مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال شانزده، شماره سی و هشت، بهار ۱۴۰۴

- **مبنای قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت و کاربرد آن در نظام بیمه (حقوق امریکا و ایران)**

هدیه جعفری؛ مهرزاد ابدالی؛ حبیب رمضانی آکردی

- **مطالعهٔ تطبیقی تأثیر اشتباه بر نسب، ولایت و حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در حقوق ایران و فرانسه**

غفور خوئینی؛ فائزه آخوندی

- **نسبت میان مبانی اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ایران و حقوق عمومی مدرن**

احمد دیلمی؛ علیرضا دبیرنیا؛ مهدی قنبری

- **مبانی تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران و ترکیه**

عذرا رضازاد باری؛ یوسف مولایی؛ حسین جوادی

- **قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و رابطهٔ آنها با قواعد تعارض قوانین: مطالعهٔ تطبیقی در حقوق مصر و ایران**

محمدمجد کابری؛ اعظم انصاری؛ عبدالله خدابخشی شلمزاری

- **مطالعهٔ تطبیقی ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و انگلیس**

عباس کریمی؛ امیرحسین قدیانی منفرد؛ غزاله صحرانورد

- **تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در ایران**

حامد مسیب زاده؛ سید محمود میرخلیلی

- **جستاری انتقادی بر خصوصی‌سازی آموزش و پرورش از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**

سید حسین ملکوتی هشجین؛ یاشار رضازاده؛ عادل ابراهیم‌پور اسنجان


بسم الله الرحمن الرحیم

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال شانزدهم – شماره سی و هشت

بهار ۱۴۰۴

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

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

هیأت تحریریه

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

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

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

انتشارات دانشگاه تبریز

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

Email: law@tabrizu.ac.ir

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

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

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

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

ضوابط شکلی

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

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

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

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

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

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

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

* تکرار باواسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین ، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار باواسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.
* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

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

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

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

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

۱- مبنای قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت و کاربرد آن در نظام بیمه (حقوق امریکا و ایران)

هدیه جعفری؛ مهرزاد ابدالی؛ حبیب رمضانی آکردی..... ۱-۲۸

۲- مطالعهٔ تطبیقی تأثیر اشتباه بر نسب، ولایت و حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در حقوق ایران و فرانسه

غفور خوئینی؛ فائزه آخوندی..... ۲۹-۵۲

۳- نسبت میان مبانی اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ایران و حقوق عمومی مدرن

احمد دیلمی؛ علیرضا دبیرنیا؛ مهدی قنبری..... ۵۳-۷۷

٤- مبانی تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران و ترکیه

عذرا رضازاد باری؛ یوسف مولایی؛ حسین جوادی..... ۷۹-۱۰۷

۵- قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و رابطهٔ آنها با قواعد تعارض قوانین: مطالعهٔ تطبیقی در حقوق مصر و ایران

محمدمجد کابری؛ اعظم انصاری؛ عبدالله خدابخشی شلمزاری..... ۱۰۹-۱۳۸

٦- مطالعهٔ تطبیقی ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و انگلیس

عباس کریمی؛ امیرحسین قدیانی منفرد؛ غزاله صحرانورد..... ۱۳۹-۱۶۳

۷- تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در ایران

حامد مسیب زاده؛ سید محمود میرخلیلی ۱۶۵-۱۹۷

۸- جستاری انتقادی بر خصوصی‌سازی آموزش و پرورش از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

سید حسین ملکوتی هشجین؛ یاشار رضازاده؛ عادل ابراهیم‌پور اسنجان..... ۱۹۹-۲۲۵

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

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

The Basis of the Collateral Source Principal of Compensation and Its Application in the Insurance System (American and Iranian Law)

Hedieh Jafari[1]| Mehrzad Abdali[2]| Habib Ramezani Akerdi[3]

1. Master's Degree Student in Private Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran
(Corresponding Author) hediejafari496@gmail.com
2. Associate Professor, Department of Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran
abdali@soc.ikiu.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran
h.ramezani@soc.ikiu.ac.ir

Abstract

With the appearance of new institutions to compensate injured parties for civil liability, the role of the general liability system gradually diminished. The existence of collateral sources such as private and social insurances, Physical Injuries Compensation Fund, charitable institutions, cooperative funds ,etc ,gradually created the issue of how they should be combined with the agent to compensate the injured party. In general, four methods were proposed to face and deal with this problem in the world, and the countries' laws of the world have chosen each one according to its policies, goals, and functions. Applying the collateral source rule of compensation is one of the methods of compensation for injured party about civil liability, which was formalized as a general rule in American law nearly two centuries ago and is one of the doctrine principles of common law. Knowing this rule leads us to know what was the reason for the creation of this compensation method and on what basis it is based, and in addition, we can identify the application of this method in the insurance system. In this article, while explaining the rule of collateral source, reasoning the rules in favor of the rule in American and Iranian law have been examined and their application has been adapted in certain cases of insurance.

Keywords: *Insurance, Double Compensation, Damage, Collateral Sources, Civil Liability*.

Received: 2024/02/03 **Received in revised form:** 2025/04/04 **Accepted**: 2025/04/21 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.60408.3367

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۸
بهار ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۱-۲۸

مبنای قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت و کاربرد آن در نظام بیمه (حقوق امریکا و ایران)

هدیه جعفری[۱] | مهرزاد ابدالی[۲] | حبیب رمضانی آکردی[۳]

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران (نویسنده مسئول) hediejafari496@gmail.com
۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران abdali@soc.ikiu.ac.ir
۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران h.ramezani@soc.ikiu.ac.ir

چکیده

با پیدایش نهادهای جدید به‌منظور جبران خسارت زیان‌دیده در حوزهٔ مسئولیت مدنی، به‌تدریج نقش نظام عام مسئولیت کم‌رنگ شد. وجود منابع جانبی چون بیمه‌های خصوصی و اجتماعی، صندوق تأمین خسارات بدنی، مؤسسات خیریه و صندوق‌های تعاونی به‌تدریج این مسئله را ایجاد کرد که جمع آنها با عامل زیان به‌منظور جبران خسارت زیان‌دیده چگونه باید صورت گیرد. به‌طور کلی چهار روش به‌منظور مواجهه با این مسئله در دنیا مطرح شد که حقوق کشورهای دنیا هریک را با نظر به سیاست‌ها، اهداف و کارکرد آن انتخاب نموده‌اند. اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت یکی از روش‌های جبران خسارت شخص زیان‌دیده در حوزهٔ مسئولیت مدنی است که نزدیک به دو قرن پیش به‌عنوان یک قاعدهٔ عام در حقوق امریکا رسمیت یافت و یکی از اصول دکترین حقوق کامن‌لا شد. شناخت این قاعده ما را به آنجا می‌رساند که بدانیم دلیل ایجاد این روش برای جبران خسارت چه بوده و بر چه مبنایی استوار است و افزون بر آن، بتوانیم کاربرد این روش را در نظام بیمه شناسایی کنیم. در این مقاله ضمن تشریح قاعدهٔ منبع ثانوی، استدلال‌های موافق بر قاعده در حقوق امریکا و ایران مورد بررسی گرفته و اعمال آن با موارد خاصی از بیمه تطبیق داده شده است.

واژگان کلیدی: *بیمه، جبران خسارت مضاعف، ضرر، مسئولیت مدنی، منابع جانبی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۴ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۱/۱۵ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۲/۰۱ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.60408.3367

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

به‌طور کلی عامل زیان مسئول کل خسارات وارده به زیان‌دیده است و بر اساس اصل جبران خسارت، خسارت وارده به زیان‌دیده باید به‌طور کامل جبران گردد، به‌نحوی که وضعیت شخص را به حال سابق اعاده کند و در عین حال به سود بادآورده به نفع وی منجر نگردد. این اصل یکی از اصول برگرفته از نظام عام مسئولیت مدنی است. به‌تدریج با صنعتی شدن جوامع و ایجاد محیط‌های پرخطر و افزایش خسارات و میزان هنگفت آن، سرعت و اطمینان در جبران خسارت، منابع جانبی چون شرکت‌های بیمه ایجاد شد که معضل جمع با عامل زیان را مطرح نمود. در حقوق کشورهای دنیا با توجه به مبانی متعدد، روش‌های گوناگونی به‌منظور جبران خسارت زیان‌دیده شاملِ اختیار زیان‌دیده در رجوع به عامل زیان و نهادهای ثانوی، اصل جانشینی، قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت، کاهش مسئولیت عامل زیان به میزان وجوه پرداختی منابع جانبی به نفع زیان‌دیده ایجاد شده است.

قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت یکی از روش‌های جبران خسارت زیان‌دیده است که یک قاعدهٔ عام در حقوق امریکا قلمداد می‌شود و بر اساس آن، مسئولیت عامل زیان با دستاویز قرار دادن جبران خسارت منابع جانبی، کاهش نمی‌یابد. با آنکه آثار قابل ملاحظه‌ای در حوزهٔ جبران خسارت و روش‌های متعدد موجود ارائه شده، اما هیچ‌یک به بررسی دلایل ایجاد روش اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی و کاربرد آن نپرداخته است. وجود قاعدهٔ منبع ثانوی این پرسش را مطرح می‌سازد که چه عواملی باعث ایجاد آن شده و پشتوانهٔ حمایت از آن چیست؟ همچنین این روش در خصوص بیمه که یکی از منابع ثانوی است، چه کاربردی دارد؟

پژوهش پیش رو با روش توصیفی- تحلیلی، جمع‌آوری اطلاعات و داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای و فیش‌برداری از آثار مختلف داخلی و خارجی چون کتاب‌ها، مقالات و نشریات معتبر انجام شده است تا بر اساس آن، پاسخ به این مسائل بتواند در انتخاب یا عدم انتخاب این شیوه در جبران خسارت زیان‌دیده مؤثر باشد و وضعیت اعمال آن را در انواع مختلف بیمه معین سازد.

۱. معرفی قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت

هنگامی که شرایط تحقق ضرر ایجاد می‌شود، بر اساس قوانین تدوین‌شده و اصول حاکم بر

مسئولیت مدنی، جبران آن از سوی عامل زیان مسلم و قطعی می‌گردد. در واقع، مسئولیت مدنی تعهد به جبران خسارت از سوی مباشر یا مسبب حادثه است[۱]. آنچنان که قانون مسئولیت مدنی بر این امر تأکید دارد که در صورت ورود خسارت و لطمه به هر حقی از حقوق افراد که قانون برای افراد ایجاد کرده باشد و منجر به بروز خسارت مالی یا معنوی شود، عامل زیان ملزم به جبران خسارت وارده است (مواد ۱و ۲ ق.م.م).

لذا جبران خسارت یک اصطلاح حقوقی است که بر مبنای مسئولیت قهری ایجاد می‌شود و برعهدهٔ شخص عامل زیان قرار می‌گیرد. در کنار مفاهیم کلی موجود، عبارتی که پس از ایجاد نهادهای ثانوی چون بیمه ایجاد شد، جبران خسارت مضاعف است که از آن با عنوان «جمع مزایا در خسارت»، «جبران زیان مجدد» و موارد مشابه تعبیر می‌شود.

جبران خسارت مضاعف به حالتی اطلاق می‌شود که یک زیان درحالی که جبران شده است، مجدد جبران گردد و این امر از طریق نهادهای ثانوی چون بیمه، تأمین اجتماعی، مؤسسات خیریه و... ایجاد شده است. اعمال این شیوه از طریق پرداخت مزایای جانبی و مضاعف تحت «قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت» است. مزایای جانبی که معادل آن Collateral Benefit است، به معنای جبران خسارت و دریافت مزایا از منابع و نهادهایی غیر از نظام مسئولیت مدنی همچون بیمه‌های خصوصی و اجتماعی شناخته می‌شود[۲].

منظور از «نهادهای ثانوی یا جانبی» مراجعی است که مستقل از عامل زیان اقدام به پرداخت وجوه هنگام ورود زیان به زیان‌دیده می‌کنند. در واقع، این منابع نه از باب جانشینی عامل زیان، بلکه به‌طور مستقل و بر مبنای مختلف مانند قرارداد، قانون، و پرداخت‌های بلاعوض اقدام به پرداخت خسارت می‌کنند. انواع بیمه‌های بازرگانی و اجتماعی، مؤسسات خیریه، صندوق‌های تأمین خسارت، صندوق‌های تعاونی و... مثال‌هایی از نهادهای ثانوی هستند که در کنار نظام عام مسئولیت مدنی ظهور پیدا کرده، پس از پیدایش خود به ایجاد تحول در نحوهٔ جبران خسارت

---

۱. علی غریبه و عزیز امن‌الهی، «مبانی مسئولیت تولید و عرضهٔ تجهیزات پزشکی معیوب در حقوق ایران و اتحادیهٔ اروپا»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۶ (۱۴۰۱)، ص ۱۲۷.

۲. حسن بادینی، «قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت (مسئولیت مدنی، بیمه و تأمین اجتماعی)»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۸۷)، ص ۴۰.

منجر شدند. همچنین هدف مسئولیت مدنی را می‌توان در سیاست بازدارندگی و جبران خسارت خلاصه نمود. اما پیدایش نهادهای ثانوی به‌منظور جبران خسارت چون بیمه، موجب تضعیف بازدارندگی از یک طرف و تحصیل جبران خسارت به نحو مطلوب و باسرعت، از طرف دیگر شده است. این اثر نامطلوب پیدایش نهادهای ثانوی را خطر رفتاری می‌نامیم[۳]. قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت[۴] که با عنوان قاعدهٔ مزایای ثانوی جبران خسارت[۵] نیز شناخته می‌شود از رایج‌ترین روش‌های شناخته‌شدهٔ جبران خسارت در حقوق ایالات متحدهٔ امریکا است[۶].

قاعدهٔ منبع ثانوی یا جانبی به معنای عدم کاهش مسئولیت عامل زیان در کنار دریافت مزایای ثانوی از منابع جانبی از سوی زیان‌دیده است. این قاعده دادگاه‌ها و هیئت منصفه را از بررسی منابع جمعی دریافتی زیان‌دیده به‌منظور کاهش خسارت عامل زیان منع می‌کند. این قاعده به‌عنوان یک ضمانت اجرای مدنی شناخته می‌شود و یک ابزار حقوقی در جهت جبران ضرر واردشده بر زیان‌دیده است. لذا یکی از روش‌های جبران خسارت قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت است که در حقوق امریکا به‌عنوان CSR و در حقوق ایران به‌عنوان «جبران خسارت مضاعف» شناخته می‌شود و در تعریف آن به صورت کلی می‌توان بیان داشت: مسئولیت عامل زیان در جبران خسارت زیان‌دیده به دستاویز جبران خسارت از طریق منابع جانبی کاهش نمی‌یابد.

همچنین سیستم حاکم بر ایالات متحدهٔ امریکا کامن‌لای محض نیست که صرفاً هر ایالت بر اساس آن قانون‌گذاری کند، بلکه قوهٔ قانون‌گذاری فدرال در رأس ایالات، قوانین مختلفی را در امور گوناگون تصویب می‌کند[۷]. یکی از قوانین فدرال که از سوی کنگره به‌تصویب رسیده، در خصوص قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت است که به‌عنوان یک قاعدهٔ عام رسمیت یافت. دیدگاه ایالات متحدهٔ امریکا در خصوص حقوق مسئولیت مدنی زیان‌دیده محوری است. در واقع

---

۳. علیرضا باریکلو و سید نعمت‌اله هاشمی، «تأثیر بیمه بر بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۱ (۱۳۹۵)، ص ۳۲.

4. The Collateral Source Rule

5. The Collateral Benefit Rule

6. Bryan A, Garner, ***Black's Law Dictionary,*** (United States: West, Thomson Reuters, 2004), p. 792.

۷. حسن بادینی و زهرا تخشید، «مقدمه‌ای تحلیلی و انتقادی بر مطالعه‌ی تطبیقی حقوق مسئولیت مدنی آمریکا»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۲۱۹.

این قاعده ارائهٔ هرگونه مدارک مبتنی بر پرداخت منابع ثانوی را منع می‌کند. نمونهٔ بارز این ممنوعیت در رأی دادگاه عالی فلوریدا صادر شده است[۸].

امروزه با توجه به پیدایش نهادهای ثانوی چون بیمه و عدم توانایی در انکار آنها نیاز به یک هماهنگی در روش‌های سنتی و مدرن احساس می‌شود. وجوه مختلفی که با روش‌های متفاوتی غیر از عامل زیان به زیان‌دیده می‌رسد این شبهه را ایجاد می‌کند که عامل زیان از مسئولیت مبرا می‌شود؛ حال آنکه هدف قاعدهٔ منبع ثانوی صرف جبران خسارت نبوده، بازدارندگی عامل زیان نیز مورد توجه آن است. قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی باید مبتنی بر سه هدفِ جبران خسارت زیان‌دیده، تنبیه عامل زیان، و بازدارندگی جامعه باشد[۹]. جبران خسارت زیان‌دیده، بازدارندگی و تنظیم رفتار جامعه در جلوگیری یا کاهش ضرر و توزیع زیان از اهداف اساسی ایالات متحده در اجرای مسئولیت مدنی است. این قاعده پیدایش نهادهای جدید را دستاویز بی‌مسئولیتی عامل زیان نمی‌داند و کارکرد و هدف خود را در هر دو (جبران خسارت و بازدارندگی) دنبال می‌کند. اهمیت جمع این دو هدف یعنی بازدارندگی و جبران خسارت، و جمع نظام عام مسئولیت مدنی و پیدایش نهادهای جانبی نوظهور، موافقان را به اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی سوق می‌دهد و آنها را رقیب سرسخت مخالفان می‌کند.

۲. شناخت پیشینهٔ قاعدهٔ منبع جانبی

با آنکه نظام عام مسئولیت مدنی یک شیوهٔ کهن در طریقهٔ جبران خسارت زیان وارده بر اشخاص بوده است، اما با گذشت زمان شاهد ظهور نهادهایی در جهت جبران خسارت اشخاص بوده‌ایم که هدف آنها توزیع زیان و برقراری عدالت توزیعی، متناسب با وضعیت امروزی است. هرچند بیمه در دوران باستان در کشورهایی چون مصر و یونان نمودهایی داشت، اما برای نخستین بار پیدایش حقوق بیمه را باید از قرن پانزدهم میلادی در کشورهای مدیترانه همچون ایتالیا دانست که در حوزهٔ حمل و نقل دریایی کالا ظهور و بروز یافت[۱۰].

8. Sheffield v Superior lns. Co., 800 So 2d 197, (Fla 2001); Grossman v. Beard, 410 So.2d 175 (Fla. 2d DCA 1982)

۹. مهدی خادم سربخش و هدایت‌اله سلطانی‌نژاد، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی (پژوهش‌نامهٔ فقه و حقوق اسلامی)*، ش ۱۲ (۱۳۹۲)، ص ۳۲.

۱۰ . ایرج بابایی، *حقوق بیمه*، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۹.

در قرن هفدهم میلادی تعدادی از بیمه‌گران، تاجران و کشتی‌داران انگلیسی در قهوه‌خانهٔ فردی به نام ادوارد لوید در شهر لندن گرد آمدند که به‌موجب آن ادوارد در سال ۱۶۸۸ شرکت لویدز را تأسیس کرد. قهوه‌خانهٔ لویدز تا سال ۱۷۶۰ مهم‌ترین مرکز بیمهٔ خطرهای دریایی بود[۱۱].

با توجه به اینکه یکی از انواع بیمه‌های خسارت بیمه‌های اموال است، این نوع بیمه‌ها که با هدف جبران خسارت دارایی مثبت اشخاص ایجاد شده، از کهن‌ترین انواع بیمه بوده که منشأ آن بیمهٔ دریایی است[۱۲]. این نوع بیمه در قرن‌های ۱۷و ۱۸ پس از میلاد به حوزهٔ آتش‌سوزی و حوادث نیز تسری یافت[۱۳].

همچنین اولین بیمه‌ای که در ایالات متحدهٔ امریکا رایج شد، بیمهٔ آتش‌سوزی بود که ابداع آن به فاجعهٔ آتش‌سوزی لندن در سال ۱۶۶۷ برمی‌گردد. بیمهٔ تأمین اجتماعی نیز در سال ۱۹۳۵در لایحهٔ دولت فدرال امریکا استفاده شد.

از نیمهٔ دوم قرن بیستم جبران خسارت جمعی غلبه یافت و موجب تنزل نقش نظام عام مسئولیت مدنی در جبران خسارت شد. از نظر تاریخی عاملان زیان بر این عقیده بودند که آنها مجبور به جبران خساراتی که تحت پوشش بیمه قرار می‌گیرند یا مزایایی که به نحو بلاعوض ارائه می‌شوند، نیستند؛ زیرا این امر موجب سود بادآوردهٔ زیان‌دیدگان می‌شود.

آنچه را که اکنون با عنوان قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت می‌شناسیم، نخستین بار دادگاه عالی ایالات متحدهٔ امریکا به‌رسمیت شناخت که موضوع مطروحه در آن برخورد دو کشتی بود (پروندهٔ *مونتیسلو Monticello* در مقابل *Molliso*) [۱۴]. در مونتیسلو یک تصادم دریایی منجر به ازدست رفتن یک کشتی و محمولات آن شد و بیمه‌گر خسارت وارد به کشتی را پرداخت نمود. سپس مالک کشتی آسیب‌دیده به سبب ارزش کشتی از کاپیتان کشتی مقصر طرح شکایت نمود. صاحب کشتی مونتیسلو بر عدم مسئولیت خویش استدلال کرد. او اذعان داشت حتی اگر مسئول هم باشد، قبلاً بیمه خسارات این سانحه را پرداخت نموده است. اما دادگاه این استدلال را رد کرد

۱۱. عیسی امیران بخشایش و علیرضا باریکلو، «مفهوم اصل جبران خسارت در حقوق بیمه»، *مجلس و راهبرد*، ش ۸۰ (۱۳۹۳)، ص ۱۷۰.
۱۲. محمدمهدی محمدی، *حقوق بیمه (مسئولیت و شخص ثالث)*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۸۵)، ص ۶۴.
۱۳. عیسی امیران بخشایش و علیرضا باریکلو. پیشین. ص ۱۷۲.
14. Devon L. Gosnell, "The Collateral Source Rule, Whose Windfall Is It?" *Morgantown*, p. 1.

و حکمِ عدم انتفاع مسئول حادثه از بیمهٔ زیان‌دیده را صادر کرد. دادگاه بر این امر اذعان داشت قرارداد بیمه که به صورت شرط میان اشخاص ثالث است هیچ‌گونه ارتباطی با شخص مسئول حادثه ندارد و کاهش مسئولیت عامل زیان به میزان پرداختی‌های منابع ثانوی به‌منزلهٔ برخورد با بیمه‌گر به‌عنوان یک مرتکب مشترک با عامل زیان است که به نفع عامل زیان تلقی می‌شود و این هم‌ردیف قرار دادن امری بلاجهت است. در واقع پرداخت‌هایی که از سوی نهادهای جانبی به نفع زیان‌دیده انجام می‌شود، ناشی از قرارداد مشترکی است که میان نهادهایی چون بیمه و زیان‌دیدگان بالقوه منعقد می‌گردد. لذا دادگاه‌ها اجازه ندارند مسئولیت خسارت وارده به‌عهدهٔ عامل زیان را بکاهند.

پس از این حادثه، قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت در رویهٔ قضایی امریکا به‌طور رسمی پذیرفته شد. لذا دادگاه عالی ایالات متحدهٔ امریکا این قاعده را برای اولین بار در سال ۱۸۵۴ به‌رسمیت شناخت و بر این عقیده استوار بود که پرداخت‌های ثانوی شرکت‌های بیمه به زیان‌دیدگان، به خسارات عاملان زیان ربطی نداشته، موضوعیت ندارد؛ زیرا قرارداد با بیمه‌گر دارای ماهیت شرط‌بندی میان اشخاص ثالث است که شخص عامل زیان به آن بی‌ارتباط است[۱۵].

۳. مبانی قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت

۱.۳. استدلال موافقان در حقوق امریکا

موافقان قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت که در کنگرهٔ حکومت فدرال امریکا به‌عنوان یک قاعدهٔ عام به‌تصویب رسید، در جهت حمایت از آن استدلال‌های محکمی را ارائه داده‌اند. با وجود مخالفت‌های فراوانی که مقابل قاعدهٔ منبع جانبی صورت گرفت، هنوز این قاعده به‌عنوان یک قاعدهٔ عام در حقوق امریکا حاکم است. موافقان اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی در توجیه پذیرش آن به طرح موضوعات مختلف می‌پردازند.

موافقان معتقدند نهاد بیمه عهده‌دار رابطهٔ عامل زیان با زیان‌دیده و مسئولیت او نیست تا جبران خسارتی که از طرف وی پذیرفته می‌شود، موجب برائت ذمهٔ خاطی گردد. با وجود استدلال‌های عاملان زیان به تحصیل سود بادآورده به نفع زیان‌دیده، دادگاه‌ها عموماً آنها را رد

15. (Propeller Monticello v. Mollison, 58 U.S. 152, 155 (1854)).

کرده، بر این باور بودند که نباید عاملان زیان از آینده‌نگری زیان‌دیدگان در خصوص برخورداری از مزایای بیمه یا خدمات رایگان بهره‌مند شوند.

موافقان قاعده بیان می‌کنند، عامل زیان مجاز به بهره‌مندی از مزایای منابع ثانوی شخص زیان‌دیده نیست؛ به‌ویژه در شرایطی که شخص زیان‌دیده قبلاً نسبت به آن منابع جانبی پرداخت‌هایی داشته باشد؛ مانند حق بیمه‌های پرداختی به انواع شرکت‌های بیمه موجود یا کاهش دستمزد کارکنان و کارگران جهت تخصیص بیمه و... که از محل بودجه و حساب شخصی کسر شده است. لذا بی‌شک عدم جبران خسارت عامل زیان یک سود بادآورده و بلاجهت به نفع عامل زیان است که باید از دارایی او کسر می‌شد، اما این امر رخ نداده است. در واقع، زیان‌دیده نه‌تنها از مزایای بیمه بهره‌ای نمی‌برد، بلکه یک هزینهٔ اضافی را در پرداخت‌های حق بیمه متحمل می‌شود. پرداخت حق بیمه و تحت پوشش یکی از انواع بیمه‌ها قرار داشتن، دوراندیشی زیان‌دیدگان احتمالی است که عاملان زیان نباید از آن منتفع شوند.

پازنر، قاضی وقت دادگاه استیناف امریکا، استدلال کرد اگر عامل زیان خسارت حادثه را متحمل نشود، انگیزهٔ او برای جلوگیری از وقوع حادثهٔ مشابه در آینده کاهش خواهد یافت. به عبارت دیگر، قاعدهٔ منبع ثانوی با قرار دادن تمام هزینهٔ مورد انتظار حادثه به‌عهدهٔ عامل خسارت، از حوادث آینده جلوگیری می‌کند. مسئلهٔ اصلی آن است که ظاهر جبران خسارتِ مضاعف از سوی عامل زیان، فرع بر یک اصل است. در واقع اصل مهم آن است که کل هزینه‌های ناشی از رفتار زیان‌بار به عامل زیان تحمیل شود[۱۶]. برخی ایالات به‌طور خاص جبران خسارت مضاعف را در شرایطی مانند ارائهٔ بیمه‌نامه از سوی کارفرمای شخص آسیب‌دیده در خصوص آسیب ناشی از محل کار، منع می‌کنند. در مقابل، پازنر بیان می‌کند، اگرچه در ظاهر بیمه از سوی کارفرما ارائه می‌شود، اما در واقع، از طریق کارگر به صورت دریافتِ دستمزدِ کمتر پرداخت می‌شود. از نظر ریچارد پازنر، استثناهای قاعدهٔ منبع ثانوی در صورت ارائهٔ بیمه از سوی کارفرما کارآمدی و اثربخشی را کاهش می‌دهد؛ چراکه در صورت نبود بیمهٔ ارائه‌شده از سوی کارفرما، کارگر دستمزد بالاتری را دریافت می‌کرد[۱۷]. لذا منع قاعدهٔ منبع جانبی در خصوص بیمهٔ کارگر_کارفرما پذیرفته نیست.

16. Richard A, Posner, *Economic Analysis of Law*, (New York: Aspen Publishers, 2007), p. 200.
17. David Schap & Andrew Feeley, "The Collateral Source Rule: Statutory Reform and Special Interests". *Cato Journal*, No. 1, (2008), p. 84.

علاوه بر آن، دفتر بودجهٔ کنگرهٔ امریکا (CBO) با سه دلیل بیان می‌کند که چرا بیمه‌گذاران به‌ندرت از حق جانشینی (اصل قائم‌مقامی) استفاده می‌کنند: ۱- عدم قطعیت در صدور رأی که زیان بیمه را جبران کند. ۲- هزینه‌های اداری اعمال این حق مانند هزینه‌های مربوط به طرح دعوا. ۳- افکار عمومی (از دید جامعه استفاده از حق جانشینی برای شرکت اقدامی منفی است)[۱۸].

می‌توان بیان داشت مهم‌ترین عامل پذیرش این قاعده مسئلهٔ بازدارندگی است، اما تطبیق با شرایط و طریقهٔ زندگی در سطح اجتماعی وجوب ضرورت منابع ثانوی چون بیمه را غیرقابل انکار می‌کند. در این شرایط حتی با وجود جبران زیان از سوی نهادهایی چون بیمه، مسئولیت عامل زیان زایل نمی‌شود و بر اساس اصول حاکم بر مسئولیت مدنی، هر شخصی که به دیگری زیانی وارد نماید، مسئول جبران آن است. این امر را نمی‌توان کتمان کرد که ایجاد نهادهای ثانوی ویژگی بازدارندگی مسئولیت مدنی را تضعیف کرده است. برای مثال، ازآنجا که در بیمه‌های مسئولیت مدنی، بیمه‌گر عامل زیان خسارت زیان‌دیده را جبران می‌کند؛ بی‌احتیاطی، سهل‌انگاری و عدم مراقبت و دقت متعارف وی را در پی دارد[۱۹]. جان فلمینگ چنین بیان می‌کند: کارکرد بازدارندگی نظام عام مسئولیت مدنی به‌شدت و شاید به نحو خطرناکی با پیدایش بیمهٔ مسئولیت تضعیف شده است[۲۰]؛ لذا به‌منظور حفظ کارکرد بازدارندگی، قاعدهٔ منبع ثانوی از سوی موافقان آن ارائه شده است.

این درحالی است که برخی به‌منظور حفظ سیاست بازدارندگی نظریهٔ قائم‌مقامی را ارائه داده و به جای زیان‌دیده رجوع نهادهای ثانوی را به‌عنوان جانشینان زیان‌دیده، به عامل زیان پذیرفته‌اند. عامل زیان باید به‌طور کامل بهای عمل زیان‌بار خود را بپردازد تا هم خود و هم دیگران را از اعمال زیان‌بار در آینده منع سازد. این درحالی است که کاهش خسارت، اثر بازدارندگی را کم می‌کند؛ لذا قاعدهٔ منبع ثانوی از این هدف حمایت می‌کند. همچنین هرقدر که منابع ثانوی در تحصیل سیاست توزیع خسارت نقش داشته باشند، بازدارندگی بهترین مزیت و مبنایی است که با

18. David Schap, and Andrew Feeley, "(Much) More on the Collateral Source Rule", *Philadelphia: Paper Presented at the Eastern Economic Association Meetings*, (2006), p. 3.

۱۹. حسن بادینی، *فلسفهٔ مسئولیت مدنی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۳۶۵.

20. John Fleming, "The Role of Negligence in Modern Tort Law", *Virginia Law Review*, No. 4, (1967), p. 823.

اعمال این قاعده، وجود آن به‌منظور تعیین میزان خسارات عامل زیان، نادیده گرفته می‌شود[۲۱]. لذا، ایجاد نهادهای جانبی نمی‌تواند به اصول اساسی مسئولیت مدنی لطمه وارد آورد. بر این اساس، ممنوعیت رجوع زیان‌دیده به عامل زیان، مخالف نظم عمومی و امنیت اجتماعی است. امری که به عاملان زیان بالفعل جرئت ارتکاب مجدد خطا و به عاملان زیان بالقوه جسارت ارتکاب رفتارهای خطاکارانه را می‌دهد. لذا نمی‌توان زیان‌دیده را با آنکه از نهادهای جانبی مبالغی را دریافت کرده است، از رجوع به عامل زیان منع کرد.

با توجه به لزوم جبران خسارت عامل زیان و تمایل زیان‌دیده مبنی بر جبران خسارت از طریق منابع ثانوی، عده‌ای راه‌حل قائم‌مقامی بیمه‌گر را ارائه می‌دهند. حال آنکه این امر را می‌توان با قاعدهٔ قبح ترجیح مرجوح و راجح نفی نمود. در واقع، به‌منظور جبران خسارت از سوی عامل زیان، نمی‌توان رجوع شرکت بیمه (مرجوح) را بر رجوع زیان‌دیده (راجح) مرجح دانست و مبلغ پرداختی عامل زیان را به شرکت بیمه اختصاص داد. لذا اگر قرار بر جبران خسارت از سوی عامل زیان باشد، باید این مبلغ به زیان‌دیده پرداخت شود نه منابع جانبی.

نظر عده‌ای که رجوع به عامل زیان را به‌طور مطلق نفی می‌کنند می‌تواند مورد انتقاد قرار گیرد، زیرا در برخی حوادث تمام خسارات وارده بر شخص زیان‌دیده از سوی منابع جانبی چون بیمه جبران نمی‌شود و رجوع به عامل زیان تنها می‌تواند تکمیل‌کنندهٔ جبران زیان وارده باشد. عدم تکافوی مبالغ دریافتی از منابع جانبی می‌تواند عوامل مختلفی داشته باشد. نوع خسارت وارده بر شخص زیان‌دیده و میزان خسارت وارده مانند خسارات معنوی و مبالغ هنگفت خسارات مالی می‌تواند به عدم تکامل جبران خسارت منجر شود. همچنین تعیین سقف و حدود جبران خسارت در برخی بیمه‌ها، تکافوی جبران خسارت زیان‌دیده را نمی‌کند. هزینه‌های دادرسی نیز گرچه به نفع زیان‌دیده مورد حکم قرار می‌گیرد، اما واقعیت امر اینست که هزینه‌های بارشده بر زیان‌دیده به‌منظور اقامهٔ دعوا و مطالبهٔ خسارت، بیشتر از هزینه‌های دادرسی محکوم‌شده است[۲۲] .لذا با توجه به موارد مطروحه نمی‌توان پرداخت منابع ثانوی را کافی دانست. رجوع به عامل زیان می‌تواند در بهبود وضعیت زیان‌دیده و اعادهٔ او به حالت سابق یاری‌رساننده باشد. درنظر گرفتن

21. Abraham S, Kenneth, "Twenty-First Century Insurance and Loss Distribution in Tort Law", *Cambridge University Press*, (2005), p. 140.

۲۲. حسن بادینی، «قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت»، پیشین، ص ۴۶.

تمام آثاری که یک حادثه و وقوع خسارت می‌تواند بر زندگی شخص زیان‌دیده برجای گذارد، توجیه‌کنندهٔ رجوع به عامل زیان و دریافت مبالغ مضاعف است؛ حتی اگر بیشتر از خسارات مالی وارد باشد. چه‌بسا که هر زیانی تنها به ظاهر آن ختم نمی‌شود و پشتیبانی و جبران زیان‌های نهانی را نیز می‌طلبد.

در کنار اتلاف هزینه، زمان و نیرویی که هنگام بروز یک حادثه و مطالبهٔ خسارت آن، صرف شده و معمولاً نادیده انگاشته می‌شود، ارزیابی خسارت خود دارای مشکلات عدیده‌ای است[۲۳]. کاهش کیفیت زندگی فردی که دچار نقص عضو شده، خسارات غیرقابل جبرانی که به برخی اموال وارد می‌شود، نقص عضو یک هنرمند و عدم امکان ادامهٔ آن هنر، رنج ناشی از درگذشت خویشاوندان، صدمات غیرقابل جبران ناشی از قصور پزشکی، عدم موفقیت عمل‌های زیبایی و... تنها می‌تواند گوشه‌ای از مسائل مربوط به خسارات وارده بر زیان‌دیده باشد.

یکی از دلایل دیگری که در موافقت با قاعدهٔ منبع جانبی می‌توان بیان کرد، حاکمیت «نظام حق‌الوکالهٔ مشروط یا اتفاقی» است. نظام حق‌الوکالهٔ مشروط[۲۴] در ایالات متحدهٔ امریکا در حوزهٔ خسارات بدنی حاکم و جاری است. همان‌طور که از نام این نظام پیداست، دریافت حق‌الزحمهٔ یک وکیل، مشروط به امری دیگر است. بر اساس حاکمیت این نظام، بین ۲۰ تا ۵۰ درصد از محکوم‌به، به‌عنوان حق‌الوکاله به وکیل زیان‌دیده پرداخت می‌شود. کمک به افراد ناتوان در اتخاذ وکیل در پرونده و ایجاد انگیزه در وکلا به‌منظور تلاش در احقاق حق خواهان و موفقیت در دعوا از عوامل حاکمیت این موضوع در نظام حقوقی امریکا است. هرچند با اعمال این شیوه افراد زیادی که توانایی مالی بهره‌مندی از وکیل را ندارند، می‌توانند مبلغی را به نحو مستقل پرداخت نکنند؛ اما با ارائهٔ قسمتی از مبلغ محکوم‌به به وکیل، زیان وارده به زیان‌دیده به نحو کامل جبران نمی‌شود و حالت او را به وضع سابق اعاده نمی‌کند؛ لذا رجوع به عامل زیان و حاکمیت نظام عام مسئولیت مدنی در کنار منابع جانبی باید وجود داشته باشد. حال آنکه اعمال شیوهٔ قائم‌مقامی در جایی که نظام حق‌الوکاله مشروط حاکم است، منجر به عدم جبران کامل خسارت زیان‌دیده می‌شود که این امر مخالف اصول اساسی جبران خسارت است.

---

۲۳. آندره تنک، *مبانی و اصول مسئولیت مدنی از دیدگاه حقوق تطبیقی*، مترجمان: سید حسین صفایی و سید احسان حسینی، (تهران: سهامی انتشار، چ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۷۶.

24. Contingent Fee

در یک تقسیم‌بندی، بیمه‌های خصوصی را می‌توان به بیمهٔ شخص اول و بیمهٔ شخص ثالث تقسیم نمود. بیمه‌های شخص اول، یا متعهد به پرداخت مبلغ معینی به بیمه‌گذار بر اساس توافق طرفین در قرارداد می‌شوند و یا متعهد به جبران ضرر خاصی به بیمه‌گذار می‌شوند که میزان آن پس از وقوع حادثه مشخص می‌گردد[۲۵]. در این نوع بیمه، شخص خود را در برابر خساراتی که ممکن است از سوی دیگران ایجاد شود، بیمه می‌کند. اما در بیمه‌های شخص ثالث مسئولیت ناشی از زیان‌های وارده از سوی بیمه‌گذار علیه زیان‌دیده، بیمه می‌شود. دادگاه‌هایی مانند دادگاه عالی کالیفرنیا اعمال قاعدهٔ منبع جانبی را تشویقی برای شهروندان می‌دانند که در مقابل احتمالات و به‌منظور حفظ خویش از آسیب‌ها به انواع بیمه‌ها روی آورده، آن را نوعی سرمایه‌گذاری می‌دانند[۲۶].

بیمه‌های عدم‌النفع انواع پوشش‌های بیمه‌ای اموال را شامل می‌شود که در آن خسارات اقتصادی و عدم‌النفع ناشی از وقفه در فعالیت‌های تجاری، از سوی شرکت‌های بیمه جبران می‌شود. این نوع بیمه را اغلب در کشورهای توسعه‌یافته چون امریکا و انگلستان می‌توان مشاهده نمود. طبیعتاً در کشورهایی چون ایران که جبران خسارت عدم‌النفع با تردید روبه‌رو است، پوشش این نوع بیمه‌ها چندان رایج نیست.

رسمیت یافتن این نوع بیمه در سال ۱۸۷۰ در ایالات متحدهٔ امریکا و رواج آن در نظام حقوقی این کشور حاکی از پذیرش خسارت عدم‌النفع است. اصولا خسارت عدم‌النفع یک خسارت غیرقطعی است که محاسبهٔ دقیق آن امکان‌پذیر نبوده، بر اساس شواهد و اوضاع و احوال موجود در هر پرونده بررسی می‌شود. لذا دادگاه‌های امریکا بر اساس قطعیت معقول به آن حکم می‌دهند[۲۷]. حکم به جبران خسارت عدم‌النفع در دادگاه‌های امریکا و توجه به جبران خسارت کامل زیان‌دیده، حاکی از اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت است که علاوه بر آنکه عامل زیان ملزم به جبران اصل خسارت واردشده است، زیان‌دیده می‌تواند از شرکت‌های بیمه نیز

25. John G, Fleming, *The Law of Torts*, (Sydney: The Law Book Company, 1987), p. 382-385.
26. Linda L, House, "Section 1983 and the Collateral Source Rule", *EngagedScholarship*, No. 1, (1992), p. 104.
۲۷. مونا عبدی و عباس میرشکاری، « اصول ارزیابی و محاسبه خسارت در بیمه های عدم النفع»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۵ (۱۴۰۳)، ص ۲۶۶ و ۲۸۱.

خسارات عدم‌النفع را مطالبه نماید و جمع رجوع به هر دو را ممکن می‌سازد.

همان‌طور که می‌دانیم در مسئولیت تضامنی، هریک از اشخاصی که ضامن شناخته می‌شوند به‌تنهایی مسئول جبران زیان وارده هستند. زیان‌دیده در صورت تمایل می‌تواند هر میزان که بخواهد به هریک از مسئولان مراجعه کرده، باقی خسارت را از ضامن دیگری بگیرد. چنانچه هر میزان از خسارت وارده از سوی مسئولان ضامن جبران شود، به همان میزان کلیهٔ آنها بری می‌شوند؛ لذا درصورتی که کل میزان خسارت از جانب یکی از ضامن‌ها جبران شود، زیان‌دیده حق مراجعهٔ مجدد به دیگران را ندارد. در تبیین این قاعده برخی به مسئولیت تضامنی اشاره کرده، بیان می‌دارند: مسئولیتی که میان چند ضامن برقرار است، ناشی از یک مسئولیت مشترک بوده که برعهدهٔ همهٔ آنهاست و جبران کل آن از سوی هریک، باقی اعضا را از مسئولیت مبرا می‌سازد. درحالی که در CSR هیچ‌یک از نهادهای ثانوی که خسارت وارده بر زیان‌دیده را جبران می‌کنند در ورود خسارت نقشی نداشته، شریک مسئول حادثه نیستند تا با جبران خسارت از سوی آنها مسئول حادثه را مبرا سازد. لذا با این قیاس نمی‌توان مسئولیت عامل زیان را به‌طور کلی یا جزئی کاست و رجوع به عامل زیان به‌منظور دریافت کل خسارت وارده پذیرفته‌شده است.

در نظام حقوقی کامن‌لا عواملی چون شرایط محیطی، اجتماعی و رأی قاضی مبنای مسئولیت مدنی اشخاص را تعیین می‌کند. مسئولیت مدنی در کامن‌لا مبتنی بر یک امر مشخص نبوده، بلکه می‌تواند ناشی از عمد، مسئولیت مطلق و تقصیر باشد[۲۸].

در برخی آرا در محاکم قضایی امریکا صدور حکم بر اساس مسئولیت مطلق است که شخص را بدون تقصیر هم مسئول می‌شمرند. برای مثال، در نگهداری اشیای خطرآفرین یا برخی اقداماتی که فاعل از انجام آنها نفع می‌برد، در صورت ورود زیان، مسئولیت حتی بدون تقصیر پذیرفته شده است؛ مانند رأی صادره در دعوای *فلچر علیه ریلاند* به سال ۱۸۶۸ در دادگاه لیورپول که در پی آن، ریلاند با یک مقاطعه‌کار قراردادی مبنی بر ساخت آب انبار در ملک خویش منعقد می‌کند که در پی حفاری مقاطعه‌کار، آب، معدن فلچر را که در مجاورت آن است فرا می‌گیرد و دادگاه رأی به مسئولیت ریلاند با آنکه مرتکب تقصیری نشده است، می‌دهد[۲۹].

۲۸. سید مرتضی قاسم‌زاده، *مبانی مسئولیت مدنی*. (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۸۷)، صص ۲۸۱ و ۲۸۲.
۲۹. همان.

یکی دیگر از مبانی مسئولیت در حقوق کامن‌لا تقصیر است که در موارد بی‌احتیاطی و غفلت محقق می‌شود و بر اساس آن، شخص اقدام به انجام فعل یا ترک فعلی می‌کند که رعایت احتیاط در آن معقول است[۳۰]. همچنین هنگامی که شخص با قصد خویش به دیگری عمداً خسارتی وارد آورد، مسئول جبران آن است.

موافقان اعتقاد دارند که بر اساس قاعدهٔ منبع ثانوی مسئولیت، عامل زیان بر هر مبنایی که باشد، زیان‌دیده از منابع جانبی نیز حق دریافت وجوه را دارد.

نمونهٔ بارز اعمال این قاعده را می‌توان در ایالاتی چون میشیگان، ماساچوست[۳۱] و ویرجینیا یافت. در ایالت ویرجینیا عقیده بر این است که خسارات قابل جبران صدمات شخصی ناشی از سهل‌انگاری و غفلت عامل زیان به بهانهٔ جبران آن از سوی زیان‌دیده کاهش نمی‌یابد. دادگاه‌های عالی ویرجینیا بر این باورند که مبالغی که از جانب منابع ثانوی به شخص زیان‌دیده پرداخت می‌شود، در برابر دین عامل زیان اعتباری ندارد. منطق و اساس این قاعده این است که کل خسارت زیان‌دیده باید از طرف عامل زیان جبران شود، نه آنکه ترکیبی از منابع ثانوی و عامل زیان باشد. این امر به آن معناست که در صورت جبران مقداری از خسارت از سوی نهادهای ثانوی، مابقی خسارت از جانب عامل زیان پرداخت نمی‌شود، بلکه زیان‌دیده بابت کل مبلغ می‌تواند به عامل زیان رجوع کند. در توجیه این عقیده می‌توان به یکی از آرای صادره استناد نمود: دادگاه عالی ویرجینیا (در دعوای *Fidelina D. Acuar v. Kevin Letourneau, 2000*) در خصوص دادخواست خواهان مبنی بر جبران خسارت در حادثهٔ تصادف وسیلهٔ نقلیهٔ موتوری، درخواست خوانده را مبنی بر کاهش مسئولیت به جهت جبران خسارت شرکت بیمه، رد کرد. دادگاه استدلال نمود که قاعدهٔ منبع ثانوی جهت ایجاد تعادل میان دو اصل متضاد اعمال می‌شود (۱- جبران خسارت تا میزان خسارت و نه بیشتر، ۲- مسئولیت عامل زیان بر جبران خسارت) و درنهایت نفع زیان‌دیده را برمی‌گزینند.

---

۳۰. قاسم حیدری و همکاران، «بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و آمریکا»، *پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۲۶۴.

۳۱. رای صادره از دادگاه استیناف در دعوای *Harris-Lewis v. Mudge, 60 Mass. App. Ct. 480, 803 N.E.2d 735 (2004).*

۲.۳. استدلال موافقان در حقوق ایران

با آنکه در بررسی قوانین و آرای قضایی در ایران نمی‌توان پیشینهٔ قاعدهٔ منبع ثانوی را به‌عنوان یک قاعدهٔ عام یافت، اما برخی حقوق‌دانان در جهت حمایت از آن، نظرهای مستدلی ارائه داده‌اند. افزون بر آن، می‌توان پذیرش این قاعده را در برخی از منابع ثانوی چون بیمه‌های عمر و حوادث مشاهده کرد.

در مخالفت با این قاعده، حقوق‌دانان اصل «منع جمع چند وسیلهٔ جبران خسارت» را مورد توجه و پذیرش قرار داده‌اند. با وجود پذیرش این اصل در میان حقوق‌دانان می‌توان قوانینی را یافت که تابعیت از این اصل را چنان‌که باید نشان نمی‌دهد. هیچ‌یک از متون قانونی را نمی‌توان مشاهده کرد که به‌طور صریح به هریک از شیوه‌های جبران خسارت چهارگانه به‌عنوان روش حاکم در قالب یک اصل اشاره کرده باشد.

موافقان اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی به وجود نظریه‌های مشورتی در خصوص جمع پرداختی‌های بیمه و دیه به زیان‌دیده اشاره می‌کنند و بر اساس آن جبران خسارت مضاعف را می‌پذیرند. برای مثال، در نظریهٔ مشورتی ۴ تیر ۱۳۶۴ ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه، جمع مزایای تأمین اجتماعی و دیه در کنار یکدیگر به نفع زیان‌دیده پذیرفته شده است. بر اساس نظام دیات، تنها افرادی می‌توانند دیه را دریافت کنند که به آنها زیان وارد شده باشد. با توجه به نظریهٔ مشورتی ۹۵۹–۷، مورخ ۴ تیر ۱۳۶۴ ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه که منشأ، مبلغ، مسئول پرداخت خسارت و دیه، اشخاص ذی‌نفع حادثه در نهادهای ثانوی (بیمه‌های اجتماعی و خصوصی) و نظام دیات متفاوت است، شرکت‌های بیمه نمی‌توانند دیهٔ متعلق به زیان‌دیده را دریافت کنند. لذا در صورت جبران خسارت از سوی شرکت‌های بیمه، حق رجوع به عامل زیان برای این نهاد محرز نبوده، در این زمینه قائم‌مقام زیان‌دیده نیستند، بلکه زیان‌دیده یا زیان‌دیدگان، خود می‌توانند به عامل زیان رجوع کرده، در کنار دیهٔ دریافتی، از عامل زیان خسارتِ زیان وارده را دریافت کنند.

در خصوص پذیرش شرط خلاف مواد ۳۰ قانون بیمه، مواد ۶۶ و ۹۰ قانون تأمین اجتماعی و آمره یا تکمیلی بودن آنها دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. برخی بر این عقیده‌اند که شرط خلاف اصل قائم‌مقامی صحیح بوده، می‌توان عدم رجوع شرکت‌های بیمه را به عامل زیان شرط کرد؛ حال آنکه برخی دیگر با این نظر مخالفت کرده، بطلان چنین شرطی را قائل‌اند. درواقع پذیرش

شرط خلاف این مواد، موجب بی‌توجهی به سیاست بازدارندگی است؛ مگر آنکه شرط خلاف اصل قائم‌مقامی را با رجوع زیان‌دیده به عامل زیان بپذیریم که بر اساس آن، زیان‌دیده می‌تواند علاوه بر شرط عدم رجوع نهادهای ثانوی به عامل زیان، خود به وی رجوع کند که این امر با اینکه ممکن است موجب جبران خسارت مضاعف شود، اعمال سیاست بازدارندگی را به‌دنبال خواهد داشت.

از یک منظر می‌توان گفت هدف مسئولیت مدنی اگر بازدارندگی نباشد موجب جسارت عاملان حادثه بر انجام مجدد آن می‌شود. لذا مسئول دانستن عامل زیان، مشابه محکومیت یک مجرم به پرداخت جزای نقدی است. از طرف‌داران این نظریه، گروس فیلد (حقوق آلمان)، ویندیگ کروز (حقوق دانمارک) و بوریس استارک (حقوق فرانسه) هستند[۳۲]. در واقع، این گروه معتقدند پرداخت خسارت در کنار جبران خسارت زیان‌دیده، در موارد وجود تقصیر به‌عنوان یک مجازات نیز عمل می‌کند. هدف دیگر مسئولیت مدنی برقراری نظم و امنیت اجتماعی است که با مسئول دانستن عامل زیان محقق می‌شود و این امر را در اذهان عمومی می‌گستراند که در صورت ارتکاب عملی که موجب بروز خسارت می‌شود، جبران آن از سوی آنها الزامی است. این نظریه در رویهٔ قضایی فرانسه با عنوان بطلان قراردادی که مبتنی بر عدم مسئولیت مدنی باشد، آمده است که جنبهٔ عمومی داشتن این قواعد محل استناد آنهاست[۳۳].

از اصول برآورد خسارت در دادگاه‌ها را می‌توان اصل لزوم جبران کامل ضرر و لزوم رعایت وضعیت و توانایی مسئول دانست. مراد از اصل لزوم جبران کامل خسارت آن است که زیان وارده به نحوی جبران شود که گویی خسارتی وارد نیامده است و وضعیت او را به حالت پیش از وقوع حادثه بازگرداند. اصل جبران کلیهٔ خسارات، قول مشهور حقوق‌دانان در حوزهٔ مسئولیت مدنی است[۳۴]. با توجه به مواد ۲۲۷ و ۶۵۲ قانون مدنی، قاضی در برآورد خسارت ملزم به لحاظ وضعیت مسئول حادثه است. همچنین طریقهٔ جبران خسارت بر اساس قانون مسئولیت مدنی دارای آزادی عمل بیشتری نزد دادگاه‌ها است. بر اساس مادهٔ ۳ قانون مسئولیت مدنی، دادگاه کیفیت، طریقه و

۳۲. علیرضا باریکلو، *مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، چ۱ ، ۱۳۸۵)، ص ۴۱ .

۳۳. همان، ص ۴۳.

۳۴. سید نوراله شاهرخی و حبیب‌اله رحیمی، «بررسی انطباق اصل جبران همهٔ خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزهٔ فلسفهٔ مسئولیت مـدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۰ (۱۴۰۱)، ص ۱۸۳.

میزان زیان را با توجه به اوضاع و احوال معین خواهد کرد؛ لذا اختیار تعیین روش جبران خسارت به‌عهدهٔ دادگاه‌ها است. در تعیین جبران خسارت، دادگاه باید شیوه‌ای را به‌کار گیرد که خسارت وارده بر زیان‌دیده به نحو کامل جبران شود، اما باید درنظر داشت اعمال جبران کامل خسارت مانع اعمال مادهٔ ۴ قانون مسئولیت مدنی نمی‌شود. براساس مادهٔ ۴، قانون‌گذار قائل به کاهش قضایی مسئولیت عامل زیان است[۳۵].

با وجود کیفیات مخففه‌ای که در کاهش مسئولیت عامل زیان در قانون مسئولیت ما پذیرفته شده که در آن عامل زیان مورد توجه قرار گرفته و در تلاش برای برقراری توازن میان آنهاست، بهره‌گیری از مزایای منابع جانبی می‌تواند یاری‌دهنده در جبران کامل خسارت زیان‌دیده و اجرای مادهٔ ۴ با کمترین تالی فاسد ممکن باشد. در واقع با آنکه توجه به شرایط عامل زیان و وقوع حادثه امری پسندیده و در تحقق عدالت یاری‌دهنده است، اما باید توجه داشت که جبران خسارت زیان‌دیده نباید جبران‌نشده باقی بماند و این خلأ می‌تواند با به‌کارگیری مزایای جانبی جبران شود. بنابراین با توجه به اینکه جبران خسارت در مواردی با درنظر گرفتن وضعیت عامل زیان صورت گرفته است، رجوع به منابع جانبی در کنار عامل زیان در جهت تحقق جبران خسارت نقش اساسی دارد.

از یک جنبه می‌توان بیان داشت، با آنکه یکی از شرایط جبران خسارت آن است که قبلاً جبران نشده باشد، در شرایطی که وجوهی از نهادهایی چون بیمه به شخص زیان‌دیده می‌رسد، چون این پرداخت‌ها مسبوق به قراردادی است که میان شرکت‌های بیمه و زیان‌دیدگان بالقوه منعقد شده است، اثری بر رابطهٔ میان عامل زیان و زیان‌دیده ندارد و می‌تواند تمام خسارات وارده را از عامل زیان دریافت کند. اما برخی معتقدند درصورتی که وجوه دریافتی عامل زیان به صورت رایگان باشد، زیان‌دیده تنها به میزان خسارت جبران‌نشده می‌تواند به عامل زیان مراجعه نماید و سازمان مربوطه قادر است بر اساس مادهٔ ۳۰ قانون بیمه، آن را از مسئول زیان مطالبه کند[۳۶].

هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران زیان وارده بر شخص زیان‌دیده و بازدارندگی عامل حادثهٔ

۳۵. علی‌عباس حیاتی، *حقوق مدنی۴ مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۳۳۹.

۳۶. یحیی جلیلوند، *مسئولیت مدنی قضات و دولت در حقوق: ایران، فرانسه، آمریکا و انگلیس*، (تهران: یلدا، چ ۱، ۱۳۷۳)، ص ۷۱.

فرع بر آن است[۳۷]. بر اساس اصل بازگشت وضعیت زیان‌دیده به حالت پیش از وقوع حادثه، هنگامی که به زیان‌دیده خسارتی وارد می‌شود وضعیت او از حالت پیش از وقوع زیان تغییر می‌کند و جبران آن منوط به بازگشت وی به وضع پیشین است[۳۸]. آنچه که می‌تواند وضعیت زیان‌دیده را به حالت قبل برگرداند لزوماً جبران خسارت مادی نبوده، خسارت معنوی واردشده بر شخص نیز باید جبران گردد. برای مثال، در یک تصادف رانندگی با جبران زیان وارده بر خودرو نمی‌توان گفت وضعیت زیان‌دیده به حالت پیش از وقوع زیان بازگشته است، چراکه کاهش قیمت خودرو، تحمل بار روانی ناشی از حادثه، صرف زمان و ازدست رفتن فرصت انتفاع در زمان تعمیر آن، بخشی از زیان‌هایی است که در برآورد خسارت وارد لحاظ نمی‌شود. این امر در برخی نظام‌های حقوقی با پذیرش جبران خسارت معنوی و اعمال آن پذیرفته شده است. در شرایطی که کلیهٔ زیان‌های وارده بر یک شخص مورد توجه و جبران قرار نمی‌گیرد، وجود نهادهای جانبی در کنار عامل حادثه می‌تواند پوشش‌دهندهٔ زیان‌های جبران‌نشده و اعادهٔ شخص به وضع پیشین باشد. بنابراین، یکی از فروعات اصل اعادهٔ وضعیت به سابق و جبران کامل خسارت، اصل توجه به خسارات تکمیلی در کنار خسارت اصلی است. این نوع خسارت می‌تواند شامل خسارات معنوی، خسارات ناشی از کاهش ارزش پول و خسارت تنبیهی باشد[۳۹].

در نگاه اول و به نحو عموم، عدالت چیزی جز اقتضای جبران خسارت ندارد، اما تحمیل جبران آن از سوی عامل زیان را نمی‌توان اقتضای آن دانست[۴۰]. درصورتی که بخواهیم حمایت از عامل زیان بداقبال را که باعث ورود یک خسارت اتفاقی و بدون تقصیر شده است مطلوب بدانیم، تضمین جبران خسارت زیان‌دیده نیز در مقابل آن، مطلوب و مورد حمایت است. همچنین جلب رضایت زیان‌دیده چیزی جز تسلای خاطر او از تضمین جبران زیان واردشده نیست. رفع این تعارض را در سیاست توزیع ضرر می‌توان جستجو کرد. «توزیع خسارت» به معنای انتشار ضرر و تقسیم و تحمیل آن بر خیل عظیمی از افراد است. انواع بیمه‌های خصوصی، بیمهٔ اجتماعی، و خدمات سلامت عمومی، همه به نحوی در جهت توزیع زیان و همبستگی اجتماعی و تعاون

۳۷. حسن ره‌پیک، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها*، (تهران: خرسندی، چ ۱۷، ۱۳۹۰)، ص ۲۲.
۳۸ . همان، ص ۸۸.
۳۹ . حسن ره‌پیک، پیشین، ص ۹۳.
۴۰ حسین صفایی و احسان حسینی، پیشین، ص ۱۷۹.

عمومی و در برخی موارد کسب سود به‌میان آمده‌اند. توزیع خسارت با پرداخت غرامت و جبران خسارت زیان‌دیده در تعارض نیست، اما این امکان وجود دارد که پرداخت آن از طریق منابع جانبی و پخش آن در میان افراد، معارض سیاست بازدارندگی و عدالت که اقتضا در عدم انتقال همهٔ پیامدهای شخص به افراد دیگر دارد، باشد[۴۱]. در واقع، در مواردی که شخص مقصر و مسئول حادثه شناخته می‌شود، برداشت کلیهٔ مسئولیت از وی پذیرفته نیست. لذا جبران آن از طریق عامل خسارت و رجوع زیان‌دیده به مسئول حادثه نیز در کنار منابع جانبی می‌تواند رافع این اشکال باشد.

در کنار این استدلال‌ها نمی‌توان این مسئله را نادیده گرفت که گاهی قصد واقعی زیان‌دیده از طرح دعوا علیه بیمه‌گر و بیمه‌گذارِ مسبب حادثه، تمسک به دو منبع برای جبران است و رجوع خواهان به هریک به اعتبار جداگانه‌ای است. در این صورت، خواهان حق دارد خسارت خود را از بیمه‌گذار و بیمه‌گر بخواهد و مطالبهٔ این حق از محکمه، نیاز به پاسخ قضایی دارد. و همچنین حمایت حداکثری از زیان‌دیده صرفاً بر بنیاد نظریهٔ تضامن در مسئولیت بیمه‌گذار مسبب حادثه و بیمه‌گر بنا می‌شود[۴۲]. *در بخشی از دادنامهٔ شمارهٔ ۹۳۰۷۳۴ مورخ ۲۸ آبان ۱۳۹۳ شعبهٔ ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در توجیه استناد به مسئولیت تضامنی آمده است: «هر چند در قانون ما صدور حکم دایر بر محکومیت تضامنی مستلزم نص قانون است اما در پاره‌ای از موارد اقتضای وضعیت ایجاب می‌نماید که مسئولیت تضامنی انجام پذیرد؛ زیرا حقوق شخص حقیقی و حقوقی به جهت وضعیت استنادی مالی و حقوقی به‌گونه‌ای است که چنانچه مسئولیت را به تساوی یا نسبت ایجاد نمائیم موجبات دارا شدن غیرعادلانه اشخاص خواهد شد...».*

٤. کاربرد قاعدهٔ منبع ثانوی در نظام بیمه

در حقوق کشورهای دنیا روش‌های گوناگونی به‌منظور جبران خسارت ارائه شده که هریک بر مبنای سیاست‌ها و اهداف خویش است. به‌طور کلی با توجه به نهادهای گوناگون و جبران خسارت از سوی آنها، این پرسش مطرح می‌شود که با اجرای قراردادی چون بیمه، آیا از بیمه‌گذار

۴۱. همان. ص ۱۸۱.

۴۲. حمید افکار و عبداله خدابخشی، «طرح نظریه تضامن مسئولیت مسبب حادثه و بیمه گر در قانون بیمه اجباری»، *حقوقی دادگستری*، ش۱۲۰ (۱۴۰۱)، ص ۳۴ و ۴۰.

رفع خسارت شده است و دیگر دلیلی برای رجوع به عامل زیان وجود ندارد؟ یا آنکه اجرای قرارداد بیمه تأثیری در اشخاص ثالث نداشته، عامل زیان همچنان مسئول پرداخت خسارت است؟

اکثریت قریب به اتفاق کشورهای دنیا بر این امر اتفاق نظر دارند که قلمرو اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی در خصوص انواع بیمه محدود به بیمهٔ عمر و حوادث است.

