعه درباره دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان اهل سنت درباره مجرمیت دوگانه و منع محاکمه دوباره، نک: عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی/اسلام، ترجمه اکبر غفوری، ج ۱، (مشهد: آستان قدس رضوی، چ ۱، ۱۳۷۳) صص ۳۸۱-۴۰۲.

نتیجه

اصل صلاحیت ناشی از تابعیت قربانی جرم یکی از اصول صلاحیت فراسرزمینی است که به دلیل مخالفت‌های جدی با آن، دیرتر و محدودتر از سایر اصول صلاحیت فراسرزمینی جای خود را در حقوق کیفری بین‌المللی باز کرده است. برای احتراز از این مخالفت‌ها و امکان اجرای مؤثر، قوانین کیفری دیگر کشورها اعمال آن را به شروطی مثل اهمیت نسبی جرم، لزوم شکایت شاکی خصوصی، تجویز رسیدگی از سوی مقامات عالی‌رتبه کشوری، حضور متهم در محاکمه، الزامات دادرسی عادلانه مثل لزوم رعایت قواعد مجرمیت دوگانه و منع محاکمه دوباره، محدود کرده‌اند.

ماده ۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این نوع صلاحیت فراسرزمینی دادگاه‌های ایران را نسبت به همه جرایم شناسایی کرده که لازمه اعمال آن، حضوری بودن محاکمه، جرم بودن رفتار ارتكابی در ایران و کشور محل ارتكاب آن و عدم سابقه رسیدگی به آن در کشور محل ارتكاب است. از این رو، ماده ۸ را می‌توان گامی مثبت در توسعه صلاحیت محاکم ایرانی و حمایت حقوقی از هموطنان بزه‌دیده در خارج تلقی کرد. با این حال، به نظر می‌رسد که آن ماده با توجه به قوانین دیگر کشورها از جهات زیر نیازمند اصلاح است:

۱- شمول ماده نسبت به «جرایم علیه کشور ایران» در کنار جرایم علیه ایرانیان، جرایم یادشده را که باید در قلمرو اصل صلاحیت واقعی قرار گیرند، مشمول محدودیت‌های اصل صلاحیت شخصی منفی کرده است. افزون بر این، مفهوم و مصادیق جرایم علیه ایران از شفافیت لازم برای اصل قانونی بودن حقوق جزا برخوردار نیست. بنابراین، بهتر است برای جلوگیری از خلط بحث، جرایم علیه ایران (و عنداللزوم شرایط محدودکننده صلاحیت دادگاه‌های ایران نسبت به آنها) به ماده ۵ انتقال یابد. همچنین، برای اجتناب از تفسیرپذیری گسترده، برای مفهوم جرایم علیه ایران تعریف قانونی ارائه شود.

۲- در بند «ب» ماده ۸، پذیرش نسبی قاعده مجرمیت دوگانه فقط برای جرایم تعزیری غیرمنصوص و عدول از آن در جرایم مستوجب حد، قصاص، دیه و تعزیرات منصوص شرعی، با اصل قانونی بودن حقوق جزا، حقوق دفاعی متهم و دادرسی عادلانه ناسازگار است.

۳- در بند «الف» ماده ۸، پذیرش نسبی قاعده منع محاکمه دوباره فقط برای جرایم تعزیری غیرمنصوص و عدول از آن در سایر جرایم آن‌هم فقط نسبت به احکام صادره از دادگاه‌های کشور محل وقوع جرم، با حقوق دفاعی متهم و دادرسی عادلانه ناسازگار است و یا با وحدت ملاک از ماده ۵، احتساب بخش اجراشده مجازات صادره از محکمه خارجی در حکم دادگاه ایرانی مرتبط با جرایم مستوجب حد، قصاص و دیه، در بند «الف» ماده ۸ مورد تصریح قرار گیرد.

۴- بند «الف» ماده ۸ نسبت به مواردی که جرم ارتكابی در دادگاه صالح خارجی در حال رسیدگی است، ساکت است. با توجه به تقدم صلاحیت دولت سرزمینی و صلاحیت دادگاهی که زودتر شروع به رسیدگی کرده، بهتر است عدم رسیدگی دادگاه‌های ایران نسبت به موارد درحال رسیدگی مورد تصریح قرار گیرد.

۵- برای کاستن از احتمال تعارض صلاحیت‌ها و تنش در روابط و مناسبات بین‌المللی و افزایش امکان اجرای اثربخش اصل صلاحیت شخصی منفی و توجه به برخی مخالفت‌های منطقی با آن، بهتر است دامنه اجرای آن اصل با افزودن آستانه‌ای از شدت جرم، ضرورت شکایت شاکی خصوصی و درخواست تعقیب از سوی یک مقام عالی دولتی، محدود گردد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. آشوری، محمد (۱۳۸۲). *آیین دادرسی کیفری*، تهران: سمت.
۲. امید، جلیل (۱۳۹۵). اعتبار قانون جزایی خارجی در قلمروی حاکمیت ملی، در: *دایره المعارف علوم جنایی*، تهران: میزان.
۳. حجتی، سید مهدی (۱۳۹۵). مروری بر تحولات قلمرو قوانین کیفری در مکان در حقوق ایران با تأکید بر قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲). در: *دانشنامه حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، به کوشش منصور رحمدل و تهمورث بشیریه، تهران: گام حق.
۴. حسینی‌نژاد، حسینقلی (۱۳۷۳). *حقوق کیفری بین‌المللی*، تهران: میزان.
۵. خالقی، علی (۱۳۸۶). *آیین دادرسی کیفری*، تهران: شهر دانش.
۶. خالقی، علی (۱۳۸۷). *آیین دادرسی کیفری*، تهران: شهر دانش.
۷. دلخوش، علیرضا (۱۳۹۰). *مقابله با جرایم بین‌المللی (تعهد دولتها به همکاری)*، تهران: شهر دانش.
۸. عبدالرحمن حیاوی، نبیل، *قانون العقوبات*، بغداد: المكتبة القانونية.
۹. عوده، عبدالقادر (۱۳۷۳). *حقوق جنایی اسلام*، ترجمه اکبر غفوری، مشهد: آستان قدس رضوی.
۱۰. فیوضی، رضا (۱۳۸۶). *حقوق بین‌المللی کیفری*، تهران: دانشگاه تهران.
۱۱. کرایر، رابرت؛ فریمن، هاگان؛ رابینسون، داریل و ویلمزهورست، الیزابت (۱۳۹۳) جلد اول، (۱۳۹۵) جلد دوم، (۱۳۹۹) جلد سوم. *درآمدی بر حقوق و آیین دادرسی بین‌المللی کیفری*، ترجمه حسین فخر و داود کوهی، تهران: مجد.
۱۲. کسسه، آنتونیو (۱۳۸۷). *حقوق کیفری بین‌المللی*، ترجمه حسین پیران، اردشیر امیرارجمند و زهرا موسوی، تهران: جنگل.

۱۳. گودرزی بروجردی، محمدرضا و مقدادی، لیلا (مترجمان) (۱۳۸۶). *قانون مجازات فرانسه*، تهران: سلسبیل.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۹). *قواعد فقه (۴) بخش جزایی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۲). *قانون مجازات اسلامی در پرتو نظرات شورای نگهبان*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین و یآوری، فاطمه (۱۳۹۸). *این ده تن*، تهران: دادگستر.

– مقالات

۱۷. پوربافرانی، حسن (۱۳۹۵). مبانی و تحولات اصول صلاحیت مبتنی بر رابطه تابعیت. *پژوهش‌های حقوق کیفری*، ۵ (۱۷)، ۹-۳۰.
۱۸. پوربافرانی، حسن و فاطمه‌بیگی، حسن (۱۳۹۲). اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرایم مستوجب مجازات‌های شرعی. *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۴ (۱)، ۹۳.
۱۹. توجهی، عبدالعلی و قربانی، مهدی (۱۳۸۸). منع مجازات مضاعف، آراء، مبانی و ادله موافقان و مخالفان با مطالعه تطبیقی آرای مراجع عظام تقلید. *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ۱۰ (۲۹)، ۱۴۵-۱۹۷.
۲۰. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۳). تصویب موافقتنامه‌های همکاری قضایی بین‌المللی؛ مشکلات و راه‌حلهای دیدگاه‌های حقوقی قضایی، ۱۹ (۶۶)، ۳۹-۷۴.
۲۱. شکفته گوهری، معصومه و جانی‌پور، مجتبی (۱۳۹۶). قاعده مجرمیت متقابل در حقوق جزای بین‌الملل ایران. *پژوهشهای حقوق جزا و جرم‌شناسی*، ۲ (۱۰)، ۵-۴۱.
۲۲. طهماسبی، جواد (۱۳۹۶). اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در قوانین ایران. *حقوقی دادگستری*، ۸۱ (۹۷)، ۱۱۳-۱۴۱.
۲۳. کاظمی، علیرضا (۱۳۷۹). بررسی ابعاد حقوقی دادگاه لاکربی. *سیاست خارجی*، ۱۴ (۴)، ۱۰۶۹-۱۰۹۲.
۲۴. مالدار، محمدحسن و جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا (۱۳۹۹). بازخوانی و تعمیم ادله منع

اجرای حدود در سرزمین دشمن در جهان معاصر. *جستارهای فقهی و اصولی*، ۶ (۲۶)، ۹۵-۱۲۱.

۲۵. میرمحمدصادقی، حسین و ایزدیار، علی (۱۳۹۲). صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه با تأکید بر قانون جدید مجازات اسلامی. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۰ (۵)، ۳-۳۸.

(ب) منابع انگلیسی

- Books

26. Achille Lauro, hijacking, hijacking, Mediteranean Sea (1985). in: Encyclopedia Britannica.
27. Commentaire de l'arrêt Crim. 31 Janvier 2001, Bull. n 31.
28. David J. Harris (2005). *Cases and Materials on International Law*. 6th edition, London.
29. France v. Turkey, 1927 PCIJ (ser. A) No. 10.
30. Schabas William A. (2002). *Genocide in International Law*. 2^{ed} edition, New York: Cambridge University Press. <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/6872/preview>

- Articles

31. Echle, Regula (Sep 2013). The Passive Personality Principle and the General Principle of Ne Bis In Idem. *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 4, 61
32. Eric, Cafritz & Omer, Tene (2003). Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41: 585.
33. Plachta, Michael (2001). The Lockerbi Case: The Role of Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare. *IJEL*, Vol. 12, (1).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 195-232

Explaining the Concept of Corporate Opportunities and Strategy to Prevent Them from Appropriating by Directors (A Comparative Study of the Legal System of the United States, England and Iran)

Reza Gholinia¹ | Esmail Shahsevandi² | Amir Abbas bozorgmehr³ | Alireza Mashhadizadeh⁴

1. Ph.D. Candidate in Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Iran rqlawyer@gmail.com

2. Assistant Professor, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Iran (Corresponding Author)

es.shahsavandi@yahoo.com

3. Assistant Professor, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Iran

drabozorgmehr@gmail.com

4. Assistant Professor of Islamic Azad University, Tehran Branch, Center, Iran

al.mashhadizadeh@iau.ac.ir

Abstract

The prompt cycle of information always puts companies in business situations that profitability in them strongly tempts the directors to exploit them for their own private interests, which is naturally in conflict with the interests of the company. The "Doctrine of Corporate Opportunities", as a part of the more comprehensive concept of "fiduciary duty" with a long historical history, is one of the exclusive tools that by establishing regulations and principles such as the need to disclose to prevent the acquisition of business opportunities, to confront the risk of their deviation, and finally regulate the process of correct allocation, the roots of which can be seen in Iran's legal system. There are several tests to identify corporate opportunity, which their review shows that the "ownership-oriented" approach to opportunities in the United States greatly empowers directors in developing economic activities while in UK the "behavior-oriented" approach of the Companies Act 2006 has prioritized the requirement to have loyalty. In Iran's legal system Since the corporate opportunity has the characteristics required by law, including rational benefit, it should be accepted in the new list of valuable assets of companies and as an intangible asset.

Keywords: Disclosure, Fiduciary, Conflict of interest, Business opportunity, Corporate opportunity, Loyalty.

Received: 2023/07/09 Received in revised form: 2024/05/08 Accepted: 2024/05/27 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.57443.3294

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





تبیین مفهوم فرصت‌های شرکتی و راهکار جلوگیری از تصاحب آنها از سوی مدیران (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی امریکا، انگلیس و ایران)

رضا قلی‌نیا^۱ | اسماعیل شاهسوندی^۲ | امیرعباس بزرگمهر^۳ | علیرضا مشهدی‌زاده^۴

rqlawyer@gmail.com

es.shahsavandi@yahoo.com

drabozorgmehrr@gmail.com

al.mashhadizadeh@iaau.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ایران

۲. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ایران

۴. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ایران

چکیده

چرخه سریع اطلاعات، شرکت‌ها را همواره در موقعیت‌هایی تجاری قرار می‌دهد و سودآوری موجود در آنها مدیران مربوطه را به شدت وسوسه می‌کند که در راستای منافع خصوصی خود از آنها بهره‌برداری نمایند و طبیعتاً این امر با منافع شرکت در تضاد است. «دکترین فرصت‌های شرکتی» به عنوان بخشی از مفهوم جامع‌تر وظیفه امانی با سابقه تاریخی طولانی، یکی از ابزارهای اختصاصی است که با وضع مقررات و اصولی همچون ضرورت افشا، از تصاحب فرصت‌های تجاری جلوگیری کرده، با خطر انحراف مقابله و در نهایت فرایند نحوه تخصیص صحیح را تنظیم می‌نماید که ریشه‌های آن در نظام حقوقی ایران هم قابل مشاهده است. آزمون‌های متعددی برای شناسایی فرصت شرکتی وجود دارد که بررسی آنها نشان می‌دهد در ایالات متحده امریکا رویکرد «مالکیت‌محور» فرصت‌ها تا حد زیادی مدیران را در توسعه فعالیت‌های اقتصادی توانمند می‌سازد؛ در حالی که در انگلیس رویکرد «رفتارمحور» قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۰۶، الزام به داشتن وفاداری را در اولویت قرار داده است. در نظام حقوقی ایران از آنجا که فرصت شرکتی از ویژگی‌های موردنظر قانونی از جمله منفعت عقلانی برخوردار است، باید در فهرست جدید دارایی‌های باارزش شرکت‌ها به عنوان یک مال نامشهود مورد پذیرش قرار گیرد.

واژگان کلیدی: افشا، امانی، تضاد منافع، فرصت تجاری، فرصت شرکتی، وفاداری.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.57443.3294



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

شرکت‌ها از آغاز تأسیس خود همواره با مخاطرات داخلی مواجه هستند که بی‌شک مدیریت آنها مستلزم توجه ویژه به قانون، حاکمیت و ساختار شرکتی است. یکی از دلایل اساسی بروز این بحران‌ها و تحمیل هزینه‌های مربوطه که به‌عنوان هزینه‌های نمایندگی^۱ از آنها یاد می‌شود، ماهیت روابطی است که در درون شرکت‌ها حاکم است. هم‌زمان و به‌منظور کاهش این هزینه‌ها اصولاً دو نوع راهبرد ارائه می‌شود: نخست، استراتژی‌های حاکمیت قراردادی که شامل آیین‌نامه رفتاری بوده، از مدیران انتظار دارد صادقانه، محتاطانه و با درنظر گرفتن بهترین منافع شرکت عمل کنند^۲ و دوم، استراتژی‌های نظارتی که در قالب مقررات شرکتی، مسئولیت‌هایی همچون الزامات مربوط به انتشار منظم اطلاعات باکیفیت در مورد عملکرد شرکت را به مدیران تحمیل می‌نمایند^۳. با این حال، تضادهای نمایندگی در حوزه‌های متفاوت دیگری ازجمله رفتارهای فرصت‌طلبانه مدیرانی که می‌توانند به دلیل قدرت تفویضی از سوی شرکت، اهداف شخصی را با هزینه سهام‌داران دنبال نمایند^۴، نمود خارجی پیدا کرده که راهبردهای پیش‌گفته در رویارویی با آنها ناتوان است. مثال رایج این سودجویی زمانی است که مدیر از وجود فرصت تجاری پربازده اطلاعاتی کسب کرده، درصدد برمی‌آید از این دانسته‌ها در راستای منافع شخصی بهره‌برداری نماید. از همین رو، نظام‌های حقوقی مختلف با اذعان به سست بودن طبیعت انسانی، در راستای مقابله و کاهش نگرانی خطر انحراف فرصت‌های تجاری، سالیان متمادی است به شناسایی سازوکارهای قانونی متعددی پرداخته‌اند. یکی از این مکانیزم‌ها، ابتنای پایه‌های دکترینی به نام «فرصت‌های شرکتی»^۵ است. این دکترین که برخی از آن با عنوان «فرصت‌های

1. Agency Costs.

در مقام تعریف باید گفت، منظور نوع خاصی از هزینه‌هاست که از اقدامات نمایندگی که از جانب اصیل عمل می‌نماید، ناشی می‌شود.

2. Robert W.V. Dickerson & David L. Vaughan, "The Canada Business Corporations Act: Some Aspects of Transnational Interest", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 8, (2021), p. 796.

3. John Armour & Henry Hansmann & Reinier, Kraakman, "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement Discussion", *Harvard Law School Cambridge*, (2009), p. 4.

4. Todd A. Gornley & David A. Matsa, "Playing it safe? Managerial Preferences, Risk, and Agency Conflicts", *Journal of Financial Economics*, Vol. 122, (2016), p. 432.

5. The Corporate Opportunities Doctrine.

سازمانی» هم یاد می‌کنند، اصطلاحی است که به حقوق امریکایی نسبت داده شده^۷ و به موضوع بداندیشی مدیران برای برتری دادن منافع شخصی بر منافع شرکت می‌پردازد و در واقع کوشش دارد با تنظیم شرایطی، مدیران را از تصاحب ناصحیح فرصت‌ها و چشم‌اندازهای تجاری منع نماید. به هر روی، آنچه کم‌وبیش مورد پذیرش اکثریت قریب به اتفاق سیستم‌های قضایی قرار گرفته که برای این دکترین اعتبار قائل شده‌اند، این است که به دلیل وجود تضاد منافع^۸، مدیران شرکت به محض روبه‌رو شدن با موقعیت تجاری، باید از تصاحب آن اجتناب کرده، بی‌درنگ آن را به شرکت افشا نمایند.

این روند در عین سادگی ظاهری در عمل بسیار غامض است. از همین رو تمرکز این مقاله بر موضوع فرصت‌های شرکتی به‌عنوان یکی از مباحث پیچیده حوزه حقوق شرکت‌ها است. نظام حقوقی ما تعریفی از فرصت شرکتی ارائه نمی‌دهد و در مقابل، نظام حقوقی امریکا و انگلیس - به‌عنوان حوزه‌های قضایی مبدأ و پیشرو - سابقه طولانی در موضوع داشته و استانداردهای رفتاری بالایی را در این خصوص به مدیران شرکت تحمیل کرده‌اند؛ تکالیفی که هم از قانون و هم از رویه قضایی ناشی می‌شود. از همین رو نخستین سؤال که در پی پاسخگویی به آن هستیم، این است که آیا می‌توان در نظام حقوقی ایران، در غیاب یک متن صریح قانونی و با استقرا در قوانین فعلی، قائل به پذیرش پایه‌های این دکترین شد؟ سؤال دوم این است که آیا تمام فرصت‌های تجاری، فرصت شرکتی هستند؟ در صورت

6. Stephen M. Bainbridge, "Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine", UCLA School of Law, Law-Econ Research, No. 08-17 (2008), p. 2.

7. Dan Prentice, "The Corporate Opportunity Doctrine", *The Modern Law Review*, Vol. 37, (1974), p. 464.

۸. اگرچه می‌توان موضوع فرصت‌های شرکتی را به‌عنوان نوعی از مفهوم کلی تضاد منافع نگریست؛ با این حال، بین این دو تفاوت‌هایی وجود دارد. به بیان ساده، معامله مدیر ذی‌نفع اساساً موقعیتی است که در آن مدیر (چه به حساب خود یا از طرف شرکت دیگر) در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت می‌شود به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم طرف معامله واقع شده، در نتیجه به شیوه‌ای ناعادلانه کسب سود می‌نماید (معاملات موضوع ماده ۱۲۹)؛ درحالی که در مورد فرصت شرکتی، مدیر با عدم ارائه فرصت تجاری خاص به شرکت و در عوض تصاحب آن به حساب خود یا برای شرکت دیگری که در آن منافع مالی دارد از موقعیت خود سوء استفاده می‌کند و در واقع به‌دنبال گرفتن حق انجام معامله از شرکت است. مقررات حاکم بر تعارض منافع در مواردی اعمال می‌شود که مدیر با شرکت وارد معامله حقوقی می‌شود، درحالی که در دکترین فرصت شرکتی، مدیر با شرکت وارد عمل حقوقی نمی‌شود. مضاف به اینکه دکترین فرصت شرکتی در مرحله قبل از تصمیم‌گیری در هیئت مدیره، به دلیل رفتار فرصت‌طلبانه مدیران، نقش ایفا می‌کند اما تضاد منافع در طول فرایند تصمیم‌گیری به‌وجود می‌آید. در تضاد منافع، مدیر نه‌تنها به نام خود، بلکه از طرف شرکت نیز عمل می‌کند؛ درحالی که در یک معامله فرصت شرکتی، مدیر فقط از طرف خود عمل می‌نماید.

منفی بودن پاسخ، چه نوع چشم‌انداز تجاری فرصت شرکتی را تشکیل می‌دهد؟ نهایتاً اینکه ماهیت حقوقی این فرصت چیست و آیا می‌توان آن را به‌عنوان دارایی شرکت شناسایی نمود؟ از نگاه تطبیقی در نظام حقوقی امریکا، رویه قضایی ایالت دلاور به‌عنوان «حوزه قضایی غالب شرکتی»^۹ و در نظام حقوقی انگلیس قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۰۶ و رویه قضایی این کشور مورد پژوهش خاص در این مقاله هستند. لذا ابتدا به تحلیل و بررسی ساختاری دکترین به صورت تطبیقی پرداخته، ضمن تشریح نحوه ساخت فرصت شرکتی و آزمون‌های موجود، نهایتاً ماهیت حقوقی و امکان به‌رسمیت شناختن آن را به‌عنوان مال یا حق مالی بررسی خواهیم کرد.

۱. تحلیل ساختاری دکترین فرصت‌های شرکتی

روابط بین اعضای شرکت‌ها همیشه هماهنگ نیست و انگیزه برتری دادن به منافع شخصی ممکن است مدیری را تحریک نماید تا منافع خود را بر منافع شرکت مقدم بدارد. بنابراین تحمیل تعهدات خاصی بر مدیران با هدف محدود کردن گرایش غریزی انسان به سمت دنبال کردن منافع شخصی، حیاتی است. در این بین و به‌منظور مقابله با فعالیت‌های نامطلوب و حمایت از ذی‌نفعان، سال‌های متمادی لزوم رعایت وظیفه امانی مورد توجه قانون‌گذاران و صاحب‌نظران عرصه حقوق شرکت‌ها بوده است، به نحوی که می‌توان نشانه‌های آن را در سنت‌های قدیمی یهودی- مسیحی هم ردیابی نمود^{۱۰}. هم‌راستا با این تکالیف، نظریه فرصت‌های شرکتی که ریشه‌های خود را از ایده زیربنایی اعتماد، تکالیف امانی و زیرشاخه‌های آن وام گرفته، در جهت تنظیم این روابط ایجاد شده است. از همین رو، برای شناخت دقیق این دکترین، ناگزیر باید با تحلیل ریشه‌هایی که هسته آن را شکل می‌دهند، نهایتاً به درک عمیق‌تری از آن دست یابیم.

۱.۱. ایالات متحده امریکا

زیربنای اصلی نظریه فرصت‌های شرکتی در نظام حقوقی امریکا، وظایف امانی است که

9. Lewis S. Black, "Why Corporations Choose Delaware", Delaware Department of State Division of Corporations, (2007), p. 1.

10. Joseph F. Johnston, "Natural Law and the Fiduciary Duties of Business Managers", *Journal of Markets and Morality*, Vol. 8, (2005), p. 29.

به‌عنوان بخشی از حقوق شرکت و صاحبان سهام به‌رسمیت شناخته شده است.^{۱۱} تکلیفی که در توصیف آن گفته شده است: «وظیفه امانی مدیر متناوب یا گاه‌به‌گاه نیست، بلکه قطب‌نمای ثابتی است که تمام اقدامات مدیر از جانب شرکت و تعاملات وی با سهام‌داران باید از جانب آن هدایت گردد»^{۱۲}. در این کشور، وظیفه عام امانی از چند وظیفه اساسی خاص، شامل وفاداری، مراقبت، حسن نیت و افشا تشکیل شده و درواقع این تکالیف فرعی هستند که هر زمان در کنار یکدیگر قرار گیرند به مفهوم وظیفه امانی معنا می‌بخشند که در ادامه به‌طور مختصر به توضیح آنها می‌پردازیم.

۱.۱.۱. وظیفه وفاداری

مهم‌ترین رکن وظیفه امانی، رعایت تکلیف وفاداری^{۱۳} است. این تکلیف که در ابتدا ویژگی روان‌شناختی و جزء فضائل اخلاقی به‌شمار می‌رفت، امروزه اصل قانونی محسوب می‌شود که وجودش برای تضمین امنیت تجارت ضروری بوده، براساس شناخت ویژگی‌ها و انگیزه‌های انسانی تلاش دارد تا مانع بهره‌برداری از دارایی‌های شرکت در راستای منافع شخصی شود. این تکلیف که با رفتارهایی از نوع فرصت‌طلبانه و بدخواهانه سروکار دارد، دارای قدمت طولانی بوده، به نحوی که از میانه قرن نوزدهم نشانه‌های اولیه بروز آن در حقوق شرکت‌های امریکا قابل مشاهده است.^{۱۴} همچنین، امروزه در ایالت دلاور همگان بر این باورند که وظیفه وفاداری، مدیران شرکت را از بهره‌مندی نامناسب و داشتن تضاد منافع مالی منع و در عوض آنها را به ارتقای منافع شرکت ملزم می‌نماید؛^{۱۵} از همین روست که وظیفه وفاداری جزء اساسی دکترین فرصت‌های شرکتی این ایالت محسوب می‌شود.

۲.۱.۱. وظیفه مراقبت

وظیفه مراقبت^{۱۶} را می‌توان تلاشی برای اتخاذ تصمیم‌گیری مناسب از سوی مدیران

11. Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (N.J. 1981).

12. James R. Hart III, "Storetrax.com, Inc. v. Gurland: Keep Trax of Your Board of Directors", *Maryland Law Review Online*, Vol. 68, (2009), p. 35.

13. Duty of Loyalty.

14. Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).

15. Tamar T. Frankel, *Fiduciary Law*, (New York: Oxford University Press, 1, 2011), p. 42-43.

16. Duty of Care.

تعریف نمود^{۱۷}. در حقیقت، وظیفه مراقبت مستلزم آن است که «مدیران قبل از تصمیم‌گیری‌های تجاری یکدیگر را از تمام اطلاعاتی که به‌طور منطقی در دسترس آنهاست، آگاه نمایند»^{۱۸}. در ایالت دلاور این وظیفه که نخستین بار در سال ۱۹۸۵ مطرح گردید^{۱۹}، به‌عنوان بخشی از وظایف امانی مدیران از سوی محاکم در شرایطی هم که تضاد منافی وجود ندارد مورد بحث قرار می‌گیرد^{۲۰}. البته در این ایالت، محدودیت‌های قضایی مختلف دامنه وظیفه مراقبت را محصور کرده است؛ ازجمله اینکه با انجام صحیح فرایند تصمیم‌گیری، اقدامات مدیران تحت حمایت قاعده‌ای به نام «قاعده قضاوت تجاری»^{۲۱} قرار می‌گیرد که بر اساس آن «فرض اولیه این است که مدیران در تصمیم‌گیری‌های تجاری خود آگاهانه، با حسن نیت و با یک باور صادقانه عمل می‌کنند؛ در نتیجه اقدام صورت گرفته آنها در راستای منافع شرکت قرار دارد»^{۲۲}.

۳.۱.۱. وظیفه حسن نیت

در یک پرونده از وظیفه حسن نیت^{۲۳} در کنار دو تکلیف قبلی به‌عنوان مثلث امانی یاد شد و اعلام گردید که «شرط اساسی وظیفه امانی مدیران در قبال سهام‌داران، داشتن حسن نیت است»^{۲۴}. حسن نیت اساساً به وضعیت ذهنی مدیران و درواقع به کیفیت نیت آنها در برابر شرکت مربوط می‌شود^{۲۵}. این وظیفه مستلزم آن است که مدیران در تصمیم‌گیری‌های تجاری خود دقت و احتیاطی را به‌خرج دهند که یک فرد متعارف در موقعیت و شرایط مشابه از آن استفاده می‌کند. از همین رو گفته شده است، مدیر شرکت زمانی مرتکب نقض این

17. Brent J. Horton, "Modifying Fiduciary Duties in Delaware: Observing Ten Years of Decisional Law", *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 40, (2016), p. 936.

18. Nadelle Grossman, "Director Compliance with Elusive Fiduciary Duties in a Climate of Corporate Governance Reform", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 12, (2007), p. 402.

19. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985).

20. Victor Brudney, "Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law", *Boston College Law Review*, Vol. 38, (1997), p. 595-599.

21. The "Rule of Judgment in Business".

22. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

23. Duty of Good Faith.

24. Malone v. Brincat, 722 A.2d 5 (Del. 1998).

25. Christopher M. Bruner, "Good Faith in Revlon-Land", *Washington and Lee University School of Law*, Vol. 55, (2010), p. 584.

وظیفه می‌شود که عمداً کاری را با هدفی غیر از پیشبرد منافع شرکت صورت دهد.^{۲۶} به هر حال، نقض این تکلیف، مستلزم اثبات این موضوع است که مدیران از اینکه تعهدات امانی خود را انجام نمی‌دهند، آگاه باشند.^{۲۷}

۴.۱.۱. وظیفه افشا

آخرین وظیفه اصلی امانی مدیران، افشاگری^{۲۸} است که مستلزم آشکار نمودن کامل «همه حقایق و شرایط» در خصوص موضوع مورد بحث است.^{۲۹} طبق این تکلیف، ارائه اطلاعات کاملاً منطقی به سهام‌داران و مدیران در دو مورد ضروری است: اول، زمانی که از آنها خواسته می‌شود در خصوص موضوعی رأی‌گیری نمایند و دوم، هنگامی که شرکت معامله حاوی تضاد منافع را بررسی می‌نماید. به عبارت دیگر، عملکرد مطلوب مدیران از جمله مستلزم برداشتن گام‌هایی برای افزایش شفافیت و تقویت حس اعتماد بین آنان و سایر ارکان شرکت است. از همین رو به‌منظور در دسترس قرار دادن اطلاعات به اشخاص ذی‌نفع در شرکت‌ها به‌خصوص در موقعیت‌هایی که دلیل قانع‌کننده قانونی برای عدم انجام این کار وجود ندارد، افشا یک فرایند رسمی است. در واقع، از آنجا که تمرکز سنتی وظیفه افشا فراهم نمودن امکان تصمیم‌گیری و مشارکت آگاهانه است، لذا بی‌شک انتقال چنین داده‌هایی آن‌هم به روشی کاملاً قابل درک، اولین گام مهم در فرایند تعامل با تمامی ذی‌نفعان حاضر در شرکت است. از همین رو، وظیفه افشاگری، مدیران را ملزم می‌نماید که در صورت مواجهه با فرصت شرکتی، به‌طور کامل و منصفانه تمام اطلاعات بااهمیتی را که برای تصمیم‌گیری خردمندانه نیاز است، آشکار سازند.^{۳۰}

۲.۱. انگلیس

نظام حقوقی این کشور در خصوص وظایف امانی، پیچیده و شامل چندین مقرر است.

26. Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A.2d 27, 67 (Del. 2006).

27. Lyondell Chem. Co. v. Ryan, 970 A.2d 235, 240 (Del. 2009).

28. The Duty of Disclosure.

29. Lynch v. Vickers Energy Corp., 383 A.2d 278, 279 (Del. 1977).

۳۰. ذکر این نکته لازم است که قانون شرکت‌های عمومی دلاور اجازه می‌دهد همه وظایف امانی مورد اشاره در موارد مشخص «گسترش یا محدود یا حذف شوند».

Del.Code Ann. tit. 6, § 18-1101(c) (2017).

از یک سو، تکالیف امانی و وفاداری دارای سنت طولانی بوده که ریشه آنها به حدود ۳۰۰ سال قبل بازمی‌گردد^{۳۱} و از سوی دیگر، قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ که به نحو گسترده‌ای وظایف مدیران را در فصل ۲ بخش ۱۰ در هفت تکلیف مشخص نموده است^{۳۲}. با مطالعه این موارد مشخص می‌شود، برخلاف نظام حقوقی امریکا که دیدگاه گسترده‌تری نسبت به تعهدات امانی دارد، قانون شرکت‌های فعلی انگلیس از رویکرد محافظه‌کارانه و سخت‌گیرانه‌تری در این زمینه برخوردار بوده که نه تنها به دنبال جلوگیری از سوء استفاده مدیران از موقعیت شغلی است، بلکه حتی در پی کسب اطمینان از عدم وسوسه شدن آنها در این زمینه است. هدفی که نهایتاً باعث شد قانون شرکت‌ها ۲۰۰۶ به منظور نظام‌مند کردن پروسه برخورد مدیران با فرصت‌های سرمایه‌گذاری، ضمن اتخاذ دو اصل منفی در دو مسیر مجزا، اما درهم‌تنیده حرکت نماید^{۳۳}. این دو قاعده که دکترین فرصت‌های شرکتی را در این کشور توصیف می‌کنند، «عدم تضاد منافع» و «عدم کسب سود» نام دارند که هم‌پوشانی قابل‌توجهی بین آنها وجود دارد^{۳۴}؛ تا جایی که با هم به عنوان قاعده «بدون تعارض بدون سود»^{۳۵} شناخته می‌شوند که در ادامه به توضیح مختصر این دو تکلیف می‌پردازیم.

۱.۲.۱. قاعده منع کسب سود

اولین وظیفه‌ای که به طور سنتی دادگاه‌های انگلیس در فرض سوء استفاده و تخصیص فرصت‌های شرکتی به کار می‌گرفتند، قاعده منع کسب سود بود^{۳۶}. این قاعده به معنای منع و ضرورت پاسخگویی مدیر به هرگونه سود حاصله از تصاحب فرصتی است که با سوء استفاده از موقعیت و جایگاه امانی تحصیل شده باشد^{۳۷}. به عبارت دیگر، بر اساس این قاعده، برای مدیر کسب سود نامعلوم شخصی با استفاده از دارایی‌ها، فرصت‌ها و اطلاعات شرکت ممنوع است.

31. Keech v. Sandford (1726), 25 E.R. 223 (Ch.).

32. Companies Act 2006 c. 46, §§ 170-77 (U.K.).

33. Andre Stafford & Stuart Ritchie, *Ibid*, p. 32.

34. Paul Davies, Sarah Worthington, Gower: *Principles of Modern Company Law*, (London: Sweet & Maxwell, 11, 2021), p. 88.

35. The "No Conflict-No Profit Rule".

36. David Kershaw, "Does it Matter How the Law Thinks About Corporate Opportunities?", *Legal Studies*, Vol. 25, (2005), p. 537.

37. Simon Mortimore, *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies*, (London, Oxford University Press, 3, 2017), p. 313.

۲.۲.۱. قاعده اجتناب از تضاد منافع

به‌طور سنتی دادگاه‌های انگلیس به موضوعات مربوط به تخصیص فرصت‌های شرکتی بر اساس قاعده عدم تعارض منافع رسیدگی می‌کردند^{۳۸}؛ هرچند از نیمه دوم قرن بیستم به تدریج قاعده عدم کسب سود هم در پرونده‌های فرصت شرکتی مورد استناد قرار گرفت^{۳۹}. با این حال، این وظیفه همچون قاعده پیشین اجازه نمی‌دهد بین منافع شخصی مدیر و منافع شرکت تضادی وجود داشته باشد. منطق این قاعده بر این مبنا استوار بوده که لازم است مدیران در جهت منافع شرکت و نه منافع خود گام بردارند^{۴۰}. با این حال، زمانی نقض این قاعده رخ می‌دهد که بهره‌برداری شخصی مدیر از فرصت سودآور با وظیفه او برای ارتقای وفادارانه موفقیت شرکت در تعارض باشد. لازم به ذکر است با وجود خواست بسیاری از پژوهشگران مبنی بر انعطاف به‌خرج دادن در رویکرد سخت‌گیرانه اتخاذ شده از سوی بسیاری از دادگاه‌ها در قرن‌های گذشته، قانون‌گذار در قانون شرکت‌ها ۲۰۰۶ به این وظیفه با همان کیفیت سابق و به صورت صریح اشاره کرده و درواقع قانون نانوشته و رویکرد سنتی اجتناب از تضاد منافع را مدون و اصلاح نموده است^{۴۱}. همچنین ذکر این نکته لازم است که در نظام حقوقی انگلیس، مدیران صرفاً به دلیل وجود تضاد منافع، مرتکب نقض وظیفه امانی می‌شوند، ولو اینکه شرکت تحت مدیریت آنها هیچ منفعت اقتصادی در فرصت حاصله نداشته باشد^{۴۲}.

۳.۱. ایران

در نظام حقوقی شرکت‌های ما و در مقایسه با دو نظام دیگر، به موضوع تکلیف امانی و زیرشاخه‌های آن، به‌خصوص در زمینه فرصت‌ها و موقعیت‌های شرکتی، توجه محدودتری

38. Andrew Keay, *Directors' Duties*, (Boston, Jordan Publishing Limited, 3, 2016), p. 336.

39. Cook v. Deeks [1916] 1 AC (PC) 554; Bhullar v. Bhullar [2003] EWCA Civ 424; [2003] B.C.C. 711; O'Donnell v. Shanahan [2009] EWCA Civ 751; [2009] B.C.C. 822; Towers v Premier Waste Management Ltd [2012] BCC 72.

40. Michael Hadjinestoros, "Exploitation of Business Opportunities: How the UK Courts Ensure that Directors Remain Loyal to Their Companies" *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 19, (2008), p 70-71.

41. Jie Li, "the Peso Silver Case: An Opportunity to Soften the Rigid Approach of the English Courts on the Problem of Corporate Opportunity", *Company law*, Vol. 32, (2011), p. 68.

42. Quarter Master (UK) Ltd v Pyke [2005] 1 BCLC 245 (Ch) at [54-55].

شده است. به نظر می‌رسد ریشه این مسئله در این واقعیت نهفته است که قانون‌گذار در زمان تصویب قانون تجارت، بیشتر تحت تأثیر نظام حقوقی کشورهای معروف به سیویل لا بوده تا نظام‌های حقوقی کامن‌لا. در نتیجه، زمانی که قانون تجارت فعلی در سال ۱۳۱۱ بر مبنای قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه (معروف به کد ناپلئون) ترجمه، تهیه و تصویب شد و جایگزین قانون تجارت سال ۱۳۰۳ گردید^{۴۳}، به دلیل آنکه در قانون مرجع، تکالیف و وظایف امانی آن‌چنان مورد توجه نبود، به تبع آن، قانون تجارت ما هم به‌صراحت به این تکالیف اشاره‌ای نکرده است. دلیل دیگر آن است که به دلیل تناوب کاربرد تعهدات امانی در طیف گسترده‌ای از روابط و چون این مفهوم یکی از شناخته‌شده‌ترین مفاهیم حقوقی است، لذا قانون‌گذار ضرورتی ندانست تا به آنها به صورت صریح در حقوق شرکت‌ها اشاره نماید و در عوض با برابر دانستن مسئولیت مدیر شرکت با مسئولیت‌های وکیل، خود را از اشاره و پرداختن بیشتر بی‌نیاز کرده است. به همین دلیل است که گفته شده در روابط داخلی، ارتباط مدیران با شرکت، تابع رابطه حقوقی نمایندگی است و این اختیار عام و نمایندگی که مدیران به‌موجب مواد ۱۰۷ و ۱۱۸ ل.ا.ق.ت برای اداره شرکت دارند، آنها را امین شرکت قرار داده، متعهد می‌کند که در اداره امور شرکت همواره حافظ منافع شرکت و سهام‌داران باشند^{۴۴}. در واقع، ترجمه این نظر آن است که علی‌رغم عدم ارجاع به تکلیف وفاداری در حقوق شرکت‌های ایران، ممکن است در مفهوم وکالت قانونی این حقیقت وجود داشته باشد، به‌خصوص به این دلیل که مقنن، ید امانی ناشی از إذن مالک یا شارع را به‌عنوان قاعده کلی تصرف در مال غیر می‌شناسد^{۴۵}. با این حال، با گذشت زمان و توسعه روابط تجاری و اهمیت نقش شرکت‌ها در اقتصاد و وجود این واقعیت که اصولاً در تمامی حق‌ها امکان سوء استفاده وجود دارد^{۴۶} که قدرت اعطایی به مدیران یکی از آنهاست، قانون‌گذار ما نیاز به مداخله را بیشتر احساس کرده است. از همین رو، تلاش برای تنظیم مقررات تضاد منافع با توجه به

43. <https://dotic.ir/news/4860>

۴۴. لعیا جنیدی و محمد نوروزی، «شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکت‌های سهامی عام»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱۰۱ (۱۳۸۹)، ص ۵۸-۵۹.

۴۵. محمد مهدی الشریف و نصرالله جعفری خسروآبادی، «حقیقت امانت»، مدرسه حقوق، ش ۶۷ (۱۳۹۰)، ص ۲۵.

۴۶. غلامرضا حاجی‌نوری، «بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۵۲.

ریشه‌های آن در منابع اسلامی (آیات، روایات، اقوال فقها و ابواب فقهی) در سال‌های اخیر بیشتر شده^{۴۷} تا جایی که با بررسی مقررات موجود مشخص می‌گردد کشور ما دیگر با این مفاهیم بیگانه نیست. در ادامه به بررسی مهم‌ترین آنها می‌پردازیم.

۱.۳.۱. قوانین

از مواد مختلف قانون تجارت و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از آن می‌توان زیرمجموعه‌های اصلی تکالیف امانی را استنباط نمود که این می‌تواند فضایی را برای ورود دکترین فرصت‌های شرکتی به نظام حقوقی ایران باز نماید. از جمله ماده ۱۳۳ لایحه یادشده که مدیران و مدیرعامل را از انجام هرگونه معاملاتی که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد منع و در موارد نقض این ممنوعیت، شرکت را مستحق مطالبه خسارت می‌داند که این الزام و پیامدهای قانونی ممنوعیت رقابت می‌تواند به‌عنوان یکی از ریشه‌های اصلی این دکترین در نظام حقوقی ما محسوب گردد؛ چراکه ممنوعیت رقابت هم مبتنی بر وظیفه وفاداری و رعایت تکلیف سلبی عدم اقدام به طریقی است که به منافع شرکت لطمه وارد نماید.

همچنین در ماده ۱۲۹ لایحه پیش‌گفته، قانون‌گذار یک قسم از معاملات حاوی تعارض منافع را با رعایت شرایط و ضوابط مصرح مجاز دانسته است که اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل شرکت می‌توانند در آنها ورود کنند. از روح حاکم بر مجموع مقررات مربوط به این قبیل معاملات می‌توان برداشت نمود که اولاً شرکت این اختیار را دارد تا به مدیران امکان پیگیری معاملات حاوی تعارض منافع را بدهد و ثانیاً با توجه به سکوت قانون‌گذار در موضوع فرصت شرکتی از طریق قیاس رویه تصویب معاملات موضوع ماده یادشده، می‌توان ادعا کرد رویکرد مقنن به فرض در خصوص نحوه رأی‌گیری و حد نصاب لازم برای معتبر بودن تصمیمات هیئت مدیره در آن موضوع هم قابل اعمال است.

در کنار مواد یادشده می‌توان گفت، صریح‌ترین مقررۀ حاوی ممنوعیت اعضای هیئت

۴۷. سید مصطفی محقق داماد و محمد درویش‌زاده، «حقوق را جدی بگیریم (جای خالی قانون «مدیریت تعارض منافع» در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم)»، دانشنامه‌های حقوقی، ش ۱۰ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۴-۱۴۰.

مدیره و مدیرعامل از مناسب‌سازی فرصت‌های شرکتی در راستای منافع شخصی، در بخش یازده از لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت و نیز در ماده ۲۵۸ مورد تصریح قرار گرفته است. در واقع، ممنوعیت سوء استفاده از اموال یا اعتبارات شرکت به منظور مقاصد شخصی و برخلاف منافع اصیل در این ماده شناسایی شده است.^{۴۸} بنابراین، طبق این ماده مدیران باید سود و نفعی را که به لحاظ موقعیت امانی خویش از فرصت‌ها و اطلاعات مربوط و متعلق به شرکت به دست می‌آورند، به حساب شخص حقوقی بگذارند.

قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران که در سال ۱۳۸۴ به تصویب رسید، در ماده ۶ خود انتخاب اعضای هیئت مدیره را از میان افراد «امین» مجاز دانسته و در ماده ۱۲ هم به نحوه انجام وظایف ایشان که متصف به «نهایت دقت» و «بی‌طرفی» است، اشاره می‌نماید. در مواد ۱۶، ۱۷ و نهایتاً ۴۶ هم قانون‌گذار تلاش کرده است با ممنوع کردن هرگونه فعالیت و به رسمیت شناختن تکالیفی، با جرم‌انگاری این اقدامات از بروز امکان سوء استفاده و تعارض منافع جلوگیری نماید. در واقع از آنجا که مدیران به واسطه رابطه امانی با شرکت به اطلاعاتی دسترسی پیدا می‌کنند که از آنها به اطلاعات نهانی^{۴۹} یاد می‌شود، این قانون و دستورالعمل اجرایی «نحوه گزارش‌دهی دارندگان اطلاعات نهانی» مصوب ۱۳۸۶ با به رسمیت شناختن قاعده ممنوعیت معاملات مبتنی بر این نوع اطلاعات، از افراد مشمول همچون مدیران می‌خواهد که در امور شرکت همواره منافع سهام‌داران را بر منافع خود ترجیح دهند و مواردی را که قانون‌گذار از آنها خواسته است، بلافاصله افشا نمایند.^{۵۰}

۲.۳.۱. دستورالعمل‌ها

دستورالعمل «الزامات افشای اطلاعات و تصویب معاملات اشخاص وابسته ناشران بورسی و فرابورسی» مصوب ۱۳۹۰ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، یکی دیگر از

۴۸. لعیا جنیدی و معصومه اکبریان طبری، «رابطه امانی مدیران در شرکت‌های سهامی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان»، حقوق تطبیقی، ش ۱۰ (۱۳۹۷)، ص ۷۵.

۴۹. بند ۳۲ ماده ۱ قانون مقرر می‌دارد: «هرگونه اطلاعات افشاء نشده برای عموم که به طور مستقیم یا غیر مستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوط، تأثیر می‌گذارد، اطلاعات نهانی گفته می‌شود».

۵۰. لعیا جنیدی و محمد نوروزی، پیشین، ص ۵۹.

مقرراتی است که در نظام حقوقی ما به دنبال پیشگیری از سوء استفاده از دارایی‌ها و منافع شرکتی است. محور و شالوده اصلی این دستورالعمل بر پایه «وظیفه افشا» است. دکترین فرصت‌های شرکتی هم بر پایه این وظیفه بوده است؛ چراکه درحقیقت توانایی مدیران را برای دنبال نمودن چشم‌اندازهای تجاری جدید، آن‌هم به صورت جداگانه و بدون ارائه به شرکت، محدود می‌نماید. همچنین دستورالعمل «حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران» مصوب ۱۴۰۱ در مواد مختلف خود به بحث تعارض منافع و بحث افشای منافع متضاد می‌پردازد. برای مثال، تبصره ۲ ماده ۷ این دستورالعمل اعلام می‌دارد: «هر یک از مدیران اصلی باید داشتن منافع با اهمیت به شکل مستقیم یا غیرمستقیم یا به نمایندگی از طرف اشخاص ثالث، در یک معامله یا موضوع تأثیرگذار بر شرکت را نزد هیات مدیره افشاء کنند».

۳.۳.۱. سایر لوايح، آيين‌نامه‌ها

برای اولین بار در کشور ما لایحه‌ای با عنوان «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی» مشتمل بر ۴۰ ماده در سال ۱۳۹۸ از سوی هیئت وزیران با قید دو فوریت به تصویب رسید. به موازات آن، طرحی مشتمل بر ۲۷ ماده با موضوع مشابه از سوی نمایندگان مجلس دهم تهیه شد. کلیات طرح مدیریت تعارض منافع سرانجام در آبان ۱۴۰۰ به تصویب رسید. هرچند ملاحظه می‌شود از آغاز فرایند قانون‌گذاری در این خصوص، تعلل بسیاری صورت گرفته تا جایی که هنوز این قانون به تصویب نرسیده است؛ با این حال، با نگاه به این اقدامات می‌توان دریافت که اهمیت موضوع امروزه برای دولتمردان و قانون‌گذاران ما هم روشن شده است.^{۵۱} آیین‌نامه «احراز صلاحیت‌های مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره، هیئت عامل و افرادی که به نمایندگی صاحب سهم دولت در شرکت‌ها و یا سایر اشخاص حقوقی مربوط به عنوان عضو هیئت مدیره معرفی می‌شوند»، در بند ۴ و ۷ خود به ترتیب «عدم عضویت در هیئت مدیره شرکت‌های دیگر اعم از دولتی و غیردولتی» و «عدم تعارض منافع بین مدیر و حوزه فعالیت شرکت» را از جمله شرایط عمومی برای انتخاب و انتصاب افراد در سمت‌های مدیریتی تعیین نموده است.

51. <https://rc.majlis.ir/fa/report/show/1774009>.

درمجموع، از استقرا در این قوانین می‌توان وظیفه وفاداری مدیران را استنباط نمود. مضاف به اینکه می‌توان گفت روح کلی حاکم بر نظام حقوقی ایران بر پایه پذیرش مدیریت تعارض منافع بوده و از همین رو ممنوعیت هرگونه سوء استفاده از موقعیت‌های ملموس و ناملموس امری مسلم است و لذا مبانی و منابع حاکم بر نظام حقوقی ایران در این خصوص هیچ ابهامی ندارد و کارکرد نصوص و قواعد پرتکرار که در این زمینه تدوین شده، تماماً مدیریت تعارض منافع است^{۵۲}. در نتیجه: **اولاً** اگرچه حوزه تضاد منافع بسیار گسترده‌تر از دامنه فرصت‌های شرکتی است، با این حال، موضوع اخیر را می‌توان نوعی از مفهوم کلی تضاد منافع دانست که با آن در ارتباط است؛ چراکه در هر دو مورد، منافع مدیران در تضاد با منافع شرکت قرار می‌گیرد. **ثانیاً** با اصل عدم رقابت مدیران با شرکت مرتبط است، زیرا تصاحب فرصت شرکتی از سوی مدیران می‌تواند به عنوان رقابت با شرکت تلقی شود. **ثالثاً** چون مبنای اصلی دکترین فرصت‌های شرکتی این است که از یک سو مدیران به ضرر شرکت هیچ فرصت تجاری سودآوری را به خود تخصیص ندهند و از سوی دیگر هرگونه انگیزه در راستای عمل در مسیر منفعت شخصی و به هزینه شرکت در آنها حذف شود، پیش از این گفتیم دکترین تعریف‌شده سنتی همچون امانت‌داری و زیرشاخه‌های آن سابقه دیرینه در حقوق ما هم دارند؛ در نتیجه باید پذیرفت عدم پذیرش صریح دکترین فرصت‌های شرکتی به این معنی نیست که دارایی شرکت از طریق قوانین مربوطه محافظت نمی‌شود.

۲. نحوه شناخت فرصت شرکتی

از آنچه تاکنون بیان شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که فرض اساسی همواره آن است که شرکت‌ها با فرصت‌های ارزشمندی روبه‌رو می‌شوند که بدون وجود مکانیزم‌های نظارتی، از جانب مدیران شرکت به‌طور کامل یا جزئی حق بهره‌مندی از این فرصت‌ها از شرکت سلب خواهد شد. در این بین دکترین فرصت‌های شرکتی هم به‌طور خاص وظایفی را برای مدیران شرکت به رسمیت می‌شناسد و هم آنان را از تصاحب فرصت‌های تجاری که حاصل قدرت تفویض شده از سوی سهام‌داران و شخص حقوقی به آنهاست، باز می‌دارد. به عبارت دیگر، این دکترین از مدیران می‌خواهد که وفاداری کاملی را در خصوص شرکت تحت

۵۲. سید مصطفی محقق داماد و محمد درویش‌زاده، پیشین، ص ۱۴۷.

مدیریت خود به کار گیرند و فرصت تجاری متعلق به شرکت را به نفع خود تصاحب نکنند. موقعیت‌هایی که معمولاً تحت این دکترین مورد بحث و صیانت قرار می‌گیرند متنوع بوده، از جمله امکان به دست آوردن دارایی‌هایی همچون اسرار تجاری مانند فرمول مخفی ساخت یک کالا؛ خرید یک امتیاز یا مجوز؛ تصاحب یک قطعه زمین خاص با ارزش ویژه؛ تجهیزات فنی؛ خرید یک تجارت؛ خرید سهام شرکت به ارزش مناسب و

با وجود این، پاسخ به این پرسش که آیا فرصت تجاری به شرکت تعلق می‌گیرد یا جزء فرصت‌های شرکتی نیست، اغلب گیج‌کننده و دشوار است. تلاش‌های زیادی در طول بیش از یک قرن از سوی پژوهشگران برای تعریف فرصت شرکتی صورت گرفته تا آنجا که برخی آن را شامل هر گزینه یا موقعیتی برای سرمایه‌گذاری یا استفاده سودآور از اطلاعات یا دارایی شرکت دانسته‌اند.^{۵۳} با این حال، در قانون شرکت عمومی دلاور، فرصت‌های شرکتی به‌طور رسمی تعریف نشده است. در نظام حقوقی انگلیس، درحالی که بخش ۱۷۵ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ مقرر می‌دارد که مدیر باید از تضاد بین منافع خود و شرکت - به‌ویژه در خصوص بهره‌برداری از فرصت‌ها - اجتناب نماید، ولی این بخش هم به تعریف فرصت شرکتی نمی‌پردازد. به همین علت، معیارها، آزمون‌ها و مجموعه‌ای از عوامل برای تعیین اینکه آیا وظیفه امانی مدیر ایجاب می‌کند که فرصت تجاری را از دست بدهد یا در عوض، آزاد است که آن را برای خود پیگیری و تصاحب نماید، در سیستم حقوقی امریکا و انگلیس و رویه قضایی این دو نظام تدوین شده است که در این بخش به تبیین آنها می‌پردازیم و نهایتاً آزمون پیشنهادی در نظام حقوقی ایران را هم با توجه به مقررات موجود ارائه می‌نماییم.

۱.۲. ایالات متحده امریکا

از گذشته در نظام حقوقی ایالات متحده، دادگاه‌ها و محققان چهار آزمون اصلی را برای تعیین اینکه آیا یک فرصت «شرکتی» است یا خیر، مورد استناد قرار داده‌اند. این آزمون‌ها عبارت‌اند از: (۱) آزمون منافع یا انتظار؛ (۲) آزمون خط تجارت؛ (۳) آزمون انصاف؛ (۴) و آزمون‌های ترکیبی که در ادامه هریک را به صورت مختصر توضیح می‌دهیم.

53. Martin Gelter & Geneviève Helleringer, "Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law", *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 15, (2018), p. 95.

۱.۱.۲. آزمون منافع یا انتظار^{۵۴}

در پرونده شرکت لاگارد^{۵۵} ما شاهد ایجاد قدیمی‌ترین آزمون با عنوان «آزمون منافع یا انتظار» هستیم. در این آزمون، سؤال تعیین‌کننده آن است که آیا از قبل رابطه‌ای بین شرکت و فرصت وجود داشته است؟ مؤلفه «منافع» در این آزمون معمولاً به پروژه‌هایی اشاره دارد که شرکت‌ها می‌توانند در خصوص آن‌ها ادعای حق قراردادی مطرح نمایند؛ درحالی که مؤلفه «انتظار» شامل مواردی خواهد بود که اگرچه قبلاً از طریق یک قرارداد صریح تضمین نشده‌اند، اما با توجه به شرایط فعلی، اینکه در آینده به حقوق قراردادی تبدیل شوند بسیار محتمل است^{۵۶}. تحت این آزمون، شرکت منحصرأ می‌تواند نسبت به فرصت‌های تجاری‌ای ادعای مالکیت نماید که قبلاً و بر اساس یک حق قراردادی، منفعی در آن داشته باشد یا به دلیل ابتکاراتی که از قبل به کار برده، به احتمال زیاد در آینده آن فرصت به یک حق قراردادی تبدیل می‌شود^{۵۷}. برای مثال، قراردادهای به‌اصطلاح «رابطه‌ای» بین شرکت و شرکای تجاری که در آنها تمدیدهای دوره‌ای به‌صراحت پیش‌بینی نشده‌اند، اما می‌توان به‌طور منطقی انعقاد آنها را مفروض دانست، از این نوع اخیر هستند^{۵۸}.

۲.۱.۲. آزمون خط تجارت^{۵۹}

با گذشت زمان و افزایش محبوبیت روزانه شرکت‌های سهامی در این کشور، هم‌زمان دادگاه‌ها برای گسترش دامنه تعریف فرصت‌های شرکتی از طریق ایجاد یک استاندارد انعطاف‌پذیرتر که بتواند امکان ارزیابی نیازهای تجارت رو به رشد آن زمان را تأمین نماید، تحت فشار بودند^{۶۰}. از همین رو، آزمون دیگری به‌تدریج مورد استناد محاکم قرار گرفت که

54. The "Interest or Expectancy Test".

55. *Lagarde v Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, 28 So. 199 (1900).

56. Robert Clark, *Corporate Law*, (Boston, Little, Brown, 1, 1986), p. 225.

57. Eric Talley, "Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine", *The Yale Law*, Vol. 108, (1998), p. 282.

58. Ian R. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under the Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", *New Work Universal Law Review*, Vol. 72, (1978), p. 854

59. The "Line of Business Test"

60. Ictor Brudney & Robert Clark, "A New Look at Corporate Opportunities", *Harvard Law Review*, Vol. 94, (1981), p. 998.

«آزمون خط تجارت» نامیده می‌شود. بر اساس این آزمون، درحالی که به مدیر فرصتی تجاری ارائه می‌شود که در حوزه تجارت شرکت قرار گیرد و ویژگی‌های آن به نحوی است که ارتباط نزدیکی با فعالیت‌های موجود یا بالقوه آن دارد، در این صورت آن فرصت در خط تجارت شرکت واقع شده، فرض می‌شود که شرکت از قبل یک ادعای مفروض نسبت به آن دارد. برای شناخت دقیق‌تر حوزه «خط تجارت» باید به معروف‌ترین پرونده در ایالت دلاور یعنی *دعوی گوئث علیه لافیت*^{۶۱} مراجعه کرد که قدیمی‌ترین روش تعیین خط تجارت را در خود جای داده است. دادگاه در این پرونده از طریق این آزمون، نقش دکترین فرصت‌های شرکتی را از حالت حفاظت از بهره‌برداری غیرمجاز از فرصت‌هایی که در آنها شرکت دارای منافع قبلی است، به تحمیل تعهد بر مدیران به‌منظور واگذاری فرصت‌ها به شرکت، تغییر داد.^{۶۲}

با این همه، در تعیین مجموعه دقیق شرایطی که در آن یک پروژه در خط تجاری شرکت قرار می‌گیرد، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه شده است. این عدم قطعیت باعث شد که بسیاری از دادگاه‌ها به دنبال تعریف ساده‌تری از خط تجارت باشند. برای مثال، در یک پرونده، دادگاه اعلام نمود که مقررات موجود در اساسنامه شرکت محدوده فعالیت و خط تجارت آن را مشخص می‌کند^{۶۳} و برخی دادگاه‌ها معتقدند این آزمون تنها فرصت‌هایی را دربر می‌گیرد که یا به‌وضوح با عملیات موجود شرکت مرتبط هستند^{۶۴} یا مدیران را در رقابت مستقیم با فعالیت‌های فعلی شرکت قرار می‌دهند.^{۶۵} در مقابل، محاکم دیگر با ارائه تفسیر گسترده‌تر از آزمون اعلام داشته‌اند، اگر پیگیری فرصت، «سودآوری بالقوه» و یا «مزیت عملی» برای شرکت ایجاد نماید یا با برنامه‌های آینده‌نگر آن برای توسعه مطابقت داشته

61. Guth v. Loft, 5 A.2d 503, 511 (Del. 1939).

لازم به ذکر است، امروزه این پرونده به‌عنوان نمونه پیشرو در موضوع دکترین فرصت‌های شرکتی مدرن و مرجع اصلی برای بحث و بررسی بسیاری از بخش‌های فرصت‌های شرکتی از سوی دادگاه‌ها و پژوهشگران در سراسر دنیا شناخته می‌شود.

62. Struan Scott, "The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments", *Modern Law Review*, Vol. 66, (2003), p. 855.

63. Weismann v. Snyder, 338 Mass. 502, 505, 156 N.E.2d 21, 23 (1959).

64. Lancaster Loose Leaf Tobacco Co. v. Robinson, 199 Ky. 313, 317-18, 250 S.W. 997, 998-99 (1923).

65. Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc., 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996).

باشد، در این صورت آن فرصت باید در خط تجارت قرار گیرد.^{۶۶}

۳.۱.۲. آزمون انصاف^{۶۷}

سومین آزمون، «انصاف» نام دارد که برخلاف آزمون‌های دیگر که به ماهیت فرصت شرکتی می‌پردازد، این آزمون به دنبال یافتن پاسخ این پرسش است که آیا مدیر در معاملاتی با شرکت منصفانه رفتار نموده است یا خیر؟ درواقع در این آزمون، امور عینی کنار گذاشته می‌شوند و دادگاه‌ها با نگاه کردن به رفتار مدیر و فقط بر اساس ارزیابی واقعیت‌ها و شرایط موجود در برخورد با یک فرصت تجاری تصمیم‌گیری می‌نمایند. این آزمون نخستین بار از سوی دادگاه عالی قضایی ماساچوست در پرونده دورفی علیه دورفی معرفی گردید^{۶۸} و بعدها از جانب دادگاه‌های دلاور هم به کار گرفته شد.^{۶۹} این آزمون طرف‌دار زیادی در میان پژوهشگران پیدا نکرد، چراکه برای مثال گفته شده است: «دادگاه‌هایی که از این رویکرد استفاده می‌کنند، اغلب هنگام تصمیم‌گیری درباره اینکه کدام پروژه‌ها به عنوان فرصت‌های شرکتی واجد شرایط هستند با مشکلات اساسی مواجه می‌شوند و اگرچه انصاف مفهوم امانت‌داری شرکتی را تعریف می‌کند، اما خود یکی از اسرار بزرگ غیرقابل توضیح در حقوق شرکت‌ها است؛ مضاف بر اینکه مفهوم «انصاف» بیشتر اهمیت رویه‌ای دارد تا ماهوی».^{۷۰}

۴.۱.۲. آزمون‌های ترکیبی^{۷۱}

به دلیل انتقاداتی که به هر سه آزمون قبلی وارد شد، بسیاری از دادگاه‌ها آزمون‌های سنتی را در تلاش برای اصلاح در مواردی ترکیب و تکمیل نمودند.^{۷۲} در این بخش به بررسی یک آزمون که در واقع ترکیبی از آزمون خط تجارت و آزمون انصاف است،

66. David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc., 249 A.2d 427 (Del. Ch.1968).

67. The "Fairness Test".

68. Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 80 N.E.2d 522, 529 (Mass. 1948).

69. Fleigler v. Lawrence, 361 A.2d 218, 221 (Del. 1976).

70. Lawrence E. Mitchell, "Fairness and Trust in Corporate Law", *Duke University School of Law*, Vol. 43, (1993), p. 426.

71. The "Combined Tests".

72. Rafield v. Brotman, 690 N.Y.S.2d 263, 265 (1999).

می‌پردازیم.^{۷۳}

از این آزمون به‌عنوان «آزمون دومرحله‌ای میلر»^{۷۴} یاد می‌شود. در این پرونده^{۷۵}، دادگاه خاطرنشان نمود که مفیدترین رویکرد، ترکیب خط آزمون تجارت با آزمون انصاف و اعمال معیارهای این دو آزمون برای تعیین وجود فرصت شرکتی است؛ به این طریق که اولین مرحله شامل اعمال معیارهایی است که در آزمون تجارت به‌کار گرفته می‌شود. اگر با لحاظ آن معیارها مشخص می‌شد که فرصت مورد مناقشه به اندازه کافی با فعالیت شرکت مرتبط نبوده است، در این صورت مدیر حق دارد از فرصت استفاده نماید. اما اگر معلوم شود که فرصت یادشده شرکتی است، وارد مرحله دوم می‌شود و در این مرحله، دادگاه از آزمون انصاف استفاده کرده، با به‌کارگیری معیار انسان متعارف در شرایط و موقعیت‌های مشابه به تمام حقایق و شرایط قبل، در زمان و پس از جذب فرصت، ازجمله مواردی همچون ماهیت رابطه مدیر با مدیریت و کنترل شرکت؛ اینکه آیا این فرصت در مقام رسمی یا فردی به وی ارائه شده است؛ آیا افشای قبلی فرصت به هیئت مدیره یا سهام‌داران صورت گرفته و پاسخ آنها چه بوده است؛ آیا مدیر از امکانات، دارایی‌ها یا پرسنل شرکت در به‌دست آوردن فرصت استفاده کرده است یا خیر، می‌پردازد.^{۷۶} البته جدایی بین دو مرحله، به همان اندازه که در ابتدا به‌نظر می‌رسد، واضح و بدون ابهام نیست؛ لذا رویکرد ترکیبی از این نوع اخیر عموماً با نارضایتی قابل‌توجهی مواجه گردید تا جایی که در یک پرونده گفته شده است این آزمون، عدم قطعیت و مبهم بودن آزمون انصاف و نیز ضعف‌های آزمون خط تجارت را با هم دارد.^{۷۷}

درمجموع لازم به ذکر است که آزمون خط تجارت پذیرفته‌ترین آزمون در حوزه‌های قضایی در ایالات متحده بوده، به نحوی که دادگاه‌ها در دعاوی مربوطه ابتدا با استفاده از این آزمون یا اقتباس از آن، ارزیابی می‌کنند که آیا فرصت شرکتی وجود داشته است یا خیر.

۷۳. موارد دیگری هم وجود دارد که آمیزه‌ای از آزمون خط تجارت و آزمون بهره یا انتظار است. برای این مورد، نک:

Robert Broz and RFB Cellular Inc v Cellular Information System Inc., 673 A.2d 148 (Del. 1996)

74. The "Miller's Two-Step Test".

75. Miller v. Miller, 222 N.W.2d 71, 81 (Minn. 1974).

76. J.E. Nervig, "Corporate Opportunity-Miller v. Miller-Proper application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area", *The Journal of Corporation Law* (1977), p. 405.

77. Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris 661 A.2d 1146 (Me. 1995).

۲.۲. انگلیس

در این کشور همان‌گونه که پیش از این اشاره شد، قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ «فرصت» را تعریف نمی‌کند. افزون به این، قانون پیش‌گفته شامل یک کدگذاری جامع از وظایف مدیران است که با درکنار هم قراردادن این اصول و قوانین می‌توان نتیجه گرفت دو رویکرد برای تعیین فرصت تجاری به‌عنوان فرصت شرکتی وجود دارد؛ رویکرد انعطاف‌پذیر و رویکرد سخت‌گیرانه^{۷۸}، که از نظر تاریخی سه مرحله را پشت سر گذاشته‌اند:

در مرحله اول و به‌طور سنتی، قضات انگلیس با استناد به دو قاعده غیرقابل انعطاف که در پرونده‌های شرکت *راه‌آهن آبردین علیه برادران بلیکی*^{۷۹} - که اساس دکترین فرصت‌های شرکتی کنونی انگلیسی را تشکیل می‌دهد - و جرج بری در *مقابل جان فور*^{۸۰} مطرح گردید مبنی بر اینکه «... هیچ امانتداری اجازه ندارد وارد تعهداتی شود که در آنها منفعت شخصی متضاد با منافع اشخاصی که او موظف است از آنها محافظت کند وجود داشته، یا حتی می‌تواند وجود داشته باشد، یا حتی ممکن است وجود داشته باشد» و «افراد به دلیل قرار داشتن در موقعیت امانی، حق کسب سود را ندارند...»، معتقد بودند که در تعیین سطح مسئولیت، بررسی شرایطی ازجمله اینکه آیا شرکت توانایی و پتانسیل واقعی برای بهره‌برداری از فرصت موردبحث را داشته است یا خیر و نحوه ارائه، یعنی اینکه آیا در مقام سمت مدیریت آنها عرضه شده یا در مقام شخصی، تحت قاعده عدم تعارض بی‌اهمیت است^{۸۱} و این اثر بازدارنده قوانین سخت‌گیرانه برای مدت طولانی در رویه قضایی انگلیس حاکم بود.