موضوع بیمهٔ اشخاص، جان، سلامتی و در یک کلام وجود اشخاص است[۴۳]. این بیمه تمامیت جسمانی اشخاص را تحت پوشش و حمایت قرار می‌دهد. مرگ طبیعی یا بر اثر حادثه، بیماری، نقص عضو، ازکار افتادگی، هزینه‌های پزشکی ناشی از حادثه و... مثالی‌هایی از بیمهٔ اشخاص است. بیمه‌های سرمایه‌ای در هنگام ورود خسارت و یا حتی غیر از آن، موظف به پرداخت مزایایی به میزان وجه معینی هستند که در قرارداد ذکر شده است (در فرض وجود خسارت چه بیشتر از میزان خسارت وارده باشد و چه کمتر از آن). در واقع، پرداخت از طرف شرکت بیمه به جهت جبران خسارت بیمه‌گذار نبوده بلکه ایفای تعهدی است که در قرارداد تعیین شده است. بیمه عمر، حوادث و درمان از انواع بیمه‌های اشخاص هستند.

۱.٤. بیمهٔ عمر

بیمه عمر قراردادی است که به‌موجب آن بیمه‌گر در مقابل پرداخت حق بیمه از سوی بیمه‌گذار، متعهد به پرداخت مبلغ معینی به صورت یکجا در قالب سرمایهٔ بیمه شده یا در مدت معین به صورت مستمری به شخص بیمه‌گذار یا شخص ثالث تعیین‌شده در قرارداد، ملزم می‌شود، که موعد آن می‌تواند مرگ یا حیات بیمه‌گذار یا شخص دیگر در زمان مشخص باشد. این بیمه جنبهٔ پس انداز داشته، بیمه‌گذار هر زمان که بخواهد می‌تواند آن را متوقف کند. در واقع، بیمهٔ عمر یک نوع آینده‌نگری و سرمایه‌گذاری برای بیمه‌گذار یا اشخاص ثالث است. لذا با توجه به ویژگی‌ها و شرایط موجود در انواع مختلف بیمه‌های عمر می‌توان به این نتیجه دست یافت که در بیمه‌های عمر به شرط فوت، عمر به شرط حیات و مختلط، ازآنجا که جنبهٔ پس‌انداز در آنها وجه غالب بوده، دریافت مزایا در آن مسلم است؛ هیچ ارتباطی با پرداخت خسارت از طرف عامل

۴۳. عمران نعیمی و محمدمهدی صداقت، *حقوق بیمه*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۷۲.

زیان که مقصر در فوت او بوده، ندارد و دریافت وجوه از عامل خطا و بیمهٔ عمر توأمان پذیرفته شده است. بنابراین، قاعدهٔ منبع ثانوی را در بیمهٔ عمر که یکی از انواع بیمه‌های اشخاص است می‌توان اعمال کرد.

۲.٤. بیمهٔ حوادث بدنی

در این نوع بیمه آنچه مورد حمایت از سوی بیمه‌گذار قرار می‌گیرد، صدمه و حوادث بدنی ناشی از وقوع یک حادثه است که در صورت وقوع آن، بیمه به پرداخت مبلغ معینی به زیان‌دیده ملزم می‌شود. مقصود از حادثهٔ بدنی، صدمهٔ وارد بر عضو بر اثر یک عامل بیرونی- مستقل از قصد و ارادهٔ شخص زیان‌دیده- و غیرمنتظره است[۴۴]. در بیمهٔ حوادث مواردی چون نقص عضو، بیماری، هزینه‌های درمانی ناشی از حوادث، ازکار افتادگی، مسمومیت، فوت و... که ناشی از وقوع یک حادثه است، تحت پوشش قرار می‌گیرند و بر اساس آن، بیمه موظف به حمایت از بیمه‌شده طبق موارد تعیین‌شده در قرارداد و پرداخت خسارات ناشی از حوادث است. در خصوص بیمهٔ حوادث بدنی، برخی بر این باورند که توافق بر رجوع بیمه به عامل زیان خلاف نظم عمومی است[۴۵].

به علت شباهت‌هایی که بین این بیمه و بیمهٔ عمر از لحاظ پرداخت حق بیمه و جنبهٔ سرمایه‌گذاری آن وجود دارد، برخی اعمال قاعدهٔ منبع جانبی را صحیح می‌دانند. این درحالی است که عده‌ای دیگر با این امر مخالفت کرده، خطر را در بیمهٔ عمر (مرگ) حتمی و در بیمهٔ حوادث بدنی غیر قطعی می‌دانند و بر این مبنا بیمهٔ حوادث بدنی را سرمایه‌گذاری نمی‌دانند؛ لذا اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی را در خصوص بیمهٔ حوادث بدنی منتفی می‌شمرند[۴۶]. با وجود دیدگاه‌های معارضی که در ماهیت بیمهٔ حوادث وجود دارد، اما به‌طور کلی آنچه از این نوع بیمه می‌توان استنباط نمود، آن است که با توجه به آنکه در هنگام فوت و وقوع حادثه از منتفعان بیمه حمایت می‌شود، به‌نوعی سرمایه‌گذاری و در زمرهٔ بیمهٔ اشخاص است؛ لذا اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی در این بیمه پذیرفته‌شده است.

---

۴۴. روژه بو، *حقوق بیمه* مترجم: محمد حیاتی، (تهران: بیمه مرکزی ایران، چ ۲، ۱۳۷۸)، ص ۸۱.

۴۵. جانعلی محمود صالحی، *فرهنگ اصطلاحات بیمه و بازرگانی*، (تهران: شرکت صادراتی سازمان صنایع ملی ایران، چ ۱، ۱۳۶۷)، ص ۷۵.

46. John, Fleming, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Collateral Benefits, (Tubingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), (1971), p. 11.

براساس توضیحات مطرح‌شده، هدف اکثر بیمه‌های اشخاص علاوه بر جنبهٔ تأمین و جبران خسارت، یک نوع سرمایه‌گذاری است. حال آنکه هدف بیمه‌های خسارت صرفًا جبران زیان وارده در هنگام وقوع خطر است. ثمرهٔ قراردادهای مربوط به بیمه‌های اشخاص، ایجاد حق دینی به نفع بیمه‌گذار است که به‌منزلهٔ اوراق اعتباری است[۴۷]. همچنین اصل جبران خسارت را نمی‌توان در بیمه‌های اشخاص حاکم دانست، چراکه هیچ‌گونه رابطه‌ای میان خسارت زیان‌دیده و وجوه پرداختی وجود ندارد؛ حتی اگر موضوع بیمه در نتیجهٔ حادثه و بروز خسارت تحقق نیابد، شرکت‌های بیمه به ایفای تعهد قراردادی خویش موظف هستند.

افزون بر آن، در بیمهٔ عمر و حوادث، بیمه‌گر موظف به پرداخت مبلغ تعیین‌شده در قرارداد – فارغ از میزان خسارت واقعی– است. این امر را می‌توان از مادهٔ ۲۳ قانون بیمه نیز استنباط کرد که بیان می‌دارد: در خصوص بیمهٔ عمر و نقص و شکستگی اعضای بدن، وجوه پرداختی در هنگام انعقاد قرارداد بیمه باید میان طرفین تعیین گردد. این امر حاکی از آن است که میزان وجوه پرداختی علقه‌ای با میزان خسارت وارده ندارد و می‌تواند کمتر یا بیشتر از آن باشد. در بیمه‌های اشخاص نه‌تنها اصل جبران خسارت و به تبع آن، اصل قائم‌مقامی، حاکمیت ندارد و بیمه‌گذار نمی‌تواند به عامل زیان رجوع کند، بلکه شرط رجوع و قائم‌مقامی از زیان‌دیده نیز پذیرفته نیست. چراکه این بیمه‌ها از شمول مادهٔ ۳۰ قانون بیمه تخصیص خورده‌اند. در واقع ازآنجا که مقصود اصلی بیمه‌های اشخاص در ارائهٔ مزایا، جبران خسارت زیان‌دیده نیست، بیمه نیز حق رجوع به دیگری را ندارد. لذا دریافت وجوه خسارت علاوه بر آنکه از عامل زیان امکان‌پذیر است، زیان‌دیده می‌تواند به شرکت‌های بیمه رجوع کرده، مبالغی را دریافت کند؛ زیرا این مبالغ ارتباطی با خسارت و میزان آن نداشته، پرداخت آن بر مبنای قراردادی است که میان طرفین توافق شده است.

با پذیرش قاعدهٔ منبع ثانوی در بیمه‌های اشخاص می‌توان بدین جواز نیز دست یافت که اشخاص می‌توانند به انعقاد بیمه‌های مضاعف اقدام کنند و علاوه بر عامل زیان از محل چند بیمه نیز در خصوص یک زیان واحد وجوه خسارت را دریافت کنند. برای مثال، می‌توانند به‌طور هم‌زمان علاوه بر بیمهٔ عمر به شرط فوت، بیمهٔ حوادث در فرض فوت را نیز خریداری کنند و از سه محلِ بیمهٔ عمر به شرط فوت، بیمهٔ حوادث و عامل زیان، وجوه خسارت را از یک زیان واحد

۴۷. عمران نعیمی و محمدمهدی صداقت، پیشین، ص ۸۵.

دریافت کنند. اما این امر در بیمه‌های خسارت که تابع اصل غرامت و قائم‌مقامی هستند، متفاوت است.

همچنین از میان بیمه‌های اشخاص در بیمه‌های عمر، حوادث و بیمه‌های درمانی که جنبهٔ غرامت ندارند، اصل قائم‌مقامی حاکم نیست و زیان‌دیده می‌تواند هم به عامل زیان و هم به بیمه‌های اشخاص رجوع کند. اما هنگامی که بیمه‌های درمانی جنبهٔ غرامت و جبران خسارت داشته باشند، اصل قائم‌مقامی و عدم اعمال قاعدهٔ منبع جانبی پذیرفته است.

بنابراین در خصوص برخی از بیمه‌های اشخاص، قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی دنیا بر این امر تکیه دارند که نظریهٔ قائم‌مقامی قابل اجرا نبوده، اعمال قاعدهٔ منبع ثانوی را در آن مجاز می‌دانند. لذا با تفکیک بیمه‌های موجود می‌توان اعمال قاعده را در خصوص بیمه‌های اشخاص در سطح جهانی پذیرفت.

نتیجه

نظام عام مسئولیت مدنی در حقوق مسئولیت مدنی به‌منظور جبران خسارت زیان‌دیده، گرچه در گذشته حاکم بود و بر اساس آن عامل زیان خسارت وارده را جبران می‌کرد، اما ضرورت زندگی جمعی، پیشرفت جوامع و تحول آن، لزوم وجود منابع جانبی را انکارناپذیر می‌نماید. پیشرفت جوامع و گسترش تکنولوژی در سده‌های گذشته موجب بروز عوامل خسارت‌های عظیم و خطرهای بسیاری شده که روند جبران خسارت را به شیوه‌های متفاوتی سوق داده است؛ لذا روش‌های گوناگونی در جهت رویارویی با آن صورت پذیرفته است. قاعدهٔ منبع ثانوی جبران خسارت یک قاعدهٔ عام در حقوق ایالات متحدهٔ امریکا است که بر اساس آن دادگاه‌ها و هیئت منصفه مدارک مربوط به دریافت وجوه زیان‌دیده از منابع جانبی را که از سوی عامل زیان ممکن است ارائه شود، نمی‌پذیرند. بر این اساس، مسئولیت عامل زیان کاهش نمی‌یابد و حتی با وجود دریافتی‌های زیان‌دیده از سایر منابع، عامل زیان ملزم به پرداخت کل خسارات وارده است.

طرف‌داران این قاعده به دستاویزهای محکمی تمسک جسته، بیان می‌دارند پرداخت‌های منابع ثانوی چون انواع بیمه، در برابر دین عامل زیان اعتباری ندارد و هیچ‌گونه رابطه‌ای را نمی‌توان میان این منابع و عامل زیان متصور شد. همچنین حفظ کارکرد بازدارندگی عاملان

زیان بالقوه و بالفعل مانعِ آن است که از مسئولیت عامل زیان بکاهیم. در واقع، پرداخت منابع ثانوی را نمی‌توان وسیلهٔ سود عامل زیان قرار داد؛ چراکه پرداخت از سوی عامل زیان، علاوه بر جبران خسارت، تنبه وی و نظم عمومی را نیز در پی دارد. این دسته استدلال می‌کنند خسارات وارده به اشخاص، تنها به ظاهر آن ختم نمی‌شود و خسارات معنوی وارده از سوی منابع جانبی جبران نمی‌گردد. لذا پرداخت وجوه از محل‌های متعدد می‌تواند در ایجاد رضایت زیان‌دیده و بازگشت او به حالت سابق مؤثر باشد و وسایل جبران کامل خسارت را فراهم سازد. در این میان حتی اگر وجوه دریافتی به سود مضاعف زیان‌دیده بینجامد، این امر بر سود عامل زیان و عدم مسئولیت وی ارجحیت دارد. با آنکه برخی حل این مسئله و حفظ بازدارندگی عامل زیان را در رجوع نهادهای ثانوی به عامل زیان می‌دانند و قائل به قائم‌مقامی این منابع می‌شوند، اما این راه‌حل قابل قبول نبوده، چراکه به بی‌اعتمادی و ایجاد افکار منفی در ذهن عموم جامعه نسبت به منابع ثانوی منجر می‌شود.

با توجه به استدلال‌هایی که در حمایت از این شیوه ارائه شده است، هر نظام حقوقی که این روش را مطابق با سیاست‌ها و اهداف خویش بیابد، می‌تواند آن را اعمال کند؛ چراکه اعمال این شیوه را در ایالات متحدهٔ امریکا به‌عنوان یک قاعدهٔ عام، و در ایران در برخی موارد چون جمع دیه و بیمه‌های اجتماعی شاهدیم. همچنین کاربرد آن را در بیمه باید پذیرفت که بر اساس آن، اکثریت قریب به اتفاق کشورهای دنیا در اعمال این قاعده در خصوص بیمه‌های عمر و حوادث که ماهیت سرمایه‌گذاری در آنها وجه غالب است و حق بیمه در مقابل آن پرداخت شده است، اتفاق نظر دارند.

ازآنجا که خسارات وارده بر زیان‌دیده را نمی‌توان محدود به ظاهر آن نمود و مسائل گوناگونی در عدم جبران کامل خسارات زیان‌دیده مداخله دارد، در پایان پیشنهاد می‌شود با اعمال این شیوه، وسایل جبران کامل خسارات وارده بر زیان‌دیده فراهم گردد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. بابایی، ایرج (۱۳۹۰). ***حقوق بیمه***، تهران: سمت.

۲. بادینی، حسن (۱۳۸۴). ***فلسفه مسئولیت مدنی***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳. باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۵). ***مسئولیت مدنی***، تهران: میزان.

۴. بو، روژه (۱۹۹۲). ***حقوق بیمه***، مترجم: محمد حیاتی، ۱۳۷۸، تهران: بیمه مرکزی ایران.

۵. تنک، آندره (۱۹۸۳). ***مبانی و اصول مسئولیت مدنی از دیدگاه حقوق تطبیقی***، مترجمان: سید حسین صفایی و سید احسان حسینی، ۱۳۹۸، تهران: سهامی انتشار.

۶. جلیلوند، یحیی (۱۳۷۳). ***مسئولیت مدنی قضات و دولت در حقوق: ایران، فرانسه، آمریکا و انگلیس***، تهران: یلدا.

۷. حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۲). ***حقوق مدنی٤ مسئولیت مدنی***، تهران: میزان.

۸. ره‌پیک، حسن (۱۳۹۰). ***حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها***، تهران: خرسندی.

۹. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷). ***مبانی مسئولیت مدنی***، تهران: میزان.

۱۰. محمدی، محمدمهدی (۱۳۸۵). ***حقوق بیمه (مسئولیت و شخص ثالث)***، تهران: میزان.

۱۱. محمود صالحی، جانعلی (۱۳۶۷). ***فرهنگ اصطلاحات بیمه و بازرگانی***، تهران: شرکت صادراتی سازمان صنایع ملی ایران.

۱۲. نعیمی، عمران و صداقت، محمدمهدی (۱۳۹۱). ***حقوق بیمه***، تهران: جنگل.

- مقالات

۱۳. افکار، حمید و خدابخشی، عبداله (۱۴۰۱). طرح نظریهٔ تضامن مسئولیت مسبب حادثه و بیمه‌گر در قانون بیمهٔ اجباری، ***حقوقی دادگستری***، ۸۶ (۱۲۰)، ۲۷-۴۷.
Doi:10.22106/jlj.2022.542623.4527

۱۴. امیران بخشایش، عیسی و باریکلو، علیرضا (۱۳۹۳). مفهوم اصل جبران خسارت در حقوق بیمه، ***مجلس و راهبرد***، ۲۱ (۸۰)، ۱۶۹-۱۹۳.

۱۵. بادینی، حسن (۱۳۸۷). قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت (مسئولیت مدنی، بیمه و تأمین اجتماعی)، ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۳۸ (۲)، ۳۹-۶۷.

۱۶. بادینی، حسن و تخشید، زهرا (۱۳۹۸). مقدمه‌ای تحلیلی و انتقادی بر مطالعه‌ی تطبیقی حقوق مسئولیت مدنی آمریکا، ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۴۹ (۲). ۲۱۷-۲۳۷.
Doi: 10.22059/jlq.2019.279695.1007201

۱۷. باریکلو، علیرضا و هاشمی، سید نعمت‌اله (۱۳۹۵). تأثیر بیمه بر بازدارندگی حقوق مسئولیت مدنی، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۶ (۱۱)، ۳۱-۵۳.

۱۸. حیدری، قاسم؛ عامری، پرویز و آل‌بویه، علی (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و آمریکا، ***پژوهش‌های روابط بین الملل***، ۸ (۲)، ۲۶۳-۲۹۲.

۱۹. خادم سربخش، مهدی و سلطانی‌نژاد، هدایت‌اله (۱۳۹۲). اصل قابلیت جبران کلیهٔ خسارات، ***مبانی فقهی حقوق اسلامی(پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی)***، ۶ (۱۲)، ۲۱-۴۸.

۲۰. شاهرخی، سید نوراله و رحیمی، حبیب‌اله (۱۴۰۱). بررسی انطباق اصل جبران همه خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزهٔ فلسفه مسئولیت مدنی، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴ (۳۰)، ۱۷۹-۲۱۳. Doi: 10.22034/law.2022.50748.3106

۲۱. عبدی، مونا و میرشکاری، عباس (۱۴۰۳). اصول ارزیابی و محاسبهٔ خسارت در بیمه‌های عدم‌النفع، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۵ (۳۵)، ۲۶۱-۲۹۲.
Doi: 10.22034/law.2024.59203.3338

۲۲. غریبه، علی و امن‌الهی، عزیز (۱۴۰۱). مبانی مسئولیت تولید و عرضه تجهیزات پزشکی معیوب در حقوق ایران و اتحادیهٔ اروپا، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۳ (۲۶)، ۱۲۵-۱۵۲.
Doi: 10.22034/law.2021.46297.2916

ب) منابع انگلیسی

- Books

23. Fleming, John (1971). ***International Encyclopedia of Comparative Law***. Volume XI, Torts, Chapter 11, Collateral Benefits, Tubingen:

J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

24. Fleming, John G (1987). ***The Law of Torts***, Sydney: The Law Book Company.
25. Garner, Bryan A (2004). ***Black's Law Dictionary,*** United States: West, Thomson Reuters.
26. Posner, Richard A (2007). ***Economic Analysis of Law***, New York: Aspen Publishers.

- Articles

27. Fleming, John (1967). The Role of Negligence in Modern Tort Law, ***Virginia Law Review***, 53 (4), 815-846.
28. Gosnell, Devon L (2000). The Collateral Source Rule, Whose Windfall Is It?, ***Morgantown***, 1-15.
29. House, Linda L (1992). Section 1983 and the Collateral Source Rule, ***Engaged Scholarship***, 40 (1) 101-131.
30. Kenneth S. Abraham (2005). Twenty-First Century Insurance and Loss Distribution in Tort Law, ***Cambridge University Press***, 81-110. Doi: 10.1017/CBO9780511610639.005.
31. Schap, David and Feeley, Andrew (2008). The Collateral Source Rule: Statutory Reform and Special Interests, ***Cato Journal***, 28 (1), 83-99.
32. Schap, David and Feeley, Andrew (2006). (Much) More on the Collateral Source Rule, ***Philadelphia: Paper Presented at the Eastern Economic Association Meetings***, 1-17.

- Cases

33. Harris-Lewis v. Mudge, 60 Mass. App. Ct. 480, 803 N.E.2d 735 (2004)
34. Sheffield v Superior lns. Co., 800 so 2d 197, (fla 2001); Grossman v. Beard, 410 So.2d 175 (Fla. 2d DCA 1982).

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 16 **Issue:** 38

Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 29-52

A Comparative Study of the Impact of Mistakes on Lineage, Guardianship, and Custody of a Child Resulting From Medical Fertility Treatments in Iranian and French Law

Ghafour Khoeini[1]| Faezeh Akhoodi[2]

1. Associate Professor, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran ghkhoeini@khu.ac.ir

2. Ph.D Candidate in Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran (Corresponding Author) akhoondi.fa@gmail.com

Abstract

Medical fertility as one of the new technologies has been widely welcomed by infertile couples in recent decades. While the application of this new technology has faced many challenges, which sometimes the legal system has sometimes not provided an adequate answer. One of the serious problems is the non-financial effects of medical fertility treatments, the most important of which are lineage, guardianship, and guardianship. Now, if a mistake happens in the process of infertility treatment, the legal status of the non-financial effects of medical fertility will face more serious challenges. Examining the legal response to the leading ambiguities in other legal systems, including France, can be a way forward. Therefore, using the descriptive-analytical method and the library method, legal solutions to resolve the ambiguity of the non-financial effects of medical fertility in case of occurrence of error. The parentage of a child resulting from a donation in the French legal system is based on agreement and is different from Iran, and the natural (biological) parentage is the criterion in Iran, and in case of a mistake, the natural parentage is unchangeable, but the agreed parentage can undergo changes, which the point of view Natural lineage has a double match with medical science and the nature of lineage. Forced guardianship in Iran is reserved for fathers and grandfathers, and if the natural father is unknown, forced guardianship is also ruled out, and alternative institutions such as guardianship are considered; However, in France, the consensual abbot system of the donor parents is the rule, which can be continued in the event of a mistake, the consensual abbot can continue, and in case the child is not accepted, guardianship can be proposed by other support institutions. According to Article 3 of the law on the method of embryo donation, the custody is the responsibility of the donor couple, and the same is the rule in French law, and in the event of a mistake in the case of the donor's refusal to accept the child, this is the responsibility of the support institutions, which in French law are far more protective authorities. Children are numerous and more advanced.

Keywords: *Medical Fertility, Descent, Guardianship, Mistake, Legal Father, Father by Agreement.*

Received: 2024/11/01 **Received in revised form:** 2025/01/24 **Accepted**: 2025/02/25 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.64298.3425

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۸

بهار ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۲۹-۵۲

مطالعهٔ تطبیقی تأثیر اشتباه بر نسب، ولایت و حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در حقوق ایران و فرانسه

غفور خوئینی[۱] | فائزه آخوندی[۲]

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، ایران ghkhoeini@khu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، ایران (نویسنده مسئول) akhoondi.fa@gmail.com

چکیده

باروری‌های پزشکی به‌عنوان یکی از فناوری‌های نوین مورد استقبال گستردهٔ زوجین نابارور در دهه‌های اخیر قرار گرفته است. به‌کارگیری این فناوری با چالش‌های متعددی روبه‌رو شده و در مقابل، نظام حقوقی بعضاً پاسخ درخوری ارائه نکرده است. یکی از معضلات جدی، آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی شمرده می‌شود که اهم آنها نسب، ولایت و حضانت است. حال اگر در روند درمان ناباروری اشتباهی حادث شود، وضعیت حقوقی آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی با چالش‌های جدی‌تری مواجه خواهد شد. بررسی پاسخ حقوقی به ابهامات پیش رو در سایر نظام‌های حقوقی ازجمله فرانسه می‌تواند راهگشا باشد. لذا در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و به شیوهٔ کتابخانه‌ای راهکارهای حقوقی جهت رفع ابهام آثار غیرمالی باروری‌های پزشکی در صورت حدوث اشتباه، بررسی گردید. نسب طفل ناشی از اهدا در نظام حقوقی فرانسه مبتنی بر توافق بوده، با ایران متفاوت است. در ایران نسب طبیعی (بیولوژیکی) ملاک است و در صورت بروز اشتباه، نسب طبیعی تغییرناپذیر است، اما نسب توافقی می‌تواند دستخوش تغییر شود که دیدگاه نسب طبیعی با علم پزشکی و نیز با ماهیت نسب همخوانی مضاعفی دارد. ولایت قهری در ایران مختص پدر و جدّ پدری است و درصورتی که پدر طبیعی ناشناس باشد، ولایت قهری نیز منتفی است و نهادهای جایگزین مانند قیمومت مطرح است؛ اما در فرانسه نظام ابوت توافقی پدر و مادر اهداگیرنده حاکم است که در صورت بروز اشتباه، ابوت توافقی می‌تواند تداوم یابد و در صورت عدم قبول کودک، قیمومت از سوی سایر نهادهای حمایتی قابل طرح است. حضانت نیز با عنایت به مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اهدای جنین، برعهدهٔ زوجین اهداشونده است و همین مهم بر حقوق فرانسه حاکم است. گفتنی است در هنگام بروز اشتباه و در صورت عدم پذیرش طفل از جانب اهداگیرنده، این مهم برعهدهٔ نهادهای حمایتی است که در حقوق فرانسه به‌مراتب مراجع حمایتی کودک متعدد و پیشرفته‌تر هستند.

واژگان کلیدی: *ابوت توافقی، اشتباه، باروری‌های پزشکی، پدر حکمی، حضانت، نسب، ولایت.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۱۱ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۳/۱۱/۰۵ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۳/۱۲/۰۷ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.64298.3425

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

از عمده‌ترین آثار غیرمالی اشتباه در باروری‌های پزشکی، مبحث نسب (اصلیت)، ولایت قهری و حضانت (نگهداری و پرورش طفل) است. موارد یادشده به قدر کفایت در باروری‌های پزشکی چالش‌برانگیز است. حال اگر اشتباهی در روند درمان حادث شود، بر ابهامات و چالش‌های حقوقی آن از منظر سه مبحث معنونه افزوده می‌شود. درصورت وقوع اشتباه، علاوه بر حقوقِ طرفینِ عقد، حقوق جنین و سرانجام کودک نیز از آن تأثیر می‌پذیرند و به نحوی بر حقوق مادی و معنوی آنها تأثیرگذار خواهد بود که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. برای یافتن راه‌حل مطلوب و بومی‌سازی آنها، مطالعهٔ تطبیقی مادامی که با نظام حقوقی ما سازگاری داشته باشد ضروری به‌نظر می‌رسد. لذا موارد سه‌گانه معنونه در حقوق فرانسه نیز مورد مداقه قرار خواهند گرفت تا بتوان بهترین رویکرد حقوقی را برگزید.

وقوع اشتباه در باروری‌های پزشکی محتمل است؛ برای نمونه در اهدای جنین، اگر رویان ناقل بیماری مسری هپاتیت نوع «C» و یا ایذر باشد و هنگام زایمان به اهداشونده منتقل شود، یا در صورت اشتباه پزشک در محیط آزمایشگاهی باکتری یا ویروسی به جنین منتقل شده، منجر به ازبین رفتن و یا بیماری جنین و درنهایت طفل گردد، و یا در لقاح همگن اشتباهی رخ دهد و تبدیل به لقاح ناهمگن شود. در کشور فرانسه اشتباهات باروری پزشکی از حیث درجهٔ اهمیت به سه دسته تقسیم می‌شوند و از منظر جبران خسارات، اهم درجات اشتباه در اولویت هستند[1]. در پژوهش‌های دکترین، وقوع اشتباه در قراردادها و انواع آنها و آثار مالی در باروری‌های پزشکی به صورت مجزا مورد مداقه قرار گرفته بود؛ درحالی که آثار غیرمالی اشتباه در باروری‌های پزشکی نخستین بار است که مورد توجه قرار می‌گیرد.

در ادامه به بررسی رویکرد حقوقی دو کشور ایران و فرانسه ذیل سه مبحثِ نسب، ولایت و حضانت در روش‌های باروری پزشکی و در صورت بروز اشتباه می‌پردازیم.

۱. نسب طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

یکی از چالش‌های اصلی در حوزهٔ باروری‌های مصنوعی، احراز نسب طفل است که منشأ آثار مهم و متعدد دیگری است. گسترش بهره‌برداری از روش‌های درمان ناباروری، موضوع نسب

1. AMP Vigilance _ Fiche Retour D’expérience Sur Les Erreurs D’identification en AMP.Mars 2020.

کودکانِ متولدِ این‌گونه روش‌ها را به‌میان آورده و چالش‌های جدی و متعددی را ایجاد کرده است.

لازم به ذکر است در قوانین فرانسه و نیز کشور ما، قانون‌گذار نسب را تعریف نکرده است[۲]؛ به به همین دلیل در جهت رفع ابهام برخی از حقوق‌دانان تعاریفی برای نسب ارائه داده‌اند. بعضی نسب را این‌گونه تعریف نموده‌اند:«رابطهٔ خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند و به تعبیر دیگر، نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث شود»[۳]. همچنین حقوق‌دان دیگری نسب را رابطهٔ شخص با دیگری از طریق ولادت می‌داند؛ خواه به او منتهی شود مانند منتهی شدن پسر به پدر یا به ثالث منتهی شود، مانند دو برادر که به پدر و مادر منتهی می‌شود[۴]. فقها نیز پیرامون نسب تعاریفی را ارائه داده‌اند؛ ازجمله اینکه «نسب عبارت از اتصال دو نفر با ولادت شرعی است یا منتهی شدن یکی از آنها به دیگری، هرچند با واسطه‌های متعدد و یا انتهای هر دوی ایشان به ثالث با صدق قرابت عرفی»[۵].

فارغ از خلأ قانونی در حوزهٔ تعریف قانونی نسب، در ادامه، نسب ناشی از باروری‌های پزشکی در صورت بروز اشتباه در کشور ایران و فرانسه مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱.۱. وضعیت نسب طفل ناشی از باروری پزشکی در ایران در صورت حدوث اشتباه

در باب مفهوم‌شناسی، «در فرهنگ لغت فارسی از نسب به معنای اصل، نژاد، گوهر، نسب خویشاوندی، قرابت، زن، همسر یاد شده است و از منظر فقهی به معنی نسبت دادن است و وقتی که از کسی دربارهٔ نسب بپرسند می‌گوید کسی که وابستهٔ دیگری است»[۶]. به عبارت دیگر، نسب در لغت مصدر و به معنای قرابت و علاقه و رابطهٔ میان دو شیء است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

---

۲. سید محمدتقی علوی و مرتضی عزیزی، «بررسی حقوق غیرمالی کودک آزمایشگاهی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۱۶۳.

۳. حسین صفایی و اسداله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، (تهران: میزان، چ ۲۹، ۱۳۹۰)، ص ۲۸۷.

۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *حقوق خانواده*، (تهران: گنج دانش، چ ۴، ۱۳۸۶)، ص ۱۵۹.

۵. سید محمد آل بحرالعلوم، *بلغه الفقیه شرح و تعلیق*: سید محمدتقی آل بحرالعلوم، چ ۴، (تهران: مکتبه الصادق، چ ۴، ۱۴۰۳ ق)، ص ۱۷۹.

۶. ابوحبیب سعدی، *القاموس الفقهی لغهً و اصطلاحاً*، (دمشق: دارالفکر، چ ۱، ۱۴۰۸ ق)، ص ۳۵۱.

از نظر فقهی نیز نسب «یک امر طبیعی است و در عرف اجتماعات پیش از ظهور اسلام از تکون یک انسان از ترکیب نطفهٔ دو انسان ذکور و اناث حاصل می‌شده است. مسلم است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار و ردّ شارع مقدس قرار نگرفته و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد؛ بلکه در فقه نیز نسب به همین معنای عرفی اطلاق می‌گردد. منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوقی اسلام قرار نگرفته وآن مورد مربوط به زنا است»[۷] که استثنا است و قابلیت تعمیم نیز ندارد. البته زنا صرفاً موجب محرومیت از ارث‌بری است، ولی نمی‌توان نسب خونی و رابطهٔ بیولوژیکی را به‌طور کلی انکار کرد. این امر در آرای قضایی ازجمله دادنامهٔ قطعی شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۱۳۱ مورخ ۳۰ تیر ۱۳۹۳ صادره از شعبهٔ ۷ دیوان عالی کشور مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است[۸] و وفق رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶۱۷ مورخ ۳ تیر ۱۳۷۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، زانی پدر عرفی طفل ناشی از زنا تلقی شده، درنتیجه کلیهٔ تکالیف مربوط به پدر ازجمله أخذ شناسنامه برعهدهٔ وی می‌باشد و حسب مادهٔ ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است.

در انواع باروری‌های پزشکی، حکم اولیه در لقاح مصنوعی (همهٔ انواع آن) آنست که طفل متولد از باروری‌های پزشکی، ملحق به صاحبان نطفه خواهد بود؛ زیرا «از یک طرف نسب طبیعی با انعقاد نطفه محقق می‌شود و از طرف دیگر، برای پیدایش نسب مشروع، قانون‌گذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطهٔ جنسی بین مرد و زن لازم ندانسته است»[۹]. به عبارت دیگر، در حقوق ایران باید اذعان نمود که الحاق کامل طفل به زن و شوهر متقاضی پذیرفته نشده است.

قانون نحوهٔ اهدای جنین نیز پیرامون نسب ساکت است. به این ترتیب، بنابر اصل اولیه، طفل از لحاظ نسب به دریافت‌کنندگان در روش‌های ناهمگون یا با دخالت شخص ثالث- مگر در رحم جایگزین که محل تأمل است- ملحق نمی‌شود و به اهداکنندگان جنین یا صاحبان هریک از

۷. مهدی شهیدی، *وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی؛ روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۸۱)، ص ۱۳۶.

8. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/26713.

۹. همان، ص ۱۳۷.

گامت‌های اهدایی تعلق می‌گیرد[۱۰]. بی‌شک در درمان ناباروری به روش همگون، درصورتی که گامت‌ها متعلق به زوجین و رحم نیز متعلق به زوجه باشد، در تشخیص نسب با معضل و چالش جدی مواجه نخواهیم شد و نسب کودک کاملاً مشخص است. صرفاً به دلیل وجود نارسایی در یکی از مؤلفه‌ها ازجمله رحم، تخمک، اسپرم و یا حتی میتوکندری تخمک[۱۱]، علم پزشکی به یاری لقاح و انعقاد نطفهٔ زوجین می‌آید که این مسئله غالباً تأثیری در شناسایی نسب نداشته، ابهامی ایجاد نخواهد کرد. فقها نیز این قبیل درمان‌های ناباروری را مجاز دانسته، عقیده دارند: «برحسب مستفاد از ادلهٔ شرعیه، نطفهٔ مرد به هر نحو در حلیله‌اش قرار گیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیلهٔ اوست و توارث از طرفین ثابت است»[۱۲]. برخی دیگر نیز گفته‌اند: «تلقیح زوجه به نطفهٔ شوهرش جایز است و حکم طفل متولد از این عمل، بدون هیچ تفاوتی، در حکم سایر اولاد زوجین است»[۱۳].

حال اگر در روش‌های باروری پزشکی اشتباه مؤثری حادث شود و قرار بر آن باشد که از گامت‌های زوجین لقاح همگون انجام شود، درحالی که به اشتباه از گامت ثالث استفاده شده و روش باروری از همگون تبدیل به ناهمگون شده است، احراز نسب طفل با چالش روبه‌رو می‌شود. اما به هر ترتیب، رابطهٔ طفل با صاحبان گامت از حیث نسب برقرار، و محرمیت و ممنوعیت ازدواج مسلماً پابرجا است. به عبارت دیگر، «ترکیب اسپرم با تخمک زن بیگانه در بیرون رحم و پرورش آن در رحم مصنوعی- بنابر نظر برخی فقها- جایز نیست و لکن در صورت تحقق- در صورت وقوع اشتباه یا غیر آن- فرزند متعلق به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب

۱۰. اگر زن به صورت مصنوعی با اسپرم غیر شوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی‌شود؛ چه این کار اشتباهی صورت گیرد یا از روی عمد. لکن چون فرزندِ زن اوست، با شوهر محرم است (نک: فاضل لنکرانی، محمد، *احکام پزشکان و بیماران*، (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۸۶.

۱۱. بخش اعظم ویژگی‌های وراثتی از زنی که هستهٔ تخمک از اوست به طفل منتقل می‌شود؛ لذا زن صاحب هستهٔ تخمک، مادر ژنتیکی و طبیعی طفل محسوب شده، زیرا بنابر مستندات علم پزشکی تخمک فاقد هستهٔ زن اهداکننده، به دلیل ناچیز بودن مواد ژنتیکی نقش چندانی در پیدایش کودک ندارد. لذا طفل چه از لحاظ طبیعی و پزشکی به زن صاحب هسته تخمک تعلق دارد که جنین در رحم او قرار می گیرد (ملکی، مرضیه؛ رضوان‌طلب، محمدرضا؛ و بهرام تقی‌پور، «بررسی نسب کودکان ناشی از روش انتقال میتوکندری»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۲۳(۱۳۹۹)، ص ۳۵۳.

۱۲. سید محمدرضا گلپایگانی، *مجمع المسائل*، (قم: دارالقران کریم، چ ۱، بی‌تا)، ص ۱۷۷.

۱۳. سید ابوالقاسم خوئی، *مستحدثات المسائل*، (نجف: مطبعه الآداب، چ ۱، ۱۹۷۶ م)، ص ۱۹۷.

تخمک است»[۱۴] یا «فرزندی که از طریق کشت اشتباه اسپرم مرد بیگانه در رحم زن به‌وجود می‌آید، به مرد صاحب اسپرم و زن صاحب تخمک ملحق می‌شود؛ چون مانند فرزندی است که از طریق آمیزش اشتباهیِ مرد با غیر همسرش به‌وجود آمده باشد- ولی اگر از طریق کشت عمدی اسپرمِ مرد بیگانه در رحم زن بیگانه به‌وجود آمده باشد، گرچه حرام است اما عنوان ولد الزنا را ندارد»[۱۵]. به این ترتیب، اگر کودک را در حکم وطی بالشبهه بدانیم، نسب برقرار است و تعلق فرزند نیز به معنای برقراری رابطهٔ نسبی میان طفل و صاحبان گامت است. اگر زن به کمک روش‌های باروری پزشکی با اسپرم غیرشوهر بارور شود، آن فرزند به شوهر ملحق نمی‌شود؛ چه در حین روند درمان اشتباهی صورت گیرد یا عمداً انتقال گامت و لقاح ناهمگون صورت گیرد؛ لکن چون فرزندِ زن اوست، رابطهٔ محرمیت میان طفل و شوهر وی برقرار است.

از سوی دیگر، اگر اشتباهات در محیط آزمایشگاهی و ناشی از تشخیص اشتباهِ گروه درمانی، به بیماری مزمن جنین و طفل ناشی از روش‌های همگون و ناهمگون، مانند هپاتیت و ایدز منجر شود، نظام جبران خسارت می‌تواند بر اساس اصل جبران کامل خسارات نقش مؤثری را ایفا کند، اما آسیبی به نسب و رابطهٔ بیولوژیکی وارد نشود. به‌عبارتی هر نوع خللی در ماهیت قرارداد و یا بروز اشتباه نمی‌تواند به نسب که ماهیتاً حکم و غیرقابل عدول است، آسیبی وارد نماید؛ حتی اگر از نوع اشتباه مؤثر باشد. روابط بیولوژیکی و خونی فارغ از عیوب اراده و توافق طرفین بوده، نسب از مقولهٔ حکم است و توافق و قرارداد برخلاف آن امکان‌پذیر نیست و به طریق اولی عیوب اراده و یا اشتباه معیوب‌کنندهٔ اراده نیز نمی‌تواند به نسب و آثار حکمی ناشی از آن خللی وارد نماید، زیرا نسب تابع قرارداد و اراده و قصد طرفین نیست.

۲.۱. وضعیت نسب طفل ناشی از باروری پزشکی در فرانسه در صورت بروز اشتباه

«نسب در زبان فرانسه معادل کلمهٔ فیلیاسیون[۱۶] به معنای پیوستگی، سلسله، نسل، ذریه، پیاپی بودن و تعاقب مواردی که نتیجهٔ یکدیگرند، آمده است»[۱۷]. در نظام حقوقی فرانسه نیز

۱۴. محمد فاضل لنکرانی، پیشین، ص ۸۵.

۱۵. ناصر مکارم شیرازی، *احکام پزشکی مطابق با فتاوای حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی*، (قم: مدرسهٔ امام علی‌بن ابی طالب، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۰۶.

16. Fillation

۱۷. اسداله امامی، *مطالعهٔ تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۲۹.

برخی دکترین در راستای رفع ابهام در خصوص نسب، تعاریفی ارائه نموده‌اند؛ یکی از حقوق‌دانان فرانسوی تعریف نسب را «رابطهٔ یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که مستقیماً سبب ایجاد او شده‌اند[۱۸]» می‌داند.

نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطهٔ خونی و حقوقی موجود میان دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب و بطن دیگری به‌وجود آمده است و این تعریف با مفهوم نسب در حقوق فرانسه و در قانون‌مدنی ایران (ذیل مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی به بعد) مطابقت دارد.

قانون مدنی فرانسه عوامل اثبات نسب را سه مورد بیان کرده است که عبارت‌اند از: گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیهٔ مؤید داشتن وضعیت ظاهری[۱۹]، و حکم دادگاه. مادهٔ ۳-۳۱۱ قانون مدنی فرانسه در این باره مقرر کرده است: نسب از طریق گواهی ولادت کودک، اقرارنامه یا استشهادیهٔ مؤید داشتن وضعیت ظاهری اثبات می‌گردد[۲۰]؛ به این ترتیب، با اثبات یکی از راه‌های یادشده رابطهٔ نسبی برقرار است.

نظام حقوق فرانسه در مورد نسب برخی از کودکان ناشی از درمان ناباروری (مثل اهدای جنین و گامت)، امکان ادعای نسب مبتنی بر ارتباط بیولوژیک یا طبیعی را منتفی دانسته، بنا را بر نسب حکمی یا اعتباری و یا مبتنی بر ارتباط با خانواده‌هایی که طفل با آنها زندگی می‌کند، می‌گذارند[۲۱]؛ به‌طوری که مقنن در قانون مدنی فرانسه ذیل بند ۱۹ مادهٔ ۳۱۱ به‌صراحت مقرر کرده در مورد باروری پزشکی با دخالت شخص ثالث، هیچ پیوندی بین اهداکننده و کودک نمی‌توان برقرار کرد و به‌عبارتی نسب بیولوژیکی و طبیعی در نظام حقوقی فرانسه منتفی است و نمی‌تواند منشأ حقوق و تکالیف متقابل طفل و اهداکننده یا اهداکنندگان باشد. همچنین

18. Josserand(L), *Course de Droit Civil Positif Français*, (Paris, T.I. No, 1950), p. 1013.

۱۹. ذیل مادهٔ ۳۱۱ – ۱ قانون مدنی فرانسه، مقنن وضعیت ظاهری را چنین تبیین نموده که قرائن و اماراتی است که دلالت بر رابطهٔ والدین و فرزندی میان دو شخص باشد.مثل حضور فرزند از کودکی در یک خانواده، انجام اعمالی از قبیل تعلیم و تربیت، مراقبت و تأمین مسکن از سوی والدین نسبت به فرزند و غیره.

20. La Filiation se Prouve par L'acte de Naissance de L'enfant, Par L'acte de Reconnaissance ou Par L'acte de Notoriété Constatant la Possession D'état…
Article 310- 1: La Filiation est Légalement Établie, Dans les Conditions Prévues au Chapitre II du Présent Titre, Par L'effet de la Loi, par la Reconnaissance Volontaire ou par la Possession D'état Constatée par un Acte de Notoriété Ainsi Que.

21. Article 311-19 Code Civil: En cas de Procréation Médicalement Assistée Avec Tiers Donneur, Aucun Lien de Filiation ne Peut Être Établi Entre L'auteur du Don et L'enfant Issu de la Procréation.

قانون‌گذار مقرر کرده است هیچ دعوی مسئولیتی علیه اهداکننده قابل طرح نیست و به‌طور کلی قابلیت استماع ندارد. به این ترتیب، آثار و تکالیف قانونی ناشی از نسب در مورد اهداکننده در این نظام حقوقی، منتفی به‌نظر می‌رسد. برای نمونه، دادگاه خانوادهٔ فرانسه طی رأیی که در پروندهٔ *گاوین فورنیس و سیلیا* در سال ۲۰۲۳ صادر کرده بود، نسب بیولوژیکی طفل را نفی نمود و اصل را بر نسب حکمی یا اعتباری قرار داد[۲۲].

در خصوص نسب مادری، حقوق فرانسه پیرو اصل سنتی و قدیمی حقوق روم است مبنی بر اینکه «مادر همواره معلوم (مسلم) است»[۲۳]. بنابراین، اصل اینست که «مادر همواره زنی است که طفل را به‌دنیا آورده است و این اصل در کلیهٔ روش‌های باروری طبیعی و مصنوعی، اصل اساسی در برقراری نسب مادری تلقی می‌شود»[۲۴]. اما با عنایت به ممنوعیت به‌کارگیری روش رحم جایگزین وفق مادهٔ ۱۶ قانون مدنی فرانسه، زن متقاضی از هرگونه جایگاه مادری و نسب قانونی بی‌نصیب خواهد بود، حتی اگر نطفهٔ طفل با استفاده از تخمک وی منعقد شده باشد. وی نمی‌تواند برای برقراری نسب طفل به سود خود اقدام نماید. با این حال، به‌تازگی رویهٔ قضایی فرانسه بنابر تغییر دیدگاه برقراری نسب مادری طفل نسبت به مادر حکمی را از طریق فرزندخواندگیِ ساده یا کامل، مشروط به آنکه به مصلحت طفل باشد و شرایط قانونی مقرر در مادهٔ ۱- ۳۴۵ قانون مدنی فرانسه احراز گردد، تجویز نموده است. این تغییر رویهٔ قضایی در پی محکومیت فرانسه از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و از طریق آرای صادره از دیوان عالی فرانسه در تاریخ ۵ ژوئیه ۲۰۱۷ صورت گرفت[۲۵]. در خصوص نسب پدری طفل نیز اگر نسب مادری زن حامل برقرار شود و وی در عقد ازدواج مرد دیگری باشد، نسب پدری نسبت به او برابر امارهٔ پدر بودن برقرار می‌شود. با این حال، وفق مادهٔ ۳۳۲ قانون مدنی فرانسه، این امر قابل اعتراض است و با اثبات اینکه وی پدر بیولوژیک طفل نیست، می‌توان دعوی نفی نسب اقامه کرده، نسب را باطل نمود[۲۶]. حکم قانونی یادشده، مبتنی بر مصالح عالیهٔ کودک و منافع معنوی و

22. https://www.village-justice.com/articles/refus-acces-aux-origines-enfants-nes-par-pma-est-pas-contraire-article-cedh,47624.html.
23. Mater Semper Certa Est.
24. Philippe Malaurie & Fulchiron Hugues, *La Famille*, (Paris, Lextenso, 4e éd, 2018), p. 502.
25. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 5 Juillet 2017, 16-16.901 16-50.025, Publié au Bulletin: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035145977/
26. La Paternité Peut Être Contestée en Rapportant la Preuve Que le Mari ou L'auteur de la Reconnaissance N'est Pas le Père.

مادی وی و با توجه به نسب حکمی و اعتباری درنظرگرفته شده است.

در خصوص وقوع اشتباه مؤثر نیز مقنن در نظام حقوقی فرانسه عملاً یک نوع قرارداد را ذیل مادۀ ۱۶ قانون مدنی و قانون بهداشت عمومی باطل اعلام نموده وسایر مصادیق باروری‌های پزشکی نیز معتبر تلقی شده است.

شایان ذکر است، مادۀ ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه با اصلاحات سال ۲۰۱۶، «عیوب رضا را تنها عامل «بطلان نسبی» عقود می‌داند نه بطلان مطلق؛ یعنی اصل بر این است که اشتباه خللی به استحکام قراردادها وارد نمی‌کند و با حفظ قرارداد، خسارات یا نواقص جبران می‌شود»[۲۷]. حال اگر اشتباه مؤثری واقع شود، اینکه قائل به بطلان نسبی قراردادهای باروری پزشکی باشیم یا خیر، با تردید روبه‌رو است.

اهداشونده برابر قانون بهداشت عمومی فرانسه قبل از ورود به روند درمان، از خطرها و حتی اشتباهات احتمالی مطلع می‌شود و سپس رضایت وی برای شروع درمان أخذ می‌گردد. علاوه بر آن، «تمامی ویژگی‌های ژنتیکی و اپی‌ژنتیکی نیز بررسی می‌شود تا میزان خطا و اشتباه به حداقل ممکن برسد. به عنوان نمونه ۱۴ برگ مشخصات مورفولوژیکی اصلی زن و مرد اهداشونده (قومیت، رنگ پوست، چشم، مو، گروه خونی و...) امکان انتخاب اهداکنندۀ متناسب با مشخصات زوجین و اجتناب از معرفی جنینی که چندان انطباقی ندارد را فراهم می‌کند»[۲۸]. در این بین، هوش مصنوعی در بررسی داده‌های آزمایشگاهی از جنین و اهداشونده و تطبیق ویژگی‌های ژنتیکی و اپی‌ژنتیکی می‌تواند نقش مؤثری را در جلوگیری از بروز اشتباهات احتمالی ایفا نماید.

مبتنی بر قاعدۀ حاکم در فرانسه، نسب، مبتنی بر توافق و ارادۀ طرفین است و با اعلان رضایت به اهداشونده منتقل می‌شود. با این حال، در صورت بروز اشتباه مؤثر نسب و ابوت توافقی نیز با چالش جدی روبه‌رو می‌گردد و مبتنی بر ظاهر مادۀ ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه، بطلان نسبی قرارداد مطرح می‌شود. با این حال با عنایت به مواد ۱۶ قانون مدنی و قانون بهداشت عمومی و اخلاق زیستی فرانسه، به‌نظرمی‌رسد در صورت تزلزل قرارداد باروری پزشکی، عمومات نسب در نظام حقوقی فرانسه به‌کار گرفته می‌شود.

27. Pierre Cabrol, Monique Ribeyrol, *Leçons de Droit des Obligations*, (Paris: Ellipses, 2018), p. 89.
28. Euriat, Violaine, *Don de Gamètes et Don D'embryons: État des Lieux Avant L'établissement des Lois*, (Paris: Dans Spirale, 2004), p. 58.

۲. ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

«ولایت به معنای عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر، جدّ پدری، پیامبر (ص) و حاکم نیز می‌شود. ولی در روابط خانوادگی عبارت از اقتداری است که مقنن به منظور ادارهٔ امور مالی و گاه تربیت کودک (یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به جد و جدّ پدری اعطا کرده است» (مادهٔ ۱۱۸۳ قانون مدنی)[۲۹]؛ لذا یکی از نهادهای حمایتی از طفل، ناشی از اهدا و یا با دخالت ثالث، ولایت و سایر نهادهای مشابه در نظام‌های حقوقی دیگر ازجمله فرانسه است. در ادامه به بررسی ولایت بر طفل ناشی از اهدا در صورت بروز اشتباه در ایران و فرانسه می‌پردازیم.

۱.۲. ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در ایران

ولایت قهری مانند نسب در قانون مدنی ایران تعریف نشده است. اما «با توجه به مواد ۱۱۸۰ به بعد قانون مدنی، ولایت قهری به معنای قدرت و اختیار قانونی است که به فردی جهت ادارهٔ امور مالی و غیرمالی صغار و سایر محجورینی که حجر آنها متصل به صغر است تا زمان رفع حجر، محول شده است و در واقع، نوعی تکلیف اجباری است»[۳۰]. مادهٔ ۱۱۸۰ قانون مدنی ولیّ قهری و اشخاص تحت ولایت را مشخص کرده است.

قانون‌گذار ذیل مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ قانون مدنی در خصوص نهاد ولایت و کارویژه‌های آن، مقرراتی را وضع نموده است. به این ترتیب، سمت ولایت برای پدر و جدّ پدری که از سوی قانون به آنان اعطا شده است، نیازمند انتصاب و تنفیذ مرجعی نیست و قاضی، دادگاه و یا اشخاص ثالث در ایجاد آن دخالتی ندارند. ولایت قهری در اثر رابطهٔ ابوت ایجاد می‌شود و دارای منشأ اجتماعی و طبیعی و در راستای حفظ مصالح و نظم جامعه است.

به این ترتیب، «ولایت قهری ناظر به ادارهٔ اموال کودک است و در ضمن امور غیرمالی مانند مواظبت، تربیت و هدایت او در امور معنوی مانند تحصیل و کوشش در فراگرفتن صنعت و حرفه و اجازهٔ تزویج را نیز دربرمی‌گیرد»[۳۱]. در فقه امامیه اصطلاح ولایت قهری استعمال نشده و قانون

۲۹. ناصر کاتوزیان، *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)*، (تهران: میزان، چ ۳، ۱۳۸۲)، ص ۴۰۲.
۳۰. حسین صفایی و همکاران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، (تهران: دانشگاه تهران، چ ۵، ۱۴۰۱)، ص ۴۱۹.
۳۱. مجید وزیری، *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام*، (تهران: مؤسسهٔ چاپ و نشر بین‌الملل، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۳۶.

مدنی برای اولین بار آن را به‌کار برده است؛ اما فقها بارها از انواع ولایت ازجمله ولایت پدر و جد پدری در کتب فقهی سخن گفته‌اند. هرچند کارویژه‌های ولی قهری در نظام حقوقی ایران، ازجمله إذن در ازدواج، با سایر نظام‌های حقوقی ازجمله فرانسه متفاوت است؛ با این حال، تمامی کشورها به نحوی وجود ولی و نهاد سرپرستی را پذیرفته‌اند.

در باروری‌های پزشکی ناهمگون، یکی از ابهاماتی که مطرح می‌شود، آنست که ولایت طفل برعهدهٔ چه کسی است. مقنن در خصوص نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور و آیین‌نامهٔ اجرایی آن پیرامون نهاد ولایت قهری، تعیین تکلیف نکرده است. به‌عبارتی در قانون ایران، قانون‌گذار فقط از وظایف و تکالیف زوجین گیرندهٔ جنین «از لحاظ نگهداری، تربیت، نفقه و احترام» سخن گفته و آنها را نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است؛ بنابراین قانون ایران در مورد ولایت قهری سکوت اختیار کرده است.

نکتهٔ حائز اهمیت دیگر آنست که ولایت قهری علاوه بر اعطای اقتداری خاص به پدر و جدّ پدری، جنبهٔ حمایتی برای مولّی‌علیه فراهم می‌آورد و درنتیجه «اسقاط ولایت صرفاً به منزله ازدست رفتن امتیاز ولی نیست؛ بلکه مولّی‌علیه را نیز از حمایتی خاص محروم می‌سازد»[۳۲].

به این ترتیب، بر اساس مبانی فقهی- شرعی، در نظام حقوقی ایران باید این‌گونه استدلال کرد که در اهدای تخمک، ولایت برعهدهٔ پدر بیولوژیکی و واقعی طفل است و در رحم جایگزین نیز پدر واقعی و بیولوژیکی او بر طفل طبیعی و واقعی خود ولایت قهری دارد. اما درصورتی که اهدای اسپرم و یا جنین صورت گرفته باشد، «چنین فرزندی از نظر بیولوژیکی فرزند واقعی شوهر نیست و ممکن است، پدر واقعی وی یعنی صاحب اسپرم در قید حیات ولی ناشناس باشد. در این زمینه، تعهدی یا حقی نیز برای وی قابل تصور نیست و به‌نظر می‌رسد در این قبیل موارد ولایت قهری او هرچند به صورت موقت ساقط می‌شود. می‌توان زوج این خانواده (اهداشونده) را پدر کودک قلمداد کرد و به ظاهر قضیه اکتفا نمود»[۳۳].

با این حال، به‌نظر می‌رسد ولی قهری به دلیل مصالح طفل و وظایف و اختیاراتی که برعهده دارد، به‌صورت محدود و مشخص تعیین شده است و نمی‌توان سمت ولایت قهری را به سایر

۳۲. صادق شریعتی‌نسب، *فرزند خواندگی*، (تهران: دانش، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۱۷۵.
۳۳. اسداله، امامی، پیشین، ص ۴۰۱.

افراد تعمیم داد. بنابراین در این قبیل موارد که پدر یا جدّ پدری طفل ناشناس است و زوج نیز پدر واقعی طفل محسوب نمی‌شود و خود نیز به این امر آگاه است، تعیین زوج به‌عنوان قیم با وظایف مضاعف ولیِ قهری قابل دفاع به‌نظر می‌رسد؛ یعنی می‌توان از سایر نهادها در راستای حفظ مصالح کودک یاری جست و وظایف مضاعفی علاوه بر قیمومت برای اهداشونده درنظر گرفت که لطمه‌ای به مصلحت و منافع طفل نیز وارد نیاید. کودک به پدر ظاهری خویش «قیم خطاب نمی‌نماید، مگرآنکه در سنین بزرگسالی متوجهٔ این مسئله شود که در این صورت نیز بنابر رابطهٔ معنوی خود با پدر حکمی او را پدر واقعی خویش قلمداد می‌نماید.

به‌علاوه، راه‌حل معقول و منطقی آنست تا زمانی که می‌توان از نهادهای مشابه- مانند قیمومت- استفاده کرد، از تغییر ساختار سایر نهادها (ولایت قهری)خودداری نموده، تا حد امکان باید وظایف حمایتی را برعهدهٔ قیم نهاد. این دیدگاه منطبق با رویکرد کارکردگرا نسبت به سمت ولایت است و موارد سقوط ولایت قهری ذیل مادهٔ ۱۱۸۴ قانون مدنی مبتنی بر رویکرد یادشده بوده، به‌نظر صائب است. به این ترتیب، هرچند سمت ولایت قهری برای پدر و جدّ پدری حصری است، اما دائمی نیست و امکان اسقاط آن نیز وجود دارد. به عبارت دیگر، نهاد ولایت، مصلحت‌محور است. حال اگر اشتباهی رخ دهد، قاعدهٔ کلی معنونه تغییر محسوسی نخواهدکرد. به عبارت دیگر، در باروری‌های پزشکی ناشی از اهدای جنین یا اسپرم، ولایت قهری منتفی به‌نظر می‌رسد و قابل انتقال نخواهد بود. همچنین درصورتی که ناشی از اشتباه هیئت درمانی در محیط آزمایشگاهی، نوع باروری از همگون به ناهمگون مبدل شود، درصورت احراز اشتباه، رابطهٔ نسبی با مرد بیمار و ولایت قهری نیز به طریق اولی منتفی است و سایر نهادهای حمایتی ازجمله قیمومت در صورت پذیرش طفل از سوی اهداشونده برقرار می‌شود.

۲.۲. ولایت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه

در قانون مدنی فرانسه ذیل مواد ۳۷۲ و ۳۷۳[۳۴] در مورد وظایف و اختیارات مشترک ابوین سخن به‌میان آمده و به نحوی ولیّ طفل، پدر و مادر- هر دو- هستند و ولایت ابوینی[۳۵] در آن

34. article 372: Les Père et Mère Exercent en Commun L'autorité Parentale. L'autorité Parentale est Exercée Conjointement Dans le cas Prévu à… 373: Est Privé de L'exercice de L'autorité Parentale le Père ou la Mère Qui Est Hors D'état de Manifester sa Volonté, en Raison de Son Incapacité...
35. Autorite Parentale

نظام حقوقی به‌رسمیت شناخته شده است. در نظام حقوقی ایران و فرانسه نیز ولیّ نمایندۀ قانونی محجور در امور حقوقی وی است؛ هرچند چنین اختیاری بی‌حدوحصر نیست و باید مصلحت و منافع طفل یا محجور (مولّی‌علیه) را مدنظر قرار داد. براساس بند ۱ مادۀ ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه نیز ولایت ابوینی مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف با هدف تأمین مصالح کودک است که قانون آن را به‌منظور حمایت از امنیت، سلامت و اخلاق کودک و تضمین آموزش و پرورش و فراهم نمودن زمینۀ رشد و پیشرفت وی به پدر و مادر اختصاص داده است و تا زمان بلوغ یا رفع حجرِ کودک ادامه می‌یابد. پدر و مادر باید از شخص و اموال کودک محافظت نموده، وی را بر اساس سن و سطح بلوغ و تشخیص در تصمیماتی که مربوط به اوست، سهیم نمایند[۳۶].

در حقوق فرانسه در اهدای جنین و سایر روش‌های ناهمگون، ولایت پدر بیولوژیکی ساقط و پدر و مادر حکمی نسبت به طفل ولایت ابوینی دارند. این مهم از بند ۹ مادۀ ۳۴۲ به بعد قانون مدنی فرانسه قابل استنباط است[۳۷]. در روش تک‌والدی که بانوان مجرد متقاضی آن هستند، ولایت مختص آنان است. اشتباه غیرمؤثر و یا مؤثر نیز در این بین نمی‌تواند منشأ اثر باشد؛ هرچند مطالبۀ انواع خسارات امکان‌پذیر است. البته موارد یادشده در شرایطی است که اهداشونده از اشتباه مؤثر چشم‌پوشی نماید و ابوت توافقی برقرار گردد. درصورت عدم پذیرش طفل نیز عملاً ولایت ابوینی منتفی است و نهادهای حمایتی از منظر مادی و معنوی از طفل حمایت می‌کنند.

۳. حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی

یکی از مقوله‌های اساسی در روش‌های باروری با دخالت ثالث، حضانت طفل است. در صورت بروز اشتباه، وضعیت حضانت طفل با ابهامات متعددی مواجه است. لذا در ادامه به بررسی حضانت طفل ناشی از باروری‌های پزشکی در صورت بروز اشتباه در ایران و فرانسه می‌پردازیم.

پیش از پرداختن به مقولۀ حضانت، لازم به ذکر است برداشت نظام‌های حقوقی از مفاهیم کودک و کودکی ممکن است بر نحوۀ حمایت از آنها تأثیرگذار باشد و تصمیم‌گیری صحیح در این زمینه نیازمند بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. «در فقه اسلامی و قانون

36. L'autorité Parentale est un Ensemble de Droits et de Devoirs Ayant Pour Finalité L'intérêt de L'enfant.
37. Article 342- 9: En cas D'assistance Médicale à la Procréation Nécessitant L'intervention D'un Tiers Donneur, Aucun Lien de Filiation ne Peut Être Établi Entre L'auteur du Don et L'enfant...

مدنی ایران، این معیار تحت عنوان مصلحت یا غبطه معرفی شده است»[۳۸]. در نظام حقوقی فرانسه- همان‌گونه که شرح آن گذشت- «ولایت ابوینی حضانت را دربر می‌گیرد و مبنای حمایت، تأمین منفعت و مصلحت طفل است[۳۹]. به این ترتیب، قاعدهٔ کلی اینست که والدین تا جایی حضانت را برعهده دارند که شئون قانونی را رعایت نمایند و درصورت تخطی از الزامات قانونی و رفاه و منافع طفل، حضانت نیز منتفی خواهد بود و به‌عبارتی دائمی تلقی نمی‌شود.

۱.۳. حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در ایران

در قانون مدنی ایران با اینکه واژهٔ حضانت به‌کار رفته، اما تعریف مشخصی از آن مانند مفاهیم نسب و ولایت ارائه نشده است. از لحاظ لغوی «حضانت به کسر و فتح حا از حضن به معنی جانب و پهلو است و حضانت به معنای پروردن است»[۴۰] و در اصطلاح عبارتست از «نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است». پیرامون اینکه حضانت حق است یا تکلیف و حکم، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد[۴۱].

با این حال، به‌نظر می‌رسد دیدگاهی که حضانت را حق و تکلیف می‌داند از سوی قانون‌گذار ایران پذیرفته شده است. با توجه به مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی، حضانت برای ابوین هم حق است و هم تکلیف. «درصورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری و یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا یا به تقاضای دادستان، نگهداری طفل را به هریک از ابوین که حضانت به عهدهٔ اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج

۳۸. مریم غنی‌زاده بافقی و زهرا غنی‌زاده، «تعیین مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیه کودک»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۲۱، (۱۳۹۷)، ص ۲۹۹.

39. Courbe, P., *Droit de la Famille*. (Paris, Sirey Université, 5e Ed, 2008), p. 475-476.

۴۰. ابراهیم مصطفی و همکاران، *المعجم الوسیط*، ج ۱، (ترکیه، چ.۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۸.

۴۱. حق در اصطلاح فقهی دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص است. شاهد این مدعا مواردی نظیر حقّ ابوت، حقّ وصایت، حقّ حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده، لکن همه از مصادیق حکم است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. لذا توجه فقهایی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند، مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می‌کنند اما درصورتی که ما حکم را به معنای عام آن، اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به‌مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده، به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص- معنای دوم- است. (نک: سید علیرضا فروغی، «بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم»، *فقه و حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۳).

پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین نماید»[۴۲]. وفق مادۀ ۴۱ قانون حمایت از خانواده، توافقات راجع به حضانت طفل که برخلاف مصالح وی صورت گرفته است، لازم‌الاجرا نیست. همچنین برابر مادۀ ۴۵ قانون معنونه، رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیۀ تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است. به این ترتیب، با توجه به مواد پیش‌گفته، به‌نظر می‌رسد آنچه در حقوق ایران پذیرفته شده، آن است که حضانت هرچند غیرقابل اسقاط باشد، اما دائمی تلقی نمی‌شود.

با این همه با توجه به آرای دادگاه‌ها و به اقتضای شرایط می‌توان قائل به این مهم شد که حضانت در برخی موارد خاص، ظاهراً حق تلقی می‌شود؛ برای نمونه، در رأی صادرۀ دادنامۀ قطعی شمارۀ ۹۴۰۹۹۸۰۲۱۶۱۰۰۴۴۶ مورخ ۲۸ آذر ۱۳۹۴، حق حضانت طفل متولد از تخمک ثالث، متعلق به مادر فعلی که او را به‌دنیا آورده، است[۴۳].

همچنین بارها مشاهده شده است که کودک وقتی به سن مقرر می‌رسد، مادر به‌منظور استمرار حضانت خویش اقدام به بذل مهریه می‌نماید و در مقابل، حضانت کودک را طلب می‌کند. پیرامون این مسئله از ادارۀ حقوقی قوۀ قضاییه استعلام شده که طی شمارۀ ۷/۱۳۴۷ مورخ اول تیر ۱۳۶۱ این‌گونه پاسخ داده شده است: «*به موجب مادۀ ۱۱۶۷ قانون مدنی حضانت و نگهداری اطفال برای ابوین هم حق است و هم تکلیف و قابل اسقاط یا مصالحه نیست، زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه‌ی امری برای مکلف دارد و ارادۀ فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد. مادۀ ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته است هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده‌ی آن‌هاست از نگه‌داری او امتناع نمایند و مادۀ ۱۱۷۵ نیز تصریح دارد به این که طفل را نمی‌توان از ابوین یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین اسقاط تکلیف جایز نیست*». به این ترتیب، حضانت، حکم و غیرقابل اسقاط است؛ مگر در صورت وجود علت قانونی. سپس در استعلام دیگری، ادارۀ یادشده پاسخ دیگری می‌دهد که حضانت را قابل اسقاط و تفویض و به‌عبارتی حق می‌داند. با توجه به توضیحات فوق روشن است که در خصوص حق یا حکم بودن حضانت، اختلاف نظر وجود دارد.

۴۲. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۴۴۷.

43. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/28669

با عنایت به موارد مطروحه در صورت حدوث اشتباه مؤثر در نظام حقوقی ایران، درصورتی که اهداگیرنده حضانت طفل را بپذیرد، مسلماً چالش حقوقی به‌وجود نخواهد آمد. اما درصورتی که اشتباه مؤثر به نحوی باشد که اهداشوندگان از پذیرش و حضانت طفل سرباز زنند، به‌نظر می‌رسد بایستی از ظرفیت بهزیستی در این حوزه یاری جست. هرچند بهره‌گیری از راه‌حل موجود در نظام حقوقی فرانسه و تأسیس سازمان مختص کودکان به نام سازمان حمایت از کودکان که به صورت متمرکز و با کارویژهٔ خاص کودکان به حمایت از حقوق ایشان می‌پردازد، به‌نظر مطلوب‌تر است.

۲.۳. حضانت طفل ناشی از اشتباه در باروری‌های پزشکی در فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه ولایت ابوینی با عنایت به مفهوم گستردهٔ آن، هم حضانت نسبت به شخص کودک و هم نسبت به اموال وی را دربر می‌گیرد. البته همانند قانون ایران، نهاد حضانت، حاضن دائمی تلقی نمی‌شود و به‌عبارتی درصورتی که حقوق و اختیارات والدین به عمد یا غیرعمد در جهت منافع کودک اجرا نشود، دستخوش تغییراتی خواهد شد. این تغییر به تناسب شدت خطر و آسیبی که کودک را تهدید می‌کند در حقوق فرانسه متفاوت خواهد بود. براساس مادهٔ ۳۷۱ قانون مدنی فرانسه اختیارات والدین باید با رعایت مصالح کودک و با هدف حمایت و تأمین امنیت، سلامت و اخلاق کودک اجرا گردد و در صورت تخطی از چارچوب یادشده در مادهٔ معنونه، ولایت ابوینی و به تبعیت از آن حضانت هم با محدودیت مواجه خواهد شد. «اصولاً مداخلهٔ دولت فرانسه در زمینهٔ اجرای وظایف والدینی به دو طریق صورت می‌گیرد: کمک به والدینی که دچار چالش شده‌اند و دستگیری از ایشان یا نظارت بر عملکرد والدینی که از حقوق و اختیارات خود سوء استفاده یا در آن کوتاهی کرده‌اند و محدود کردن این اختیارات یا حتی سلب کامل آن»[۴۴].

به این ترتیب، حضانت طفل در نظام حقوقی فرانسه با اندکی تفاوت مانند ایران است؛ هرچند حق و تکلیف والدین است، اما دائمی و حتی مطلق تلقی نمی‌شود و نهاد یادشده مصلحت‌محور است. «در باروری‌های پزشکی، قانون مدنی فرانسه بی‌قید و شرط وظیفهٔ حضانت را برعهدهٔ

44. Malaurie Philippe & Fulchiron Hugues, *La Famille*, (Paris: Lextenso, 4e éd, 2018), p. 645.

اهداشوندگان قرار داده است»[۴۵] و این مهم به‌صراحت از سوی مقنن ذیل بند ۱۹ مادۀ ۳۱۱ قانون مدنی فرانسه آمده است و مطلقاً هیچ‌گونه تکلیف و وظیفه‌ای را ازجمله حضانت متوجۀ اهداکننده نمی‌داند. به این ترتیب، جای هیچ‌گونه شک و تردیدی در امر معنونه نیست. حال در فرضی که اشتباه مؤثری واقع شود، اثری بر عدم تکلیف و مسئولیت حضانت برعهدۀ اهداکننده نخواهد داشت و وی در قبال طفل مسئولیتی ندارد. مضافاً اینکه در نظام حقوقی فرانسه با عنایت به ذیل بند ۶ مادۀ ۲۱۴۱ قانون اخلاق زیستی، اصل محرمانه بودنِ هویتِ اهداکننده به‌رسمیت شناخته شده و هیچ‌گونه استثنایی نیز پیش‌بینی نشده است. آرای متعددی در این خصوص صادره شده است که دلالت بر حضانت اهداگیرندگان دارد و قابل واگذاری در شرایط عادی نیست[۴۶].

از طرفی، بنابر وظیفۀ حضانت که برعهدۀ والدین است، آنها بر اساس مادۀ ۱-۳۷۱ ق.م. فرانسه و در راستای حفاظت از امنیت، سلامت، اخلاق و نیز برای تضمین تعلیم و تربیت و فراهم ساختن زمینۀ رشد و پیشرفت طفل، سه وظیفۀ عمدۀ نگهداری و تأمین مسکن، نظارت و مراقبت و تعلیم و تربیت کودک خود را به‌عهده دارند. در باروری‌های پزشکی نیز وظایف یادشده عیناً برعهدۀ والدین حکمی و اهداشونده قرار می‌گیرد. این وظایف با بروز اشتباه مؤثر و در فرض عدم قبول طفل از سوی اهداشونده باید برعهدۀ سازمان‌های حمایتی قرار گیرد تا از اطفال ناشی از باروری مصنوعی حمایت‌های مادی و معنوی مؤثری به‌عمل آید؛ به این ترتیب، تمامی منافع و مصالح طفل باید مورد توجه واقع شود تا هیچ‌گونه لطمه‌ای به حقوق مسلم وی وارد نگردد.

هدف حمایت از طفل نیز حصول اطمینان در خصوص توجه به نیازهای اساسی کودکان، حمایت از رشد جسمی، عاطفی، فکری و اجتماعی و نیز حفظ سلامت، ایمنی، اخلاق و آموزش آنان با رعایت حقوق کودک است. این موارد شامل اقدامات پیشگیرانه به نفع کودک و والدین او، سازمان‌دهی شناسایی و درمان موقعیت‌های خطرناک یا خطر برای کودک و نیز تصمیمات اداری و قضایی است که برای حمایت از او اتخاذ می‌شود[۴۷]. این مهم بارها در قوانین مختلف نظام

45. Fenouillet Dominique, *Droit de la Famille*, (Paris: Dalloz, 2008), p. 446.
46. https://www.courdecassation.fr/
47. L'article L. 112-3 du Code de L'action Sociale et Des Familles est Ainsi Rédigé: Art. L. 112-3. – La Protection de L'enfance Vise à Garantir la Prise en Compte Des Besoins Fondamentaux de L'enfant, à Soutenir Son Développement Physique, Affectif, Intellectuel et Social et à Préserver sa Santé, sa Sécurité, sa Moralité et Son Éducation, Dans le Respect de Ses Droits.

حقوقی فرانسه مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است.

شورای ملی حمایت از کودکان[۴۸] هم یکی از ارکان مهم در حوزهٔ حقوق کودک است که نظارت بر منافع و مصالح کودکان یکی از مهم‌ترین کارویژه‌های آن است. با عنایت به قانون اقدام اجتماعی و خانواده مصوب ۲۰۱۶، دولت نیز به‌عنوان عضو نظارتی بعضاً در حضانت و نگهداری و حتی حمایت مالی و مادی نقش برجسته‌ای ایفا می‌کند[۴۹]. به عبارت دیگر در نظام حقوقی فرانسه سازمان‌های مردم‌نهاد متعددی در کنار سازمان‌های دولتی، همچون آژانس زیست‌پزشکی، جهت حمایت از باروری‌های پزشکی و یاری رساندن به حل معضلات عدیدهٔ ناشی از آن، فعالیت می‌نمایند[۵۰]. به این ترتیب، در صورت وقوع عیوب اراده ازجمله اشتباه مؤثر، نهادهای یادشده در راستای حمایت از حقوق اطفال گام برمی‌دارند.

نتیجه

فناوری‌های نوین در دنیای امروز به‌سرعت در حال پیشرفت و گسترش است و مورد استقبال جوامع قرار گرفته است. یکی از فناوری‌های به‌روز، روش‌های باروری پزشکی است و تمایل زوجین نابارور به روش‌های باروری پزشکی در حال حاضر غیرقابل انکار است .باروری‌های پزشکی بر اساس اولویت مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرند؛ به‌عبارتی در بدو امر روش‌های همگن یا بدون دخالت عوامل بیگانه مورد استفاده و بهره‌برداری قرار می‌گیرد و درصورتی که منجر به نتیجه نشد، با رضایت زوجین روش‌های ناهمگن یا با دخالت شخص ثالث مورد استفادهٔ پزشک معالج قرار می‌گیرد تا درنهایت منتج به تولد طفل شود.

بدیع بودن روش‌های باروری پزشکی و عدم قانون‌گذاری جامع در این حوزه، مخاطرات حقوقی- قانونی عدیده‌ای را به‌وجود آورده که یکی از آنها آثار غیرمالی ناشی از باروری‌های پزشکی است و ذیل سه مبحث عمدهٔ نسب، ولایت و حضانت قابلیت بررسی دارد. حال در

48. Conseil National de la Protection de L’enfance (CNPE).
49. Code de L'action Sociale et Des Familles
50. https://donsdegametes-solidaires.fr/nos-actions/
“Dons de Gamètes Solidaires” est une Association à But non Lucratif Loi 1901 Fondée en Juillet 2019.
کمیتهٔ ملی نظارت بر طرح وزارتی «تولید انسانی، جنین‌شناسی و ژنتیک»، نهادی دولتی است و سازمان‌های مردم‌نهاد نیز عضو کمیتهٔ یادشده هستند.
Comité National de Suivi du Plan Ministériel “Procréation, Embryologie et Génétique Humaines”.

صورت بروز اشتباه از جانب هیئت درمانی یا اهداشونده، سه مؤلفهٔ یادشده با چالش‌ها و ابهامات مضاعفی روبه‌رو می‌شوند. بررسی نسب، ولایت و حضانت در باروری‌های پزشکی در سایر نظام‌های حقوقی به‌ویژه نظام فرانسه که روش‌های لقاح مصنوعی به‌سرعت در حال پیشرفت بوده، قوانین در حال به‌روزرسانی است، ضروری به‌نظر می‌رسد. بهره‌برداری از راه‌حل‌های ارائه‌شده در سایر نظام‌های حقوقی ازجمله فرانسه در صورت بروز اشتباه در باروری‌های پزشکی با بومی‌سازی می‌تواند مثمر ثمر باشد.

در نظام حقوقی کشورمان نسب بیولوژیکی و طبیعی ملاک است و از مقولهٔ حکم و غیرقابل تغییر است، اما نسب در کشور فرانسه مبتنی بر توافق و رضایت است و ابوت توافقی حاکم است. لذا در صورت بروز اشتباه و با رضایت اهداشونده برای پذیرش طفل، نسب نیز برقرار است و در صورت عدم پذیرش طفل از سوی اهداشونده و اهداکننده، می‌توان جهت حمایت از طفل از عمومات احراز نسب در فرانسه بهره جست.

ولایت قهری در حقوق ایران حصری است و منحصر به پدر و جدّ پدری طبیعی بوده، غیرقابل انتقال است. لذا در باروری‌های پزشکی نهادهای جایگزین همچون قیمومت در مورد اهداشونده جایگزین مناسبی است. در نظام حقوقی فرانسه نیز ولایت ابوینی حاکم است و در صورت وقوع اشتباه مؤثر و عدم پذیرش طفل از جانب اهداشوندگان، نهادهای حمایتی متعددی عهده‌دار نگهداری و حمایت از طفل هستند. در ایران نیز در صورت ناشناس بودن اهداکننده و عدم پذیرش طفل از جانب وی، نهادهای حمایتی همچون بهزیستی، می توانند عهده‌دار نگهداری اطفال باشند.

حضانت ذیل مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اهدای جنین برعهدهٔ زوجین اهداشونده است و در نظام حقوقی فرانسه نیز برعهدهٔ پدر و مادر حکمی است. لذا در صورت بروز اشتباه مؤثر و عدم پذیرش طفل، نهادهای حمایتی همچون بهزیستی به حمایت مادی و معنوی از کودکان می‌پردازند.

شایان ذکر است دامنهٔ اشتباهات مؤثر در باروری‌های پزشکی نباید چنان موسع درنظر گرفته شود که هرآینه قراردادهای باروری پزشکی را که دارای ماهیتی متفاوت با سایر قراردادهای مالی و غیر مالی هستند در معرض انحلال قرار دهد و استفاده از تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه که وقوع اشتباه مؤثر را موجب بطلان نسبی قرارداد می‌داند در این زمینه قابل استعمال است. از

سوی دیگر بهره‌برداری از تحولات به‌روز ازجمله به‌کارگیری هوش مصنوعی و ذخیرهٔ اطلاعات اهداکننده و اهداشونده و ویژگی‌های ژنتیکی، ظاهری و ... در سامانهٔ برخط، زمینهٔ بروز عمدهٔ اشتباهات مؤثر را به‌حداقل ممکن می‌رساند.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. امامی، اسداله (۱۳۹۲). ***مطالعهٔ تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه***، تهران: میزان.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). ***حقوق خانواده***، تهران: گنج دانش.

۳. شریعتی نسب، صادق (۱۳۹۰). ***فرزندخواندگی***، تهران: دانش.

۴. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). ***وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی؛ روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق***، تهران: سمت.

۵. صفایی، حسین و امامی، اسداله (۱۳۹۰). ***مختصر حقوق خانواده***، تهران: میزان.

۶. صفایی، حسین؛ عراقی، عزت‌اله؛ گرجی، ابوالقاسم؛ امامی، اسداله؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ صادقی، محمود؛ برزوئی، عباس؛ حمیدزاده، احمد و آهنی، بتول (۱۴۰۱). ***بررسی تطبیقی حقوق خانواده***، تهران: دانشگاه تهران.

۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۶). ***احکام پزشکان و بیماران***، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).

۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). ***دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی خانواده***، تهران: میزان.

۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۷). ***احکام پزشکی مطابق با فتاوای حضرت آیت الله مکارم شیرازی***، قم: مدرسهٔ امام علی‌بن ابی طالب.

۱۰. وزیری، مجید (۱۳۸۴). ***حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام***، تهران: مؤسسهٔ چاپ و نشر بین‌الملل.

- مقالات

۱۱. غنی‌زاده بافقی، مریم و غنی‌زاده، زهرا (۱۳۹۷). تعیین مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیه کودک، ***تحقیقات حقوقی***، ۲۱ (۸۴)، ۲۹۹-۳۲۴.

Doi: 10.22034/JLR.2018.130190.1161

۱۲. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۷). بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم. ***فقه و حقوق خصوصی***، ۱ (۱)، ۳- ۳۶.

۱۳. علوی، سید محمدتقی و عزیزی، مرتضی (۱۳۹۱). بررسی حقوق غیرمالی کودک آزمایشگاهی. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۳ (۵)، ۱۵۹-۱۹۳.

۱۴. ملکی، مرضیه؛ رضوان‌طلب، محمدرضا؛ و تقی‌پور، بهرام (۱۳۹۹). بررسی نسب کودکان ناشی از روش انتقال میتوکندری، ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی***، ۱۲ (۲۳). ۳۳۳- ۳۶۰.
Doi: 10.22075/FEQH.2019.18890.2216

ب) منابع عربی

- کتاب‌ها

۱۵. آل بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۴۰۳ ق). ***بلغه الفقیه، شرح و تعلیق: سید محمد تقی آل بحر العلوم***، تهران: مکتبه الصادق.

۱۶. سعدی، ابوحبیب (۱۴۰۸ ق). ***القاموس الفقهی لغهً و اصطلاحاً***، دمشق: دارالفکر.

۱۷. مصطفی، ابراهیم؛ نجار، محمدعلی؛ زیات، احمدحسن و عبدالقادر، حامد (۱۳۸۴). ***المعجم الوسیط***، تهران: پژوهان.

۱۸. گلپایگانی، سید محمدرضا (بی‌تا). ***مجمع المسائل***، قم: دار القران کریم.

۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۹۷۶م). ***مستحدثات المسائل***، نجف: مطبعه الآداب.

ج) منابع انگلیسی و فرانسوی

- Books

20. AMP Vigilance_Fiche Retour D'expérience Sur Les Erreurs D'identification en AMP. Mars 2020
21. Cabrol, Pierre & Ribeyrol Monique (2018). Leçons de Droit Des Obligations, Paris: Ellipses.
22. Cour de Cassation, Civile, Chambre Civile 1, 5 Juillet 2017, 16-16.901 16-50.025, Publié au bulletin: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035145977/

23. Courbe, Patrick (2008). Droit de la famille. Paris: Sirey université.

24. Dominique, Fenouillet (2008). Droit de la Famille, Paris: Dalloz.

25. Josserand, Louis (1950). Course de Droit Civil Positif Français, Paris: Dalloz.

26. Malaurie, Philippe & Fulchiron Hugues (2018). La Famille, Paris: Lextenso.

27. Violaine, Euriat (2004). Don de Gamètes et Don D’embryons: État des Lieux Avant L’établissement des Lois, Paris: Dans Spirale.

- Acts

28. Civil Code

29. Code de L’action Sociale

30. Code de L'action Sociale et des Familles

31. Code de L'action Sociale et des Familles

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 53-77

The Relationship Between the Ethical Foundations of the Constitution of I.R. Iran and Modern Public Law

Ahmad Deylami[1]| Alireza Dabirnia[2]| Mahdi Ghanbari[3]

1. Associate Professor, Department of Private Law, University of Qom, Iran (Corresponding Author) a-deylami@qom.ac.ir
2. Associate Professor, Department of Public Law, University of Qom, Iran dr.dabirnia.alireza@gmail.com
3. Ph.D Candidate in Public Law, University of Qom, Iran mahdighanbari68@gmail.com

Abstract

The relationship between ethics and law is an important topic in the philosophy of law in a general sense. In this article, however, the relationship between the ethical foundations of the Constitution of the Republic of Iran and modern public law is specifically discussed with a descriptive, analytical, and comparative method. Modern public law is often based on utilitarianism, Kantian deontology, social contract, or existentialist humanism. According to the results of this research, firstly, the Iranian Constitution has the capacity to establish a kind of constructive interaction between "human dignity" and "the inalienable sovereignty of man over his social destiny", "the negation of instrumentalism and objectification of man", and "social contract". Secondly, in the Iranian Constitution, in the event of a conflict, ethical foundations prevail over "social contract" and "the right to self-determination". This is achieved in two ways: the simultaneous commitment of rulers and people to ethics; And the moral rule of "rejecting individual or group domination and subjugation and eliminating any tyranny, autocracy, and monopolization in society."

Keywords: *Modern Public Law, Moral Foundations, Constitution of Iran, The Right to Self-Determination, Social Contract.*

Received: 2024/07/17 **Received in revised form:** 2025/04/09 **Accepted**: 2025/10/22 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.62538.3400

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۸

بهار ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۵۳-۷۷

نسبت میان مبانی اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ایران و حقوق عمومی مدرن

احمد دیلمی[۱]| علیرضا دبیرنیا[۲]| مهدی قنبری[۳]

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، ایران (نویسنده مسئول) a-deylami@qom.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه قم، ایران dr.dabirnia.alireza@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم، ایران mahdighanbari68@gmail.com

چکیده

نسبت میان اخلاق و حقوق از مباحث مهم در فلسفهٔ حقوق در مفهوم عام است. در این نوشتار به‌طور خاص نسبت میان مبانی اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ایران و حقوق عمومی مدرن با روش توصیفی، تحلیلی و تطبیقی مورد بحث قرار می‌گیرد. حقوق عمومی مدرن اغلب بر فایده‌گرایی، وظیفه‌گرایی کانتی، قرارداد اجتماعی و یا انسان‌گرایی اگزیستانسیالیستی استوار است. براساس نتایج این تحقیق، اولاً قانون اساسی ایران دارای ظرفیتی است که می‌تواند نوعی از تعامل سازنده را بین «کرامت انسان» و «حاکمیتِ غیرقابل سلبِ انسان بر سرنوشت اجتماعی خویش»، «نفی ابزارانگاری و شیءانگاری انسان» و «قرارداد اجتماعی» برقرار کند. ثانیاً در قانون اساسی ایران در صورت بروز تزاحم، بنیادهای اخلاق‌گرایانه بر «قرارداد اجتماعی» و «حق تعیین سرنوشت» برتری دارند. این امر از دو طریق محقق می‌شود: تعهدِ توأمان حاکمان و مردم به اخلاق، و قاعدهٔ اخلاقیِ «نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری فردی یا گروهی و محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی در جامعه».

واژگان کلیدی: *بنیادهای اخلاقی، حق تعیین سرنوشت، حقوق عمومی مدرن، قانون اساسی ایران، قرارداد اجتماعی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۷ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۱/۲۰ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۲/۰۱ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.62538.3400

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

ارتباط میان قوانین اساسی با مبانی اخلاقی موضوعی مهم در حقوق عمومی به‌شمار می‌رود. چنان‌که اسمردل در این خصوص اشاره می‌کند: «منظور از اخلاق قواعدی است که به کمک آن افراد می‌توانند خیر را از شر تشخیص دهند. اخلاق در حکومت دموکراتیک شامل قانون‌هایی است که حاکمان را قادر به اتخاذ تصمیم درست می‌کند. و معیاری است برای شهروندان که درستی یا نادرستی و حتی فساد حاکمان را می‌توانند از آن طریق ارزیابی کنند؛ لذا پایه‌ای برای مشروعیت‌بخشی به حکومت به‌شمار می‌رود»[1].

از این رو، توجه به مبانی و قواعد اخلاقی در اصلی‌ترین سند حقوق اساسی ایران دور از ذهن نیست. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصلی‌ترین جلوهٔ تحقق ارادهٔ ملت به‌عنوان قدرت مؤسس و محوری‌ترین متن حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. نگارندگان این مقاله ضمن برشمردن مبانی اخلاقی حقوق عمومی از طریق شرح رویکردهای اصلی اخلاقی، بر نسبت‌سنجی میان مبانی اخلاقی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مبانی اخلاقی حقوق عمومی کوشیده‌اند. ابتدا در این نوشتار دو رویکرد اصلی اخلاقی یعنی غایت‌گرایی و وظیفه‌گرایی در کنار رویکرد جدید به فضیلت‌گرایی در دوران معاصر بررسی می‌شوند. سپس اختلاف دیدگاه‌ها در مکاتب اصلیِ حقوق عمومی معاصر یعنی پوزیتیویسم حقوقی و حقوق طبیعی، در خصوص رابطهٔ اخلاق و قانون (امر اخلاقی و امر حقوقی) و درحقیقت «اخلاق‌پذیری حقوق عمومی» مورد اشاره قرار می‌گیرند. قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌عنوان یک قانون اساسی قابل‌توجه و دارای مبانی قابل بررسی، ظرفیت‌هایی در شکل دادن به یک رویکرد تعاملی با مبانی حقوق عمومی معاصر دارد. تدقیق در متن قانون اساسی ایران که برخاسته از ارادهٔ ملت به‌عنوان قدرت مؤسس است، نشان می‌دهد که دارای امکانات و ظرفیت‌های قابل‌توجهی در مقایسه با مبانی اخلاقی حقوق عمومی معاصر است. به‌طوری که با مطالعهٔ مبانی اخلاقی قانون اساسی، قواعدی استنباط می‌شود که می‌تواند در تضمینِ حق‌ها، هنجارسازی و مکانیزم‌های قانون‌گذاری، «تعاملی سازگارانه» با حقوق عمومی معاصر برقرار کند.

1. Branko Smerdel, *Ethics in Government Conflict of Interest and the Constitution*. Zbornik PFZ, (50) 769. (Conference Version), (2000), p. 1.

در این نوشتار در بخش اول، رویکردهای اصلی نظری در حوزهٔ اخلاق‌پذیری در حقوق عمومی مدرن با تأکید بر دو رویکرد اصلیِ (غایت) فایده‌گرایی و وظیفه‌گرایی و همچنین نحوهٔ رابطهٔ میان آنها با مبانی حقوق عمومی مدرن مورد بررسی قرار می‌گیرند. در بخش بعدی، رابطهٔ میان قانون و اخلاق در حقوق عمومی مدرن با تأکید بر دو رویکرد اصلی پوزیتیویسم حقوقی و حقوق طبیعی و بررسی مبنای اخلاقی قرارداد اجتماعی و حق تعیین سرنوشت مورد توجه واقع می‌شود. در بخش پایانی نیز مبانی اخلاقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ارجاعات قانون اساسی به رویکردهای اخلاقی در حقوق عمومی مطالعه می‌شوند. درنهایت نیز به این سؤال پاسخ داده خواهد شد که نسبت میان مبانی اخلاقی قانون اساسی با حقوق عمومی مدرن چیست. شایان ذکر است که مراد از حقوق عمومی مدرن در این نوشتار عبارت است از حقوق عمومی مبتنی بر انسان‌مداری، خردگرایی، دنیامحوری، آزادی و برابری‌گرایی، مردم‌سالاری و نمایندگی سیاسی[۲].

در پژوهش‌هایی که در ایران در حوزهٔ مبانی اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ایران صورت گرفته، تاکنون به موضوع نسبت‌سنجی آن مبانی با حقوق عمومی مدرن پرداخته نشده است. برای نمونه، مقالهٔ «ساحت‌های اخلاق در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر رویکرد حکومت دینی»، نوشتهٔ سید احمد حبیب‌نژاد و محمد منصوری بروجنی، در فصلنامهٔ فلسفهٔ دین دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۹۸؛ مقالهٔ «مراتب اخلاقی قانون اساسی جمهوری اسلامی» نوشتهٔ محمدحسن روزبه در فصلنامهٔ سیاست متعالیه، اسفند ۱۳۹۵؛ و نیز مقالهٔ «مبانی و دلایل نظارت مردم بر دولت در قانون اساسی با تأکید بر رویکرد اخلاقی» نوشته علی کاظم‌زاده در فصلنامهٔ پژوهش‌های اخلاقی، پاییز ۱۳۹۷، ازجمله پژوهش‌هایی هستند که با موضوع رابطهٔ اخلاق و قانون اساسی ج.ا.ایران انجام شده‌اند. چنان‌که مشاهده می‌شود، در هیچ‌یک از این مقالات، نسبت‌سنجی حقوق و اخلاق به‌طور عام و به‌ویژه نسبت اصول حقوق عمومی مدرن با رویکرد و بنیادهای اخلاقی قانون اساسی ج.ا.ا، محور بحث نبوده است؛ امری که نوآوری این مقاله نسبت به همهٔ پژوهش‌های پیشینی است که عیار اخلاقی قانون اساسی ایران را مورد بحث قرار داده است.

---

۲. سید مجتبی واعظی (۱۴۰۳)، «مبانی و مؤلفه‌های مدرن حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در پرتو ساختار و رویهٔ موجود»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۱۰ (۱)، ص ۲۶۵-۲۸۶.

۱. امکان‌سنجی اخلاقی بودن حقوق عمومی مدرن

اخلاق‌پذیری حقوق عمومی مدرن را می‌توان از منظرهای مختلفی مورد توجه قرار داد. رویکردهای اصلی اخلاقی عموماً به سه شاخهٔ اصلی تقسیم می‌شوند: غایت‌گرایی، وظیفه‌گرایی و فضیلت‌گرایی. از نگاه غایت‌گرا، عمل خوب آن است که غایت آن سود یا لذت و مانند آن باشد؛ از نظر فضیلت‌گرا، خوبی عمل به آن است که ناشی از یک فضیلت نفسانی باشد؛ و از نگاه وظیفه‌گرا، عمل خوب عملی است که به نیت انجام وظیفه واقع شده باشد[۳].

از منظر دیگر «حق‌محور بودن حقوق عمومی مدرن» نقطهٔ آغاز شناخت مبانی این حقوق است. در دورهٔ مدرن بحث بر سر تقدم یا تأخر میان خیر[۴] و حق[۵]، ریشه‌های تأثیر رویکردهای اخلاقی بر مبانی حقوق عمومی مدرن را مشخص می‌کند. دو رویکردِ کلانِ کمال‌گرایی[۶] و بی‌طرفی[۷]، در تعیین نقش و کارکرد مبانی اخلاق در حقوق عمومی مدرن، ناشی از تقدم یا تأخر میان خیر و حق در این حوزه است. در کنار این موضوع البته نباید ازنظر دور داشت برداشت‌های مختلفی از خیر وجود دارد. فیلسوفان لیبرال و جماعت‌گرا، عمده اندیشمندانی هستند که درگیر یک مباحثهٔ تاریخی در این باره شده‌اند؛ برای مثال، دانیل بل در کتاب *جماعت‌گرایی و منتقدان آن* به‌صراحت می‌گوید:

اگر شما از خود بپرسید چه موضوعاتی در زندگی شما بیشترین اهمیت را دارند؟ پاسخ به آن مستلزم تعهد به خیرِ جماعت‌هایی خواهد بود که هویت شما در درون آنها ساخته شده است[۸].

در تبیین ریشه‌های اخلاقی رویکرد کمال‌گرایی، توماس هورکا می‌نویسد: «برترین فعل سیاسی نهاد یا حکومت، آن است که کمالِ تمامِ انسان‌ها را بیشتر ارتقا بخشد»[۹].

استیون وال نیز در ادامهٔ تبیین ریشه‌های اخلاقی همین رویکرد می‌گوید: «طبق نظریهٔ کمال‌گرایی، مقامات سیاسی باید در ایجاد و صیانت از شرایط اجتماعی‌ای که به بهترین نحو

3. William K. Frankena, *Ethics*, (New Jersey: Published by Prentice Hall, 1973), p. 142.
4. Good
5. Right
6. Perfectionism.
7. Neutrality.
8. Daniel Bell, *Communitarianism and Its Critics*, (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 94.
9. Thomas, Hurka, *Perfectionism*, (Oxford University Press, New York, First Published, 1993), p. 147.

آتباع آنها را در حرکت به سوی زندگیِ ارزشمند و ارزنده توانا می‌سازند، نقش فعالی برعهده گیرند»[۱۰].

از این رو، ریشه‌های اخلاقی کمال‌گرایی را باید در نظریهٔ اخلاقی وظیفه‌گرا یا فضیلت‌گرا جستجو کرد. ویل کیملیکا، فیلسوف سیاسی معاصر، نیز در تبیین ریشه‌های اخلاقی رویکرد بی‌طرفی می‌گوید: «برای نیل به زندگی خوب به دو پیش‌شرط نیازمندیم: اول اینکه هدایت زندگی ما از درون و منطبق با اعتقاداتمان در مورد اموری باشد که به زندگی ارزش می‌دهد. لذا افراد باید منابع و آزادی‌های لازم را برای پیشبرد زندگیِ هماهنگ با باورهایشان در باب ارزش‌ها در اختیار داشته باشند. از این رو، لیبرال‌های کلاسیک همواره نگران حریمِ خصوصیِ فردی و مخالف تحمیلِ اخلاقیات هستند. پیش‌شرط دوم این است که ما در به زیر سؤال بردنِ آن باورها و آزمودن آنها در پرتو هرنوع داده، نمونه یا بحث‌هایی که فرهنگ ما می‌تواند فراهم کند، آزاد باشیم. بنابراین، افراد باید شرایط لازم را برای کسب آگاهی از عقایدِ متفاوت نسبت به زندگی خوب و توانایی ارزیابیِ هوشمندانهٔ این دیدگاه‌ها داشته باشند. از این رو، لیبرال‌های سنتی به یک اندازه دغدغهٔ آموزش، آزادی بیان و اجتماعات را دارند، چراکه آزادی‌های یادشده ما را قادر می‌سازد تا در باب آنچه ارزشمند است قضاوت کنیم و دیگر شیوه‌های زندگی را بیاموزیم»[۱۱].

آلبرت ول نیز در تبیینی صریح و کاملاً خودگرایانه در باب فلسفهٔ اخلاقی بی‌طرفی می‌گوید: «هیچ‌کس آنگونه که تو خود را می‌شناسی، تو را نمی‌شناسد و لذا تو در موقعیتی بهتر از هر فرد دیگر هستی که بدانی چه چیز برای تو خوب یا بد است»[۱۲].

در حقوق عمومی مدرن و مشخصاً قوانین اساسی برخی کشورهای اروپایی، گاهی مبانی وظیفه‌گرایی اخلاقی (با تأکید بر حفظ فردیت و کرامت انسانی) همنشین جنبه‌هایی از کمال‌گرایی می‌شود». یک دیدگاه کاملاً کانتی، مفهوم شخص بودن را با عقلانیت و حق تعیین سرنوشت و در عین حال با تکالیف و مرزهای اخلاقی بررسی می‌کند. در قانون اساسی آلمان

10. Steven Wall, *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, (Cambridge University Press, First Published, 1998), p. 8.
11. Will, Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, A Liberal Theory of Minority Rights, (Oxford University Press, 1995), p. 81.
12. Albert, Weale, *Toleration, Individual Differences and Respect for Persons*, *In John Horton & Susan Mendus* (eds.), Aspects of Toleration: Philosophical Studies. (Methuen, London, 1985), p. 21.

پیش‌بینی شده است که انسان‌ها موجوداتی معنوی- اخلاقی هستند که باید آزادانه رفتار کنند، اما اَعمال آنها مقید به احساس وظیفهٔ اخلاقی است. به عبارت دیگر، اعمال باید با احساس نیاز اجتماعی، مسئولیت شخصی و همبستگی انسانی هدایت شوند»[۱۳].

این نمونه نشان می‌دهد جامعه‌ای که قانون اساسی آلمان به لحاظ اخلاقی توصیه می‌کند، جامعه‌ای است که در آن در عین اینکه فردیت و کرامت انسانی باید تضمین شود، اما این مهم با احساس همبستگی و مسئولیت اجتماعی به‌عنوان جنبه‌ای از کمال‌گرایی همراه است.

اما ریشه‌های اصلی اخلاقیِ بی‌طرفی در حقوق عمومی مدرن را باید در نظریه‌های اخلاقی عمل‌محور همچون «فایده‌گرایی» جستجو کرد. از سوی دیگر، هرچند فایده‌گرایی اخلاقی را باید یک نظریهٔ غایت‌گرایانه دانست، اما در ساحت اجتماعی حقوق و در اندیشه‌های حقوقی و اخلاقی غرب، این دو نظریهٔ اخلاقی با مقدم دانستن حق بر خیر، در گوهر «قراردادگرایانه» خود با یکدیگر مشترک‌اند. اصولاً عمدهٔ بحث‌های فلسفهٔ اخلاق جدید به‌نوعی در پی چگونگی ایجاد پیوند بین وظیفه‌گرایی، قراردادگرایی و غایت‌گرایی است؛ چنان‌که ساموئل شفلر در کتاب خود، *پیامدگرایی و منتقدان آن*، به نقل از اسکانلون[۱۴] بیان داشته است: «حقوق بشر که عمدتاً به‌عنوان مفهومی وظیفه‌گرایانه مطرح می‌شود، تنها با ارجاع به نتایجِ چنین حقوقی است که می‌تواند به‌درستی توجیه گردد»[۱۵] و یا به نقل از نوزیک[۱۶] چنین می‌گوید: هر نظریه‌ای که اساساً پیامدانگارانه باشد، می‌تواند الزامات یکسویهٔ غیرقابلِ نقضی را متحد کند؛ مانند وظیفه‌گرایی که بعضی از اعمال مجاز و اخلاقی فاعلان را محدود می‌نماید[۱۷].

آنجا که پیوند این دو نظریهٔ اخلاقی روشن‌تر می‌شود، پاسخ به پرسش اخلاق‌پذیری حقوق عمومی مدرن نیز روشن‌تر می‌گردد. تلاش‌های فلاسفه اخلاقِ جدید در یافتن این پیوندها، به درک مبنای اخلاق‌گرایانه حقوق عمومی مدرن نیز کمک بزرگی کرده است. در وظیفه‌گراییِ

13. Edward, J. Eberle, "Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law", *Liverpool Law Review*, (33), (2012), p. 204.
14. Scanlon
15. Samuel Scheffler. *Consequentialism and Its Critics*, (New York: Oxford University Press, First Edition, 1988), p. 74-92.
16. Nozick
17. *Ibid*, p. 134-141.

اخلاقی انکار کامل توجه به غایت عمل دشوار است. همچنین در سودگرایی اخلاقی نیز دشوار است که فرد در انجام افعال اخلاقی وظیفهٔ خود را فراموش و تنها به انجام عملی مبادرت ورزد که نتایج بهتری دارد. از این رو، گفته شده است که «یک پیامدگرا همواره به‌طور ضمنی به نوعی وظیفه گردن می‌نهد»[۱۸].

از سوی دیگر در این باب تفکیک حق بودن از حق داشتن نیز دارای اهمیت بسیاری است. سیموند تأکید می‌کند که دو جریان اصلی دربارهٔ معنای حق در مفهوم «حق داشتن» از بقیه غالب‌ترند؛ جریان فکری اول حق را به معنای سود و منفعت می‌داند، زیرا حق از نگاه طرف‌داران این جریان فکری همواره حاوی سود و منفعت برای صاحب حق است؛ لذا این جریان فکری به نظریهٔ منفعت[۱۹] معروف شده است[۲۰].

جریان دیگر، حق را به معنای انتخاب و قدرت اِعمال اراده می‌داند، زیرا به اعتقاد پیروان این جریان، حق همواره قدرت انتخاب گزینهٔ مطالبه و عدم مطالبه حق علیه مکلف و اِعمال اراده علیه او را برای صاحب حق به همراه دارد. این نظریه با نام نظریهٔ اراده یا انتخاب[۲۱] شناخته می‌شود. آنها حق را به معنای قدرت می‌دانستند، یعنی صاحب حق اخلاقاً یا قانوناً قدرت دارد انجام تکلیف را از مکلف مطالبه کرده یا از آن صرف‌نظر نماید[۲۲].

از سوی دیگر، در میان اندیشمندان حقوق عمومی مدرن بحث‌ها در خصوص نوع رابطهٔ «اخلاق» و «قانون» نیز متفاوت است و در این چارچوب یک دیدگاه مسلط نظری وجود ندارد. در خصوص اینکه این دو از یکدیگر باید تفکیک شوند و یا رابطهٔ تبعیت دارند نیز مناظرهٔ نظری وجود دارد. «طرف‌داران رابطهٔ قوی میان اخلاق و حقوق، همچون دورکین، استدلال می‌کنند که باید از اخلاق[۲۳] برای حل موارد دشوار قانونی استفاده کرد. اما هابرماس برعکس، می‌گوید: این قانون است که برای پُرکردن نقصِ شناختی در اخلاقیات[۲۴] فرا خوانده می‌شود. چنان‌که طبق

18. Paul Edwards. (Editor in Chief), *Encyclopedia of Phylosophy*, 8 Vol. In4, (New York: Macmillan Publishing, First Edition, 1967), p. 81.
19. Benefit/Interest Theory
20. N.E. Simmonds, *Rights at the Cutting Edge*, in A Debate Over Rights, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 138.
21. Will/ Choice Theory
22. *Ibid*, 134
23. Morality
24. Cognitive Deficit in Morals

یکی از بنیادهای پوزیتیویسم، اخلاق به دلیل عدم تعین شناختی‌اش[۲۵] نمی‌تواند دقیقاً پایه و اساس قانون باشد»[۲۶].

درنتیجه، اتفاق نظری در باب مفهوم اخلاق و حقوق عمومی و ماهیت رابطهٔ موردبحث و نیز ضرورت بود یا نبود آن وجود ندارد. لکن امکان منطقی و عادی وجود این رابطه نه‌تنها امری قابل قبول است، بلکه باور به ضرورت گونه‌ای از آن را می‌توان در اندیشه‌های فلسفی اغلب نویسندگان حقوق عمومی مشاهده کرد.

۲. رابطهٔ قانون و اخلاق در حقوق عمومی مدرن، مبنای اخلاقی قرارداد اجتماعی و حق تعیین سرنوشت

به نظر برخی، محوری‌ترین ویژگی امر اخلاقی، اقناعی بودن[۲۷] آن است؛ به این معنا که فقط در صورتی یک هنجار یا دستور اخلاقی پذیرفته می‌شود که ذهن و ضمیر فرد، با بررسی دلایل له و علیه آن، راضی و متقاعد شود. دستور اخلاقی به این دلیل پذیرفته نمی‌شود که از سوی نهاد یا مرجع خاصی صادر شده، بلکه به این دلیل مطاع و پذیرفتنی است که عطش دانایی آدمی را فرونشانده، دلایل پشتیبان آن «قوهٔ عاقلهٔ فرد» را راضی و اقناع نموده باشد. به دیگر سخن، اخلاق آن‌گونه راهنمای رفتاری است که فرد به‌مثابه دلیل مُقنع می‌پـذیرد و مایل است که دیگران نیز آن را بپذیرند و به آن عمل کنند. با این حال، او نمی‌تواند دیگران را وادار به پذیرش آن کند. به بیان مختصر: «عمل اخلاقی نمایانگر یک داوری هنجاری از سوی فرد حقیقی، برای خود و برآمده از اقناع «قوهٔ عاقلهٔ» او در باب خوبی دستور اخلاقی مربوط به آن عمل است»[۲۸]. البته وجود تفاسیر و برداشت‌های مختلف از طبیعت بشر فهم چگونگی اقناع انسان را سخت می‌کند. در شرایطی که جریان اصلی اخلاق در دورهٔ جدید بیشتر خبر از امری درونی و استعلایی و «خودآیین» می‌دهد، حقوق مدرن لاجرم یک پدیدهٔ وضعی و یک امر نهادی است که در آن تصمیم نهایی جمعی بر شخص بار می‌شود.

25. Cognitive Indeterminacy
26. Delamar José Volpato Dutra, de Cláudio Ladeira Oliveira & Edna Gusmão de Góes Brennand, , "Habermas and Legal Positivism", ethic@: *An International Journal for Moral Philosophy*, No. 3, Dossiê Positivismo Jurídico, (2022), p. 1.
27. Discursive
28. N. Maccormick, "The Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 14(1), (1994), p. 1-23.

پوزیتیویسم حقوقی[۲۹] دقیقاً همان مکتبی است که در چارچوب حقوق عمومی مدرن و نسبت‌یابی قانون و اخلاق «بر دو عنصر تأکید فراوان دارد: ۱- قانون در یک جامعه، واقعیتی اجتماعی است. ۲- هیچ تلازمی میان قانون و اخلاق وجود ندارد»[۳۰]. پیتر جونز، فیلسوف حقوق معاصر، تأکید می‌کند که بر اساس مکتب پوزیتیویسم حقوقی، توافق اجتماعی و رضایت عمومی بهترین عنوانی است که می‌توان بر منشأ قوانین اطلاق کرد. این توافق عمومی از راه قرارداد اجتماعی اتفاق می‌افتد[۳۱]. از سوی دیگر، در چارچوب حقوق عمومی مدرن، تفاسیر و برداشت‌های مختلفی از طبیعت بشر وجود دارد. برایان بیکس در کتاب معروف خود، *حقوق طبیعی: سنت مدرن*، می‌گوید: «منظور از حقوق طبیعی در عنوان این مکتب، قانون طبیعی است. قانون طبیعی دریافت قطعیِ عقل است که عقل آن را از طبیعت می‌فهمد و بر اساس آن حکم می‌کند. نظریه‌پردازان قانون طبیعی در اینکه منظور از طبیعت در واژهٔ یادشده چیست، اختلاف نظر دارند. برخی آن را طبیعت مادی جهان می‌دانند. برخی دیگر آن را به طبیعت بشر تفسیر کرده‌اند. گروهی هدف از خلقت انسان یا جهان را معنای طبیعت می‌دانند»[۳۲].

با توجه به رویکردهای کلان اخلاقی که در خصوص برخی از آنها سخن گفته شد، آیا مبنای اخلاقی قرارداد اجتماعی را باید «منافع متقابل» دانست یا «وظیفه‌گرایی کانتی» و یا «فضیلت‌گرایی»؟

در آثار مربوط به فلسفهٔ اخلاق غرب پربسامدترین ایدهٔ تئوریکِ مدرن در پاسخ به مبنای اخلاقی قرارداد اجتماعی، تأکید بر ایدهٔ «منافع متقابل» است. فیلسوف معاصر اخلاق، جیمز ریچلز، چنین گفته است: «می‌توان تأکید کرد که یک قرارداد اجتماعیِ ضمنی وجود دارد که همهٔ ما ملتزم به آن هستیم. مطمئناً هیچ‌یک از ما هرگز عملاً یک قرارداد واقعی را امضا نکرده‌ایم و هیچ مدرکی با امضاهای ضمیمه‌شده در دست نیست؛ با این همه، حتماً یک قول و قرار اجتماعی وجود دارد که بسیار شبیه آن چیزی است که در نظریهٔ قرارداد اجتماعی توصیف می‌شود:

29. Legal Positivism
30. Jules L. Coleman, & Brain Leiter, *Legal Positivism*, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, (Oxford: Blackwell, 2th Edition, 1996), p. 241.
31. Peter Jones, *Rights*, (Houndmills & New York: Palgrave, 1994), p. 101
32. Brian Bix, *Natural Law: The Modern Tradition*, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, J. Coleman & S. Shapiro (eds.), (New York: Oxford University Press, 2002), p. 64-65.

مجموعه‌ای از قواعد که هرکس اذعان دارد برایش لازم‌الاجراست و همهٔ ما از این واقعیت که افراد از این قواعد تبعیت می‌کنند منتفع می‌شویم. هریک از ما منافع اعطاشده از این این قول و قرار را می‌پذیریم؛ و حتی بیش از این، از دیگران نیز توقع داریم و آنها را تشویق می‌کنیم که همچنان آن قواعد را مراعات کنند. این توصیفی از وضع واقعی و عملیِ امور است، نه یک داستان ساختگی. ما با پذیرفتن منافع این قول و قرار، متحمل تعهدی برای انجام سهم خود در حمایت از آن می‌شویم. به عبارت دیگر، قبول می‌کنیم که معامله به مثل کنیم. این قرارداد یک قرارداد «ضمنی» است، زیرا ما نه از طریق حرف، بلکه از طریق اَعمالمان جزئی از آن می‌شویم»[۳۳].

ریچلز همچنین جزئیات مبانی اخلاقی نظریهٔ قرارداد اجتماعی را به این شکل تکمیل می‌کند: «نظریهٔ اخلاق مبتنی بر قرارداد اجتماعی عبارت است از این ایده که اخلاق متشکل است از مجموعه‌ای از قوانین حاکم بر چگونگی رفتار مردم با یکدیگر، که افراد عاقل جهت تأمین منافع متقابلشان بر سر پذیرش آنها توافق کرده‌اند به شرط اینکه سایرین نیز از آن قواعد تبعیت کنند...ایدهٔ اصلی اینست که قوانینِ اخلاقیِ الزام‌آور قوانینی هستند که برای زندگی اجتماعی لازم‌اند...این قواعد تنها با نشان دادن اینکه برای همکاری ما در جهت منافع متقابلمان لازم هستند، توجیه می‌شوند...ما توافق می‌کنیم که از قواعد اخلاقی پیروی کنیم، زیرا به نفع خودمان است در جامعه‌ای که قواعد اخلاقی نامبرده پذیرفته شده‌اند، زندگی کنیم. البته گاهی ممکن است درکوتاه‌مدت به نفع ما باشد که قوانین را بشکنیم، اما عاقلانه نیست که خواهان توافقی باشیم که در آن افراد هر زمان به نفع‌شان بود قواعد را زیر پا بگذارند. تمام نکتهٔ قرارداد اجتماعی اینست که ما می‌خواهیم قادر باشیم که از نظر تعهد به قواعد، روی مردم حساب باز کنیم و فقط در این صورت است که می‌توانیم احساس امنیت کنیم. لذا اطاعت و پایبندی نظم‌یافتهٔ ما قیمت عاقلانه‌ای است که برای به‌دست آوردن اطاعت و پایبندی نظم‌یافتهٔ دیگران پرداخت می‌شود. در پاسخ به این پرسش که ما تحت چه شرایطی مجاز هستیم که قواعد را بشکنیم؟ باید گفت که ایدهٔ کلیدی در اینجا ایدهٔ «معامله به مثل» است. ما موافقت می‌کنیم که از قواعد اطاعت کنیم مشروط بر اینکه سایرین نیز از آنها اطاعت کنند. به این ترتیب، وقتی شخصی شرط معامله به

33. James Rachels, *The Elements of Moral Philosophy*, (New York: McGraw Hill, 2nd ed, 1993), p. 226.

مثل را نقض کند، ما را– دست‌کم تا حدودی– از تعهدی که نسبت به وی داریم آزاد می‌کند»[۳۴].

اما آیا بر اساس ایدهٔ قرارداد اجتماعی می‌توان قائل به یک مبنای عینی برای اخلاق بود؟ آیا چیزی به نام «امور واقعی اخلاقی» وجود دارد؟ پاسخ جریان اصلی اخلاقی و حقوقی مدرن در غرب به این سؤال قابل توجه است: «جذابیت نظریهٔ قرارداد اجتماعی در کنار زدن همهٔ این دغدغه‌های اخلاقی». به گفتهٔ ریچلز: «فلاسفه از مدت‌ها قبل مشغول این پرسش بوده‌اند که آیا عقاید اخلاقی ما چیزی بیش از احساسات شخصی‌مان یا آداب و رسوم خاص جامعهٔ ما هستند؟ به نظر آنها چنین رسیده است اخلاق باید چیزی بیش از آداب و رسوم و احساسات باشد، اما گفتنِ اینکه آن چیز چیست، دشوار است. اگر چیزی به نام امور واقعی اخلاقی وجود داشته باشد، آن چگونه چیزی است؟ یکی از جاذبه‌های اصلی نظریهٔ قرارداد اجتماعی آن است که تمام این دغدغه‌ها را به‌سادگی کنار می‌زند. هیچ توضیح مبسوطی لازم نیست. اخلاق صرفاً موضوعی مربوط به آداب و رسوم یا احساسات نیست، بلکه مبنایی عینی دارد. اما این نظریه برای توضیح آن مبنا نیازی ندارد که هیچ نوع «امرِ واقعِ خاصی» را اصلِ موضوع قرار دهد. اخلاق مجموعه‌ای از قواعد است که افراد متعقل برای تأمین منافع متقابل خودشان آن را می‌پذیرند. ما می‌توانیم با تحقیق عقلانی مشخص کنیم که آن قواعد کدام‌اند و بعد می‌توانیم با تعیین اینکه یک عمل خاص با آن قواعد مطابقت دارد یا خیر، مشخص کنیم که آیا آن عمل به لحاظ اخلاقی قابل قبول است یا نه. وقتی به این موضوع پی ببریم، دغدغه‌های قدیمی دربارهٔ عینیت اخلاق به‌سادگی محو می‌شوند»[۳۵].

در حقوق غرب قراردادگرایی در قامت مکتب پوزیتیویسم حقوقی[۳۶] متجلی است. طبق همین مکتب نیز شاهد تفاسیر و صورت‌بندی‌های مختلفی از رابطهٔ میان اخلاق و قانون (امر حقوقی و امر اخلاقی) هستیم. از سوی دیگر، گرچه معنای اجمالی قانون در نظام‌های حقوقی گوناگون مشترک است، اما در همین نظام‌های حقوقی، قانون محتوای گوناگونی دارد. همین وضعیت را نسبت به اخلاق هم شاهدیم[۳۷]. از این رو، گفته می‌شود تنها وجه مشترک حوزه‌های مختلف

34. *Ibid*, 217.
35. *Ibid*, 220
36. Legal Positivism
37. G. Bernard, & G. Joshua, *The Definition of Morality*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edited by: Edward N. Zalta, (Columbia University, 2017), p. 2-5

اخلاقی، اجتناب از آسیب رساندن به دیگران است؛ به این ترتیب، گونه‌ای همانندی میان اخلاق و حقوق برقرار است.

به باور دورکین، اما «قانونی بودن در انتها نه‌تنها بر مبنای واقعیت‌های اجتماعی بلکه همچنین از طریق حقایق اخلاقی تعیین می‌شود»[۳۸]. به عبارت دیگر، وجود و محتوای حقوق اثبات‌گرایانه در تحلیل نهایی تحت حکومت وجود و محتوای حقوق اخلاقی قرار دارد. دورکین با بسط چنین ایده‌ای در حقوق عمومی مدرن و با پرورش این ایده که شهروندان در برابر حکومت از حق‌های اخلاقی برخوردارند، مدعی درهم‌آمیختگی حقوق با اخلاق شد[۳۹]. هرچند قابل انکار نیست که رویکرد اثبات‌گرایی حقوقی نقش مهمی در ترتیبات حقوق عمومی مدرن داشته، اما از سوی دیگر ساده‌انگارانه است که آن را تنها در چارچوب اثبات‌گرایی حقوقی بتوان توجیه کرد. رویکرد حقوق طبیعی نیز در این چارچوب آثار مهمی از خود برجای گذاشته است، اما در دل همین رویکرد نیز تعابیر و تفاسیر مختلفی از رابطهٔ اخلاق و قانون (امر حقوقی و امر اخلاقی) وجود دارد.

برخی حقوق‌دانان غربی معتقدند فلسفهٔ کانت نیز با توسل به یک نظام متافیزیک عقل‌گرای سیاسی، جامعهٔ اخلاقی را بنا می‌کند که در آن امر سیاسی تابع امر اخلاقی است. در همین خصوص هانتر می‌نویسد: «بازبینی امر سیاسی در پرتو یک دولت اخلاق‌محور در کانون توجه قرار گرفته است. این رویکرد، جامعهٔ سیاسی را بسان شکلِ معقولِ تکامل جامعهٔ اخلاقی یا معنوی می‌پندارد. در واقع، در متافیزیکِ عقل‌گرای سیاسی کانتی، حاکمیتِ حقوقی و سیاسی، سبکِ زبونِ حکمرانی محسوب می‌شود که تنها تا زمانی ضروری است که جامعهٔ اخلاقی توانایی خود را برای خودگردانیِ جمعیِ متقابل بازیابی کند»[۴۰]. به باور کانت «انسان همچنان که عضوی از یک جهان مادی است که تحت حاکمیت روابط معمول در زمان و مکان قرار دارد، عضوی از یک جامعهٔ معنوی و روحانی نیز هست هرچند از آن بی‌خبر باشد»[۴۱].

38. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977), p. 119.

۳۹. مهدی مرادی برلیان، *دولت مدرن اسلامی*، (تهران: طرح نو، چ ۱، ۱۴۰۰)، ص ۱۱۳.

40. I. Hunter, *Rival Enlightements*: *Civil and Metaphysical Philosophy in Early Modern Germany*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 366.

41. I. Kant, *Dreams of a Spirit-Seer Elucidated by Dreams of Metaphysics*, Translated by: E.F. Goerwitz and Edited by: Sewall, (New York: The MacMillan, 1900), p. 45-47.

هاینتس هایمسوت[۴۲]، فیلسوف آلمانی قرن بیستم، در خصوص اندیشه‌های کانت می‌نویسد: «گسترهٔ متکثر برساخته از روح‌ها، یعنی افراد فناناپذیر، پس‌زمینهٔ ضمنی ایمان عقلانی کانت است. هر تفسیری از امر مطلق در یک مفهوم فردگرایانه، معنای مورد نظر کانت از آن را تغییر خواهد داد و به گونه‌ای بدفهمی از منظور وی منجر خواهد شد. از دیدگاه کانت «هر چیزی که وارد جامعهٔ موجودات عقلانی می‌شود، از طریق این واقعیت که همهٔ آنها ضرورتاً چیز واحدی هستند و در گوهر معنوی- عقلانی هستیِ خود به‌صورت کلی همسان یکدیگرند، ممکن شده است. ویژگی خاص افراد تنها یک واقعیت است و به خودی خود دلالتی بر اهمیت یا ارزش ندارد»[۴۳]. مارتین لاگلین نیز در این خصوص می‌نویسد :«اگر بنیاد نظام سیاسی در قالب امر مطلق کانت فهمیده شود، رابطهٔ میان اخلاق و سیاست به‌آسانی مشخص می‌شود»[۴۴].

در ارزیابی پوزیتیویسم حقوقی، همان‌طور که هربرت هارت می‌نویسد، باید گفت: «مکتب حقوق وضعی دارای مبانی فلسفی انسان‌شناختی نیست، بلکه دارای مبانی جامعه‌شناختی است و همین امر منجر به تلقی علمی از حقوق شده است و این حقوق نیز عملاً چیزی جز مجموعه قوانینِ مبتنی بر قرارداد اجتماعی نیست. در این مکتب، اخلاق و فلسفه و الهیات هر سه در مُحاق می‌افتند و اعتبار آنان در امر قانون‌گذاری تقریباً به صفر می‌رسد»[۴۵]. چنان‌که فرانکنا، از فیلسوفان اخلاق معاصر، در توصیف رویکردهای اخلاقی پوزیتیویستی چنین می‌نویسد: «اخلاق پوزیتیویستی یکی از افراطی‌ترین دیدگاه‌ها در میان نظریه‌های غیرشناختاری یا غیر توصیف‌گرایانه[۴۶] است. هستهٔ مشترک تمام نظریه‌هایی که به غیرشناختاری یا غیر توصیف‌گرایانه موسوم شده این است که احکام اخلاقی، اظهارات یا گزاره‌هایی نیستند که اوصافی را به افعال، اشخاص یا اشیا نسبت دهند یا از آنها سلب کنند. بر این پایه، وقتی شما می‌گویید دروغگویی بد است نمی‌خواهید بگویید در عملِ دروغگویی ویژگی نهفته است که موجب می‌شود آن را از نظر اخلاقی بد کند. پوزیتیویست‌ها معتقدند احکام اخلاقی قابلیت توجیه معقول یا از لحاظ عینی

42. Heinz Heimsoeth

43. H. Heimsoeth, *The Six Great Themes of Western Metaphysics and the End of the Middle Ages*, (Detroit: Wayne State University Press, 1994), p. 215-216.

۴۴. مارتین لاگلین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمهٔ محمد راسخ، (تهران: نی، چ ۳، ۱۳۹۲)، ص ۲۵۸.

۴۵. هربرت هارت، *مفهوم قانون*، ترجمهٔ محمد راسخ، (تهران: نی، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص ۳۹۵.

46. Noncognitive or Nondescriptivist Theories

معتبر را ندارند. گروهی از پوزیتیوست‌ها می‌گویند احکام اخلاقی صرفاً بیان عواطف‌اند و شبیه الفاظی هستند که برای بیان احساسات دفعتاً بیان می‌شوند»[۴۷] و همان‌گونه که آندره مارمور، فیلسوف شهیر معاصر، در توصیف مبانی پوزیتیویسم حقوقی می‌نویسد: «عالَم عینیت‌یافتهٔ نُرم‌های حقوقی، هستی‌های حقوقی را نشان می‌دهد که از مبدأ تا مقصد چهرهٔ قانونِ قابل تجربه و آزمون را به خود گرفته، هیچ‌یک از مراحل آن، سمت و سویی ارزشی، الهی، اخلاقی و ایدئولوژیک که فاقد امکان تأیید بر مبنای آزمون و مشاهده است، پیدا نمی‌کند»[۴۸].

در ارزیابی نسبت دو مکتب حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی با رابطهٔ حقوق و اخلاق، و همچنین رابطهٔ میان حق تعیین سرنوشت به‌عنوان اصلی‌ترین حق طبیعی فرد در حوزهٔ عمومی، و قرارداد اجتماعی، به‌عنوان اصلی‌ترین نماد حقوق عمومی مدرن، باید گفت که «نظریات این دو مکتب به‌گونه‌ای مکمل هم هستند، با این تفاوت که حقوق اثباتی به تحلیل قانون آن‌گونه که هست متمرکز می‌شود، و حقوق طبیعی پرسش‌هایی را دربارهٔ معیارهای پسندیده‌ای که قانون باید داشته باشد مطرح می‌کند»[۴۹]. در واقع، طرح ارتباط بایسته میان حقوق و اخلاق از ناحیهٔ طرف‌داران حقوق طبیعی به این معناست که حقوق باید توجیه‌پذیر باشد[۵۰]. این توجیه‌پذیری را در رابطهٔ میان قانون و اخلاق می‌توان به «اخلاق‌پذیری یا توجیه اخلاقی حقوق عمومی مدرن» نیز تعبیر کرد.