در مرحله دوم، دادگاه‌های این کشور رویکرد عملی‌تری را اتخاذ کردند، به نحوی که می‌توان گفت تجزیه و تحلیل پرونده‌های فرصت‌های تجاری در این مرحله بر اساس دیدگاه منعطف‌تر، الهام‌گرفته از پرونده‌های نظام حقوقی ایالات متحده است. رویه قضایی در این

78. Ernest Lim, "Directors' Fiduciary Duties: A New Analytical Framework", *Law Quarterly Review*, Vol. 129, (2013), p. 242.

79. *Aberdeen Rail Co. v. Blaikie Brothers* (1854) 1 Macq. 461; [1843-60] All E.R. Rep. 249, HL.

80. *George Bray v John Ford* [1896] A.C. 44 at 50 (HL).

81. Jone Lowry & Rod Edmunds, "The no Conflict-No Profit Rules and the Corporate Fiduciary: Challenging the Orthodoxy of Absolutism", *Journal of Business Law*, (2002), p. 122.

مرحله از دو روش برای تعیین اینکه آیا فرصت به شرکت تعلق دارد یا خیر، استفاده نموده است. در واقع، آرای دادگاه‌ها بر اساس این مبنا که این فرصت در خط تجاری شرکت قرار داشته یا به این دلیل که فرصت تجاری در حال رشد^{۸۲} است، در نوسان بوده‌اند؛ هرچند بیشتر شواهد مبتنی بر ترجیح قضایی بر توسل به خط تجاری است.^{۸۳}

در مرحله سوم، مجدداً رویکرد سخت‌گیرانه مورد توجه دادگاه‌ها^{۸۴} و درنهایت قانون‌گذار این کشور قرار گرفت که این نگرش وسواس‌گونه برای پیگیری فرصت‌ها به‌عنوان آزمون ظرفیت یا وضعیت^{۸۵} شناخته شد. بر اساس این آزمون، مدیر بنابه ظرفیت خود نباید اجازه داشته باشد که با بهره‌برداری از دارایی‌ها، اطلاعات یا فرصت‌های شرکت که به‌عنوان مدیر به آنها دسترسی پیدا کرده است - صرف نظر از اینکه آیا این فرصت در همان خط تجارت شرکت قرار می‌گیرد یا خیر - بدون اخذ رضایت شرکت سود شخصی به‌دست آورد.^{۸۶} در واقع، در زمان تدوین قانون جدید، گروه راهبری بررسی قانون شرکت در گزارش نهایی خود^{۸۷} ترجیح داد رویکرد «مالکیت‌محور» فرصت‌ها که در ایالات متحده به رسمیت شناخته شده و مدیران را تا حد زیادی در توسعه فعالیت‌های اقتصادی توانمند می‌سازد، به رسمیت شناخته شود؛ با این حال، قانون شرکت‌ها ۲۰۰۶ همچنان لنز نظارتی سنتی را حفظ نمود تا جایی که با انتخاب رویکرد «رفتارمحور»، الزام به داشتن وفاداری سفت و سخت‌تری را در اولویت قرار داد.

در واقع در نگرش اخیر، ترجیح بیشتر بر حفاظت از وظیفه وفاداری مدیران است تا

82. The "Maturing Opportunity Test".

لازم به توضیح است، بر اساس آزمون فرصت تجاری در حال رشد، فرصت شرکتی به‌عنوان فرصتی تلقی می‌شود که پیگیری آن به‌طور فعال از سوی شرکت با شخص ثالث مورد مذاکره یا تعقیب قرار گرفته، به همین علت مدیر از بهره‌برداری شخصی آن منع می‌شود.

83. Industrial Development Consultants Ltd v Cooley [1972] 1 WLR 443.

84. Bhullar v Bhullar [2003] EWCA Civ 424; [2003] 2 BCLC 241; Quarter Master UK Ltd (in liq) v Pyke [2004] EWHC 1815 (Ch).

85. The "Capacity-Based Test".

86. Michael, Hadjinestoros, *Ibid*, p. 75; Brenda, Hannigan, "Reconfiguring the No Conflict Rule: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and Opportunistic Director", *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, (2011), p. 735.

87. The Company Law Reviews Teering Group, Final Report, Modern Company Law for a Competitive Economy (2001).

بهره‌مندی آنها برای حضور در فعالیت‌های کارآفرینانه، و دلیل آن را در این موضوع دانسته‌اند که قانون انگلیس به‌شدت از منافع شرکت و سرمایه‌گذاران خارجی آن حمایت می‌کند؛ درحالی که قوانین ایالات متحده به تضمین منافع مدیران تمایل دارد.^{۸۸} با این حال، گفته شده است که این قانون همهٔ ابهامات را مرتفع نساخته، ظرافت‌های دکترین فرصت شرکتی را که مدت‌ها از سوی دادگاه‌ها بنا شده بود با دقت منعکس نمی‌نماید.^{۸۹} هم‌زمان چون این قانون دستورالعملی مبنی بر اینکه کدام فرصت‌های تجاری، شرکتی درنظر گرفته می‌شوند ارائه نمی‌کند، این وظیفه در اختیار دادگاه‌هاست تا تعیین‌کنندهٔ نهایی آن باشند. امروزه محاکم سعی کرده‌اند تا بر اساس قواعد عدم تضاد و عدم کسب سود، همچنان از آزمون‌های خط تجارت^{۹۰} یا فرصت تجاری درحال رشد^{۹۱} برای تعیین مسئولیت استفاده نمایند؛ با این تفاوت که فرضاً در اعمال آزمون خط تجارت و با وجود تأکید دادگاه‌ها مبنی بر اینکه خط تجارت شرکت یکی از موضوعاتی است که باید در تعیین انحراف فرصت درنظر گرفته شود، با این همه در این کشور دامنهٔ فعالیت شرکت در چارچوب قواعد عدم تضاد و عدم سود لحاظ خواهد شد؛ به نحوی که این واقعیت که فرصت خارج از محدودهٔ تجارت یک شرکت قرار می‌گیرد اهمیت چندانی ندارد.^{۹۲} برای مثال، مدیر شرکت بازرگانی محصولات کشاورزی که برای خرید ذرت در سفر کاری بوده است، اگر در مقصد متوجه شود که کشاورز کشت ذرت را متوقف کرده، به‌دنبال فروش مزرعه با تخفیف زیاد است، به‌نظر می‌رسد که اگر تصمیم بگیرد خودش زمین را خریداری نماید، مسئولیت وی را در پی خواهد داشت؛ حتی اگر سرمایه‌گذاری در خرید دارایی‌ای همچون زمین در حیطهٔ فعالیت شرکت نباشد.^{۹۳}

به هر روی، قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ از مدیران می‌خواهد که به‌طور پیشگیرانه از

88. David Kershaw, *Ibid*, p. 622.

89. Jone Lowry, "Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006", *International Review of Law*, (2012), p. 115 <http://dx.doi.org/10.5339/irl.2012.5>

90. *Wilkinson v West Coast Capital* [2005] EWHC 3009 (Ch).

91. *Thermascan Limited v Norman* [2009] EWHC 3694 (Ch).

92. *Commonwealth Oil and Gas Company Limited v Baxter and Another* [2007] CSOH 198 para [188].

93. Churk Shue Sing, "Just Abolish the No Profit Rule", *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 26, (2015), p. 246.

هرگونه تضاد منافع احتمالی اجتناب کنند.^{۹۴} مضاف به اینکه واژه «هر» قبل از دارایی، اطلاعات یا فرصت که در بند ۲ ماده ۱۷۵ به آن تصریح شده است نشان می‌دهد که دامنه فرصت که مدیر از تصاحب آن ممنوع شده، برخلاف آنچه در نظام حقوقی امریکا طی آزمون‌های مختلف به امور متنوعی تحدید شده، در این کشور به هیچ امری محدود نشده است؛ از این رو، هر فعالیت تجاری مدیران باید در جهت ارتقای منافع شرکت باشد تا از تضاد منافع و وظایف جلوگیری نماید. در همین راستا برخی معتقدند که همه فرصت‌ها به‌طور بالقوه فرصت‌های شرکت هستند، در نتیجه نیاز است مدیران در هر مورد مجوز لازم را جهت پیگیری و تصاحب آنها کسب نمایند.^{۹۵} هرچند برخی از پژوهشگران و حقوق دانان در این زمینه نظر مخالفی دارند^{۹۶} و بر این باورند که عبارت «هر فرصتی» در بند ۲ ماده ۱۷۵ را نمی‌توان به این صورت تفسیر کرد که همه فرصت‌ها، فرصت‌های شرکتی هستند، بلکه این قسمت از ماده را باید با توجه به شرط ارائه شده از سوی بخش ۱۷۵ (۴) (الف) که بیان می‌دارد: «اگر وضعیت به‌طور معقولی نتواند به تضاد منافع در نظر گرفته منجر شود، این وظیفه نقض نمی‌شود»، تفسیر نمود. مضاف به اینکه اجرای چنین رویکرد سخت‌گیرانه‌ای که تمام فرصت‌ها را به‌طور بالقوه شرکتی می‌داند، در دنیای تجاری مدرن اگرچه ممکن است به‌عنوان عاملی بازدارنده عمل نماید، اما به‌طور قطع مستلزم تبدیل شدن مدیر به ربانی است که از راه دور از سوی شرکت کنترل می‌شود که بی‌تردید این شرایط مانع از کارآفرینی شخصی او خواهد بود.^{۹۷} از همین رو، برخی از محققان این کشور به‌طور مستمر از این امر حمایت می‌کنند که مفاد قاعده عدم تضاد منافع نیاز به تغییر دارد و به همین سبب می‌خواهند که قانون‌گذار مدلی مشابه مدل ایالت دلاور را در نظر بگیرد.^{۹۸}

94. Matthew Conaglen, "The Nature and Function of Fiduciary Loyalty", *Law Quarterly Review*, Vol. 121, (2005), p. 468.

95. Peter Watts, "Directors Powers and Duties", (New Zealand: LexisNexis NZ Limited, 2, 2015), p. 161.

96. Simon Witney, *Ibid*, p. 153.

97. Jone Lowry & Rod Edmunds, *Ibid*, p. 123.

98. Sarah Worthington, "Fiduciary Duties and Proprietary Remedies: Addressing the Failure of Equitable Formulae", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 72, (2013), p. 720.

۳.۲. ایران

در نظام حقوقی ایران سؤالی که می‌تواند مطرح شود آن است که فرصت شرکتی چیست و آزمونی که باید برای شناسایی آن مورد استفاده قرار گیرد، کدام است؟ بدیهی است پاسخ به پرسش یادشده با توجه به عدم اشاره صریح به وجود حق شرکت برای بهره‌برداری از فرصت‌های تجاری از سوی قانون‌گذار ما، در ابتدا دشوار می‌نماید. با این حال در خصوص تعریف می‌توان به هر فرصت تجاری مادی یا غیرمادی که شرکت نسبت به آن ادعای مالکیت دارد، در نگاه اول فرصت شرکتی نام نهاد. با وجود این، پیشنهاد می‌شود که در نظام حقوقی ما هم فرصت شرکتی هر موقعیتی دانسته شود که در خط تجارت فعلی شرکت قرار می‌گیرد. البته نکته موردنظر آن است که به دلیل این واقعیت که هر اصلاح موضوع مقرر در اساسنامه در طول فعالیت شرکت، بی‌شک زمان‌بر بوده، هزینه‌های غیرقابل توجیهی را به‌همراه خواهد داشت؛ در نتیجه اصولاً موضوعات مجاز شرکت در اساسنامه اغلب به‌طور گسترده تهیه می‌شود تا انعطاف‌پذیرتر باشد و به تغییرات آتی بازارها پاسخ دهد. از همین رو، اکتفا کردن به خط تجارت شرکت، به‌عنوان تنها عامل برای ارزیابی وجود یک فرصت شرکتی که ممکن است لزوماً بازتابی از تجارت واقعی (جاری) شرکت نباشد و شامل محدودیت غیرموجه فعالیت‌های مدیران گردد، صحیح نیست. با این حال تا آن زمان که قانون‌گذار ما به‌صراحت این موضوع را مد نظر خود قرار دهد، پیشنهاد می‌شود که آزمونی دو عاملی برای ارزیابی اینکه آیا فرصت تجاری باید فرصت شرکتی تلقی شود، اتخاذ گردد.

به‌عنوان عامل نخست، میزان منطبق بودن فرصت با نوع تجارت فعلی شرکت در نظر گرفته شود، به نحوی که اگر فرصت با خط تجارت شرکت سازگار باشد، آن را به‌عنوان فرصت شرکتی تشخیص دهیم. به عبارت دیگر، اگر فرصت با مدل تجارت شرکت همخوانی داشته باشد، سهام‌داران شرکت به احتمال زیاد آن را به‌عنوان فرصت شرکتی در نظر خواهند گرفت. از سوی دیگر، اگر این فرصت با مدل تجارت فعلی شرکت سازگار نبود، راحت‌تر می‌توان آن را به‌عنوان فرصت تجاری صرف تشخیص داد که مدیران ممنوعیتی از بابت پیگیری و تصاحب آن ندارند. البته در این وضعیت چون در نظام حقوقی ایران وظیفه کلی اجتناب از تضاد منافع احتمالی اتخاذ نشده است، در این حالت اخیر که

مدیر به پیگیری و تصاحب فرصت تجاری روی آورده که با تجارت فعلی شرکت سازگار نیست، به این ترتیب، او مسئول هیچ‌گونه تغییر مورد انتظاری در استراتژی شرکت در آینده که می‌تواند وضعیت تضاد منافع را به‌همراه داشته باشد، نخواهد بود. نکته دیگری که باید به آن اشاره نمود، این است که اگر فرصت شرکتی با مدل تجارت فعلی شرکت سازگار نبوده، ولی شواهدی وجود داشته باشد که نشان دهد مدیر از قصد شرکت برای ورود به خط تجاری جدید آگاه بوده است، باید در این فرض نیز فرصت را متعلق به شرکت دانست.

به رسمیت شناختن عامل خط تجارت شرکت به‌عنوان سنگ محک در شناسایی مرزهای مسئولیت مدیران در شرایط فعلی با مفاد ماده ۱۳۳ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت که ضمن به رسمیت شناختن قاعده منع رقابت، مدیران را از انجام هرگونه معاملاتی که متضمن رقابت با «عملیات شرکت» باشد برحذر می‌دارد نیز هماهنگ است. افزون بر این، در نظام حقوقی ما ماهیت شرکت به‌عنوان یک شخص حقوقی از فعالیت تجاری که مرتبط با ظرفیت و اهداف ترسیم‌شده خود در زمان تأسیس است، ناشی می‌شود و اصولاً اختیاراتی که به مدیران واگذار می‌گردد در راستای دستیابی به همین اهداف و موضوع شرکت است؛ به همین علت قانون‌گذار در ماده ۱۱۸ لایحه فوق به «موضوع شرکت» اشاره کرده و تصمیمات و اقدامات مدیران را تنها در حالتی که در همین چارچوب باشد، معتبر دانسته است. بنابراین، از آنجا که اگر شرکتی برای انجام هر تجارتی که خارج از ظرفیت قانونی آن باشد با مانع روبه‌رو خواهد شد، در نتیجه عادلانه است که مدیر، فعالیت تجاری کارآفرینانه‌ای را انجام دهد که خارج از محدوده موضوع شرکت و تجارت فعلی آن است.

عامل دوم، بررسی این موضوع است که آیا فرصت منحصر به فرد بوده یا ارزش ویژه‌ای برای شرکت داشته است. در واقع در لحظات یا شرایط خاصی فرصتی ایجاد می‌شود که اگر به‌درستی از آن استفاده گردد، می‌تواند در وضعیت شرکت تأثیر مثبتی باقی گذارد، مانند فرصت خرید زمین مجاور کارخانه شرکت که در این صورت می‌توان آن را منحصر به فرد نامید. در نتیجه اگر فرصتی در راستای خط تجارت شرکت نباشد، اما از این ویژگی برخوردار باشد، ما باید آن را یک فرصت شرکتی در نظر بگیریم.

۳. بررسی ماهیت حقوقی فرصت شرکتی

در این بخش درصدد هستیم به بررسی این موضوع بپردازیم که فرصت شرکتی از چه ماهیت حقوقی برخوردار است. به عبارت دیگر، آیا می‌توان یک فرصت شرکتی را ذیل تعریف مال قرار داد و با شناسایی آن از این طریق، احکام مربوطه را بر آن جاری ساخت؟

از لحاظ تاریخی، حقوق‌دانان رومی معتقد بودند که «مالکیت» واقعیتی است که از یک قصد و یک چیز^{۹۹} تشکیل شده باشد و آن چیز اساساً هر شیئی است که قابلیت تسخیر فیزیکی را داشته باشد؛ چراکه هدف این بود که شخص بتواند آن را نزد خود نگه دارد. مضاف به اینکه از نظر این حقوق، مالکیت در کنار اشیا نسبت به موارد غیرفیزیکی هم قابل تصور بود^{۱۰۰}. این درحالی است که فقهای اسلامی در گذشته بر عنصر مادی تصرف تأکید بیشتری داشتند و در نتیجه تنها اشیای مادی را موضوع مالکیت می‌دانستند و گسترش آن را به مفهوم اعتباری مالکیت مسدود می‌کردند^{۱۰۱}. امروزه هم هر نظام حقوقی که حقوق مالکیت خود را با مفهوم تصرف گره بزند، مسلماً دارای یک قانون مالکیت به نفع اشیای محسوس خواهد بود که به موجب آن، تصور داشتن تقریباً هر چیزی که بتوان آن را لمس کرد، آسان و تصور داشتن انتزاعی مانند حق، امتیاز یا قدرت، بسیار دشوار است؛ برای مثال، در نظام حقوقی سیویل^{۱۰۲}، تمایل به انکار امکان تصرف قانونی هر چیزی است که قابل لمس نباشد. در مقابل، قوانین انگلیس و امریکا عموماً پذیرای این تصور هستند که ممکن است فرد دارای حق، قدرت یا امتیاز باشد.

بی‌تردید بی‌میلی بیشتر سیستم‌های حقوقی تابع نظام سیویل^{۱۰۳} به شناسایی منافع تملک در اموال نامشهود، پیامدهای مهمی برای نحوه درک این دو سیستم از حقوق مالکیت به صورت کلی و در خصوص فرصت‌های شرکتی به صورت خاص به همراه خواهد داشت. به عبارت دیگر، موضوعی که به تدریج در کشورهای تابع نظام حقوقی یادشده که دکتین فرصت‌های شرکتی را می‌پذیرند ممکن است ابهام ایجاد نماید، ماهیت حقوقی فرصت

99. Animus et Corpus.

۱۰۰. محمدرضا ویزه، «نگرشی تطبیقی بر مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۵ (۱۳۸۸) ص ۲۱۱.

۱۰۱. همان، ص ۲۰۸.

شرکتی است. کشورهای پیرو این نظام چون مالکیت را مجموعه‌ای از حقوق و تعهدات همراه با ارزش اقتصادی و هدف معینی تعریف کرده‌اند که لاجرم اموال باید از سوی نیروی انسانی کنترل شود؛ لذا از آنجا که نمی‌توان از همه فرصت‌های شرکت بهره‌برداری کرد و سپس تحت تسلط نیروی انسانی قرار داد، در نتیجه شناسایی فرصت‌ها به‌عنوان دارایی، نامناسب به‌نظر می‌رسد. درحالی که مفهوم مالکیت در نظام حقوقی کامن‌لا دارای تعریف گسترده بوده و از آن به‌عنوان حقی یاد شده که از حمایت قانونی برخوردار است و در قالب حقوق مالکیت بیان می‌شود، هم‌زمان شامل همه منافع می‌تواند ارزش اقتصادی ایجاد نماید هم می‌گردد.

در این بین با توجه به تحولات جوامع، دولت‌ها مجبور به شناسایی و اعطای حقوق نامشهودی به‌عنوان دارایی به اشخاص شدند. قدیمی‌ترین آنها، حقوق انحصاری است که از سوی دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی برای تشویق و حمایت از نویسندگان، مخترعان و تجار اعطا شده است؛ مثلاً حق انحصاری کپی‌رایت تقریباً در سطح جهان به‌عنوان یک حق مالکیت در نظر گرفته می‌شود یا در زمینه علائم تجاری، حق انحصاری اعطاشده از جانب دولت به اشخاص برای بازاریابی محصول خود با یک علامت یا نماد مشخص که منبع آن را نشان می‌دهد، به رسمیت شناخته شده است و به‌نظر می‌رسد که مقوله اموال نامشهود به‌طور فزاینده‌ای در حال گسترش است. به همین دلیل است که پژوهشگران در ایالات متحده معتقدند که اگرچه فرصت‌های شرکتی به معنای دقیق دارایی‌های شرکت نیست، اما متعلق به شرکت در نظر گرفته می‌شود و در نتیجه مدیران نمی‌توانند آنها را در راستای منافع شخصی مورد بهره‌برداری قرار دهند^{۱۰۲}. این دیدگاه در رویه قضایی این کشور مورد پذیرش قرار گرفته و دادگاه فرصت‌های شرکتی را به‌عنوان بخشی از دارایی شرکت تفسیر می‌نماید^{۱۰۳}.

در انگلستان مفهوم مالکیت تا پیش از سال ۱۵۸۳ ناشناخته بود و به‌جای آن از اصطلاح «حق تصرف» استفاده می‌شد؛ همچنان که تا پیش از قرن نوزدهم برای بیان معنای «مال»

102. Jone, Lowry, Rod, Edmunds, "The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies", *The Modern Law Review*, Vol. 61, (1998), p. 515.

103. Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver [1967] 2 AC 134, [159] (HL).

از واژه Property استفاده نمی‌شد و به‌جای آن واژه «متصرفات» و یا مترادف‌های آن استفاده می‌شد. اما حقوق‌دانان معاصر انگلیسی مالکیت را چنین تعریف می‌کنند: «اختیار تام در استفاده یا واگذاری موضوع حق مالکیت بر حسب اجازه‌ی قانون»^{۱۰۴}. در همین راستا، قانون شرکت‌های انگلیس ماهیت حقوقی فرصت‌های شرکتی را به‌عنوان بخشی از دارایی شرکت درک نموده، تصریح دارد که مدیران نمی‌توانند فرصت شرکت را تصاحب کنند؛ همان‌طور که نمی‌توانند خودسرانه اموال شرکت را مورد سوء استفاده قرار دهند. در بین پژوهشگران هم فرصت‌های شرکتی دارایی‌های شرکت محسوب می‌شود که مدیران اجازه بهره‌برداری از آنها را در راستای منافع خود ندارند^{۱۰۵}.

در حقوق ایران اینکه آیا شرکت بر فرصت‌های تجاری مالکیت دارد یا خیر، محل بحث است؛ هرچند به‌نظر می‌رسد چون این قبیل فرصت‌ها از اطلاعاتی حاصل می‌شوند که ضابطه مالیت داشتن، یعنی برخورداری از منفعت عقلایی، رفع نیاز مادی یا معنوی، قابلیت اختصاص یافتن به شخص و مشروع بودن را دارا هستند، لذا باید در مقام داوری معتقد بود که به پیروی از حقوق کامن‌لا، انکار ویژگی‌های مالکیت فرصت‌های شرکتی صحیح نیست، بلکه به‌منظور محافظت از فرصت‌های تجاری و از آنجا که امروزه در دنیای تجارت، این اطلاعات است که حرف اول را می‌زند و یکی از منابع اصلی تولید ثروت شمرده می‌شود، بهتر است قائل به شناسایی فرصت شرکتی به‌عنوان مال یا حداقل یک حق مالی باشیم. در واقع، چون می‌توان امروزه اموال را به معنای وسیع معرفی نمود که هم‌زمان از ویژگی‌های موردنظر علم حقوق هم برخوردار باشد، فرصت شرکتی را می‌توان در این دایره قرار داد. بنابراین، فرصت شرکتی باید در فهرست انواع جدید دارایی‌های باارزش قرار گیرد و چون به‌عنوان یک امر انتزاعی و قابل تبدیل به منفعت است و هم‌زمان شرکت و مدیران آن انتظاراتی نسبت به منافع آن دارند، به‌عنوان حق دارای ارزش تلقی می‌شود؛ هرچند از نظر ویژگی‌های مال، فرصت شرکتی به‌وضوح دارایی نامشهود محسوب خواهد شد.

۱۰۴. مجید سربازیان و سهیلا رنجبریان، «مفهوم مالکیت و زمان انتقال آن در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۱ (۱۳۹۴)، ص ۵۹.

105. Simon Witney, "Corporate Opportunity Law and the Non-Executive Director" *Comparative Studies*, Vol. 16, (2016), p. 145.

نتیجه

مدیریت شرکت گنجینه‌ای از اطلاعات گسترده در مورد شرکت و سایر بازیگران بازار است و مطمئناً مطلوب نهایی آن است که از این دانسته‌ها فقط برای پیشبرد منافع شرکت و ذی‌نفعان آن استفاده شود. با این حال، فرصت‌های شرکتی که از چنین اطلاعاتی سرچشمه می‌گیرند اغلب از سوی مدیران و به‌منظور تحقق منافع و اهداف شخصی منحرف می‌شوند. لذا جای تردید نیست که استفاده نادرست از فرصت شرکتی می‌تواند به ضرر شرکت بینجامد که این آسیب نهایتاً بر منافع سهام‌داران نیز تأثیرگذار خواهد بود. در این بین، دکترین فرصت‌های شرکتی یکی از راهکارها و محدود نظریه‌های مرتبطی است که با وضع مقررات و اصولی در صدد است تا سوء استفاده از این نوع خاص از دارایی‌های شرکت را به حداقل رسانده، فرایند نحوه اختصاص صحیح فرصت‌های شرکتی را بین شرکت و مدیران مربوطه تنظیم نماید. برخلاف نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و انگلیس که مستقیماً با خطر انحراف فرصت‌های تجاری از سوی مدیران با اعمال موارد خاص و با کمک وظیفه کلی امانی و زیرشاخه‌های آن و به‌رسمیت شناختن قواعدی همچون «عدم تضاد منافع» و «عدم کسب سود» مقابله می‌کنند، در نظام حقوقی ایران جایگاه امانت‌داری در حقوق شرکت‌ها مورد تأکید از سوی قانون‌گذار قرار نگرفته است. هرچند در سال‌های اخیر تمایل به بررسی این موضوع ولو به صورت غیرمستقیم بیشتر شده، تا آنجا که قانون‌گذار ما تصمیم گرفت با تصویب قوانین و دستورالعمل جدید تاحدی از این ابهامات کاسته، راه‌های کسب منافع شخصی مدیران را از طریق دراختیار گرفتن ناصواب فرصت‌ها و اطلاعات شرکتی با مانع روبه‌رو کند. در ایالات متحده آزمون فرصت‌های شرکتی متفاوتی در طول زمان ایجاد شده است که در جست‌وجوی آزمون مناسب‌تر، دادگاه‌ها این آزمون‌ها را اصلاح و ترکیب کرده‌اند. درحالی که قوانین شرکتی انگلیس با انتظارات ثابت و سخت‌گیرانه از مدیران، تمایل زیادی به ارائه تعریف گسترده از منافع شرکت دارند، هم‌زمان به‌شدت از سرمایه‌گذاران خارجی حمایت می‌کنند؛ حتی اگر این حمایت به ضرر مدیران شرکت تمام شود. به همین دلیل می‌توان گفت در نظام حقوقی انگلیس ما شاهد یک رویه انعطاف‌ناپذیرتر نسبت به موضوع فرصت‌های تجاری در مقایسه با نظام حقوقی آمریکا

هستیم. نهایت اینکه فرصت‌های تجاری قابلیت این را داشته است که به‌عنوان دارایی شخص حقوقی از سوی قانون‌گذار به‌رسمیت شناخته شود تا از این طریق بهتر بتوان حقوق شرکت را تضمین نمود.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- مقالات

۱. الشریف، محمدمهدی و جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۰). حقیقت امانت. *مدرسه حقوق*، (۶۷)، ۱۲-۲۸.
۲. جنیدی، لعلیا، و اکبریان طبری، معصومه (۱۳۹۷). رابطه امانی مدیران در شرکت‌های سهامی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان. *حقوق تطبیقی*، (۲)، ۶۹-۹۶.
Doi: 10.22096/law.2019.34499
۳. جنیدی، لعلیا و نوروزی، محمد (۱۳۸۹). شناخت دارندگان اطلاعات نهانی شرکت‌های سهامی عام. *مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۰ (۱۰۱)، ۵۱-۶۹.
۴. حاجی‌نوری، غلامرضا (۱۳۹۵). بازگشت اعتدال به نظریه سوء استفاده از حق. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۶ (۱۱)، ۱۴۳-۱۶۶.
۵. سربازیان، مجید و رنجبری، سهیلا (۱۳۹۴). مفهوم مالکیت و زمان انتقال آن در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۲ (۱)، ۵۷-۸۰.
Doi: 10.22091/csiw.2015.1021
۶. محقق داماد، سید مصطفی و درویش‌زاده، محمد (۱۴۰۰). حقوق را جدی بگیریم (جای خالی قانون «مدیریت تعارض منافع» در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم). *تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، ۴ (۱۰)، ۱۳۰-۱۵۸.
Doi: 10.22034/law.2021.532467.1085
۷. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). نگرشی تطبیقی بر مالکیت در فقه اسلامی و حقوق غرب، *پژوهش‌های حقوقی*، ۸ (۱۵)، ۲۰۵-۲۲۷.

- قوانین

۸. «آیین‌نامه احراز صلاحیت‌های مدیران عامل و اعضای هیات مدیره، هیات عامل و افرادی که به نمایندگی صاحب سهم دولت در شرکت‌ها و یا سایر اشخاص حقوقی مربوط به عنوان عضو

- هیأت مدیره معرفی می‌شوند»، مصوب ۱۴۰۰.
۹. «دستورالعمل اجرایی نحوه گزارش‌دهی دارندگان اطلاعات نهانی»، مصوب ۱۳۸۶.
۱۰. «دستورالعمل الزامات افشای اطلاعات و تصویب معاملات اشخاص وابسته ناشران بورسی و فرابورسی»، مصوب ۱۳۹۰.
۱۱. «دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران»، مصوب ۱۴۰۱.
۱۲. طرح «مدیریت تعارض منافع».
۱۳. «قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران»، مصوب ۱۳۸۴.
۱۴. «قانون تجارت و لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت»، مصوب ۱۳۴۷.
۱۵. لایحه «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی»، مصوب ۱۳۹۶.

ب) منابع انگلیسی

- Books

16. Clark, R. (1986). *Corporate Law*, Boston: Little, Brown.
17. Davies, P. & Worthington, S. (2021). *Gower: Principles of Modern Company Law*, London: Sweet & Maxwell.
18. Frankel, T.T. (2011). *Fiduciary Law*, New York: Oxford University Press.
19. Keay, A. (2016). *Directors' Duties*, Boston: Jordan Publishing Limited.
20. Mortimore, S. (2017). *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies*, London: Oxford University Press.
21. Watts, P. (2015). *Directors Powers and Duties*, New Zealand: LexisNexis NZ Limited.

- Articles

22. Armour, J. & Hansmann, H., & Kraakman, R. (2009). Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement Discussion, *Harvard Law School Cambridge*, (644), 1-23.
23. Bainbridge, S.M. (2008). Rethinking Delaware's Corporate Opportunity Doctrine, *UCLA School of Law, Law & Economics Research*, 17 (8), 1-16.
24. Black, L.S. (2007). Why Corporations Choose Delaware, *Delaware Department of State Division of Corporations*.
25. Brudney, V. (1997). Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law, *Boston College Law Review*, 38 (4), 595-665.
26. Brudney, V. & Clark, R., (1981). A New Look at Corporate Opportunities, *Harvard Law Review*, 94 (5), 997-1062
27. Bruner, Ch. M. (2010). Good Faith in Revlon-Land, *Washington and Lee University School of Law*, (55).581-591.
28. Conaglen, M. (2005). The Nature and Function of Fiduciary Loyalty, *Law Quarterly Review*, (121), 452-474.
29. Prentice, D. (1974). The Corporate Opportunity Doctrine, *The Modern Law Review*, 37(4), 464-468.
30. Farrar, J.H. & Watson, S., (2011). Self-Dealing, Fair Dealing and Related Party Transactions—History, Policy and Reform, *Journal of Corporate Law Studies*, 11 (2), 495-523.
31. Gormley, T.A. & Matsa, D.A. (2016). Playing it Safe? Managerial Preferences, Risk, and Agency Conflicts, *Journal of Financial Economics*, 122 (3), 431-455.
32. Grossman, N. (2007). Director Compliance with Elusive Fiduciary Duties in a Climate of Corporate Governance Reform, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 12 (3), 393-466.
33. Hadjinestoros, M. (2008). Exploitation of Business Opportunities: How the UK Courts Ensure that Directors Remain Loyal to Their Companies, *International Company and Commercial Law Review*,

- 19 (2). 70-98.
34. Hannigan, B. (2011). Reconfiguring the No Conflict Rule: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and Opportunistic Director, *Singapore Academy of Law Journal*, 23 (4), 714-744.
35. Hart III, J. R. (2009). Storetrax.com, Inc. v. Gurland: Keep Trax of Your Board of Directors, *Maryland Law Review Online*, 68 (6), 26-38.
36. Horton, B.J., (2016). Modifying Fiduciary Duties in Delaware: Observing Ten Years of Decisional Law, *Delaware Journal of Corporate Law*, 40 (3), 921-970.
37. Nervig, J.E. (1977). Corporate Opportunity-Miller v. Miller-Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area, *The Journal of Corporation Law*, 2 (2), 405-432.
38. Johnston, J.F. (2005). Natural Law and the Fiduciary Duties of Business Managers, *Journal of Markets and Morality*, 8 (1), 27-51.
39. Kershaw, D. (2005). Does it Matter How the Law Thinks About Corporate Opportunities?, *Legal Studies*, 25 (94), 533-558.
40. Lawrence, E. M. (1993). Fairness and Trust in Corporate Law, *Duke University School of Law*, 43 (3), 425-491.
41. Li, J. (2011). the Peso Silver Case: An Opportunity to Soften the Rigid Approach of the English Courts on the Problem of Corporate Opportunity, *Company law*, 32 (3), 53-75.
42. Lim, E. (2013). Directors' fiduciary duties: a new analytical framework, *Law Quarterly Review*, 129 (4), 242-263.
43. Lowry, J. (2012). Codifying the Corporate Opportunity Doctrine: The (UK) Companies Act 2006, *International Review of Law*, 5(1), 1-17.
44. Lowry, J. & Edmunds, R. (2002). The no Conflict-no Profit Rules and the Corporate Fiduciary: Challenging the Orthodoxy of Absolutism, *Journal of Business Law*, 122-142.
45. Lowry, Jone & Edmunds, R. (1998). The Corporate Opportunity

Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies, *The Modern Law Review*, 61 (4), 515-537.

46. Macneil, I.R. (1978). Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under the Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, *Northwestern Law Review*, (72), 854-905.
47. Gelter, M. & Helleringer, G. (2018). Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law, *Berkeley Business Law Journal*, 15 (1), 92-153.
48. Dickerson, R. & Vaughan, D.L. (2021). The Canada Business Corporations Act: Some Aspects of Transnational Interest, *Vanderbilt Law Review*, 8 (3), 795-814.
49. Scott, S. (2003). The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments, *Modern Law Review*, 66 (6), 852-869.
50. Churk, S.S. (2015). Just Abolish the No Profit Rule, *International Company and Commercial Law Review*, 26 (7), 244-251.
51. Talley, E. (1998). Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine, *The Yale Law Journal*, (108), 277-375.
52. Witney, S. (2016). Corporate Opportunity Law and the Non-Executive Director, *Journal of Comparative Studies*, 16 (1), 145-186.
53. Worthington, S. (2013). Fiduciary Duties and Proprietary Remedies: Addressing the Failure of Equitable Formulae, *The Cambridge Law Journal*, 72 (3), 720-752.

- Cases

• The United States

54. Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).
55. Castleman ex rel. Thorpe v. CERBCO, Inc., 676 A.2d 436, 443 (Del. 1996).
56. David J. Greene & Co. v. Dunhill Int'l, Inc., A.2d 427 (Del. 1968).
57. Durfee v. Durfee & Canning 80 N.E.2d 522, 529 (Mass. 1948).

58. Fleigler v. Lawrence, 361 A.2d 218, 221 (Del. 1976).
59. Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (N.J. 1981).
60. Guth v. Loft, 5 A.2d 503, 511 (Del. 1939).
61. Johnston v. Greene 121 A.2d 919, 923 (Del. 1956).
62. Lagarde v Anniston Lime & Stone Co., Ala, 28 So. 199 (1900).
63. Lancaster Loose Leaf Tobacco Co. v. Robinson, 199 Ky. 313, 317-18, 250 S.W. 997, 998-99 (1923).
64. Lynch v. Vickers Energy Corp., 383 A.2d 278, 279 (Del. 1977).
65. Lyondell Chem. Co. v. Ryan, 970 A.2d 235, 240 (Del. 2009).
66. Malone v. Brincat, 722 A.2d 5 (Del. 1998).
67. Miller v. Miller, 222 N.W.2d 71, 81 (Minn. 1974).
68. Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris (Me. 1995).
69. Robert Broz and RFB Cellular Inc v. Cellular Information System Inc., 673 A.2d 148 (Del. 1996)
70. Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A.2d 27, 67 (Del. 2006).
71. Weismann v. Snyder, 338 Mass. 502, 156 N.E.2d 21, 23 (1959).

• **England**

72. Aberdeen Railway Company v. Blaikie Bros (1854) Macq 461.
73. Bhullar v Bhullar [2003] EWCA Civ 424; [2003] 2 BCLC 241.
74. Boardman v. Phipps [1966] 3 All ER 721, [1967] 2 AC 46.
75. Commonwealth Oil and Gas Company Limited v Baxter and another [2007] CSOH 198 para [188].
76. Cook v. Deeks [1916] 1 AC (PC) 554.
77. Crown Dilmun v. Sutton [2004] 1 BCLC 468.
78. George Bray v. John Ford [1896] A.C. 44.
79. Industrial Development Consultants Ltd v. Cooley [1972] 1 WLR 443.

- 80. Keech v. Sandford [1726] 25 Eng. Rep. 223 (CA).
- 81. O'Donnell v. Shanahan EWCA Civ 751; [2009] B.C.C. 822.
- 82. Quarter Master UK Ltd v. Pyke [2004] EWHC 1815 (Ch).
- 83. Rafield v. Brotman, 690 N.Y.S.2d 263, 265 (1999).
- 84. Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver [1967] 2 AC 134, [159] (HL).
- 85. Thermascan Limited v. Norman [2009] EWHC 3694 (Ch).
- 86. Towers v. Premier Waste Management Ltd [2012] BCC 72.
- 87. Wilkinson v. West Coast [2005] EWHC 3009 [2007] BCC 717(Ch).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 233-260

The Principle of Dividing Damages Based on the Impact of the Behavior of the Perpetrators; Legal Basics, Conditions of Executive Rules and It's Domain in Iranian Law

EghbalAli Mirzaei¹

1. Assistant Professor, University of Kurdistan, Iran

e.alimirzaei@uok.ac.ir

Abstract

If two or more persons cause damage, the loss is divided between them according to legal rules. By one of these rules, each person is responsible for the extent of the effect of his action. This rule is followed in the Islamic Penal Code approved in 2013. In addition, by provisions of that law, it seems that the division of damages based on the degree of effect of acts is the principle of division of civil liability in Iranian law: according to Article 526, if the effect of the acts of the perpetrators is different, they are responsible for the effect of their acts and accordingly, damages should be apportioned differently. Also, according to Article 527 that law, if the effect of the behavior is equal, the responsibility is divided equally. It is necessary for the implementation of these provisions that the judge conducts sufficient research on the amount of each agent's behavior. So, if he decides without investigating, he has violated the law. Thus, if by the necessary research, the degree of causation of each agent is not known, based on the principle of equality, the responsibility of all agents is equal. Although these rules are considered doubtful in legal thought, the judicial procedure has been successful in enforcing the law. The unanimous decision No. 799 of the General Board of the Supreme Court confirms this claim. That decision refers to the partial distribution of financial losses based on the degree of causation of each agent. Thus, in the case of acquiring property through illegal ways, everyone has caused a loss equal to the money that was acquired illegally. Also, in the case of other types of damages, the extent of the impact of the behavior of each of the agents could be determined with evidentiary reasons such as expert opinion.

Keywords: rule, principle, citation, stewardship, causality.

Received: 2023/11/06

Received in revised form: 2024/04/02

Accepted: 2024/04/22

Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.59117.3332

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان؛

مبانی، شرایط اعمال و قلمرو اصل در حقوق ایران

اقبال علی میرزائی^۱

e.alimirzaei@uok.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه کردستان، ایران

چکیده

در صورتی که دو یا چند عامل با هم موجب زیان شوند، خسارت باید طبق قواعد حقوقی میان آنها تقسیم شود. مطابق یکی از این قواعد، هر عامل زیان به میزان تأثیر عمل خود مسئولیت دارد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از این قاعده تبعیت شده است. به علاوه، از برخی مقررات قانون یادشده می‌توان استنباط کرد که تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها، اصل و قاعده عمومی تقسیم مسئولیت مدنی در حقوق ایران است. به موجب ماده ۵۲۶ قانون یادشده چنانچه تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد، هریک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند و بر این اساس، خسارت باید به طور متفاوت تقسیم شود. همچنین، مطابق ماده ۵۲۷ قانون پیش گفته، در صورتی که میزان تأثیر رفتارها مساوی باشد، مسئولیت به طور مساوی تقسیم می‌شود. لازمه اجرای مقررات یادشده این است که دادرس درباره میزان تأثیر رفتار هر عامل، تحقیق کافی به عمل آورد. پس، اگر بدون تحقیق در این باره حکم به تساوی دهد، از احکام قانون تخلف کرده است. با وجود این، در فرضی که پس از تحقیقات لازم، اندازه سببیت هر عامل معلوم نشود، بر مبنای اصل عملی تساوی، مسئولیت همه عاملان مساوی است. اگرچه در اندیشه‌های حقوقی تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها دشوار و حتی ناممکن دانسته شده، اما رویه قضایی در اجرای قانون موفق بوده است. صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مؤید این ادعاست. مطابق رأی یادشده در مورد تحصیل اموال به طریق نامشروع، هر کس به اندازه مالی که به ناروا تحصیل کرده، موجب ورود ضرر شده و به همان اندازه مسئول جبران است. همچنین، در مورد سایر انواع خسارت، میزان سببیت در ورود زیان با کمک نظر کارشناس قابل تعیین است.

واژگان کلیدی: استناد، اصل، تسبیب، قاعده، مباشرت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.59117.3332



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در مواردی که دو یا چند عامل در ورود زیان مشارکت دارند، بحث از مسئولیت اشتراکی و تقسیم خسارت در میان است و دادگاه باید میزان مسئولیت هریک از عوامل را معین کند. به موجب ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «دادگاه در مواردی که حکم به ردّ ... مال صادر می‌کند، مکلف است ... در صورت تعدد محکوم‌علیه، حدود مسئولیت هر یک را مطابق مقررات مشخص کند».

درباره چگونگی تقسیم خسارت و ضوابط تعیین حدود مسئولیت هر یک از عاملان زیان، سه نظریه در اندیشه‌های حقوقی شهرت یافته و در قوانین کشورمان وارد شده است: در پاره‌ای قوانین، توزیع مسئولیت به نسبت درجه تقصیر هر یک از مرتکبان پذیرفته شده (ماده ۱۶۵ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۲ و ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵) و در برخی قوانین، تقسیم مسئولیت به‌طور مساوی پیش‌بینی شده است (ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲). سرانجام در بعضی قوانین، قاعده تقسیم خسارت بر اساس تأثیر رفتار عاملان زیان تأیید شده است (ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ و ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲).

با وجود این، درباره اینکه کدام‌یک از ضوابط سه‌گانه پیش‌گفته به‌عنوان قاعده عمومی در حقوق ایران حاکمیت دارد، بین نویسندگان اختلاف است. به‌ویژه به‌موجب ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قاعده تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار هریک از عوامل زیان، در کنار اصل تساوی پذیرفته شده و این امر نویسندگان حقوق را درباره اینکه کدام‌یک از دو ضابطه یادشده عمومیت دارد به تردید انداخته است. به‌علاوه، تعارض ظاهری بین ماده ۵۲۶ یادشده و ماده ۵۳۳ قانون نامبرده بر این تردیدها افزوده است.

در مقام داوری و رفع تردیدها، برای نخستین بار اصل تقسیم مسئولیت بر اساس میزان تأثیر رفتارها در این مقاله طرح و تبیین می‌شود. همچنین، ارائه ضابطه عینی و عملی برای توزیع ضمان بر مبنای تأثیر رفتارها، نوآوری دیگر این پژوهش است. وانگهی، درباره تقدم و

ترجیح اصل یادشده نسبت به اصل تساوی تاکنون مقاله‌ای تحریر نشده است. حتی به زعم برخی نویسندگان، تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان، در عمل دشوار و حتی ناممکن تلقی شده^۱ و به همین جهت، اصل تساوی در مسئولیت، قاعده عمومی تقسیم خسارت عنوان شده است.^۲ به علاوه، در پاره‌ای تحقیقات، تنها چگونگی تحقق اشتراک در ضمان و صورت‌های آن تشریح شده است.^۳ همچنین، در برخی مقالات، حکم ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مبنی بر توزیع ضمان سهمی به جهت انطباق با نظر فقیهان معاصر تأیید شده است.^۴ به علاوه، پاره‌ای نویسندگان صرفاً رابطه دو ماده ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی را تبیین کرده‌اند.^۵

به هر حال، این مقاله به روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است و بر اساس دو هدف اصلی تحقیق، طی دو بخش ارائه می‌شود.

۱. قواعد تقسیم مسئولیت مدنی در فقه و حقوق ایران و تبیین قاعده

عمومی

۱.۱. قاعده تساوی در تقسیم مسئولیت و نارسایی آن

قاعده تساوی در تقسیم مسئولیت مدنی در بیشتر کتاب‌های فقهی آمده است. به نظر

۱. محمود کاظمی، «معیار تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان، در نظام کامن‌لا و حقوق کشورهای رومی-ژرمنی»، حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۱ (۱۳۹۳)، ۶۹-۸۵؛ محسن برهانی و آرش یادکوبه هزاوه، «جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت»، حقوقی دادگستری، ش ۱۱۳ (۱۴۰۰)، ص ۶۹-۹۱.

۲. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵)؛ سید حسین صفایی و همکاران، «معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۸۴ (۱۳۹۷)، ص ۱۴۷-۱۶۴. علیرضا امیدیان و همکاران، «توزیع مسئولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی»، حقوقی دادگستری، ش ۱۱۹ (۱۴۰۱)، ص ۲۳-۴۲.

۳. علیرضا باریکلو و مهدی برزگر، «بررسی سهم مسئولیت مدنی عوامل متعدد در حقوق ایران و اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپایی»، حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۸)، ص ۲۲۷-۲۵۰.

۴. احمد حاجی ده‌آبادی، «تغییرات قاعده اجتماع سبب و مباشر با لحاظ آخرین تحولات قانون‌گذاری در ایران (ماده ۵۲۶ ق.م.ا.م.۱۳۹۲)»، حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۸)، ص ۱۱۳-۱۳۲.

۵. علیرضا امیدیان و همکاران، توزیع مسئولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر موارد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی، حقوقی دادگستری، ش ۱۱۹ (۱۴۰۱)، ص ۲۳-۴۲.

مشهور فقیهان امامیه در صورت شرکت در قتل، مسئولیت شریکان مساوی است.^۶ هرچند مقدار جنایت‌ها متفاوت باشد و یا یکی از آنها فقط یک ضربه وارد کند و دیگری دو ضربه یا بیشتر بزند.^۷ بر این مبنا، چنانچه عده‌ای با تازیانه فردی را مضروب کنند؛ به‌طوری که هر کدام یک تازیانه بزند و آن فرد بمیرد، قصاص بر همه واجب می‌شود و تفاوتی نیست در اینکه کدام یک از آنها ابتدا تازیانه زده و کدام یک آخرین تازیانه را زده است.^۸ دلیل این حکم، اطلاق روایاتی است که مطابق آن، در صورتی که دو نفر شخصی را مجروح کنند و او بر اثر آن جراحت فوت شود، هر کدام ضامن نصف دیه است. هرچند جراحت وارده از سوی هر یک متفاوت از دیگری باشد.^۹

از این رو، ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، به پیروی از نظر مشهور فقهی، قاعده تساوی را در تقسیم مسئولیت مدنی پذیرفته بود و در ماده ۳۳۶ قانون نامبرده، اعمال قواعد دیگر نفی شده بود. به دیگر سخن، مطابق مقررات یادشده، گذشته از اینکه ضابطه درجه تقصیر به صراحت نفی شده، تعیین مسئولیت بر مبنای میزان تأثیر عمل نیز به‌طور ضمنی کنار گذاشته شده بود، زیرا با تفاوت نوع دو وسیله، طبیعتاً میزان تأثیر آنها متفاوت خواهد بود.^{۱۰}

با وجود این، در رویه قضایی اختلاف بود. به عقیده برخی دادرسان، حکم به تساوی در مسئولیت، تنها زمانی صحیح است که تعیین درصد تقصیر ممکن نباشد. لیکن، هیئت عمومی دیوان کشور این عقیده را نپذیرفت و به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ مورخ ۶ شهریور ۱۳۹۰ اعلام کرد: «مستفاد از ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی [مصوب ۱۳۷۰] هر گاه برخورد دو یا چند وسیله نقلیه منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان آن گردد، مسئولیت

۶. نک: جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، *روضه البهیة فی شرح لمعه دمشقیة*، ج ۱۰، (قم: انتشارات داورى، چ ۱، ۱۴۱۰ق)، ص ۱۶۲ و نیز مکی، محمدبن محمد (شهید اول)، *لمعه دمشقیة*، ج ۱، (قم: دارالفکر، چ ۱، بی‌تا)، ص ۲۵۹.

۷. روح‌الله خمینی، *تحریرالوسیله*، ج ۲، (قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، چ ۱، بی‌تا)، ص ۵۱۷؛ ابوالقاسم خویی، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۲، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۲۸۷.

۸. محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۴۲، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ ۷، ۱۳۶۲)، ص ۶۹.

۹. «... و ان جرحه اثنان فمات فعليهما الدية نصفان و ان تفاوتا الجرحان»: محمدبن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، ج ۲۹، (قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی‌تا)، ص ۲۸۰.

۱۰. سید حسین صفایی و همکاران، *پیشین*، ص ۱۶۲.

هر یک از رانندگان در صورت تقصیر (به هر میزان که باشد) به نحو تساوی خواهد بود...»^{۱۱}.

این رأی وحدت رویه که موافق با قانون حاکم در زمان خود صادر شده بود، نتوانست اقناع نویسندگان حقوق و رویه قضایی را برانگیزد، زیرا بی توجهی به میزان تأثیر رفتار هر عامل زیان، با هدف مسئولیت مدنی و عدالت قضایی سازگاری ندارد. در مواردی که ثابت شود تأثیر عمل یکی از عوامل زیان بیشتر یا کمتر از دیگران بوده است، عادلانه این است که هر کس مسئول عمل خویش قرار گیرد و بخشی از بار مسئولیت کسی بر دوش دیگران نیفتد. از این رو، اندیشه‌های حقوقی به منظور تعدیل مفاد رأی وحدت رویه پیش گفته تلاش کرده است. برخی نویسندگان اظهار داشتند که مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و رأی وحدت رویه مربوط به آن نوعی اماره ایجاد کرده و به استناد این اماره به تأثیر مساوی سبب‌ها و مسئولیت آنان حکم داده می‌شود؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.^{۱۲} برخی صاحب‌نظران نیز تقسیم مسئولیت بر اساس میزان تأثیر رفتار هر یک از عوامل را عادلانه یافته، آن را ترجیح دادند.^{۱۳} بر اثر این تحولات فکری، قانون‌گذار از حاکمیت بلامنازع اصل تساوی دست برداشت و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تقسیم خسارت بر اساس تأثیر رفتار مرتکبان پذیرفته شد.

۲.۱. پذیرش قاعده تقسیم خسارت بر اساس تأثیر رفتار مرتکبان در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی

اگرچه در نظر مشهور فقیهان امامیه تقسیم مسئولیت به‌طور مساوی قاعده مطلق تلقی شده^{۱۴}، اما این شهرت فقهی مصون از انتقاد نمانده است. به نظر برخی فقیهان، در جایی که

۱۱. اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۹۰، (تهران: نشر مذاکرات هیأت عمومی، ۱۳۹۳)، ص ۵۱.

۱۲. سید احمدعلی هاشمی، «اسباب متعدد در مسئولیت مدنی»، دانش حقوق ملنی، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۴-۵.

۱۳. ناصر کاتوزیان، حقوق ملنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۷۴)، ص ۴۱۷.

۱۴. ابوالفضل محمدبن حسن اصفهانی (فاضل هندی)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، ج ۱۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، بی‌تا)، ص ۲۷۸.

میزان تأثیر رفتار هر یک از مرتکبان متفاوت باشد، اگر نص نباشد، حکم به تساوی مشکل است.^{۱۵} به علاوه، در برخی نوشته‌های فقهی، از توزیع ضمان بر اساس میزان رفتار هر عامل زیان سخن رفته است و برای مثال، در موردی که یک نفر چاهی بکند و دیگری عمق آن را زیاد کند و شخصی بر اثر سقوط در آن آسیب ببیند، عقیده به مسئولیت هر کدام به اندازه‌ای که چاه را حفر کرده، موجه تلقی شده است.^{۱۶} افزون بر این، بیشتر مثال‌هایی که در روایات و نوشته‌های فقهی درباره تقسیم ضمان به نحو تساوی آمده، ناظر به مواردی است که میزان سببیت عاملان مساوی است و یا امکان تعیین میزان تأثیر رفتار هر یک از مرتکبان وجود ندارد.

از این رو، رفته‌رفته، قاعده تقسیم مسئولیت بر اساس میزان تأثیر رفتارها در فقه امامیه تأیید شده و نزد فقیهان متأخر و معاصر رواج یافته است.^{۱۷} همچنین، قاعده یادشده در مواد ۵۲۶ و ۵۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ وارد شده است. به موجب ماده ۵۲۶ «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب، در وقوع جنایتی تأثیر داشته باشند ... چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی مسئول می‌باشند؛ مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت، هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند ...». به علاوه، مطابق ماده ۵۲۷، چنانچه میزان تأثیر رفتارها مساوی باشد، مسئولیت به طور مساوی تقسیم می‌شود.

۳.۱. اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها و جایگاه آن در کنار اصل تساوی در مسئولیت

اگرچه این موضوع در اندیشه‌های حقوقی کمتر مورد توجه قرار گرفته، اما یکی از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، طی مواد ۵۲۶ تا ۵۳۳ قانون یادشده،

۱۵. سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۷، (تهران: مکتبه الصدوق، ج ۲، ۱۴۰۵ق)، ص ۱۹۵؛ به نقل از حاجی ده‌آبادی، پیشین، ص ۱۲۸.

۱۶. ابوالفضل محمدن حسن اصفهانی (فاضل هندی)، پیشین، ص ۲۸۰.

۱۷. عباسعلی عمید زنجانی، موجبات ضمان؛ درآمدی بر مسئولیت منی و آثار آن در فقه اسلامی، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۲)، ص ۹۲ و ۱۳۹؛ یوسف صانعی، استفتائات قضائی، ج ۲: حقوق منی، (تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۴)، ص ۶۶-۶۷.

تأسیس اصل تازه درباره تقسیم مسئولیت مدنی است. به موجب این اصل، در مقام توزیع خسارت، ابتدا باید به میزان تأثیر عمل هر یک از عاملان زیان توجه شود؛ چنانچه میزان تأثیر عمل هر کدام متفاوت با دیگری باشد، مطابق ماده ۵۲۶ یادشده، به همان میزان مسئولیت خواهد داشت و در صورتی که میزان تأثیر رفتار همه مرتکبان مساوی باشد، به حکم ماده ۵۲۷، مسئولیت به طور مساوی تقسیم می شود. سرانجام، در فرض ناکامی مرجع قضایی از تعیین سهم واقعی هر عامل از زیان واردشده، به حکم ماده ۵۳۳^{۱۸}، همگی به صورت مساوی مسئولیت دارند.

با وجود این، برخی نویسندگان معتقدند: از جمع مواد ۵۲۶، ۵۲۸ و ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین برمی آید که در کلیه مواردی که خسارت مستند به دو یا چند شخص باشد، اصل بر تقسیم مسئولیت به طور مساوی است و تعیین میزان مسئولیت هر عامل بر مبنای تأثیر عمل او استثنا بر اصل به شمار می آید^{۱۹}. مطابق این نظر، نوآوری قانون جدید مجازات اسلامی، تنها توجه به میزان تأثیر رفتار هر یک از مرتکبان است که در قانون پیشین به کلی نفی شده بود.

هرچند این تفسیر با ظاهر ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی هماهنگ است، اما از آنجا که اصل و استثنا را جابه جا کرده، قابل انتقاد است. چنان که اشاره شد، استناد به اصل تساوی در تقسیم مسئولیت مدنی، زمانی مجاز است که دادگاه در مقام اثبات، به هیچ طریقی نتواند میزان تأثیر هریک از عاملان زیان را احراز و مسئولیت واقعی آنها را تعیین کند. در این صورت، ناگزیر و در اجرای اصول عملی، حکم به تساوی مسئولیت آنان داده می شود، وگرنه اصل و قاعده اولی این است که میزان مسئولیت هر عامل باید به تناسب تأثیر عمل او مشخص شود.

همان گونه که برخی صاحب نظران دریافته اند، اصل تساوی یکی از اصول عملی است

۱۸. مطابق ماده ۵۳۳: «هر گاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند، به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می باشند».

۱۹. سید حسین صفایی و همکاران، پیشین، ص ۱۶۰؛ محسن برهانی و آرش بادکوبه هزاوه، پیشین، ص ۸۴؛ سید حسین صفایی و حبیب الله رحیمی، پیشین، ص ۲۳۷.

که در بسیاری اختلافها استفاده می‌شود: هرگاه دو یا چند نفر در موضوع معین حقی داشته باشند، مشترکاً متعهد امری باشند و یا خسارتی باهم به‌بار آورند و سهم هر کدام معلوم نباشد، اصل برابری حق، تعهد یا مسئولیت آنان است.^{۲۰} با وجود این، چنانچه دلیلی وجود داشته باشد که سهم یکی از آنها کمتر یا بیشتر است، باید به آن عمل شود؛ زیرا اصل عملی یک فرض حقوقی است و در رتبه‌ای متأخر از دلایل و امارات قضایی قرار می‌گیرد. ضرب‌المثل حقوقی «الاصل دلیل حیث لا دلیل» گویای همین حقیقت است.^{۲۱}

به این ترتیب، قاعده «تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها»، بر اصل تساوی در مسئولیت مقدّم است. بر این مبنا، در صورتی که میزان تأثیر رفتارهای زیان‌بار متفاوت باشد، دادگاه مجاز نیست مسئولیت مدنی را به‌طور مساوی تقسیم کند. به‌علاوه، عمل به تکلیف قانونی مبنی بر تعیین میزان تأثیر رفتارها، مستلزم انجام تحقیق قضایی است و چنانچه بدون تحقیق لازم در این باره حکم به تساوی داده شود، اصول دادرسی زیر پا گذاشته می‌شود؛ با این بیان که هدف از اصول دادرسی، هدایت دادگاه به واقعیت و تمهید دادرسی عادلانه است؛ عدالت چیزی جز این نیست که رأی دادگاه صادق باشد. برای رسیدن به این منظور باید تمام جهات حکمی و امور موضوعی دعوای مطروحه مورد توجه قرار گیرد؛^{۲۲} به‌ویژه که اصحاب دعوا حق دارند به اختلافات آنها به‌دقت رسیدگی شود. ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در این باره مقرر کرده است: «در کلیه امور حقوقی دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام دهد». این تکلیف قانونی، ضمانت اجرای حقوقی دارد؛

۲۰. ناصر کاتوزیان، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت*، (تهران: دادگستر، چ ۲، ۱۳۷۸)، ص ۷۵.

۲۱. چنان که برخی محققان اشاره کرده‌اند، اصول عملی بر سه قسم است: اصل حکمی، موضوعی و مشترک. به‌علاوه، اصول عملی صرفاً به اصول مهم و شناخته‌شده (برائت، استصحاب، تخییر و احتیاط) محدود نیست، بلکه هر جایی که مکلف به علت فقدان دلیل شرعی یا معذورات عقلی، نتواند حکم واقعی یا امر موضوعی را کشف کند، به حکم عقل و منطق اثبات، به اجرای اصول عملی روی می‌آورد (ابوالحسن محمدی، *مبانی اصول استنباط حقوق اسلامی: اصول فقه*، (انتشارات دانشگاه تهران، چ ۴۳، ۱۳۹۰)، ص ۲۹۵-۳۰۵). نزد اصولیان، حکم شرعی که از اصول عملی به‌دست می‌آید، حکم ظاهری نامیده می‌شود و در رتبه‌ای متأخر از احکام واقعی (اولی و ثانوی) قرار می‌گیرد (محمدتقی حکیم، *اصول العامه للفقّه المقارن: اصول الفقه الشیعیه*، (قم: مؤسسه آل بیت، چ ۲، ۱۹۷۹)، ص ۷۵-۷۸).

۲۲. مجید غمامی و حسن محسنی، *اصول آیین دادرسی مدنی فراملی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۱۸.

چنانچه تحقیق و رسیدگی لازم انجام نشود، رأی صادرشده به علت نقص تحقیقات، در مرجع بالاتر (دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور) گسیخته خواهد شد.

در نتیجه، تعیین میزان تأثیر رفتار هریک از مرتکبان و تقسیم مسئولیت بر اساس آن، قاعدهٔ اولی در رسیدگی قضایی است و در مواردی که تعیین میزان تأثیر عمل هر عامل ممکن نشود، این موضوع باید در حکم قضایی تبیین شود تا اقناع مرجع عالی را برانگیزد. لیکن چنانچه احراز واقعیت برای دادگاه ممکن نشود، بنابه قاعدهٔ «ممنوعیت تکلیف بمالایطاق»، فصل خصومت به یاری اصول عملی انجام می‌شود. موافق با این قاعده، بند «الف» مادهٔ ۱۶۵ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۲ مقرر کرده است: «... اگر تشخیص اهمیت تقصیر با شواهد و قرائن ممکن نباشد ... طرفین به نسبت متساوی مسئول خواهند بود». همچنین، مطابق مادهٔ ۹/۱۰۲ اصول اروپایی حقوق مسئولیت مدنی، علاوه بر تقصیر، هر موضوعی که در ایجاد مسئولیت برای عوامل متعدد دخیل است، می‌تواند در تعیین سهم آنان مؤثر باشد و تنها در صورت عدم امکان تعیین میزان مسئولیت هر عامل، مسئولیت به تساوی توزیع می‌شود.^{۲۳} درحالی که پیش‌تر در حقوق فرانسه بر اساس نظریهٔ کلاسیک علت کامل، اساساً رابطهٔ علیت تجزیه‌ناشدنی تلقی می‌شد^{۲۴} و در نظام‌های رومی-ژرمنی و کامن‌لا تساوی اسباب در مسئولیت مدنی به‌عنوان اصلی بلامنازع پذیرفته شده بود.^{۲۵}

۴.۱. مبانی نظری اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها در فقه و حقوق ایران

تقدم قاعدهٔ «تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها» بر اصل تساوی در ضمان، گذشته از اینکه با اصول اثباتی هماهنگی دارد، بر مبنای قواعد ماهوی و مبانی مسئولیت مدنی استوار است. چنان‌که برخی نویسندگان دریافته‌اند که در مادهٔ ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی قواعد تازه‌ای دربارهٔ توزیع ضمان بنا نهاده شده است؛ به‌موجب مادهٔ یادشده، از سویی در فرض اجتماع سبب و مباشر، قاعدهٔ استناد جنایت به مباشر حذف شده و به تبع آن،

۲۳. علیرضا باریکلو و مهدی برزگر، پیشین، ص ۲۴۶-۲۴۷.

۲۴. غلامرضا حاجی‌نوری، پیشین، ص ۲.

۲۵. محمود کاظمی، پیشین، ص ۸۲.

امکان اشتراک در ضمان و تقسیم مسئولیت بین سبب و مباشر پذیرفته شده است. از سوی دیگر، در فرض اشتراک در ضمان، تقسیم مسئولیت بین اسباب زیان- اعم از سبب و مباشر، مباشران متعدد و یا اجتماع اسباب- بر اساس تأثیر رفتار مرتکبان انجام می‌شود.^{۲۶}

بی‌گمان هر دو حکم یادشده ریشه در یک اندیشه دارند؛ از سویی، مسئولیت مدنی (ضمان اتلاف و تسبیب) در فقه اسلامی بر مبنای «رابطه استناد» استوار شده و تحقق ضمان دائر مدار «انتساب اضرار به عامل زیان» است.^{۲۷} از این رو، اگرچه قاعده «تقدم مسئولیت مباشر بر سبب»، به تبع شهرت فقهی در ماده ۳۳۲ قانون مدنی پذیرفته شده است،^{۲۸} اما این قاعده همیشه قرین به واقع نیست و به همین جهت در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی کنار گذاشته شده است.^{۲۹} همچنین، در برخی قوانین جدید امکان مسئولیت

۲۶. احمد حاجی ده‌آبادی، پیشین، ص ۱۱۳.

۲۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، (تهران: گنج دانش، چ ۵، ۱۳۹۱)، ص ۴۳۱.

۲۸. این عقیده در کتاب‌های فقهی مشهور است. نک: نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۳، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ ۷، ۱۳۶۲)، ص ۱۴۵؛ علامه حلی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق)، ص ۶۶۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱۲، (قم: مؤسسه معارف اسلامی، چ ۱، بی‌تا)، ص ۱۶۴-۱۶۵. بر این مبنا، در ماده ۳۳۲ قانون مدنی مقرر است: «هر گاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسئول است نه مسبب، مگر اینکه سبب اقوا باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد».

۲۹. در مقام رفع تعارض ماده ۳۳۲ قانون مدنی با ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی، در برخی نوشته‌ها از نسخ ماده ۳۳۲ قانون مدنی سخن رفته است (احمد حاجی ده‌آبادی، پیشین، ص ۱۳۰). اما، برخی محققان، در مقام جمع بین دو ماده معتقدند: با توجه به قسمت ذیل ماده ۳۳۲ قانون مدنی، آنچه اهمیت دارد استناد زیان به فاعل فعل زیان‌بار است و معیار احراز آن، عرف است. از این رو، به نظر گروهی از فقیهان امامیه، در صورت تساوی سبب و مباشر مسئولیت به تساوی خواهد بود. به این بیان که هر گاه عرف دخالت و تأثیر همه اسباب را مساوی بداند، حکم به تساوی می‌دهد و در این باره فرقی بین سبب و مباشر نیست، زیرا انتساب عرفی تلف کافی است (غلامرضا حاجی‌نوری، «بازخوانی ضمان قهری به هنگام اجتماع سبب و مباشر»، حقوق؛ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱، (بهار ۱۳۹۳)، ص ۱۱-۱۲). این دیدگاه که در برخی نوشته‌های فقهی (میرفتاح حسینی مراغی، العناوین الفقهیه، ج ۲، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق)، ص ۴۳۵-۴۳۶) مورد تصریح واقع شده، در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تأیید شده است. برخی حقوق‌دانان هم افزوده‌اند: مطابق با ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی، برخلاف ماده ۳۳۲ قانون مدنی و قاعده دیرین فقهی راجع به جمع سبب و مباشر، در فرض جمع عوامل مستقیم و غیرمستقیم خسارت، همیشه لازم نیست انتخابی بین این دو صورت گیرد و خسارت تنها به یکی از آنها مستند شود، بلکه در مواردی که خسارت به هر دو منتسب باشد، هر دو عامل مسئولیت خواهند داشت. پس، برای جمع بین قانون مدنی و قانون جدید می‌توان گفت: علی‌الاصول و در نظر اول، خسارت به سبب مستقیم (مباشر) مستند می‌شود، مگر آنکه بنابر قرائن و دلایلی عامل غیرمستقیم (مسبب) اقوی باشد و یا اساساً بدون وجود ترجیحی بین عوامل، خسارت به همگی مستند شود (ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی؛ مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضائی، ج ۲، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چ ۵، ۱۴۰۲)، ص ۳۲-۳۳).