البته در نگاه طرف‌داران مکتب حقوق طبیعی، سخن دربارهٔ تعامل حقوق و اخلاق است و نه وحدت آن دو. رابطهٔ قانون با ضوابط اخلاقی و اصول عدالت برای پیوند میان قانون و ضمانت اجرای آن ضروری است. اگر قوانین و اجرای آن رنگ عدالت نداشته باشد، هیچ‌کس دلیلی جز ترس برای تمکین در برابر نظام حقوقی نخواهد داشت[۵۱].

برخی از فیلسوفان حقوق در تلاش برای ایجاد سازش بین این دو رویکرد و یا بیان دیگری

---

۴۷. ویلیام کی فرانکنا، *فلسفهٔ اخلاق*، ترجمهٔ هادی صادقی،(قم: کتاب طه، ۱۳۸۳)، ص ۲۲۰-۲۲۱.

48. Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Forthcoming in the Oxford Journal of Legal Studies*. USC Legal Studies Research Paper No. 95-13 (1995), p. 3.

۴۹. مارک تبیت، *فلسفهٔ حقوق*، ترجمهٔ حسن رضایی خاوری، (مشهد: دانشگاه علوم اسلامی، ۱۳۸۴)، ص ۳۱.

۵۰. همان، ص ۸۶.

۵۱. محسن صادقی، *اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه*، (تهران: میزان، ۱۳۸۴)، ص ۹۹-۱۰۰.

از نسبت بین این دو می‌گویند: «یک خطای گسترده در ارزیابی این دو مکتب این است که طرف‌داران حقوق طبیعی را از اثبات‌گرایان با این پندار جدا کنیم که آنها [اثبات‌گرایان] ما را به سرپیچی از قوانین نادرست فرا می‌خوانند، و پافشاری می‌کنند که قانون بد نیز همچنان قانون است و باید از آن پیروی کرد، بلکه محل تقریر نزاع در اینجاست که اثبات‌گرایان از ذهن‌گرایی و هرج‌ومرج در اجرای قانون می‌ترسند و طرف‌داران حقوق طبیعی از بی‌روح شدن قانون. واقع امر این است که رابطهٔ الزام و اعتبار قانون چه در اثبات‌گرایی و چه در حقوق طبیعی، روشن نیست[۵۲].

هرچند در ظاهر امر این‌گونه به‌نظر می‌رسد که الزام فرد به رعایت قانون غیر از مشروعیت اخلاقی قانون است؛ اما در حقوق عمومی مدرن و در «تضمینِ حقوق فرد» در دولت، نمی‌توان اعتبار و مشروعیت قانون را به‌طور مطلق از اجرای قانون تفکیک کرد. به‌نظر می‌رسد در حقوق عمومی مدرن رابطهٔ قانون با اخلاق نیز به نحوی از نظریهٔ «قرارداد اجتماعی» و توافق جمعی ناشی می‌شود، و مادام که قانون از قرارداد اجتماعی برخیزد و نسبتش را با مفاهیم عدالت، آزادی، نظم و از همه مهم‌تر، اخلاق، مشخص نکند، ماهیت الزام برآمده از آن روشن نمی‌شود.

۳. مبانی اخلاقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ارجاعات بسیاری به مباحث اخلاقی دارد. این ارجاعات در برخی موارد صریح، و گاهی تلویحی است.

در خصوص مبانی انسان‌شناسانهٔ اخلاقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باید گفت که برخلاف برخی برداشت‌های بدبینانه از انسان (هابزی و اشمیتی)، در مبانی حقوقی و اخلاقی قانون اساسی ایران، اولاً در سرشت و طبیعت انسان خوش‌بینی وجود دارد، چراکه او را دارای کرامت ذاتی اعطاشده از سوی خداوند و برابر با همنوعان خود می‌داند؛ ثانیاً در مبانی انسان‌شناسانهٔ قانون اساسی نیل به دو مقولهٔ حق و خیر، ضمن تضمین حقوق و کرامت انسان، تنها در چارچوب یک رابطهٔ متقابلِ اخلاقی میان دولت و ملت از طریق قواعد ممتاز اخلاقی «نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیریِ فردی و گروهی، و محو استبداد و خودکامگی و انحصار در جامعه» معنا پیدا می‌کند. لازمهٔ تقدم ارزش‌های اخلاقی که به‌صراحت در اصل دوم قانون اساسی

۵۲. مارک تبیت، *فلسفهٔ حقوق*، ترجمهٔ حسن رضایی خاوری، (مشهد: دانشگاه علوم اسلامی، ۱۳۸۴)، ص ۱۲۷-۱۲۸.

مندرج شده است، ضرورت ایجاد شرایطِ بهره‌گیری و بهره‌مندی انسانِ مسلمان در استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفتهٔ بشری و تلاش در پیشبرد آنهاست. اصل کرامت، اصل برائت و دیگر اصول متعدد قانون اساسی برای منع شکنجه و تفتیش و تجسس و مانند آن، دال بر نگاه خوش‌بینانهٔ قانون اساسی به سرشت و طبیعت انسان است. انسانِ موردنظر قانون اساسی به لحاظ کلامی و اخلاقی: ۱- معتقد به اصل «توحید» است (اصل دوم)؛ ۲- به سوی خداگونگی در حال رشد است (اصل دوم)؛ ۳- با همنوعان خود برابر است (بند ۶ اصل دوم و بند ۹ اصل سوم)؛ ۴- حاکم بر سرنوشت اجتماعی خویش است (اصل پنجاه‌وششم)؛ ۵- دارای کرامت و ارزش والاست (اصل دوم)؛ ۶- و حق سلطه‌گری فردی یا گروهی را ندارد (مقدمهٔ قانون اساسی).

به دلیل نوع ارتباط قانون اساسی ج.ا.ایران با شریعت اسلام، انتظار می‌رود که مبانی اخلاقی آن بیشتر از جنس اخلاق اسلامی باشد؛ چنان‌که جان اویگار در خصوص نقش اخلاق در قانون اساسی معتقد است: «در یک جامعهٔ مذهبی ادارهٔ حکومت باید بر مبنای اخلاق پذیرفته‌شدهٔ آن مذهب باشد. البته این اخلاق نیز متکی به سه منبعِ جامعه، مذهب و انسان است»[۵۳].

بسیاری جنبهٔ محدودکنندگی قدرت در قانون اساسی و ایجاد نوعی تعادل در آن را نیز یک مفهوم اخلاقی می‌دانند. ازجمله داریو کاستیلیون به‌صراحت می‌گوید: «قانون اساسی به‌عنوان یک نقطهٔ اساسی استراتژیک برای محدودکردن قدرت بکار می‌رود. نقشی که برای قانون اساسی در تحدید قدرت تعریف می‌شود به‌عبارتی نقشی اخلاقی است چراکه زمینهٔ تعدی و بهره‌برداری نادرست از قدرت را از بین می‌برد. در عین حال باید به این نکته توجه داشت که قانون اساسی خوب باید قادر به ایجاد تعادل در بین نیروهای اجتماعی باشد و ایجاد چنین تعادلی جز از طریق شناسایی هنجارهای اخلاقی مرسوم جامعه امکانپذیر نیست»[۵۴].

اما نسبت قانون اساسی ج.ا.ایران با هریک از رویکردهای اخلاقی فایده‌گرایی، وظیفه‌گرایی یا فضیلت‌گرایی چگونه است؟ برای پاسخ دقیق به این پرسش باید میان سه دسته متن در قانون اساسی تفکیک قائل شد:

53. John W. B. Owigar, "Ethics and Living Values In Constitution", *Constitution of Kenya Review Commission*, Address: http://www.commonlii.org/ke/other/KECKRC/2002/4.html#Headingl, (2002. February, 08), p. 2.

۵۴. داریو کاستیلیون، *تئوری سیاسی قانون اساسی*، ترجمهٔ مسعود کاکاوند، حقوق اساسی، ش ۵ (۱۳۸۴)، ص ۳۱۲.

الف) دستهٔ اول، متونی هستند که در اصول سوم و دهم و چهاردهم از مفاهیم اخلاقی نام برده شده است. در بند اول اصل سوم، دولت موظف به ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان، تقوی و مبارزه علیه کلیهٔ مظاهر فساد و تباهی است. طبق اصل چهاردهم، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. طبق اصل دهم، ازآنجا که خانواده واحد بنیادین جامعه اسلامی است، همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی باشد. در این اصول، به‌نظر می‌رسد اخلاق در معنای اخلاق نیکو و پسندیده به‌کار رفته و منظور از اخلاق حسنه در اصل چهاردهم نیز همین معنا از اخلاق است. البته دو نکته در خصوص این اصول قابل ذکر است: نکتهٔ اول اینکه در اصل سوم مستقیماً به اخلاق اشاره شده، اما نوع فضایل و رذایل در آن مبهم است. انتظار می‌رفت که در فصول بعد این اجمال برطرف شود، لکن چنین نشده و ابهام همچنان باقی است. این بند مبتنی بر فضیلت‌گرایی اخلاقی است و نشان می‌دهد قانون‌گذاران به نوعی رابطه میان اخلاق و قانون قائل هستند. نکتهٔ دوم اینکه از اصول سوم و چهاردهم، تعهدِ توأمان حاکمان و مردم به اخلاق مستفاد می‌شود؛ به‌گونه‌ای که بار اخلاق در جامعه صرفاً بر دوش ملت نیست، بلکه دولت نیز باید پایبند به اخلاق در حقوق عمومی باشد.

ب) دستهٔ دوم، ناظر به کاربردی از اخلاق است که مفهومی غیرهنجاری را متبادر می‌کند، مانند آنچه در اصل صدوبیست‌ویکم در خصوص سوگندنامه رئیس جمهور بیان شده است: من به‌عنوان رئیس جمهور در پیشگاه قرآن کریم و در برابر ملت ایران به خداوند قادر متعال سوگند یاد می‌کنم که پاسدار مذهب رسمی و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی کشور باشم و همهٔ استعداد و صلاحیت خویش را در راه ایفای مسئولیت‌هایی که برعهده گرفته‌ام به‌کار گیرم و خود را وقف خدمت به مردم و اعتلای کشور، ترویج دین و اخلاق، پشتیبانی از حق و گسترش عدالت سازم. این اصل در مقام بیان وظایف رئیس‌جمهور به‌عنوان منتخب ملت است، منظور از اخلاق طبعاً فراتر از خلق و خوی نیکو و پسندیده و اخلاق حسنه و نیز دربردارندهٔ نوعی از اخلاق متعارف در جامعه است. مهم‌ترین نشانهٔ این تبادر نیز اصالت این اصل در مقام بیان «مسئولیت‌های رئیس جمهور به‌عنوان منتخب مردم» و همچنین تفکیک میان دو موضوع

«پاسداری از مذهب رسمی کشور» و «ترویج دین و اخلاق» در اصل یادشده است.

ج) دستهٔ سوم، اشاره به اصول و مبانی اخلاق دارد. در اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌صراحت آمده که جمهوری اسلامی ایران نظامی است بر پایهٔ «کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا». همچنین اصل پنجاه‌وششم بر شناسایی و تضمین «حق تعیین سرنوشت» به‌عنوان حقی که هم «غیرقابل سلب» است و هم نمی‌تواند در خدمت منافع فردی یا گروهی خاص در جامعه قرار گیرد، تصریح کرده، مقرر می‌دارد: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب‌کند یا درخدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد». این دو اصل به وظیفه‌گرایی کانتی شباهت دارد. البته دست‌کم بسیاری از تصویب‌کنندگان قانون اساسی به دیدگاه اخلاقی کانت نظر نداشته‌اند و وظیفه‌گرایی اخلاقی آنها برگرفته از برخی نصوص و منابع اخلاق اسلامی بوده است.

در حقوق مدرن، هرچند ریشه و منشأ احترام به ذات و طبیعت انسانی برگرفته از یک اصل اخلاقی است، لکن قانون نمی‌تواند دربرگیرندهٔ همهٔ بایسته‌های اخلاقی باشد، بلکه تنها باید تضمین‌کنندهٔ احترام به حقوق انسان در زندگی اجتماعی باشد.

د) دستهٔ چهارم، نمودهایی از مبانی اخلاقی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که در حوزهٔ توجیه و تبیین مبانی اخلاقی رابطهٔ دولت و مردم، می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. در مقدمه به‌صراحت آمده است که «حکومت از دیدگاه اسلام، از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست»؛ و طبق اصل سوم آن، دولت موظف به محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی است. درحقیقت بنیاد اخلاقی «حق تعیین سرنوشت» و «قرارداد اجتماعی» در قانون اساسی این است که تحمیلِ فرد یا یک گروه بر مردم نوعی استکبار و سلطه‌گری و برتری‌طلبی و تعیین تکلیف بر دیگران است. از این منظر پذیرشِ حق تعیین سرنوشت برای انسان و «قرارداد اجتماعی» در قانون اساسی، ریشه در قواعد اخلاقی «نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری فردی و گروهی» و «محو استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی» دارد.

از این رو، مبانی اخلاقی قرارداد اجتماعی در قانون اساسی با نوعی گذار از منازعات تئوریک

در خصوص تفکیک یا عدم تفکیک میان قانون و اخلاق، نسبت به اصلی‌ترین ایدهٔ تئوریکِ مدرن در پاسخ به مبنای اخلاقی قرارداد اجتماعی یعنی ایدهٔ «منافع متقابل» گونه‌ای وظیفه‌گرایی اخلاقی را پیش می‌نهد که با منافع درازمدت انسان‌ها در زندگی اجتماعی نیز هماهنگی دارد.

در خصوص ارتباط قانون اساسی با رویکردهای کلان اخلاقی، باید به اصول و مبانی مهم زیر هم توجه داشت:

۱- اساسی‌ترین مبنای مرتبط با رویکرد اخلاقی فایده‌گرایانه مربوط به اصل چهلم است: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». این اصل مویِّد اصل اخلاقی «سود و نفع حداکثری برای حداکثر جامعه» برای اِعمال یک حق نیست، بلکه نوعی ارتباط سلبی از جنس اصل اخلاقی «سَدِّ ضرر به منافع جامعه از طریق اِعمال حقّ» با رویکرد اخلاقی فایده‌گرایانه، برقرار می‌کند.

۲- یکی از ریشه‌های رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرا در مقدمهٔ قانون اساسی و در مقام بیان یک اصل اساسی در خصوص «زنان» و همچنین شناسایی و تضمین اصول «کرامت و ارزش والای انسان» و «حق غیرقابل سلبِ تعیین سرنوشت» بیان شده است. در مقدمهٔ قانون اساسی به‌صراحت آمده است: «خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه‌ساز اصلی حرکت تکاملی و رشدیابندهٔ انسان است، اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظایف حکومت اسلامی است. زن در چنین برداشتی از واحد خانواده، از حالت »شیئی بودن« و یا «ابزار کار بودن« در خدمت اشاعهٔ مصرف‌زدگی و استثمار خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفهٔ خطیر و پرارج مادری در پرورش انسان‌های مکتبی پیشاهنگ و خود همرزم مردان در میدان‌های فعال حیات می‌باشد و درنتیجه پذیرای مسئولیتی خطیرتر و در دیدگاه اسلامی برخوردار از ارزش و کرامتی والاتر خواهد بود». در این عبارت، اصل «غایت بودن انسان» به‌عنوان یک اصل بنیادین اخلاقی در خصوص زن مورد توجه قرار گرفته است، و با عنایت به مفاد اصل دوم و اصل پنجاه‌وششم آشکار می‌گردد که این امر هنجاری انسانی و فراگیر در قانون اساسی است و اختصاص به زنان ندارد.

۳- مهم‌ترین مبنای اخلاقی فضیلت‌گرایانه در مفاهیمی مانند «فضایل اخلاقی، اخلاق حسنه

و اخلاق اسلامی» مندرج در اصول سوم، دهم و چهاردهم بیان شده است. آنجا که در بند اول اصل سوم، دولت موظف به ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوی و مبارزه علیه کلیهٔ مظاهر فساد و تباهی است. و طبق اصل چهاردهم، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. و طبق اصل دهم، خانواده واحد بنیادین جامعهٔ اسلامی است و همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

بنابراین، بنیاد اخلاقی حق تعیین سرنوشت در قانون اساسی ج.ا.ایران بر «اصل نفی سلطه‌گری گروهی و فردی» استوار است. این امر نشان می‌دهد که طبق رویکرد اخلاقی قانون اساسی، در صورت مخالفت مردم، بر آنها حق سلطه‌گری، برتری‌طلبی و تعیین تکلیف ندارد. لذا نگاه اخلاقی قانون اساسی به حق تعیین سرنوشت بسیار مترقی است. اِعمال حق تعیین سرنوشت، پیش‌شرط مسئولیت اخلاقی مردم است که با اختیار و حق انتخاب آنها ملازمه دارد. از نظر قانون اساسی و از منظر هنجاری، مشکل ناهمگونی بین حق تعیین سرنوشت با ارزش‌ها و مسئولیت اخلاقی به این شکل قابل حل است که در مرحلهٔ اول، خودِ مردم و همچنین حاکمان منتخبِ مردم باید تعهد به اخلاق و انسانیت و ارزش‌های اسلامی داشته باشند (شرط عدالت و تقوی در رهبری و ریاست جمهوری) و در مرحلهٔ بعد نیز همان‌طور که از مقدمهٔ قانون اساسی مستفاد می‌شود، هرگاه در تشخیص حاکمان و مردم در چگونگی ترسیم سرنوشت اجتماعی برخورد و تزاحمی ایجاد شد، خواست و ارادهٔ مردم پیش خواهد رفت و حاکمان حق ندارند خواسته‌های خود را بر مردم تحمیل کنند.

نتیجه

موضوع اخلاق‌پذیریِ حقوق عمومی مدرن را می‌توان از دو منظر اصلی دنبال کرد: ۱- بررسی ارتباط میان مبانی حقوق عمومی با رویکردهای اصلی اخلاقی، یعنی فایده‌گرایی، وظیفه‌گرایی و فضیلت‌گرایی؛ ۲- بررسی ارتباط میان امر اخلاقی و امر حقوق با توجه به رویکردهای اصلی در حقوق عمومی مدرن، یعنی پوزیتیویسم حقوقی و حقوق طبیعی. با

دسته‌بندی مبانی اخلاقی مندرج در قانون اساسی مشخص شد که این قانون گوهر فضیلت‌گرایی اخلاقی را در کنار اصل منع اضرار به دیگران و اصل «پیشگیری و دفع محتمل به منافع جامعه» با رویکرد اخلاقی فایده‌گرایانه در خود دارد. همچنین نفی «ابزارانگاری و شیءانگاری انسان» در کنار شناسایی و تضمین اصول «کرامت و ارزش والای انسان» و «حق تعیین سرنوشت»، به معنی سازگاری آن با رویکرد اخلاقی وظیفه‌گرا و اصل غایت بودن انسان است. از این رو، قانون اساسی دارای ظرفیتی ترکیبی از مبانی اخلاقی است که می‌تواند نوعی از «تعامل و سازگاری» را بین رویکردهای یادشده در حقوق عمومی مدرن سامان دهد. به بیان دیگر، اولاً در قانون اساسی هرچند انسان موجودی «درحال شدن» است، اما تضمین «کرامت و ارزش والای انسان» و «حاکمیتِ غیرقابل سلبِ انسان بر سرنوشت اجتماعی خویش» در کنار «نفی ابزارانگاری و شیءانگاری انسان» به‌گونه‌ای مندرج شده‌اند که می‌توانند نوعی از تعامل و قرابت با اصل غایت بودن انسان را تداعی کنند. ثانیاً با وجود اختلاف دیدگاه در باب ریشهٔ قرارداد اجتماعی، اما در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصالت ریشهٔ اخلاقی برای قرارداد اجتماعی در عین سازگاری با حق تعیین سرنوشت، از طریق تصریح به ۲ اصل تعهدِ توأمان حاکمان و مردم به اخلاق و «نفی سلطه‌گری و سلطه‌پذیری فردی یا گروهی و محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی در جامعه» مورد تأکید قرار گرفته است.

از این رو، قانون اساسی که برخاسته از ارادهٔ ملت به‌عنوان «قدرت مؤسس» است، دارای امکانات قابل‌توجهی برای مطالعات تطبیقی با مبانی حقوق عمومی مدرن است؛ به‌طوری که اولاً نمی‌توان آن را به صورت یک «قانون اساسی کمال‌گرا»ی مطلق درنظر گرفت؛ هرچند که واجد تمامی عناصرِ یک «قانون اساسی مدرن» هم نیست. چنان‌که در چارچوب حقوق عمومی مدرن نیز قوانین اساسی در برخی از نظام‌های حقوقی در غرب به‌نوعی دارای پاره‌ای مؤلفه‌های کمال‌گرایی هستند؛ همچون آنچه که به‌صراحت در مورد موضوع همبستگی و مسئولیت‌های اجتماعی اشخاص در قانون اساسی کشور آلمان آمده است. ثانیاً با دسته‌بندی متون ناظر بر مبانی اخلاقی قانون اساسی، قواعدی استنباط می‌شوند که می‌توانند حتی در مرحلهٔ پس از شناسایی و تضمینِ حق‌ها، یعنی هنجارسازی و قانون‌گذاری، نیز امکان برقراری نوعی نسبت «تعاملی و سازگارانه» با حقوق عمومی مدرن را در آن مشاهده کرد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. تبیت، مارک (۱۳۸۴). ***فلسفهٔ حقوق***، ترجمهٔ حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی.

۲. صادقی، محسن (۱۳۸۴). ***اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه***، تهران: میزان.

۳. فرانکنا، ویلیام کی (۱۳۸۳). ***فلسفهٔ اخلاق***، ترجمهٔ هادی صادقی، قم: کتاب طه.

۴. لاگلین، مارتین (۱۳۹۲). ***مبانی حقوق عمومی***، ترجمهٔ محمد راسخ، تهران: نی.

۵. مرادی برلیان، مهدی (۱۴۰۰). ***دولت مدرن اسلامی؛ بررسی تحلیلی نظریه امتناع***، تهران: طرح نو.

۶. هارت، هربرت (۱۳۹۵). ***مفهوم قانون***، ترجمهٔ محمد راسخ، تهران: نی.

- مقالات

۷. کاستیلیون، داریو (۱۳۸۴). تئوری سیاسی قانون اساسی، ***حقوق اساسی***، ترجمهٔ مسعود کاکاوند، (۵)، ۳۱۱-۳۳۶.

۸. واعظی، سید مجتبی (۱۴۰۳). مبانی و مؤلفه‌های مدرن حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایـران در پرتو ساختار و رویه موجود، ***پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، ۱۰ (۱)، ۲۶۵-۲۸۶.
Doi:10.22091/csiw.2023.7751.2216

ب) منابع انگلیسی

- Books

9. Bell, D. (1993). ***Communitarianism and Its Critics***. Oxford: Clarendon Press.

10. Bernard, G., & Gert, J. (2017). The Definition of Morality. In E. N. Zalta (Ed.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Columbia University.

11. Bix, B. (2002). ***Natural Law: The Modern Tradition***. In J. Coleman & S. Shapiro (Eds.), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. New York: Oxford University Press.

12. Coleman, J. L., & Leiter, B. (1996). ***Legal positivism***. In A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford: Blackwell.

13. Edwards, P. (Ed.). (1967). ***Encyclopedia of Philosophy.*** New York: Macmillan Publishing.

14. Frankena, W. K. (1973). ***Ethics***. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.

15. Heimsoeth, H. (1994). ***The Six Great Themes of Western Metaphysics and the End of the Middle Ages***. Detroit: Wayne State University Press.

16. Hunter, I. (2003). ***Rival enlightenments: Civil and Metaphysical Philosophy in Early Modern Germany***. Cambridge: Cambridge University Press.

17. Jones, P. (1994). ***Rights***. Houndmills & New York: Palgrave.

18. Kant, I. (1900). ***Dreams of a Spirit-Seer Elucidated by Dreams of Metaphysics*** (E. F. Goerwitz, Trans.; Sewall, Ed.). New York: The Macmillan.

19. Kymlicka, W. (1995). ***Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights***. Oxford: Oxford University Press.

20. Origen. (1953). ***Against Celsus*** (H. Chadwick, Trans.). Cambridge: Cambridge University Press.

21. Rachels, J. (1993). ***The Elements of Moral Philosophy*** (2nd ed.). New York: McGraw Hill.

22. Scheffler, S. (1988). ***Consequentialism and Its Critics***. New York: Oxford University Press.

23. Wall, S. (1998). ***Liberalism, Perfectionism and Restraint***. Cambridge: Cambridge University Press.

24. Weale, A. (1985). Toleration, Individual Differences and Respect for Persons. In J. Horton & S. Mendus (Eds.), Aspects of Toleration: Philosophical Studies, London; New York: Methuen.

- Articles

25. Dutra, D. J. V., de Oliveira, C. L., & Brennand, E. G. G. (2022). ***Habermas and Legal Positivism***.Ethic@: An International Journal for Moral Philosophy, 21(3). Doi: 10.5007/1677-2954.2022e90932.

26. Eberle, E. J. (2012). ***Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law***. Liverpool Law Review, (33), 225-242. Doi: 10.1017/CBO9781316106327.018.

27. Ford, J. D. (1988). ***Pufendorf, Samuel (1632–1694). In E. Craig (Ed.), Routledge Encyclopedia of Philosophy*** (4). London: Routledge. Doi: 10.4324/9780415249126-T047-1.

28. Maccormick, N. (1994). ***The Concept of Law***. Oxford Journal of Legal Studies, 14(1), 1-23. Doi: 10.1093/ojls/14.1.1.

29. Marmor, A. (1995). ***Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral***. Oxford Journal of Legal Studies. USC Legal Studies Research, 683-704. Doi: 10.1093/ojls/gqi028.

30. Owigar, John W. B., "Ethics and Living Values In Constitution", ***Constitution of Kenya Review Commission,*** Address: http://www.commonlii.org/ke/other/KECKRC/2002/4.html#Headingl, (2002. Feburary, 08)

31. Simmonds, N. E. (1998). ***Rights at the Cutting Edge. In A Debate Over Rights***. Oxford: Clarendon Press, 113–232. Doi: 10.1093/acprof:oso/9780198298991.003.0003.

32. Smerdel, B. (2000). ***Ethics in Government: Conflict of Interest and the Constitution***. Zbornik PFZ, (50), 769.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

hnjhnhjhnjhhnOnline
ISSN: 2821-0514

Volum: 16 **Issue:** 38

Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 79-107

The Basics of Judicial Modification of Contract in Iranian and Turkish Law

Ozra Rezazad Bari[1]| Yousef Molaei[2]| Hossein Javadi[3]

1. Ph.D Candidate in private law, Islamic Azad University, Urmia Branch, Iran rezazd2013@gmil.com
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Urmia Branch, Iran (Corresponding Author) yousef.molaei@iau.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Urmia Branch, Iran hossein.javadi@iau.ac.ir

Abstract

The principle of the necessity of contracts guarantees the security and stability of contractual relationships and prevents violations in implementing obligations. Still, one of the excuses that is considered an exception to this principle is the change in the contract's circumstances, which disturbs the economic balance of the contract, makes its implementation difficult, expensive and unconventional, but does not make it impossible; Especially in long-term contracts where there is a gap between the conclusion of the contract and its implementation. Although this theory is not specified in Iran's laws, but in Turkey's legal system, due to the economic crises experienced in recent years and the negative effects of these crises, especially on foreign currency debts, the possibility of adjusting the contract is accepted. In this research, the possibility of adjusting the contract, its conditions, and its effects in the laws of Iran and Turkey has been studied analytically and descriptively. By examining the basics of the theory of change of circumstances, it seems that in some contracts, emphasizing the implicit condition and in most of them citing the rule of negation of hardship and hardship can be a suitable justification in the assumption of the lack of explicit agreement between the parties or the absence of legal reason. Based on these principles, the change in circumstances can have effects such as suspending the implementation until the final task is clarified, adjusting the amount of obligations and, accordingly, the possibility of requesting renegotiation. In Turkish law, unlike Iranian law, the theory of contract change is accepted in the Law of Obligations, and accordingly, the possibility of adjusting the contract faces fewer difficulties.

Keywords: *Principle of Necessity, Change of Situations, Abduction of Accident, Implicit Condition, Hardship clause*.

Received: 2024/11/11 **Received in revised form:** 2025/02/18 **Accepted**: 2025/02/25 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.60340.3361

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۸

بهار ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۷۹-۱۰۷

مبانی تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران و ترکیه

عذرا رضازاد باری[۱]| یوسف مولایی[۲]| حسین جوادی[۳]

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه، ایران rezazd2013@gmil.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه، ایران (نویسنده مسئول) yousef.molaei@iau.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ارومیه، ایران hossein.javadi@iau.ac.ir

چکیده

اصل لزوم قراردادها امنیت و استواری روابط قراردادی را تضمین کرده، مانع از تخلف در اجرای تعهدات می‌شود؛ لیکن یکی از معاذیرِ استثنا بر این اصل، تغییر اوضاع و احوال قرارداد است که تعادل اقتصادی قرارداد را برهم زده، اجرای آن را دشوار، پرهزینه و غیرمتعارف می‌کند، اما غیر ممکن نخواهد بود؛ به‌خصوص در قراردادهای طولانی‌مدت که بین انعقاد قرارداد و اجرای آن فاصله می‌افتد. گرچه این نظریه در قوانین ایران تصریح نشده، اما در نظام حقوقی ترکیه با توجه به بحران‌های اقتصادی تجربه‌شده در سال‌های اخیر و آثار منفی این بحران‌ها به‌ویژه بر بدهی‌های ارزی، امکان تعدیل قرارداد پذیرفته شده است. در این تحقیق به روش تحلیلی- توصیفی امکان تعدیل قرارداد، شرایط و آثار آن در حقوق ایران و ترکیه مورد مطالعه قرار گرفته است. با بررسی مبانی نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال، به‌نظر می‌رسد در برخی از قراردادها، تأکید بر شرط ضمنی و در اغلب آنها استناد به قاعدهٔ نفی عسر و حرج، می‌تواند توجیه مناسبی در فرض عدم توافق صریح طرفین یا نبود دلیل قانونی باشد که براساس این مبانی، تغییر اوضاع و احوال می‌تواند آثاری ازجمله تعلیق اجرا تا روشن شدن تکلیف نهایی، تعدیل میزان تعهدات و به تبع آن امکان درخواست مذاکره مجدد را داشته باشد. در حقوق ترکیه برخلاف حقوق ایران، نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال قرارداد در قانون تعهدات پذیرفته شده و به تبع آن امکان تعدیل قرارداد نیز با دشواری‌های کمتری مواجه است.

واژگان کلیدی: *اصل لزوم، تغییر اوضاع و احوال، شرط ضمنی، عسر و حرج، غبن حادث.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۰ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۳/۱۱/۲۹ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۳/۱۲/۰۷ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.60340.3361

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادها، اصل لزوم عقد است که به‌موجب آن بعد از انعقاد عقد، طرفین ملزم به اجرای مفاد و تعهدات پیش‌بینی شده در قرارداد هستند و تا زمانی که قرارداد به دلیل قانونی منحل نشده باشد، امکان تخلف و سرپیچی متعاملین از اجرای مفاد قرارداد وجود ندارد. همچنین طرفین به صورت یک‌جانبه حق تغییر مفاد و شروط مندرج در قرارداد را ندارند که از این امر تحت عنوان اصل تغییرناپذیری قراردادها یاد می‌شود. مطابق این اصل، متعهد باید تعهدات مندرج در قرارداد را دقیقاً همان‌طور که در قرارداد پیش‌بینی شده است اجرا نماید و حق تغییر یا درخواست اصلاح مفاد قراردادی را ندارد. این دو اصل در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم اصولی مقدس تلقی می‌شد و امکان تعدیل آن دو وجود نداشت. اما با گذشت زمان معلوم شد ممکن است در طول اجرای قرارداد، حوادث پیش‌بینی نشده‌ای خارج از ارادهٔ متعاقدین رخ دهد که تعادل قراردادی را برهم زده، امکان اجرای تعهدات قراردادی را با دشواری شدیدی مواجه نماید؛ لذا نظام‌های حقوقی به‌تدریج اصل لزوم و اصل تغییرناپذیری قرارداد را تعدیل کرده، تحت شرایط خاص، امکان تعدیل تعهدات قراردادی را فراهم نمودند.

اعتقاد به مطلق بودن اصل لزوم و اصل تغییرناپذیری قرارداد در کشورهایی که از لحاظ اقتصادی، اجتماعی و.... غیرقابل پیش‌بینی هستند، مشکلات شدیدتری ایجاد می‌نماید. ایران و ترکیه ازجمله کشورهایی هستند که در دهه‌های اخیر با بحران‌های اقتصادی شدیدی مواجه شده، مباحثی همچون دشواری شدید اجرای قرارداد و عسر و حرج و ناممکن شدن اجرای قرارداد در این کشورها بیشتر مطرح می‌شود و موضوع تعدیل قراردادها بیشتر از نظام‌های حقوقی که ثبات اقتصادی دارند مد نظر قرار می‌گیرد. به همین دلیل در پژوهش حاضر، بحث تعدیل قضایی قرارداد در نظام حقوق ایران و ترکیه به صورت تطبیقی مطالعه شده است تا نحوهٔ مواجههٔ دو نظام حقوقی منتخب با امکان تعدیل قرارداد در صورت دشوار شدن اجرای قرارداد به دلیل حوادث غیرقابل پیش‌بینی، مورد بررسی قرار گیرد. اولین پرسشی که نگارندگان این تحقیق به‌دنبال بررسی آن هستند، امکان تعدیل قضایی قرارداد است. به بیان دیگر، آیا در حقوق ایران و ترکیه در صورت وقوع حوادث پیش‌بینی نشده، متعهد می‌تواند از دادگاه تعدیل تعهدات قراردادی براساس شرایط جدید را مطالبه کند؟ در مقام پاسخ به این سؤال باید گفت که در مادهٔ ۱۳۸

قانون تعهدات ترکیه، برخلاف حقوق ایران، امکان تعدیل قرارداد پیش‌بینی شده است؛ هرچند که در خصوص قلمرو شمول حکم این ماده و چگونگی اعمال آن در دکترین حقوقی ترکیه، اختلاف نظر وجود دارد و رویهٔ واحدی بین دادگاه‌ها حاکم نیست. در حقوق ایران به دلیل فقدان نص صریح قانونی، تردید در خصوص تعدیل قرارداد شدید بوده، امکان تعدیل با موانع بیشتری مواجه است. هدف دیگر این پژوهش، پاسخ به مسئلهٔ شرایط تعدیل قرارداد در دو نظام حقوقی یادشده است.

در این مقاله، موضوع تعدیل قضایی قراردادها در حقوق ایران و ترکیه به صورت تطبیقی بررسی شده است. بر این اساس، ابتدا اصل تغییرناپذیری قراردادها در این دو نظام حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس امکان تعدیل قراردادها و مبانی آن مطالعه شده، درنهایت شرایط و نحوهٔ تعدیل قرارداد تحلیل می‌شود.

۱. مفهوم تعدیل قرارداد

تعدیل در لغت به معنی متعادل‌سازی، برابر ساختن و از روی عدالت تقسیم نمودن است[۱]. در مفهوم حقوقی، تعدیل قرارداد به تجدیدنظر و اصلاح یا تکمیل قراردادی که به‌واسطهٔ دلایل مختلف، توازن و تعادل قراردادی بین طرفین برهم خورده است، گفته می‌شود[۲]. بعد از انعقاد قرارداد، در نتیجهٔ وقوع حوادث پیش‌بینی نشده ممکن است اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد تغییر یافته، اجرای قرارداد برای یکی از طرفین به‌شدت مشکل شود. در چنین وضعیتی، نظریهٔ تعدیل قرارداد به‌دنبال اعطای اختیار به دادرس جهت تطبیق دادن قرارداد با وضعیت موجود بوده تا با اصلاح تعهدات قراردادی امکان اجرای عقد برای طرفی که با سختی شدید مواجه شده است، فراهم گردد.

در حقوق ترکیه برای تعدیل قراردادها از اصطلاح Sozlesme Uyarlanma استفاده می‌شود که از نظر لغوی به معنی انطباق و سازگاری است. در مفهوم حقوقی، به معنی سازگار نمودن قرارداد با تغییر اوضاع و احوال شدیدی است که اجرای قرارداد را برای متعهد با مشکل حاد

---

۱. علی‌اکبر دهخدا، *لغت‌نامه*، (تهران: مؤسسهٔ انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۷۳)، ص ۵۷-۵۹؛ حسن عمید، *فرهنگ فارسی*، (تهران: انتشارات امیرکبیر، چ ۱، ۱۳۶۳)، ص ۴۰۳.

۲. صحبت‌الله سلطانیان، *تعدیل قضائی قرارداد*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۹۴) ص ۲۲.

مواجه نموده است؛ به‌طوری که با تعدیل قرارداد، دشواری شدید اجرای قرارداد[۳] برای متعهد ازبین می‌رود[۴].

۲. اصل لزوم قراردادها

یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر قراردادها که در تمامی نظام‌های حقوقی پذیرفته شده، اصل لزوم قراردادها است. به‌موجب این اصل، از یک سو، مفاد و تعهدات ناشی از قرارداد نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع بوده، نیروی الزام‌آور عقد را مکلف به اجرای تعهدات قراردادی می‌کند. از سوی دیگر، این اصل دادگاه را مکلف می‌سازد تا از مفاد عقد فراتر نرود و قانون قراردادی را آن‌چنان که هست، اجرا کند و حق تغییر در مفاد و تعهدات قراردادی را ندارد؛ حتی برای قانون‌گذار نیز این وظیفه را به‌وجود می‌آورد که به حریم قرارداد تجاوز نکند.

اصل لزوم قراردادها (وفای به عهد) که بر حقوق تعهدات ترکیه نیز حاکم است، امنیت معاملات حقوقی را برای طرفین فراهم و تضمین می‌کند و از آزادی قرارداد ناشی می‌شود. در راستای اصل لزوم قرارداد، طرفین متعهد می‌شوند که دقیقاً پس از انعقاد قرارداد به تعهدات خود عمل کنند. به عبارت دیگر، تعهد طرفین به انجام تعهدات ناشی از یک قرارداد معتبر، حتی اگر شرایط متعاقباً تغییر کند، نتیجهٔ طبیعی اصل لزوم قرارداد است[۵]. حقوق‌دانان ترکیه اصل تغییرناپذیری قراردادها را از نتایج اصل لزوم قراردادها تلقی نموده‌اند؛ با این حال، بر این باورند که نباید فریب ظاهر زیبای این اصل را خورد، زیرا اصل تغییرناپذیری قرارداد در ظاهر با اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم هماهنگی داشته، به مفهوم احترام گذاشتن به خواست و ارادهٔ متعاقدین است، ولی عدم انعطاف‌پذیری این اصل ممکن است در صورت دشوار شدن اجرای قرارداد برای یکی از طرفین، غیرمنصفانه و ناعادلاته باشد؛ بنابراین باید روش‌هایی وجود داشته باشد که در مواردی این امر را تلطیف و تخفیف دهد.

۳. مبانی تعدیل قرارداد

با توجه به اینکه تعدیل قضایی قراردادی با اصل لزوم قراردادی و اصل حاکمیت اراده در

3. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ
4. Fıkret Eren, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkın Basımevı", 27. Baskı, Ankara (2022), p. 553.
5. Işlay Yörük, Türk Hkukunda Sözleşmelerın Uyarlanması, p. 10.

تعارض است و به دادگاه اجازه می‌دهد با نادیده گرفتن ارادهٔ طرفین و قراردادی که قانون طرفین محسوب می‌شود در مفاد قرارداد تغییراتی ایجاد نماید، بنابراین یکی از مهم‌ترین بحث‌های مربوط به تعدیل قضایی قراردادی، مبنای پذیرش آن است. این موضوع که دادگاه بر اساس کدام مبنا حق نادیده گرفتن ارادهٔ طرفین و تغییر در مفاد قرارداد را دارد، همیشه مورد مناقشه حقوق‌دانان بوده است؛ لذا مبانی تعدیل قضایی قرارداد ابتدا در حقوق ایران و سپس در حقوق ترکیه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱.۳. مبنای تعدیل قرارداد در حقوق ایران

با توجه به سکوت قانون‌گذار و فقدان قاعدهٔ کلی در خصوص تعدیل قضایی قرارداد، حقوق‌دانان ایرانی به‌دنبال یافتن مبنایی برای تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران بوده‌اند. در این بحث به مهم‌ترین مبانی مطرح در حقوق ایران پرداخت شده و درنهایت مبنای قانونی تعدیل قرارداد مورد بررسی قرار گرفته است.

۱.۱.۳. نظریهٔ شرط ضمنی

عمده‌ترین استدلالی که در توجیه نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال و پذیرش تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران صورت گرفته، نظریهٔ شرط ضمنی است. اصطلاح شرط ضمنی برای اموری به‌کار می‌رود که الفاظ قرارداد به صورت التزامی دلالت بر آن می‌نماید؛ یعنی به حکم عقل یا قانون یا عرف با مفاد قرارداد یا طبیعت آن ملازمه دارد[۶]. برای مثال، در قرارداد، انجام مقدمات اجرای تعهد پیش‌بینی نمی‌شود، ولی می‌گویند طرفین به‌طور ضمنی متعهد به فراهم آوردن مقدمات آن شده‌اند. بنابراین آنچه الفاظ صریح قرارداد آن را پیش‌بینی نکرده، اما ارتباط و ملازمه‌ای بین مفاد قرارداد با آن نتیجه برقرار است، جزء شروط ضمنی قرارداد خواهد بود. حقوق‌دانان منشأ این ملازمه را سه عاملِ عقل، عرف و قانون می‌دانند؛ به این معنی که گاه وضعیت قرارداد به‌گونه‌ای است که بی وجود شرطی صریح، وجود حق یا تکلیفی عقلاً با مفاد قرارداد ملازمه دارد. برای مثال، اگر طی قولنامه‌ای خودرویی با این شرط که پس از چند روز

۶. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۸۳)، ص ۱۳۰؛ سید مصطفی محقق داماد، *نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۲۷۷.

استفادهٔ آزمایشی مورد خرید و فروش قرار گیرد (اگرچه مبلغ معامله نیز رد و بدل شده باشد)، معامله این شرط ضمنی را به‌همراه دارد که در صورت معیوب بودن یا وجود مشکلی که باعث انصراف خریدار گردد، وی حق صرف‌نظر کردن از معامله را خواهد داشت[۷].

تعدیل یا فسخ عقد به بهانهٔ تغییر بنیادین اوضاع و احوال، مبتنی بر شرط ضمنی یا بنائی (تبانی) دو طرف مبنی بر لزوم حفظ تعادل قراردادی تا پایان اجرای تعهد است. در عقود و معاملات معوض، هریک از دو طرف مالی را به دیگری می‌دهد یا عهده‌دار انجام تعهدی می‌شود تا در قبال آن، عوض متعادل بگیرد یا در برابر آنچه به‌عهده گرفته است معادلش را دریافت کند و در واقع، تراضی بر مبنای این اعتقاد انجام می‌شود. بی‌گمان، سکوت طرفین به معنای محترم شدن این بنا و پذیرفتن شرط متعادل ماندن دو عوض است. پس هرگاه حادثه‌ای ناگهانی و دور از انتظار پایهٔ تبانی دو طرف را به‌شدت برهم زند، متضرر می‌تواند به استناد تخلف از شرط ضمنی یا بنائی عقد، تعدیل قرارداد را درخواست کند. بر این اساس، نه‌تنها تعدیل قرارداد با اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم در تعارض نبوده، بلکه نتیجهٔ پیروی از مفاد تراضی طرفین و تبعیت عقد از قصد مشترک طرفین است و ریشهٔ ارادی و قراردادی دارد.

منتقدان این نظریه بر این باورند که استناد به شرط ضمنی نیز توجیه‌کنندهٔ تعدیل قرارداد نیست؛ چراکه اگر طرفین عقد، امکان اصلاح و تجدیدنظر در قرارداد در شرایط پیش‌بینی شده را درنظر داشتند، قطعاً نسبت به درج شروطی که در صورت تغییر شدید در اوضاع و احوال، تعادل قراردادی را حفظ می‌کرد، اقدام می‌نمودند. بنابراین، سکوت متعاملین در زمان انشای عقد، بیانگر تصمیم آنها به الزام به مفاد عقد و اجتناب از هرگونه تخلف از اجرای قرارداد است[۸].

۲.۱.۳. قاعدهٔ عسر و حرج

برخی از حقوق‌دانان، تعدیل قضایی قرارداد در نتیجهٔ تغییر اوضاع و احوال به دلیل حوادث پیش‌بینی نشده را بر مبنای قاعدهٔ «عسر و حرج» تحلیل نموده‌اند. بر اساس این عقیده، تغییر اوضاع و احوال قاعده‌ای است که برای جلوگیری از ضرر و حرج ناروا در موارد استثنایی و دور از

۷. سعید بیگدلی، *تعدیل قرارداد*، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۸)، ص ۱۳۰.
۸. ناصر کاتوزیان، *پیشین*، ص ۸۳.

انتظار به‌کار برده می‌شود و درحقیقت تعدیل قضایی قرارداد، شاخه‌ای از اجرای قاعدهٔ عسر و حرج است[۹].

در قانون مدنی ایران، عسر و حرج به‌عنوان یک اصل کلی پذیرفته نشده است؛ با این حال در مادهٔ ۱۳۰ قانون مدنی به‌کار گرفته شده و به زوجه به دلیل حدوث شرایط مشقت‌بار اجازهٔ درخواست طلاق از دادگاه را اعطا نموده است؛ ازآنجا که قانون‌گذار از این قاعده در یک امر حقوقی استفاده کرده و از سوی دیگر، بنابر اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت یا اجمال و یا ابهام، اجازهٔ تمسک به منابع فقهی جهت رفع اشکال قانونی را داده است؛ لذا دایرهٔ شمول این قاعده را نباید به حوزهٔ خاصی از حقوق محدود کرد و می‌توان آن را به‌عنوان یک قاعدهٔ کلی به‌کار گرفت[۱۰].

۳.۱.۳. نظریهٔ اصالت بقا

مبنای دیگری که برای تعدیل قضایی در حقوق ایران مطرح شده، نظریهٔ اصالت بقا است. مطابق این نظریه درصورتی که با تغییر اوضاع و احوال و دشوار شدن اجرای تعهدات قراردادی، تعادل عوضین برهم بخورد و بقای قرارداد به دلیل متزلزل شدن مبنای قرارداد، در خطر قرار گیرد، باید با تعدیل قرارداد، عقد را ابقا نمود و در این دیدگاه، در تفسیر قرارداد باید منافع و مصالح جامعه نیز درنظر گرفته شود و درواقع اصل بقا نگاه اجتماعی دارد و در مورد قراردادهای که دچار تغییر بنیادین شده‌اند، با توجه به مصالح و منافع اجتماعی تصمیم‌گیری می‌نماید[۱۱]. اصالت بقا به‌عنوان راهکاری با هدف حفظ و ابقای عقود و قرارداد به‌کار می‌رود. برخی از حقوق‌دانان امکان مطالبهٔ ارش در خیار عیب را یکی از مصادیق اصالت بقا در حقوق ایران می‌دانند[۱۲]؛ با این حال، پذیرش این نظریه به دلیل اینکه در نظام حقوقی ایران، اصل حاکمیت اراده بر مصالح اجتماعی برتری دارد و ارادهٔ مشترک طرفین مبنای اصلی تفسیر قرارداد است، دشوار به‌نظر می‌رسد.

---

۹. همان، ص ۱۰۶.

۱۰. هلیا محمودی، «قلمرو و شرایط استناد به قاعدهٔ نفی عسر و حرج به عنوان منبع آثار قراردادی در حقوق ایران و فقه امامیه»، *فقه و حقوق معاصر*، ش ۸ (۱۳۹۷)، ص ۱.

۱۱. احمد یوسف‌زاده و همکاران، «تعدیل قضایی قرارداد بر مبنای عدم تعادل اقتصادی آن در حقوق ایران، حقوق آمریکا و اسناد بین‌المللی»، *دانش حقوق مدنی*، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۱۰۷.

۱۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *تئوری موازنه*، (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱)، ص ۲۶۳.

٤.١.٣. حسن‌نیت

یکی از قواعد حقوقی که در دکترین و رویهٔ قضایی برخی کشورها برای توجیه نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال مورد استفاده قرار گرفته، ضرورت اجرای «باحسن‌نیت» قرارداد است. براساس این نظریه، وقتی تعهد مدیون در اثر اوضاع و احوالی پیش‌بینی‌نشده، گزاف و سنگین می‌شود، فشار آوردن دائن به مدیون، مخالف اصل حسن‌نیت است. بنابراین، اگر در صورت تغییر در اوضاع و احوال، طرف عقد چیزی عایدش نشود، یا آنچه عاید او می‌شود، بدون ارزش و بی‌مقدار باشد، به‌اجرا گذاشتن عقد، مخالف اصل حسن‌نیت است. لذا این طبیعی خواهد بود که در این صورت به زیان‌دیده اجازه داده شود، در صورت عدم تراضی طرف معامله به عادلانه ساختن عقد با شرایط جدید، آن را فسخ نماید[۱۳].

در حقوق سوئیس، توجیه تعدیل یا انحلال قرارداد به شیوه‌های گوناگون انجام می‌پذیرد، اما به‌طور معمول از اصل حسن‌نیت پیروی می‌شود و حقوق‌دانان سوئیسی مطالبهٔ حق را در شرایطی که تعادل عوضین به‌شدت به‌هم خورده است، رفتاری خلاف حسن‌نیت می‌دانند. در رویهٔ قضایی نیز گفته شده است، پرداخت دین با پولی که ارزش خود را ازدست داده است، با قواعد مربوط به حسن‌نیت در قراردادها منافات دارد و چهره‌ای از سوءاستفاده از حق است[۱۴].

گرچه در حقوق این کشور، در مبنای پذیرش نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال اختلافاتی وجود دارد و قابلیت استناد به مادهٔ یادشده نیز از سوی برخی مورد تردید قرار گرفته است، اما غالباً مبنای این نظریه استفاده از حق و یا تنها مخالفت با «حسن‌نیت» معرفی کرده‌اند[۱۵].

علاوه بر کشورهای یادشده، در ژاپن نیز مبنای پذیرش فسخ یا بازبینی عقد در شرایط پیش‌بینی نشده، مخالفت اجرای قرارداد با حسن‌نیت است. مادهٔ ۱ ق.م ژاپن می‌گوید: «حقوق خصوصی باید با رفاه و آسایش عمومی منطبق باشد. حقوق و تکالیف باید با شرافت و درستی و منطبق با شرایط حسن‌نیت اعمال و اجرا شوند. سوءاستفاده از حق مجاز نیست»[۱۶].

---

۱۳. سعید بیگدلی، *پیشین*، ص ۱۴۵.

۱۴. ناصر کاتوزیان، *پیشین*، ص ۸۹.

۱۵. همان، ص ۹۱.

۱۶. غفور خوئینی، «تحلیل فقهی حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها»، *متین*، ش ۱۳ (۱۳۸۰)، ص ۱۵۱.

در حقوق فرانسه در مادۀ ۱۱۳۴ قانون مدنی حسن‌نیت به‌رسمیت شناخته شده بود و در اصلاحات سال ۲۰۱۶ در مادۀ ۱۱۰۴ قانون مدنی، قلمرو حسن‌نیت در قراردادها افزایش یافت و رعایت حسن‌نیت در مذاکرات پیش‌قراردادی، تشکیل و اجرای قرارداد الزامی اعلام شد و این امر مصداق نظم عمومی تلقی گردید[۱۷]. با وجود به‌رسمیت شناخته شدن حسن‌نیت در حقوق فرانسه کمتر به حسن‌نیت به‌عنوان مبنایی برای تعدیل قضایی قرارداد نگریسته می‌شود، زیرا این حکم فقط ناظر به این مطلب است که طرفین باید با حسن‌نیت وارد مذاکره شده، قرارداد را منعقد و به تعهد خود عمل نمایند؛ یعنی نه‌تنها به آنچه در عقد بیان شده است عمل کنند، بلکه به آنچه انصاف و عرف یا قانون نیز بر اساس طبیعت تعهد، مقتضی آن است، پایبند باشند. از این حکم نمی‌توان امکان تعدیل قرارداد را تجویز کرد[۱۸]. البته در اصلاحات ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه، در مادۀ ۱۱۹۵ به‌صراحت امکان تعدیل قضایی قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است و دیگر نیازی به استناد به حسن‌نیت جهت تعدیل قرارداد وجود ندارد.

بنابراین برخی از منتقدان، استناد به اصل حسن‌نیت را در باب تعدیل قرارداد مطلقاً باطل می‌دانند. از نظر آنها، براساس همین قاعده، طرفین ملزم به انجام دادن صادقانه و کامل مفاد مورد توافق‌اند و تخطی از این خواست مشترک، خود نوعی سوءنیت است و قاضی نیز نمی‌تواند تصمیمی مخالف با خواست طرفین اتخاذ کند. پس، منظور قانون‌گذار از ضرورت اجرای باحسن‌نیت قرارداد، تأکید بر اجرای آن است، نه دلیلی برای معافیت از آن.

در حقوق ما، حتی اگر بتوان تکلیف مربوط به «اجرای باحسن‌نیت» قرارداد را از قانون استنباط کرد، به دشواری می‌توان این قاعده را برخلاف اصل لزوم قراردادها و پایبند بودن دو طرف به مفاد عقد به‌کار برد. هیچ‌کس حق ندارد در روابط اجتماعی دست به تقلب و تدلیس بزند. رابطۀ قراردادی نیز از قلمرو این قاعده بیرون نیست، ولی در این نتیجه تردید است که آیا سختگیری در گرفتن حق را می‌توان با حسن‌نیت در اجرای تعهد مخالف دانست؟ آیا لزوم داشتن «حسن‌نیت» باید در جهت تأیید مفاد تعهد و اجرای کامل آن به‌کار گرفته شود یا برای معاف

۱۷. جعفر نوری یوشانلوئی و ابوالفضل شاهین، «نوآوری‌های حقوق قراردادهای جدید فرانسه و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۴ (۱۳۹۷)، ص ۲۰۵.

۱۸. سعید بیگدلی، *پیشین*، ص ۱۴۸.

شدن از اجرای آن[۱۹]؟

۵.۱.۳. مبنای قانونی

بررسی قوانین و مقررات داخلی ایران در خصوص تعدیل قضایی، نشانگر عدم پذیرش تعدیل قرارداد به‌عنوان یک قاعدهٔ عمومی است، به‌گونه‌ای که قانون‌گذار کنونی تمایلی به تعدیل نداشته، حتی احکام برخی از مواد قانون مدنی همچون مواد ۲۱۹ و ۲۳۰، مانع جدی در تعدیل قرارداد ایجاد می‌کنند. در قوانین بحث تعدیل قضایی قرارداد، صرفاً در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ به صورت صحیح مطرح شده بود که به‌موجب مادهٔ ۴ قانون موصوف، دادگاه می‌تواند اقدام به تعدیل نرخ اجاره‌بها منوط به شرایط مندرج در مادهٔ قانونی نماید، که این ماده نیز در خصوص قراردادهای استیجاری تجاری تا قبل از سال ۷۶ قابلیت اجرا داشته است. در سایر مواد قانونی این وضوح به شکل چشمگیری نظیر مادهٔ پیش‌گفته یافت نمی‌شود، بلکه باید با تشریح ماده به این امر دسترسی پیدا کنیم. از جملهٔ این موارد می توان به مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی در خصوص تأدیه دین مدیون به دائن اشاره کرد که مطابق مواد یادشده، دادگاه می‌تواند برای ایفای تعهد به متعهد مهلت عادله اعطا نماید. درست است که بر اساس این مواد، دادگاه حق اصلاح میزان تعهدات قراردادی را ندارد، اما اعطای مهلت به متعهد نیز ارفاقی است به او تا بتواند با گرفتن مهلت، راحت‌تر و بدون مشقت زیاد تعهد خویش را ایفا نماید.

٦.۱.۳. اصل ٤٠ قانون اساسی

با فقدان قاعدهٔ کلی در خصوص تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ایران، اصل ۴۰ قانون اساسی می‌تواند مبنای قانونی برای تعدیل قضایی قرارداد در صورت دشواری اجرای قرارداد تلقی گردد. پذیرش این نظریه وابسته به این است که اصول و حق تضمین‌شده در قانون اساسی را به صورت مستقیم قابل اعمال در روابط خصوصی بدانیم. این مسئله که آیا دادگاه‌ها با استناد مستقیم به اصول قانونی اساسی در دعاوی حقوقی مثل تعدیل قرارداد، می‌توانند حکم صادر نمایند، زیاد مورد توجه حقوق‌دانان قرار نگرفته است. بین برخی حقوق‌دانان که به این موضوع پرداخته‌اند نیز اتفاق نظری وجود ندارد. برخی از آنان به صورت غیرمستقیم این موضوع را رد

۱۹. ناصر کاتوزیان، *پیشین*، ص ۹۱.

کرده و بر آن‌اند که دادگاه‌ها نمی‌توانند مستقیماً با استناد به اصول قانون اساسی حکم صادر نمایند؛ چراکه اولاً محاکم به بهانهٔ مخالفت قانون عادی با قانون اساسی نمی‌توانند قانون عادی را نادیده گرفته، اجرا نکنند[۲۰]. ثانیاً اصول قانون اساسی چارچوب‌ها و جهت‌گیری‌های کلی را ترسیم می‌کند و تعیین حدود و ثغور و مصادیق و ضمانت اجرای آن برعهدهٔ قانون‌گذار عادی است. برای مثال، قضات نمی‌توانند با استناد بر اصل ۴۰ قانون اساسی، معامله به قصد فرار از دین را نامعتبر اعلام نمایند؛ چراکه مصادیق این اصل باید از سوی قانون‌گذار عادی تعیین گردد؛ همان‌گونه که مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی یکی از مصادیق اصل ۴۰ قانون اساسی است. به‌موجب این ماده: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». اگر اصل ۴۰ قانون اساسی پذیرفته شده بود و دادگاه‌ها اختیار استناد به آن را داشتند، نیازی به تصویب مادهٔ ۱۳۲ قانون مدنی و تعیین مصداق نبود. این امر حاکی از این است که حدود ممنوعیت‌های قانون اساسی و ضمانت اجرای آن را قانون‌گذار عادی مشخص می‌کند.

در مقابل، امکان اعمال مستقیم اصول قانون اساسی در روابط قراردادی که از آن تحت عنوان اساسی‌سازی حقوق قراردادها یاد می‌شود[۲۱]، مورد پذیرش دسته‌ای از حقوق‌دانان قرار گرفته است. به‌نظر می‌رسد برای پذیرش اساسی‌سازی در نظام حقوقی ایران باید مقدمتاً ارزش هنجاری قانون اساسی ایران و صلاحیت دادگاه بدوی و به تبع آن، عدم اجرای قانون عادی به دلیل تعارض با قانون اساسی به‌رسمیت شناخته شود. در حقوق ایران، برخی از حقوق‌دانان معتقد به وصف هنجاری قانون اساسی هستند و قانون اساسی را صرفاً برنامه‌ریز نمی‌دانند. به باور این گروه، ضرورت نظارت شورای نگهبان بر اساسی بودن مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصول ۷۲ و ۹۴ قانون اساسی) هیچ‌گونه تردیدی را در مورد ارزش هنجاری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌جای نمی‌گذارد[۲۲].

در مورد صلاحیت دادگاه‌ها برای عدم اجرای قوانین عادی مغایر با قانون اساسی باید گفت

۲۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مقدمهٔ عمومی علم حقوق*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱۱، ۱۳۸۷)، ص ۳۱.
۲۱. یوسف مولائی و مرتضی حاجی‌پور، «اساسی‌سازی حقوق خصوصی»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۶۱ (۱۳۹۷)، ص ۷.
۲۲. جواد تقی‌زاده، «مساله اساسی‌سازی نظم حقوقی»، *پژوهش‌های حقوقی*، ش ۱۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۳۵.

که حتی قبل از انقلاب که نهادی همچون شورای نگهبان برای حفاظت از قانون اساسی وجود نداشت، دسته‌ای از حقوق‌دانان بر این نظر بودند که دادگاه‌ها برای تشخیص مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی صلاحیت لازم را دارند و درنتیجه می‌توانند از اجرای قوانین و مقررات عادی مغایر با قانون اساسی امتناع نمایند. مطابق این دیدگاه، اولاً مجلس حق قانون‌گذاری برخلاف قانون اساسی را ندارد. ثانیا، درصورتی که مجلس قانونی را خلاف قانون اساسی تصویب نماید، دادگاه‌ها باید قانون برتر یعنی قانون اساسی را درنظر گرفته، حق عدم اجرای قانون عادی را داشته باشند[۲۳]. با این حال، هیچ‌گاه این نظر به وسیلهٔ دادگاه‌ها و سیستم قضایی وقت مورد پذیرش قرار نگرفته است. حتی برخی از حقوق‌دانانِ طرف‌دار این نظریه اذعان داشتند که در مورد تعارض قوانین عادی با قانون اساسی ضمانت اجرایی وجود ندارد. علی آزمایش در این زمینه می‌نویسد:

«در لزوم انطباق قانون عادی با مقررات و احکام قانون اساسی تردیدی باقی نمی‌ماند. مرجع صالح برای تشخیص این امر در بعض کشورها شورای دولتی است ودر ایران به عقیدهٔ اکثر مولفین حقوقی هیچ مرجعی برای تشخیص این امر وجود ندارد، و بالنتیجه مقررات قانون اساسی یا قانون مادر در اساسی‌ترین قسمت آن یعنی لزوم اطاعت مقنن عادی از مقنن مؤسس، فاقد ضمانت اجراست»[۲۴].

پیش‌بینی نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی و همچنین اصل تفکیک قوا موجب شده است که اکثر حقوق‌دانان بر این نظر باشند که دادگاه‌های عادی نمی‌توانند به دلیل مغایر بودن قانون عادی با قانون اساسی، از اجرای قوانین عادی صرف‌نظر کنند[۲۵]. با این حال، برخی از حقوق‌دانان همچنان بر صلاحیت دادگاه‌های عادی در عدم اجرای قوانین عادی با استناد به مغایرت آنها با قوانین اساسی تأکید می‌کنند. ناصر کاتوزیان در این زمینه اعلام داشته است:

---

۲۳. علی آزمایش، «مساله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران»، *دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، ش ۱ (۱۳۵۱)، ص ۱۵ و ۱۶.

۲۴. علی آزمایش، پیشین، ص ۱۱.

۲۵. ناصر کاتوزیان، *مقدمهٔ علم حقوق*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۷۸، ۱۳۹۰)، ص ۱۴۶-۱۴۷.