سبب در کنار مباشر پیش‌بینی شده است.^{۳۰} با وجود این، به عقیدهٔ جمهور فقیهان امامیه، در صورت اجتماع سبب و مباشر، مباشر مسئول است، زیرا عرفاً مباشر عامل قوی‌تر است و به همین جهت، تنها او مسئولیت دارد. با این همه، این ایراد وارد شده است: در جایی که مقتضی ضمان، یعنی استناد زیان به هر دو عامل وجود دارد، مسئولیت عامل قوی مانع از مسئولیت عامل ضعیف نمی‌شود؛ به‌ویژه که ممنوعیتی برای جمع بین دو ضمان وجود ندارد.^{۳۱} بر این مبنا، برخی استادان حقوق معتقدند در فرضی که مباشر و سبب مساوی باشند، مسئولیت بین آنها مشترک و متساوی خواهد بود.^{۳۲} برخی محققان هم افزوده‌اند اگرچه مطابق با ظاهر مواد قانون مدنی، در فرضی که سبب و مباشر مساوی باشند، مباشر مسئول است، اما انصاف و عدالت قضایی ایجاب می‌کند که هر دو مسئول باشند.^{۳۳}

از سوی دیگر، تقسیم ضمان بر اساس میزان رفتار، از فروعات قاعدهٔ استناد است؛ چنانچه ثابت شود تأثیر فعل یکی از دو عامل در ورود خسارت کمتر از دیگری بوده، ضرر کمتری مستند به اوست، به تبع آن باید مسئولیت کمتری نیز برعهدهٔ وی قرار گیرد؛ وگرنه با پذیرش حکم تساوی در مسئولیت، قاعدهٔ استناد که مبنای مقررات ضمان در فقه و حقوق ایران است، زیر پا گذاشته می‌شود.^{۳۴}

برخی استادان حقوق پیش‌تر به همین نتیجه رسیده‌اند. به نظر سید حسن امامی، طبق قاعدهٔ لاضرر هر کسی که زبانی به دیگری وارد کند باید جبران نماید. بنابراین، در صورتی که زیان به‌وسیلهٔ چند نفر وارد آید، چنانچه تمامی آنها در پیدایش خسارت تأثیر مساوی داشته باشند، به‌طور متساوی مسئول خسارت وارده هستند. ولی هرگاه قدرت تأثیر آنها در

۳۰. مطابق با مادهٔ ۱۶ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، در صورت تأثیر عواملی مانند نقص راه، نبود یا نقص علائم رانندگی و نقص یا عیب ذاتی خودرو در کنار تقصیر رانندهٔ مسبب در وقوع حادثه، حکم به تقسیم خسارت شده است.

۳۱. سید علی طباطبائی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، ج ۱۴، (قم: مؤسسهٔ آل بیت، ۱۴۱۸ق)، ص ۱۹-۲۱.

۳۲. سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۲)، ص ۴۶۰.

۳۳. غلامرضا حاجی‌نوری، پیشین، ص ۲. افزون بر این، پاره‌ای نویسندگان، در مورد اسباب مجمل، بر مبنای پاره‌ای فتاوی فقهی ناظر بر توزیع ضمان، معتقدند: با استناد به مادهٔ ۳۳۲ قانون مدنی که رابطهٔ سببیت را امری عرفی می‌داند، می‌توان امکان تقسیم مسئولیت را توجیه کرد (عباس کلانتری خلیل‌آباد و سعیده سلطانی پای‌طاق، «مسئولیت مدنی سبب مجمل با رویکردی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *پژوهش‌های فقهی*، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۴۲۶-۴۲۸).

۳۴. علیرضا امیدیان و همکاران، پیشین، ص ۳۰.

پیدایش ضرر متفاوت باشد، نمی‌توان تمامی آنان را به تساوی مسئول دانست، زیرا حکم به مسئولیت مساوی موجب می‌شود یکی از مسئولان بیش از آنچه خسارت زده متحمل جبران شود و دیگری کمتر از آنچه سبب زیان شده است خسارت بپردازد. بنابراین، ناچار باید هر یک را به مقدار قوه تأثیرش مسئول دانست. اشکالی که در عمل پیش می‌آید، دشواری تعیین مقدار تأثیر هر یک از عاملان است. تشخیص این امر با دادگاه است و در صورتی که دادگاه لازم بداند می‌تواند از کارشناس کمک بخواهد.^{۳۵}

۵.۱. تفسیر و رفع تعارض‌های ظاهری در قانون مجازات اسلامی به استناد روح حاکم بر آن

برحسب ظاهر، میان مقررات قانون مجازات اسلامی درباره قواعد تقسیم ضمان هماهنگی وجود ندارد. در ماده ۵۲۶ قانون یادشده، قاعده تقسیم به نسبت تأثیر عمل هر عامل پذیرفته شده است؛ در حالی که ماده ۵۲۷ تساوی در مسئولیت را مقرر کرده است.^{۳۶} همچنین، ماده ۵۳۳ قانون پیش‌گفته، بدون توجه به میزان دخالت هر یک از مرتکبان جنایت، حکم به تساوی در مسئولیت داده است؛ در حالی که ماده ۵۲۷، تنها در صورتی قائل به تساوی است که میزان تأثیر رفتار مباشران در برخورد با یکدیگر مساوی باشد.^{۳۷} به علاوه، ماده ۵۲۸ در مورد تصادفات رانندگی^{۳۸}، به صورت مطلق و با نادیده گرفتن درجه تأثیر، حکم به تقسیم مسئولیت به تساوی داده است.^{۳۹}

اما تعارضات یادشده قابل رفع است. از سویی چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، ماده ۵۲۷ قانون مجازات اسلامی مصداقی از اجرای قاعده تقسیم به نسبت تأثیر عمل عاملان است و تعارضی با ماده پیش از خود ندارد؛ به این بیان که مطابق ماده ۵۲۶ هر یک از عاملان زیان

۳۵. سید حسن امامی، پیشین، ص ۴۵۸.

۳۶. سید حسین صفایی و همکاران، پیشین، ص ۱۶۰.

۳۷. هادی رستمی و هادی شعبانی کندسری، «احراز رابطه سببیت در فرض مداخله عوامل گوناگون در جنایات و خسارات مالی (با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۱۵ (۱۳۹۵)، ص ۱۶۲.

۳۸. «هر گاه در اثر برخورد دو وسیله نقلیه ... راننده یا سرنشینان آنها کشته شوند یا آسیب ببینند، در صورت انتساب برخورد به هر دو راننده، هر یک مسئول نصف دیه راننده مقابل و سرنشینان هر دو وسیله نقلیه است...».

۳۹. علیرضا امیدیان و همکاران، پیشین، ص ۲۳.

به نسبت تأثیر رفتارشان مسئولیت دارند و در اجرای همین قاعده، ماده ۵۲۷ حکم فرضی را پیش‌بینی کرده است که میزان تأثیر رفتارها مساوی باشد. از این رو، چنان‌که برخی نویسندگان به‌درستی دریافته‌اند، مفهوم مخالف ماده ۵۲۷ مؤید آن است که در صورت تفاوت در تأثیر رفتارها، مسئولیت هر عامل بسته به میزان تأثیر رفتار اوست.^{۴۰} از سوی دیگر، حکم ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی ناظر به فرضی است که میزان تأثیر رفتار مرتکبان احراز نشود. در این صورت، ناگزیر همگی عاملان به‌طور مساوی مسئولیت دارند. در نتیجه، مقررات مواد ۵۲۶ و ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی، نه معارض که مکمل یکدیگرند.

با وجود این، برخی نویسندگان معتقدند که اگر چند عامل - برخی به مباشرت و بعضی به نحو تسبیب - باعث ورود زیان و جنایت شوند، مسئولیت آنها باید بر اساس میزان تأثیر رفتارها تعیین و به ماده ۵۲۶ استناد شود. اما در صورتی که همه عوامل به صورت تسبیب موجب زیان یا جنایت گردند، به استناد ماده ۵۳۳ باید حکم به تساوی داد.^{۴۱} این تفکیک و تفاوت که مبتنی بر ظاهر مقررات یادشده است، دست کم این پرسش را بی‌پاسخ می‌گذارد که حالت اجتماع سبب و مباشر چه خصوصیتی دارد تا حکم تقسیم مسئولیت در آن با فرض تعدد مباشران متفاوت باشد؟ از این رو، ماده ۵۲۷ در فرض مباشرت و برخورد بی‌واسطه دو نفر با یکدیگر، میزان مسئولیت هر یک را موافق با ماده ۵۲۶ و برحسب درجه تأثیر تعیین می‌کند. به‌علاوه، به‌موجب رأی وحدت رویه ۷۹۹، در صورتی که دو یا چند نفر به صورت مباشرت (شرکت در سرقت) باعث ضرر شوند، میزان مسئولیت هر کدام بر اساس درجه تأثیر رفتار آنها در ورود زیان است.

وآنچه، از آنجا که در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی تقسیم مسئولیت بر اساس تأثیر رفتارها به‌طور صریح نفی نشده است، حکم آن می‌تواند بر صورتی حمل شود که میزان تأثیر عمل هر یک از مرتکبان، برای دادگاه قابل تشخیص نیست. به‌علاوه، اگرچه حکم ماده ۵۲۸ یادشده مخصص ماده ۵۲۶ دانسته شده است^{۴۲}، اما همان‌گونه که صاحبان این عقیده

۴۰. هادی رستمی و هادی شعبانی کندسری، پیشین، ص ۱۶۳.

۴۱. همان، ص ۲۸؛ محسن برهانی و آرش بادکوبه هزاوه، پیشین، ص ۸۵.

۴۲. علیرضا امیدیان و همکاران، پیشین، ص ۲۳.

خود نیز دریافته‌اند^{۴۳}، نظر آنان با اشکال مهمی مواجه است؛ به این بیان که میان موضوع دو ماده مزبور، نه عموم و خصوص مطلق که عموم و خصوص من وجه برقرار است. ماده ۵۲۶ از این جهت که هم شامل تصادفات و هم غیر آن است، حکمی عام است؛ اما از این جهت که ناظر به فرض اجتماع سبب و مباشر است، حکمی خاص محسوب می‌شود و در مقابل، حکم ماده ۵۲۸ از این جهت که ناظر به موضوع تصادفات است، حکم خاص به‌شمار می‌آید و در عین حال، از این نظر که قید سبب و مباشر ندارد، حکمی عام است و شامل فرض اجتماع سبب و مباشر نیز می‌شود. در نتیجه، چنان که گذشت، روح قانون مجازات اسلامی در مبحث ضمان و توزیع مسئولیت، بر مبنای قاعده استناد و انتساب خسارت استوار است؛ ماده‌های ۴۹۲، ۵۲۶ و ۵۳۷ قانون یادشده در این باره صراحت دارند^{۴۴}. بر این مبنای قاعده تقسیم خسارت بر اساس تأثیر رفتارها به علت هماهنگی با مبنای ضمان و قواعد مسئولیت مدنی مقدم بر اصل تساوی در مسئولیت است.

برخی حقوق‌دانان همین نتیجه را تأیید کرده‌اند و معتقدند که ظاهر ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قاعده‌ای کلی مبنی بر تقسیم مساوی مسئولیت بین اسباب ایراد خسارت مقرر کرده است و اعمال این قاعده را طی ماده ۵۲۸، به‌ویژه در تصادفات منجر به خسارت جانی رانندگان و سرنشینان وسایل نقلیه تکرار کرده است. اما در مورد اجتماع سبب و مباشر و نیز ایراد خسارت جانی ناشی از تصادم و برخورد دو نفر، به‌موجب مواد ۵۲۶ و ۵۲۷، تقسیم مسئولیت به نسبت میزان تأثیر مقرر شده است. با وجود این، در ماورای این ظاهر قانونی می‌توان پرسش و تردید کرد که موارد یادشده چه ویژگی دارند که باید حکم خاصی داشته باشند؟ آیا منظور قانون‌گذار پذیرش قاعده‌ای کلی‌تر از ظاهر قانون نیست؟ قاعده‌ای که مطابق آن تقسیم مسئولیت به نسبت میزان تأثیر مسببان خواهد بود. تنها در صورتی که تفاوت در تأثیر احراز نشود، حکم به تقسیم مساوی مسئولیت صادر خواهد شد؛ به‌ویژه که آنچه از روحیه حاکم بر دادگاه‌ها سراغ داریم، گرایش به سوی پذیرش اصلی کلی به‌عنوان تقسیم مسئولیت به نسبت میزان تأثیر و اجرای احکام خاص دو ماده ۵۲۸ و

۴۳. همان، ص ۲۶.

۴۴. به‌موجب ماده ۴۹۲: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد، اعم از اینکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود».

۵۳۳ در صورت عدم احراز تفاوت در میزان تقصیر و تأثیر است.^{۴۵}

۲. نحوه اجرای اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها و قلمرو اعمال آن

۱.۲. تأیید اصل در رویه قضایی و تلاش برای اجرای صحیح قانون

به عقیده برخی دادرسان، در فرض اشتراک در ضمان، چنانچه از گفته کارشناس یا جهات دیگر، درصد تأثیر هر یک از عوامل معلوم شود، مسئولیت به همان نسبت تقسیم می‌شود و در غیر این صورت، خسارت وارده به نحو مساوی تقسیم خواهد شد.^{۴۶} با وجود پراکندگی آرای قضایی، هیئت عمومی دیوان عالی کشور طی صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۹ مورخ ۱۵ مهر ۱۳۹۹ به اختلاف‌ها پایان داد. مطابق رأی یادشده: «در موارد شرکت در سرقت، مسئولیت هر یک از سارقان در رد مال به میزان مالی است که تحصیل کرده است و دادگاه ...حدود مسئولیت هر یک از سارقان را بر همین اساس مشخص می‌کند و اگر میزان مال تحصیل شده توسط هر یک از سارقان معلوم نباشد، با توجه به اصل تساوی مسئولیت که از جمله در مواد ۵۲۶ و ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است، مسئولیت سارقان در رد مال مسروقه به طور مساوی است....». به این ترتیب، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی یادشده، از ظاهر قانون گذشته و قاعده عمومی مقرر در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی را احراز کرده است. به علاوه، دیوان عالی کشور جایگاه حقیقی اصل تساوی را در مورد تقسیم مسئولیت مدنی نمایانده است.

۲.۲. تمهید ضابطه اجرایی؛ توجه به میزان سببیت در ورود زیان

چنان که پیش‌تر اشاره شد، ایراد مهمی که نسبت به اصل تقسیم مسئولیت مدنی بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان وارد شده، دشواری اجرای آن است. بر این مبنا گفته شده است: از آنجا که تعیین دقیق میزان تأثیرگذاری فعل مرتکبان از طریق روش‌های محاسبه موجود امکان ندارد، فرض تأثیر متفاوت عمل مرتکبان نیز ملحق به قاعده تساوی است و

۴۵. ایرج بابایی، پیشین، ص ۸۵-۸۶.

۴۶. عبدالله خدابخشی، جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۲۱.

تنها زمانی که روش قطعی احراز میزان تأثیر عمل در دسترس قرار گرفت، حکم ماده ۵۲۶ قابلیت اجرا و استناد پیدا می‌کند.^{۴۷}

لیکن، این ایراد با اعمال ضابطه «سببیت در ورود زیان» به جای «سببیت در وقوع حادثه» زیان‌بار» در موارد زیادی قابل رفع است. در مقام تبیین مفهوم سببیت در ورود زیان، مثال زیر در نوشته‌های حقوقی مشهور است: در صورتی که دو اتومبیل با یکدیگر تصادف کنند و راننده یکی از آنها کمر بند ایمنی نبسته باشد. اگرچه نبستن کمر بند نقشی در ایجاد حادثه ندارد، اما در وقوع زیان مؤثر است و به همین جهت، از خسارتش کاسته می‌شود و بخشی از مسئولیت از دوش راننده مقابل برداشته می‌شود.

به این ترتیب، با تأکید بر مفهوم رابطه سببیت در ورود زیان، در مواردی از ضرر و زیان ناشی از جرائم مالی و تحصیل اموال به طریق نامشروع، می‌توان ضابطه عینی برای تقسیم خسارت به دست داد. همین معیار به طور ضمنی در رأی وحدت رویه ۷۹۹ پذیرفته شده است. بر این مبنا، چنانچه دو نفر که یکی عامل اصلی بوده و دیگری نقش ضعیف‌تر در ربودن مال داشته است، با هم اقدام به سرقت کنند و آنچه را به دست آورده‌اند به طور مساوی تقسیم نمایند، در این صورت، باید به طور مساوی عهده‌دار خسارت و رد مال شوند. زیرا، اگرچه دخالت و نقش اولی در وقوع سرقت مؤثرتر بوده، اما هر کدام به اندازه مالی که تحصیل کرده، موجب زیان مال‌باخته شده است، پس به همان میزان مسئولیت دارد. لیکن، اگر یکی از آنها بیش از دیگری منتفع شده باشد، اعمال قاعده تساوی موجب می‌شود بخشی از مسئولیت او بر دوش دیگری قرار گیرد. همچنین، اگر هر دو شریک در عملیات زیان‌بار نقش مساوی داشته باشند، اما یکی از آنها کمتر منتفع شده باشد، اعمال قاعده تساوی در مسئولیت سبب خواهد شد شریک دیگر به هزینه او ثروتمند شود. نکته دیگر اینکه اعمال قاعده درجه تقصیر و حکم به مسئولیت عامل اصلی به مقداری بیش از شریک دیگر، در فرضی که اموال تحصیل شده به طور مساوی تقسیم شده و یا عامل پیش‌گفته به میزان کمتری منتفع شده باشد، موجب می‌شود مشارالیه بخشی از مسئولیت دیگری را به دوش گیرد و به همین جهت، دارا شدن غیر عادلانه از سوی شریک او محقق شود.

پس، به عنوان قاعده می توان گفت: در موارد مشارکت چند عامل برای بردن مال غیر، مقدار ارزش مالی که به ناروا از سوی هر عامل زیان تصرف یا تحصیل شده، معادل با مالی است که زیان دیده ازدست داده و این مقدار زیان، مستند به رفتار شخص یادشده است.^{۴۸} موافق با این قاعده در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور اعلام شده است: «در موارد شرکت در سرقت، مسئولیت هر یک از سارقان در رد مال به میزان مالی است که تحصیل کرده است...». همین ضابطه درباره تقسیم خسارات ناشی از جرایمی همچون کلاهبرداری و هرچه در حکم آن است، خیانت در امانت، استفاده از سند مجعول، صدور چک بلامحل از حساب مشترک، زورگیری و اخاذی، رباخواری و سایر روش های نامشروع تحصیل ثروت، قابل اعمال است و در این موارد اجرای حق و عدالت با معیار عینی ممکن می شود. به علاوه، به منظور تکمیل قاعده باید گفت: اگرچه در موارد تحصیل مال نامشروع، مقدار مسئولیت هر عامل با آنچه که به دست آورده برابر است اما، چنانچه میزان خسارت وارده بیش از اموال تحصیل شده از سوی عاملان زیان باشد، مسئولیت هر عامل، نسبت به مازاد بر آن، به نسبت مال تحصیل شده از سوی او خواهد بود. بر این مبنا، خسارت تأخیر تأدیه چک صادرشده از حساب مشترک، به نسبتی است که اصل مبلغ چک تقسیم شده است. همچنین، با اجرای این قاعده در مسئولیت قراردادی باید گفت: چنانچه طرفی که نقض عهد کرده دو یا چند شخص باشند، سهم هر کدام از خسارت، به نسبت تعهد اصلی آنان است. برای مثال، دو نفر که مالی را به طور مشاع فروخته اند، در صورت امتناع از تسلیم مبیع، خسارت ناشی از تأخیر تسلیم و نیز در فرض مستحق للغیر برآمدن مبیع، جبران غرامات مشتری به نسبت سهم هر یک از آنها از ثمن دریافتی است؛ یعنی، هر کدام به نسبتی که مال غیر را در اختیار داشته، سبب زیان او شده است.

با وجود این، در مواردی مانند ضرر و زیان ناشی از اتلاف و تخریب اموال و جعل، ایراد

۴۸. اگرچه رابطه سببیت در ورود زیان با مفهوم استفاده بلاجهت یا دارا شدن غیرعادلانه نزدیک است، اما با آن آمیخته نمی شود؛ چنان که ممکن است شخص باعث ورود ضرر به غیر شود، ولی از آن منتفع نشود: بایع فضولی به نسبت ارزش ثمنی که در اختیار داشته موجب فوت منفعت از دارایی مشتری شده است. اگرچه به همان اندازه منتفع نشده باشد، در این صورت، بر مبنای قاعده لاضرر و علی الید مسئول است. همچنین، ضمان منافع غیرمستوفات برعهده متصرف مال غیر است، درحالی که از آن بهره ای نبرده است. بنابراین، سببیت در ورود زیان اعم از آن است که عامل زیان از محل ورود ضرر منتفع شود و یا صرفاً موجب اتلاف شده باشد.

صدمات بدنی و زیان‌های معنوی، میزان دخالت و نقش هر یک از عاملان زیان با جلب نظر کارشناس قابل ارزیابی است، لیکن اعتبار نظریه کارشناسی در این باره محل بحث و اختلاف است.

۳.۲. ضرورت اجرای کامل قاعده و اهتمام برای رفع اشکالات عملی

به عقیده برخی نویسندگان، تشخیص میزان مداخله و تأثیر هر یک از اسباب زیان، همواره دستخوش داوری شخصی و اعمال سلیقه از جانب دادرسان یا کارشناسان است.^{۴۹} دیگران نیز افزوده‌اند، زمانی که میزان مسئولیت عوامل مختلف به صورت درصدی در رأی دادگاه تعیین می‌شود، راه‌حل‌های ارائه‌شده ظنی است. برای مثال، چنانچه مسئولیت یکی از دو عامل ۲۵ درصد و دیگری ۷۵ درصد اعلام شود، با هیچ معیاری نمی‌توان به‌طور قطع ثابت کرد که این میزان به ترتیب، ۴۰ و ۶۰ درصد نبوده است.^{۵۰}

با وجود این، کارشناسی در زمره دلایل اثبات دعوی است و در تمیز حق و یا تمهید مقدمات آن نقشی انکارناپذیر دارد؛ دخالت دادگاه در اموری که کسب اطلاع از آنها از عهده دادرس خارج است، او را در معرض اتهام خروج از بی‌طرفی قرار می‌دهد.^{۵۱} به‌علاوه، آنچه در نظر کارشناسی به صورت درصدبندی میزان مسئولیت عوامل زیان تعیین می‌شود، برای دادگاه الزام ایجاد نمی‌کند. احراز رابطه سببیت و تعیین میزان مسئولیت هر عامل با دادگاه است و نظر کارشناس ارشاد به احراز مآوقع است و نقشی در تعیین مسئولیت یا قواعد آن ندارد.^{۵۲}

به دیگر سخن، در حقوق ایران، همچون دیگر نظام‌های حقوقی، ملاک احراز رابطه

۴۹. سید حسین صفایی، «ضابطه تقسیم مسئولیت مدنی در فرض تضاد دو وسیله نقلیه، رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ و ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، *مطالعات آرای قضائی «رأی»*، (۱۳۹۲)، ص ۳۵.

۵۰. محمود کاظمی، پیشین، ص ۷۳.

۵۱. ناصر کاتوزیان، «کارشناسی؛ علم و تجربه در خدمت عدالت»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، ص ۳۱۷؛ حسن محسنی، «بهره کارشناسی در کاربست و نمایاندن دانش سودمند در اثبات (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۶ (۱۴۰۱)، ص ۱۵۳-۱۸۱.

۵۲. عبدالله خدابخشی، پیشین، ص ۲۲۵.

سببیت، سببیت عرفی است و دادرسان معمولاً موضوع را به کارشناسان ارجاع می‌دهند. با وجود این، درستی و مبنای نظر کارشناس در رأی دادگاه تبیین نمی‌شود و همین امر موجب شده است آرای دادگاه‌ها در این باره روشن و قابل استفاده برای حقوق دانان نباشد. درحالی که قانون مجازات اسلامی در بخش مربوط به احکام دیات، به تبع متون فقهی، معیارهای متعددی برای احراز رابطه سببیت معرفی کرده است. بر این مبنا، در حقوق ایران و فقه امامیه، نخستین گام برای تعیین سبب مسئول از بین عوامل وقوع حادثه، تفکیک بین دو مقوله منطقی شرط و سبب است و سبب تنها به عواملی گفته می‌شود که از نظر عرفی و حقوقی می‌توان خسارت را به آنها مستند کرد. بر این مبناست که به موجب ماده ۵۳۱ قانون مجازات اسلامی، عوامل غیرمؤثر (یا شرط) در وقوع حادثه باید کنار گذاشته شوند. سپس، گام بعدی باید از بین اسباب مؤثر، سبب یا اسباب مسئول مشخص و معلوم شود. در این باره نیز ملاک‌های حقوقی وجود دارد؛ چنانچه ایراد خسارت به‌طور مستقیم از سوی شخص یا اشخاصی واقع شود (اتلاف یا مباشرت)، قضاوت عرفی و حقوقی معمولاً خسارت را مستند به آنها می‌داند و نیازی به احراز تقصیر و کنکاش درباره عادی یا هنجار نبودن رفتار اسباب زیان نیست. اما در فرض تسبیب، نسبت به تأثیر امر غیرمعمول و رفتار ناهنجار بیشتر توجه می‌شود. از این رو در قوانین ما از جمله در مواد ۳۳۳ و ۳۳۴ قانون مدنی به عنصر تقصیر یا مسامحه اشاره شده و در منابع فقهی عمل عدوانی مورد توجه قرار گرفته است. با وجود این، تأثیر امر ناهنجار تنها در فرض ایراد خسارت به‌طور غیرمستقیم نیست؛ در مواردی که چند سبب مستقیماً موجب خسارت شوند نیز عرفاً ملاک یادشده مؤثر است. بر این مبنا، مطابق ماده ۳۳۵ قانون مدنی در فرض برخورد دو وسیله نقلیه، مسئولیت متوجه طرفی است که تصادف در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین مقصر باشند، هر دو مسئولیت دارند. همین حکم در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پذیرفته شده است.^{۵۳}

۴.۲. عمومیت قاعده و حاکمیت آن بر قوانین خاص

بر اساس آنچه گذشت، تقسیم خسارت بر پایه میزان تأثیر رفتارها موافق با منطق حقوق

۵۳. ایرج بابائی، پیشین، ص ۱۱-۲۰.

و عدالت است. از این رو، گسترش و اعمال آن در تمام موارد تقسیم زیان، قابل دفاع می‌نماید. اگرچه مواد ۵۲۶ تا ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ راجع به تقسیم ضمان، زیر عنوان «ضمان جنایات» آمده است، اما در ماده ۵۳۳ با آوردن واژه «خسارت» در کنار «جنایت»، قواعد تقسیم مسئولیت به زیان‌های مالی تعمیم داده شده، ماده پیش‌گفته از این جهت نیز مکمل ماده ۵۲۶ محسوب می‌شود. افزون بر این، چنان که گذشت، رأی وحدت رویه ۷۹۹، به‌درستی مقررات یادشده را درباره ضررهای مالی قابل اجرا دانسته است.

به‌علاوه، درباره شمول قاعده درباره تقسیم خسارت در تمام حوادثی که موجب خسارات بدنی می‌شود، نباید تردید کرد. بر این مبنای، در مورد صدمات جسمانی مربوط به حوادث ناشی از کار، مسئولیت کارگران در برابر کارفرما^{۵۴}، قصور پزشکی و ...، مسئولیت هر عامل باید به نسبت تأثیر عمل او تعیین شود. همچنین، در فرضی که زیان‌دیده به‌همراه عامل زیان در ایجاد ضرر نقش داشته باشد، به نسبت مشارکت و سببیت در ایراد خسارت در مسئولیت شریک است و به همان نسبت از دریافت خسارت محروم می‌شود.^{۵۵} مواد ۵۲۷ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی ناظر به فرض برخورد دو یا چند وسیله نقلیه یا اشخاص متعدد با یکدیگر، موردی شایع از این فرض است. به‌علاوه، در فرض شرکت در جنایت، چنانچه سهم دخالت هر یک با دیگری متفاوت و ولیّ دم خواهان قصاص هر دو یا چند شریک باشد، برای محاسبه تفاضل دیه، هر جانی به اندازه سهمی که در جنایت نداشته دیه می‌گیرد.^{۵۶}

سرانجام، اصل تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان در مورد حوادث ناشی از وسایل نقلیه اعم از زمینی، هوایی و دریایی حاکمیت دارد و ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی در این باره جای تردید باقی نمی‌گذارد. با وجود این، در پاره‌ای از قوانین ما قاعده دیگری پذیرفته شده است. بند «الف» ماده ۱۶۵ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۲ مقرر کرده

۵۴. در ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی موافق با این قاعده مقرر شده است: «در مورد ماده ۱۲ هرگاه چند نفر مجتمعاً زیانی وارد آورند ... میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک، از طرف دادگاه تعیین خواهد شد».

۵۵. ایرج بابائی، پیشین، ص ۵۴. بدین‌سان، محروم کردن زیان‌دیده از دریافت خسارت به علت ارتکاب تقصیر که در برخی نظام‌های حقوقی رایج بوده، هیچ‌گاه در فقه و حقوق ایران راه نیافته است (همان، ص ۵۳-۵۴).

۵۶. احمد حاجی ده‌آبادی، پیشین، ص ۱۲۸.

است: «اگر دو یا چند کشتی مرتکب خطا شوند، مسئولیت هر یک از کشتی‌ها متناسب با اهمیت تقصیری است که از آن کشتی سرزده است...». مطابق این مقرر، ملاک تقسیم مسئولیت بین کشتی‌های متعدد، شدت و ضعف یا درجه تقصیر آنان است. در نتیجه، حکم آن مخالف با ماده ۵۲۸ پیش‌گفته است و به همین جهت، در برخی نوشته‌ها از نسخ ضمنی آن سخن رفته است.^{۵۷}

در مقام تأیید این عقیده می‌توان گفت، اگرچه در مقام تفسیر و رفع تعارض دو قانون عام و خاص، معمولاً با اعمال قاعده تخصیص، حکم قانون خاص مقدم داشته می‌شود، با وجود این، باید عقیده‌ای را تأیید کرد که مطابق آن، نه به‌طور کلی می‌توان ادعا کرد که قانون خاص همواره در صدد تخصیص قاعده عمومی است و نه قاعده عکس آن قاطعیت دارد. بلکه در جایی که قانون جدید در صدد پایه‌ریزی نظامی متفاوت از گذشته باشد و قرائن بر این دلالت کند که قانون‌گذار مایل نیست استثنایی بر حکم او باقی بماند، باید از آن پیروی کرد.^{۵۸} قرائن و شواهدی وجود دارد که قانون‌گذار ما با تصویب مواد ۵۲۶ تا ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی در صدد انشای قاعده جدید تقسیم مسئولیت مدنی و اعمال آن در تمام موارد است؛ چنان که از سویی در ماده ۵۲۸ قانون یادشده از «وسائل نقلیه آبی» به تصریح یاد شده است و از سوی دیگر، تقسیم مسئولیت بر اساس درجه تقصیر از این جهت که مسئولیت مدنی را مکافات تقصیر قرار داده، همواره مورد انتقاد حقوق‌دانان بوده^{۵۹} و همین امر قانون‌گذار را به کنار گذاشتن معیار پیش‌گفته مصمم کرده است.

با وجود این، در برخی قوانین جدید به قاعده تقسیم مسئولیت بر اساس درجه تقصیر رجعت شده است؛ چنان که در ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری در خصوص خسارات وارده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ می‌خوانیم: «اگر عواملی

۵۷. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، پیشین، ص ۲۳۵.

۵۸. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۴۴، ۱۳۸۲)، ص ۱۷۵.
۵۹. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، ص ۴۱۶ و نیز نک: بابایی، ایرج، پیشین، ص ۷۱: «رویه اعمال این قاعده و تعیین میزان نقش تقصیر افراد متفاوت در وقوع حادثه و خسارت نزد دادگاه‌ها و کارشناسان کاملاً گواه این امر است که هیچ ملاک روشن و دقیقی برای تعیین میزان و نسبت تقصیر مسبب وجود ندارد و تنها بر پایه احساس و تصویری مبهم از تصمیم‌گیرندگان استوار است».

نظیر نقص راه، نبودن علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه ... در وقوع حادثه مؤثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان دیده می‌تواند برای بازیافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود به مسببان ذیربط مراجعه کند».

لیکن اجرای ماده ۱۶ و برخی موارد یادشده در آن، دشوار است و این امر ضرورت اصلاح ماده پیش‌گفته را آشکار می‌سازد. مطابق ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶، مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان خودرو در طول مدت تضمین، مسئولیت محض است.^{۶۰} از این رو، چنانچه عیب ذاتی خودرو در کنار عوامل دیگر در وقوع حادثه رانندگی مؤثر باشد، تعیین میزان مسئولیت عرضه‌کننده بر اساس درجه تقصیر، با مبنای مسئولیت مدنی او منافات دارد. بی‌گمان، در موردی که مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته شده، استناد به معیار «درجه تقصیر» بیهوده است.^{۶۱}

نتیجه

هدف اصلی این پژوهش، تبیین اصل «تقسیم مسئولیت بر اساس میزان تأثیر رفتارها» و ارائه تفسیری موجه از مواد ۵۲۶ تا ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. به موجب ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی، در صورتی که دو یا چند عامل در وقوع حادثه زیان‌بار دخالت کنند و زیان وارده منتسب به همگی باشد، تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار هر یک از آنان انجام می‌شود؛ چنانچه میزان تأثیر رفتارهای زیان‌بار متفاوت باشد، هر عامل به میزان تأثیر رفتار خود مسئولیت دارد. به علاوه، مطابق ماده ۵۲۷ قانون یادشده، در فرضی که میزان تأثیر رفتارها مساوی باشد، مسئولیت به طور مساوی تقسیم می‌شود. بدیهی است، لازمه اجرای مقررات یادشده، تحقیق درباره میزان تأثیر رفتار عاملان زیان است. پس، چنانچه بدون تحقیق در این باره حکم به تساوی داده شود، از مقررات مواد پیش‌گفته تخلف شده است. لیکن، در صورتی که دادگاه نتواند میزان دخالت و تأثیر عمل هر

۶۰ سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، پیشین، ص ۳۲۷.

۶۱ محمود کاظمی، پیشین، ص ۷۵.

یک از عاملان زیان را تعیین کند، به مقتضای اصل عملی تساوی، همگی به طور مساوی مسئول هستند.

با وجود این، ظاهر مواد قانونی یادشده به گونه ای دیگر است؛ از این رو، به منظور رفع ابهام و تردیدها در این باره، پیشنهاد می شود ماده ۵۲۶ به صورت زیر اصلاح شود: «هر گاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و برخی به تسبیب، در وقوع جنایت یا خسارتی تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به او است ضامن است و چنانچه خسارت مستند به تمام عوامل باشد، هر یک به میزان تأثیر رفتارشان، حسب مورد به طور مساوی یا متفاوت مسئول هستند. لیکن، اگر میزان تأثیر رفتار هر کدام مشخص و معلوم نباشد، همگی به طور مساوی ضامن هستند...».