«دادرس مأمور اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و هنگامی که در دعوا با دو متن متعارض روبرو می‌شود، باید بر حسب قواعد یکی از آن دو را مقدم شمارد. حال، اگر فرض کنیم که یکی از این متون مربوط به قانون اساسی و دیگری از قوانین عادی باشد، عقل حکم می‌کند که قاعدهٔ عالی‌تر بر مقررات پایین‌تر حکومت کند. درست است که قوهٔ مقننه در برابر قوهٔ قضاییه استقلال دارد و دادرس نمی‌تواند تصمیم‌های آن قوه را ابطال نماید، ولی استقلال قوهٔ قضاییه نیز ایجاب می‌کند که دادرس بتواند آزادانه در برابر قوانین متعارض مطابق اصول حقوقی تصمیم بگیرد، و ناگزیر نباشد که در تجاوز به قانون اساسی با قوهٔ مقننه همداستان شود».

وی وجود شورای نگهبان را موجب ازبین رفتن صلاحیت دادگاه‌های عادی در این زمینه نمی‌داند، چراکه وظیفهٔ شورای نگهبان جلوگیری از تصویب قوانین برخلاف قانون اساسی است و به صورت نوعی مانع اجرای آن می‌شود؛ درحالی که دادگاه صرفاً می‌تواند در دعوای مطروحه قانون اساسی را به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کند و آن را بر قانون عادی مقدم بداند. بنابراین تعارضی بین دو صلاحیت موردبحث وجود ندارد تا پیش‌بینی شورای نگهبان را به مفهوم نفی صلاحیت دادگاه عادی بدانیم.

با وجود این، رویهٔ قضایی در حقوق ایران همچنان بر عدم صلاحیت خود در تشخیص تعارض قوانین عادی با قانون اساسی و عدم اجرای قانون عادی به همین دلیل تأکید می‌کند و نظر استادان یادشده محجور مانده است. با این حال، به‌نظر می‌رسد اصل ۴۰ قانون اساسی می‌تواند مستند قانونی تعدیل قضایی قرارداد تلقی گردد؛ چراکه با تغییر اوضاع و احوال و دشوار شدنِ اجرای قرارداد، اصرار متعهدله به اجرای قرارداد می‌تواند مصداق سوءاستفاده از حق تلقی شود که اصل ۴۰ قانون اساسی هم آن را منع می‌کند. مطابق نظریهٔ اخیر، دادگاه‌ها باید مانع از سوءاستفاده از حق از جانب متعهدله شده، با تعدیل قرارداد ضرر وارده به متعهد را در حد معقول و متعارف رفع کنند.

۲.۳. مبانی تعدیل قرارداد در حقوق ترکیه

حقوق تعهدات ترکیه، بیشتر تحت تأثیر و نفوذ حقوق سوئیس و حقوق آلمان است. در قانون تعهدات قدیم ترکیه که از قانون تعهدات سوئیس اقتباس شده بود، نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال و تعدیل قضایی قرارداد به‌صراحت پیش‌بینی نشده بود و نص صریحی در این خصوص وجود

نداشت؛ لذا حقوق‌دانان و رویهٔ قضایی با استناد به اصل حسن‌نیت و قاعدهٔ فروپاشی مبنای قرارداد، تعدیل قضایی را در حقوق ترکیه قابل پذیرش می‌دانستند. گفتنی است با توجه به بحران‌های اقتصادی تجربه‌شده در کشور ترکیه در دهه‌های اخیر و آثار منفی این بحران‌ها به‌ویژه بر بدهی‌های ارزی، در دکترین حقوقی و رویهٔ قضایی ترکیه مباحث مربوط به تعدیل قراردادها افزایش چشمگیری یافته است. با این حال، تا زمان تصویب قانون جدید تعهدات، نبود رویکرد منسجم در رویهٔ قضایی دیوان عالی کشور انتقاداتی را در این دکترین به‌همراه داشته است[۲۶].

تعدیل قرارداد در حقوق ترکیه، مانند حقوق فرانسه، ابتدا از سوی دیوان عدالت اداری پذیرفته و در شاخهٔ حقوق اداری این کشور اجرا شد[۲۷]. اولین بار دیوان عدالت ترکیه در سال ۱۹۴۲، امکان امکان تعدیل قرارداد را در قراردادهای کار پذیرفت و این نکته شروع پذیرش قابلیت تعدیل قضایی قرارداد در حقوق ترکیه بوده است[۲۸].

با تصویب قانون تعهدات جدید ترکیه در سال ۲۰۱۱، قانون‌گذار در مادهٔ ۱۳۸ این قانون، به‌صراحت نظریهٔ دشواری شدید در ایفای تعهد را پذیرفت و به دادگاه‌های ترکیه اجازه داد در صورت تغییر بنیادین اوضاع و احوال و دشواری شدید اجرای قرارداد، در روابط قراردادی دخالت نموده، با توجه به شرایط جدید تعهدات قرارداد را اصلاح و تعدیل نمایند.

۱.۲.۳. حسن‌نیت

در نظام حقوقی ترکیه برخلاف حق ایران، حسن‌نیت به‌عنوان یک قاعدهٔ عمومی پذیرفته شده است. مادهٔ ۲ قانون مدنی ترکیه مصوب ۲۰۰۱ مقرر می‌دارد: «هر شخصی در احقاق حقوق قانونی و انجام تعهدات خویش باید براساس حسن‌نیت عمل نماید. سوءاستفادهٔ آشکار از حق مورد حمایت نظم حقوقی نیست». به‌موجب این حکم، اشخاص در ایفای تعهدات خود باید حسن‌نیت داشته، نباید با سوءاستفاده از حق موجب تضرر طرف مقابل گردند.

26. BAYSAL, "Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha Yayıncılık", İstanbul, (2009), S. 75.
27. FEYZİOĞLU, Turhan, "İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Milli Eğitim", Ankara, (1947), S. 30.
28. GÜRSOY, Kemal Tahir, "Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O", Ankara, (1950), S. 75.

در قانون قدیم تعهدات ترکیه، تعدیل قضایی قرارداد به‌صراحت در قانون پیش‌بینی نشده بود و تا زمان تصویب قانون تعهدات جدید در سال ۲۰۱۱، مقررات قانونی خاصی در مورد تعدیل قرارداد وجود نداشت. مهم‌ترین ابزاری که حقوق‌دانان و دادگاه برای تعدیل قرارداد به آن متوسل می‌شدند، اصل حسن‌نیت موضوع مادۀ ۲ قانون مدنی ترکیه بود. گفتنی است، اگرچه در قانون تعهدات جدید ترکیه تعدیل قضایی قرارداد در مادۀ ۱۳۸ پیش‌بینی شده، اما در حکم مادۀ ۱۳۸ نیز به‌صراحت بر حسن‌نیت تأکید و اعلام شده است که در نظریۀ دشواری شدید اجرای قرارداد، باید قاعدۀ حسن‌نیت درنظر گرفته شود[۲۹].

۲.۲.۳. نظریۀ فروپاشی مبنای قرارداد

یکی از نظریه‌هایی که در دکترین حقوقی به‌عنوان راه‌حلی برای تعدیل قضایی مطرح شده، نظریۀ «فروپاشی مبنای معامله» است. به‌موجب این نظریه، هر قراردادی با توجه به ارادۀ مشترک طرفین، دارای هدف و مبنای خاصی است و درصورتی که به دلایل اقتصادی، اجتماعی یا هر حادثۀ پیش‌بینی نشده‌ای اجرای تعهدات قراردادی ناممکن یا با دشواری شدیدی مواجه شود، دادگاه حق تعدیل یا فسخ قرارداد را دارد. بنابراین درصورتی که بعد از انعقاد قرارداد، به دلیل حوادث پیش‌بینی نشده، تعادل بین عوضین عقد به‌طور عینی مختل شده باشد و در نتیجۀ این اختلال، انتظار متعهدله برای اجرای قرارداد از سوی متعهد، نقض قاعدۀ حسن‌نیت باشد، باید گفت مبنای معامله ازبین رفته است. در هنگام انشای عقد، فرض بر این است که بین عوضین تعادل وجود دارد. در این صورت می‌توان گفت که مبنای معامله شروطی است که طرفین هنگام انعقاد قرارداد به صورت صریح یا ضمنی بر آن توافق کرده‌اند. اگر پذیرفته شود که مبنای معامله در نتیجۀ حوادث پیش‌بینی نشده سقوط کرده است، زیان طرف متضرر با توجه به این وضعیت چگونه جبران می‌شود؟ تئوری سختی شدید اجرای قرارداد یا امپرویزیون[۳۰] که برای اولین بار از سوی دربار امپراتوری آلمان پذیرفته شد، اعلام می‌دارد که اگر عدم تعادل عینی بین عوضین معامله به دلیل حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی رخ دهد، می‌توان درخواست کرد که قرارداد از سوی دادگاه تعدیل شده یا امکان انحلال آن فراهم گردد. همچنین، شایان ذکر است که تعدیل قرارداد

29. Aydemir, Efrail; "Hukukta 4 Kavram 4 Konu", Adalet Yayınevi, Ankara, (2011), S. 213.
30. Improvisation

با شرایط متغیر آن‌قدرها هم که به‌نظر می‌رسد آسان نیست. برای اینکه سازگاری رخ دهد، باید شرایط خاصی رعایت شود. بر اساس دیدگاه عمومی، برای تعدیل عقد باید شرایط پس از انعقاد قرارداد به‌گونه‌ای غیرعادی و عینی تغییر کرده باشد که از سوی طرفین پیش‌بینی نشده باشد و بین اعمال طرفین به دلیل این تغییر شرایط عدم تعادل شدید به‌وجود آمده باشد. ضمناً تغییر شرایط نباید تقصیر طرفین باشد و تعهدات ناشی از عقد نیز هنوز اجرا نشده باشد[۳۱].

اکثر حقوق‌دانان ترکیه نظریهٔ فروپاشی مبنای قرارداد را به‌عنوان مبنای اصلی تعدیل قضایی قرارداد پذیرفته‌اند. هرچند به نظر برخی از حقوق‌دانان، این نظریه در حقوق ترکیه آن‌گونه که در حقوق آلمان درک شده است مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است[۳۲]. اگرچه برخی از نویسندگان حقوقی بر این باورند که نظریهٔ فروپاشی مبانی معاملات آلمان در دکترین با حقوق ترکیه سازگار نبوده، قابل اعمال نیست. اما در هر حال، در مقایسه با سایر آموزه‌ها، نظریهٔ فروپاشی مبنای معامله طرف‌داران بیشتری داشته، از نظر حقوق تطبیقی محتوایی غنی ارائه می‌دهد.

مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه مصوب ۲۰۱۱ که به‌صراحت قاعدهٔ دشواری شدید اجرای قرارداد و تعدیل قضایی قرارداد را به‌عنوان اصل کلی پذیرفته است، از مادهٔ ۳۱۳ قانون مدنی آلمان اقتباس شده است و در نتیجه، مبنای مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه، قاعدهٔ فروپاشی مبنای قرارداد است. البته اگرچه مفاد مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه، مشابه حکم مادهٔ ۳۱۳ قانون مدنی آلمان است، ولی باید توجه داشت که در مادهٔ ۳۱۳ قانون مدنی آلمان درخواست تعدیل قرارداد از سوی هریک از طرفین عقد قابل پذیرش است؛ درحالی که در مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه فقط متعهد حق درخواست تعدیل قرارداد را از دادگاه به دلیل دشواری شدید اجرای تعهدات دارد. علاوه بر این، اگرچه مفهوم دشواری شدید در اجرا مقرر در مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه، مشابه پدیدهٔ برهم زدن تعادل بین عوضین مقرر در مادهٔ ۳۱۳ قانون مدنی آلمان است، ولی به‌هم خوردن تعادل عوضین قرارداد، از سوی هردو طرف عقد قابل استناد است، ولی به‌نظر

31. Memet Erdem Aybay, "SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA GÖRE UYARLANMASI (YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ)", Cevdet Yavuz'a Armağan, (2019). p. 333.
32. CANBOLAT, Ferhat, "Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması", Yetkin Yayınları, Ankara, (2012), p. 228.

می‌رسد که دشواری شدید اجرای قرارداد، فقط از سوی متعهد قابلیت استناد دارد[۳۳].

۳.۲.۳. مبنای قانونی

برای اولین بار به‌موجب مادۀ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه مصوب ۲۰۱۱، نظریۀ دشواری شدید اجرای قرارداد و تعدیل قضایی قرارداد پذیرفته شد. بر اساس این ماده «وضعیت فوق‌العاده‌ای که در زمان انعقاد قرارداد از سوی طرفین پیش‌بینی نشده بود یا انتظار نمی‌رفت به دلیلی خارج از ارادۀ متعهد اتفاق بیفتد و واقعیت‌های موجود در زمان انعقاد قرارداد را به ضرر طرفین تغییر دهد، تاحدی که مطالبۀ ایفای تعهد از متعهد خلاف مقررات حسن‌نیت باشد و او هنوز تعهد خود را اجرا نکرده یا به دلیل عسر و حرج زیاد در انجام آن خلل به‌وجود آمده باشد، درصورتی که متعهد با حفظ حقوق خود عمل کرده باشد، حق درخواست از دادگاه برای تعدیل قرارداد با شرایط جدید را دارد و در صورت عدم امکان تعدیل، دارای حق انصراف از قرارداد است و در قراردادهای با اجرای مستمر، به جای حق انصراف از حق فسخ استفاده می‌کند. حکم این ماده در مورد دیون ارزی نیز جاری است».

در شرح توجیه قانون در مجلس ترکیه، علت تنظیم ماده به شرح زیر بیان شده است:

«حکم این ماده، مربوط به نظریۀ «فروپاشی مبنای معامله» بوده که به‌عنوان یکی از استثناهای اصل لزوم قرارداد (وفای به عهد) شمرده شده است. مبنای درخواست تعدیل بر اساس سختی شدید اجرا که با مفهوم غیرممکن متفاوت بوده، قواعد حسن‌نیت مندرج در مادۀ ۲ قانون مدنی ترکیه است. اما تعدیل قرارداد یا اعمال حق انصراف و فسخ به دلیل تغییر اوضاع و احوال، منوط به تحقق چهار شرط زیر است:

الف- در زمان عقد قرارداد باید وضعیت فوق‌العاده‌ای رخ داده باشد که از سوی طرفین پیش‌بینی نشده بود یا انتظار نمی‌رفت.

ب- این وضعیت نباید از جانب بدهکار ایجاد شود.

33. BAYSAL, "Sözleşmenin Uyarlanmas", Memet Erdem Aybay, SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA GÖRE UYARLANMASI (YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ)", Cevdet Yavuz'a Armağan, S. 337.

ج- حادثهٔ پیش‌بینی نشده باید واقعیت‌های موجود در زمان انعقاد قرارداد را به ضرر متعهد تغییر داده باشد تا جایی که مطالبهٔ ایفای تعهد از او مغایر با قواعد حسن‌نیت باشد.

د- متعهد باید هنوز تعهد خویش را ایفا نکرده باشد و یا با حفظ حقوق ناشی از سختی شدید آن را انجام داده باشد.

بر اساس این ماده، در صورت احراز کلیهٔ شرایط تعدیل، متعهد می‌تواند از قاضی تقاضای تعدیل قرارداد با شرایط جدید را بنماید. اگر این امکان‌پذیر نباشد، متعهد حق انصراف از قرارداد را داشته، در قراردادهای مستمر، حق فسخ معامله را دارد»[۳۴].

اگرچه حکم این ماده یکی از نوآوری‌های قانون تعهدات جدید ترکیه بوده و قانون‌گذار ترکیه برای اولین بار به‌موجب این ماده، نظریهٔ دشواری شدید در اجرای قرارداد و تعدیل قضایی عقد را به‌عنوان یک اصل کلی پذیرفته، در دکترین حقوقی ترکیه با انتقاداتی نیز مواجه شده است، اما از نظر ارائهٔ مبنای حقوقی به‌عنوان تحولی ستودنی توصیف می‌شود.

مهم‌ترین انتقاد واردشده به حکم مادهٔ پیش‌گفته، این است که اگرچه در شرح رسمی قانون تعهدات و در مذاکرات مجلس این حکم مربوط به فروپاشی مبنای معامله اعلام شده است، اما هم از نظر عنوان و هم محتوا، حکم این ماده به دشواری شدید در اجرا مربوط می‌شود که یکی از مظاهر فروپاشی مبنای معامله است، نه خود نظریهٔ سقوط مبنای قرارداد[۳۵]. با این حال، وقتی صحبت از فروپاشی اساس معامله می‌شود، سه احتمال به ذهن خطور می‌کند: دشواری شدید در عملکرد، ازدست دادن تعادل بین عوضین، بی‌معنا شدن قرارداد با هدفی که آن را دنبال می‌کرده است[۱]. بنابراین حکم مادهٔ موردبحث صرفاً یکی از مصادیق، یعنی نظریهٔ فروپاشی مبنای معامله را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان ترکیه بر این باورند که اگرچه در توجیه حکم مادهٔ موردبحث تأکید شده که مفهوم دشواری شدید در اجرای قرارداد، متفاوت با عدم امکان اجرای عقد است، اما نویسندگان قانون تعهدات ترکیه، مقرراتی در خصوص عدم امکان اجرای قرارداد

34. YAVUZ, Nihat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi", Cilt:1, Adalet Yayınevi, Ankara, (2013). S. 838.
35. BAYGIN, Cem, "Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler", EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, Erzincan (2010). S. 143.

پیش‌بینی نکرده‌اند و قانون تعهدات ترکیه در این خصوص ساکت است.

همچنین به باور برخی دیگر از حقوق‌دانان ترکیه، نویسندگان قانون تعهدات ترکیه، عنوان «دشواری شدید اجرا» را برای مادۀ ۱۳۸ به‌کار گرفته‌اند؛ درحالی که در متن ماده، بیشتر از آثار دشواری شدید اجرای قرارداد بحث شده و در این ماده، نظریۀ دشواری شدید اجرای تعهد صرفاً موجب انحلال عقد نشده، بلکه در وهلۀ اول، هدف این نظریه، زنده نگه‌داشتن قرارداد از طریق تعدیل آن بوده و در صورت عدم امکان تعدیل، حق انحلال قرارداد برای متعهد پیش‌بینی شده است. در نتیجه، بهتر بود از عنوان «آثار دشواری شدید اجرا» برای این ماده استفاده می‌شد.

پس از تصویب مادۀ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه، قلمرو اعمال حکم یادشده یکی از مباحث مناقشه‌آمیز در دکترین و رویۀ قضایی ترکیه است.

مشهور حقوق‌دانان ترکیه، حکم مادۀ ۱۳۸ قانون تعهدات را مخصوص قراردادها تلقی نموده، ایقاع را خارج از دایرۀ شمول حکم یادشده می‌دانند. بر اساس این عقیده در ایقاعات همانند وصیت، نظریۀ فروپاشی مبنای قرارداد جایگاهی ندارد و لذا نظریۀ دشواری اجرا و تعدیل قضایی در اعمال حقوقیِ یک‌جانبه منتفی است[۳۶].

زمانی که از تعدیل قضایی قرارداد بحث می‌شود، بدون شک عقود معوض و دو تعهد به ذهن متبادر می‌شود؛ یعنی معاملاتی که متعاقدین در مقابل هم تعهداتی را برعهده می‌گیرند[۳۷]. با این حال، در خصوص امکان تعدیل عقود غیرمعوض و یک‌تعهدی در حقوق ترکیه اختلاف نظر وجود دارد. اینکه آیا می‌توان قراردادهایی را که فقط به یکی از طرفین، تعهد را تحمیل می‌کنند، تعدیل کرد یا خیر، رویۀ واحدی در محاکم ترکیه دیده نمی‌شود.

در خصوص این مسئله بین حقوق‌دانان ترکیه اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی از نویسندگان حقوقی، به دلیل عدم لزوم وجود تعادل بین عوضین در عقود غیرمعوض، امکان تعدیل در این دسته از قراردادها را نپذیرفته‌اند. به سخن دیگر، به‌موجب این عقیده، چون امکان برهم خوردن

36. BAYSAL, “Sözleşmenin Uyarlanmas”, Memet Erdem Aybay, “SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA GÖRE UYARLANMASI (YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ)”, Cevdet Yavuz’a Armağan, S. 98.

37. Öztan, Bilge; “Medeni Hukuk’un Temel Kavramları”, Turhan Kitabevi, Ankara, (2008). S. 90.

تعادل بین عوضین در عقود غیرمعوض قابل تصور نیست، تعدیل قضایی این نوع عقود نیز منتفی است. اما مشهور حقوق‌دانان، معتقد به امکان تعدیل عقود مورد بحث بوده، بر این باورند از آنجا که سقوط مبنای معامله، صرفاً به برهم خوردن تعادل اقتصادی بین عوضین محدود نمی‌شود، بنابراین در عقود غیرمعوض نیز امکان تعدیل قضایی وجود دارد و این نظریه در سال‌های اخیر طرف‌داران بیشتری پیدا کرده است. برای مثال، اگرچه عقد هبه عقد غیرمعوض و یک‌تعهدی است، اما به‌موجب مادۀ ۲۹۶ قانون تعهدات ترکیه، درصورتی که بعد از انعقاد عقد هبه، وضعیت مالی واهب به حدی بد شود که ایفای تعهد برای وی به‌شدت دشوار باشد، واهب حق رجوع از هبه دارد. طرف‌داران امکان‌پذیر بودن تعدیل عقود غیرمعوض، این امر را نمونه‌ای از امکان تعدیل در این گونه قراردادها می‌دانند[۳۸]. همچنین در حقوق ترکیه امکان تعدیل قضایی قرارداد در عقود معوضی که بین عوض تقابل وجود ندارند، پذیرفته شده است. در این گونه تعهدات، تعهدِ یکی از طرفین بعد از اجرای تعهد طرف دیگر عقد ایجاد می‌شود[۳۹]؛ در واقع، امکان برهم خوردن تعادل عوضی در چنین قراردادهایی نیز امکان‌پذیر است.

به‌طور سنتی تعدیل قضایی در قراردادهای مستمر مطرح می‌شود، چراکه اجرای آنها به زمان طولانی نیاز دارد و درعمل نیز لزوم تعدیل قرارداد در این نوع معاملات، بیشتر مطرح می‌شود؛ زیرا احتمال وقوع حوادث غیرقابل پیش‌بینی در این نوع عقود بیشتر است[۴۰]. با وجود این، بسیاری از نویسندگان حقوقی استدلال کرده‌اند که تغییر اوضاع و احوال و تعدیل قرارداد ممکن است در برخی موارد در قراردادهای غیرمستمر نیز رخ دهد؛ به‌ویژه در عقود فوری که بین تاریخ انعقاد عقد با سررسیدِ ایفای تعهد فاصله وجود داشته باشد، دشواری شدید اجرای تعهد و تعدیل، بیشتر می‌تواند رخ دهد، زیرا در هر قراردادی که بین تشکیل و اجرای آن فاصلۀ زمانی وجود داشته باشد احتمال وقوع حوادث پیش‌بینی نشده می‌رود. با این حال، دیوان عالی ترکیه در بسیاری از احکام خود تعدیل قضایی را منحصر به عقود مستمر دانسته و عقود فوری را مشمول مقررات

38. Zehra Betül KULP, "AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ (TBK. md. 138)", Yüksek Lisans Tezi, ANKARA ÜNİVERSİTESİ,2015, S. 98.
39. Kaplan, İbrahim; "Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi", Seçkin Yayınları, Ankara, (2007). S. 151.
40. Aydemir, Efrail; "Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu", Seçkin Yayınları, (2013). S. 119.

تعدیل نشمرده است[۴۱].

شعبهٔ یازدهم دیوان عالی ترکیه در سال ۲۰۰۰ مقرر نمود که تعدیل قضایی قراردادهای فوری منتفی است و امکان تغییر اوضاع و احوال را نمی‌توان در قراردادهای اجرای فوری قابل تصور دانست؛ زیرا پس از ایفای تعهد، ادعای تغییر شرایط و دشوار شدن اجرای تعهد قابل طرح نیست. البته در قراردادهای فوری مؤجل، نظریهٔ دشواری شدید اجرای تعهد پذیرفته شده است؛ با این حال، دیوان عالی کشور نیز در سال‌های اخیر رویهٔ خود را تغییر داده و دیدگاه غالب در دکترین حقوقی ترکیه را پذیرفته و امکان تعدیل در قراردادهای حال یا فوری را قبول کرده است. دیوان عالی در سال ۲۰۱۰ اعلام داشت: اعتقاد به اینکه تغییر اوضاع و احوال و تعدیل قرارداد فقط می‌تواند در عقود دو تعهدی و مستمر اعمال گردد صحیح نیست. در واقع، دیوان عالی ترکیه در این حکم نظر خود را در راستای دیدگاه غالب در دکترین تغییر داده، امکان تعدیل در عقود فوری را صادر کرده است. دیوان عالی در تصمیم خود به‌صراحت اعلام نموده است: این اصل را می‌توان در قرارداد خرید و فروش و همچنین در خرید و فروش خودرویی که باید از ایتالیا وارد و تحویل داده شود، اعمال کرد. بنابراین، محدود کردن اصل دشواری اجرای قرارداد فقط به قراردادهای با اجرای مستمر، صحیح نخواهد بود. از منظر نگارندگان، باید پذیرفت که به‌طور گسترده‌تر می‌توان این اصل را در خصوص قراردادهایی که در آینده نتیجه می‌دهند یا در آینده محقق می‌شوند و یا با اجرای فوری خاتمه نیافته‌اند نیز اعمال کرد. بنابراین با برقراری حکم، تعدیل قراردادهای اجرای فوری امکان‌پذیر شده است[۴۲].

گفتنی است که از مفاد مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه، اعمال نظریهٔ دشواری شدید اجرا و تعدیل قضایی در عقود حال یا فوری قابل استنباط است، زیرا در مادهٔ یادشده آمده است: «در عقود با ایفای مستمر، مدیون قاعدتاً به جای انصراف از حق فسخ استفاده می‌کند». مفهوم مخالف این جمله آنست که حکم مادهٔ ۱۳۸ در مورد این دسته از قراردادها نیز قابل اعمال بوده، به جای حق فسخ که مخصوص عقود مستمر است، متعهد در این عقود در صورت دشواری شدیدِ اجرای تعهد، حق انصراف از قرارداد را دارد. البته به‌موجب مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات ترکیه تعدیل

41. AY Kaplan DEMİR, Efrail, "Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu", Seçkin Yayınları, (2013), S. 121.

42. Memet Erdem Aybay, *op. cit*, S. 329.

قراردادی امکان‌پذیر است، ولی در موقعیتی که متعهد هنوز تعهد خود را ایفا نکرده و مدیون به تعهد خود عمل کرده باشد، درخواست تعدیل قرارداد دیگر اعتباری نخواهد داشت؛ زیرا فرض بر این است که قرارداد قابل اجرا بوده، شرایطی وجود ندارد که مستلزم تعدیل باشد.

عدم قابلیت پیش‌بینی تغییرِ اوضاع و احوال شرط اساسی تعدیل قضایی قرارداد در نظام حقوقی ترکیه است؛ برای مثال، نوسان شدید نرخ ارز در ترکیه همانند ایران یک مشکل اساسی است، به‌طوری که قراردادهایی را که با ارز خارجی منعقد شده‌اند همیشه با مشکل مواجه می‌سازد؛ با این حال، سال‌ها در خصوص اینکه آیا تغییر شدید نرخ ارز حادثهٔ غیرقابل پیش‌بینی است یا خیر، اختلاف نظر وجود داشت تا اینکه دیوان عالی ترکیه در سال ۲۰۱۴، افزایش نرخ ارز در ترکیه را حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی ندانست و تعدیل تعهدات ارزی به دلیل افزایش نرخ ارز را رد کرد. در این پرونده، خواهان از بانک وام مسکن ارزی (ین ژاپن) دریافت کرده بود و با افزایش شدید نرخ ارز، خواهان دعوای تعدیل قرارداد را مطرح ساخت با اینکه دادگاه بدوی موضوع را مشمول حکم مادهٔ ۱۳۸ قانون تعهدات دانست و حکم به تعدیل قرارداد صادر کرد. شعبهٔ ۱۳ دیوان عالی ترکیه با این استدلال که افزایش نرخ ارز در ترکیه حادثهٔ غیرقابل پیش‌بینی نیست، حکم موصوف را نقض و به شعبهٔ هم‌عرض ارجاع داد. دادگاه هم‌عرض هم استدلال شعبهٔ ۱۳ دیوان عالی را نپذیرفت و بر امکان تعدیل قرارداد تأکید نمود. درنهایت دیوان عالی کشور ترکیه طی رأی وحدت رویه‌ای، افزایش نرخ ارز را حادثهٔ غیرقابل پیش‌بینی ندانست[۴۳]. البته گفتنی است که رویهٔ قضایی ترکیه به صورت مطلق هرگونه افزایش نرخ ارز را حادثه‌ای قابل پیش‌بینی تلقی نکرده، بلکه اعتقاد بر این است که در هر پرونده باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص آن پرونده تصمیم‌گیری شود. برای مثال، در پرونده‌ای که مبنای دادنامهٔ شمارهٔ ۲۲/۱۹۹۵ مورخ ۱۷ فروردین ۱۳۹۵ صادره از شعبهٔ ۱۳ دیوان عالی ترکیه بوده، خواهان از خوانده (بانک)، برای بخشی از ارزش خانه‌ای که قصد خرید آن را داشته، وامی با نرخ ارز مارک آلمان که در آن زمان رایج بوده، دریافت کرده است. لیکن به دلیل افزایش فوق‌العادهٔ ارزش مارک آلمان در برابر لیر ترکیه در نتیجهٔ بحران سال ۱۹۹۴، خواهان مدعی شد که در ژانویه همان سال مبلغ بدهی وی بسیار بیشتر از میزانی بود که در صورت عدم افزایش نرخ ارز

43. Memet Erdem AYBAY, *op. cit*, S. 332.

باید پرداخت می‌کرد و به این ترتیب، خواستار فسخ قرارداد شد. خواهان پس از دریافت پاسخ منفی از بانک، از دادگاه تقاضای تعدیل قرارداد را نمود. دادگاه بدوی دعوا را رد کرد. شعبهٔ سیزدهم دادگاه عالی حقوقی پس از درخواست تجدیدنظر، رأی دادگاه بدوی را نقض و در حکم خود اعلام نمود: «... در حل اختلاف، بررسی و روشن شدن این موضوع که آیا در اثر بحران اقتصادی و تصمیمات دولتی پس از انعقاد قرارداد، مبنای معامله که رکن اصلی قرارداد و مورد توافق اولیهٔ طرفین بوده، به‌جز افزایش طبیعی قیمت ارز، دچار فروپاشی شده است یا خیر، اجتناب‌ناپذیر است.... لازم به ذکر است که بر اساس مادهٔ ۲ قانون مدنی ترکیه، دارا شدن بلاجهت بایع به صورت غیرمنتظره و غیرعادی و ناشی از بحران اقتصادی و کاهش ارزش پول که نتایج آن قابل پیش‌بینی نبوده، به هیچ عنوان قابل توجیه نیست و با اصل تساوی حقوق طرفین در قرارداد مغایرت دارد؛ بعلاوه، احساس عدالت ملموس را نیز خدشه‌دار می‌سازد. در چنین شرایطی، اگر مبانی و اصول تعدیل به نفع خریدار ایجاد شده باشد، «به طریق اولی» باید پذیرفت که خریدار می‌تواند برای تعدیل قیمت خرید اقامهٔ دعوا نماید..... در صورتی که فروپاشی مبنای معامله و برهم خوردن غیرقابل تحمل تعادل منافع در قرارداد به نفع خواهان پذیرفته شود، باید میزان مسئولیت خریدار در پرداخت ثمن معامله مشخص گردد و بدین ترتیب ثمن معامله در قرارداد بر اساس حسن نیت عینی، حق و انصاف (مادهٔ ۴ و ۲ قانون مدنی) به نحوی که با هدف طرفین سازگار باشد، مجدداً بر اساس ارز خارجی تعدیل شود. در هر حال، باید یک کارشناس مالی و یک اقتصاددان در هیئت کارشناسی حضور داشته باشند». در نتیجه، شعبهٔ ۱۳ دیوان عالی ترکیه، تعدیل قضایی قرارداد را پذیرفت، حکم بدوی را نقض و رأی تعدیل قرارداد موضوع پرونده را صادر کرد. به‌نظر حقوق‌دانان ترکیه، با توجه به ارزیابی‌های انجام‌شده در این موارد، می‌توان نتیجه گرفت که شعبهٔ ۱۳ دادگاه عالی حقوقی معتقد است که در قراردادهای مرتبط با ارز، باید بررسی دقیقی برای تعدیل انجام شود و قاعدهٔ کلی در این خصوص کارساز نیست، بلکه هر پرونده باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال آن مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین صحت این ارزیابی جامع نباید مورد تردید قرار گیرد[۴۴]. در تأیید صحت این رأی می‌توان به حکم صادره از شعبهٔ ۱۱ دیوان عالی ترکیه استناد نمود[۴۵]؛ به این شرح که در پرونده‌ای که مبنای دادنامهٔ صادره

44. *Ibid*, S. 339-340.
45. Yarg. 11. HD E.1995/8932 K.1996/704 T.05.02.1996 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 24.02.2015).

از شعبهٔ ۱۱ دیوان عالی ترکیه به تاریخ ۵ فوریه ۱۹۹۶ بوده است، خواهان در تاریخ ۲۸ اکتبر ۱۹۹۳ از خوانده (بانک)، «وام مسکن» با نرخ دلار امریکا را به صورت لیر ترکیه دریافت کرد و مقرر داشت که بازپرداخت‌ها به صورت ارزی انجام شود. خواهان با این ادعا که به دلیل بحران اقتصادی سال ۱۹۹۴ بازپرداخت وام با ارز خارجی دشوار شده، از دادگاه بدوی تقاضای تعدیل قرارداد را نموده است. دادگاه بدوی حکم به پذیرش دعوا صادر کرده، که این رأی از سوی بانک خوانده مورد تجدیدنظر قرار گرفته است. نکتهٔ قابل توجه در این پرونده این است که در ارزیابی ادله از سوی شعبه، مشخص شده است خوانده با پذیرش دشوار شدن اجرای قرارداد، چهار پیشنهاد جدید برای بازپرداخت وام به خواهان ارائه نمود و خواهان هیچ‌کدام از پیشنهادهای یادشده را نپذیرفت و اقدام به طرح دعوا نمود. به نظر شعبهٔ ۱۱ دیوان عالی، دادگاه بدوی به دلیل اینکه بدون بررسی مناسب بودن پیشنهادهای بازپرداخت، حکم صادر کرده، رأی دادگاه بدوی را نقض نموده است. به‌نظر می‌رسد اگرچه نتیجهٔ این رأی متفاوت است، اما مانند رأی پیش‌گفته، استدلال دیوان عالی صحیح است؛ چراکه اقامهٔ دعوی تعدیل عقد از سوی خواهان بدون درنظر گرفتن گزینه‌های پرداختی که به او ارائه شده، وضعیتی را به ضرر خود ایجاد کرده است. همچنین، صدور رأی از جانب دادگاه بدوی بدون درنظر گرفتن این پیشنهادها– همان‌طور که در رأی دیوان عالی به‌درستی بیان شده است– نقض حکم بدوی را به دلیل نقص تحقیقات توجیه می‌کند.

نتیجه

با عنایت به آنچه گفته شد، به‌نظر می‌رسد با توجه به فقدان قاعدهٔ کلی در حقوق ایران در خصوص تعدیل قضایی قرارداد، می‌توان با استناد به قاعدهٔ عسر و حرج و شرط ضمنی، قاعدهٔ لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی را در موقعیت‌هایی که به دلیل حوادث پیش‌بینی شده اجرای تعهد با سختی شدیدی مواجه می‌شود، امکان تعدیل قرارداد را پذیرفت؛ با این حال، لزوم وضع یک قاعدهٔ عمومی در این خصوص احساس می‌شود. در حقوق ترکیه، از نیمهٔ دوم قرن بیستم، دکترین حقوقی و رویهٔ قضایی تحت تأثیر نظریهٔ فروپاشی مبنای معامله، امکان تعدیل قضایی قرارداد را مورد بحث قرار داده است؛ با وجود این، اصل حسن‌نیت به‌عنوان مبنای اصلی تعدیل قضایی قرارداد پذیرفته شده بود و رویهٔ قضایی بر همین مبنا در قراردادهایی که با حوادث

غیرقابل پیش‌بینی مواجه می‌شد مداخله نموده، آن را تعدیل می‌کرد. با تصویب قانون جدید تعهدات در سال ۲۰۱۲، در مادۀ ۱۳۸ قانون پیش‌گفته، نظریۀ دشواری شدید اجرای تعهد پذیرفته شده و به دادگاه اختیار مداخله در قرارداد و تعدیل میزان تعهد داده شده است. هرچند در خصوص قلمرو اعمال حکم موصوف، اختلافاتی در رویۀ قضایی و دکترین حقوقی وجود دارد؛ با این حال، به‌موجب نظریۀ غالب در حقوق ترکیه، نه‌تنها عقود معوض مستمر، بلکه عقود یک‌تعهدی و فوری نیز مشمول این حکم می‌شود، ولی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه در سال ۲۰۱۵، تغییر نرخ ارز را با توجه به وضعیت اقتصادی ترکیه حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی ندانسته و تعدیل قضایی تعهدات ارزی در صورت نوسان شدید نرخ ارز را به‌شدت محدود کرده است.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. بیگدلی، سعید (۱۳۸۸). ***تعدیل قرارداد***، تهران: میزان.

۲. جعفری لنگرودی، محمد (۱۳۸۱). ***تئوری موازنه***، تهران: گنج دانش.

۳. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). ***لغت‌نامه***، تهران: مؤسسهٔ انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

۴. سلطانیان، صحبت‌الله (۱۳۹۴). ***تعدیل قضائی قرارداد***، تهران: مجد.

۵. عمید، حسن (۱۳۶۳). ***فرهنگ فارسی***، تهران: امیرکبیر.

۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). ***مقدمهٔ علم حقوق***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). ***مقدمهٔ عمومی علم حقوق***، تهران: گنج دانش.

۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). ***نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی***، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مقالات

۱۰. آزمایش، علی (۱۳۵۱). مساله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران، ***دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی***، دانشگاه تهران، ۱۰(۱)، ۱–۱۸.

۱۱. تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۶). مساله اساسی‌سازی نظم حقوقی، ***پژوهش‌های حقوقی***، ۱۲ (۱۱)، ۱۲۹–۱۶۲.

۱۲. خلعتبری، ارسلان (۱۳۲۷). تعارض قانون مصوب مجلس با قانون اساسی، ***کانون وکلا***، (۷)، ۲۳–۲۷.

۱۳. خوئینی، غفور (۱۳۸۰). تحلیل فقهی حقوقی نظریهٔ تغییر اوضاع و احوال در قراردادها، ***پژوهشنامهٔ متین***، ۳ (۱۳)، ۱۴۵–۱۶۴.

۱۴. محمودی، هلیا (۱۳۹۷). قلمرو و شرایط استناد به قاعدهٔ نفی عسر و حرج به عنوان منبع آثار قراردادی در حقوق ایران و فقه امامیه، ***فقه و حقوق معاصر***، ۸ (۱۳)، ۳۱.

۱۵. مولائی، یوسف و حاجی‌پور، مرتضی (۱۳۹۷). اساسی‌سازی حقوق خصوصی، ***پژوهش حقوق عمومی***، ۲۰ (۶۱)، ۲۰۹-۳۴۱.

۱۶. نوری یوشانلوئی، جعفر و ابوالفضل شاهین (۱۳۹۷). نوآوری‌های حقوق قراردادهای جدید فرانسه و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران، ***پژوهش حقوق خصوصی***، ۷ (۲۴)، ۲۰۱-۲۲۹.
Doi: 10.22054/jplr.2018.24149.1627

۱۷. یوسف‌زاده، احمد؛ رستم‌زاد اصل، سروش و سخنور، مهدی (۱۳۹۷). تعدیل قضایی قرارداد بر مبنای عدم تعادل اقتصادی آن در حقوق ایران، حقوق آمریکا و اسناد بین‌المللی، ***دانش حقوق مدنی***، ۷ (۲) ۱۰۳-۱۱۶. Doi: 10.30473/CLK.2019.32980.2119

۱۸. ناصری حسین آباد، مرتضی؛ قبولی درافشان، سیدمحمدمهدی؛ انصاری، اعظم و خدابخشی شلمزاری، عبدالله (۱۴۰۲). مبانی کنترل قضایی قرارداد (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی)، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴ (۳۳)، ۲۵۵-۲۹۰.
Doi: 10.22034/law.2023.52802.3156

۱۹. هراتی، مصطفی (۱۴۰۲). بررسی نظریهٔ عمومی انتقال قرارداد در حقوق جدید فرانسه و جایگاه آن در حقوق ایران. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴(۳۰)، ۳۰۷-۳۳۰.
Doi: 10.22034/law.2022.50414.3083

ب) منابع ترکی

- Articles

20. Fıkret Eren (2022). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, ***Yetkın Basıme,*** 11 (21), 4.

21. BAYSAL, Başak (2009). On İki Levha Yayıncılık ***Sözleşmenin Uyarlanması***, 3 (12), 6.

22. FEYZİOĞLU, Turhan (1947). İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, ***Milli Eğitim***, 5 (21), 8.

23. GÜRSOY, Kemal Tahir (1950). Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, ***T.A.O***, 12 (43), 1.

24. Aydemir, Efrail (2011). *Hukukta 4 Kavram 4 Konu*, ***Adalet Yayınevi***, 21 (31), 17.

25. BAYGIN, Cem (2010). Türk Borçlar Kanunu'nun Borç İlişkisinin Hükümleri Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler, ***EÜHFD., C. XIV***, 16 (43), 3.

26. YAVUZ, Nihat (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, ***Adalet Yayınevi***, 3 (8), 21.

27. Serozan (2000). Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış Veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, ***Anısına Armağan İstanbul***, 6 (21), 9.

28. Kaplan, İbrahim (2007). Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, ***Seçkin Yayınları***, 8 (12), 15.

29. AYDEMİR, Efrail (2013). Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu, ***Seçkin Yayınları***, 12 (27), 23.

30. Aydemir, Efrail (2013). Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu, ***Seçkin Yayınları***, 7 (16), 24.

31. Memet Erdem Aybay (2019). Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanmasi (Yargitay Hukuk Genel Kurulu Karari İncelemesi), ***Cevdet Yavuz'a Armağan***, 14 (29), 37.

- Document

32. Zehra Betül KULP (2015). AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ (TBK. md. 138), Yüksek Lisans Tezi, ***ANKARA ÜNİVERSİTESİ***.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 109-138

The International Jurisdiction Rules and Their Relationship with the Conflict of Laws Rules: A Comparative Study in the Egyptian and Iranian Law

Mohammed Mjed Kabry[1]| Azam Ansari[2]| Abdollah Khodabakhshi Shalamzari[3]

1. PhD in Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran kabry.mo@mail.um.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author) aansari@um.ac.ir
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran dr_khodabakhshi@um.ac.ir

Abstract

The international jurisdiction of courts is one of the main subjects of private international law, the rules of which determine the jurisdiction of national courts of countries in hearing private international disputes. There is no consensus among private international law scholars regarding the characteristics of international jurisdiction rules. Additionally, there is no uniform international approach to accepting criteria for laying down the international jurisdiction rules and every country follows its own policy. The current study with a descriptive-analytical method and a comparative approach aims to explain the main characteristics of the international jurisdiction rules and resolve any controversies regarding them. The study also aims to examine the most important criteria for laying down the international jurisdiction rules and the attitude of Egyptian and Iranian law towards these criteria. Furthermore, in this regard, the relationship between the international jurisdiction rules and conflict of law rules is considerable. Therefore, the study also points to examining the relationship between these rules and the possibility of their influence on each other.

Keywords: *International Jurisdiction, Conflict of Laws, Procedural Rules, Substantive Rules, Defendant Domicile, Party Autonomy*.

Received: 2024/07/22 **Received in revised form:** 2025/02/08 **Accepted**: 2025/02/25 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.62620.3402

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۸
بهار ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۱۰۹-۱۳۸

قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و رابطهٔ آنها با قواعد تعارض قوانین: مطالعهٔ تطبیقی در حقوق مصر و ایران

محمدمجد کابری[۱] | اعظم انصاری[۲] | عبدالله خدابخشی شلمزاری[۳]

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران kabry.mo@mail.um.ac.ir
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول) aansari@um.ac.ir
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران dr_khodabakhshi@um.ac.ir

چکیده

صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها یکی از مهم‌ترین مباحث حوزهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی است که قواعد آن، صلاحیت دادگاه‌های ملی کشورها برای رسیدگی به دعاوی خصوصی بین‌المللی را تعیین می‌کند. دربارهٔ ویژگی‌های قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. علاوه بر این، هیچ رویکرد بین‌المللی یکسانی برای پذیرش معیارهای وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی وجود ندارد و هر کشوری سیاست خود را دنبال می‌کند. مقالهٔ حاضر با روش توصیفی- تحلیلی و با نگاهی تطبیقی، هدف تبیین ویژگی‌های قواعد صلاحیت بین‌المللی و حل و فصل اختلافات نظر پیرامون این قواعد را دنبال می کند. این مطالعه همچنین با هدف بررسی مهمترین معیارهای وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی و موضع حقوق مصر و ایران به این معیارها انجام شده است. افزون بر این، در این راستا، رابطه بین قواعد صلاحیت بین‌المللی و قواعد تعارض قوانین نیز مدنظراست. بنابراین، این مطالعه به بررسی رابطه بین این قواعد و امکان تأثیر آنها بر یکدیگر نیز اشاره دارد.

واژگان کلیدی: *اقامتگاه خوانده، تعارض قوانین، حاکمیت اراده، صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، قواعد آیینی، قواعد ماهوی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۱ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۳/۱۱/۲۰ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۳/۱۲/۰۷ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.62620.3402

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

«صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها»[1] یکی از موضوعات مهم «حقوق بین‌الملل خصوصی»[2] است که به تعیین دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعاوی خصوصی بین‌المللی می‌پردازد. بنابراین، درحالی که قواعد «تعارض قوانین»[3] به تعیین قانون حاکم بر موضوع یک دعوای بین‌المللی می‌پردازد، قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، صلاحیت دادگاه‌های یک کشور برای رسیدگی به اختلافات خصوصیِ دارای عنصر خارجی را تعیین می‌کند. در حقوق مصر، قانون‌گذار، قواعدی اختصاصی را در خصوص صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در مواد ۲۸ تا ۳۵ «قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری»[4] شمارهٔ ۱۳ مصوب ۱۹۶۸ وضع کرده است و قضات مصر را از دشواریِ اجرای قواعد صلاحیت محلی داخلی در زمینهٔ بین‌المللی و مشکلات ناشی از آن رهانیده است. برخلاف حقوق مصر، در حقوق ایران قواعدی برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها وضع نشده است. از این رو، برای احراز صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ایران، قضات ایرانی ناگزیرند به قواعد صلاحیت محلی- که در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ برای احراز صلاحیت رسیدگی به دعاوی داخلی وضع شده‌اند- رجوع نمایند[5].

برخلاف قواعد تعارض قوانین، در بسیاری از نظام‌های حقوقی دربارهٔ ویژگی‌ها و ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. از این رو، ویژگی‌ها و ضوابط قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها همواره با قواعد تعارض قوانین مقایسه می‌شوند تا به‌نحوی ویژگی‌ها و ضوابط هرکدام از این دو موضوع مهمِ حقوق بین‌الملل خصوصی از یکدیگر متمایز شوند. از سوی دیگر، یکی از سؤالات مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها (صلاحیت قضایی بین‌المللی) و قواعد تعارض قوانین (صلاحیت قانونی بین‌المللی) می‌توانند بر یکدیگر تأثیر گذارند؟ به دیگر سخن، آیا تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا می‌تواند بر تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا تأثیری داشته باشد و

1. International Jurisdiction
2. Private International Law
3. Conflict of Laws

۴. قانون المرافعات المدنیهٔ والتجاریهٔ

۵. مادهٔ ۱۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱.

آیا تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا قادر است بر تعیین دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعوا مؤثر باشد؟ در راستای پاسخ به این سؤالات، مقالهٔ حاضر در سه بخش مجزا نگارش یافته است: بخش نخست، به تبیین ویژگی‌های قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها می‌پردازد. بخش دوم، به بررسی انواع ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها اختصاص دارد. در بخش سوم مقاله، از رابطهٔ بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بین‌المللی بحث می‌شود. در پایان، نتیجهٔ مطالب مطرح‌شده ارائه می‌گردد.

۱. ویژگی‌های قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها

بررسی قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در نظام‌های حقوقی مختلف نشان می‌دهد که قواعد یادشده، ملی، آیینی و یک‌جانبه هستند. در این مطلب در ابتدا وصف ملی بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بررسی می‌شود و سپس به ترتیب، وصف آیینی و یک‌جانبه بودن قواعد پیش‌گفته مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱.۱. ملی بودن

قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها قواعدی ملی هستند و قانون‌گذار هر کشور این قواعد را بدون هماهنگی با دیگر نظام‌های حقوقی وضع می‌کند. لذا قواعد یادشده با قواعد تابعیت، حقوق بیگانگان و تعارض قوانین از این جهت شبیه هستند که قانون‌گذار هر کشور این‌گونه قواعد را وضع و قلمرو اعمال آنها را مشخص می‌کند[۶]. ملی بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها در جامعهٔ بین‌المللی معاصر، بدیهی به‌نظر می‌رسد، زیرا در حال حاضر یک مقام بلندپایهٔ بین‌المللی وجود ندارد که صلاحیت را میان دادگاه‌های کشورها توزیع کند.

وصف ملی بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها واجد آثاری است: اولاً این قواعد از کشوری به کشور دیگر متفاوت است؛ ثانیاً ماهیت ملی بودن در پذیرش ضوابط صلاحیت بین‌المللی و فهم اهداف آنها نقش مهمی دارد. از این رو، در برخی کشورها ضوابط صلاحیت داخلی برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد، زیرا اِعمال صلاحیت قضایی در اختلافات داخلی و بین‌المللی یکی از جنبه‌های حاکمیت هر کشور است.

۶. احمد عبدالکریم سلامهٔ، *فقه المرافعات المدنیهٔ الدولیهٔ*، (قاهرهٔ: دارالنهضهٔ العربیهٔ، چ ۱، ۲۰۰۰)، ص ۴۰.

همچنین صلاحیت قضایی برای رسیدگی به اختلافات داخلی و بین‌المللی تابع یک اصل کلی است و آن اینست که در هر موردی که رابطهٔ جدی میان دعوا و یک دادگاه وجود دارد، وجود این ارتباط برای احراز صلاحیت دادگاه یادشده کفایت می‌کند[۷]. برای نمونه، ضابطهٔ صلاحیت دادگاه اقامتگاه خوانده، صلاحیت دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول و صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به یک دعوا در رسیدگی به دعاوی مرتبط با آن، ازجمله ضوابط مشترک صلاحیت قضایی است که هم برای احراز صلاحیت رسیدگی به دعاوی داخلی و هم برای احراز صلاحیت رسیدگی به دعاوی بین‌المللی اعمال می‌شود. در هر حال، هرچند قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، قواعدی ملی هستند و قانون‌گذار هر کشوری مختار است تا قواعد مدنظر خود را وضع کند، اما آزادی قانون‌گذار در وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی به آن معنا نیست که او گوشهٔ‌چشمی به قوانین کشورهای دیگر نداشته باشد. به دیگر سخن، حداقل از منظر تناسب (رعایت هماهنگی با قواعد دیگر کشورها)، قانون‌گذار هر کشور بایسته است در خصوص قواعد و ضوابط صلاحیت کشورهای دیگر بررسی‌هایی انجام دهد[۸].

شایان ذکر است وصف ملی بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها سبب شده که کشورها در خصوص وضع این قواعد، رویکردهای متفاوتی اتخاذ کنند؛ برخی نظام‌های حقوقی قواعدی برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها وضع نکرده‌اند و قواعد صلاحیت محلی را که اصولاً برای دعاوی داخلی وضع شده‌اند در دعاوی بین‌المللی نیز اعمال می‌کنند[۹]. در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی که قواعدی برای صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها وضع شده است، در اغلب موارد یا قانونی مختص مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارد که در این صورت قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها را در این قانون ارائه می‌کنند[۱۰]، یا در فقدان چنین قانونی، قواعد صلاحیت بین‌المللی را در قانون آیین دادرسی مدنی می‌گنجانند[۱۱]. البته قانون‌گذاران در برخی نظام‌های

۷. همان، ص ۴۳–۴۱.

۸. حفیظهٔ حداد، *النظریهٔ العامهٔ فی القانون القضائی الخاص الدولی*، الکتاب الثانی، (بیروت: الحلبی الحقوقیهٔ، چ ۱، ۲۰۱۰)، ص ۵۱.

۹. همانند نظام حقوقی ایران، نک: به مواد ۱۱–۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی.

۱۰. همانند نظام حقوقی تونس، نک: مواد ۳– ۱۰ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی، «مجلهٔ القانون الدولی الخاص»، ش ۹۷، مصوب ۱۹۹۸.

۱۱. همانند نظام حقوقی مصر، نک: مواد ۲۸– ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری «قانون المرافعات المدنیهٔ و التجاریهٔ»، ش ۱۳، مصوب ۱۹۶۸.

حقوقی، علی‌رغم وضع قانونی مختص موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها به قواعد صلاحیت داخلی مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع می‌دهند[۱۲]. در هر حال، صرف‌نظر از رویکرد نظام‌های حقوقی در چگونگی وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، این قواعد از مباحث اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب می‌شوند و جایگاه اصلی بررسی چنین قواعدی و مسائل پیرامون آن، حقوق بین‌الملل خصوصی خواهد بود.

۲.۱. آیینی بودن

در مقایسهٔ قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها با قواعد تعارض قوانین ممکن است در وهلهٔ اول به‌نظر برسد قواعد تعارض قوانین پاسخ ماهوی به اختلاف ارائه نمی‌دهند، بلکه تنها برای تعیین قانون حاکم بر رابطهٔ حقوقی اعمال می‌شوند. در مقابل، قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها به قانون تعیین‌کنندهٔ دادگاه صالح اشاره نمی‌کنند، بلکه به‌طور مستقیم دادگاه صالح را تعیین می‌کنند. از این رو، آیا می‌توان گفت قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها برخلاف قواعد تعارض قوانین، «قواعدی ماهوی»[۱۳] محسوب می‌شوند؟

برخی حقوق‌دانان[۱۴] مصری معتقدند قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، قواعد موضوعی یا ماهوی نیستند، بلکه آنها نیز همانند قواعد تعارض قوانین، قواعدی غیرمستقیم محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر، قواعد صلاحیت دادگاه‌ها به خودی خود نمی‌توانند موضوع اختلاف را حل‌وفصل کنند، بلکه تنها دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلاف را تعیین می‌نمایند. بنابراین، ساختار قاعدهٔ صلاحیت، به ساختار قاعدهٔ تعارض قوانین نزدیک است، چراکه هر دوی آنها پاسخ ماهوی برای حل اختلاف ارائه نمی‌دهند، بلکه قاعدهٔ صلاحیت فقط دادگاه صالح و قاعدهٔ تعارض قوانین تنها قانون حاکم را تعیین می‌کند. برخی دیگر از حقوق‌دانان مصری بر این باورند که به‌طور کلی در مقایسه با قواعد ماهوی- مثلاً قواعد قانون مدنی- قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها ماهیت

۱۲. همانند نظام حقوقی ترکیه، طبق مادهٔ ۴۰ قانون آیین دادرسی و حقوق بین‌الملل خصوصی ترکیه "Act on Private International and Procedural Law" مصوب ۲۷ نوامبر ۲۰۰۷، صلاحیت بین‌المللی محاکم ترکیه طبق قواعد صلاحیت داخلی تعیین خواهد شد.

13. Substantive Rules

۱۴. حفیظهٔ حداد، پیشین، ص ۲۳.

ماهوی ندارند، بلکه در زمرهٔ «قوانین اجرایی یا آیینی»[۱۵] محسوب می‌شوند، زیرا صرفاً تعیین‌کننده مرجعی (دادگاهی) هستند که از طریق آن می‌توان از روابط خصوصی حمایت کرد. در هر حال، این حقوق‌دان در ادامه بیان می‌دارد، قواعد صلاحیت از این منظر که محتوایی معین دارند، قواعد ماهوی محسوب می‌شوند، زیرا این قواعد به‌طور مستقیم صلاحیت رسیدگی را به یک دادگاه ملی اعطا می‌کنند یا آن را فاقد صلاحیت اعلام می‌دارند. به عبارت دیگر، محتوای معین قواعد صلاحیت، آنها را از قواعد تعارض قوانین متمایز می‌کند، زیرا قواعد تعارض قوانین، غیرمستقیم و دارای محتوایی نامعین هستند و مسئلهٔ نهایی را حل نمی‌کنند[۱۶]. هم‌راستا با این نظر، برخی حقوق‌دانان ایرانی[۱۷] بر این باورند که «در مبحث تعارض قوانین ما با قواعدی روبرو هستیم که تنها به تعیین قانون صلاحیتدار اکتفا می‌کنند و مسئله را مستقیماً و به‌طور ماهوی حل نمی‌کنند... درحالی‌که قواعد مربوط به تعارض دادگاهها مستقیماً و به‌طور اساسی مسائل مربوط به صلاحیت دادگاه و آیین دادرسی را حل می‌کنند...».

گرچه دیدگاه اخیر و توجه به تفاوت قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها با قواعد تعارض قوانین موجه است، در هر حال، ازآنجا که قواعد آیینی در یک معنای موسع شامل تمامی قواعدی است که به‌واسطهٔ آنها حقوق و تکالیف اشخاص- که مبتنی بر قواعد ماهوی است- اعلام و اجرا می‌شود و در چنین معنایی قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها را نیز دربر می‌گیرد، لذا آیینی دانستن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها مناسب می‌نماید؛ به‌ویژه که استفاده از صفت «ماهوی» برای این‌گونه قواعد ممکن است به خلط این موضوع با تقسیم‌بندی (قواعد ماهوی- قواعد شکلی) در سایر رشته‌های حقوقی مثل حقوق مدنی و حقوق آیین دادرسی مدنی منجر شود.

۳.۱. یک‌جانبه بودن

قانون‌گذار با وضع قاعدهٔ حل تعارض قوانین درصدد تحقق اهدافی است: هدف نخستِ قانون‌گذار این است که مناسب‌ترین قانون بر رابطهٔ مورد اختلاف حاکم شود. مادام که یک رابطهٔ

15 Procedural Rules

۱۶. احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۳۴، ۳۷-۳۶.

۱۷. نجادعلی الماسی، *تعارض قوانین*، (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چ ۷، ۱۳۷۹)، ص ۱۱.

حقوقی با بیش از یک نظام حقوقی مرتبط است نمی‌توان به‌طور قطع بیان داشت که «قانون محل اقامهٔ دعوا»[۱۸] مناسب‌ترین قانون حاکم بر آن است. از این رو، اگر قاضی تشخیص دهد که قانون مقرّ دادگاه در این خصوص اعمال نمی‌شود، باید راهی برای اعمال قانونی دیگر بگشاید و اینجا هدف دوم نمایانگر می‌شود؛ با این توضیح که با فرض عدم صلاحیت قانون مقرّ دادگاه، برای جلوگیری از وجود خلأ حقوقی که ممکن است به انکار عدالت منجر گردد، قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا باید امکان اجرای قانون خارجی را داشته باشد. تنها راهی که اعمال قانون خارجی از سوی قاضی را ممکن می‌سازد، طراحی قواعد حل تعارض قوانین به صورت دوجانبه است. پس نقش یک قاعدهٔ حل تعارض قوانین، نه‌تنها تعیین موارد اعمال قانون ملی، بلکه تعیین موارد اعمال قانون خارجی هم شمرده می‌شود. این روش از سوی قانون‌گذاران نظام‌های حقوقی در طراحی قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها دنبال نشده است و چنین امری با قواعد حقوق بین‌الملل عمومی تعارض دارد. با این توضیح که اِعمال حاکمیت قضایی یکی از جنبه‌های مهم اِعمال حاکمیت هر دولت است، از این رو، اگر قانون‌گذار موارد صلاحیت دادگاه‌های خارجی را تعیین کند، این به آن معناست که مقنن به نام و به‌جای آن دولت خارجی دست به اقدامی زده و حاکمیت آن دولت را نقض کرده است. بنابراین، قانون‌گذاران قواعد صلاحیت را به‌صورت یک‌جانبه وضع کرده، تنها موارد صلاحیت دادگاه‌های ملی خود را تعیین می‌نمایند و به صلاحیت دادگاه‌های خارجی توجهی ندارند. به این ترتیب، اگر قانون یک کشور صلاحیت دادگاه خارجی را تعیین کند- حتی اگر دادگاه خارجی طبق حقوق ملی خود واجد صلاحیت باشد، چنین تعیینی تجاوز به قوهٔ قضاییه کشور خارجی محسوب می‌شود و دادگاه‌های آن کشور نیز به این تعیین بهایی نخواهند داد؛ زیرا دادگاه‌های هر کشور تنها اوامر قانون‌گذار خود را اعمال می‌کنند[۱۹].

بنابراین، وصف یک‌جانبه بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها سبب می‌شود که این قواعد از قواعد حل تعارض قوانین متمایز شوند. قواعد حل تعارض قوانین اصولاً قواعدی دوجانبه هستند و قانون حاکم را به‌طور کلی یا با بی‌طرفی تعیین می‌کنند. قانون حاکم ممکن است قانون خارجی یا قانون ملی باشد؛ با این حال، قواعد حل تعارض قوانین ممکن است یک‌جانبه باشند و این در فرضی محقق می‌شود که قاعدهٔ یادشده تنها به اعمال قانون ملی اشاره می‌نماید. در

18. Lex Fori

۱۹. احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۳۹-۳۷.

مقابل، قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها همواره قواعدی یک‌جانبه هستند، زیرا قانون‌گذار فقط می‌تواند موارد صلاحیت دادگاه‌های ملی را تعیین کند و اگر دادگاه‌های خود را صالح نمی‌داند، توانایی این را ندارد که دادگاه‌های کشور دیگری را به‌عنوان دادگاه صالح معرفی کند. با این توضیح که قانون‌گذار هیچ کشوری چنین اختیاری ندارد که دادگاه‌های کشورهای دیگر را به رسیدگی و حل‌وفصل یک اختلاف وادار نماید و ورود به چنین حوزه‌ای به حاکمیت کشور خارجی خدشه وارد می‌سازد[۲۰]. بنابراین، برخلاف قواعد تعارض قوانین، قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، صرفاً یک‌جانبه هستند.

۲. ضوابط تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها

قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بر ضوابط گوناگونی مبتنی هستند. در این مطلب به ترتیب، ابتدا انواع ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها تبیین و سپس ملاک زمانی احراز ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بررسی می‌شود.

۱.۲. انواع ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها

بررسی رویکرد نظام‌های حقوقی در وضع قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی از ضوابط متعددی برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ملی استفاده می‌کنند. اقامتگاه یا محل سکونت خوانده، تابعیت خوانده، تابعیت خواهان، منشأ تعهد یا محل اجرای آن، محل وقوع مال، ارتباط دعاوی، جلوگیری از انکار عدالت و حاکمیت اراده، ازجمله ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها هستند. در ادامه، ضوابط یادشده به ترتیب واکاوی می‌شوند.