به علاوه، مطابق نظر مخالفان، تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتارها، در عمل دشوار و بلکه غیرممکن است. دومین هدف این پژوهش پاسخ دادن به این ایراد است. اگرچه عقیده یادشده در اندیشه های حقوقی شهرت دارد، اما رویه قضایی از اجرای صحیح قانون باز نمانده است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور طی صدور رأی وحدت رویه ۷۹۹ مورخ ۱۵ مهر ۱۳۹۹ در مورد عمده زیان های مالی، ضابطه عینی را برای تقسیم خسارت بر اساس میزان تأثیر رفتار مرتکبان به دست داده است؛ به این بیان که در موارد تحصیل مال از طریق اعمال نامشروع، مانند سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت، صدور چک بلامحل و به طور کلی در همه موارد رد مال، هر یک از عاملان زیان به اندازه مالی که تحصیل کرده و موجب ضرر مال باخته شده، مسئول است. ولی در سایر موارد مانند ضرر و زیان ناشی از اتلاف و تخریب اموال و جعل، صدمات بدنی و زیان های معنوی، میزان دخالت و نقش هر یک از عاملان زیان در وقوع حادثه زیان بار معمولاً با جلب نظر کارشناس، ارزیابی و احراز می شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۹۳). *مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۹۰*، تهران: اداره کل وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۹۲). *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیه.
۳. بابایی، ایرج (۱۴۰۲). *حقوق مسئولیت مدنی؛ مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضائی*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
۵. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸). *جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. صانعی، یوسف (۱۳۸۴). *استفتائات قضائی، حقوق مدنی*، تهران: میزان.
۷. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۵). *مسئولیت مدنی (الزام‌های خارج از قرارداد)*، تهران: سمت.
۸. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲). *موجبات ضمان؛ درآمدی بر مسئولیت مدنی و آثار آن در فقه اسلامی*، تهران: میزان.
۹. غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۸۶). *اصول آیین دادرسی مدنی فراملی*، تهران: میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *حقوق مدنی؛ الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری*، تهران: دانشگاه تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت*، تهران: دادگستر.

۱۳. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۰). *مبانی اصول استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه*، تهران: دانشگاه تهران.

– مقالات

۱۴. امیدیان، علیرضا؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ سعیدی، محمدعلی (۱۴۰۱). توزیع مسئولیت مدنی به میزان درجه تأثیر در تصادفات رانندگی با تکیه بر مواد ۵۲۶ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی. *حقوقی دادگستری*، ۸۶ (۱۱۹)، ۲۳-۴۲.

Doi: 10.22106/jlj.2022.534383.4290

۱۵. باریکلو، علیرضا و برزگر، مهدی (۱۳۹۸). بررسی سهم مسئولیت مدنی عوامل متعدد در حقوق ایران و اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپایی. *حقوق تطبیقی*، ۶ (۱۱-۱)، ۲۲۷-۲۵۰.

Doi: 10.22096/law.2020.107409.144

۱۶. برهانی، محسن و بادکوبه هزاوه، آرش (۱۴۰۰). جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت. *حقوقی دادگستری*، ۸۵ (۱۱۳)، ۶۹-۹۱.

Doi: 10.22106/jlj.2020.124986.3349

۱۷. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۸). تغییرات قاعده اجتماع سبب و مباشر با لحاظ آخرین تحولات قانون‌گذاری در ایران (ماده ۵۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲). *حقوق خصوصی*، (۱)، ۱۱۳-۱۳۲.

Doi: 10.22059/jolt.2019.277883.1006702

۱۸. حاجی‌نوری، غلامرضا (۱۳۹۳). بازخوانی ضمان قهری به هنگام اجتماع سبب و مباشر. *حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ۴۲ (۱)، ۱-۱۲.

Doi: 10.22059/jlq.2014.50816

۱۹. رستمی، هادی و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵). احراز رابطه سببیت در فرض مداخله عوامل گوناگون در جنایات و خسارات مالی (با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲).

پژوهش حقوق کیفری، ۴ (۱۵)، ۱۴۳-۱۷۱. Doi: 10.22054/jclr.2016.4439

۲۰. صفایی، سید حسین (۱۳۹۲). ضابطه تقسیم مسئولیت مدنی در فرض تصادم دو وسیله نقلیه، رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ و ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. *مطالعات آرای قضائی «رأی»*، (۲)، ۲۹-۳۹.

Doi: 10.22106/jcr.2013.21508

۲۱. صفایی، سید حسین؛ بادینی، حسن؛ عباسلو، بختیار؛ صالحی، سعیده (۱۳۹۷). معیار تقسیم

۲۴. مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران. *دیدگاه‌های حقوق قضائی*، ۸۴، ۱۴۷-۱۶۴. Doi: jlvviews.ir/article-1-1043-fa.html
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). کارشناسی؛ علم و تجربه در خدمت عدالت. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۶۲، ۳۱۷-۳۴۲. Doi: civilica.com/doc/585561
۲۳. کاظمی، محمود (۱۳۹۳). معیار تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان، در نظام کامن‌لا و حقوق کشورهای رومی-ژرمنی. *حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۴۲ (۱)، ۶۹-۸۵. Doi: [10.22059/jlq.2014.50820](https://doi.org/10.22059/jlq.2014.50820)
۲۴. کلاتتری خلیل‌آباد، عباس و سلطانی پای‌طاق، سعیده (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی سبب مجمل با رویکردی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. *پژوهش‌های فقهی*، ۱۱ (۲)، ۴۱۳-۴۴۲. Doi: [10.22059/jorr.2015.55620](https://doi.org/10.22059/jorr.2015.55620)
۲۵. محسنی، حسن (۱۴۰۱). بهره کارشناسی در کاربست و نمایاندن دانش سودمند در اثبات (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه). *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳ (۲۶)، ۱۸۱-۱۵۳. Doi: [10.22034/law.2021.46266.2915](https://doi.org/10.22034/law.2021.46266.2915)
۲۶. هاشمی، سید احمدعلی (۱۳۹۲). اسباب متعدد در مسئولیت مدنی. *دانش حقوق مدنی*، ۲ (۲)، ۱۵-۱. Doi: civilica.com/doc/1562835

ب) منابع عربی

۲۷. حر عاملی، محمدبن حسن (بی‌تا). *وسائل‌الشیعه الی تحصیل مسائل‌الشریعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۲۸. حسینی مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین‌الفقهیه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۹. حکیم، محمدتقی (۱۹۷۹م). *اصول‌العامه‌للفقه‌المقارن؛ اصول‌الفقه‌الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌بیت.
۳۰. خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). *تحریر‌الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم.
۳۱. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). *جامع‌المدارک فی شرح مختصر‌النافع*، تهران: مکتبه‌الصدوق.

۳۲. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۴). *مبانی تکمله‌المنهاج*، به اهتمام علیرضا سعید، تهران: انتشارات خرسندی.
۳۳. شهید اول، مکی، شمس‌الدین محمد بن محمد (بی‌تا). *لمعه‌الدمشقیه*، قم: دارالفکر.
۳۴. شهید ثانی، جبعی عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). *روضه‌البهیة فی شرح لمعه‌الدمشقیه*، قم: انتشارات داوری.
۳۵. شهید ثانی، جبعی عاملی، زین‌الدین (بی‌تا). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۳۶. علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل بیت.
۳۸. فاضل هندی، اصفهانی، ابوالفضل محمد بن حسن (بی‌تا). *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۹. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: داراحیاء التراث العربی.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 35

Summer 2024

Article Type: Research Article

Pages: 261-291

The Principles for Assessing and Calculating of Damages In Loss of Profit Insurances

Mona Abdi¹| Abbas Mirshekari²

1. PhD in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

monaabdi7@yahoo.com

2. Assistant Professor, University of Tehran, Iran

mirshekariabbas1@yahoo.com

Abstract

Loss of profit insurance or business interruption insurance is one of the most practical insurances available in the insurance market of many countries, whose importance in the economic and insurance system is undeniable. Statistical studies in many countries have also proven the importance and applicability of this type of insurance in modern societies. Despite of the importance of this type of insurance, Iranian insurance system, only points out its name without using it commonly while in some countries, especially in America, these insurances have been provided for a long time and valuable experiences have been gained in this field. Therefore, it is necessary to use the experiences gained from developed countries in this field in reviewing the regulations of these insurances. On the other hand, compensation for loss of profit is still faces doubts and uncertainties in Iranian's legal system. Hence accepting and using more of this type of insurance has double importance in Iranian legal system and can be one of the solutions to compensate this type of damage in the current situation. Therefore, and based on this necessity, we have tried to introduce this type of insurance, the reasons for their legal and economic importance, the variety of this type of insurance, and the most important principles and criteria for evaluating and calculating loss of profit damage with a comparative and analytical approach.

Keywords: Insurance, Loss of profit, Business interruption, The principles of evaluating damages.

Received: 2023/11/13 Received in revised form: 2024/04/08 Accepted: 2024/04/22 Published: 2024/06/30

DOI: 10.22034/LAW.2024.59203.3338

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com





اصول ارزیابی و محاسبه خسارت در بیمه‌های عدم‌النفع

مونا عبدی^۱ | عباس میرشکاری^۲

monaabdi7@yahoo.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mirshekariabbas1@yahoo.com

۲. استادیار دانشگاه تهران، ایران

چکیده

بیمه‌های عدم‌النفع یا وقفه تجاری یکی از کاربردی‌ترین بیمه‌های موجود در بازار بیمه‌ای بسیاری از کشورهاست که اهمیت آن در نظام اقتصادی و بیمه‌ای غیرقابل انکار است. مطالعات آماری در بسیاری از کشورها نیز اهمیت و کاربرد این نوع بیمه‌ها را در جوامع امروزی اثبات کرده است. با وجود اهمیت و کاربرد آن، در نظام بیمه‌ای ایران ارائه و استفاده از این بیمه‌ها صرفاً در حد یک نام باقی مانده است؛ درحالی که در برخی از کشورها به‌ویژه در امریکا این بیمه‌ها از مدت‌ها قبل ارائه شده و در این زمینه تجربیات ارزشمندی به‌دست آمده است. از این رو، لازم است در بررسی مقررات این بیمه‌ها از تجربیات حاصله از کشورهای توسعه‌یافته در این زمینه استفاده شود. از طرف دیگر جبران خسارت عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران هنوز با تردیدها و احتمالاتی مواجه است؛ بنابراین پذیرش و استفاده بیشتر از این بیمه‌ها در نظام حقوقی ایران دارای اهمیت مضاعفی است و می‌تواند به‌عنوان یکی از راهکارهای پوشش و جبران این نوع خسارات در شرایط کنونی باشد. بر اساس همین ضرورت، در این پژوهش تلاش شده است تا با رویکردی توصیفی- کاربردی، دلایل اهمیت حقوقی و اقتصادی این بیمه‌ها و مهم‌ترین اصول و ضوابط ارزیابی و محاسبه خسارت در آنها معرفی گردد.

واژگان کلیدی: اصول ارزیابی خسارت، بیمه، توقف فعالیت‌های تجاری، عدم‌النفع.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

DOI: 10.22034/LAW.2024.59203.3338



Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

امروزه مطالبه خسارت عدم‌النفع^۱ در بسیاری از دعاوی و اختلافات ازجمله دعاوی قراردادی، غیرقراردادی (فراقاردادی)، دعاوی تجاری، مالکیت‌های فکری و نیز در دعاوی بیمه‌ای مطرح می‌شود. از آنجا که موضوع این خسارت به‌طور ذاتی تا حدودی دربرگیرنده برخی از عدم قطعیت‌ها و احتمالات است و همچنین با توجه به اینکه در برخی مواقع، میزان خسارت عدم‌النفع ادعایی از خسارات اصلی مورد مطالبه در دعاوی بیشتر است، اثبات و ارزیابی آن با دشواری‌ها و چالش‌های زیادی مواجه است.^۲ بنابراین در گام نخست، شناخت درست این مفهوم و حدود و قلمرو آن برای خواهان‌ها و خواندگان دعاوی، کارشناسان، شرکت‌های بیمه و سیستم‌های قضایی که با این نوع خسارت در ارتباط هستند، بسیار مهم است و در بیشتر کشورها تلاش می‌شود تا مباحث این حوزه و دشواری‌ها و چالش‌های آن به‌خوبی مورد بحث و تحلیل قرار گیرد.^۳ به‌علاوه، با توجه به دشواری ارزیابی و محاسبه موضوع این خسارت، شرایط و استانداردهای اثباتی آن به‌زمینه‌ای که خسارت از آن ناشی می‌شود، بستگی دارد و با آنکه محاسبه دقیق این خسارت امکان‌پذیر و لازم نیست، اما ضروری است که با قطعیت کافی وقوع این خسارت و میزان آن اثبات گردد.^۴

از طرف دیگر، خسارات عدم‌النفع در صنایع بیمه‌ای هم موضوع نوعی از قراردادهای بیمه قرار می‌گیرد که در دهه‌های اخیر به‌واسطه نقش مهمی که در ایجاد ثبات اقتصادی برای بنگاه‌های اقتصادی دارند، از آنها با عنوان «بیمه‌های امنیت تولید» نیز یاد می‌شود. با وجود آثار بسیار مثبت این نوع بیمه‌ها در جوامع، در نظام حقوقی و صنعت بیمه ایران به این نوع بیمه‌ها توجه مناسب و کافی نشده است. در آثار بسیار محدود و قدیمی که به این موضوع پرداخته شده، صرفاً به بیان اقسام این نوع بیمه‌ها و شرایط انعقاد این نوع

۱. برای بررسی خسارت عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران، ر.ک. رضا سکوتی و نگار شمالی، «جایگاه عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۰)، صص ۷۹-۹۸.

2. Joseph, Wylie & Christopher, Fahy, "Proving and Defending Lost-Profits Claims", *American Bar Association, Section of Litigation*, (2007), p. 7.

3. Newman, Z & Ellis, A, "Primer on Recovery Lost-Profit Damages", *Business Torts Litigation*, Vol. 20. No. 1 (2012), pp. 22, 24.

4. *Ibid*, pp. 22, 24.

قراردادهای بیمه اکتفا شده است.^۵ با توجه به فقدان تجربه کافی در این زمینه در نظام حقوقی و بیمه‌ای ایران و حصول تجربیات ارزشمند در برخی دیگر از کشورها، در این پژوهش تلاش شده است تا مقررات این حوزه به‌ویژه درخصوص نحوه محاسبه و اصول مدنظر در ارزیابی خسارت در این نوع بیمه‌ها در کشورهای باتجربه‌تر مورد مطالعه قرار گیرد و راه‌حلهایی برای خلأهای موجود در نظام حقوقی ایران مطرح شود. بر اساس نکات مطرح‌شده، مهم‌ترین پرسش‌هایی که در خصوص این نوع بیمه‌ها طرح می‌شود این است که آیا این نوع بیمه‌ها برای جبران خسارت عدم‌النفع تابع عموماً نظام مسئولیت مدنی در هر کشوری در خصوص قابلیت جبران خسارت عدم‌النفع هستند یا خیر؟ آیا این نوع بیمه‌ها کلیه زیان‌های اقتصادی وارده بر صاحبان کسب و کار را جبران می‌کنند؟ به‌علاوه باتوجه به دشواری مرحله ارزیابی خسارت، چه نکاتی در مرحله ارزیابی باید مدنظر قرار گیرد؟

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد با توجه به اینکه این نوع بیمه‌ها نوعی توافق و قرارداد میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار برای جبران خسارات خاصی است که مورد توافق قرار گرفته، بنابراین یکی از ابزارهای مناسب و کارآمد برای جبران خسارت عدم‌النفع حتی در کشورهایی است که این خسارت را به‌صراحت با به‌طور کامل مورد پذیرش قرار نداده‌اند. همچنین با آنکه این نوع بیمه‌ها بخش‌هایی از خسارات اقتصادی وارده به زیان‌دیدگان را جبران می‌کنند، اما باتوجه به اینکه غالباً بیمه‌هایی ثانویه محسوب می‌شوند که صرفاً خسارات عدم‌النفع را به تبع بیمه اصلی خود اموال تحت پوشش قرار می‌دهند، تمام زیان‌های اقتصادی را مورد جبران قرار نمی‌دهد و دامنه جبران این نوع بیمه‌ها محدودتر از بیمه‌هایی که است که به جبران کلیه زیان‌های اقتصادی وارده می‌پردازد. همچنین برای ارزیابی دقیق‌تر میزان درآمد و سودآوری کسب و کارها عمدتاً شرکت‌های بیمه‌ای که این نوع بیمه‌ها را ارائه می‌کنند به دو دسته عوامل داخلی و خارجی شرکت یا بنگاه توجه

۵. برخی از این آثار عبارت‌اند از:

- آیت کریمی، بیمه اموال و مسئولیت، ج ۲، (تهران: دانشکده امور اقتصادی، ۱۳۷۱).
- حمید بهرامی و همکاران، «بیمه عدم‌النفع در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق انگلستان»، صنعت بیمه، ش ۴، (۱۳۸۶)، صص ۳-۳۳.
- محمد میهن‌یار، «بیمه ماشین‌آلات صنعتی»، بیمه مرکزی ایران، ش ۱ (۱۳۶۶).
- کاظم ملکوتی، «آشنایی با بیمه عدم‌النفع ماشین‌آلات»، پیام بیمه، (۱۳۸۴).

می‌کنند تا تخمین دقیق‌تری از میزان و حجم فعالیت مورد بیمه داشته باشند. این عوامل طیف وسیعی از نکات و عناصر را برای بررسی مدنظر قرار می‌دهد و اگر به‌صورت صحیح و دقیق انجام شود ارزیابی منصفانه و معقولی از خسارت عدم‌النفع وارده ارائه می‌کند.

در همین راستا در این نوشتار با رویکردی توصیفی و در بخش‌هایی کاربردی، ابتدا مرور مختصری بر تاریخچه و مفهوم این نوع بیمه‌ها و نیز دلایل ارائه و اهمیت آنها انجام خواهد شد. سپس مهم‌ترین و رایج‌ترین اجزای این بیمه‌ها مدنظر قرار می‌گیرد و در نهایت به مهم‌ترین و دشوارترین بخش آن یعنی اصول و شرایط ارزیابی خسارت پرداخته خواهد شد تا بر اساس تجربیات حاصل از مطالعه تطبیقی، مقررات این نوع بیمه‌ها، راهکارها و پیشنهادهایی در نظام حقوقی و بیمه‌ای ایران مطرح گردد تا ضمن جبران مناسب خسارت عدم‌النفع بنگاه‌های اقتصادی که در شرایط کنونی جبران آنها با تردید و شبهه مواجه است، از دارا شدن ناعادلانه و جبران بیش از میزان واقعی خسارت در این بنگاه‌ها جلوگیری گردد و شرکت‌های بیمه نیز با ارائه این نوع بیمه‌ها، از سودآوری لازم برخوردار باشند.

۱. تاریخچه و مفهوم بیمه‌های عدم‌النفع

به لحاظ تاریخی، از قرن نوزدهم میلادی و با ظهور انقلاب صنعتی، جبران خسارات اقتصادی از جمله خسارات عدم‌النفع، هم از نظر اجتماعی و اقتصادی و هم از نظر حقوقی و قضایی بسیار مورد توجه بود و یکی از نگرانی‌های اصلی صاحبان صنایع و کسب و کارها محسوب می‌شد. بخش عمده این نگرانی‌ها از تصمیم اتخاذشده در پرونده معروف *هادل‌لی علیه باکسندل*^۶ ناشی می‌شد که در آن دادگاه جبران خسارت عدم‌النفع ناشی از وقفه تجاری را به دلیل تأخیر در تحویل یک قطعه کوچک اما مهم در یک آسیاب رد کرده بود. این پرونده از بسیاری از جهات مورد بررسی و تحلیل محققان قرار گرفته، اما یکی از نتایج بسیار مهم آن که بعدها مشاهده شد، افزایش پوشش‌های بیمه‌ای برای جبران خسارت عدم‌النفع بود. با توجه به اینکه در این پرونده به جبران خسارت عدم‌النفع رأی داده نشد، برای رفع نگرانی‌های ناشی از جبران نشدن کامل این خسارات، فعالان این عرصه به ابزار حمایتی جدیدی با عنوان «پوشش‌های بیمه‌ای عدم‌النفع یا وقفه تجاری» روی آوردند. در بسیاری از

6. Hadley v. Baxendale, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. Ch.1854).

موقعیت‌های تجاری و اقتصادی جدید، زیان وارده بر زیان‌دیده از طریق همین پوشش‌های بیمه‌ای جبران شده، این امر باعث فعال ماندن مشاغل مختلف و ایجاد ثبات اقتصادی می‌شود و امنیت تولید را فراهم می‌آورد.^۷ بعدها با وقوع جنگ‌های جهانی یا حملات به مرکز تجارت جهانی و حمله یازدهم سپتامبر که در آن آسیب‌های فراوانی به اموال تجار وارد شد و در نتیجه موجب وقفه در تجارت و ناتوانی شرکت‌ها در تأمین منابع مالی برای پرداخت حقوق و دستمزدها و سایر هزینه‌های تولیدی گردید، بر اهمیت این نوع از پوشش‌های بیمه‌ای بیشتر تأکید شد و در اکثر بیمه‌های اموال تجاری این پوشش بیمه‌ای به‌عنوان یک پوشش ثانویه پیشنهاد می‌شد. از همین زمان بود که رفته‌رفته ضرورت توجه به این نوع بیمه‌ها بیشتر از قبل مطرح شد و به‌عنوان یک نوع بیمه جدید در سید بیمه‌ای کشورهای پیشرفته و صنعتی قرار گرفت تا حدی که امروزه بیمه‌های عدم‌النفع (وقفه تجاری) به یک جزء ضروری و رایج در لیست بیمه‌های خریداری‌شده برای شرکت‌های تجاری و مشاغل مختلف تبدیل شده است.^۸

پوشش‌های بیمه‌ای برای وقفه یا توقف در فعالیت‌های تجاری که با عناوین «بیمه‌های عدم‌النفع» یا پوشش‌های «عنصر زمانی» و نیز بعضاً با عنوان بیمه‌نامه‌های «استفاده و تصرف» اموال تجاری معرفی می‌شود، بیمه‌هایی هستند که ظاهراً برای اولین بار در اواخر سال ۱۸۷۰ در ایالات متحده آمریکا مطرح شد و تا مدت‌ها پوشش بیمه‌ای رایج و معمول نبود.^۹ در سال ۱۸۸۰ در انگلستان نیز این نوع بیمه‌ها مطرح شد و اولین تعریفی که از این بیمه‌ها شد این بود که «پوشش بیمه آتش‌سوزی، خسارت‌های مستقیم وارد به اموال و اشیاء (منقول یا غیرمنقول) را جبران می‌کند و بیمه عدم‌النفع به‌صورت پوشش ثانویه‌ای است که خسارت ناشی از توقف در فعالیت عادی بیمه‌گذار به علت آتش‌سوزی را جبران می‌کند».^{۱۰} از حدود سال ۱۹۰۰ تا ۱۹۲۰ خرید این‌گونه بیمه‌ها به‌تدریج افزایش یافت و بازارپذیری

7. Andrew, Hecker, "Business Interruption Losses: An Overview", *The Forum*, vol. 12, No. 2 (1977), p. 629.

8. Robert, Brennan & Laura, Conway, "Business Income Insurance Coverage", *The Brief*, Vol. 32, No. 4 (2003), p. 65.

9. John, Williams & James, Covington, "Coverage of Manufacturers Profits under Business Interruption Endorsement", *Insurance Counsel Journal*, Vol. 30, No. 2 (1963), p. 212.

۱۰. احسان جلالی لواسانی و میرستم اسدالله‌زاده بالی، «بیمه عدم‌النفع و بررسی عوامل مؤثر بر تقاضای آن»، *تازه‌های جهان بیمه*، ش ۱۴۰ و ۱۴۱ (۱۳۸۸)، ص ۱۶.

بیشتری را تجربه کرد، اما از سال ۱۹۲۰ به بعد می‌توان گفت که خرید این نوع بیمه‌ها به‌طور فزاینده‌ای افزایش یافت و در مشاغل بسیاری مورد توجه قرار گرفت تا آنجا که در دهه‌های اخیر این پوشش‌های بیمه‌ای حتی مورد توجه صاحبان مشاغل کوچک‌تر نیز قرار گرفته و بخشی از پوشش‌های بیمه‌ای مرسوم در بیمه‌های اموال در بسیاری از کشورها شده است»^{۱۱}.

این بیمه‌ها ممکن است به‌صورت مستقل منعقد گردد یا به‌صورت یک بند یا شرط ضمن قرارداد بیمه اصلی آورده شود و یا در قالب یک سند الحاقیه به‌عنوان بیمه تکمیلی به بیمه‌نامه اصلی که عمدتاً بیمه‌نامه‌های آتش‌سوزی یا انفجار اموال تجاری است، ضمیمه گردد^{۱۲}. در صورتی که مفاد این پوشش بیمه‌ای به‌صورت شرط در ضمن قرارداد بیمه اصلی اضافه گردد، اغلب با عناوین و اصطلاحات متفاوتی از جمله شرط پوشش «زبان‌های واقعی»، «وقفه تجاری»، «درآمد حاصل از کسب و کار (تجارت)»، «عواید ناخالص»، «پوشش عنصر زمانی» و «عواید ناخالص مربوط به پوشش عنصر زمانی» در بیمه‌نامه‌های مختلف تنظیمی میان بیمه‌گران و بیمه‌گذاران تصریح می‌شود^{۱۳}. امروزه این بیمه‌ها دارای انواع مختلفی شده‌اند از جمله برخی از مهم‌ترین آنها، بیمه‌های عدم‌النفع ماشین‌آلات، تجهیزات الکترونیکی و کامپیوتری، توقف تأسیسات انرژی شهری، و تمام‌خطر نصب است^{۱۴}.

۲. اجزای (عناصر) بیمه‌های عدم‌النفع

آنچه در بررسی این بیمه‌ها به‌ویژه در مرحله ارزیابی خسارت بسیار مهم است، توجه به واقعیات هر خسارت و نیز جزئیات پوشش بیمه‌ای است و با توجه به اینکه غالباً این نوع بیمه‌ها به‌صورت شرط ضمن قرارداد بیمه اصلی درج شده یا به‌صورت یک سند مجزا به

11. J. Teague, "Recent Options on Business Interruption", *American Bar Association: Section of Insurance, Negligence and Compensation Law*, (1968), p. 622.

12. John, Williams & James, Covington, *op.cit*, p. 212.

13. Clark, Schirle, "Time Element Coverages in Business Interruption Insurance", *The Brief*, Vol. 37, No. 1 (2007), p. 32.

۱۴. برای بررسی جزئیات این نوع بیمه‌ها، ر.ک. منابع مورد اشاره در زیرنویس شماره ۱.

Eisenhofer, Jay, "A Healthy Policy: What Kind of Insurance Does Your Client Company Need Against the Y2K Bug?", *Business Law Today*, vol. 8, no. 1 (1998).

Cohen, D. & Anderson, R. "Insurance Coverage for "Cyber-Loss", *Tort & Insurance Law Journal*, vol. 35, no. 4 (2000).

قرارداد اصلی بیمه الحاق می‌شود، بنابراین در تفسیر آن توجه به سایر مفاد بیمه‌نامه و ارزیابی کل قرارداد به عنوان یک مجموعه واحد حائز اهمیت خواهد بود.^{۱۵} مفاد و مقررات این بیمه‌ها از یک شرکت بیمه تا شرکت دیگر متفاوت است، اما غالباً همه آنها دارای عناصر زیر به عنوان اجزای اصلی این نوع بیمه‌ها هستند که در قراردادهای بیمه تصریح می‌گردد و در همین چارچوب نیز تحلیل و تفسیر می‌شوند:

- خطر تحت پوشش یا آسیب فیزیکی واقعی به مال تحت پوشش بیمه. اگرچه این نوع بیمه‌ها در ابتدا فقط در مورد خسارات ناشی از آتش‌سوزی و یا انفجار ارائه می‌شد، اما به تدریج خطرهای بیشتری تحت پوشش آنها قرار گرفت.

در برخی از بیمه‌نامه‌های داخلی در ایران نیز می‌توان این شرط را ملاحظه نمود؛ از جمله در بیمه‌های عدم‌النفع رانندگان خودرو بیمه ایران آمده است: «جبران درآمد ازدست‌رفته رانندگان و مالکان خودرو که خودرو آنها بدلیل حادثه (تصادف، سقوط، آتش‌سوزی و انفجار) امکان تردد و کار کردن را ندارد و باید مدت زمانی را در تعمیرگاه باشد و یا استراحت پزشکی داشته باشد».^{۱۶}

- مال یا اموال تحت پوشش بیمه در محل توصیف‌شده که عمدتاً باید اموال فیزیکی^{۱۷} باشد؛ اعم از اموال منقول و غیرمنقول.

- مدت اعتبار بیمه‌نامه. «این شرط در همان نمونه بیمه عدم‌النفع رانندگان از روز

15. Paul, Hummer, "Basics of Business Interruption Insurance: The Ins and Outs of Tricky Coverage", *Defense Counsel Journal*, Vol. 62, No. 3 (2002), p. 314.

16. <https://www.bimehsara.com>

۱۷. در مورد بیمه‌های عدم‌النفع تجهیزات الکترونیکی و کامپیوتری، تا مدت‌ها این شرط مورد بحث و تردید قرار می‌گرفت، اما بعدها با ارائه برخی از استدلال‌ها از سوی محاکم این شرط نیز پذیرفته شد. برخی از این استدلال‌ها عبارت بودند از:

با آنکه داده‌ها و اطلاعات کامپیوتری و دیجیتال مال به معنای سنتی آن که یک امر مادی و ملموس است، نیستند، برخی از محاکم برای حل این مشکل این‌گونه استدلال می‌کردند که اطلاعات موجود در کامپیوترها هم به تبع خود کامپیوتر، مال تلقی می‌شوند. (Retail Systems Inc. v. CAN Inc. Co, 469 N.W.2d 735, 737 (Minn. Ct. App. 1991).

یا در پرونده دیگری، دادگاه برای جبران این‌گونه خسارات از سوی شرکت‌های بیمه، این‌گونه استدلال کرد که باگ‌ها باعث ازدست دادن حق استفاده از مال بیمه‌شده می‌شوند، در نتیجه باید «ازدست دادن حق استفاده از مال» بدون تخریب فیزیکی نیز مورد حکم واقع شود و همین مقدار برای اثبات خسارت قابل جبران کافی خواهد بود.

Sentinel Management Co. v. New Hampshire Inc. Co, 563 N.W.2d 296, 300 (Minn. Ct. App. 1997)
American Motorists inc. Co. v. Trane Co., 544 F. Supp. 669, 683 (W.D.Wis. 1982).

پنجم تا حداکثر یکصد و بیست روز با توجه به نوع خودرو تعیین شده است که حداکثر حوادث مورد تعهد بیمه بیمه‌گر از دو مورد در سال تجاوز نکند و مدت توقف لازم برای تعمیر خودرو در تعمیرگاه توسط کارشناس تعیین می‌شود»^{۱۸}.

- ایجاد وقفه یا توقف در فعالیت یا عملکرد تجاری.
- اثبات رابطه سببیت میان حادثه زیان‌بار تحت پوشش بیمه و توقف در فعالیت‌های تجاری.
- ازدست دادن واقعی درآمد و سود حاصله^{۱۹}
- یک جزء مهم دیگر در خصوص این نوع بیمه‌ها، مدت زمانی است که عدم‌النفع در این بیمه‌ها تحت پوشش قرار می‌گیرد که به «دوره بازایی یا جبران خسارت»^{۲۰} مصرح در بیمه‌نامه بستگی دارد. برای نمونه، ممکن است این مدت زمان از ساعاتی پس از وقوع حادثه شروع و به یکی از موارد زیر ختم شود:

الف) تاریخی که مال توصیف‌شده باید با سرعت معقول و کیفیت مشابه قبل، تعمیر یا بازسازی یا جایگزین شده باشد یا

ب) تاریخی که فعالیت تجاری و کسب و کار در محل موقت یا دائمی دیگری از سر گرفته شود. ممکن است فرایند تعمیر و بازسازی مدت زمان زیادی به طول انجامد و لازم باشد که بیمه‌گذار در محل دیگری به‌طور موقت یا دائم فعالیت خود را از سر بگیرد.^{۲۱}

بنابراین دوره بازایی تعیینی در این نوع بیمه‌ها دارای اهمیت بسیار است. در برخی مقررات شرکت‌های بیمه‌ای این دوره بازایی این‌گونه تعیین شده است: «شروع پرداخت خسارت از زمان آسیب فیزیکی یا خسارت وارده بر مال بیمه‌شده است و زمانی این پرداخت

18. <https://www.bimehsara.com>

19. Peter, Kanaris, "Analytical Approach to Business Interruption, Extra Expenses and Civil Authority", *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 43, no. 1 (2007), p. 114 and Robert, Brennan & Laura, Conway, *op.cit*, p. 65.

20. Period of Restoration/Recovery.

۲۱. همان‌طور که تصریح شد، برای نمونه، در بیمه عدم‌النفع رانندگان و مالکان خودرو در بیمه ایران، این مدت از روز پنجم خسارت تا حداکثر یکصد و بیست روز با توجه به نوع خودرو ذکر و تعیین شده است.

خاتمه می‌یابد که به صورت معقول، ساختمان و تجهیزات را بتوان تعمیر یا تعویض نمود تا تحت شرایط فیزیکی یا عملیاتی مشابه قبل از آسیب، آماده فعالیت گردد»^{۲۲}. البته در مورد برخی از بنگاه‌های اقتصادی و کسب و کارها، به محض باز شدن و انجام بازسازی، سود ازدست رفته به طور کامل به حالت قبل برنمی‌گردد و برای بازگشت به حالت قبلی یک دوره زمانی لازم است تا فعالیت‌ها به سطح قبل از توقف برگردد. ادامه پرداخت خسارت عدم‌النفع در این مدت نیز در برخی از بیمه‌نامه‌ها تحت پوشش قرار می‌گیرد که با عنوان «پوشش وقفه تجاری تمدیدشده یا گسترش‌یافته»^{۲۳} شناخته می‌شود.

در برخی از بیمه‌نامه‌ها نیز تاریخ خاتمه آن را زمانی تعیین می‌کنند که بیمه‌گذار سطح فعالیت خود را با سرعت معقولی به سطحی از کسب درآمد برساند که اگر حادثه‌ای رخ نمی‌داد، در آن سطح قرار می‌گرفت و یا برخی دیگر مهلت معینی را به عنوان سقف پرداخت تعیین می‌نمایند؛ مثلاً ۶۰ روز متوالی پس از تاریخ تعیین‌شده که البته با وجود آنکه برای بسیاری از بیمه‌گذاران این پوشش وقفه تجاری تمدیدشده می‌تواند با ارزش باشد، اما ارزش نهایی آن با تعیین سقف ۶۰ روزه برای آن کاهش می‌یابد.