۱.۱.۲. اقامتگاه یا محل سکونت خوانده

اقامتگاه یا محل سکونت خوانده رایج‌ترین ضابطه در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها است. در توجیه چنین ضابطه‌ای می‌توان بیان داشت که اصل بر برائت خوانده است تا زمانی که خلاف آن از سوی مدعی ثابت شود. بنابراین، مدعی که اقامهٔ دعوا می‌کند و ادعای حقی بر دیگری دارد باید پیگیر خوانده باشد و ادعای خود را علیه وی ثابت کند. پس هدف این قاعده،

۲۰. محمدکمال فهمی، *أصول القانون الدولی الخاص*، (الإسکندریهٔ: مؤسسهٔ الثقافهٔ الجامعیهٔ، چ ۳، ۱۹۹۲)، ص ۶۱۳ و ۶۱۴.

تسهیل دفاع خوانده از خود است؛ با این توضیح که دفاع از دعوا برای مدعی‌علیه در محل اقامت او آسان‌تر است و معمولا هزینهٔ کمتری را بر وی تحمیل می‌کند. نظر به قاعدهٔ معروف لزوم اقامهٔ دلیل از طرف مدعی: «البینه علی المدعی»، می‌توان مدعی را ملزم دانست که دلایل خود را در محلی اقامه کند که دفاع از آن برای مدعی‌علیه بدون تحمل هزینهٔ سنگین مقدور باشد و این محل طبیعتاً اقامتگاه مدعی‌علیه خواهد بود[۲۱]. همچنین این قاعده با یکی از اصول مهم صلاحیت بین‌المللی یعنی تضمین تأثیر بین‌المللی آرا منطبق است؛ با این توضیح که اصولاً صدور رأی از دادگاه اقامتگاه خوانده، اِعمال آثار رأی صادره علیه خوانده را تضمین می‌کند، زیرا اقامتگاه خوانده معمولاً محلی است که عمدهٔ فعالیت‌ها و اموال او در آنجاست[۲۲]. مبنای صلاحیت اقامتگاه خوانده، حاکمیت دولت نیست، چراکه توسل به ایدهٔ حاکمیت و ایده‌های مشابه آن در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها مناسب نیست، بلکه به‌طور کلی در حقوق بین‌الملل خصوصی صرفاً منافع اشخاص ازجمله رعایت منفعت خوانده و عدم الزام وی برای جابه‌جایی به کشورهای دیگری جهت دفاع از خود مد نظر است[۲۳]. شایان ذکر است که این ضابطه در حقوق مصر[۲۴] و ایران[۲۵] پذیرفته شده است.

۱.۲. ۲. تابعیت خوانده

در برخی نظام‌های حقوقی بر صلاحیت بین‌المللی دادگاه کشور متبوع خوانده تأکید شده است. صلاحیت دادگاه ملی بر اساس این ضابطه بر یک مفهوم سیاسی مبتنی است که طبق آن از وظایف دستگاه قضایی در هر کشور اجرای عدالت نسبت به شهروندان خود می‌باشد. بنابراین، دادگاه‌های یک کشور باید صلاحیت رسیدگی به اختلافاتی را داشته باشند که اتباعش جزء طرفین اختلاف هستند؛ گرچه اتباع یادشده خارج از کشور متبوع خود مقیم باشند[۲۶]. طبق این ضابطهٔ صلاحیت، می‌توان علیه هر شخصی در دادگاه‌های کشور متبوع او اقامهٔ دعوا نمود؛ اگرچه

۲۱. مرتضی نصیری، *تعارض قوانین در تجارت بین‌المللی*، (تهران: جاودانه، جنگل، چ ۲، ۱۳۹۶)، ص ۳۳۰.

۲۲ محمدخالد الترجمان، *الإختصاص القضائی الدولی وآثار الأحکام الاجنبیهٔ*، الکتاب الثانی، (القاهرهٔ: شرکهٔ مطابع الطوبجی، چ ۱، ۲۰۰۳)، ص ۵۷.

۲۳. احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۱۱۵.

۲۴. مادهٔ ۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۲۵. مادهٔ ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی

۲۶. حفیظهٔ حداد، پیشین، ص ۵۴.

مقیم آن کشور نباشد، قانون آن کشور حاکم نباشد و دعوا هیچ ارتباطی با آن کشور نداشته باشد. چنین ضابطه‌ای از دیدگاه اِعمال حاکمیت هر کشور بر اتباع خود نشئت گرفته است. برخلاف ضابطهٔ محل اقامت یا سکونت خوانده، ضابطهٔ تابعیت خوانده در همهٔ نظام‌های حقوقی پذیرفته نشده است. با این توضیح که اگر در توجیه صلاحیت دادگاه محل اقامت یا سکونت خوانده به اصل برائت خوانده استناد می‌شود، چنین توجیهی در خصوص قاعدهٔ صلاحیت دادگاه کشور متبوع خوانده قابل پذیرش نیست، زیرا ممکن است خوانده مقیم کشور متبوع خود نباشد؛ در این صورت وی مجبور می‌شود برای تدارک دفاع به کشور متبوع خود مسافرت کند که می‌تواند به زیان وی باشد. در حقوق مصر مطابق مادهٔ ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری چنانچه خوانده در یک دعوا مصری باشد، دادگاه‌های مصر صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه او را دارند؛ اگرچه مقیم یا ساکن مصر نباشد. البته برخی حقوق‌دانان مصری منتقد چنین قاعده‌ای هستند و بر این باورند که این ضابطه وقتی مطلوب است که خوانده در کشور متبوع خود اقامتگاه یا اموالی داشته باشد اما صِرف توجه به تابعیت برای اعلام صلاحیت دادگاه یک کشور به نتایج نامطلوبی منتهی می‌شود[۲۷]. اگر شخص، خارج از کشور متبوع خود مقیم باشد و بخواهد در دادگاه آن کشور حاضر شود، بار سنگینی بر دوش او قرار می‌گیرد و این امر معارض با قاعده‌ای است که می‌گوید: خواهان به‌دنبال خوانده می‌رود. با این حال، ممکن است گفته شود که استفاده از ضابطهٔ تابعیت خوانده از این جهت مهم است که ممکن است دادگاه صالحی برای رسیدگی به اختلاف وجود نداشته باشد. در پاسخ می‌توان گفت چنین فرضی محتمل نیست و تنها در موردی متصور است که خوانده فاقد محل سکونت و به عبارتی آواره باشد، اما در صورتی که اقامتگاه خوانده در کشور دیگری باشد، حتما دادگاهی وجود دارد که صلاحیت رسیدگی به دعوا را داشته باشد؛ زیرا مطابق حقوق اکثر کشورها، دادگاه محل اقامت خوانده، دادگاه صالح به رسیدگی است[۲۸]. برخلاف حقوق مصر، در حقوق ایران به‌طور کلی ضابطهٔ تابعیت خوانده در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها مد نظر نیست و در نتیجه، صلاحیت دادگاه کشور متبوع خوانده پذیرفته نشده است.

۲۷. محمدخالد الترجمان، پیشین، ص ۵۶.

۲۸. عکاشهٔ عبدالعال، *الإجراءات المدنیهٔ والتجاریهٔ الدولیهٔ فی دولهٔ الإمارات العربیهٔ المتحدهٔ*، (بیروت: الحلبی الحقوقیهٔ، چ ۱، ۲۰۰۰)، ص ۴۰.

۳.۱.۲. تابعیت خواهان

طبق این ضابطه، دادگاه کشور متبوعِ خواهان، صالح به رسیدگی به دعوا است. این ضابطه بسیار مورد انتقاد قرار گرفته است، چراکه اولاً ایدهٔ چنین ضابطه‌ای به برهه‌ای از تاریخ برمی‌گردد که مراجعه به دادگاه امتیازی بود که تنها به شهروندان یک کشور اعطا می‌شد. این درحالی است که مفهوم صلاحیت قضایی امروزه مبتنی بر تحقق عدالت و حل‌وفصل اختلافات اشخاص است و تابعیت شخص در این خصوص مورد توجه نیست؛ ثانیاً چنین قاعده‌ای برای خوانده غیرمنصفانه است، زیرا خوانده مجبور می‌شود به دادگاه کشور خواهان مراجعه کند که ممکن است از اقامتگاه وی بسیار دور باشد و خوانده نیز هیچ رابطه‌ای با کشور خواهان نداشته باشد؛ ثالثاً ضابطهٔ یادشده برخلاف اصل برائت خوانده است؛ رابعاً، باعث می‌شود گاهی خواهان با سوءنیت و با هدف آزار خوانده اقامهٔ دعوا نماید و چنین قاعده‌ای او را یاری می‌کند[۲۹]. همچنین بیان شده که این معیار، «مبتنی بر ملاحظات سیاسی و مصالح کشورها می‌باشد و در آن جنبه‌های حقوقی دخالتی ندارد»[۳۰]. به این ترتیب، اینکه به خواهان اجازه داده شود که علیه خواندهٔ خارجی در کشور خود اقامهٔ دعوا کند، امتیاز غیرمتعارفی است که به نفع اتباع یک کشور ایجاد می‌شود و نتیجهٔ مستقیم آن کاهش روابط خصوصی بین‌المللی و ایجاد مانع در زمینهٔ همکاری‌های تجاری و اقتصادی بین‌المللی است، زیرا اتباع خارجی همواره بیمناک خواهند بود که با طرح دعاوی بی‌اساس از طرف اتباع یک کشور، منافع اقتصادی‌شان در آن کشور مورد تهدید قرار گیرد[۳۱]. به‌نظر می‌رسد در حقوق مصر و ایران این ضابطه صلاحیت پذیرفته نشده است[۳۲].

---

۲۹. محمدخالد الترجمان، پیشین، ص ۵۵.

۳۰. همایون مافی و رشید ادبی فیروزجایی، «صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی»، *دانش حقوق مدنی*، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۵۹.

۳۱. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۳۲۵.

۳۲ تابعیت خواهان به‌عنوان ضابطهٔ صلاحیت در برخی نظام‌های حقوقی همانند نظام حقوقی فرانسه پذیرفته شده است. مادهٔ ۱۴ قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد: «یک نفر خارجی را حتی اگر مقیم فرانسه نباشد، می‌توان به منظور ایفای تعهدات قراردادی منعقده در فرانسه با یک نفر فرانسوی نزد دادگاه فرانسه فراخواند و همچنین خارجی را می‌توان به منظور ایفای تعهدات قراردادی منعقده در خارج به نفع تبعهٔ فرانسه نزد دادگاه فرانسه فراخواند». به این ترتیب، طبق مادهٔ یادشده، تابعیت فرانسوی خواهان برای اعمال صلاحیت کفایت می‌کند حتی اگر خوانده خارجی باشد و در فرانسه اقامتگاه یا محل سکونت نداشته باشد. برای مطالعهٔ بیشتر در این خصوص، نک: مرتضی نصیری، پیشین، ص ۳۲۸-۳۲۶ و نیز

Arthur Lenhoff, "International Law and Rules on International Jurisdiction", *Cornell Law Review*, Issue. 1 (1964), p. 7.

٤.١.٢. منشأ تعهد یا محل اجرای آن

طبق این ضابطه، دادگاه کشور منشأ یا محل اجرای تعهد، برای رسیدگی به دعوا صلاحیت دارد. مبنای این ضابطه، ارتباط تعهد به کشور منشأ یا محل اجرای آن است. بنابراین، اگر قرارداد در کشوری منعقد یا اجرا شده باشد یا قرار است که در آن کشور اجرا شود، در این صورت دادگاه‌های کشور یادشده صالح به رسیدگی هستند. همچنین اگر حادثه‌ای زیان‌بار در کشوری رخ دهد، در این صورت دادگاه‌های آن کشور صلاحیت رسیدگی به دعوای ناشی از آن را خواهند داشت. این ضابطه به‌طور مطلق در مورد تعهدات قراردادی و غیرقراردادی در حقوق مصر پذیرفته شده است[۳۳]. در حقوق ایران در مورد تعهدات قراردادی، دادگاه محل انعقاد قرارداد یا دادگاه محلی که قرارداد در آنجا اجرا می‌شود، صلاحیت رسیدگی به دعاوی ناشی از آن را دارد[۳۴]. در مقابل در خصوص دادگاه صالح در مورد تعهدات غیرقراردادی مقرره‌ای وجود ندارد[۳۵]. در هر حال، با توجه به اینکه قانون‌گذار در این خصوص قاعدهٔ صلاحیت ویژه‌ای وضع نکرده است، می‌توان به قاعدهٔ اصلی مندرج در مادهٔ ۱۱ رجوع نمود و این‌گونه دعاوی را مشمول قاعدهٔ صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده دانست.

٥.١.٢. محل وقوع مال

به‌طور کلی وجود مال در یک کشور توجیه مناسبی است برای اینکه دادگاه‌های آن کشور صالح به رسیدگی به اختلافات راجع به مال یادشده باشند؛ با این توضیح که دادگاه‌های کشور محل وقوع مال می‌توانند اقدامات مربوط به کارشناسی و معاینهٔ اموال را به‌سهولت انجام دهند. همچنین این دادگاه‌ها قادرند آرای صادره در خصوص مال پیش‌گفته را اجرا کنند، زیرا این مال در سرزمین آنها قرار دارد. در مورد اموال غیرمنقول در حقوق مصر[۳۶] و ایران[۳۷]، قاعده این است

۳۳. مستفاد از بند ۲ مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۳۴. مادهٔ ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی

۳۵. سید حسین صفایی و حبیب‌اله رحیمی، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، (تهران: مؤسسهٔ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۴۸۷.

۳۶. مواد ۲۸، ۲۹ و بند ۲ مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۳۷. بند ۷ مادهٔ ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی

که تنها دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به آن را دارد[۳۸]. دربارهٔ دعاوی راجع به مال منقول در حقوق مصر، دادگاه محل وقوع مال منقول صلاحیت رسیدگی به دعاوی ناشی از آن را دارد[۳۹]. در حقوق ایران، در دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد در حوزهٔ آن واقع شده است یا تعهد باید در آنجا اجرا شود[۴۰]. همچنین خواهان امکان مراجعه به دادگاه محل اقامت خوانده را دارد[۴۱].

٦.١.٢. ارتباط دعاوی

گاهی در کنار طرح دعوای اصلی، دعاوی مرتبط دیگری نیز مطرح می‌شود و مسئلهٔ صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای اصلی برای رسیدگی به دعاوی یادشده مورد توجه قرار می‌گیرد. با توجه به امکان حدوث چنین فرضی، در حقوق برخی کشورها تصریح شده است که دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای اصلی، صلاحیت رسیدگی به دعاوی مرتبط را نیز دارد؛ گرچه در اصل صلاحیت رسیدگی به دعوای مرتبط را نداشته باشد[۴۲]. بنابراین برای مثال، چنانچه

۳۸. ازآنجا که در این‌گونه موارد دادگاه‌های کشور محل وقوع مال غیرمنقول صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به دعاوی مربوط به آن را دارند، این سؤال مطرح است که آیا تمام دعاوی راجع به مال غیرمنقول در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های کشور محل وقوع آن است؟ دعوای مربوط به اموال غیرمنقول ممکن است دعوای شخصی یا دعوای عینی باشد. مثال دعوای عینی مربوط به مال غیرمنقول، دعوایی است که صاحب حق عینی آن را اقامه می‌کند و می‌خواهد حق عینی او همانند حق مالکیت، انتفاع یا ارتفاق بر مال غیرمنقول ثابت شود. مثال دعوای شخصی مربوط به مال غیرمنقول، دعوایی است که خریدار یک مال غیرمنقول به‌موجب قرارداد ثبت‌نشده علیه فروشنده اقامه می‌کند و از دادگاه می‌خواهد با صدور یک حکم اعلام کند که قرارداد صحیح است و آن را اجرا کند تا مالکیت «حق عینی» به وی منتقل شود. در حقوق مصر، حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که تمام دعاوی مربوط به مال غیرمنقول در صلاحیت دادگاه محل وقوع آن است. نک: محمد خالد الترجمان، پیشین، ص۷۷؛ صالح جاد منزلاوی، *الإختصاص القضائی بالمنازعات الخاصة الدولیة و الإعتراف والتنفیذ الدولی للأحکام الاجنبیة*، (قاهرة: دارالجامعة الجدیدة، چ ۱، ۲۰۰۸)، ص ۹۹. به‌نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز تمام دعاوی راجع به مال غیرمنقول واقع در ایران، خواه ناشی از حق شخصی یا حق عینی، در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران محسوب می‌شود و اجرای حکم خارجی راجع به آن امکان‌پذیر نیست. دلیل چنین ادعایی، بند ۷ مادهٔ ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی راجع به شرایط اجرای احکام خارجی است که مقرر می‌دارد: «حکم راجع به مال غیرمنقول واقع در ایران و حقوق متعلق به آن نباشد». روشن است در عبارت «و حقوق متعلق به آن» قانون‌گذار، حقوق را به‌طور مطلق مدنظر قرار داده است.

۳۹. بند ۲ مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۴۰. مادهٔ ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی

۴۱. مادهٔ ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی

۴۲. برای مثال، می‌توان به مادهٔ ۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی کشور تونس، مادهٔ ۸ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس "Switzerland's Federal Code on Private International Law" مصوب ۱۹۸۷ و همچنین مادهٔ ۶ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ایتالیا "Reform of the Italian System of Private International Law" مصوب ۱۹۹۵ اشاره کرد.

دادگاه‌های یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوای طلاق را داشته باشند، صلاحیت رسیدگی به هر دعوای مرتبط دیگری ازجمله دعوای نفقه و حضانت اطفال را نیز خواهند داشت[۴۳]. برخی[۴۴] ادعا نموده‌اند «به‌طور کلی، به‌نظر می‌رسد، مسیر حرکت در حقوق دادرسی مدنی به سوی تحقق تعدیل بیشتر در مقررات صلاحیت به نفع گسترده شدن موارد ادغام دعاوی است».

ضابطهٔ صلاحیت رسیدگی به دعاوی مرتبط در حقوق مصر و ایران پذیرفته‌شده است. قانون‌گذار مصر تصریح نموده است در موردی که دادگاه‌های مصر طبق قواعد صلاحیت بین‌المللی، صلاحیت رسیدگی به دعوای اصلی را دارند، صلاحیت رسیدگی به مسائل مقدماتی و دعاوی طاری و به هر دعوای دیگر مرتبط با آن را نیز دارند[۴۵]. در حقوق ایران نیز با اعمال قاعدهٔ صلاحیت رسیدگی به دعاوی مرتبط در دعاوی داخلی برای دعاوی بین‌المللی، به‌طور کلی می‌توان گفت درصورتی که دادگاه ایران صلاحیت رسیدگی به دعوای اصلی را داشته باشد، صلاحیت رسیدگی به دعوای مرتبط را نیز خواهد داشت[۴۶]. در حقوق مصر[۴۷] و ایران[۴۸] در فرض تعدد خواندگان یک دعوا، که مصداقی از ارتباط دعاوی نیز محسوب می‌شود، دادگاه محل اقامت یکی از خواندگان، دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا علیه دیگر خواندگان خواهد بود.

۷.۱.۲. جلوگیری از انکار عدالت

درصورتی که هیچ‌کدام از ضوابط پیش‌گفته وجود نداشته باشد، دادگاه‌های ملی یک کشور ممکن است برای جلوگیری از «انکار عدالت»[۴۹]، خود را صالح به رسیدگی به یک دعوا اعلام کنند. با این توضیح که ممکن است در مواردی دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به یک اختلاف بین‌المللی وجود نداشته باشد و در صورت امتناع از رسیدگی به دعوا، اختلاف باقی بماند و احقاق حق صورت نگیرد. از این رو، درصورت بروز این وضعیت و جلوگیری از آثار نامطلوب آن، یعنی

۴۳. مبروک البنموسی، *شرح مجلة القانون الدولی الخاص التونسی*، (تونس: المغاربیة للطباعة و النشر والاشهار، چ ۱، ۲۰۰۳)، ص ۹۴.

۴۴ مجید غمامی و حسین اسماعیلی، «تأثیر ارتباط دعاوی در مقررات صلاحیت و دادرسی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۹(۱۴۰۱)، ص ۱۸۷ و ۲۱۳.

۴۵. مادهٔ ۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۴۶. مادهٔ ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی

۴۷. بند ۹ مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری

۴۸. مادهٔ ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی

49. Denial of Justice

عدم حمایت از حقوق مشروع اشخاص، دادگاه‌ها در این‌گونه موارد خود را صالح به رسیدگی می‌دانند[۵۰]. در حقوق مصر و ایران این ضابطهٔ صلاحیت در برخی موارد خاص پذیرفته شده است[۵۱].

۸.۱.۲. حاکمیت اراده

امروزه طرفین یک قرارداد تجاری بین‌المللی در اغلب موارد مرجع صالح برای حل‌وفصل اختلافات ناشی از قرارداد را تعیین می‌کنند. برخی بیان داشته‌اند که توافق بر انتخاب دادگاه در مسئلهٔ صلاحیت بین‌المللی امری مرسوم است که در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی هم به‌عنوان یک ضابطهٔ صلاحیت مورد توجه قرار گرفته است[۵۲]. حق تعیین دادگاه صالح ناشی از «اصل حاکمیت اراده»[۵۳] است. مقتضای اصل یادشده این است که طرفین قرارداد بتوانند حقوق و تعهدات خود ازجمله نحوهٔ حل اختلافات و مرجع رسیدگی به آن را تعیین کنند[۵۴]. طرفین قرارداد ممکن است رسیدگی به اختلاف خود را در دادگاه یک کشور خاص به دلیل موقعیت جغرافیایی یا

۵۰. حفیظهٔ حداد، پیشین، صص ۵۹-۶۰.

۵۱. در حقوق مصر، برای جلوگیری از مواجهه با فرض انکار عدالت، صلاحیت دادگاه محل اقامتگاه خواهان استثناتاً و در مواردی محدود و مربوط به مسائل احوال شخصیه پذیرفته شده است. در این خصوص بند ۷ مادهٔ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر مقرر می‌دارد: «در خصوص دعاوی‌ای که علیه یک تبعهٔ خارجی غیرمقیم یا غیرساکن در مصر اقامه می‌شوند، دادگاه‌های مصر در موارد آتی صلاحیت دارند: ... ۷. درصورتی که دعوا راجع به یکی از مسائل احوال شخصیه باشد و خواهان خارجی یا مصری مقیم در مصر باشد و خوانده اقامتگاه مشخصی در خارج ندارد یا قانون ملی [قانون مصر] بر دعوا حاکم است». در حقوق ایران، طبق مادهٔ ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، دادگاه صالح دادگاه محل اقامتگاه خوانده در ایران است و اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد، دادگاه صالح دادگاه محل سکونت موقت وی در ایران است، و اگر نه اقامتگاه و نه محل سکونت موقت در ایران دارد، درصورتی که مال غیرمنقول در ایران دارد، دادگاه صالح دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول است و اگر مال غیرمنقول در ایران ندارد، خواهان می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود در ایران اقامهٔ دعوا کند. طبق این استثناء هرگاه خوانده در ایران نه اقامتگاه داشته باشد و نه محل سکونت موقت و نه مال غیرمنقول، خواهان می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود اقامهٔ دعوا کند. نک: سید حسین صفایی، *مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۷۴)، ص ۲۱۳. به این ترتیب، طبق مادهٔ یادشده، صلاحیت دادگاه اقامتگاه خواهان به‌عنوان آخرین ملجأ تظلم‌خواهی خواهان مقیم ایران پذیرفته شده است. استفاده از این قاعده منحصر به اتباع ایرانی نیست و قانون‌گذار در پی حمایت قضایی از تمام اشخاص مقیم در کشور است. نک: رضا مقصودی، «صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی»، *مجلهٔ حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۶ (۱۳۹۶)، ص ۲۳۱.

۵۲. همایون مافی و رشید ادبی فیروزجایی، پیشین، ص ۵۷.

53. Party Autonomy Principle

54. Nadia Salama, Nature, *Extent, and Role of Parties' Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements*, Doctoral Dissertation, the University of Manchester, 2015, p. 70-71.

نظام دادرسی آن کشور برای خود مناسب‌تر بدانند. بهره‌مندی از یک دادرس بی‌طرف نیز یکی از دلایل مهم انتخاب دادگاه در قراردادهای بین‌المللی است[۵۵]. همچنین با انعقاد «توافق انتخاب دادگاه»[۵۶] طرفین اختلاف می‌توانند از تجربه یا تخصص ویژهٔ یک دادگاه در رسیدگی به دعاوی خاصی بهره‌مند شوند[۵۷]. با تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قرارداد، اطراف قرارداد اطمینان بیشتری در روابط قراردادی خود خواهند داشت؛ همچنین خطر بروز اختلاف در مورد دادگاه صالح برای رسیدگی به دعوا کاهش یافته، از بروز دادرسی موازی نسبت به یک دعوا در دو دادگاه صالح جلوگیری می‌شود[۵۸]. با انتخاب دادگاه، هزینه‌های اقامهٔ دعوا را می‌توان پیش‌بینی کرد و درنتیجه طرفین می‌توانند این مخارج را در تعیین حقوق و تعهدات خود در قرارداد مدنظر قرار دهند[۵۹]. شایان ذکر است که این ضابطه صلاحیت در حقوق مصر[۶۰] و ایران[۶۱] پذیرفته شده است.

۲.۲. ملاک زمانی احراز ضوابط صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها

قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بر ضوابط متفاوتی مبتنی است. این ضوابط از حیث قابلیت تغییر به دو نوع تقسیم می‌شوند: ضوابط ثابت که امکان تغییر آنها وجود ندارد، مانند محل مال غیرمنقول یا محل انعقاد قرارداد؛ و ضوابط متغیر، به این معنی که ممکن است بعد از ایجاد،

55. Simone Stebler, "The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses", *ASA Bulletin*, Issue. 1 (2013), p. 43.
56. Choice of Court Agreement
57. Felix Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents -A Comparative Analysis*, (Hamburg: Springer, first edition, 2009), p. 5.
58. Kevin Clermont, "Governing Law on Forum-Selection Agreements", *Hastings Law Journal*, Issue. 3 (2015), p. 645.
59. David H Taylor, "The Forum Selection Clause: A Tale of Two Concepts", *Temple Law Review*, Issue 3, (1993), p. 785.

۶۰. طبق مادهٔ ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر، توافق طرفین اختلاف برای اعطای صلاحیت به دادگاه‌های مصر صراحتاً پذیرفته شده است.

۶۱. در حقوق ایران، گرچه قانون‌گذار دربارهٔ اجرای توافق‌های انتخاب دادگاه سکوت کرده است، اما در برخی آرای صادره از دادگاه‌های ایران، توافق طرفین اختلاف برای سلب صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ایران به نفع دادگاه کشور دیگری معتبر شناخته شده است. برای مثال، می‌توان به رأی صادره از شعبهٔ ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۱۱۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۸ه.ش اشاره نمود. رأی یادشده نیز در شعبهٔ ۳ دادگاه تجدیدنظر استان مورد تأیید قرار گرفت. برای مطالعه متن این رأی نک: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4390
همچنین می‌توان به رأی صادره از شعبهٔ ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۰۰۷۱۸، مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۸ه.ش. اشاره کرد. برای مطالعهٔ متن این رأی، نک: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/354

تغییر پیدا کنند؛ محل مال منقول و تابعیت و اقامتگاه طرفین اختلاف از این دسته‌اند. ازآنجا که نوع اول ضوابط صلاحیت، ثابت است، لذا مسئلهٔ ملاک زمانی احراز آنها مطرح نمی‌شود. اما دربارهٔ نوع دوم ضوابط صلاحیت، مسئلهٔ ملاک زمانی احراز آنها قابل توجه است؛ با این توضیح که در این‌گونه موارد، ضابطهٔ صلاحیت که بر مبنای آن، صلاحیت دادگاه‌های ملی تعیین می‌شود ممکن است هنگام اقامهٔ دعوا وجود داشته باشد، اما بعد از آن ازبین برود. برای مثال، اختلاف ممکن است دربارهٔ مال منقولی باشد که در کشور دادگاه رسیدگی‌کننده در زمان اقامهٔ دعوا موجود بوده، اما در زمان صدور رأی، در کشور دیگری باشد. همچنین خوانده ممکن است هنگام اقامهٔ دعوا متبوع کشور دادگاه رسیدگی‌کننده باشد، اما هنگام صدور رأی، تابعیت خود را ازدست داده، متبوع کشور دیگری باشد[۶۲]. بنابراین، سؤال این است که در چه زمانی ضابطهٔ صلاحیت باید وجود داشته باشد تا دادگاه کشوری، صالح به رسیدگی باشد؟

در حقوق مصر در این خصوص حکمی وجود ندارد. حقوق‌دانی[۶۳] بیان داشته است در صورت تغییر ضابطهٔ صلاحیت بعد از اقامهٔ دعوا و قبل از صدور رأی، دادگاه می‌تواند عدم صلاحیت خود را اعلام کند، چراکه قاضی مصری، دیگر قاضی صلاحیت‌دار برای رسیدگی نیست؛ با این توضیح که صلاحیت دادگاه‌های مصر ممکن است بر ضابطهٔ ضعیفی همانند ضابطهٔ تابعیت خوانده مبتنی باشد و تغییر چنین ضابطه‌ای بعد از اقامهٔ دعوا سبب می‌شود که ارزش عملی رأی صادره مورد تردید قرار گیرد. عده‌ای دیگر[۶۴] معتقدند ملاک زمانی احراز ضابطهٔ صلاحیت، زمان اقامهٔ دعوا است؛ بنابراین، اگر ضابطهٔ صلاحیت در زمان اقامهٔ دعوا محقق باشد، دادگاه‌های مصر صلاحیت رسیدگی خواهند داشت؛ مثلاً اگر در زمان اقامهٔ دعوا، مال منقول در مصر باشد، دادگاه‌های مصر برای رسیدگی به دعوای مربوط صالح خواهند بود و تغییر ضابطهٔ صلاحیت بعد از اقامهٔ دعوا، مثلاً انتقال مال منقول به کشوری دیگر یا تغییر اقامتگاه خوانده، بر صلاحیت دادگاه تأثیری نخواهد داشت. در توجیه این نظر گفته شده است که این دیدگاه نوعی اطمینان حقوقی برای طرفین دعوا و حسن اجرای عدالت ایجاد می‌کند. همچنین بدون تردید دادگاهی که شروع به

۶۲. عکاشهٔ عبدالعال، پیشین، ص ۱۰۹-۱۰۸؛ احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۲۷۴.

۶۳. حفیظهٔ حداد، پیشین، ص ۱۷۱.

۶۴. عزالدین عبدالله، *القانون الدولی الخاص*، الجزء الثانی، (قاهرة: الهیئة العامهٔ للکتاب، چ ۱، ۱۹۸۶)، ص ۷۴۹ و احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۲۷۸.

رسیدگی به دعوا نموده و اقداماتی در این راستا انجام داده، دلایل را بررسی کرده و شهادت شهود را استماع کرده است، حق دارد رسیدگی را تا صدور رأی ادامه دهد. افزون بر این، با اعمال این نظر، خواهان ملزم به اقامهٔ دعوا در دادگاه کشور دیگری نخواهد بود و درنتیجه این امر به صرفه‌جویی در هزینه‌ها می‌انجامد. همچنین با پذیرش چنین نظری، طرف ضعیف رابطهٔ حقوقی در مقابل سوءنیت طرف مقابل حمایت می‌شود، زیرا طرف مقابل ممکن است در تغییر ضابطهٔ صلاحیت و اعطای صلاحیت به دادگاهی دیگر، که فاصله بسیاری با اقامتگاه طرف ضعیف دعوا دارد، نقش مهمی ایفا کند[۶۵].

به‌نظر می‌رسد در حقوق ایران، قانون‌گذار دیدگاه اخیر را پذیرفته است؛ با این توضیح که در دعاوی داخلی، قانون‌گذار در مادهٔ ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی به‌صراحت این‌گونه تعیین تکلیف کرده است: «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده است با همان دادگاه است. مناط صلاحیت تاریخ تقدیم دادخواست است مگر در موردی که خلاف آن مقرر شده باشد». اعمال حکم مادهٔ یادشده در دعاوی بین‌المللی منجر به این می‌شود که درصورتی که دادگاه ایران مناط صلاحیت را احراز نموده باشد، می‌تواند به دعوا رسیدگی کند؛ فارغ از اینکه بعد از احراز صلاحیت، ضابطهٔ صلاحیت تغییر پیدا کرده است یا خیر[۶۶]. به این ترتیب می‌توان گفت درصورتی که خواندهٔ خارجی در زمان اقامهٔ دعوا مقیم ایران باشد، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به دعوا را خواهند داشت؛ حتی اگر بعد از اقامهٔ دعوا اقامتگاه خوانده به کشور دیگری منتقل شود[۶۷].

۳. رابطهٔ بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بین‌المللی

اصل این است که تلازمی بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بین‌المللی وجود ندارد. به عبارت دیگر، صلاحیت قضایی بین‌المللی نمی‌تواند بر مسئلهٔ صلاحیت قانونی

۶۵. احمد عبدالکریم سلامهٔ، پیشین، ص ۲۷۹-۲۷۸.

۶۶. برای مطالعهٔ بیشتر دربارهٔ مادهٔ ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نک: عبدالله شمس، *آیین دادرسی مدنی (دورهٔ جدید)*، ج ۱، (تهران: دراک، چ ۷، ۱۳۸۴)، ص ۴۰۸؛ حمید ابهری و محمدرضا برزگر، *آیین دادرسی مدنی۱ (دعاوی و صلاحیت‌ها)*، ج ۱، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۱۵۷-۱۶۲.

۶۷. مادهٔ ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی

اثری داشته باشد و برعکس. با این حال، اصل یادشده مطلق نیست و مواردی وجود دارد که این دو نوع صلاحیت بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند. در ادامه، ضمن بررسی اصل عدم تلازم بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی، استثنای مقرر بر این اصل واکاوی می‌شود.

۱.۳. اصل عدم تلازم بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بین‌المللی

امروزه اصل مورد قبول در تمام نظام‌های حقوقی این است که برای حسن مدیریت و انتظام روابط خصوصی بین‌المللی، باید دو صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی را مستقل از یکدیگر بدانیم. بنابراین، بین صلاحیت دادگاه‌های یک کشور برای رسیدگی به دعوا، با اِعمال قانون آن کشور بر دعوای یادشده ملازمه‌ای وجود ندارد. در نتیجه، طبق این اصل ممکن است دادگاه یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوایی را داشته باشد اما آن دعوا را مطابق قانون کشور دیگری رسیدگی کند[۶۸]. برای مثال، اگر یک زن و شوهر مصری و مقیم ایران که متقاضی طلاق توافقی باشند به دادگاه ایرانی مراجعه کنند، در این صورت، دادگاه ایرانی صلاحیت رسیدگی به اختلاف را دارد، اما قانون ایران بر دعوای یادشده حاکم نیست؛ با این توضیح که در چنین دعوایی دادگاه ایرانی باید طبق قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۷ قانون مدنی ایران به قانون احوال شخصیهٔ مصر مراجعه و مطابق آن به دعوا رسیدگی نماید[۶۹].

در توجیه عدم تلازم بین صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی، می‌توان گفت تلازم بین این دو نوع صلاحیت، منجر به این نتیجه می‌شود که دعوا باید در کشوری اقامه شود که قانون آن بر دعوا حاکم باشد. بدون تردید، این امر فی‌نفسه دشواری‌هایی به‌دنبال دارد، ازجمله اینکه سبب می‌شود طرفین دعوا ناچار باشند علی‌رغم بُعد مسافت و لزوم صرف هزینه‌های قابل‌توجه، برای حل اختلاف به دادگاه کشور قانون حاکم بر دعوا مراجعه کنند. همچنین تلازم بین این دو نوع صلاحیت ممکن است به دلیل تفاوت قواعد حل تعارض قوانین، میان نظام‌های حقوقی منجر به دشواری‌های حقوقی شود. برای مثال، ممکن است طرفین اختلاف به دادگاهی در مصر مراجعه کنند، اما دادگاه یادشده قانون ایالات متحدهٔ امریکا را حاکم بر دعوا بداند و درنتیجه طرفین را

---

۶۸. سید حسین صفایی، پیشین، ص۱۷۳.

۶۹. مادهٔ ۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

ملزم کند که دعوا را در ایالات متحده اقامه کنند. در مقابل، ممکن است دادگاه ایالات متحده، قانون مصر را بر اختلاف حاکم بداند. افزون بر این، خواهان ممکن است بی تابعیت یا پناهنده سیاسی باشد. بر فرض اینکه قانون حاکم بر اختلاف، قانون کشور متبوع او باشد، روشن است تا چه اندازه هدایت او به اقامهٔ دعوا در آن کشور منجر به انکار عدالت می‌شود[۷۰]. به این ترتیب، اصل عدم تلازم بین صلاحیت قضایی و صلاحیت قانونی بین‌المللی، کاملاً موجه و مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی است[۷۱].

۲.۳. استثنای اصل عدم تلازم بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بین‌المللی

اگر نظام‌های حقوقی اصرار داشته باشند که دادگاه‌های آنها تنها قوانین خودشان را اعمال کنند، مسئلهٔ اعمال قانون خارجی و درنتیجه موضوع اصلی حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح نخواهد شد و هر دادگاه صرف‌نظر از وجود عنصر بین‌المللی در یک اختلاف، تنها قوانین خود را اعمال می‌نماید. از این رو، اصل عدم تلازم بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی از اصول اساسی و یکی از دلایل وجود رشتهٔ «حقوق بین‌الملل خصوصی»[۷۲] است. با این همه، در مواردی اصل عدم تلازم نقض می‌شود و صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند. به تعبیر برخی نویسندگان «بین تعارض قوانین و تعارض صلاحیت، یک نوع ارتباط و همبستگی وجود دارد که سبب تأثیر متقابل این دو در یکدیگر می‌شود»[۷۳]. در این مطلب، به‌ترتیب تأثیر صلاحیت قضایی بین‌المللی بر صلاحیت قانونی بین‌المللی و سپس، تأثیر صلاحیت قانونی بین‌المللی بر صلاحیت قضایی بین‌المللی واکاوی می‌شود.

۳.۳. تأثیر صلاحیت قضایی بین‌المللی بر صلاحیت قانونی بین‌المللی

زمانی که یک اختلاف بین‌المللی در دادگاه یک کشور اقامه شود، اولین سؤالی که برای دادگاه مطرح می‌شود این است که آیا صلاحیت رسیدگی به دعوا دارد یا خیر؟ اگر پاسخ مثبت

---

۷۰. محمدکمال فهمی، پیشین، ص ۶۰۸.

۷۱. برای مطالعهٔ بیشتر دربارهٔ پیشینهٔ تاریخی اصل استقلال این دو نوع صلاحیت نک: سید حسین صفایی، پیشین، ص ۱۷۳ به بعد.

72. Private International Law

۷۳. همایون مافی و رشید ادبی فیروزجایی، پیشین، ص ۵۰.

باشد، دادگاه با لحاظ قواعد حل تعارض خود به تعیین قانون حاکم بر دعوا می‌پردازد. ازآنجا که تعیین صلاحیت قضایی مرحلهٔ قبل از تعیین قانون حاکم است، تأثیر صلاحیت قضایی بر صلاحیت قانونی بدیهی به‌نظر می‌رسد؛ به‌ویژه که هر کشوری آزادانه قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و قواعد حل تعارض قوانین را وضع می‌کند. به این ترتیب، اگر صلاحیت دادگاه یک کشور برای رسیدگی به یک دعوای بین‌المللی احراز شود، این دادگاه قواعد حل تعارض قوانین کشور خود را اعمال می‌کند. قواعد حل تعارض قوانین از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. بنابراین، بسته به اینکه دعوا در دادگاه چه کشوری رسیدگی شود، به احتمال زیاد، نتیجهٔ دعوا متفاوت خواهد بود[۷۴]. حتی در فرضی که در دو کشور قواعد حل تعارض یکسان باشد، هنوز احتمال تفاوت نتیجهٔ نهایی دعوا وجود دارد؛ با این توضیح که برای تعیین قانون حاکم بر یک دعوای بین‌المللی، دادگاهی که دعوا در آن اقامه شده است، باید قواعد حل تعارض قوانین در حقوق خود را اعمال کند. درجهٔ الزام قاضی به اِعمال این قواعد، میان نظام‌های حقوقی یکسان نیست، زیرا برخی نظام‌های حقوقی همانند انگلستان، به قاضی اجازه نمی‌دهند که رأساً و بدون استناد اصحاب دعوا قواعد حل تعارض را اعمال کند. در مقابل، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی همانند آلمان، قاضی را رأساً به اعمال قواعد حل تعارض ملزم می‌کنند. این اختلاف میان نظام‌های حقوقی در درجهٔ الزام قاضی به اعمال قواعد حل تعارض منجر به تفاوت نتیجهٔ نهایی دعوا می‌شود[۷۵]. همچنین در همین مرحله، قاضی مسئلهٔ مورد اختلاف را مطابق قانون مقرّ دادگاه توصیف می‌کند[۷۶]. بنابراین در خصوص یک موضوع، قاضی یک کشور ممکن است مسئله را به‌عنوان یکی از مسائل احوال شخصیه توصیف کند و آن را تابع قانون کشور متبوع فرد یا قانون اقامتگاه او بداند، درحالی که قاضی کشور دیگر آن را به‌عنوان مال توصیف کند و لذا دعوا را تابع قانون محل وقوع مال بداند. این اختلاف در توصیف باعث اختلاف در نتیجهٔ نهایی دعوا می‌شود[۷۷]. افزون بر این، گاهی در مرحلهٔ اعمالِ قانون خارجیِ تعیین‌شده طبق قواعد تعارض

۷۴. محمدخالد الترجمان، پیشین، ص ۴۰؛ نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۳.

۷۵. محمدخالد الترجمان، همان.

۷۶. در خصوص تعارض قوانین در توصیف‌های گوناگون (توصیف اولیه، مقدماتی و توصیف عامل ارتباط)، نک: سید عباس سیدی آرانی، «مانع‌زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف(با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳۳ (۱۴۰۲)، ص ۱۳۳-۱۶۷.

۷۷. محمدخالد الترجمان، همان.

قوانین، قاضی با مسئلهٔ «احاله»[۷۸] روبه‌رو می‌شود[۷۹]. دربارهٔ این مسئله کشورها رویکردهای متفاوتی دارند: برخی احاله را به‌طور کلی می‌پذیرند و برخی دیگر پذیرای احاله نیستند[۸۰]. همچنین بعضی میان انواع احاله تمایز قائل می‌شوند که این امر بدون تردید به تغییر قانون حاکم بر دعوا و تغییر نتیجهٔ نهایی دعوا خواهد انجامید[۸۱]. همچنین نظم عمومی به‌عنوان مانع اعمال قانون خارجی، مفهوم ثابت و روشنی ندارد و از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و حتی در یک کشور از زمانی به زمان دیگر تفاوت پیدا می‌کند. بنابراین، به دلیل تفاوت در مفهوم نظم عمومی، دادگاه یک کشور ممکن است قانون خارجی را اعمال کند، چون مخالفت با نظم عمومیِ کشور مقرّ دادگاه نیست؛ درحالی که دادگاه کشور دیگری ممکن است همان قانون خارجی را معارض با نظم عمومی بداند و آن را اعمال نکند. بنابراین، تأثیر صلاحیت قضایی بین‌المللی بر صلاحیت قانونی بین‌المللی انکارناپذیر است.

٤.٣. تأثیر صلاحیت قانونی بین‌المللی بر صلاحیت قضایی بین‌المللی

برخلاف تأثیر صلاحیت قضایی بین‌المللی بر صلاحیت قانونی بین‌المللی که به تعبیر برخی[۸۲] یک امر طبیعی است، بحث از تأثیر صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی بین‌المللی ممکن است

78. Renvoi

۷۹. در تعریف احاله و انواع آن گفته شده است: «[اگر] در رابطه بین دو سیستم حل تعارض هر سیستم برای حل قضیه به سیستم دیگر ارجاع می‌دهد.... در این صورت، مسئلهٔ پیچیده‌ای مطرح می‌شود که معروف به مسئلهٔ «احاله» است». «احالهٔ درجهٔ اول... احاله‌ای است که قانون خارجی به قانون کشوری می‌کند که قضیه در آن مطرح است... احالهٔ درجهٔ دوم ... احاله‌ای است که قانون خارجی به قانون کشور ثالثی می‌کند» (الماسی، پیشین، ص ۸۹ و ۹۰).

۸۰. قانون‌گذار مصر در مادهٔ ۲۷ قانون مدنی شمارهٔ ۱۳۱ مصوب ۱۹۴۸ صراحتاً احاله را به‌طور مطلق نپذیرفته است.

۸۱. برای مثال، در حقوق ایران احالهٔ درجهٔ اول مورد پذیرش صریح قانون‌گذار است. در این خصوص مادهٔ ۹۷۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر قانون خارجه که باید مطابق مادهٔ ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگر احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر اینکه احاله به قانون ایران شده باشد». از این رو، می‌توان گفت وقتی دادگاه ایران تشخیص دهد که قانون کشور دیگر حاکم است و این قانون قاضی را به اعمال قانون ایران ارجاع می‌دهد، در این صورت دادگاه مکلف است قانون خود را بر دعوا حاکم کند، اما درصورتی که احالهٔ یادشده به قانون ایران نباشد، بلکه به قانون کشوری ثالث باشد، یعنی احالهٔ درجهٔ دوم رخ دهد، چنین احاله‌ای مورد پذیرش قانون‌گذار ایران نیست. نک: نجادعلی الماسی، پیشین، صص ۹۸–۱۰۱؛ مرتضی نصیری، پیشین، صص۲۰–۲۱؛ محمدجواد شریعت باقری، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۶)، ص ۲۶۰.

Seyed Nasrollah Ebrahimi, "An Overview of the Private International Law of Iran" in Andrea Bonomi & Gian Paolo Romano, *Yearbook of Private International Law*, No. 12, (Germany: Sellier European Law Publishers, 2010), p. 526.

۸۲. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۳.

عجیب به‌نظر برسد و این سؤال مطرح شود که چطور ممکن است صلاحیت قانون یک کشور، که پس از احراز صلاحیت دادگاه تعیین می‌شود، بر صلاحیت دادگاه یادشده در رسیدگی به دعوا تأثیر مثبت یا منفی داشته باشد؟ با این حال، در نظام‌های حقوقی مختلف مواردی مشاهده می‌شود که صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی تأثیرگذار است. این تأثیر ممکن است مثبت باشد و صلاحیت قانون یک کشور به‌عنوان قانون حاکم بر اختلاف، صلاحیت قضایی را برای دادگاه‌های آن کشور به‌ارمغان آورد. در مقابل، این تأثیر ممکن است منفی باشد و حاکم بودن قانون یک کشور بر دعوا منجر به این شود که با اینکه دادگاه‌های یک کشور برای رسیدگی به دعوا صلاحیت دارند، از خود نفی صلاحیت کنند. در مطلب آتی دو اثر مثبت و منفی صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی بین‌المللی تبیین می‌شوند.

۱.٤.۳. اثر مثبت صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی

در برخی موارد ممکن است دادگاه‌های کشوری صلاحیت رسیدگی به یک اختلاف را نداشته باشند؛ با این همه، ازآنجا که قانون این کشور بر اختلاف حاکم است، دادگاه‌های کشور یادشده صلاحیت رسیدگی به دعوا را احراز کنند. برای مثال، مادۀ ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر مقرر می‌دارد: «در خصوص دعاوی‌ای که علیه یک تبعۀ خارجی غیرساکن یا غیرمقیم در مصر اقامه می‌شوند، دادگاه‌های مصر در موارد آتی صلاحیت دارند: ... ۷. درصورتی که دعوا راجع به یکی از مسائل احوال شخصیه باشد و خواهان خارجی یا مصریِ مقیم در مصر باشد و خوانده اقامتگاه مشخصی در خارج نداشته یا قانون ملی [قانون مصر] بر دعوا حاکم باشد»[۸۳]. طبق این ماده در موردی که اختلاف راجع به یکی از مسائل احوال شخصیه باشد و خواهان دعوا یک تبعۀ خارجی یا یک تبعۀ مصری مقیم در مصر باشد، در این صورت اگر خوانده اقامتگاه مشخصی در کشور دیگری نداشته باشد یا اگر قانون مصر بر دعوا حاکم باشد، دادگاه‌های مصر صلاحیت رسیدگی به دعوا را پیدا می‌کنند؛ به این ترتیب، در موضوع یادشده صلاحیت قانون مصر به‌عنوان قانون حاکم بر اختلاف، صلاحیت دادگاه‌های مصر را به‌ارمغان می‌آورد.

۸۳. «تختص محاکم الجمهوریۀ بنظر الدعاوی التی ترفع علی الأجنبی الذی له لیس له موطن أو محل إقامۀ فی الجمهوریۀ وذلک فی الأحوال الآتیۀ: ۷. إذا کانت الدعوی متعلقۀ بمسألۀ من مسائل الأحوال الشخصیۀ وکان المدعی وطنیاً أو کان أجنبیاً له موطن فی الجمهوریۀ، وذلک إذا لم یکن للمدعی علیه موطن معروف فی الخارج أو إذا کان القانون الوطنی واجب التطبیق فی الدعوی».

۲.٤.۳. اثر منفی صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی

در برخی موارد دادگاه‌های یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوا دارند، با این حال از رسیدگی خودداری می‌کنند، زیرا قانون ملی آن کشور بر دعوا حاکم نیست و نوعی بیگانگی میان آن دعوا با نظام حقوقی کشور مقر دادگاه وجود دارد. مثال روشن این مورد در رویهٔ قدیمی دادگاه‌های انگلستان مشاهده می‌شود. برای مثال، در مورد دعاوی‌ای که در دادگاه‌های انگلستان راجع به مسئلهٔ «تعدد زوجات»[۸۴] مطرح می‌شد، دادگاه‌های این کشور به‌رغم داشتن صلاحیت، از رسیدگی به اختلاف امتناع می‌کردند. در توجیه چنین رویه‌ای، بیان می‌شد که دادگاه‌های انگلستان به موضوع اختلاف آشنایی ندارند و تعدد زوجات با نظام حقوقی انگلستان که اصل وحدت ازدواج (زوجهٔ واحد) را به‌رسمیت می‌شناسد کاملاً بیگانه است[۸۵].

در نتیجه می‌توان گفت اگرچه اصل بر عدم تلازم بین صلاحیت قضایی بین‌المللی و صلاحیت قانونی است، اما همان‌طور که تبیین شد، در برخی موارد محدود و به‌صورت استثنایی، این دو نوع صلاحیت بر یکدیگر تأثیر می‌گذارند. هم‌راستا با این نظر، برخی حقوق‌دانان ایرانی[۸۶] معتقدند در دعاوی بین‌الملل خصوصی، قاضی مسئلهٔ صلاحیت قضایی بین‌المللی و تعارض قوانین را به‌طور هم‌زمان و با هم مدنظر قرار می‌دهد و «برحسب قانونی که باید به موقع اجرا گذارد خود را صالح برای رسیدگی به دعوا اعلام می‌کند». به‌نظر می‌رسد در دعاوی بین‌الملل خصوصی، چنانچه قاضی متوجه شود که در صورت اعلام صلاحیت، باید طبق قواعد حل تعارض، قانون خارجی را اعمال نماید که آگاهی نسبت به آن ندارد، تلاش می‌کند تا– در صورتی که ممکن باشد– با توسل به قواعد صلاحیتی اعلام عدم صلاحیت نماید. این مسئله به‌ویژه در نظام‌های حقوقی که اثبات قانون خارجی برعهدهٔ قاضی است می‌تواند به‌خوبی اثر منفی

84. Polygamous Marriage

۸۵. عکاشهٔ عبدالعال، پیشین، ص ۲۸–۳۷؛ در هر حال، در نتیجهٔ انتقادهای بسیار نسبت به چنین رویکردی و آثار نامطلوب آن، ازجمله انکار عدالت، در سال ۱۹۷۳ قانون‌گذار انگلستان با وضع قانون (Matrimonial Causes Act, 1973) تعدد زوجات اتباع خارجی را که قانون متبوعشان تعدد زوجات را مجاز می‌داند، به‌رسمیت شناخته است. برای مطالعهٔ بیشتر، نک:

John Humphrey Carlile Morris, "The Recognition of Polygamous Marriages in English Law", *Harvard Law Review*, No. 6, (1953), pp. 961-1012; Lucy Carroll, "Recognition of Polygamous Marriages in English Matrimonial Law: The Statutory Reversal of Hyde V. Hyde in 1972", *Journal of Muslim Minority Affairs*, No. 1, (1984), pp. 81-98.

۸۶. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۴.

صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی بین‌المللی را نشان دهد. شاید به همین دلیل است که امروزه موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه‌ای در زمینهٔ اثبات قانون خارجی میان برخی کشورها منعقد می‌شوند تا از مشکلات قضات در اثبات قانون خارجی و به تبع آن، اثر منفی صلاحیت قانونی بر صلاحیت قضایی بکاهند[۸۷].

نتیجه

در این مقاله تلاش شده است ویژگی‌ها و ضوابط قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها از یک سو و رابطهٔ قواعد یادشده با قواعد تعارض قوانین از سوی دیگر تبیین شود. یافته‌های مقالهٔ حاضر نشان می‌دهد قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها همانند قواعد تعارض قوانین، قواعدی ملی و غیرماهوی هستند. با این حال، برخلاف قواعد تعارض قوانین، قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها، قواعدی یک‌جانبه هستند و تنها به تعیین موارد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ملی توجه دارند و به تعیین دادگاه‌های خارجی صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعوا نمی‌پردازند. به دیگر سخن، درصورتی که دعوایی اقامه شود، دادگاه با توجه به قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها بررسی می‌کند که آیا صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارد یا خیر. چنانچه صلاحیت را احراز کند، شروع به رسیدگی می‌کند و اگر خود را صالح به رسیدگی نداند، تلاشی در جهت تشخیص دادگاه صلاحیت‌دار کشور دیگری مصروف نمی‌دارد تا اختلاف را به آن دادگاه ارجاع دهد، بلکه صرفاً دعوا را رد می‌کند.

برخلاف حقوق مصر که قواعد ویژه‌ای برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها وضع کرده، در حقوق ایران قواعـدی بـرای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها پیش‌بینی نشده است. بنابراین درصورتی که یک دعوای بین‌الملل خصوصی در دادگاه‌های ایران مطرح شود، دادگاه‌ها باید با توسل به قواعد صلاحیت داخلی، به‌خصوص قواعد صلاحیت نسبی یا محلی، صلاحیت خود را برای رسیدگی به اختلاف احراز نمایند. نظام‌های حقوقی ازجمله نظام حقوقی مصر و ایران از ضوابط گوناگونی در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها استفاده می‌کنند که مهم‌ترین آنها اقامتگاه یا محل سکونت خوانده، تابعیت خوانده، منشأ تعهد یا محل اجرای آن، محل وقوع مال،

۸۷. برای مطالعهٔ بیشتر در خصوص مشکلات اثبات قانون خارجی و موافقت‌نامه‌های مرتبط، نک: اعظم انصاری، «ضرورت همکاری بین‌المللی در اثبات قانون خارجی»، *حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۴)، ص ۷۴-۵۳.

ارتباط دعاوی، جلوگیری از انکار عدالت و حاکمیت اراده است. در هر حال، اختلافاتی نیز در این زمینه مشاهده می‌شود. برای مثال، قانون‌گذار مصر ضابطهٔ تابعیت خوانده را با صراحت پذیرفته است، درحالی که به این ضابطه در حقوق ایران توجهی نشده است. همچنین بررسی ضوابط یادشده نشان می‌دهد که این ضوابط بر ارتباط موضوع دعوا یا طرفین آن با کشور محل دادگاه مبتنی هستند. برای مثال، ضابطهٔ اقامتگاه یا محل سکونت خوانده، صلاحیت دادگاه محل اقامت یا سکونت وی را برای رسیدگی به هرگونه دعوا علیه وی به دلیل ارتباط دعوا با آن کشور توجیه می‌کند. از این رو، می‌توان گفت در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها احراز ارتباط میان دعوا و کشور مقرّ دادگاه امری ضروری است و بدون تحقق این ارتباط، دادگاه‌ها نمی‌توانند صلاحیت خود را برای رسیدگی به یک دعوای خصوصی بین‌المللی اعلام کنند. افزون بر این، تنوع ضوابط تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و رویکرد متفاوت نظام‌های حقوقی نسبت به پذیرش آنها، وصف یک‌جانبه بودن قواعد صلاحیت بین‌المللی و فقدان یک کنوانسیون جامع بین‌المللی در خصوص توزیع صلاحیت قضایی میان دادگاه‌های کشورهای مختلف سبب شده است که در برخی اختلافات، دادگاه‌های بیش از یک کشور صلاحیت رسیدگی به دعوا را داشته باشند؛ وضعیتی که می‌تواند به بروز دادرسی‌های موازی منجر شود. گرچه وصف یک‌جانبه بودن قواعد تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها امری طبیعی و از اقتضائات حقوق بین‌الملل عمومی است، زیرا اقدام قانون‌گذار یک کشور برای تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های کشورهای دیگر تجاوز به حاکمیت آنهاست؛ اما آنچه غیرطبیعی و نابهنجار است، سوءاستفاده از وضعیت فعلی قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها و اقامهٔ دعاوی موازی در دادگاه‌های بیش از یک کشور است. حقوق مصر دربارهٔ دادرسی موازی حکمی ندارد و در حقوق ایران به‌نظر می‌رسد جملهٔ پایانی مادهٔ ۹۷۱ قانون مدنی مانع بروز دادرسی موازی نخواهد شد. با لحاظ این نکات، به‌نظر شایسته است قانونگذار ایرانی قواعد اختصاصی در تعیین موارد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های ایران وضع نماید تا قضات ایران را از دشواری اعمال قواعد صلاحیت نسبی برای احراز صلاحیت بین‌المللی در دعاوی بین‌الملل خصوصی نجات دهد و در گام بعدی راهکارهایی برای کاهش بروز دادرسی‌های موازی، ازجمله پذیرش صریح توافق‌نامه‌های انتخاب دادگاه- با رعایت موارد صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران- اتخاذ کند.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. ابهری، حمید و برزگر، محمدرضا (۱۳۹۶). ***آیین دادرسی مدنی ۱ (دعاوی و صلاحیت‌ها)***، تهران: مجد.

۲. الماسی، نجادعلی (۱۳۷۹). ***تعارض قوانین***، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

۳. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۶). ***حقوق بین‌الملل خصوصی***، تهران: میزان.

۴. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). ***آیین دادرسی مدنی (دوره جدید)***، تهران: دراک.

۵. صفایی، سید حسین (۱۳۷۴). ***مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی***، تهران: میزان.

۶. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۷). ***مسئولیت مدنی تطبیقی***، تهران: مؤسسهٔ مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

۷. نصیری، مرتضی (۱۳۹۶). ***تعارض قوانین در تجارت بین‌المللی***، تهران: جاودانه، جنگل.

- مقالات

۸. انصاری، اعظم (۱۳۹۴). ضرورت همکاری بین‌المللی در اثبات قانون خارجی، ***حقوق خصوصی***، ۱۲(۱)، ۵۳-۷۴. Doi: 10.22059/jolt.2015.55634

۹. سیدی آرانی، سیدعباس (۱۴۰۲). مانع‌زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف(با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۴(۳۳)، ۱۳۳-۱۶۷. Doi: 10.22034/law.2023.49872.3066

۱۰. غمامی، مجید و اسماعیلی، حسین (۱۴۰۱)، تأثیر ارتباط دعاوی در مقررات صلاحیت و دادرسی، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۳(۲۹)، ۱۸۷-۲۱۶.
Doi: 10.22034/law.2022.46904.2944

۱۱. همایون مافی و رشید ادبی فیروزجایی (۱۳۹۳)، صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی، ***دانش حقوق مدنی***، ۳(۲)، ۶۳-۴۸.
Doi: 20.1001.1.23221712.1393.3.2.5.3

۱۲. مقصودی، رضا (۱۳۹۶). صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی، ***حقوقی بین‌المللی***، ۳۴(۵۶)، ۲۱۳-۲۳۴. Doi: 10.22066/cilamag.2017.25171

- آرای قضایی

۱۳. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۰۰۷۱۸، مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۸ه.ش، شعبهٔ ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۱۴. دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۱۱۸۹، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۸ه.ش، شعبهٔ ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

ب) منابع عربی

- کتاب‌ها

۱۵. البنموسی، مبروک (۲۰۰۳). ***شرح مجلة القانون الدولی الخاص التونسی***، تونس: المغاربیة للطباعة والنشر والاشهار.

۱۶. الترجمان، محمدخالد (۲۰۰۳). ***الإختصاص القضائی الدولی وآثار الأحکام الاجنبیة***، القاهره: شرکة مطابع الطوبجی.

۱۷. حداد، حفیظة (۲۰۱۰). ***النظریة العامة فی القانون القضائی الخاص الدولی***، بیروت: الحلبی الحقوقیة.

۱۸. سلامة، احمد عبدالکریم (۲۰۰۰). ***فقه المرافعات المدنیة الدولیة***، القاهره: دارالنهضة العربیة.

۱۹. عبدالله، عزالدین (۱۹۸۶). ***القانون الدولی الخاص***، القاهره: الهیئة العامة للکتاب.

۲۰. عبدالعال، عکاشة (۲۰۰۰). ***الإجراءات المدنیة والتجاریة الدولیة فی دولة الإمارات العربیة المتحده***، بیروت: الحلبی الحقوقیه.

۲۱. فهمی، محمدکمال (۱۹۹۲). ***أصول القانون الدولی الخاص***، الإسکندریه: مؤسسة الثقافة الجامعیة.

۲۲. منزلاوی، صالح‌جاد (۲۰۰۸). ***الإختصاص القضائی بالمنازعات الخاصة الدولیة والإعتراف والتنفیذ الدولی للأحکام الأجنبیه***، القاهره: دارالجامعة الجدیدة.

ج) منابع انگلیسی

- Book

23. Sparka, Felix (2009). ***Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents -A Comparative Analysis***, Hamburg: Springer.

- Articles

24. Carroll, Lucy, (1984). Recognition of Polygamous Marriages in English Matrimonial Law: The Statutory Reversal of Hyde V. Hyde in 1972, ***Journal of Muslim Minority Affairs***, 5(1), 81-98. Doi: 10.1080/02666958408715884
25. Clermont, Kevin (2015). Governing Law on Forum-Selection Agreements, ***Hastings Law Journal***, 66(3), 643-674.
26. Ebrahimi, Seyed Nasrollah (2010). "An Overview of the Private International Law of Iran", *Yearbook of Private International Law*, (12), 503-530. Doi: 10.1515/9783866539488.503
27. Lenhoff, Arthur (1964), International Law and Rules on International Jurisdiction, ***Cornell Law Review***, 50(1), 5-23.
28. Morris, John Humphrey Carlile (1953). The Recognition of Polygamous Marriages in English Law, ***Harvard Law Review***, 66(6), 961-1012.
29. Stebler, Simone (2013). The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses, ***ASA Bulletin***, 31(1), 27-44. Doi: 10.54648/asab2013005
30. Taylor, David H. (1993). The Forum Selection Clause: A Tale of Two Concepts, ***Temple Law Review***, 66(3), 856-785.

- Thesis

31. Salama, Nadia Ramzy (2015). ***Nature, Extent, and Role of Parties' Autonomy in the Making of International Commercial Arbitration Agreements***, Doctoral Dissertation, the University of Manchester, the Faculty of Humanities.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 139-163

A Comparative Study of the Nature of Late Payment Damages in Iranian and English Law

Abbas Karimi[1]| **Amirhossein Ghadiani Monfared**[2]| **Ghazaleh** Sahranavard[3]

1. Professor, Law Department, University of Tehran, Iran (Corresponding Author) abkarimi@ut.ac.ir
2. Ph.D Candidate in private law, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran amirhosein_qadiani@atu.ac.ir
3. Ph.D Candidate in private law, University of Tehran, Iran gh.sahranavard@ut.ac.ir

Abstract

As a result of delay in fulfilling monetary obligations, on one hand, the value of money decreases in proportion to the passage of time, and on the other hand, the creditor is deprived of enjoying the benefits of money during the period of delay, and in this regard, suffers losses. Both types of damages are referred to as late payment damages in the Iranian legal system, but late payment damages in their true sense are the latter type. According to Article 522 of the Iranian Civil Procedure Code, only damages resulting from the devaluation of currency and up to the inflation rate can be compensated, but according to the decision as a unify judicial procedure No. 805 of the Supreme Court, an agreement on compensation for late payment damages in an amount exceeding the inflation rate has been prescribed. Therefore, the possibility of compensating for late payment in its true sense (including objective damages in general, personal damages with proof of the debtor's fault and the amount of the loss incurred, and unpredictable damages with proof of the debtor's malicious intent) has been provided through the agreement of the parties. In English legal system, after moving from the stage of impossibility of paying the excess amount of the debt and accepting the possibility of paying damages for late payment in monetary debts, in the assumption that the parties to the contract directly specify the amount of damages for late payment, it will not be valid if that amount is taken a criminal aspect and is considered a so-called criminal condition. In Iranian law, based on the decision as a unify judicial procedure No. 805 and the principle of non-harm, the amount determined must not be inconsistent with mandatory regulations; So the condition for late payment damages that is unreasonable (imposed condition), can be considered invalid due to its conflict with public order and Being usurious; in other words, the parties are free to determine the amount of damages for late payment to the extent that the term is claiming damage in its true sense, not usury.

Keywords: *Late Payment Damages, Monetary Obligation, Usury, Imposed Condition*.

Received: 2024/02/04 **Received in revised form:** 2025/04/22 **Accepted**: 2025/05/12 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.60361.3364

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۸
بهار ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۱۳۹-۱۶۳

مطالعهٔ تطبیقی ماهیت خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و انگلیس

عباس کریمی[۱] | امیرحسین قدیانی منفرد[۲] | غزاله صحرانورد[۳]

۱. استاد گروه حقوق دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول) abkarimi@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبایی تهران، ایران amirhosein_qadiani@atu.ac.ir
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ایران gh.sahranavard@ut.ac.ir

چکیده

در اثر تأخیر در ایفای تعهدات پولی از یک سو، ارزش پول به‌نسبتِ گذشت زمان و تأخیر حاصل‌شده کاهش می‌یابد و از سوی دیگر، متعهدله از بهره بردن از منافع پول در مدت زمان تأخیر محروم شده، از این حیث خساراتی به او وارد می‌آید. به هر دو قسم این خسارات در نظام حقوقی ایران عنوانِ خسارت تأخیر تأدیه اطلاق می‌شود، اما خسارت تأخیر تأدیه به معنای واقعی آن، قسم اخیر است. به‌موجب مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، فقط خسارت ناشی از کاهش ارزش پول و تا سقف نرخ تورم قابل جبران است. اما به‌موجب رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۰۵ دیوان عالی کشور، توافق بر جبران خسارت تأخیر تأدیه به میزانی افزون بر نرخ تورم، تجویز شده است؛ بنابراین، امکان جبران خسارت تأخیر تأدیه به معنای واقعی آن (اعم از خسارات نوعی به‌صورت مطلق، خسارات شخصی با اثبات تقصیر مدیون و میزان ضرر وارده، و خسارات غیرقابل پیش‌بینی با اثبات سوءنیت مدیون) از رهگذر توافق اشخاص فراهم گردیده است. در نظام حقوقی انگلستان، پس از گذار از مرحلهٔ عدم امکان پرداخت مبلغ مازاد بر دین و به‌رسمیت شناختن امکان پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در دیون پولی در فرضی که طرفین قرارداد راساً میزان خسارت تأخیر تأدیه را مشخص می‌کنند، درصورتی که آن مبلغ، به میزانی باشد که جنبهٔ کیفری به خود بگیرد و اصطلاحاً شرط کیفری دانسته شود، معتبر نخواهد بود. در حقوق ایران نیز به‌موجب قیدِ قسمت اخیر رأی وحدت رویهٔ پیش‌گفته مبنی بر لزوم عدم مغایرت مبلغ تعیین‌شده با مقررات آمره از یک سو و همچنین با استناد به قاعدهٔ لاضرر از سویی دیگر، شرط خسارت تأخیر تادیهٔ غیرمعقول (شرط تحمیلی) را می‌توان به جهت مغایرت با نظم عمومی و صدق عنوان ربا بی‌اعتبار دانست؛ به دیگر سخن، آزادی طرفین در تعیین میزان خسارت تأخیر تأدیه تا حدی است که صدق عنوان خسارت نماید، نه ربا.

واژگان کلیدی: *تأدیه، تعهد پولی، خسارت تأخیر ربا، شرط تحمیلی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۲/۰۲ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۲/۲۲ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.60361.3364

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

CC BY NC

مقدمه

نسخ قوانین و مقررات پیشین، ازجمله مادهٔ ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و عدم پذیرش خسارت تأخیر تأدیه به جهت شُبههٔ ربوی آن، به دلیل پیامدها و آثار نامطلوبی که از حیث حقوقی و اقتصادی برجای نهاد و تعهدات پولی را عملاً و قانوناً فاقد ضمانت اجرا گذاشت و به عدم ایفای تعهدات پولی از سوی متعهدان به‌ویژه بدهکاران بانکی منجر شد، درنهایت سبب گردید خسارت تأخیر تأدیه با چهره‌ای جدید در قالب مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۸، به‌عنوان آخرین ارادهٔ قانون‌گذار، به نظام حقوقی ایران وارد شود؛ همین مسئله تردیدهایی جدی را در مورد ماهیت حکم این ماده ایجاد نمود. محل تردید و موضوعِ پرسش آن بود که آیا آنچه مورد تجویز قانون‌گذار در مادهٔ ۵۲۲ قانون جدید قرار گرفته، جبران خسارتی است که به سبب عدم پرداخت به‌موقع طلبِ پولیِ بستانکار در موعد مقرر، به وی وارد آمده است «یا با توجه به عدم اصالت پول و ملاک‌بودن ارزش اقتصادی آن، نظام حقوقی ایران در این شرایط، تنها پرداخت ارزش واقعی پول موردتعهد را پذیرفته و نه مبلغی مازاد بر آن را به‌عنوان خسارت ناشی از عدم انجام به‌موقع تعهد»[۱]؟ در همین راستا در واپسین روزهای سال ۱۳۹۹، هیئت عمومی دیوان عالی کشور اقدام به صدور رأی وحدت رویهٔ بحث‌برانگیزی نمود که وضعیت موجود را تا حدودی دگرگون ساخت. بر اساس این رأی، تعیین وجه التزام تعهدات پولی بیش از شاخص بانک مرکزی تا هر میزان و البته به شرط عدم مغایرت با قوانین امری ازجمله مقررات پولی، معتبر شناخته شد؛ به عبارت دیگر با توجه به صدور رأی وحدت رویهٔ یادشده، این امکان برای اشخاص وجود دارد تا از گذرِ توافق، افزون بر جبران کاهش ارزش پول، امکان جبران خسارتی را که به سبب عدم دسترسی به‌موقع متعهدله به پول خویش به وی وارد آمده است، فراهم آورند. اما پرسش جدی در این باره آن است که آزادی اشخاص و طرفین قراردادی در تعیین این مبلغ تا کجاست؟ آیا طرفین آزادند به هر نحو و میزان که بخواهند مبلغ قابل پرداخت در فرض تأخیر در ایفای تعهدات پولی را مشخص کنند یا آنکه اصول و قواعدی می‌تواند از قلمرو آن بکاهد؟ در نظام حقوقی انگستان، مباحث یادشده پیشینهٔ نسبتاً طولانی دارد؛ بنابراین، سعی بر آن است تا با

۱. ایرج بابایی، *حقوق مسئولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویهٔ قضائی*، ج ۱، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضاییه، چ ۴، ۱۳۹۹)، ص ۱۶۲.

مطالعه در نظام حقوقی آن کشور و تطبیق مباحث با حقوق ایران، به تبیین درست و روشنی از موضوع دست پیدا کنیم. نظر به اینکه آنچه در ابتدا از ماهیت خسارت تأخیر تأدیه به ذهن متبادر می‌شود، کاهش ارزش پول در مقام ضمان جعلی است، نخست، خسارت تأخیر تأدیه را به‌عنوان ضمان جعلی بررسی خواهیم کرد و سپس به خسارت تأخیر تأدیه در معنای واقعی خود در مقام ضمان قهری خواهیم پرداخت.

۱. خسارت تأخیر تأدیه به‌عنوان ضمان قراردادی

ضمان قراردادی یا جعلی عبارت است از ضمانی که طرفین برای خود جعل نموده‌اند؛ برای مثال در تعهد به پرداختِ مبلغ معینی در سررسید مشخص، درصورتی که متعهد به تعهد خویش مبنی بر پرداخت مبلغ دین پایبند نباشد و در انجام تعهد خود تأخیر نماید، ازآنجا که «زمان» جزئی از تعهد بوده که انجام نشده و در اثر گذر آن، از ارزش پول کاسته شده، ضروری است کاهش ارزش پول در اثر تأخیر در انجام تعهد در سررسید معین، با پرداخت خسارت تأخیر تأدیه جبران شود تا درواقع متعهد، اصل تعهد خود را انجام داده، برائت ذمه حاصل گردد.

در این مبحث به بررسی خسارت تأخیر تأدیه به‌عنوان ضمان قراردادی تا میزان نرخ تورم و بیش از نرخ تورم خواهیم پرداخت.

۱.۱. خسارت تأخیر تأدیه تا میزان نرخ تورم

در مقام تحلیل مادۀ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، چنین به‌نظر می‌رسد که مادۀ یادشده میان «خسارت تأخیر تأدیه به‌معنای واقعی آن» و «کاهش ارزش پول» خلط نموده و با اینکه به‌ظاهر از خسارت تأخیر تأدیه صحبت کرده، ولی در واقع به کاهش ارزش پول پرداخته است. در این ماده با آنکه از عنوان خسارت تأخیر تأدیه استفاده نشده، ولی در تبصرۀ ۲ مادۀ ۵۱۵ همان قانون، خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه دانسته شده که منظور از آن، همان حکم مقرر در مادۀ ۵۲۲ است. به‌ویژه آنکه مادۀ ۵۲۲، ذیل فصل دوم و تحت عنوان «خسارت»، پیش‌بینی شده که حاکی از آن است که قانون‌گذار در مقام بیان خسارت تأخیر تأدیۀ دیون پولی بوده است؛ این درحالی است که دقت در مادۀ ۵۲۲ نشان می‌دهد که قانون‌گذار کاهش ارزش

پول در اثر تورم را بیان کرده است[۲]. در واقع بر اساس مادهٔ ۵۲۲، بدهکار با پرداخت مبلغی اضافی بر اساس نرخ تورم، در واقع، اصل تعهد خود را ایفا می‌کند و این پرداخت، خسارتی افزون بر اصل تعهد نیست[۳] و حکم دادگاه به استناد مادهٔ یادشده مبنی بر محکومیت مدیونِ تعهد پولی به پرداخت معادلِ میزان کاهش ارزش پول موردتعهد در کنار اصل آن، جزء اصل تعهد موردتوافق است (ضمان جعلی)، نه خسارت (ضمان قهری). برای اثبات این مدعا دلیلی چند یافت می‌شود:

الف) دلیل اصلیِ نسخ مقررات پیش از انقلاب اسلامی در خصوص خسارت تأخیر تأدیهٔ تعهدات پولی و در رأس آنها مادهٔ ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین، اعتقاد برخی به عدم انطباق آن مقررات با شرع از حیث ربوی بودن آنها بود و یکی از دلایلی که دکترین به جبران خسارت تأخیر تأدیهٔ دین پولی به معنای خسارت ناشی از عدم انجام به‌موقع تعهد روی خوش نشان نمی‌دهد، همین شبههٔ ربوی بودن است[۴] و بر همین اساس، چاره‌ای جز تحلیل حکم مادهٔ ۵۲۲ به پرداخت ارزش واقعی پول وجود ندارد.

ب) دلیل دیگری که در اثبات ماهیت یادشده برای مادهٔ ۵۲۲ عنوان می‌شود، آن است که قانون‌گذار، نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی را به‌عنوان معیار مبلغ قابل پرداخت تعیین کرده است؛ درحالی که جبران خسارتی که در اثر افزایش قیمت‌ها و عدم پرداخت به‌موقع از سوی بدهکار به بستانکار وارد شده، قاعدتاً باید تابع قواعد عمومی ضمان باشد[۵] که در آن، اصل بر جبران کامل خسارت به‌گونه‌ای است که زیان‌دیده به وضعیت پیش از ورود زیان بازگردانده شود (در مسئولیت قهری) و یا در موقعیتی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد، در آن جای می‌گرفت (در مسئولیت قراردادی)[۶] و تعیین معیاری غیرقابل تخلف برای محاسبهٔ خسارتِ ادعایی که غالباً تمام

---

۲. عباس کریمی و محمدهادی جواهرکلام، «تحلیل رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها»، *دانشنامهٔ حقوق اقتصادی*، ش ۱۷ (۱۳۹۹) ، ص ۹.

۳. کامران آقایی، «ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در آیین نظریهٔ تعدیل پول»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۸۰ (۱۳۹۶)، ص ۲۵۱.

۴. مهدی شهیدی، *حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات*، ج ۳، (تهران: مجد، چ ۱۰، ۱۴۰۱)، ص ۲۸۴؛ ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: سهامی انتشار، چ ۹، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۸-۲۶۴؛ سید حسن وحدتی شبیری، «مطالعهٔ تطبیقی تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۱۲ (۱۳۸۲)، ص ۱۰۶.

۵. عباس کریمی و محمدهادی جواهرکلام، پیشین، ص ۲.

۶. سید حسین صفایی و حبیب‌اله رحیمی، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، (تهران: شهر دانش، چ دوم، ۱۳۹۹)، ص ۵۶.

خسارات ناشی از تأخیر را جبران نمی‌کند، با این امر سازگار نیست[۷].

پ) برخلاف گذشته که پول، معرف مقداری طلا و نقره بود که ارزش ذاتی داشت، امروزه و پس از رواج اجباری اسکناس، رابطهٔ ارزش پول، با طلا و نقره ازبین رفته است و نه‌تنها پول، مقداری از طلا و نقره نیست، بلکه نمایندهٔ مقدار معینی از این فلزهای گران‌بها نیز محسوب نمی‌شود[۸]. بنابراین پول دارای ارزش اعتباری است، نه ذاتی و عینی، و اسکناس هم تنها نمایندهٔ واحدی از پول است[۹]؛ درنتیجه ارزش پول به قدرت خرید و قدرت مبادلهٔ آن است[۱۰]. با تحلیل ماهیت پول، مشخص می‌شود که جبران کاهش ارزش پول، جزئی از اصل دین و به‌منزلهٔ ایفای اصل تعهد است[۱۱]، نه مازاد بر آن. در حقیقت همان‌گونه که در تعهدات غیرپولی، متعهد با تسلیم عین موضوع تعهد، وفای به عهد می‌کند و در غیر این صورت، مرتکب نقض عهد می‌شود، در تعهدات پولی نیز متعهد باید همان ارزشی را که گرفته است، بازگرداند تا وفای به عهد محقق گردد[۱۲]؛ چراکه در تعهدات پولی، متعهد، قدرت خریدی را تحصیل می‌کند، نه کاغذ اعتباری و ارزش اسمی را. بنابراین، متعهدِ دین پولی باید افزون بر ارزش اسمی آن، به میزان نرخ تورم، کاهش ارزش پول را جبران کند تا اصل پولی را که گرفته است، بازگرداند[۱۳]؛ حتی حقوق‌دانانی که برای حکم مندرج در مادهٔ ۵۲۲، ماهیت جبران خسارت قائل هستند، نفی ماهیت جبران خسارت را با توجه به ماهیت پول، قابل‌توجیه می‌دانند[۱۴].

در حقوق انگلیس– پس از عبور از قواعد سنتی مبنی بر عدم امکان پرداخت مبلغ مازاد بر دین و به‌رسمیت شناختن امکان پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در دیون پولی (که در بند آتی

۷. این استدلال بر نظری استوار است که توافق طرفین به میزان بیش از نرخ تورم را مجاز نمی‌داند که نظر پذیرفته‌شده در رأی وحدت رویهٔ اخیر برخلاف آن است.

۸. ناصر کاتوزیان، *نظریهٔ عمومی تعهدات*، (تهران: میزان، چ ۱۰، ۱۴۰۰)، ص ۵۱ و ۵۲.

۹. ناصر مکارم شیرازی و، ابوالقاسم علیان‌نژادی، *ربا و بانک‌داری اسلامی*، (قم: امام علی‌بن ابی‌طالب، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص۱۴۴ و ۱۴۵.

۱۰. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۲۸۱.

۱۱. کامران آقایی، پیشین، ص ۲۵۳.

۱۲. علی‌اکبر یزدی‌فرد، و همکاران، «مفهوم و ماهیت پول و ضمان مربوط به کاهش ارزش و خسارت تأخیر تأدیه در بازپرداخت قرض اسکناس»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۲۷ (۱۳۹۱)، ص ۱۴.

۱۳. سید محمد موسوی بجنوردی، «بررسی و نقد نظریات برخی از اندیشوران اسلامی دربارهٔ ماهیت پول»، *رهنمون*، ش ۶ (۱۳۷۲)، ص ۱۰۸.

۱۴. ایرج بابایی، پیشین، ص ۱۶۹.

مفصل بیان خواهد شد)- در تقویم خسارات قراردادی، دادگاه جمیع شرایط و اوضاع و احوال موثر را مدنظر قرار می‌دهد، ازجمله شرایطی که می‌توان در این خصوص به آن اشاره کرد، بحث تورم است. در واقع، در حقوق انگلیس، مقررات ویژه‌ای پیرامون جبران کاهش ارزش پول و تأثیر آن در تعهدات مالی وضع نشده است، اما این به معنای بی‌توجهی کامل به مسئلهٔ یادشده نیست؛ چراکه دادگاه‌ها با توجه به اختیاری که در بررسی شرایط و اوضاع مختلف برای تقویم خسارت تأخیر تأدیه دارند، عامل تورم را نیز به‌عنوان یکی از معیارهای مؤثر در رأی نهایی خویش منظور می‌کنند و در واقع، ضمن حکم به پرداخت بهره، ارزش کاهش‌یافتهٔ پول را نیز می‌توانند مورد حکم قرار دهند[۱۵]. البته قواعد اخیر، از اختیارات بالقوهٔ محاکم است، اما واقعیت‌های فعلی کشور انگلیس غیر از اثری که اخیراً شیوع کرونا بر افزایش تورم گذارده است، به لحاظ ثبات اقتصادی، به‌طور کلی، حکایت از درصد بسیار پایین تورم دارد.

۲.۱. خسارت تأخیر تأدیه بیش از نرخ تورم

با وجود حکم مقرر در مادهٔ ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی، پرسشی ذهن حقوق‌دانان را به خود مشغول کرده است، مبنی بر اینکه آیا اشخاص می‌توانند در قراردادهای فی‌مابین، برای تعهدات پولی، وجه التزامی بیشتر از شاخص بانک مرکزی تعیین کنند؟ پیش از این، رویه غالب محاکم و همچنین دیدگاه ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه[۱۶] و حقوق‌دانان[۱۷] بر این نظر استوار بود که تصریح مادهٔ ۲۳۰ قانون مدنی مبنی بر اینکه در تعیین وجه التزام سقفی وجود ندارد و هیچ‌کس نمی‌تواند طرفین قرارداد را به تعیین رقمی کمتر یا بیشتر مجبور کند، تنها ناظر به تعهدات غیرپولی بود و تعهدات پولی مشمول مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌شد و وجه التزامی که بنا بود برای آنها تعیین شود، صرفاً به میزان شاخص اعلامی رسمی بانک مرکزی، یعنی همان نرخ تورم وابسته بود.

اما رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۰۵ دیوان عالی کشور در خصوص «تعیین وجه التزام قراردادی به‌منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی» که در روزهای پایانی سال ۱۳۹۹ به

۱۵. فردریک میشیکین، *پول، ارز، بانکداری*، ترجمهٔ علی جهانخانی و علی پارساییان، (تهران: سمت، چ ۱۳، ۱۳۹۶)، ص ۱۰۹.
۱۶. نظریات مشورتی شماره‌های ۴۵۵۸/۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۰۱ و ۱۷۴۷/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۰۹ ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضاییه.
۱۷. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: سهامی انتشار، چ ۹، ۱۳۹۳)، ص ۲۳۴.

تصویب هیئت عمومی دیوان عالی کشور رسید، تعیین وجه التزام تعهدات پولی بیش از شاخص بانک مرکزی تا هر میزان، و البته به شرط عدم مغایرت با قوانین امری ازجمله مقررات پولی را به‌رسمیت شناخت. بر این اساس، اشخاص می‌توانند در قراردادهای فی‌مابین، برای تعهدات پولی نیز وجه التزامی بیش از شاخص بانک مرکزی تعیین کنند. بنابراین مطابق این رأی وحدت رویه (که از جهات مختلفی طبق اصول و قواعد نظام حقوقی ایران قابل نقد است)[۱۸]، این امکان برای طرفین قراردادی فراهم آمد تا افزون بر جبران کاهش ارزش پول طبق نرخ تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی، از طریق درج شرط ضمن عقد و از رهگذر قرارداد، بر لزوم پرداخت مبلغی بالاتر از آن از سوی شخصی که در ایفای تعهد پولی خود تأخیر می‌ورزد نیز توافق کنند و از این طریق، راه برای جبران خساراتی که به سبب تأخیر در دریافت آن به متعهدله وارد می‌آید نیز گشوده شد.

اما پرسشی که پیش می‌آید آن است که حدود آزادی طرفین در تعیین مبلغ قابل پرداخت تا چه میزان است؟ آیا آنان آزادند که به هر نحو و میزان که بخواهند مبلغ را تعیین کنند؟ برای دستیابی به این پرسش، بهتر آن است که در آغاز دیدگاه و رویکرد نظام حقوقی انگلستان را در این باره مورد بررسی قرار دهیم تا از رهگذر مطالعهٔ تطبیقی به راه‌حل مناسبی دست یابیم.

در خصوص بهرهٔ پول در میان قواعد سنتی کامن‌لا، دو قاعده وجود داشت: بر اساس قاعدهٔ اول، چنانچه نقض قرارداد شامل قصور خوانده در پرداخت پول باشد، ضرر و زیان خواهان تنها همان مبلغ معین اصلی را شامل می‌شود. قاعدهٔ دوم بر این مبتنی است که دین به‌تنهایی نمی‌تواند واجد منفعت باشد و برای آن سودی منظور نخواهد شد؛ به دیگر سخن، برابر با این قاعده، «پول سودی به همراه ندارد». این دو قاعده درواقع برگرفته از قواعد اخلاقی کلیسا بود[۱۹]. بنابراین، مدیون می‌توانست با اِعمال مطلق قواعد یادشده، از پرداخت مبلغ مازاد بر مبلغ اصل دین معاف شود و همین موضوع برای بستانکاران با توجه به نرخ‌های بهره و تورم، مشکل‌آفرین شد. درجهت رفع این مشکل، کمیسیون مشورتی حقوقی طی گزارشی در سال ۱۹۷۸ از دولت

۱۸. برای مطالعهٔ بیشتر، نک: غلامعلی صدقی، «وجه التزام ناشی از تعهدات پولی: تحلیل مبانی فقهی و حقوقی و پاسخ به سؤالات، اشکالات و ابهامات رأی وحدت رویهٔ ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور»، *مجموعهٔ حقوقی* (دیوان عالی کشور)، ش ۱ (۱۴۰۰)، ص ۲۶۰-۲۶۷.

19. William V. Reynolds, *an Introduction to the Law of Contract*, (Oxford Clarendon Press, Forth. ed., 1990), p. 484.

خواست که این قاعده اصلاح شود، اما دولت با آن پیشنهاد مخالفت کرد[۲۰].

با وجود این، مراتب پیش‌گفته مانع از آن نشد که قواعد اخیر به‌صورت مطلق باقی بماند، بلکه هم قانون‌گذار انگلیس و هم دادگاه‌های این کشور به‌تدریج به تخصیص قواعد یادشده مبادرت کرده، دایرهٔ شمول آن را بسیار محدود نمودند که می‌توان به‌ترتیب به موارد زیر اشاره کرد:

الف) توافق طرفین. از استثناهای این قاعده که از سوی دادگاه‌های انصاف وضع شده، آن است که اگر طرفین به‌صراحت پرداخت خسارت تأخیر تأدیه را در قرارداد خود شرط کرده، توافق نمایند که در صورت تأخیر در پرداخت به‌موقعِ وجه نقدی که مبلغ آن مشخص است، طرف مقابل باید سود و بهرهٔ پول را به زیان‌دیده پرداخت کند، این توافق، معتبر و نافذ تلقی شده، نقض‌کنندهٔ شرط پیش‌گفته، مکلف به جبران خسارات نامبرده خواهد شد. البته این وضعیت، خود دو احتمال دارد؛ یکی آنکه مبلغ خسارت نیز در قرارداد معین شده باشد، و دیگری آنکه تعیین آن به‌عهدهٔ دادگاه یا داور گذارده شده باشد.

ب) شرط ضمنی در قرارداد. هرگاه از کلیهٔ اوضاع و احوال مرتبط با قرارداد این شرط ضمنی استخراج شود که طرفین در حین انعقاد قرارداد، به لزوم جبران خسارت تأخیر تأدیه از سوی طرف ناقض قرارداد توجه داشته‌اند، دادگاه با استنباط از شرط یادشده، مکلف به تبعیت از آن و منظور نمودن خسارت پیش‌گفته است[۲۱].

ج) هرگاه دین، از وثیقهٔ تجاری ناشی شود؛ به این معنی که در معاملات تجاری، شخصی در ازای دین خود، وثیقه‌ای قرار داده، سپس در تأدیهٔ دین خود در موعد مقرر قصور ورزد، در این صورت، بهره به دین تعلق خواهد گرفت[۲۲]. در این خصوص، مادهٔ ۹ قانون بهرهٔ تأخیر در پرداخت دیون تجاری مصوب ۱۹۹۸[۲۳]، به طرفین قرارداد که معمولاً شامل شرکت‌های تجاری یا مدنی می‌شود، این امکان را می‌دهد که نرخ بهره را تغییر دهند. این تغییرات مشروط به این است که

20. Cheshire.Fifoot and Furmstons, *Law of Contract*. (London: Butter Worts, Seventeenth. ed. 1986), p. 2017.
21. Treitel Guenter H, *An Outline of the Law of Contract*,(Oxford University Press, 6th Ed. 2005), p. 306.
22. Barker Pafifield.Coline.F, *Law Mad Simple*, (Twelve. ed. 2002), p. 241.
23. Late Payment of Commercial Debts Act 1998, Article 9.

نرخ بهرهٔ تعیین‌شده دارای ضمانت اجرایی مؤثر باشد. مفهوم ضمانت اجرایی مؤثر به این معناست که نرخ بهرهٔ توافق‌شده باید عادلانه و منطقی باشد، به‌گونه‌ای که بتواند خسارات ناشی از تأخیر در پرداخت دیون تجاری را جبران کند و همچنین موجب ایجاد انگیزه برای پرداخت به‌موقع دیون از سوی بدهکاران شود. به دیگر سخن، نرخ بهرهٔ توافقی نباید کمتر از خسارت ناشی از کاهش ارزش پول و نیز خسارت ناشی از محرومیت متعهدله از بهره بردن از منافع پول، در مدت زمان تأخیر (بهره) باشد؛ در غیر این صورت، بدهکاران ممکن است تمایل داشته باشند که پرداخت دیون خود را به تأخیر بیندازند. به این ترتیب، این امکان قانونی برای تمامی کسب‌وکارها و نیز بخش عمومی فراهم آمد تا بتوانند بهرهٔ ناشی از تأخیر در تأدیهٔ تعهدات پولیِ قراردادی را از دیگر کسب‌وکارها و دیگر بخش‌های عمومی مطالبه کنند.

د) تأخیر تأدیه در دیون ناشی از سفته و برات که این استثنا در مقررات مربوط به اسناد تجاری پیش‌گفته وضع شده است[۲۴].

اما پرسش اساسی در نحوهٔ جبران خسارت و محاسبهٔ میزان خسارت تأخیر تأدیه مطرح می‌شود.

در نظام حقوقی انگلستان، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد به دو روش انجام می‌شود: نخست، «خسارات ازپیش تعیین‌شده»[۲۵] یا «خسارت توافق‌شده»[۲۶] که این نوع خسارت، مبلغی است که طرفین قرارداد از پیش در متن قرارداد مشخص کرده‌اند، به‌گونه‌ای که چنانچه یکی از طرفین به تعهدات خود عمل نکند، طرف زیان‌دیده می‌تواند بر اساس این توافق، مبلغ یادشده را مطالبه نماید و دوم، «وجه التزام قضایی»[۲۷] که در این شیوه، تعیین میزان خسارت به قاضی یا داور رسیدگی‌کننده واگذار می‌شود. در واقع، این نوع خسارت بر اساس ارزیابی قاضی یا داور و شرایط خاص پرونده تعیین می‌گردد. اصولاً در حقوق انگلستان، اصل آزادی طرفین در توافقات معتبر است و تا جایی که توافق بر میزان خسارت تأخیر تأدیه، بیانگر تخمین صادقانه از میزان زیانی باشد که در اثر نقض قرارداد به طرف زیان‌دیده وارد می‌آید، معتبر خواهد بود و دادگاه‌ها

24. Barker Pafifield. Coline.F, *Law Mad Simple*, (Twelve. ed. 2002), p. 241.
25. Liquidates Damages.
26. Agreed Damages.
27. Unliguidated Damages.

خود را مکلف به پذیرش آن و عدم دخالت در کم و کیفش دانسته، برای خویش اختیاری بر دخل و تصرف در آن قائل نیستند[۲۸]. البته شایان ذکر است که شرط تعیین خسارت در قراردادها، در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلیس تنها در صورتی معتبر و مؤثر است که تمام شرایط لازم برای صحت قرارداد در آن رعایت شده باشد. در غیر این صورت، آن شرط باطل و بی‌اثر تلقی خواهد شد. در حقوق انگلیس می‌توان آرای متعددی را مشاهده کرد که به دلیل بطلان و عدم اعتبار شرط، دادگاه به آن توجهی نکرده است. برای نمونه، در یک پرونده[۲۹]، خواهان که یک دلال پشم بود، پس از بازنشستگی‌اش، از سوی خوانده (کارفرما) پیشنهادی برای دریافت حقوق بازنشستگی دریافت کرد، مشروط بر اینکه [به‌طور غیرمنصفانه‌ای] با کارفرمای سابق خود رقابت نکند. با این حال، او بعداً برای دریافت حقوق بازنشستگی معوقه‌اش، خوانده را تحت تعقیب قرار داد. دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که توافق برای پرداخت حقوق بازنشستگی، موجب محدودیت‌های تجاری شده، شرط پیش‌گفته به دلیل نامعقول (تحمیلی) بودن، جامعه را از خدمات خواهان بی‌بهره می‌ساخته است[۳۰]. اما درصورتی که شرط قراردادی الزام به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه، تخمین صادقانه‌ای از میزان زیان نباشد، بلکه بیشتر ماهیتی مبنی بر تهدید و مجازات متخلف و به دیگر سخن، جنبهٔ تحذیری داشته باشد تا طرف متعهد را به اجرای تعهد خود وادارد و درواقع، هدف از اشتراط آن، واداشتن متعهد به اجرای تعهد اصلی باشد، «شرط جریمه[۳۱] یا تنبیهی» نام دارد. رویهٔ قضایی در بعضی موارد ملاک‌هایی را در این خصوص در جهت راهنمایی دادگاه‌ها ارائه نموده است؛ ازجمله اینکه هرگاه مبلغ تعیین‌شده در قیاس با بیشترین ضرر زیان‌دیده به جهت نقض قرارداد، آن‌چنان مبالغه‌آمیز و غیرمنصفانه باشد که نتوان آن را معقول و متناسب تلقی کرد، این شرط جزء شروط تنبیهی بوده، از اجرای آن خودداری می‌شود. به‌طور مشخص، آنگاه که نقض قرارداد ناشی از عدم پرداخت دین پولی بوده، مبلغی که به‌عنوان ضمانت اجرای نقض بر طبق قرارداد قابل پرداخت است، بیش از اصل مبلغ مورد تعهد باشد، این شرط، تنبیهی دانسته می‌شود[۳۲]. ازآنجایی که شروط یادشده به‌گونهٔ معقولی در جهت تقویم خسارات واقعی درج

28. Carter J. & Peden, E, "A Good Faith Perspective on Liquidated Damages", *Kournal of Contract Law*, No. 3, p. 157.
29. Wyatt v. Linger and Fernau" c.a, 1933.
30. Jackson Powell (J), *Professional Negligence*, (London. Sweet & Maxwell, 3th. Ed.1992), p. 89.
31. Penalty Damages.
32. Tritel, *op.cit* and Pafifield, *op.cit*.

نمی‌شوند و از سویی دیگر، هدف اصلی از جبران خسارات قراردادی، قرارگرفتن خواهان در وضعیتی است که تصور می‌شد در صورت انجام تعهدات قراردادی از سوی طرف مقابل، در آن وضعیت قرار می‌گرفت، شرط جریمه، هدف یادشده را نقض می‌کند؛ بنابراین دادگاه‌های انگلیس این شرط را غیرقابل اجرا محسوب کرده، از معتبر دانستن آن امتناع ورزیدند و خود درصدد تعیین و تقویم خسارات وارده در اثر نقض قرارداد برآمدند؛ گویی که قرارداد در این خصوص متضمن شرطی نبوده است[۳۳] و حکم به تعدیل وجه التزام تحمیلی (غیرمنصفانه) می‌دهند[۳۴]. دادگاه‌ها در این‌باره اغلب نرخ تجاری را برای تعیین میزان خسارت وارده به‌کار می‌گیرند. دادگاه‌ها معمولاً برای محاسبهٔ خسارت‌های واردشده، از نرخ تجاری استفاده می‌کنند. این نرخ بر اساس ادلهٔ ارائه‌شده از سوی طرفین یا در برخی موارد بر اساس نرخ خواهان در پرونده‌های مشابه، برای تعیین مبلغ قابل پرداخت تعیین می‌شود[۳۵].

اما در حقوق ایران، تفکیکی میان این دو قسم از شروط دیده نمی‌شود و پرسشی که پیش می‌آید آن است که حدود آزادی طرفین در تعیین مبلغ قابل پرداخت تا چه اندازه است؟ آیا آنان آزادند که به هر نحو و میزان که بخواهند مبلغ یادشده را تعیین کنند؟

چنانچه در متنِ خود رأی وحدت رویه ملاحظه می‌شود، تعیین وجه التزام تعهدات پولی به میزان بیش از نرخ تورم، مشروط به عدم مغایرت با قوانین و مقررات امری گردیده و در قسمت اخیر آن نیز به مادهٔ ۶ قانون آیین دادرسی مدنی استناد شده است. موضوع کلیدی در این خصوص آن است که قوانین و مقررات امری در این زمینه شامل چه مواردی است؟ برای نمونه مادهٔ ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی به‌عنوان یکی از مبانی محدودکنندهٔ تعیین وجه التزام است؛ چراکه قانون یادشده، بحث شروط تحمیلی (غیرمنصفانه) را مطرح نموده و مقرر داشته است شروطی که در قراردادها لحاظ می‌شود، باید درجه‌ای از انصاف را که قانون حمایت از مصرف‌کننده الزامات آن را مشخص کرده است دارا باشد. همچنین در قانون دریایی به امکان

33. Shaw, R, Liquidates Damages: Update Following Ringrow v BP, https://www.Lavan.com.au/images/galleries/Lavan_Legal._Liquidated_damages_update_following_Ringrow_v_BP._22_March_2012. Pdf, 2012. p. 1.
34. Chity, *Chity on Contracts*, (London: Sweet and Maxwell, 2004), p. 109.
35. John Y Gotanda, *A Study of Interest*, (Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory, No.10 2007), p. 16.

ابطال یا تغییر قراردهای کمک و نجاتی که تحمیلی باشد، اشاره شده است[۳۶]. در قوانین پیش‌گفته بر لزوم منصفانه بودن شروط نسبت به مصرف‌کنندگان تأکید شده، شروط تحمیلی معتبر شناخته نشده است. از سوی دیگر، در رأی وحدت رویهٔ اخیر، به مادهٔ ۶ قانون آیین دادرسی مدنی استناد شده است که مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». به همین جهت و با استناد به قاعدهٔ لاضرر می‌توان گفت شروط تعیین خسارت ناشی از عدم ایفای به‌موقع تعهدات پولی تا جایی معتبر است که مخل نظم عمومی نباشد؛ به این معنا که صرفاً به جهت پوشش خسارات وارده به دائن پرداخت گردد و منجر به صدق عنوان ربا نشود. البته، در مواردی که خسارت تأخیر تأدیه به مبالغی گزاف شرط می‌شود، مشخص است که هدف از آن نه جبران واقعی خسارت، بلکه بیشتر تهدید و کیفر برای شخصی است که در ایفای تعهد پولی خود تأخیر می‌کند.

در جهت تحلیل بهتر موضوع در مبحث آینده، صوری که در قالب آنها خسارت تأخیر تأدیهٔ مازاد بر نرخ تورم به‌عنوان خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد قابل مطالبه خواهد بود، بررسی می‌گردد تا از رهگذر آن، حدود آزادی طرفین در تعیین انواع خسارات تأخیر تأدیهٔ مازاد بر نرخ تورم که منجر به ربا نمی‌شود و شرایط حاکم بر آنها، ترسیم گردد.

۲. خسارت تأخیر تأدیه به‌عنوان ضمان قهری

در بررسی خسارت تأخیر تأدیه در قالب ضمان قهری به این مسئله خواهیم پرداخت که عدم انجام تعهد پولی در سررسید مشخص، ممکن است خساراتی را به متعهدله وارد سازد؛ برای نمونه درصورتی که متعهدله (که تاجری سرشناس است) مبلغ موضوع دین را در اختیار می‌داشت، می‌توانست آن را در معاملات سودآور سرمایه‌گذاری کند و با تأخیر متعهد در پرداخت دین در سررسید، از این رهگذر به ایشان خساراتی چند وارد آمده است. با صدور رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۰۵ در سال ۱۳۹۹، به‌صراحت امکان توافق طرفین بر مبلغی بیش از نرخ تورم بانک مرکزی به‌عنوان مبلغ قابل پرداخت در فرض تأخیر در پرداخت تعهد پولی تجویز شده، بنابراین می‌توان

۳۶. محمد ساردویی‌نسب و سیدجعفر کاظم‌پور، «مؤلفه‌های غیرمنصفانه‌بودن قرارداد»، *حقوقی دادگستر*، ش ۷۵ (۱۳۹۰)، ص ۳۷-۷۴.

گفت ماهیت حکم مندرج در مادۀ ۵۲۲ ق.آ.د.م تا حد بسیار زیادی به جبران خسارت نزدیک شده است.

خسارت تأخیر تأدیه در قالب ضمان قهری در چندین قالب قابل بررسی است که در این مبحث تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارات نوعی، خسارات مبتنی بر تقصیر شخص، و خسارت اتفاقی بیان خواهد شد.

۱.۲. خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارت نوعی

پول نوعاً در جامعه سود به همراه دارد و برای اثبات آن دلیلی مطالبه نمی‌شود؛ در واقع، خسارت نوعی، بهره یا سود پولی است که به‌عنوان امتیاز قرض دادن پول، به شخص دائن پرداخت می‌شود و مدیون باید برای جبران استفاده از پول، آن را بپردازد؛ بدون آنکه نیاز باشد تقصیر وی در ایراد خسارت یا میزان خسارت وارده از سوی دائن ثابت شود. بعضی از عواملی که در محاسبۀ نوع و نرخ سود دخیل هستند عبارت‌اند از: هزینۀ فرصت (هزینۀ عدم توانایی دائن در استفاده از پول)، ریسک نکول یا ناتوانی مدیون در بازپرداخت پول، مدت زمانی که پول قرض داده می‌شود، و احتمال مداخلۀ دولت در نرخ سود و نقدینگی (در وام‌های بانکی). بنابراین برابر این قاعده که هرکس پول داشته باشد، می‌تواند از آن استفاده کند، این نوع از خسارت بدون نیاز به اقامۀ ادلۀ اثباتی، برای همگان قابل استناد خواهد بود. برای نمونه هنگامی که شخصی در بانک حساب پس‌انداز افتتاح می‌کند، بانک به آن شخص مبلغی را به‌عنوان سود می‌پردازد. این سود، هزینۀ فرصت‌های ازدست‌رفتۀ سرمایه‌گذاری وی در بانک است؛ زیرا او می‌توانست پول خود را وارد بازارهای دیگری ازجمله سهام، طلا، دلار و مسکن کند.

بانک مرکزی هر کشوری با ابزارهایی که در دست دارد، نرخ بهره یا سود سالانه را تعیین می‌کند؛ هرچه میزان نرخ بهرۀ بالاتر باشد، وام‌دهنده سود بیشتری دریافت خواهد کرد و وام‌گیرنده نیز موظف است مبلغ بیشتری را بازپرداخت کند. در حقوق انگلستان، اگر بانک‌ها پس از پایان مهلت تعیین‌شده، اعتبارهای تخصیص‌یافته را با تأخیر به ذی‌نفع پرداخت کنند، موظف به پرداخت خسارت ناشی از تأخیر خواهند بود؛ برای نمونه در پروندۀ حقوقی میان شرکت صادرکننده گروه ازالید و بانک اروپایی افریقا، مبلغ ۲۲،۱۲۵،۹۳۹ دلار به سود شرکت بریتانیایی حکم صادر شد. با این توضیح که با وجود آنکه مستندات لازم از سوی ذی‌نفع پیش از پایان

اعتبار تسلیم بانک شده بود، این بانک به مدت تقریبی دو ماه در پرداخت مبلغ یادشده تأخیر کرد. در این فاصله، ارزش دلار امریکا نسبت به پوند انگلستان، ۱۰۳ برابر کاهش یافت و درنتیجه، صادرکننده مبلغ ۲،۹۸۷،۱۷ پوند را به‌عنوان خسارت ناشی از افت ارزش دلار از بانک درخواست کرد. دادگاه استدلال کرد که بانک باید آگاه می‌بود که صادرکننده بریتانیایی قصد دارد به محض دریافت به‌موقع اعتبار، مبلغ تخصیص‌یافته را به پوند تبدیل کند و همچنین کاهش ارزش دلار برای بانک قابل پیش‌بینی بود. بنابراین، افزون بر مبلغ خسارت، دادگاه بانک را به پرداخت بهره نیز محکوم کرد. با توجه به رأی دادگاه، می‌توان گفت که بخشی از خسارت ناشی از تأخیر در پرداخت، به دلیل کاهش ارزش پول و بخشی دیگر مربوط به بهره است که با شرایطی در حقوق انگلستان قابل مطالبه است[۳۷].

در حقوق ایران، مادهٔ ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸، ذیل عنوان خسارت تأخیر تأدیه بیان می‌داشت: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است... خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲ درصد) محکوم‌به در سال است ... ». درواقع مطابق این ماده، صرف‌نظر از میزان نرخ تورم در جامعه (که منجر به کاهش ارزش پول می‌شود)، مدیون در صورت تأخیر در انجام تعهد پولی خود، موظف است مبلغ مقطوعی خسارت به دائن پرداخت نماید و برای مطالبهٔ این خسارت نوعی، دائن نیازی به اثبات تقصیر مدیون یا میزان خسارت واقعی که از این رهگذر به ایشان وارد شده است، ندارد. به بیانی دیگر، ممکن بود در سالی که میزان نرخ تورم در جامعه ۱ درصد است، مدیون موظف باشد که ۱۱ درصد خسارت نوعی به‌عنوان سود پولی که در پرداخت آن تأخیر نموده و دائن را از استفاده از آن محروم کرده است، پرداخت کند. به همین دلیل پس از وقوع انقلاب اسلامی، سازمان‌ها و مراجع قضایی پرسش‌ها و استفساریه‌های گوناگونی را دربارهٔ مشروعیت این نوع از خسارت تأخیر تأدیه مطرح کردند تا در نهایت امام خمینی (ره) در خصوص مواد ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامهٔ اجرایی مفاد اسناد رسمی، به‌صراحت این ماده را ربا و غیرشرعی اعلام کردند و شورای نگهبان نیز مواد مندرج در در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر مواد پراکنده دربارهٔ خسارت تأخیر تأدیه را برخلاف شرع دانست[۳۸].

37. Ozalid Group Export Ltd V. African Continental, 1979.

۳۸. سید عباس موسویان، *بررسی فقهی- حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۳۷.

در ارزیابی این دیدگاه باید گفت که تفاوت‌های اساسی میان ربا و خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارت نوعی (ناظر بر فرض عدم پرداخت به‌موقع تعهد پولی) وجود دارد و بنابراین شائبهٔ ربوی بودن آن محل نقد و تأمل جدی است؛ هرچند که نگاه به پیشینهٔ قانون‌گذاری در این موضوع پس از انقلاب اسلامی که به نسخ مادهٔ ۷۱۹ سابق و وضع مادهٔ ۵۲۲ فعلی منتهی شد، نشان می‌دهد که علت چنین تغییری از سوی قانون‌گذار، ریشه در ربالنگاری موضوع و تأمین نظر فقهای شورای نگهبان برای رفع این مشکل داشته است. در واقع قصد مشترک طرفین قراردادِ ربوی، پرداخت مال از یک طرف و بازپرداخت آن با اضافهٔ معین به طرف دیگر است، درحالی که فلسفهٔ پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به‌عنوان خسارت نوعی، جبران خسارات وارده به شخص دائن به دلیل عدم توانایی وی در استفاده از پول خود در مدت معین و تضمین انجام تعهد پرداخت مال در موعد مقرر است و این مبلغ بابت دیرکرد در بازپرداخت به‌موقع پول متوجهٔ طرف دیگر می‌شود[۳۹]، نه به عنوان مبلغ زیاده و اضافی.

در حقوق انگلیس همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، پس از گذار از مرحلهٔ عدم امکان دریافت خسارت در تعهدات پولی و سپس پذیرش امکان دریافت خسارت تأخیر تأدیه در صورت وجود شرط صریح یا ضمنی قراردادی، در نهایت بر اساس بخش ۳ از قانون اصلاح قوانین متفرقه مصوب ۱۹۳۴، به دادگاه‌ها اختیار داده شد که بدون لزوم توجه به شروط صریح، ضمنی و به‌طور مطلق، در تمامی موارد تأخیر در پرداخت دیون پولی، براساس شرایط حاکم بر آنها و به شرط اینکه از آنها درخواست شود بهره (خسارت نوعی) را محاسبه و در رأی خود منظور نمایند. طبق مادهٔ ۱۷ قانون احکام دادگاه‌ها مصوب ۱۸۳۸[۴۰]، مادهٔ ۳۵ قانون دادگاه عالی مصوب ۱۹۸۱ و مادهٔ ۶۹ قانون دادگاه‌های بخش مصوب ۱۹۸۴[۴۱]، درصورتی که خواسته مربوط به وجه نقد باشد، دادگاه‌ها موظف به صدور حکم پرداخت بهرهٔ ساده هستند. این حکم شامل تمامی مواردی است که منبع طلب، دین یا خسارت باشد و به مدت‌زمانی که دادگاه مناسب تشخیص دهد، تا زمان وصول طلب، بهرهٔ ساده با نرخ ۸ درصد تعیین می‌شود. همچنین، امکان دارد دادگاه‌ها با توجه به شرایط موجود، حکم به پرداخت بهره‌ای تا سقف ۳۰ درصد نیز صادر کنند، مشروط بر اینکه این

۳۹. ایرج بابایی، پیشین، ص ۱۶۷.

40. Judgments Act 1838, Article 17.
41, Count court Act 1984, Article 69.

نرخ عادلانه و متعارف باشد. به‌طور کلی، دادگاه‌های بخش و عالی، در تعیین نرخ بهرهٔ عادلانه و مدت زمان آن (که می‌تواند از زمان ایجاد دعوی یا تاریخ مطالبهٔ وجه یا هر زمان دیگری که مناسب بدانند، آغاز شود) دارای اختیارات قانونی هستند. افزون بر این، آنها می‌توانند بخشی از دین یا خسارت را نیز مشمول بهره قرار دهند[۴۲]. در نتیجه، با توجه به تحولات پیش‌گفته، روند کلی دادگاه‌های انگلیس در حال حاضر این است که بهره از طریق دریافت خسارت ناشی از تاخیر تادیهٔ پول قابل مطالبه بوده، مدیون به جبران و تأدیهٔ خسارات یادشده ملزم شناخته می‌شود.

۲.۲. خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارت مبتنی بر تقصیر شخص

ممکن است شخصی ادعا کند که خسارتی که از قِبَل تأخیر در انجام تعهد پولیِ متعهد به او وارد آمده، بیش از خسارت نوعی است که نهادهای اقتصادی به‌عنوان هزینهٔ عدم توانایی دائن در استفاده از مبلغ موضوع دین (با عنوان سود یا بهرهٔ پول) تعیین نموده‌اند؛ برای نمونه در حاکمیت قانون پیشین که نرخ خسارت تأخیر تأدیه بر اساس خسارت نوعی ۱۲ درصد تعیین شده بود، ممکن بود شخصی ادعا نماید درصورتی که آن پول در اختیار او می‌بود، می‌توانست با سرمایه‌گذاری در پروژه‌های سودآور، ۲۰ درصد سود به‌دست آورد. در چنین وضعیتی، مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر مطرح خواهد شد؛ به این معنا که برای جبران خسارت وارده (خسارت شخصی مورد ادعای دائن) اثبات تقصیر واردکنندهٔ زیان ضروری است. در واقع، کسی مکلف به جبران زیان وارده است که در ایجاد آن تقصیر داشته باشد. بنابراین، برابر این دیدگاه، در صورت تأخیر در انجام تعهدات پولی، دائن صرفاً مستحق دریافت کاهش ارزش پول (بر مبنای نرخ تورم) و خسارت نوعی ناشی از هزینهٔ ازدست‌رفته در استفاده از پول خود (بدون نیاز به اقامهٔ ادلهٔ اثباتی) خواهد بود؛ مگر آنکه بتواند مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، ثابت نماید که از عدم انجام این تعهد (تقصیر مدیون)، خسارت مشخصی بیش از مبالغ اخیر به وی وارد آمده است و از این بابت جبران خسارت وارده را از محاکم صالح قضایی تقاضا نماید[۴۳]. در واقع، زیان‌دیده موظف است ثابت نماید که خسارت وارده به ایشان قطعی و ناشی از تقصیر مدیون است و صِرف حدس

۴۲. باشکوه مظفر، «ماهیت خسارت تأخیر تأدیهٔ وجه نقد در حقوق ایران و انگلستان»، *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، ش ۱۸ (۱۳۹۱)، ص ۱۰۳ و ۱۰۴.

۴۳. همان، ص ۱۷۱ و ۱۷۲.

و گمان در این زمینه کفایت نمی‌کند[۴۴].

اما پرسشی در این خصوص پیش می‌آید: معیار تشخیص تقصیر در این موارد، شخصی است یا نوعی؟

بر اساس معیار انسان معقول و متعارف، تقصیر عبارت است از انجام کاری که انسانی فرضی در شرایط مشابه انجام نمی‌داد یا ترک کاری که در آن شرایط انجام می‌داد؛ درحالی که در معیار شخصی، به آن دسته از شرایط درونی شخص مقصر که در وقوع ضرر مؤثر بوده است، توجه خواهد شد و شخص در صورتی مقصر شناخته می‌شود که از نظر اخلاقی قابل سرزنش باشد[۴۵]. به‌نظر می‌رسد با توجه به دشواری ارزیابی و احراز شرایط درونی شخص خاطی، معیار نوعی تشخیص تقصیر برتری داشته، برای تشخیص مقصر بودن یا نبودن واردکنندهٔ زیان باید به این پرسش پاسخ داده شود: اگر منافع یا اموال زیان‌دیده متعلق به زیان‌زننده می‌بود، آیا همان‌گونه رفتار می‌کرد؟ به عبارت دیگر، آیا مدیون تحمل می‌کند که دیگری در پرداخت دین پولی خود چنان تأخیری نماید؟ درصورتی که پاسخ منفی باشد، او مقصر است[۴۶].

۳.۲. خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارات اتفاقی

احکام وضعی و تکلیفی که پیرامون انجام یا ترک افعال مختلف مطرح می‌شود، گاه با شدت و سختی همراه است و تحقق برخی شرایط، سبب سخت‌گیری بیشتر شارع یا مقنن نسبت به مرتکبان می‌شود[۴۷].

مطابق نظریهٔ تضمین حق که منجر به شناسایی مسئولیت مطلق برای زیان‌زننده می‌شود، واردکنندهٔ زیان مطلقاً مسئول جبران خسارت است و قوهٔ قاهره نیز رافع مسئولیت وی نخواهد

۴۴. منصور امینی و مونا عبدی، «بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظام‌های حقوقی ایالت متحدهٔ آمریکا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۴ (۱۴۰۰)، ص ۱.

۴۵. حسن بادینی، «نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی»، *دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۱ (۱۳۸۹)، ص ۷۳ و ۷۴.

46. Ernest Weinrib, "Toward a Moral theory of Negligence Law", *Law & Philosophy*, No. 2, (1983), p. 49-52.

به نقل از: حسن بادینی، *فلسفهٔ مسئولیت مدنی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۴۰۰)، ص ۱۳۰.

۴۷. عبداله خدابخشی، «الغاصب یوخذ بأشق الاحوال»، *فقه اهل بیت علیهم السلام*، ش ۶۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۰۸.

بود. ازجمله مهم‌ترین مصادیق این نظریه، مسئولیت غاصب است؛ برخورد سخت‌گیرانه با غاصب، از روایات و احکامی به‌دست می‌آید که در باب غصب صادر شده است؛ قاعدهٔ فقهی «اَلغَاصِبُ یُؤخَذُ بِأشَقِّ الأحوَالِ» اذعان می‌دارد: با غاصب به سخت‌ترین شیوه‌ها برخورد می‌شود[۴۸]. در واقع، از این قاعده، سخت‌گیری در تاوان و هزینه برداشت می‌شود؛ به این معنا که غاصب باید تمامی هزینه‌هایی را که برای انتقال مال به مالک لازم است، بپردازد و در این زمینه با او به هیچ عنوان مدارا نخواهد شد و برگرداندن عین و منافع مال- هرچند دربردارندهٔ مشقت و سختی بسیاری باشد- بر غاصب لازم است؛ البته تا هنگامی که برتابیدن آن مشقت ناممکن شود[۴۹]. بنابراین، ادلهٔ نفی حرج و ضرر از شخص غاصب روی‌گردان است[۵۰]. این نحوهٔ برخورد با غاصب، همان سخت‌ترین برخورد با غاصب است که تلاش‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و وقت گذاشته‌شده از سوی او را بی‌حاصل دانسته و برای آن ارزشی قائل نشده است.

امام خمینی (ره) در جلد دوم «کتاب البیع» بعد از اعلام انصراف ادلهٔ نفی حرج و ضرر از غاصب، بیانی دارند که نشان می‌دهد حکم سخت‌گیری بر غاصب، متوجهٔ کسی است که عالم به موضوع باشد و در این صورت، اگر هزینهٔ ردّ مال از حد متعارف فراتر رود یا موجب حرج شود نیز تحمیل می‌شود و اگر متصرف جاهل باشد، نمی‌توان بیشتر از حد معمول که سبب حرج او می‌شود، هزینه‌ای را بر او تحمیل کرد[۵۱]. ایشان همین تفصیل را در کتاب «المکاسب المحرمه» نیز بیان می‌دارند[۵۲]. شهید سید محمد صدر نیز بر این باور است که قدر متیقن از این قاعده، شخصی است که یا سوءنیت دارد یا به مصلحت خود عمل می‌کند، نه به مصلحت مالک[۵۳]. این امر نشان می‌دهد که اگر نیت غاصب از «سوء» به «حسن» تبدیل شود و به‌جای مصلحت خود به فکر رعایت حال مالک بیفتد، مشمول «اَلغَاصِبُ یُؤخَذُ بِأشَقِّ الأحوَالِ» نخواهد بود[۵۴].

۴۸. ابوالفضل علیشاهی، «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعدهٔ الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال و قلمرو مصداقی آن»، *فقه و اصول*، ش ۸۹ (۱۳۹۱)، ص ۱۲۵.

۴۹. محمد صدر، *ماوراء الفقه*، (بیروت: دارالاضواء، چ ۱، ۱۴۰۲ق)، ص ۳۱۳.

۵۰. روح‌الله خمینی، *کتاب البیع (تقریرات)*، تقریر: حسن قدیری، ج ۲، (بی‌جا: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا)، ص ۵۱۱.

۵۱. همان، ص ۵۱۱ و ۵۱۲.

۵۲. روح الله خمینی، *مکاسب محرمه*، ج ۲، (بی‌جا: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۴۱۵ ق)، ص ۳۹۸.

۵۳. محمد صدر، پیشین، ج ۴، ص ۳۳۱.

۵۴. همان، ج ۵، ص ۲۶.

مطابق آنچه گفته شد، معیار برخورد سخت‌گیرانه با غاصب، سوءنیت وی در استیلا و تصرف عدوانی مال غیر است؛ درصورتی که اگر سوءنیتی در کار نبود، فقط ضمان ید بر او جاری می‌شد بنابراین، می‌توان از این معیار در سایر مواردی که شخصی به نحو عدوان و با سوءنیت موجبات ایراد خسارت بر دیگری را فراهم می‌آورد، استفاده نمود؛ ازجمله در بحث موضوع این نوشتار، به این معنا که اگر مدیونی از پرداخت دین پولی خود در سررسید مشخص خودداری کند، درصورتی که سوءنیت او ثابت شود، نه‌تنها ملزم به جبران کاهش ارزش پول (ضمان قراردادی)، خسارت نوعی (به‌صورت مطلق) و خسارت مبتنی بر تقصیر شخص (در صورت اثبات تقصیر و میزان خسارت وارده) به دائن می‌گردد، بلکه موظف به جبران خسارات اتفاقی نیز خواهد بود؛ اگرچه مستند به فعل او نباشد. برای مثال، در فرضی که دائن ادعا می‌کند از تأخیر در پرداخت دینِ پولی مدیون، معاملهٔ سودآور وی به دلیل کمبود بودجهٔ مالی و برگشت‌خوردن چک‌هایش فسخ گردیده و وی به جهت برهم خوردن معامله مجبور شده است وجه التزام گزافی به طرف قراردادی‌اش بپردازد، درصورتی که سوءنیت مدیون در تأخیر در پرداخت دینش اثبات گردد، وی ملزم به پرداخت خسارات واردآمده به دائن به دلیل برهم خوردن معامله خواهد بود؛ اگرچه آن خسارات برای وی غیرقابل پیش‌بینی بوده و از آن اطلاعی نداشته باشد.

نتیجه

اگرچه با استناد به مادهٔ ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی به‌نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار در واقع جبران کاهش ارزش پول بر اساس شاخص نرخ تورم (ضمان جعلی) از سوی بدهکاران است، اما با تصویب رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۰۵ از جانب دیوان عالی کشور و پذیرش تعیین وجه التزام تعهدات پولی، بیش از شاخص بانک مرکزی تا هر میزان، و البته به شرط عدم مغایرت با قوانین امری ازجمله مقررات پولی، می‌توان گفت ماهیت خسارت تأخیر تأدیه تا حد بسیار زیادی به جبران خسارت در معنای واقعی خود (ضمان قهری) نزدیک شده و برای طرفین قراردادی (جز بانک‌ها) راهی گشوده تا از گذر توافق با یکدیگر و تعیین مبلغی معقول، برای جبران خسارتی که به سبب عدم پرداخت به‌موقع تعهد پولی به آنان وارد آمده است، اقدام کنند. این خسارات ذیل ضمان قهری شامل خسارات نوعی (مطلقاً و بدون نیاز به اثبات)، خسارات مبتنی بر تقصیر شخص (در صورت اثبات تقصیر مدیون در ایراد ضرر و میزان خسارت وارده) و خسارات اتفاقی (با

اثبات سوءنیت مدیون در ورود ضرر) خواهند بود که همگی با رعایت شرایط مقرر، به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه در معنای حقیقی خود قابل مطالبه و دریافت هستند.

اما در خصوص قلمرو آزادی ارادهٔ اشخاص در تعیین میزان خسارت تأخیر تأدیه، در حقوق انگلیس، دادگاه‌ها شروط ناظر بر تعیین خسارت تأخیر تأدیه را به دو دستهٔ شرط کیفری و شرط خسارت تعیین‌شده تقسیم می‌کنند و در جایی که به تشخیص دادگاه، توافق طرفین به جهت غیرمنصفانه بودنِ مبلغ قابل پرداخت، ماهیت مجازات و تنبیه و تهدید برای طرف متخلف داشته باشد، آن را معتبر ندانسته، در این حالت، میزان خسارت به‌وسیلهٔ دادگاه به روش معمول (ازجمله بر اساس نرخ تورم) ارزیابی می‌شود. در حقوق ایران نیز با استناد به رأی وحدت رویهٔ اخیر و همچنین قاعدهٔ لاضرر، تعیین وجه التزام تعهدات پولی به میزان بیش از نرخ تورم منوط به رعایت مقررات مادهٔ ۶ آیین دادرسی مدنی و عدم مغایرت با قوانین و مقررات امری شده، به همین جهت می‌توان گفت شروط تعیین خسارت ناشی از عدم ایفای به‌موقع تعهدات پولی تا جایی معتبر است که تحت عنوان شرط تحمیلی، مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه نباشد؛ به این معنا که ارزیابی میزان خسارات واقعی وارده به متعهدله باشد، نه مبلغ مازاد و گزاف به‌عنوان ربا.

درنهایت پیشنهاد می‌شود، متن مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به این شرح اصلاح گردد: «مدیون ملزم به پرداخت خسارت ناشی از تاخیر تأدیهٔ دین پولی از نوع وجه رایج کشور، از تاریخ مطالبه و بر اساس شاخص سالانهٔ اعلامی بانک مرکزی خواهد بود. متعهدله بدون نیاز به اثبات ورود هرگونه ضرر، مستحق دریافت این خسارت می‌باشد. چنانچه متعهد به‌واسطهٔ سوءنیت خود موجب ورود خسارتی غیر از خسارت تأخیر تأدیهٔ نوعی شده باشد، متعهدله می‌تواند آن را نیز مطالبه نماید. دریافت سایر خسارات وارده، منوط به اثبات تقصیر مدیون مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی می‌باشد».

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. بابایی، ایرج (۱۳۹۹). ***حقوق مسئولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویهٔ قضایی***، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوهٔ قضائیه.