از طرف دیگر گاهی بیمه‌گذار متحمل زیان‌های جدی در درآمد تجاری خود می‌شود که بر اساس مدت‌های یادشده در بالا، به خوبی درآمد ازدست‌رفته او جبران نمی‌شود و نیازمند پوشش‌های بیشتری نسبت به بیمه‌نامه‌های معمول و رایج است. چنین زیان‌هایی تحت عنوان «وقفه تجاری احتمالی»^{۲۴} که در برخی از زمینه‌های تخصصی و در مورد برخی از بیمه‌گذاران ارائه می‌شود، تحت پوشش قرار می‌گیرد.^{۲۵}

۳. اهمیت بیمه‌های عدم‌النفع

بیمه کردن ریسک‌ها و خطرهای در اقتصاد مدرن امروزی یک کار چندوجهی است. در واقع، صنعت بیمه یک تجارت پیچیده است که با بسیاری از جنبه‌های زندگی ما در تعامل

22. Brad, Murlick et.al "How to Recover Business Interruption Losses", *Insurance Coverage Litigation*, Vol. 26, No. 4 (2016), p. 1.

23. Extended Business Interruption.

24. Contingent Business Interruption.

25. Brad, Murlick & Marshall, Glinsky & Pamela, Hans, *op.cit*, p. 2.

است. اهمیت صنعت بیمه را در اقتصاد می‌توان تا حدودی با اندازه‌گیری میزان خالص کسب و کارها، تعداد کارکنان آن در یک کشور معین، دارایی‌های تحت مدیریت و پوشش آن یا سهم آن در تولید ناخالص داخلی سنجید. در واقع، بیمه پیش‌شرط ضروری برای بسیاری از فعالیت‌هایی است که اگر نبود انجام نمی‌شد؛ پس می‌توان گفت بیمه یکی از اجزای کلیدی توسعه اقتصادی در کشورهاست.^{۲۶} بیمه را امروزه یک ابزار اقتصادی و اجتماعی می‌دانند که تأثیر آن بیش از آثار صرفاً مالی آن است. این ابزار در واقع به افراد استقلال داده، ظرفیت خوداتکایی آنها را افزایش می‌دهد؛ به آنها توانایی مقابله با آثار نامطلوب را که اغلب غیرمنتظره هستند، می‌بخشد؛ و در توسعه و پیشرفت آینده نقش دارد، زیرا باعث فعال بودن و فعال ماندن اقتصاد می‌شود. به‌علاوه یک نتیجه مهم نیز دربر دارد که آن آرامش خاطر بیمه‌شدگان است.^{۲۷}

بیمه‌های وقفه تجاری، هم در سطح اقتصاد خرد و هم در سطح اقتصاد کلان دارای اهمیت است. در سطح اقتصاد خرد گاهی ارزش خسارت عدم‌النفع ناشی از وقفه تجاری بسیار بیشتر از ارزش محصولات و تجهیزات و ساختمان‌هایی است که دچار حادثه شده یا از بین رفته‌اند. برای نمونه، در سال ۱۹۹۰ بزرگ‌ترین خسارت ناشی از وقفه تجاری پرداخت‌شده در فرانسه^{۲۸} مربوط به یک کارخانه تولید مواد شیمیایی بود که خسارت ناشی از وقفه تجاری آن، یازده برابر بیشتر از خسارات فیزیکی ناشی از آتش‌سوزی بود. در سال ۱۹۹۲ دومین خسارت بزرگ ناشی از وقفه تجاری که شرکت‌های بیمه پرداخت کردند، رخ داد و آن سه برابر ارزش فیزیکی خود کارخانه دچار حریق بود.^{۲۹}

در سطح اقتصاد کلان نیز بارزترین ویژگی و اهمیت بیمه‌های عدم‌النفع تنوع بسیار زیاد مطالبات ناشی از این بیمه‌ها به‌صورت سالانه است. برای مثال، در فرانسه کل مطالبات

26. M.P. Liedtke, "What's Insurance to Modern Economy?", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 32, No. 2 (2007), p. 211.

27. *Ibid*, p. 217.

۲۸. اطلاعات استفاده‌شده در این تحلیل بر اساس آمار ارائه‌شده از مجمع عمومی شرکت‌های بیمه خسارات فرانسه به‌دست آمده است: Assemblée Plénier de Sociétés d'Assurances Dommages (APSAD).

29. Daniel, Zajdenweber, "Extreme values in Business Interruption Insurance", *Journal of Risk and Insurance*, Vol. 63, No. 1 (1996), p. 95.

مربوط به وقفه تجاری که از سوی بیمه‌ها در سال ۱۹۸۸ پرداخت شده، نزدیک به ۲۰۰ میلیون دلار بوده که بیش از دو برابر مبلغ پرداخت‌شده در سال قبل آن (۱۹۸۷) تخمین زده شده است. بنابراین در سطح کلان نیز گستردگی حجم خسارات به‌خوبی بر اساس مطالعات آماری قابل مشاهده است.^{۳۰} از طرف دیگر برای این که صنعت بیمه از سودآوری لازم برخوردار باشد، ضروری است که به ارائه طرح‌های نوین بیمه‌ای که منطبق با نیازهای روز اقتصادی جامعه باشد، اقدام نماید. یکی از انواع بیمه‌های جدیدی که در صنعت بیمه کشورهای پیشرو مورد توجه و استقبال بیمه‌گذاران قرار گرفته، همین بیمه‌های عدم‌النفع است. این نوع بیمه‌ها در کنار جدید بودن، از چندین جهت دارای اهمیت و سودآوری هستند.

اولاً هر قدر موضوع بیمه‌شده برای بیمه‌گذاران از اهمیت بالاتری برخوردار باشد، تقاضای أخذ آن بیشتر می‌شود و در نتیجه سودآوری بیمه‌گران نیز افزایش خواهد یافت. آنچه در بیمه‌های عدم‌النفع پوشش داده می‌شود، سود یا درآمدی است که در نتیجه وقفه در تولید یا فعالیت کاری از دست رفته است. به‌خوبی قابل تصور است که نداشتن درآمد - هر چند کوتاه‌مدت - چه آثار زیان‌باری برای اشخاص و صنایع در پی خواهد داشت. بنابراین، موضوع بیمه در این نوع بیمه‌ها یکی از مهم‌ترین دارایی‌های اشخاص است که در طول چرخه حیات اقتصادی خود همواره با آن مواجه هستند. در اقتصادهای سرمایه‌داری، سود نقش بسیار مهمی در ایجاد انگیزه برای کارآفرینان ایفا می‌کند. امروزه رشد کسب و کارهای کوچک در حوزه کارآفرینی از عوامل مهم رشد اقتصادی است که به کاهش بیکاری و افزایش تولیدات ناخالص داخلی می‌انجامد. بنابراین ایجاد و توسعه کسب و کارهای کوچک که از اهمیت فوق‌العاده‌ای در اقتصاد برخوردار است، صرفاً با تحقق سود و درآمد امکان‌پذیر است. به همین علت امروزه سود را در اقتصاد به‌عنوان جوهره اصلی فعالیت مؤسسات و بنگاه‌های اقتصادی می‌شناسند.

همچنین، سود به‌عنوان یکی از متغیرهای اصلی حسابداری نقش مهمی در تصمیم‌گیری سهام‌داران، اعتباردهندگان، تحلیل‌گران و سایر ذی‌نفعان دارد، در گزارش‌های مالی جزء اطلاعات مالی مهم محسوب می‌شود و هنگام تصمیم‌گیری از سوی سرمایه‌گذاران مدنظر

30. Ibid, p. 96.

قرار می‌گیرد. به علاوه سود یکی از عوامل بسیار مهم در پیش‌بینی و ارزیابی عملکرد آینده بنگاه‌های اقتصادی و عواید آتی آنها شمرده می‌شود.^{۳۱} بنابراین، در صورتی که تحقق این سود ولو برای کوتاه‌مدت با اختلال مواجه شود به غیر از خسارات پولی و مالی متعددی که مستقیماً به بیمه‌گذار وارد می‌آید در برخی موارد آسیب‌های گسترده‌تری نیز در پی خواهد داشت که از جمله آنها عدم توانایی در پرداخت اقساط وام‌ها، ازدست دادن نیروی ماهر و آموزش دیده، کاهش اعتبار بنگاه و در نتیجه دشواری در اخذ تسهیلات، کاهش توانایی رقابت و کاهش بهره‌روی خواهد بود. مجموعه این عوامل ارزش دارایی‌های یک بنگاه اقتصادی را کاهش خواهد داد.

ثانیاً یکی دیگر از دلایل اهمیت بیمه‌های عدم‌النفع به‌ویژه در ایران، این است که در نظام حقوقی ما در خصوص قابلیت جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع بر اساس موانع قانونی و فقهی تردیدهایی وجود دارد (تصریح مواد ۵۱۵ و ۲۶۷ ق.آ.د.م، مصوب ۱۳۷۹ و تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک، مصوب ۱۳۹۲) و در عمل نیز در محاکم غالباً به این نوع خسارات رأی داده نمی‌شود.^{۳۲} هرچند تلاش‌هایی از سوی برخی حقوق‌دانان برای تفکیک میان برخی از اقسام عدم‌النفع صورت گرفته است تا بعضی از مصادیق آن را قابل مطالبه جلوه دهند^{۳۳} و ممکن است آرای بسیار محدود و نادری در این خصوص مشاهده گردد^{۳۴}، اما در همان حد هم جبران کاملی انجام نمی‌شود. لذا ارائه پوشش‌های بیمه‌ای عدم‌النفع، با انتقال و توزیع

۳۱. بیتا مشایخی و وحید منتی، «بررسی عوامل مؤثر بر نوسان‌پذیری سود»، *حسابداری مالی*، ش ۲۰ (۱۳۹۲)، صص ۶۷ و ۸۷.

۳۲. برای نمونه می‌توان به آرای صادره زیر اشاره نمود:

- شعبه ۳۱ بدوی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲، شماره نهایی رأی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۲۴۸۹.

- شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۱، شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۱۳۰۶.

- شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۳/۶/۳، شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۱۰۰۰۷۱۴.

در تمامی این آرا به‌صراحت خسارت عدم‌النفع غیرقابل جبران معرفی شده است. برای مطالعه این آرا به سایت زیر مراجعه نمایید: [Http://j.ijri.ir/subsystems/jpri/search.aspx](http://j.ijri.ir/subsystems/jpri/search.aspx).

۳۳. برای مشاهده نمونه‌ای از این آثار، نک: شهبازی، محمدحسین و همکاران، «مطالعه تطبیقی عدم‌النفع در فقه و قوانین آئین دادرسی ایران»، *حقوقی دادگستری*، ش ۱۲۱ (۱۴۰۲)، صص ۱۱۵-۱۴۴.

۳۴. برای نقد و تحلیل این آرا، نک: میرشکاری، عباس و عیدی، مونا، «تمایز عدم‌النفع و تفویض منفعت: با تأکید بر نقد و تحلیل دادنامه‌های شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران و شعبه ۸۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، *نقد و تحلیل آراء قضائی*، ش ۳ (۱۴۰۲)، صص ۱۹۲-۲۱۷؛ میرشکاری، عباس و مددی، سعید، «بررسی دو پرونده درباره عدم‌النفع»، *تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، ش ۱۸ (۱۴۰۲)، صص ۸۷-۱۱۴.

ریسک در این خصوص، می‌تواند بسیار کمک‌کننده باشد و از آثار زیان‌بار جبران نشدن آن بکاهد. ضمن آنکه حتی با فرض قابلیت جبران خسارات عدم‌النفع در نظام‌های حقوقی، جبران خسارت از طریق بیمه‌ها با سرعت بسیار بیشتری نسبت به فرایندهای قضایی انجام می‌شود. به‌علاوه در بسیاری موارد این توقف در فعالیتهای تجاری به‌واسطه وقوع حوادث و بلایای طبیعی یا فنی است که قابل استناد به کسی نیست؛ در نتیجه نمی‌توان با انتساب آن به دیگری، خسارت عدم‌النفع را (حتی در کشورهایی که آن را قابل جبران می‌دانند) مطالبه نمود. بنابراین از طریق فرایندهای قضایی این خسارت بدون جبران باقی می‌ماند. بنابراین یکی از مهم‌ترین مزایای استفاده از این بیمه‌ها این است که با توجه به توافق میان طرفین قرارداد بیمه و صرف‌نظر از اینکه آیا خسارت عدم‌النفع یا برخی از مصادیق آن در یک نظام حقوقی قابل جبران است یا خیر، به جبران این خسارات می‌پردازد. سابقه ورود این نوع بیمه‌ها و احساس نیاز به آنها که در بخش مقدماتی مطرح شد، گویای این مزیت مهم برای این نوع بیمه‌هاست.

۴. زیان‌های قابل جبران در بیمه‌های عدم‌النفع

بیمه‌های عدم‌النفع (وقفه تجاری) درواقع یک نوع بیمه تخصصی و پیچیده است که اغلب از سوی شرکت‌های بیمه حرفه‌ای و تخصصی ارائه می‌گردد و چالش‌ها و دشواری‌های خاصی دارد که سبب شده است تا برخی از مقررات آن متفاوت با دیگر انواع بیمه‌های معمول باشد. به همین دلیل هم دست‌اندرکاران عرصه حقوق و بیمه معتقدند که هر نوع خاصی از این بیمه‌ها بر اساس موضوع تحت پوشش خود متفاوت با بقیه بیمه‌ها و منحصر به فرد است. نکته مهم در خصوص موضوع این بیمه‌ها این است که در آنها موضوع بیمه، پوشش خسارات وارد بر اعتبار تجاری نیست، بلکه صرفاً آنچه مورد پوشش و در نهایت جبران خسارت قرار می‌گیرد، درآمدهای ازدست‌رفته و به عبارت دیگر عدم‌النفعی است که در مدت تعلیق فعالیت و توقف کسب و کار، صاحب آن از تحصیل آنها محروم شده است. در نتیجه، هدف اصلی از خرید و انعقاد این گونه بیمه‌ها، جبران زیان‌های اقتصادی و درآمد و سود ازدست‌رفته‌ای است که در اثر توقف در فعالیتهای تجاری یا کسب و کار بیمه‌شده ایجاد می‌شود. به عبارت دیگر، این بیمه‌ها در تلاش هستند تا با پرداخت هزینه‌های

ایجادشده و سود ازدست‌رفته در مدت توقف فعالیت، این امکان را به بیمه‌گذاران بدهند تا در سریع‌ترین زمان ممکن فعالیت‌های تجاری خود را از سر بگیرند؛ بدون اینکه پرداخت این خسارت، آن‌ها را در وضعیت بهتری نسبت به قبل از وقوع زیان قرار دهد. بنابراین، هدف این نوع بیمه‌ها حمایت از زیان‌های تبعی و غیرمستقیم ناشی از آسیب فیزیکی به اموال است.

نکته مهم در بحث زیان‌های قابل‌جبران در بیمه‌های عدم‌النفع این است که زیان‌های تبعی دیگر غیر از عدم‌النفع (همچون ازدست دادن اعتبار تجاری^{۳۵}، ازدست دادن پرسنل کارآمد و حرفه‌ای، ازدست دادن مشتریان به واسطه عادت کردن آنها به تأمین کالا از محل دیگر یا روش‌های جایگزین، ازدست دادن فروش برخی محصولات جانبی، ازدست دادن بهره‌روی و غیره) را پس از شروع مجدد فعالیت‌های تجاری پوشش نمی‌دهد^{۳۶}.

همچنین یکی دیگر از زیان‌هایی که باید در این نوع بیمه‌ها از عدم‌النفع متمایز گردد، بحث جبران زیان‌های اقتصادی است. منظور از زیان‌های اقتصادی، آن دسته خسارات وارده به دارایی زیان‌دیده است که منشأ مادی (بدن یا مال) نداشته باشد. پس ضرر اقتصادی در مواردی مورد استفاده قرار می‌گیرد که به دارایی زیان‌دیده آسیب وارد شده باشد (اقدام منفی آن افزایش یافته باشد یا مانعی در راه افزایش اقدام مثبت آن به وجود آمده باشد)، اما بدن و اموال او خسارت ندیده باشد. ضرر اقتصادی در معنای وسیع به تمام خسارات ناشی از فعالیت‌های اقتصادی اعم از تولیدی و خدماتی مانند مختل کردن کارکرد صحیح بازار از طریق رویه‌های ضدرقابتی یا ارائه اطلاعات غلط- مثلاً در بورس- اطلاق شده است^{۳۷}.

۳۵. ازدست دادن اعتبار تجاری، خود عنوان بیمه‌های دیگری است که در آن‌ها بیمه‌گر با چالش‌های بسیاری مواجه است؛ از جمله: ۱. شناسایی و اندازه‌گیری زیان؛ ۲. پیش‌بینی ضرر- هم از نظر احتمال وقوع زیان و هم میزان زیان، قیمت‌گذاری و احتمال کم ارزیابی کردن زیان به دلیل نبود اطلاعات و روش‌های مناسب ارزیابی-؛ ۳. بررسی آثار تجمیع ریسک؛ ۴. ریسک اساسی؛ ۵. مخاطرات اخلاقی؛ ۶. اختلافات میان بیمه‌گذار و بیمه‌گر که منجر به ریسک طرعه دعوا (و آسیب احتمالی به شهرت بیمه‌گر) می‌شود؛ ۷. تقاضاهای غیرقطعی (نامشخص). به دلیل وجود همین چالش‌های اساسی نیز از بیمه‌های اعتبار با عنوان «ریسک ریسک‌ها» (Risk of Risks) یاد می‌شود.

Nadine, Gatzert, et al, "Assessing the Risk of Insuring Reputation Risk", *Journal of Risk and Insurance*, Vol. 83, No. 3 (2016), pp. 656, 658.

36. Clark, Schirle, *op.cit*, p. 84.

۳۷. حسن بادینی، «بررسی قابلیت جبران ضرر اقتصادی در مسئولیت مدنی»، حقوق، ش ۱، (۱۳۹۰)، ص ۶۰.

مصادیق مختلفی برای این ضرر مطرح شده است از جمله: ۱. ارائه تقصیرآمیز اطلاعات نادرست؛ ۲. انجام تقصیرآمیز خدمات حرفه‌ای؛ ۳. تولیدات و بناهای معیوب؛ ۴. ضرر اقتصادی رابطه‌ای؛ ۵. زیان اقتصادی منتقل شده ۶. ضرر اقتصادی ناشی از توقف خدمات عمومی یا آسیب به زیرساخت‌ها و اموال عمومی؛ ۷. زیان اقتصادی ناشی از تقصیر دولت یا مقامات عمومی.^{۳۸}

در حقوق مسئولیت مدنی کاملاً میان خسارات اقتصادی که در پی آسیب به اموال مادی یا بدن مدعی پدید آید (خسارات اقتصادی تبعی) و مواردی که توأم با هیچ صدمه بدنی یا فیزیکی به اموال مدعی نباشد (خسارات اقتصادی محض) تمایز می‌گذارند.^{۳۹} خسارات اقتصادی ناشی از اعمال عمدی، علی‌القاعده مشروط به احراز شرایطی قابل جبران است، اما در موارد بی‌احتیاطی جبران آن امکان‌پذیر نیست؛ مگر آنکه به تبع صدمات جسمانی یا خسارات مادی وارده به اموال ملموس پدید آمده باشد. بنابراین، زیان‌های اقتصادی محض در موارد غیرعمدی و بی‌احتیاطی اصولاً قابل جبران نیست.^{۴۰}

با توجه به نکات مطرح‌شده، یکی دیگر از مواردی که در خصوص نوع زیان‌های قابل جبران در بیمه‌های عدم‌النفع باید مدنظر قرار داد، این است که اگرچه در این نوع بیمه‌ها علاوه بر سود ازدست رفته برخی از هزینه‌هایی که برای شروع مجدد فعالیت یا جلوگیری از گسترش زیان لازم است پرداخت می‌گردد، اما زیان‌های اقتصادی وارده را به‌صورت کامل جبران نمی‌کند؛ صرفاً زیان‌هایی که به تبع آسیب به مال بیمه‌شده وارد شده است (خسارات اقتصادی تبعی)، آن هم تنها در دوره بازبایی خسارت پرداخت می‌شود. درضمن برخی از مصادیق خسارات اقتصادی از جمله خسارات ناشی از تقصیر مقامات دولتی، شرایط سیاسی از جمله شورش‌ها یا اعتصابات یا آسیب به زیرساخت‌های عمومی و ... اصلاً قابل جبران نیست و به‌عنوان استثنای بیمه‌های عدم‌النفع در قراردادهای بیمه درج می‌گردد. در نتیجه دامنه جبران خسارات در بیمه‌های عدم‌النفع بسیار محدودتر از خسارات اقتصادی است.

۳۸. همان، ص ۶۳.

۳۹. سید محمدصادق موسوی، علی خزائی، و سید هادی دهقان، «بررسی تطبیقی خسارت اقتصادی و عدم‌النفع»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۱۴۳.

۴۰. همان، ص ۱۴۱.

به‌علاوه خساراتی که در بیمه‌های عدم‌النفع پرداخت می‌گردد باید در نتیجه حوادث (همچون تصادف، آتش‌سوزی، انفجار و ...) و به‌صورت غیرعمدی محقق شده باشد؛ در غیر این صورت در مورد آسیب عمدی به اموال تحت بیمه، خسارتی از جانب شرکت‌های بیمه پرداخت نمی‌گردد و در شرایطی که زیان‌زننده عمداً خسارتی به بیمه‌شده وارد آورد، این خسارات پس از پرداخت از سوی بیمه‌گر از طریق عامل زیان‌بازایی می‌شود.

۵. شرایط و موانع مسئولیت بیمه‌گر

برای پرداخت خسارت از دست دادن درآمد و سود حاصل از فعالیت از سوی شرکت‌های بیمه، شروطی لازم است که پیش از محاسبه زیان به‌دقت مورد بررسی قرار می‌گیرد. اولین شرط این است که مال بیمه‌شده باید آسیب و خسارت فیزیکی دیده باشد تا شرکت‌های بیمه به جبران خسارت از دست دادن درآمد در نتیجه آن اقدام نمایند. برای نمونه در پرونده‌ای^{۴۱}، بیمه‌شده به‌دنبال جبران خسارت ناشی از وقفه در کسب و کارش بود، زیرا در اثر ابتلای یکی از گاوها در کانادا به جنون گاوی، دولت امریکا ورود گوشت گاو از کانادا را ممنوع اعلام کرده بود. با توجه به اینکه محصولات بیمه‌شده هیچ‌گونه آلودگی و عیبی نداشتند او نتوانست از شرکت بیمه خسارتی بابت تعطیلی کسب و کارش مطالبه نماید؛ زیرا دادگاه استدلال کرد که هیچ خسارت فیزیکی به اموال او وارد نشده است. بعدها این شرط از سوی برخی از شرکت‌های بیمه تعدیل شد و در برخی از پرونده‌ها نیز شرط لزوم ورود خسارت فیزیکی منعطف‌تر گردید؛ مثلاً از دست دادن داده‌های کامپیوتری نیز ورود خسارت فیزیکی تلقی گردید^{۴۲}. همچنین با توجه به اینکه بیمه‌های عدم‌النفع از نوع پوشش‌های ثانویه یا تکمیلی بیمه شمرده می‌شوند، اگر مشخص شود که مال بیمه‌شده در مالکیت ذی‌نفع بیمه نبوده یا او کنترلی بر آن نداشته یا با آن کار نمی‌کرده است، نمی‌تواند خسارتی مطالبه نماید. بنابراین در بیمه‌های عدم‌النفع بسیار مهم است که مالی که بیمه می‌شود مستقیماً در تولید به‌کار گرفته شود^{۴۳}.

41. Food Technology Inc. v. United States Fidelity and Guaranty Co, 465 F.3d 834 (8th Cir, 2006).

42. Robert, Brennan & Laura, Conway, *op.cit*, p. 67.

43. Clark, Schirle, *op.cit*, p. 37.

از نکات بسیار مهم دیگر در این خصوص، توجه به این امر است که ممکن است در زمان انعقاد قرارداد بیمه، بیمه‌گذار تجارت خود را در چندین مکان مختلف انجام دهد که به صورت مرتبط و وابسته با یکدیگر فعالیت انجام دهند. در چنین مواردی لازم است این فعالیت‌ها به عنوان یک مجموعه واحد برای تعیین میزان خسارت وقفه در تجارت مدنظر قرار گیرد. از همین رو، برای جلوگیری از زیان شرکت‌های بیمه، بهترین شیوه، تعیین دقیق ذی‌نفع یا ذی‌نفعان بیمه و توصیف دقیق محل یا محل‌هایی است که فعالیت در آن‌ها انجام می‌شود و مورد بیمه قرار خواهند گرفت و نیز تصریح دقیق خطرهایی است که آن بیمه‌نامه مورد پوشش قرار می‌دهد. بدیهی است با توجه به اینکه ادعاهات موجود در بیمه‌نامه بر اساس اصل تفسیر بر علیه تنظیم‌کننده سند به زیان شرکت‌های بیمه‌گر تفسیر می‌گردد، چنانچه در زمان انعقاد قرارداد مربوط به این نوع بیمه‌ها در خصوص جزئیات پوشش بیمه‌ای به ذکر عبارات کلی یا دارای ابهام اکتفا شود، شرکت بیمه‌گر مکلف به جبران خسارات بیشتری خواهد بود. برای اجتناب از چنین امری لازم است به این نکات توجه شود. برای نمونه، ممکن است در مورد برخی از شرکت‌های سهامی با وجود مدیریت مشترک، عملکرد مستقل وجود داشته باشد. همچنین ممکن است بخشی از زیان، ناشی از آسیب به اموالی باشد که بیمه نشده است^{۴۴} بنابراین در این گونه موارد توصیف دقیق جزئیات پوشش بیمه جهت اجتناب از اختلافات بعدی و تفاسیر متفاوت حائز اهمیت است.

تعلیق کامل کسب و کار یکی دیگر از شرایط ضروری برای پرداخت و محاسبه خسارت محسوب می‌شد و تعلیق جزئی کسب و کار مشمول جبران خسارت نمی‌شد. البته این شرط هم بعدها در برخی از دادگاه‌های امریکا تعدیل شد و وقفه موقت یا جزئی در کسب و کار را هم مشمول جبران خسارت از سوی شرکت‌های بیمه‌ای دانستند^{۴۵}. اما در بیمه‌نامه‌هایی که تعلیق جزئی کسب و کار هم قابل جبران شناخته شده، کار مهم حسابداران در مرحله ارزیابی این است که هزینه مواد، هزینه‌های بالاسری، هزینه‌های معمول و درآمد را میان مراحل مختلف تولید مشخص و تفکیک نمایند تا از جبران بیشتر خسارت (جبران مضاعف) اجتناب گردد^{۴۶}.

44. Alan, Miller, *op.cit*, pp. 801, 806.

45. Robert, Brennan & Laura, Conway, *op.cit*, p. 68.

46. Clark, Schirle, *op.cit*, p. 95.

همچنین، شرط ضروری دیگر برای جبران خسارت این است که صاحب آن تجارت اثبات نماید که واقعاً درآمد خود را ازدست داده و متحمل خسارت شده است. در پرونده‌ای^{۴۷}، دادگاه به جبران خسارت از سوی شرکت بیمه رأی نداد، زیرا معتقد بود که با وقوع آتش‌سوزی و ورود خسارت فیزیکی، صاحب کارخانه درآمد خود را ازدست نداده، بلکه در این مدت توانسته است با جایگزین کردن یک روش دیگر (اگرچه روش گران‌تر) محصولات خود را تولید کند و بفروشد.^{۴۸}

نکته مهم دیگر این است که گاهی یک خسارت ممکن است دلایل متعددی داشته باشد که برخی از آنها تحت شمول بیمه باشد و بعضی تحت پوشش بیمه نباشد. در این گونه موارد، غالباً در صورتی شرکت بیمه مکلف به جبران خسارات وارده خواهد بود که سبب تحت پوشش بیمه، عامل اصلی و مؤثر در توقف فعالیت تجاری بوده باشد. این مورد در یکی از پرونده‌های معروف^{۴۹} مطرح شد و بر اساس نظر کارشناسان، وقوع طوفان و نیز عیوب طراحی و ساخت در سقف، به‌طور هم‌زمان علت ورود خسارت تشخیص داده شد. دادگاه تصمیم گرفت که در چنین مواردی اگر علت تحت پوشش بیمه سبب مؤثر خسارت وارده باشد، بیمه‌شده مستحق دریافت خسارت خواهد بود؛ زیرا سبب مؤثر، اسباب دیگر را به حرکت و تأثیر وامی‌دارد.^{۵۰} در نتیجه در مورد هر پرونده خاصی باید به‌دقت بررسی شود که اولاً آیا خسارت وارده بر اموال تحت پوشش، ناشی از حوادث و خطرهای مورد بیمه است یا خیر؛ و ثانیاً اگر این گونه است آیا این خسارت منتهی به ازدست دادن واقعی درآمد این بنگاه در دوران تعلیق فعالیت شده است یا خیر؛ ثالثاً این ازدست دادن درآمد صرفاً به دلیل آسیب به اموال بوده یا دلایل دیگری هم داشته است. بنابراین برای محاسبه خسارات واقعی لازم است نماینده شرکت بیمه، تمام اسناد و سوابق آن بنگاه اقتصادی و جزئیات حادثه و بیمه‌نامه را به‌دقت مورد بررسی قرار دهد و در تمام این مدت باید وضعیت بنگاه به‌طور کامل گزارش شده باشد؛ زیرا ازدست دادن زمان، لزوماً به معنای ازدست دادن محصول یا فروش

47. Fold-Pak Corp v. Liberty Mut. Fire Ind. Co, 784 F. Supp. 49, 54 (W.D.N.Y. 1992).

48. Robert, Brennan & Laura, Conway, *op.cit*, p. 69.

49. Fajardo Shopping Center S.E v. Sun Alliance Insurance Co, 167 F.3d 1 (1st Cir. 1999).

50. Paul, Hummer, *op.cit*, p. 309.

نیست و ازدست دادن محصول نیز ضرورتاً به معنای ازدست دادن فروش نیست.^{۵۱}

۶. روش و اصول ارزیابی میزان تعهد بیمه‌گر

همان‌طور که در بخش‌های قبلی توضیح داده شد، امروزه اهمیت پوشش بیمه‌های عدم‌النفع به‌عنوان یک جزء ضروری در تولید و تجارت غیرقابل انکار است و این اهمیت در نظام حقوقی ایران دوچندان است. اما برای اینکه این نوع بیمه‌ها برای شرکت‌های بیمه‌ای هم دارای سودآوری لازم باشد و پرداخت خسارت نهایی به داراشدن ناعادلانه صاحبان کسب و کارها منجر نشود و در عین حال، خسارت وارده بر این بنگاه‌ها به‌نحو مطلوبی جبران شود، تبیین اصول و مقررات مربوط به مرحله ارزیابی و محاسبه میزان خسارت بسیار مهم است. اهمیت این بخش، بعد از حوادثی همچون بلایای طبیعی، حمله یازدهم سپتامبر، حملات سایبری گسترده، خسارات حاصل از وقفه در کسب و کار در دوران کووید ۱۹ که در چند سال گذشته رخ داد و بر مشاغل سراسر جهان تأثیرگذار بود و صنایع بیمه‌ای را با حجم بی‌سابقه‌ای از خسارات تحت پوشش مواجه کرد، بسیار مورد توجه متخصصان حقوق و بیمه قرار گرفته است.^{۵۲} در واقع، دشوارترین و کاربردی‌ترین قسمت در این نوع بیمه‌ها، اصول و مقررات مربوط به ارزیابی میزان خسارت وارده (عدم‌النفع) است. با توجه به اینکه در برخی از مطالعات موردی انجام‌گرفته در نظام بیمه ایران تصریح شده است که سهم بیمه‌های عدم‌النفع در بازار بیمه ایران تقریباً نزدیک به صفر است،^{۵۳} برای بررسی اصول ارزیابی خسارت در این نوع بیمه‌ها و همچنین چالش‌هایی که این نوع بیمه‌نامه‌ها در عمل و در مرحله محاسبه خسارت با آن مواجه بوده‌اند به‌ناچار باید به مطالعات تطبیقی روی آورد و از تجربیات کشورهای که این نوع بیمه‌ها را به‌صورت رایج و گسترده در سبد بیمه‌ای خود ارائه کرده‌اند بهره برد.

اولین نکته‌ای که در ارزیابی این نوع خسارات باید مدنظر قرار گیرد، توجه به این ویژگی

51. James, Hoey et al. "Management of a Complex Business Interruption Case", *Insurance Counsel Journal*, Vol. 52, No. 4 (1985), pp. 672- 673.

52. Stan, Johnson et al. "Business Interruption Challenges and Solution", *AIRA Journal*, Vol. 34, No. 3 (2021), p. 63.

۵۳. حمید رمضانی و حمید علوی وفا، «چالش‌های داخلی فرا روی صنعت بیمه کشور در شرایط بحرانی: مطالعه موردی رشته بیمه آتش‌سوزی در شرکت بیمه آسیا»، پژوهش‌های بیمه‌ای، ش ۲ (۱۳۹۵)، ص ۱۵۰.

است که اصولاً عدم‌النفع در گروه خسارات غیرقطعی قرار می‌گیرد؛ به این معنا که محاسبه دقیق ریاضی آن لازم نیست و اصلاً امکان‌پذیر هم نیست. بنابراین آنچه در مرحله ارزیابی این خسارت مدنظر قرار می‌گیرد، تعیین تقریبی و تخمینی آن بر اساس شواهد و اوضاع و احوال موجود در هر پرونده و تجربیات و سوابق بنگاه و میزان درآمد کسب و کارهای مشابه آن است. در دادگاه‌های بسیاری از کشورها، از جمله آمریکا، اثبات قطعیت مطلق این خسارت نیاز نیست و بر اساس قطعیت معقول به جبران آن حکم داده می‌شود.^{۵۴}

نکته دیگر اینکه شرایط و استانداردهای ارزیابی خسارت عدم‌النفع در این نوع بیمه‌ها بر اساس نوع فعالیت‌های تجاری که انجام می‌شده و نیز شرایط مندرج در هر بیمه‌نامه تعیین می‌شود که ممکن است هر بیمه با بیمه دیگر متفاوت باشد. برای نمونه، در این مورد می‌توان به یکی از جدیدترین آرای صادره در سال ۲۰۲۳ در دادگاه‌های امارات متحده عربی در خصوص مطالبه خسارات ناشی از وقفه تجاری در دوره همه‌گیری بیماری کووید ۱۹ اشاره کرد که اولین رأی صادره در خصوص تحت شمول قرار دادن خسارات ناشی از وقفه و تعطیلی در کسب و کارها به دلیل شیوع بیماری کووید ۱۹ است.^{۵۵} در این پرونده، خواهان‌ها شرکت‌هایی در گروه «لالز» بودند که به صورت خرده‌فروشی مغازه‌ها، رستوران‌ها، پاساژهای مختلف در محدوده کشورهای حوزه شورای همکاری خلیج فارس از جمله کویت، بحرین، عمان و امارات داشتند. در بیمه‌نامه‌ای که این شرکت‌ها از شرکت بیمه خوانده تهیه کرده بودند، به طور خاص سه بند در بخش خسارات قابل جبران اضافه شده بود که سبب شد خسارات ناشی از وقفه در کسب و کار در دوران کووید ۱۹ نیز برای اولین بار تحت شمول بیمه‌نامه قرار بگیرد. این سه بند که با عنوان شروط اضافی در بیمه‌نامه درج شده بود، عبارت‌اند از: ۱. بند مربوط به شمول بیمه‌نامه در خصوص توسعه مشتریان؛^{۵۶} به این معنا که این بیمه‌نامه خسارت ناشی از ازدست دادن هر مشتری را که مستقیماً بیمه‌گذار در هر

۵۴. مونا عبدی، خسارات غیرقطعی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و تأملی در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۴۰۱)، ص ۱۰۱ به بعد.

۵۵. برای مطالعه و بررسی تفصیلی متن کامل این رأی، نک:

<https://www.2tg.co.uk/wp-content/uploads/2023/11/CFI-073-2022-Amended-Judgment-of-Justice-Sir-Peter-Gross-14-November-2023-002.pdf>

56. The Customer's Extension Clause.

نقطه‌ای از جهان با او قرارداد یا رابطه تجاری برای عرضه کالا و خدمات داشته باشد، شامل می‌شود. این پوشش تا سقف ۱۰ میلیون درهم و برای مدت ۶۰ روز قابل اعمال است. ۲. بند مربوط به بسته شدن کلی یا جزئی محل کار^{۵۷} به دلایلی همچون دستور مقامات محلی یا دولتی یا مقامات ملی بهداشت در خصوص وقوع حوادثی همچون قتل عمد یا غیرعمد، خودکشی، بیماری‌های عفونی یا مسری، مسمومیت مواد غذایی یا نوشیدنی، هجوم برخی از حیوانات موذی و غیره در شعاع دو کیلومتری محل بیمه‌شده. این پوشش نیز تا سقف ۲۵ میلیون درهم در هر مورد است. ۳. بند مربوط به ازدست دادن جاذبه محل^{۵۸} که ممکن است به دلایلی همچون تصرف غیرقانونی برخی اشخاص یا وجود وسایل مشکوک مضر در محل یا تغییرات شدید آب و هوایی و جوی که مانع از استفاده کل یا قسمتی از محل کسب شود و به جذابیت آن محل خدشه وارد سازد تا سقف ۲۵ میلیون درهم برای هر حادثه و تا شعاع یک کیلومتری محل کسب.

همان‌طور که مشاهده می‌شود در این بیمه‌نامه خاص علاوه بر اینکه به اموال آسیب فیزیکی وارد نشده و خسارت ناشی از وقفه در کار به دلایلی غیر از آسیب فیزیکی به مال مورد جبران قرار گرفته، به عواملی دیگری اشاره شده است که در سایر بیمه‌نامه‌ها تحت عنوان استثنای بیمه مطرح می‌شود و اصولاً قابل جبران نیست.

علاوه بر توجه به شروط خاص، در هر بیمه‌نامه باید عوامل متعددی در مرحله ارزیابی مدنظر قرار گیرد، از جمله بودجه اختصاص داده‌شده برای آن فعالیت، سود کسب‌شده و سود مورد انتظار، داده‌های مالی بنگاه، درصد سهم بازار، میانگین درآمدهای کسب‌شده در سال‌های گذشته و دیگر متغیرهای مستقل. همچنین چندین عامل داخلی و خارجی وجود دارد که باید در مرحله ارزیابی به‌دقت مورد توجه قرار گیرد. ملاحظات داخلی شامل ظرفیت تولید، در دسترس بودن نیروی کار، حداکثر حجم تولید، هزینه مواد اولیه، دستمزدها، سرمایه در گردش شرکت و قابلیت فروش است و ملاحظات خارجی مواردی همچون نوع صنعت، میزان رقابت در آن، عوامل اقتصادی و سیاسی، تغییر قیمت در بازار آن محصول و تقاضای

57. The Closure Clause.

58. Loss of Attraction Clause.

عمومی را دربر می‌گیرد.^{۵۹}

در میان انواع کسب و کارها، دشوارترین و متغیرترین میزان خسارت عدم‌النفع در مورد کسب و کارهای تازه‌تأسیس (استارت‌آپ‌ها) است که هیچ‌گونه سابقه یا مستنداتی از فعالیت گذشته و میزان درآمد آنها در دست نیست.^{۶۰} در واقع به دو دلیل در این نوع کسب و کارها خسارت وارده بیمه نمی‌شود یا اگر هم از سوی برخی شرکت‌های بیمه تحت پوشش قرار گیرد، حق بیمه‌های بیشتری دریافت می‌شود و اثبات خسارت در مورد آنها نیازمند استانداردهای بالاتری است و سخت‌گیری‌های بیشتری نیز برای پرداخت خسارت وجود دارد. این دو مشکل یا دشواری مربوط است به: الف) جمع‌آوری داده‌های مناسب برای محاسبه سود یا درآمد ازدست رفته و ب) استنتاج و تحلیل داده‌هایی که با توجه به اطلاعات مناسب جمع‌آوری شده‌اند که ریشه هر دو مشکل از فقدان سابقه و مستندات کافی ناشی می‌شود.^{۶۱}

برای ارزیابی خسارت بر اساس بیمه‌نامه، صرفاً باید زیان‌های واقعی متحمل‌شده از سوی صاحب کسب و کار جبران شود. زیان واقعی متحمل‌شده شامل سه نوع خسارت است که تحت پوشش این بیمه‌ها قرار می‌گیرد: ۱. سود (درآمد) ازدست رفته؛ ۲. هزینه‌های مستمر پرداخت‌شده در مدت آسیب مال؛ ۳. هزینه‌های تحمیل‌شده برای جلوگیری از گسترش زیان یا تسریع در شروع فعالیت.^{۶۲} برای ارزیابی و محاسبه این خسارت اصولاً از دو روش شناخته‌شده بیشتر استفاده می‌شود:

الف) روش تک‌آیتمی یا تفاضلی. در این روش، سود ناخالصی که در نتیجه وقفه در فعالیت از بین رفته منهای هزینه‌هایی که در نتیجه وقفه کاری پرداخت نشده است (هزینه‌های ذخیره شده)، فرمول محاسبه زیان است.

ب) روش دوآیتمی یا تجمیعی. در این روش، سود خالص ازدست رفته به اضافه هزینه‌های مستمر، فرمولی برای محاسبه زیان در دوران توقف کاری است. در عمل اگر از

59. Brad, Murllick & Marshall, Glinsky & Pamela, Hans, *op.cit*, pp. 2, 4.

60. Newman, Z & Ellis, A, *op.cit*, pp. 22 23.

61. Joseph, Wylie & Christopher, Fahy, *op.cit*, p. 8.

62. John, Williams & James, Covington, *op.cit*, p. 212.

اطلاعات معتبری استفاده شده باشد تقریباً هر دو روش به نتایج یکسانی می‌رسند، اما استفاده از روش درآمدهای ناخالص سهولت بیشتری برای ارزیابان دارد.^{۶۳}

مراحل ارزیابی این نوع خسارات به‌صورت کلی این‌گونه است که ابتدا ارزیاب یا کارشناس محاسبه خسارت، دوره تعلیق یا توقف فعالیت اقتصادی را با توجه به زمان موردنیاز و معقول جهت ترمیم و بازسازی تعیین می‌کند و سپس میزان درآمدی را که به دلیل وقفه در تجارت ازدست رفته است، بر اساس عوامل متعدد ذکرشده به‌ویژه با درنظر گرفتن سابقه آن تجارت و دیگر عوامل مؤثر بر میزان درآمد معین می‌نماید. در مرحله بعدی هزینه‌هایی که به دلیل توقف فعالیت پرداخت نشده (ذخیره شده) و همچنین عوایدی هرچند جزئی که در مدت تعلیق، صاحب آن تجارت به انحای مختلف کسب کرده است، از درآمد تخمینی کسر می‌شود.^{۶۴}

نکته مهم دیگر در بحث ارزیابی و محاسبه خسارت، مربوط به پوشش‌های اضافی بیمه‌نامه است که در برخی از بیمه‌نامه‌ها پذیرفته می‌شود و در برخی دیگر پذیرفته و پرداخت نمی‌شود. پوشش هزینه‌های اضافی^{۶۵} هزینه‌هایی است که با هدف کاهش زیان یا بازایی و جبران خسارت برای ادامه جریان فعالیت بنگاه تا زمان تعمیر لازم است و بیش از هزینه‌های معمولی و عادی است. این هزینه‌های اضافی شامل حقوق و دستمزد اضافی پرداخت‌شده، اجاره یک محل موقتی، هزینه‌های تجهیز یا بهره‌برداری از محل موقت، هزینه‌های بازایی اطلاعات و اوراق و اسناد ازبین رفته، جابه‌جایی، هزینه‌های پاک‌سازی متعاقب حادثه و خسارت، و هزینه‌های آب و برق افزایش‌یافته تحت شرایط مشخصی هستند.^{۶۶} این هزینه‌های اضافی اصولاً از سوی شرکت‌های بیمه پرداخت نمی‌شوند و در مرحله ارزیابی مورد محاسبه قرار نمی‌گیرند^{۶۷}؛ مگر اینکه در بیمه‌نامه ماده خاصی صراحتاً به قابلیت جبران آنها و تحت شمول بیمه قرار گرفتن آنها اشاره کرده باشد.^{۶۸}

63. Clark, Schirle, *op.cit.*, p. 89 and Also Andrew, Hecker, *op.cit.*, p. 645.

64. Clark, Schirle, *op.cit.*, pp. 64, 66.

65. Extra Expense Coverage.

66. Peter, Kanaris, *op.cit.*, p. 129.

۶۷. این امر در آرای محاکم هم منعکس شده است؛ ازجمله پرونده

Cal Corp v. Aetna Cas & Surety Co. 623 F.2d 1068 (3rd Cir, 1980).

68. Robert, Brennan & Laura, Conway, *op.cit.*, p. 66.



یکی از نکات بسیار مهم دیگر در مرحله ارزیابی و محاسبه خسارت، توجه به استثنایهای مربوط به پوشش‌های بیمه‌ای است. این استثنایها در محدود کردن مسئولیت شرکت‌های بیمه بسیار مؤثر هستند؛ بنابراین، لازم است که به‌دقت در بیمه‌نامه نسبت به آنها تعیین تکلیف شود و صراحتاً بر خروج آنها از پوشش بیمه تصریح گردد. از جمله این استثنایها که در آنها خسارت عدم‌النفع پرداخت نخواهد شد و در بیشتر بیمه‌نامه‌ها در امریکا مورد اشاره قرار می‌گیرد، مربوط به عواملی همچون اعتصابات و شورش‌ها، تعطیل شدن کسب و کار به دستور مقامات دولتی و قضایی، قطع آب و برق و گاز و دیگر خدمات شهری و دولتی و مانند اینهاست. در یکی از پرونده‌های مهم^{۶۹} که به‌واسطه قطع برق، سیستم‌های تهویه و فن‌ها از کار افتاده بود و حدود ۵۰۰ هزار جوجه تلف شده بود، دادگاه به خسارت وقفه تجاری رأی نداد، زیرا استدلال شرکت بیمه‌گر را پذیرفت که این خسارت بر اثر قطع برق رخ داده است و مشمول استثنایهای بیمه‌نامه است و خسارت ناشی از حوادث تحت شمول بیمه نبوده است؛ در نتیجه علت خسارت امری خارج از محل بیمه‌شده بوده است. در پرونده دیگری^{۷۰} به دلیل احتمال وقوع سیل، مقامات دولتی دستور تخلیه اجباری اداره بهداشت را صادر کردند. به نظر دادگاه، این تعطیلی به سبب اینکه ناشی از دستور مقام دولتی بوده، نه حادثی که مستقیماً تحت شمول بیمه قرار گرفته است، در نتیجه جزء استثنایهای پرداخت خسارت محاسبه شده است.^{۷۱} استثنای جبرانی دیگر زمانی است که بیمه‌گذار از طریق دیگری، مثلاً از صندوق خاص یا بیمه دیگری تمام یا بخشی از خسارت خود را دریافت کرده باشد یا از فعالیتش عوایدی دریافت کرده باشد^{۷۲} یا خسارت وارده به دلیل خطر تحت پوشش بیمه دیگری^{۷۳} رخ داده باشد، در این‌گونه موارد نیز به دلیل اجتناب از محاسبه مضاعف زیان، شرکت‌های بیمه

69. Red Bird Egg Farms Inc. v. Pennsylvania Manufacturers Indemnity co, 2001 WL 878321 (4th Cir).

70. Altru Health System v. American Proection Insurance Co, Ca, 238 F.3d 961 (8th Cir, 2001).

71. Paul, Hummer, *op.cit*, pp. 308, 311, 312.

۷۲. به‌عنوان نمونه در برخی موارد با وقوع بلایای طبیعی، ساکنان محلی ممکن است به سمت هتل‌ها، مهمانخانه‌ها و رستوران‌های محلی واقع در محل حادثه هجوم ببرند و صاحبان این مشاغل با وجود آسیب دیدن تمام یا بخشی از محل کارشان در مدت جبران خسارت و ترمیم آسیب‌ها، اتفاقاً با افزایش درآمد مواجه باشند. در چنین مواردی برای جلوگیری از محاسبه مضاعف خسارت حتماً باید عواید حاصله در آن مدت از میزان نهایی خسارت پرداختی کسر گردد (Murlick et al, *op.cit*, p. 6).

73. Harriers Paving and Construction Co v. Hartford Steam Boiler Inspection and Insurance Co, 738 N.E.2d 463 (Ohio. App. 2000).

پرداخت خسارت را رد می‌کنند.^{۷۴}

درنهایت یکی دیگر از نکات مهم مرحله ارزیابی میزان خسارت، توجه به امکان تقلیل زیان^{۷۵} از سوی زیان‌دیده (بیمه‌شده) است که به‌ویژه برای شرکت‌های بیمه دارای اهمیت بسیاری در کاهش میزان خسارت پرداختی است. تقلیل زیان، هم در کاهش میزان خسارت وارده و هم در کوتاه‌تر شدن دوره وقفه فعالیت می‌تواند اثرگذار باشد، به همین دلیل هم درنهایت به پرداخت خسارت کمتر به بیمه‌شده منتهی می‌شود. بیشتر بیمه‌نامه‌های وقفه تجاری حاوی شرط تقلیل زیان هستند؛ به این معنا که بیمه‌گذار باید در جهت کاهش آثار زیان ناشی از حادثه، اقدامات لازم را انجام دهد. اگر چنین اقداماتی امکان‌پذیر بوده باشد و بیمه‌شده آن‌ها را انجام ندهد، به میزانی که کاهش خسارت امکان‌پذیر بوده است از میزان خسارت پرداختی نهایی کسر می‌گردد. این اقدامات در جهت کاهش زیان می‌تواند از طریق

74. Paul, Hummer, *op.cit.*, p. 312.

نمونه این شروط در بیمه‌نامه‌های داخلی در خصوص عدم‌النفع خودرو این‌گونه طرح شده است:
ماده ۲- استثنائات: خسارت ناشی از خطرات زیر تحت پوشش این بیمه‌نامه نیست مگر آنکه در الحاقیه به نحو دیگری توافق شده باشد: ۱- خسارت مستقیم و غیرمستقیم ناشی از انفجارهای هسته‌ای ۲- خسارتهای ناشی از حوادث طبیعی نظیر: سیل، زلزله و آتشفشان ۳- خسارت ناشی از جنگ، اعتصاب، شورش و یا تهاجم ۴- هرگونه خسارت که در بیمه بدنه خودرو، بیمه مسئولیت مدنی دارندگان وسائط نقلیه موتوری و بیمه سرنشین زیر پوشش قرار می‌گیرد (به جز فوت و نقص عضو راننده) ۵- پرداخت هرگونه هزینه پزشکی ۶- جبران غرامت نقص عضو یا فوت و عدم‌النفع ناشی از حادثه رانندگی موضوع بند الف ماده ۲، در صورتی که ناشی از تحقق عوامل ذیل باشد از شمول تعهدات بیمه‌گر خارج می‌باشد:

۱-۶- به دلیل حمل مواد منفجره و یا مواد سریع‌الاشتعال یا اسیدی وارد شود، مگر آنکه موضوع بیمه مخصوص حمل آن باشد. ۲- در مسابقات اتومبیلرانی یا آزمایش سرعت وارد شود. ۳-۶- خسارتهایی که عمداً توسط بیمه‌گذار، ذینفع و یا راننده بوجود آید. ۴- حین گریز از تعقیب مقامات انتظامی، مگر آنکه گریز توسط متصرفین غیر قانونی باشد. ۵-۶- در صورتیکه راننده موضوع بیمه هنگام وقوع حادثه فاقد گواهینامه رانندگی باشد یا گواهینامه رانندگی وی باطل شده باشد و یا مطابق مقررات راهنمایی و رانندگی، گواهینامه راننده برای رانندگی با اتومبیل بیمه‌شده متناسب نباشد، اتمام اعتبار گواهینامه در حکم بطلان آن نیست. ۶-۶- خسارتهایی که طبق گزارش مقامات ذیصلاح به علت مصرف مشروبات الکلی و یا استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان توسط راننده موضوع بیمه، به‌وجود آمده باشد. ۷-۶- بکسل کردن اتومبیل دیگر، مگر آنکه اتومبیل عامل مخصوص و مجاز به انجام این کار باشد و اصول و مقررات ایمنی رارایت کرده باشد. ۸-۶- برهم‌زدن نظم اجتماعی و اصول اخلاقی و امثالهم با استفاده از وسیله نقلیه.

<https://www.bimehsara.com/%D8%A8%DB%8C%D9%85%D9%87%D9%85%D8%B3%D8%A6%D9%88%D9%84%DB%8C%D8%AA/%D8%A8%DB%8C%D9%85%D9%87%D9%85%D8%B3%D8%A6%D9%88%D9%84%DB%8C%D8%AA%D8%B9%D9%85%D9%88%D9%85%DB%8C/%D8%B9%D8%AF%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%81%D8%B9%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%86%D8%AF%DA%AF%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%85%D8%A7%D9%84%DA%A9%D8%A7%D9%86>

75. Mitigation of Damages.

راه‌های مختلفی انجام گیرد؛ مانند استفاده از ظرفیت اضافی تولید در محل، استفاده از ظرفیت اضافی در محل‌های دیگر تحت مالکیت یا بهره‌برداری این بنگاه، برون‌سپاری کلی یا جزئی عملیات تولید به اشخاص ثالث که محصول جایگزین یا مشابهی را برای تکمیل سفارشات خریداری می‌کنند، گذاشتن شیفت‌های کاری اضافی جهت جبران تولید ازدست رفته و استفاده از ذخایر موجودی برای تحویل سفارشات و انجام تعهدات^{۷۶}.

نتیجه

بیمه‌های عدم‌النفع یا وقفه تجاری یکی از مهم‌ترین بیمه‌های موجود در سبد بیمه‌ای بسیاری از کشورهاست که به واسطه اهمیت و کاربرد بسیار زیاد آن، از آنها با عنوان بیمه‌های امنیت تولید نیز نام برده می‌شود. این بیمه‌ها بر اساس موضوع اموال و فعالیتی که تحت شمول بیمه قرار می‌گیرد می‌تواند طیف گسترده‌ای از کسب و کارها را پوشش دهد و امروزه دارای انواع متنوعی است. برای اینکه چنین بیمه‌هایی در کنار آثار مثبت اقتصادی و اجتماعی که برای جوامع دارد، برای شرکت‌های بیمه نیز دارای سودآوری لازم باشد، نحوه تنظیم مفاد این نوع قراردادهای بیمه بسیار مهم است؛ به‌ویژه آنکه بر اساس اصل مهم «تفسیر قراردادهای بیمه به زیان تنظیم‌کننده آن»، در صورت وجود هرگونه ابهام و تردید، این مقررات به زیان شرکت بیمه‌گر مورد تفسیر قرار می‌گیرد. تجربه کشورهای توسعه‌یافته در این زمینه در خصوص برخی از مهم‌ترین شرایط مندرج در این قراردادها می‌تواند الگویی برای کشورهای همچون ایران باشد که بر اساس مطالعات آماری صورت‌گرفته، سهم این نوع بیمه‌ها در بازارهایش تقریباً نزدیک به صفر است.

در مرحله ارزیابی میزان درآمد و سودآوری کسب و کارها، عمدتاً شرکت‌های بیمه‌ای که این نوع بیمه‌ها را ارائه می‌کنند به دو دسته عوامل داخلی و خارجی توجه نشان می‌دهند تا تخمین دقیق‌تری از میزان و حجم فعالیت مورد بیمه داشته باشند. ازجمله عوامل داخلی، توجه به ظرفیت و امکانات تولید، کمیت و کیفیت نیروی کار، حداکثر حجم تولید بنگاه، هزینه مواد اولیه، سرمایه در گردش، قابلیت فروش، میزان تبلیغات و غیره است و ازجمله

76. Stan, Johnson et al, *op.cit*, p. 70.

عوامل خارجی مدنظر، میزان رقابت در این صنعت، میزان عرضه و تقاضای این محصول در بازار^{۷۷}، نوسانات قیمت محصول در چند سال پیش از حادثه، سهم تولیدکننده از بازار یک محصول، میانگین درآمد در مقاطع متوالی گذشته و مانند اینهاست.

در مرحله تنظیم قرارداد بیمه چند بخش مهم باید مد نظر شرکت‌های بیمه قرار گیرد، ازجمله توصیف دقیق خطرهای تحت پوشش و مال یا فعالیت تحت پوشش بیمه؛ توصیف دقیق میزان فعالیت و میانگین درآمد بیمه‌گذار بر اساس اطلاعات جمع‌آوری‌شده و اعلام خود بیمه‌گذار در قرارداد؛ تعیین دقیق دوره جبرانی یا دوره پوشش بیمه برای جبران خسارت؛ توجه به بحث رابطه سببیت، و سببیت غالب و مؤثر در وقوع حادثه؛ تفکیک مراحل مختلف تولید- در صورتی که موضوع بیمه مجموعه‌ای از فعالیت‌های تولیدی باشد-؛ درج صریح و دقیق استثنای شمول بیمه و تصریح به عدم پرداخت هزینه‌های اضافی و عدم جبران خسارات مشابه عدم‌النفع، ازجمله ازدست دادن اعتبار تجاری یک بنگاه، ازدست دادن حجم فروش، مشتریان ثابت، بهره‌وری و مانند اینها.

در مرحله پس از وقوع خسارت نیز توجه به نکاتی همچون کسر کلیه عواید به‌دست آمده پس از حادثه- اعم از صندوق‌ها یا بیمه‌های دیگر، کسب درآمد موقت و غیره-، توجه به امکان یا عدم امکان تقلیل زیان از سوی بیمه‌گذار، بررسی دقیق امکان انتساب حادثه به خود زیان‌دیده یا عواملی خارج از خطرهای تحت شمول بیمه، ازدست دادن واقعی درآمد و نه صرفاً توجه به قطع تولید یا فعالیت و ورود واقعی خسارت یا آسیب به اموال تحت پوشش بیمه، در ارزیابی و جبران مناسب و معقول خسارت اثرگذار خواهد بود.

۷۷. اصطلاح بازار تعریف دقیقی ندارد، اما در معنای موسع خود، هر مکان یا سیستمی است که برای خریداران احتمالی کالا موجود باشد و بتوان با فروشندگان و خریداران ارتباط برقرار کرد. برای بررسی بیشتر این مفهوم، ر.ک. علی‌آقایی و همکاران، «شیوه انتزاعی محاسبه خسارات در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران»، مطالعات حقوقی معاصر، ش ۲۱ (۱۳۹۹)، ص ۷ به بعد.

منابع و مآخذ

الف (منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. عبدی، مونا (۱۴۰۱). *خسارات غیرقطعی در نظام حقوقی ایالت متحده آمریکا و تأملی در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. کریمی، آیت (۱۳۷۱). *بیمه اموال و مسئولیت*، تهران: دانشکده امور اقتصادی.

– مقالات

۳. آقایی، علی؛ رنجبر، مسعودرضا؛ ماندگار، مصطفی و عسگری، سید حکمت‌الله (۱۳۹۹). شیوه انتزاعی محاسبه خسارات در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۱ (۲۱)، ۱-۲۴.

Doi: 10.22034/LAW.2020.12628

۴. بادینی، حسن (۱۳۹۰). بررسی قابلیت جبران ضرر اقتصادی در مسئولیت مدنی. *مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۱ (۱)، ۷۸-۵۹. Doi: 20.1001.1.25885618.1390.41.1.4.2
۵. بهرامی احمدی، حمید؛ ایزدپناه، مسیح و زارع رشکویی، مسعود (۱۳۸۶). بیمه عدم‌النفع در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و حقوق انگلستان. *صنعت بیمه*، ۴ (۸)، ۳-۳۳.
۶. جلالی لواسانی، احسان و اسدالله‌زاده بالی، میر رستم (۱۳۸۸). بیمه عدم‌النفع و بررسی عوامل مؤثر بر تقاضای آن. *تازه‌های جهان بیمه*، (۱۴۰ و ۱۴۱)، ۱۵-۲۷.
۷. رمضان، حمید و علوی وفا، حمید (۱۳۹۵). چالش‌های داخلی فرا روی صنعت بیمه کشور در شرایط بحرانی: مطالعه موردی رشته بیمه آتش‌سوزی در شرکت بیمه آسیا. *پژوهش‌های بیمه‌ای*، (۲)، ۱۴۵-۱۸۱. Doi: 10.22054/IRISK.2019.18586.1016
۸. سکوتی، رضا و شمالی، نگار (۱۳۹۰). جایگاه عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۲ (۲)، ۷۹-۹۸.
۹. شهبازی، محمدحسین؛ اکبری دهنو، میثم؛ حاجیان، هانی (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی عدم‌النفع در فقه و قوانین آئین دادرسی ایران. *حقوقی دگستری*، ۸۷ (۱۲۱)، ۱۱۵-۱۴۴. Doi:10.22106/JLJ.2022.544864.4578

۱۰. مشایخی، بیتا و منتی، وحید (۱۳۹۲). بررسی عوامل مؤثر بر نوسان‌پذیری سود. *حسابداری مالی*، (۲۰)، ۶۶-۸۹.
۱۱. ملکوتی، کاظم (۱۳۸۴). آشنایی با بیمه عدم‌النفع ماشین‌آلات. *پیام بیمه*.
۱۲. موسوی، سید محمدصادق؛ خزائی، علی؛ دهقان، سید هادی (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی خسارت اقتصادی و عدم‌النفع. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۵ (۲)، ۱۳۹-۱۷۰.
Doi: 10.22091/CSIW.2019.3413.1424
۱۳. میرشکاری، عباس و عبدی، مونا (۱۴۰۲). تمایز عدم‌النفع و تفویت منفعت: با تأکید بر نقد و تحلیل دادنامه‌های شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران و شعبه ۸۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. *نقد و تحلیل آرای قضائی*، ۲ (۳)، ۱۹۲-۲۱۷.
Doi: 10.22034/ANALYSIS.2023.2005306.1015
۱۴. میرشکاری، عباس و مددی، سعید (۱۴۰۲). بررسی دو پرونده درباره عدم‌النفع. *تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی*، ۶ (۱۸)، ۸۷-۱۱۴.
Doi: 10.22034/law.2023.1989711.1223
۱۵. میهن‌یار، محمد (۱۳۶۶). بیمه ماشین‌آلات صنعتی. *بیمه مرکزی ایران*، (۱).
Doi: civilica.com/doc/995610

ب) منابع انگلیسی

16. Brennan, Robert & Conway, Laura (2003). Business Income Insurance Coverage. *The Brief*, 32 (4), 65-74.
17. Cohen, D. & Anderson, R. (2000). Insurance Coverage for Cyber-Loss. *Tort & Insurance Law Journal*, 35 (4), 891-927.
18. Eisenhofer, Jay (1998). A Healthy Policy: What Kind of Insurance Does Your Client Company Need Against the Y2K Bug? , *Business Law Today*, 80 (1), 22-26.
19. Gatzertx, Nadine & Schmit, Joan & Kolb, Andreas (2016). Assessing the Risk of Insuring Reputation Risk. *Journal of Risk and Insurance*, 83 (3), 641-679.
20. Hecker, Andrew (1977). Business Interruption Losses: An Overview. *The Forum*, 12 (2), 629-646.

21. Hoey, James; Ozog, Edward; Schaeffle, William (1985). Management of a Complex Business Interruption Case. **Insurance Counsel Journal**, 52 (4), 678-683.
22. Hummer, Paul (2002). Basics of Business Interruption Insurance: The Ins and Outs of Tricky Coverage. **Defense Counsel Journal**, 62 (3), 307-315.
23. Johnson, Stan; O'Toole, Kevin; Skweres, Michael (2021). Business Interruption Challenges and Solution. **AIRA Journal**, 34 (3).
24. Kanaris, Peter (2007). Analytical Approach to Business Interruption, Extra Expenses and Civil Authority. **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal**, 43 (1), 113-138.
25. Liedtke, M.P. (2007). What's Insurance to Modern Economy? **The Geneva Papers on Risk and Insurance**, 32 (2), 211-221.
26. Miller, Alan (1975). Business Interruption Insurance: A Legal Primer. **Drake Law Review**, 27 (4), 799-808.
27. Murlick, Brad; Glinsky, Marshall; Hans, Pamela (2016). How to Recover Business Interruption Losses. **Insurance Coverage Litigation**, 26 (4), 1-8.
28. Newman, Z & Ellis, A. (2012). Primer on Recovery Lost-Profit Damages. **Business Torts Litigation**, 20 (1), 1-15.
29. Schirle, Clark, (2007), Time Element Coverages in Business Interruption Insurance, **The Brief**, 37 (1), 1-12
30. Teague, J. (1968). Recent Options on Business Interruption, American Bar Association: Section of Insurance. **Negligence and Compensation Law**.
31. Williams, John & Covington, James (1963). Coverage of Manufacturers Profits under Business Interruption Endorsement. **Insurance Counsel Journal**, 30 (2), 212- 230.
32. Wylie, Joseph & Fahy, Christopher (2007). Proving and Defending Lost-Profits Claims. **American Bar Association, Section of Litigation**, 7-13.
33. Zajdenweber, Daniel (1996). Extreme Values in Business Interruption Insurance. **Journal of Risk and Insurance**, 63 (1), 95-110.

Table of Contents

1. The Measures of Abuse of Rights in Iranian and French Civil Proceedings Mohammad Bafahm; Azizollah Fahimi; Mahdi Hasanzadeh.....	1-32
2. Challenges of the Environmental Damage legal Framework in the Offshore Oil and Gas Industry Mohammad Ali Baghersad; Parviz Savaraei.....	33-60
3. Conflict of Interest as the Origin of Some Crimes in Iranian Law with Emphasis on Legislative Experiences in Canada Alireza Taghipour; Seyyed Mohammad Reza Mousavifard	61-86
4. A Comparative Study of Civil Liability in the Abuse of Rights in Iranian and French Law Hadi Jorfi; Aahmad Jafari; Hamid Abhari.....	87-111
5. The Concept and Nature of “Due Diligence” in International Law Seyyed Mohammad Hosseini; Saeed Rahai.....	113-140
6. A Comparative Study of Public Participation Instruments in Determining the Content of the Constitution Zhahra Ameri; Masoumeh Ameri.....	141-167
7. A Comparative Study on the Legal Challenges of Application of Jurisdiction Due to Nationality of the Victim Hossein Fakhr	169-194
8. Explaining the Concept of Corporate Opportunities and Strategy to Prevent Them from Appropriating by Directors (A Comparative Study of the Legal System of the United States, England and Iran) Reza Gholinia; Esmail Shahsevandi; Amir Abbas bozorgmehr; Alireza Mashhadizadeh	195-232
9. The Principle of Dividing Damages Based on the Impact of the Behavior of the Preptrators; Legal Basics, Conditions of Executive Rules and It’s Domain in Iranian Law Eghbal Ali Mirzaei.....	233-260

10. The Principles for Assessing and Calculating of Damages In Loss of Profit Insurances	
Abbas Mirshekari; Mona Abdi.....	261-291

Journal of Contemporary Comparative Legal Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hosseini Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor (Legal expertise): Hilda Banan

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: tabrizulaw@gmail.com

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
Contemporary Comparative
Legal Studies

Year. 15 - No. 35

Summer 2024



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 15, No. 35, Summer 2024



- The Measures of Abuse of Rights in Iranian and French Civil Proceedings
Mohammad Bafahm; Azizollah Fahimi; Mahdi Hasanzadeh
- Challenges of the Environmental Damage legal Framework in the Offshore Oil and Gas Industry
Mohammad Ali Baghersad; Parviz Savaraei
- Conflict of Interest as the Origin of Some Crimes in Iranian Law with Emphasis on Legislative Experiences in Canada
Alireza Taghipour; Seyyed Mohammad Reza Mousavifard
- A Comparative Study of Civil Liability in the Abuse of Rights in Iranian and French Law
Hadi Jorfi; Aahmad Jafari; Hamid Abhari
- The Concept and Nature of “Due Diligence” in International Law
Seyyed Mohammad Hosseini; Saeed Rahai
- A Comparative Study of Public Participation Instruments in Determining the Content of the Constitution
Zhahra Ameri; Masoumeh Ameri
- A Comparative Study on the Legal Challenges of Application of Jurisdiction Due to Nationality of the Victim
Hossein Fakhr
- Explaining the Concept of Corporate Opportunities and Strategy to Prevent Them from Appropriating by Directors (A Comparative Study of the Legal System of the United States, England and Iran)
Reza Gholinia; Esmail Shahsevandi; Amir Abbas bozorgmehr; Alireza Mashhadizadeh
- The Principle of Dividing Damages Based on the Impact of the Behavior of the Preprators; Legal Basics, Conditions of Executive Rules and It’s Domain in Iranian Law
Eghbal Ali Mirzaei
- The Principles for Assessing and Calculating of Damages In Loss of Profit Insurances
Mona Abdi; Abbas Mirshekari