۲. بادینی، حسن (۱۴۰۰). ***فلسفهٔ مسئولیت مدنی***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳. شهیدی، مهدی (۱۴۰۱). ***حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات***، تهران: مجد.

۴. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۹). ***مسئولیت مدنی تطبیقی***، تهران: شهر دانش.

۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران: سهامی انتشار.

۶. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). ***نظریهٔ عمومی تعهدات***، تهران: میزان.

۷. مکارم شیرازی، ناصر و علیان‌نژادی، ابوالقاسم (۱۳۹۵). ***ربا و بانک‌داری اسلامی***، قم: امام علی‌بن ابی‌طالب.

۸. موسویان، سید عباس (۱۳۸۹). ***بررسی فقهی- حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران***، تهران: جنگل.

۹. میشیکین، فردریک (۱۳۹۶). ***پول، ارز، بانکداری***، ترجمهٔ علی جهانخانی و علی پارساییان، تهران: سمت.

- مقالات

۱۰. آقایی، کامران (۱۳۹۶). مادهٔ ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در آیین نظریهٔ تعدیل پول، ***تحقیقات حقوقی***، ۲۰ (۸۰)، ۲۳۹-۲۵۸. Doi: 10.22034/jlr.2018.112782.1086

۱۱. امینی، منصور و عبدی، مونا (۱۴۰۰). بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظام‌های حقوقی ایالت متحدهٔ آمریکا و ایران، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۲ (۲۴)، ۱-۳۳. Doi: 10.22034/LAW.2021.13954

۱۲. بادینی، حسن (۱۳۸۹). نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی، ***دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران***، ۴۰ (۱)، ۷۳-۹۳.

۱۳. توسلی، محمداسماعیل (۱۳۸۴). بررسی و نقد نظریات برخی از اندیشوران اسلامی دربارهٔ ماهیت پول، ***اقتصاد اسلامی***، ۵ (۱۹)، ۱۲۳-۱۵۱.

۱۴. خدابخشی، عبداله (۱۳۸۹). الغاصب یوخذ بأشق الاحوال، ***فقه اهل بیت علیهم السلام***، ۱۶ (۶۱)، ۱۰۷-۱۳۶.

۱۵. ساردویی‌نسب، محمد و کاظم‌پور، سید جعفر (۱۳۹۰). مؤلفه‌های غیرمنصفانه‌بودن قرارداد، ***حقوقی دادگستر***، ۷۵ (۷۵)،۳۷-۷۳. Doi: 10.22106/jlj.2011.11076

۱۶. صدقی، غلامعلی (۱۴۰۰). وجه التزام ناشی از تعهدات پولی: تحلیل مبانی فقهی و حقوقی و پاسخ به سؤالات، اشکالات و ابهامات رأی وحدت‌رویهٔ ۸۰۵ هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور، ***مجموعهٔ حقوقی*** (دیوان عالی کشور)، (۱)، ۲۳۱-۲۷۸.

۱۷. علیشاهی، ابوالفضل (۱۳۹۱). نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعدهٔ الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال و قلمرو مصداقی آن، ***فقه و اصول***، ۸۹ (۴۴)، ۱۲۵-۱۵۰.

۱۸. کریمی، عباس و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۹). تحلیل رأی وحدت‌رویهٔ شمارهٔ ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها، ***دانشنامهٔ حقوق اقتصادی***، ۲۷ (۱۷)، ۱-۲۴.
Doi: 10.22067/lowecon.2021.47236.0

۱۹. مظفر، باشکوه (۱۳۹۱). ماهیت خسارت تأخیر تأدیهٔ وجه نقد در حقوق ایران و انگلستان، ***تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری***، ۱۸ (۸)، ۹۵-۱۱۸.

۲۰. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۲). مطالعهٔ تطبیقی تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه، ***اقتصاد اسلامی***، ۳ (۱۲)، ۹۳-۱۰۹.

۲۱. یزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ ابهری، حمید؛ بهرامی، حسین (۱۳۹۱). مفهوم و ماهیت پول و ضمان مربوط به کاهش ارزش و خسارت تأخیر تأدیه در بازپرداخت قرض اسکناس، ***مطالعات فقه و حقوق اسلامی***، ۲۷، ۹-۳۴.

ب) منابع عربی

۲۲. خمینی، روح‌الله (بی‌تا). ***کتاب البیع (تقریرات)***، تقریر: حسن قدیری، بی‌جا: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲۳. خمینی، روح‌الله (۱۴۱۵ق). ***مکاسب محرمه***، بی‌جا: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲۴. صدر، محمد (۱۴۰۲ق). ***ماوراء الفقه***، بیروت: دارالاضواء.

ج) منابع انگلیسی

- Books

25. Treitel, Guenter H (2005). ***An Outline of the Law of Contract***, Oxford University Press.

26. Powell (J), Jackson (1992). ***Professional Negligence***, London: Sweet & Maxwell.

27. Gotanda, John Y. (2007). ***A Study of Interest***, Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory.

28. Cheshire, Atiyah, p.s. (2006). ***An Introduction to the Law of Contract***, Oxford Clarendon Press.

29. Cheshire.Fifoot, Furmstons (1986). ***Law of Contract***, London: Butter Worts.

30. Beale, Hugh (2004). ***Chity on Contracts***, London: Sweet and Maxwell.

31. Trietel, Guenter H (1989). ***An Outline of the Law of Contract***, London: Butlet Worrth .

32. Pafifield, Coline.F (2002). ***Barker***, Law Mad Simple.

33. V. Reynolds, William (1990). ***An Introduction to the Law of Contract***, Oxford Clarendon Press.

- Articles

34. Carter, J. & Peden, E (2007). A Good Faith Perspective on Liquidated Damages, ***Kournal of Contract law***, 23 (3), p. 157-179.

35. Shaw. R (2012). Liquidates Damages: Update Following Ringrow v BP, https://www. Lavan. com. au/images/galleries/Lavan_Legal._Liquidated_damages_update_following_Ringrow_v_BP._22_March_2012. Pdf.

36. Weinrib, Ernest, (1983). Toward a Moral Theory of Negligence Law, ***Law & Philosophy***.

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 165-197

The Impact of Class Mobility on Delinquency in Iran

Hamed Mosayyebzadeh[1]| Seyyed Mahoud Mirkhalili[2]| Mohammadjavad Fathi[3]| Shahrdad Darabi[4]

1. Ph.D Candidate in Criminal Law and Criminology, University of Tehran Aras International Campus, Iran (Corresponding Author) mosayyebzade@gmail.com
2. Professor, Department of Law, University of Tehran, Iran mirkhalili@ut.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Law, University of Tehran, Iran mjfathi@ut.ac.ir
4. Associate Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Qom Branch, Iran shahrdad.darabi@iau.ir

Abstract

Class gap is one of the most important social and criminological issues. It is one of the important factors affecting crime. Transfer of people to another class or their efforts to stay in one class has a significant effect on committing crimes. Class mobility is the process of changing within a class and moving from one class status to another - either up or down. The author seeks to find solutions to answer why and how class mobility affects delinquency in Iran. The basic question of the article is, what is the process of the influence of class mobility on delinquency in Iran? In response, the basic hypothesis is that the presence of a strong motivation to move up in the social classes and the lack of necessary legal facilities from an economic, social, and cultural point of view provide grounds for committing crimes. The factors that create the basis for crime in Iran, including the chaotic socio-economic situation and the administrative system, the confusion of social classes due to the excessive increase in inflation and the devaluation of the national currency, and the spread of marginalization, are the result of class movements in Iran and has had a significant impact on the crime caused by the confusion of social classes and has also led to the occurrence of economic, financial and administrative corruption such as theft, fraud, embezzlement and currency-related crimes. Class mobility directly targets economic-financial platforms before targeting other social areas. However, it may indirectly affect the progressive rate of crimes against security and comfort or crimes against the physical integrity of citizens. Merton's pressure theory justifies the corresponding rate of crime in Iranian society, and among all the factors, the inconsistency between the legal means and goals of society is considered the most important factor in the direction towards crime.

Keywords: *social Mobility, Class Mobility, Delinquency, Iran, Crime*.

Received: 2024/07/14 **Received in revised form:** 2025/02/13 **Accepted**: 2025/02/25 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.61227.3399

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

دوره: ۱۶، شماره: ۳۸

بهار ۱۴۰۴

نوع مقاله: پژوهشی **صفحات:** ۱۶۵-۱۹۷

تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در ایران

حامد مسیب‌زاده[۱]| سید محمود میرخلیلی[۲]| محمدجواد فتحی[۳]| شهرداد دارابی[۴]

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی پردیس بین‌المللی ارس دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول) mosayyebzade@gmail.com

۲. استاد گروه حقوق دانشگاه تهران، ایران mirkhalili@ut.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران، ایران mjfathi@ut.ac.ir

۴. دانشیار گروه حقوق دانشگاه آزا اسلامی، واحد قم، ایران shahrdad.darabi@iau.ir

چکیده

فاصلهٔ طبقاتی یکی از مهم‌ترین مسائل اجتماعی و جرم‌شناختی است. تحرک طبقاتی ازجمله مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر بر بزهکاری است. تحرک طبقاتی، روند تغییر در یک طبقه و حرکت از یک وضعیت طبقاتی به وضعیت دیگر در مسیری نزولی یا صعودی به‌شمار می‌رود. در این جستار، به یافتن راهکارهایی که بتواند به چرایی و چگونگی تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در جامعهٔ ایران پاسخ درخوری بدهد، همت شده است. از این رو، پرسش اساسی این مقاله این بوده که فرایند تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در جامعهٔ ایران چگونه است؟ در پاسخ، فرضیه اساسی بر این محور قرار داشته که وجود انگیزهٔ قوی برای حرکت طولی در طبقات اجتماعی به سمت بالا و فقدان امکانات و ابزارهای قانونی لازم از جهت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ... در راستای این تحرک، موجب فراهم شدن زمینه‌های ارتکاب جرم می‌شود. یافته‌های پژوهش بر این محور قرار دارد که مؤلفه‌های بسترساز جرم در ایران ازجمله اوضاع نابسامان اجتماعی- اقتصادی و نظام اداری، به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی ناشی از افزایش بی‌رویهٔ تورم، کاهش ارزش پول ملی و گسترش حاشیه‌نشینی، برآیند تحرکات طبقاتی در ایران بوده و بر بزهکاریِ ناشی از به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی تأثیر بسزایی داشته و رخداد جرایم اقتصادی، مالی و فساد اداری همچون سرقت، کلاهبرداری، اختلاس و جرایم مربوط به حوزهٔ ارز را نیز به‌دنبال داشته است؛ زیرا تحرک طبقاتی پیش از آنکه سایر حوزه‌های اجتماعی را آماج قرار دهد، مستقیماً بسترهای اقتصادی- مالی را نشانه می‌گیرد؛ هرچند که به تبع آن و غیرمستقیم ممکن است بر سیر تصاعدی نرخ جرایم ضد امنیت و آسایش یا جرایم علیه تمامیت جسمانی شهروندان اثر بگذارد. همچنین نظریهٔ فشار مرتن به میزان زیادی رویداد جرایم در جامعه ایران را توجیه می‌نماید و از بین تمام مؤلفه‌ها، ناهمـاهنگی میان ابزارها و هدف‌های قانونیِ جامعه، عمده‌ترین مؤلفه در جهت‌گیری به سمت جرم قلمداد می‌شوند.

واژگان کلیدی: *ایران، بزهکاری، تحرک اجتماعی، تحرک طبقاتی، جرم*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۴ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۳/۱۱/۲۵ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۳/۱۲/۰۷ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.61227.3399

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

CC BY NC

مقدمه

رابطهٔ میان منشأ طبقاتی و مقصد طبقاتی، پرسش محوری در مورد عدالت در جامعهٔ معاصر است[۱]. امکان گذار آزادانهٔ افراد و گروه‌ها از جایگاهی به جایگاهِ دیگر در جامعه یا «تحرک اجتماعی» و امکان ارتقای کارکنان سازمان‌ها و نهادها به موقعیت، مرتبه و منصب بالاتر یا «تحرک شغلی»، همواره در جامعه و سازمان‌های دولتی با عوامل بازدارنده‌ای روبه‌رو بوده‌اند[۲]. با توجه به اهمیت تحلیل طبقاتی در درک مسائل اجتماعی، از این سطح تحلیل به‌عنوان عامل مهمی در نگرش اقتصادی، اجتماعی و سیاسی جامعه استفاده می‌شود. تحرک اجتماعی صعودی یا نزولی در ساخت طبقاتی معمول نیست. تفاوت‌های اقتصادیِ میان گروه‌بندی‌های افراد و میزان تملک و کنترل منابع مادی در تعریف طبقات اجتماعی مؤثرند. طبقات اقتصادی معمولاً از طریق میزان برخورداری از ثروت یا متوسط درآمد تفکیک می‌شوند[۳].

اقتصادهایی که تحرک اجتماعی بیشتری دارند، فرصت‌های فراوانی یعنی یک جایگاه برابر و شایسته‌سالارانه صرف‌نظر از پیشینهٔ اجتماعی- اقتصادی، موقعیت جغرافیایی، جنسیت یا منشأ را فراهم می‌کنند. تحرک اجتماعیِ کم، نابرابری‌های تاریخی و بالاتر را تقویت می‌کند و نابرابری‌های درآمدی باعث تحرک اجتماعی کمتر می‌شود. افزایش تحرک اجتماعی می‌تواند این چرخهٔ معیوب را به یک چرخهٔ بافضیلت تبدیل کند و تأثیر مثبتی بر رشد اقتصادی گسترده‌تر داشته باشد[۴].

تحرک اجتماعی و به تبع آن، تحرک طبقاتی، یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر بر بزهکاری است. تحرک و جابه‌جایی افراد به طبقه دیگر و یا تلاش آنها برای ماندن در یک طبقه، تأثیر بسزایی بر ارتکاب انواع گوناگون جرایم دارد. تحرک طبقاتی ناظر به تغییرات وضعیت تعلق

1. Daniel Laurison, D. Dow, and C. Chernoff. "Class Mobility and Reproduction for Black and White Adults in the United States: A Visualization". Socius: Sociological Research for a Dynamic World (2020).

۲. حمید تنکابنی، «موانع تحرک اجتماعی و تأثیرات آن در تحرک شغلی کارکنان سازمانهای دولتی و پیامدهای آن»، *جامعه‌پژوهی فرهنگی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*، ش ۳ (۱۳۹۲)، ص ۱.

3. Rahim Baizidi, "Paradoxical Class: Paradox of Interest in Middle Class and Political Conservatism", *Asian Journal of Political Science*, Issue 3, (2019),.

4. The Global Social Mobility Report, January (2020), p. 5.

طبقاتی افراد در جوامع است. انگیزۀ افراد برای ارتقای موقعیت اجتماعی و حرکت به طبقۀ اجتماعی بالاتر در جوامع مختلف متفاوت است که این مهم در جامعۀ ایران به‌طور جدی وجود دارد. وجود انگیزۀ قوی برای حرکت طولی در طبقات اجتماعی به سمت بالا و فقدان امکانات و ابزارهای قانونی لازم از جهت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ... در راستای این تحرک، موجب فراهم شدن زمینه‌های ارتکاب جرم می‌شود[5]. فرایندهای تحرک ممکن است پیامدهای مهمی برای سطوح قطبی شدن طبقاتی داشته باشد[6].

تحرک طبقاتی، روند تغییر در یک طبقه یا حرکت از یک وضعیت طبقاتی به وضعیت دیگر در مسیری نزولی یا صعودی به‌شمار می‌رود. این رویکرد، مسیر افراد را در طول زمان برای سنجش تحرک نسبی طبقاتی هموار می‌کند. در تحرک طبقاتی تغییر طبقه‌ای وجود دارد؛ یعنی فرد پس از کسب شایستگی‌های لازم همراه با تلاش و کوشش فراوان و پس از سال‌ها فعالیت، وارد طبقۀ اجتماعی بالاتر می‌شود. تغییر طبقه، همواره به این آسانی و از راه‌های قانونی و مشروع صورت نمی‌پذیرد و فرد گاه برای تغییر طبقه یا حتی ماندن در طبقۀ فعلی خود، مرتکب جرم می‌شود. اندازۀ تحرک عمودی در جامعه، شاخص مهمی برای میزان «باز بودن» آن جامعه است؛ یعنی نشان می‌دهد که افراد باهوش و بااستعداد که در قشرهای پایین جامعه به‌دنیا می‌آیند، تا چه حد می‌توانند بدون توسل به کج‌روی و ارتکاب جرم، از نردبان اقتصادی- اجتماعی بالا روند.

مرتن[7] در نظریۀ فشار خود بر تأثیر ساختارهای اجتماعی در تبیین مسائل اجتماعی تأکید می‌نماید و بر این باور است که فشارهای کلانِ ساختاری، با متغیرهای خُردِ محیطی ترکیب و تعدیل شده، فرد به ترکیبی از این متغیرها واکنش رفتاری نشان می‌دهد. در این راستا، جامعه فرد را به کج‌رفتاری و رفتار نابهنجار وادار می‌کند. به نظر مرتن، جوامع صنعتی جدید بر توفیقات مادی در زندگی تأکید دارند که به شکل انباشت ثروت و تحصیلات علمی به‌عنوان مهم‌ترین اهداف زندگی شخصی و معیارهای منزلت اجتماعی تجلی می‌یابد. دستیابی به این اهداف مقبول اجتماعی، نیاز به ابزارهای قابل قبولی دارد که البته از دسترس جمعی از افراد جامعه خارج است.

5. *Ibid*, p. 9.
6. De Graaf. Nan Dirk, Paul Nieuwbeerta & Heath. Anthony, "Class Mobility and Political Preferences: Individual and Contextual Effects". Nuffield College, *Article in American Journal of Sociology*, (1995), p. 998.
7. Robert K. Merton

به عبارت دیگر، ساختار جامعه به‌گونه‌ای است که طبقات فرودست فرصت‌های کمتری برای تحقق آرزوهای خود پیدا می‌کنند. در نتیجه، چون این اهداف به آرمان‌های اصلی زندگی همهٔ افراد جامعه– چه فقیر و چه غنی– تبدیل شده است، کسی هم که دسترسی به ابزار مشروع ندارد تحت فشار جامعه برای دستیابی به آن اهداف از ابزار نامشروع استفاده می‌کند[۸].

طبقه در جرم‌شناسی انتقادی به مسئلهٔ اقتصاد سیاسی جرم در بستر فرایند تولید تمرکز می‌کند. نابرابری طبقه‌مدار به‌مثابه یکی از حقایق زندگی اجتماعی به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن طبقهٔ فرادست، قشر فرودست را در حوزه‌های مختلف به حاشیه رانده، طرد می‌کند یا نادیده می‌گیرد. ازآنجا که جرم‌شناسی انتقادی، جرم را محصول بسترهای اقتصادی و اجتماعی نامتوازن می‌داند، از یک سو، رابطهٔ میان طبقه، جرم و کنترل اجتماعی را بررسی می‌کند و از سوی دیگر، درصدد تبیین نقش نظام‌های طبقاتی در ایجاد محیط‌های جرم‌زا است[۹]. بر اساس رویکردهای انتقادی، نابرابری اجتماعی به‌مثابه یکی از علت‌های اصلی ارتکاب جرم، محصول بی‌عدالتی و تبعیض اجتماعی است. هم‌گرایی میان نابرابری، طبقه‌گرایی و جرم در جرم‌شناسیِ انتقادی نشان می‌دهد که ارتکاب جرم در قشر فرودست بیش از آنکه ناشی از حالت خطرناک باشد، نتیجهٔ ساختارهای جرم‌زا است[۱۰].

جرم‌شناسی انتقادی به تحلیل اقتصاد سیاسی جرم– انحراف و تبیین رابطهٔ میان ساختار اجتماعی نظام‌های سرمایه‌داری و رفتارهای بزهکارانه می‌پردازد[۱۱]؛ بنابراین در رویکردهای انتقادی، جرم یک رفتار ساده و ناقض قانون نیست، بلکه مفهومی است که از طریق فرایندهای تعامل‌محور، واکنش اجتماعی و قدرت برساخته می‌شود[۱۲]. به همین دلیل، جرم‌شناسان انتقادی بر این نکته تأکید می‌کنند که هدف ابتدایی عدالت کیفری در نظام جرم‌انگاری، طبقات فرودست اجتماعی و اقتصادی هستند[۱۳].

---

۸. مهدی جلیلیان و سعید عطازاده، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۱۳۹.

۹. حمیدرضا دانش ناری؛ پوریا خسروی و فاطمه جمعه‌گی، «ارزیابی مفهوم طبقه اجتماعی در جرم‌شناسی انتقادی: تحلیل محتوای کیفی فیلم پلتفرم»، *پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، ش ۲۱ (۱۴۰۲)، ص ۱۶۹.

۱۰. حمیدرضا دانش ناری و زینب خواجوی فخرداود، «نابرابری اجتماعی و جرم: رمزگشایی یک انقلاب در فیلم برف‌شکن»، *حقوق کیفری*، ش ۱ (۱۴۰۳)، ص ۷۵.

11. Walter S. DeKeseredy, *Contemporary Critical Criminology* (London: Routledge, (2021), p. 3.

12. John Muncie, *Youth and Crime* (SAGE Publications, (2004), p. 145.

13. Martin D. Schwartz & Walter S. DeKeseredy, "Interpersonal Violence Against Women: The Role of Men", *Journal of Contemporary Criminal*, Justice 24 (2008), p. 179.

در جرم‌شناسی انتقادی قشر فرودست جامعه ذاتاً مجرم نیست، بلکه ساختار طبقاتی جامعه و توزیع نابرابر ثروت از مهم‌ترین دلایل ارتکاب جرم از سوی این افراد است[۱۴].

نابرابری طبقاتی ویژگی ذاتی نظام سرمایه‌داری است، زیرا حفظ جامعهٔ سرمایه‌داری وابسته به حفظ فاصلهٔ طبقاتی میان طبقات فرادست و فرودست است. این امر که موجب طبقاتی شدن جامعه در نظام سرمایه‌داری شده، در عمل باعث می‌شود تا در نظام سرمایه‌داری، طبقه حاکم روز به روز ثروتمندتر و قدرتمندتر و طبقات فرودست روز به روز فقیرتر شوند[۱۵]. بر این اساس، ارتکاب جرم از سوی طبقات فرودست جامعه محصول شرایطی است که نظام سرمایه‌داری ایجاد کرده است. به همین دلیل، جرم‌شناسانِ منتقد علت اصلی ارتکاب جرم را نابرابری طبقه‌ای درنظر می‌گیرند و بر این باورند که نابرابری ساختارهای اجتماعی به‌عنوان یک متغیر جرم‌زا نقش کلیدی در ارتکاب جرایم طبقهٔ فرودست دارد[۱۶].

از نظر جرم‌شناسان انتقادی، بزهکاری یکی از محصولات نظام سرمایه‌داری و به‌مثابه واکنشی علیه نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی است[۱۷]. به همین دلیل، نظریه‌پردازان انتقادی به جای تبیین چگونگی تأثیر نیروهای خارجی و سیاسی بر محرومیت‌های اقتصادی و اجتماعی، بر این باورند که فقرا برخلاف افراد طبقهٔ فرادست به دلایلی چون فقدان صلاحیت و اصول اخلاقی جهت فراگیری آموزش و پرورش، دستیابی به مشاغل، تسلیم شدن در برابر نیازها و ... فقیر هستند[۱۸]. همین امر سبب شده که عنوان شود جرم‌شناسی انتقادی معتقد است که برای کنترل جرم، بایسته است پیگیر تغییر وضع اجتماعی موجود بود، نه تحلیل آن[۱۹].

در جامعهٔ شهری ایران تحرکِ شغلی رایج است. عامل مهم نیز وضع تحصیلی افراد است.

14. Paul E. Willis, *Learning to Labour: How Working Class Kids Get Working Class Jobs* (New York, NY: Columbia University Press, (1977), p. 43.

۱۵. اسماعیل رحیمی‌نژاد، *رویکردهای نوین در جرم‌شناسی انتقادی و سیاست جنایی*، (تهران: مجد، ۱۳۹۷)، ص ۱۶.

16. Richard Quinney, "Crime Control in Capitalist Society: A Critical Philosophy of Legal Order", *Issues Criminology* 75 (1973), p. 79.

۱۷. ریمون گسن، *مقدمه‌ای بر جرم‌شناسی، ترجمه و تحقیق: سید مهدی کی‌نیا* (تهران: علامه طباطبایی، ۱۳۷۰)، ص ۱۳۴.

18. I Carbone and A Steven, "Race, Class, and Oppression: Solutions for Active Learning and Literacy in the Classroom" Inquiries Journal, 01 (2010), p. 2. http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1689.

۱۹. علی‌حسین نجفی ابرندآبادی و حسین گلدوزیان، «جرم‌شناسی پست مدرن و رویکرد آن به جرم و علت شناسی جنایی»، *حقوق کیفری*، ش ۲۳ (۱۳۹۷)، ص ۱۲.

بین تحرک شغلی، تحصیلات فرد، تحصیلات پدر، منزلت شغل پدر و منزلت اولین شغل فرد رابطهٔ مستقیم وجود دارد. عوامل عمدهٔ تحرک اجتماعی عبارت‌اند از منشأ جغرافیایی روستایی یا شهری، میزان تحصیلات، منزلت شغلی، سن ازدواج و پایگاه طبقاتی فرد و پدرش[۲۰]. در جامعهٔ شهری فرصت برای تحرک طبقاتی کمتر و محدودتر است. البته تحرک نزولی در بین طبقات بالا نیز عمومیت یافته، عواملی نظیر شیوهٔ ارث‌بری اسلامی و عدم ثبات اقتصادی در این امر دخیل است. سطح تحصیلات از عوامل مهم است. تأثیر تحصیل به ویژه بر تحرک اجتماعی زنان در مقایسه با مردان بیشتر است[۲۱].

یافته‌های پژوهش بر این محور قرار دارد که مؤلفه‌های بسترساز جرم در ایران، ازجمله اوضاع نابسامان اجتماعی- اقتصادی، نظام اداری و به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی ناشی از افزایش بی‌رویهٔ تورم، کاهش ارزش پول ملی و گسترش حاشیه‌نشینی، برآیند تحرکات طبقاتی در ایران بوده و بر بزهکاریِ ناشی از به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی تأثیر بسزایی داشته و رخداد جرایم اقتصادی، مالی و فساد اداری همچون سرقت، کلاهبرداری، اختلاس و جرایم مربوط به حوزهٔ ارز را نیز به‌دنبال داشته است؛ زیرا تحرک طبقاتی پیش از آنکه سایر حوزه‌های اجتماعی را آماج قرار دهد، مستقیماً بسترهای اقتصادی- مالی را هدف می‌گیرد. هرچند که به تبع آن و غیرمستقیم ممکن است بر سیر تصاعدی نرخ جرایم ضد امنیت و آسایش یا جرایم علیه تمامیت جسمانی شهروندان اثر گذارد. بنابراین، دغدغهٔ اساسی نویسندگان مقاله این بوده است که با توجه به پژوهش‌های انجام‌شده بتوانند سرچشمهٔ برخی از مؤلفه‌های کارآمد بر تحرک طبقاتی و نقش آن بر بزهکاری را در جامعهٔ ایران بیابند. در راستای این مهم، برخی مؤلفه‌ها که به‌نظر می‌رسد در این باره اثرگذار بوده‌اند به این شرح‌اند: حوزه‌های اقتصادی، گسترش حاشیه‌نشینی، اوضاع نابسامان اقتصادی- اجتماعی و فساد اداری.

۲۰. شهلا کاظمی‌پور، «الگویی در تعیین پایگاه اجتماعی- اقتصادی افراد و سنجش تحرک اجتماعی»، *نامهٔ علوم اجتماعی*، ش ۱۴ (۱۳۷۸)، ص ۱۶۹.

۲۱. صمد کلانتری و محمدسلمان قائمی‌زاده، «تحرک اجتماعی و ساخت طبقاتی: مطالعهٔ موردی؛ شهر همدان»، *جامعه‌شناسی ایران*، ش ۴ (۱۳۸۱)، ص ۸۰.

۱. مبنایابی و مفهوم‌شناسی تحرکات اجتماعی و طبقاتی

در اینجا نخست، به تعریف مفاهیمی همچون تحرک اجتماعی، تحرک طبقاتی، رابطهٔ بزه و بزهکاری با تحرک طبقاتی و سپس به چارچوب نظری تحت عنوان تبیین تحرک طبقاتی در پرتوِ نظریهٔ فشار مرتن و نظریهٔ فشار عمومی آگنیو[۲۲]، پرداخته می‌شود.

۱.۱. شناخت‌شناسی تحرک اجتماعی

تحرک اجتماعی ناظر به تغییرات وضعیت تعلق طبقاتی افراد در جوامع است. سوروکین را می‌توان پیشاهنگ نظریه‌پردازی در مفهوم تحرک اجتماعی دانست. وی تحرک اجتماعی را جابه‌جا شدن فرد در درون فضای اجتماعی تعریف کرده، میان قشربندی‌های اقتصادی، شغلی، و سیاسی تفاوت می‌گذاشت و استدلال می‌کرد که همبستگی متقابل میان سه شکل از قشربندی کامل نیست[۲۳]. اساس تأکید سوروکین بر تحرک عمودی و قشربندی اجتماعی بود و باور داشت که در هر نظام اجتماعی، حتی در سخت‌ترین آنها، امکاناتی برای پیشرفت در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی یا شغلی وجود دارد[۲۴]. تحرک اجتماعی به جابه‌جایی افراد و گروه‌ها در مراتب قشربندی و طبقات اجتماعی اطلاق می‌شود[۲۵].

تحرک افقی عبارت است از جابه‌جایی شخص یا یک گروه از یک موقعیت به موقعیت دیگر که ازجمله می‌توان به مهاجرت، تغییرات شغلی، عضویت در گروه‌ها و سازمان‌ها اشاره کرد. تحرک عمودی عبارت است از جابه‌جا شدن از یک قشر اجتماعی به قشر اجتماعی دیگر و ترقی یا تنزل در یک ساخت رتبه‌بندی‌شدهٔ اجتماعی[۲۶]. تحرک اجتماعی به صورت‌های مختلف شامل تحرک بین‌نسلی، تحرک درون‌نسلی، تحرک شغلی، تحرک فردی، تحرک جمعی، تحرک مطلق و نسبی است.

تحرک اجتماعی انواعی دارد که به شرح زیر است:

---

22. Robert Agnew

23. P.A. Sorokin, *Social and Cultural Mobility*, (New York: Free press, 1964).

۲۴. عبدالحسین نیک‌گهر، *مبانی جامعه‌شناسی*، (تهران: رایزن، ۱۳۶۹)، ص ۳۹۹.

25. Richard Breen, *Social Mobility in Europe*, (Oxford: University Press, 2004).

۲۶. حمید تنکابنی، «موانع تحرک اجتماعی و تأثیرات آن در تحرک شغلی کارکنان سازمانهای دولتی و پیامدهای آن»، *جامعه‌پژوهی فرهنگی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*، ش ۳ (۱۳۹۲)، ص ۴.

۱.۱.۱. تحرک افقی و تحرک عمودی

به بیان دیگر، انتقال یک فرد از یک پایگاه اجتماعی به پایگاه اجتماعی مشابه را تحرک افقی[۲۷]، و انتقال از یک قشر به قشر دیگر- اعم از اینکه بالاتر یا پایین‌تر باشد- تحرک عمودی[۲۸] عمودی[۲۸] گویند. تحرک عمودی دو صورت دارد: صعودی و نزولی. در حالت صعودی اجتماعی[۲۹]، فرد از یک پایگاه پایین‌تر به پایگاه اجتماعی بالاتر ارتقا می‌یابد و در حالت نزولی اجتماعی[۳۰]، فرد از پایگاه بالاتر به پایگاه پایین‌تری تنزل می‌کند.

تحرک عمودی به معنای حرکت به بالا یا پایین نردبان اجتماعی و اقتصادی است. افرادی که دارایی، درآمد، یا پایگاه اجتماعی کسب می‌کنند دارای تحرک صعودی هستند؛ درحالی که کسانی که درآمد و پایگاه خود را ازدست می‌دهند دارای حرکت نزولی می‌باشند. در جوامع امروزی میزان زیادی تحرک جانبی نیز وجود دارد که به حرکت جغرافیایی بین نواحی، شهرها، یا مناطق اطلاق می‌گردد. تحرک عمودی و جانبی اغلب با یکدیگر همراه هستند[۳۱]. برای مثال، شخصی که از ریاست یک اداره به مدیریت کل ارتقا می‌یابد، در واقع تحرک عمودی صعودی را تجربه می‌کند. بر اثر این ارتقا، درآمد و مسئولیت کلی این فرد نیز افزایش می‌یابد. اما مربی فوتبال یک تیمِ دست اول، وقتی به مربیگری یک تیم دستهٔ دوم تنزل می‌کند، تحرک عمودی نزولی می‌یابد.

۲.۱.۱. تحرک درون‌نسلی و بین‌نسلی

تحرک اجتماعی یا به شکل تحرک بین دو نسل یا چند نسل است و یا تحرک در یک نسل. هرگاه موقعیت اجتماعی طی دو یا چند نسل تغییر کند، آن را تحرک بین‌نسلی[۳۲] و اگر در طول زندگی یک نسل تغییر کند، آن را تحرک درون‌نسلی[۳۳] می‌نامند[۳۴].

27. Horizontal Mobility
28. Vertical Mobility
29. Social Climing
30. Social Sinking

۳۱. آنتونی گیدنز، *جامعه‌شناسی*، ترجمهٔ منوچهر صبوری، (تهران: نی، ۱۳۷۶)، ص ۲۳۸.

32. Inter Genration Mobility
33. Intera Genration Mobility

۳۴. زهرا غفاری، «تأثیر سرمایه فرهنگی تجسم یافته (ذهنی) بر تحرک اجتماعی میان‌نسلی (مورد مطالعه: شهروندان ۳۰ تا ۵۴ ساله شهر گرگان)»، *توسعهٔ اجتماعی*، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص۱۸۷؛ حسن ملک، *جامعه‌شناسی قشرها و نابرابریهای اجتماعی*، (تهران: دانشگاه پیام نور، چ ۳، ۱۳۸۸)، ص ۶۷.

وقتی پسر یک رانندۀ تاکسی در رشتۀ پزشکی فارغ‌التحصیل شده، یک پزشک موفق می‌شود، تحرک میان‌نسلی اتفاق می‌افتد؛ تحرک میان‌نسلی سیر نزولی نیز می‌تواند داشته باشد. وقتی پسر یک پزشک رانندۀ تاکسی می‌شود، فراگرد بالا صورت معکوس به خود می‌گیرد.

۳.۱.۱. تحرک جمعی

تحرک جمعی، تغییر در قدرت یا پایگاه یک قشر است که احتمال دارد به علت تغییرات اساسی (سیاسی و اجتماعی) حاصل شده باشد. این امر در انقلاب صنعتی یا اجتماعی عمومیت دارد.

٤.۱.۱. تحرک مطلق و نسبی

تحرک مطلق به معنای آن است که مردم تحرکی بالفعل، رو به بالا و یا رو به پایین داشته باشند. تحرک نسبی، به احتمال تحرک مردم با خاستگاه‌های متفاوت از لحاظ ساختار طبقاتی توجه می‌کند. تحرک نسبی بهترین معیار یرای اندازه‌گیری درجۀ گشادگی و وجود فرصت‌های برابر در جامعه است[۳۵].

۲.۱. شناخت‌شناسی تحرک طبقاتی

تحرک طبقاتی به مفهوم روند تغییر در یک طبقه است و یا به بیان دیگر به حرکت از یک وضعیت طبقاتی به وضعیت دیگر– به سمت بالا یا پایین– اشاره دارد.

تغییر ساختار طبقاتی یکی از عوامل مهم تغییر در جامعه است، هرچه سرعت این تغییر بیشتر باشد، به همان اندازه سرعت تغییر در جامعه بیشتر خواهد بود. مبنای سنجش این سرعت تحرک طبقاتی است. وقتی تحرک طبقاتی و حتی میل به آن در جامعه‌ای بسیار بالا باشد، این امر گویای آن است که افراد به دلایل مختلف و ازجمله محرومیت و نیز فشار هنجارهای اجتماعی حاضر به ماندن در جایگاه طبقاتی گذشتۀ خود نیستند.

رصد وضع تحرک طبقاتی به‌منزلۀ شاخص بهبود اقتصادی جامعه و گویای روندِ نزولی

۳۵. ابوالقاسم راسخی بخشایش، *تحرک اجتماعی و عوامل مؤثر بر آن (با تاکید بر تحرک اجتماعی در ایران)*، (تهران: دهمین کنگره پیشگامان پیشرفت، ۱۳۹۵)، ص ۶۸.

تحرک طبقاتی است، به نحوی که از حجم طبقهٔ متوسط کاسته و طبقهٔ پایین جامعه فربه‌تر شده است[۳۶]. بر این اساس، در راستای تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در ایران، بسترهایی وجود دارد که بر مبنای پژوهش‌های صورت‌گرفته در طیف‌های اقتصادی، حاشیه‌نشینی، اوضاع نابسامان اقتصادی و اجتماعی و فساد اداری قابل تبیین است.

۳.۱. رابطهٔ بزه و بزهکاری با تحرک طبقاتی

بزه، اقدام به عملی است که برخلاف موازین، مقررات، قوانین و معیارهای ارزشی و فرهنگی جامعه باشد. همچنین بزه مجموعهٔ تخلفات جزایی است که افراد در یک جامعه مرتکب می‌شوند[۳۷].

بزه، اولین پدیده‌ای است که با تجمع افراد به دور یکدیگر و شکل گرفتن جامعه به‌وجود می‌آید، زیرا گرد هم آمدن افراد موجب سرپیچی از برخوردهای گوناگونی بین آنها شده، به همین دلیل دستورات و مقرراتی پدید می‌آید تا قدری آزادی افراد را به سود جامعه مقید گرداند و حدود هریک از افراد جامعه مشخص شود. اگر با دیدی جامعه‌شناسانه به پدیدهٔ بزهکاری نگریسته شود، به‌منزلهٔ یک بیماری اجتماعی تلقی می‌شود که باید درمان شود. بزهکاری اصولاً از جرایمی به‌وجود می‌آید که در یک زمان و مکان معین به‌وقوع می‌پیوندد و به همین جهت زمانی که مورد بررسی قرار می‌گیرد، درحقیقت کلیهٔ پدیده‌های اقتصادی، فرهنگی، بهداشتی، سیاسی، مذهبی، خانوادگی و ... یک جامعه مطالعه می‌شوند[۳۸].

نظریه‌های فرایند اجتماعی بزهکاری را بر اساس طبقهٔ اجتماعی تبیین نمی‌کنند، بلکه بزهکاری را تابعی از جامعه‌پذیری افراد می‌دانند. این نظریه‌ها به تعامل افراد با سازمان‌های مختلف، نهادها و فرایندهای اجتماعی توجه می‌کنند[۳۹].

---

۳۶. مهدی مالمیر، «وضعیت‌سنجی ابعاد هویت ملی، قومی و طبقاتی جامعه ایران»، *علوم اجتماعی*. ش ۱۰۲ (۱۴۰۲)، ص ۱.

37. H, Shambayati, Juvenile Delinquency, (Tehran: Jwbeen Publication, 2006).

۳۸. آذر اسکندری چراتی، «بررسی عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مؤثر بر بزهکاری نوجوانان (مطالعهٔ موردی: نوجوانان پسر ۱۳ تا ۱۹ سال شهر آزادشهر)». *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص۱۸۸.

۳۹. حمیدرضا جلائی‌پور و مجید حسینی‌نثار، «عوامل اجتماعی مؤثر بر بزهکاری نوجوانان (مطالعهٔ موردی شهر رشت)»، *جامعه‌شناسی مسائل اجتماعی ایران (تحقیقات علوم اجتماعی ایران)*، ش ۲ (۱۳۸۸)، ص ۵۲.

نظریهٔ فشار بر آن است که عمدتاً رفتار انحرافی در میان افراد طبقهٔ پایین و محروم، به علت فشارهای اقتصادی- اجتماعی جامعه اتفاق می‌افتد. افراد فقیر و محروم جامعه به لحاظ مسکن، تغذیه، آموزش، بهداشت، اشتغال و سایر امکانات رفاهی در وضعیت نامطلوب و ناگواری قرار دارند و چنین افرادی با تنگناهای مختلفی در جامعه دست و پنجه نرم می‌کنند[۴۰].

بزهکاری گونه‌ای از کج‌روی است که به هنجارشکنی بیش از ارزش‌شکنی گرایش دارد؛ به همین دلیل نسبت به جرم گسترش معنایی بیشتری دارد.

بزهکاری محصول تنش و ناسازگاری فرد بر اساس قوانین اجتماعی است. بر اساس قانون، بزهکاری به عملی گفته می‌شود که باعث برهم‌خوردن نظم اجتماعی شده، آسایش و آرامش دیگران را به‌مخاطره می‌اندازد. فرد بزهکار نوجوان بر اساس قانون فردی است که دچار قباحت رفتاری در اجتماع شده، باید مجازات شود.

بزهکاری یک پدیدهٔ بسیار پیچیدهٔ اجتماعی است که در محیط‌های اجتماعی مختلف به شکل‌های متفاوتی دیده می‌شود. تعریف بزه و رفتار بزهکارانه در هر جامعه‌ای از طریق قوانین حقوقی و هنجارهای اجتماعی آن جامعه مشخص می‌شود. اگرچه در بیشتر جوامع، بزه به‌عنوان رفتاری قابل تنبیه از طرف قانون تعریف شده است، اما صرفاً در تبیین آن، مفهوم حقوقی مسئله کافی نیست. بزهکاری به معنای تعداد متغیری از اعمال ارتکابی علیه احکام قانونی که می‌تواند ماهیت‌های مختلفی داشته باشد، وجه مشترک تمام جوامع انسانی است[۴۱]. بزهکاری رفتاری ضد اجتماعی است، ولی به‌طور دقیق بر پایهٔ قانون تعریف نمی‌شود. در کل هستهٔ مرکزی این دو مفهوم، شکستن قوانین و زیرپاگذاشتن ارزش‌های اجتماعی است[۴۲].

٤.١. تبیین تحرک طبقاتی در پرتوِ نظریهٔ فشار مرتن

تأکید نظریهٔ فشار مرتن بر تأثیر ساختارهای اجتماعی در تبیین مسائل اجتماعی است. از این

40. M. Zangeneh, "examining Family and Social Factors Affecting Juvenile Delinquent Behavoir". *Booshehr Province, social Sceinces Journal, Alameh Tabatabee Univesrity*, No. 25 (2004).

۴۱. محمدسعید شفیعی و شیرین شفیعی، «بررسی آسیب‌شناسانه و پیشگیرانه بزهکاری در سنین نوجوانی»، *دومین کنفرانس چارسوی علوم انسانی*، (۱۳۹۵)، ص ۲.

۴۲. سوسن سهامی، عنایت‌اله حسین‌زئی و عاطفه پرویززاده، «ساخت و اعتباریابی مقیاس بزهکاری چند بعدی نوجوانان و جوانان»، *روش‌ها و مدل‌های روانشناختی*، ش ۲۹ (۱۳۹۶)، ص ۷۳.

رو، فشارهای کلان ساختاری با متغیرهای خرد محیطی ترکیب و تعدیل شده، رفتار فرد، واکنش به ترکیبی از این متغیرها است. وی بر این باور است که جامعه فرد را به کج‌رفتاری و رفتار نابهنجار وادار می‌کند[۴۳].

به نظر مرتن، جوامع صنعتی جدید بر توفیقات مادی در زندگی تأکید دارند که به شکل انباشت ثروت و تحصیلات علمی به‌عنوان مهم‌ترین اهداف زندگی شخصی و معیارهای منزلت اجتماعی تجلی می‌یابد. دستیابی به این اهداف مقبول اجتماعی، نیاز به ابزارهای پذیرفته‌شده‌ای دارد که البته از دسترس جمعی از افراد جامعه خارج است. ساختار جامعه به‌طوری است که طبقات فرودست فرصت‌های کمتری برای تحقق آرزوهای خود دارند. درنتیجه چون این اهداف به آرمان‌های اصلی زندگی همهٔ افراد جامعه چه فقیر و چه غنی تبدیل شده، کسی هم که دسترسی به ابزار مشروع ندارد تحت فشار جامعه برای دستیابی به آن اهداف از ابزار نامشروع استفاده می‌کند همین میل رسیدن به توفیق مادی به نحو وارونه و ظالمانه‌ای موجبات یأس و انحراف را در درون فرد فراهم می‌سازد[۴۴].

نظریهٔ فشار مرتن به‌دنبال بیان این واقعیت است که زمانی که توفیقات مادی و کسب ثروت ارزش مسلط در جامعه را تشکیل دهد و این امر برای همهٔ افراد جامعه نهادینه شود و از سوی دیگر وسایل و ابزارهای رسیدن به این امر در اختیار همهٔ افراد جامعه قرار نگیرد، افراد تحت فشار قرار می‌گیرند که در کوتاه‌ترین زمان به ثروت‌های فراوان دست یافته، به ارزش‌هایی که در جریان جامعه‌پذیری برای آنها نهادینه شده است، دست یابند و حتی ابزارهای مشروع هم که مدت زمان زیادی را برای رسیدن به این توفیقات از فرد می‌گیرند، جذابیت خود را از دست داده، ابزارهای نامشروعی که در زمان کوتاه این اهداف را تا حد زیادی تأمین می‌کنند، جذابیت می‌یابند. برای مثال، آنچه غالباً اشخاص را برای ورود به شبکه‌های هرمی تحریک می‌کند این است که به هنگام معرفی کار به آنها گفته می‌شود که در مدت کوتاهی می‌توانند به درآمد باورنکردنی دست یابند[۴۵].

۴۳. مهدی جلیلیان و سعید عطازاده، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، *پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی*، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۱۳۲.
۴۴. چارلز گروثرز، *جامعه‌شناسی مرتن*، ترجمهٔ زهرا کسایی، (تهران: علامه طباطبایی، ۱۳۷۸)، ص ۱۷۰.
۴۵. مهدی جلیلیان و سعید عطازاده، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، *پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی*، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۲۳.

مرتن تأکید دارد که واکنش همهٔ افراد نسبت به فشارهای واردهٔ اجتماعی به علت دسترسی نداشتن به فرصت‌های مشروع برای تحقق اهداف، مشابه نیست و همهٔ فرودستان برای دستیابی به اهداف مقبول اجتماعی کج‌رفتاری نمی‌کنند و هرکس به طریقی خود را با محیط سازگار می‌نماید. از نظر وی، دسته‌ای از افراد جامعه هستند که اهداف جامعه را پذیرفته، به ابزارهای مشروع هم دسترسی دارند و در حالت انطباق هستند؛ هرچه تعداد این افراد در یک جامعه بیشتر باشد آن جامعه فاصلهٔ بیشتری با بی‌سازمانی اجتماعی دارد. در مقابل دسته‌ای از افراد جامعه که اهداف جامعه را پذیرفته‌اند، اما به ابزارهای مشروع دسترسی ندارند، با توسل به ابزارهای نامشروع به دنبال اهداف مشروع می‌روند که او این حالت را نوآوری می‌نامد. گروهی نیز در مقابل اهداف و ابزارهای مشروع ولی دست‌نیافتنی، طغیان کرده، اهداف و ابزارهای جدیدی را برای تغییر ساختار اجتماعی معرفی می‌کنند که وی آنها را طغیان‌گران می‌نامد. عده‌ای نیز به‌ناچار از اهداف مقبول و ابزارهای مشروع اجتماعی و دستیابی به آنها دست شسته، از جامعه کناره می‌گیرند. عده‌ای نیز که آنها را مناسک‌گرایان می‌نامد با تمرکز بر ابزارهای مشروع، اهداف مشروع دست‌نیافتنی را در خود کم‌رنگ کرده یا ازبین میبرند؛ در نتیجه، تنها به پیگیری ابزارهای مشروع می‌پردازند. سه گروه نوآوران، طغیان‌گران و کناره‌گیران در سازگاری خود با محیط و جامعه‌ای که امکان دسترسی آنها به ابزار مشروع و مقبول اجتماعی را محدود ساخته، کج‌رفتاری و هنجارشکنی را برگزیده‌اند[۴۶].

مرتن می‌گوید: هرگاه بین هدف و وسیلهٔ رسیدن به آن فاصله‌ای بیفتد، جرم به‌وقوع می‌پیوندد. او به این مسئله می‌پردازد که احساس فشار و به تبع آن، انحراف یا جرم، ناشی از روابطی است که میان عوامل پیش‌گفته وجود دارد، نه خود این عوامل؛ به این معنا که جامعه اهداف واحدی را برای عامهٔ مردم درنظر می‌گیرد، اما از طرف دیگر وسایل مقبول و مشروع به یک اندازه در دسترس مردم نیست،که همین موجب بروز رفتارهای انحرافی می‌شود[۴۷].

نظریهٔ فشار رابرت مرتن، بر گونه‌ای از فشار تأکید داشت که به ناتوانی در دستیابی به موفقیت اقتصادی می‌پرداخت. او باور داشت که همهٔ مردم ایالات متحدهٔ امریکا ترغیب می‌شوند

۴۶. رحمت‌الله صدیق سروستانی، *آسیب‌شناسی اجتماعی؛ جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی*، (قم: آن، ۱۳۸۷)، ص ۱۳.
۴۷. یان رابرتسون، *درآمدی به جامعه*، ترجمهٔ حسین بهروان، (مشهد: آستان قدس، چ ۱، ۱۳۷۲)، ص ۱۷۴.

به موفقیت اقتصادی دست یابند، اما بسیاری از مردم به‌ویژه طبقات پایین‌تر برای دستیابی به این اهداف از طریق شیوه‌های قانونی ناتوان‌اند[۴۸].

احساس فشار زمانی رخ می‌دهد که بین آرزوها و آرمان‌های فرهنگی نظیر موفقیت مالی از یک سو و فرصت‌های ساختاری نظیر آموزش و استخدام از سوی دیگر دوگانگی و برخورد وجود داشته باشد که در نتیجهٔ آن، تنها برخی از اشخاص می‌توانند به چنین موفقیت‌هایی دست پیدا کنند؛ لذا مرتن ریشه‌های جرم و انحراف را در ساختار جامعه می‌داند. به نظر وی در اغلب اوقات، امکانات برای دستیابی به موفقیت، بر اساس طبقهٔ اجتماعی- اقتصادی فراهم می‌شود. اگرچه اکثر مردم اهداف و ارزش‌های مشابهی دارند، اما توانایی دستیابی آنها به اهداف شخصی به‌وسیلهٔ طبقهٔ اقتصادی- اجتماعی محدود شده است. فشار در مناطق مرفه به سبب در دسترس بودن فرصت‌های آموزشی و رفاهی ناچیز است، اما در مناطق بی‌سازمان به دلیل اینکه راه‌های مشروع و قانونی کسب موفقیت بسته است، فشار رخ می‌دهد؛ به‌طوری‌که مردم تهیدست برای رهایی از فشار ممکن است از روش‌های مجرمانه مانند سرقت و دادوستد مواد مخدر برای رسیدن به اهدافشان استفاده کنند[۴۹]. این نظریه بر روابطی تأکید می‌کند که مانع از دستیابی صحیح برخی افراد به ارزش‌ها و اهداف و آرزوهایشان می‌شود و اعمال مجرمانه در نتیجهٔ احساس محرومیت، خشم، سرخوردگی و فشار شکل می‌گیرد و این احساسات نیز در پی روابط اجتماعی منفی و مخرب به‌وجود می‌آید[۵۰]. درمجموع، در نظریهٔ یادشده رفتارهای انحرافی نتیجهٔ فشارهای اجتماعی تلقی می‌شوند که تعبیر سادهٔ آن در این عبارت نهفته است: «فقر باعث جرم می‌شود»[۵۱].

به این ترتیب، نظر مرتن تأیید می‌شود مبنی بر اینکه وقتی برای افراد فرصت کم یا زیاد باشد، انتظارات اجتماعی از افراد پایین یا بالا بوده، معناها نیز برای آنان مبهم و غیرمنطقی و ناموجه باشد، هرکدام از موارد فوق به‌صورت مستقل و یا در ترکیب با یکدیگر می‌توانند منجر به کج‌رفتاری شوند.

48. Robert K, Merton, "Social Structure and Anomie", *American Sociological*, (1938), pp. 672-682.

۴۹. شهلا معظمی، *بزهکاری کودکان و نوجوانان*، (تهران: دادگستر، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۷۷.

۵۰. همان، ص ۱۷۱.

۵۱. تاج زمان دانش، *مجرم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟* (تهران: کیهان، چ ۳، ۱۳۸۶)، ص ۲۸.

۵.۱. پیامد فقدان فرصت‌های مشروع در ایجاد گرایش‌های مجرمانه

نظر رابرت مرتن این است که جامعه فرد را به کج‌رفتاری وادار می‌سازد؛ به بیان دیگر، کج‌رفتاری حاصل فشارهای ساختاری اجتماعی خاصی است که افراد را به کج‌رفتار شدن مجبور می‌کند. از نگاه مرتن، جوامع صنعتی جدید بر توفیقات مادی در زندگی تأکید دارند که به شکل انباشت ثروت و تحصیلات علمی به‌عنوان مهم‌ترین اهداف زندگی شخص و معیارهای منزلتی تجلی می‌کنند. دستیابی به این اهداف مقبول اجتماعی نیاز به ابزارهای مقبولی هم دارد که البته از دسترس جمعی از افراد جامعه خارج است؛ یعنی ساختار جامعه طوری است که طبقات فرودست فرصت‌های کمتری برای تحقق آرزوهای خود دارند. در نتیجه، چون این اهداف به آرمان‌های اصلی زندگی همهٔ افراد (فقیر و غنی) تبدیل می‌شود، کسی که دسترسی به ابزار مشروع ندارد، تحت فشار جامعه برای دستیابی به آنها از ابزار نامشروع استفاده می‌کند.

٦.۱. تبیین تحرک طبقاتی در پرتوِ نظریهٔ فشار عمومی آگنیو

به نظر رابرت آگنیو، شکست در رسیدن به اهداف ارزشمند مثبت، فقدان انگیزه‌های ارزشمند مثبت و وجود انگیزه‌های منفی از منابع فشار است. آگنیو در نظریهٔ فشار عمومی تلاش دارد تا وقوع جرمی را که ناشی از فشاری است که فرد در زندگی با آن روبه‌رو می‌شود، تبیین کند. همچنین این نظریه می‌تواند مقیاس‌های فشار، انواع اصلی فشار، رابطهٔ بین فشار و بزهکاری، رویکردهای تقابلی نسبت به فشار، عامل رفتار بزهکارانه یا غیربزهکارانه و نظریه‌های سیاسی را که مأخذ آنها این نظریه است، تعریف کند. نظریهٔ فشار عمومی اگنیو (درواقع نسخهٔ تجدیدنظریافته‌ای از نظریهٔ فشار) به‌دنبال تبیین عوامل اجتماعی مؤثر بر میزان بزهکاری نوجوانان است[۵۲].

در راستای چارچوب نظری پژوهش و بررسی نقش تأثیر تحرک طبقاتی بر بزهکاری در ایران می‌توان گفت که عوامل اقتصادی عامل اساسی برای تمام ساختارهای اجتماعی بوده، تأثیرات قابل‌توجهی بر فعالیت‌های فردی ازجمله وقوع جرم دارد. در ایران، متغیرهای فشار مانند نرخ

۵۲. اکبر علیوردی‌نیا؛ محمداسماعیل ریاحی و سیده ملیحه موسوی چاشمی، «مطالعهٔ جامعه‌شناختی بزهکاری: آزمون تجربی نظریهٔ فشار عمومی اگنیو»، *جامعه‌شناسی ایران*، ش ۲ (۱۳۸۶)، ص ۸۵.

بیکاری، نابرابری درآمدی و صنعتی شدن، از متغیرهای مهم و تأثیرگذار بر جرم و ازجمله سرقت در کشور بوده است؛ به‌طوری که افزایش نرخ بیکاری و نابرابری درآمدی موجب افزایش نرخ سرقت در ایران شده است. همچنین نتایج بررسی علل اقتصادی ارتکاب قتل در ایران بر این دلالت دارد که متغیرهایی همانند نرخ بیکاری، فقرِ نسبی و نابرابری درآمدی، ازجمله عوامل تعیین‌کنندهٔ ارتکاب قتل در ایران هستند و با آن رابطهٔ مستقیم دارند.

در نظام کیفری ایران، جرایم اقتصادی بیشتر از جهت پیامد جرم افتراقی شده که خود ناشی از پیوند سه‌گانهٔ فعالیت رسانه‌ها، وضعیت سیاسی و اقتصادی ایران و موقعیت مرتکب از جهت ارتباط با دستگاه‌های اجرایی است. این سه عامل، جرم اقتصادی را خواه ناخواه با جرم امنیتی شبیه‌سازی می‌کند و دادرسی کیفری افتراقی نیز بر همین مبنا استوار می‌شود.

۲. آثار تحرک اجتماعی- طبقاتی در شکل‌گیری جرایم در ایران

اگر مطلوبیت مورد انتظار ناشی از جرم، از مطلوبیت مورد انتظار کار قانونی بیشتر باشد، جرم رخ می‌دهد. بر این اساس، شرایط اقتصادی مانند بیکاری، تورم و فقر موجب افزایش نرخ ارتکاب جرم می‌شوند، چون این عوامل تفاوت میان جرم و کار قانونی را افزایش می‌دهند. نرخ بیکاری و تورم اثر مثبتی بر میزان جرم و جنایت در ایران دارد، به‌طوری که با یک واحد افزایش نرخ بیکاری و تورم، میزان جرم و جنایت بالا می‌رود. بنابراین با توجه به اینکه در طول چند سال اخیر، میزان تورم اقتصادی به‌شدت افزایش یافته و نرخ بیکاری به نحو نگران‌کننده‌ای بالا رفته است، گرانی کالاها و خدمات به یکی از بزرگ‌ترین مشکلات افراد و خانواده‌ها تبدیل شده است[۵۳]. همچنین شوک اقتصادی در ایران که از نیمهٔ دوم سال ۱۳۹۶ با افزایش غیرقابل کنترل نرخ ارز و تورم و نیز کاهش ارزش پول ملی، باعث به‌هم‌ریختگی طبقاتی در ایران گردید؛ به‌طوری که افراد بالادست به طبقات فرودست سقوط کردند و عنوانی با نام ثروتمندان فقیر نیز در همان سال‌ها رایج شد که عبارت بودند از افراد دارای خودروهای لوکس که حتی توانایی خرید یک قطعهٔ کوچک از همان خودرو را نداشتند. برعکس افرادی که در طبقات متوسط بودند با

۵۳. مهرزاد ابراهیمی، عبدالوهاب چاکرزهی، «ارتباط میان نرخ جرم و جنایت با تورم و بیکاری در ایران»، *پژوهش‌های راهبردی مسائل اجتماعی*، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۱۱۳.

اعمال مجرمانه‌ای مثل خرید و فروش غیرقانونی ارز و سکه و یا توزیع ارزهای مداخله‌ای خارج از مقررات بانک مرکزی، به ثروت‌های بسیار زیادی دست یافتند.

در جامعهٔ شهری ایران تحرک شغلی رایج و عامل مهم آن، وضع تحصیلی افراد است. بین تحرک شغلی، تحصیلات فرد، تحصیلات پدر، منزلت شغل پدر و جایگاه اولین شغل فرد، رابطهٔ مستقیم وجود دارد[۵۴]. عوامل عمدهٔ تحرک اجتماعی عبارت‌اند از: منشأ جغرافیایی روستایی یا شهری، میزان سواد و تحصیلات، منزلت شغلی، سن ازدواج و پایگاه طبقاتی فرد و پدرش[۵۵]. در جامعهٔ شهری فرصت برای تحرک طبقاتی کمتر و محدودتر است. البته تحرک نزولی در بین طبقات بالا نیز عمومیت یافته و عواملی نظیر شیوهٔ ارث‌بری اسلامی و عدم ثبات اقتصادی در این امر دخیل است. سطح تحصیلات از عوامل مهم است. تاثیر تحصیل به‌ویژه بر تحرک اجتماعی زنان در مقایسه با مردان بیشتر است[۵۶].

در ایران، به‌ویژه در شهر تهران، تحرک اجتماعی بین‌نسلی و درون‌نسلی، در تعداد فراوانی از مردان وجود داشته است. این به آن معناست که جامعه از ساختار قشربندی بسته‌ای برخوردار نیست که مجالی برای جابه‌جایی و تغییر اقشار و طبقات فراهم نکند، بلکه برعکس، تحرک طبقاتی مشاهده می‌شود که به دلایل مختلف سیاسی- فرهنگی و اجتماعی، در تاریخ ایران رایج بوده است. در این زمینه باید تأیید کرد که تحولات ساختاری تأثیر مهمی در تحرک اجتماعی دارند که نباید آنها را نادیده گرفت. تغییرات سیاسی- اقتصادی مانند جنگ، انقلاب، سازندگی و اصلاحات و تغییرات اجتماعی- فرهنگی مانند گسترش آموزش عالی، شهرنشینی، مهاجرت، ارتباطات و صنایع رسانه‌ای، مبادلات فرهنگی و غیره، جملگی زمینه‌های افزایش تحرک اجتماعی درون‌نسلی و به‌ویژه بین‌نسلی را فراهم آورده‌اند[۵۷].

---

۵۴. علی‌اصغر مقدس، *ساختار شغلی و تحرک اجتماعی در استان‌های فارس و کهکلویه و بویراحمد؛ مورد مطالعه: شهرهای شیراز و یاسوج*، پایان‌نامهٔ دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰، ص ۸۶.

۵۵. شهلا کاظمی‌پور، «الگویی در تعیین پایگاه اجتماعی- اقتصادی افراد و سنجش تحرک اجتماعی»، *نامهٔ علوم اجتماعی*، ش ۱۴ (۱۳۷۸)، ص ۱۶۳.

۵۶. صمد کلانتری و محمدسلمان قائمی‌زاده، «تحرک اجتماعی و ساخت طبقاتی: مطالعهٔ موردی؛ شهر همدان»، *جامعه‌شناسی ایران*، ش ۴ (۱۳۸۱)، ص ۸۹.

۵۷. هوشنگ نایبی و رضا معصومی‌راد، «عوامل فرهنگی مؤثر بر تحرک اجتماعی مردان ۳۵ تا ۶۴ ساله شهر تهران»، *مطالعات جامعه‌شناختی (زامه علوم اجتماعی سابق)*، ش ۳۹ (۱۳۹۰)، ص ۲۸.

به‌کارگیری سیاست‌های اقتصادی، علاوه بر تأثیرات اقتصادی، می‌تواند باعث بروز بسیاری از تأثیرات اخلاقی و اجتماعی در جامعه شود. ازجمله اصلی‌ترین تأثیرات به‌کارگیری سیاست‌های اقتصادی در ایران تشدید تورم است که این عامل می‌تواند با ایجاد نابرابری درآمدی و شکاف اجتماعی، زمینه‌های بروز انواع جرایم و به‌خصوص جرایم مالی و اقتصادی را فراهم سازد. افزایش نرخ تورم آسیب‌های متفاوتی را برای جامعه به‌همراه دارد. تورم حتی اگر به‌طور مستقیم عامل اصلی بروز و رفتار مجرمانه نباشد، تأثیر خودش را به‌طور غیرمستقیم در ارتکاب جرم خواهد گذاشت و شخص با این ذهنیت که با نداشتن پشتوانهٔ مالی قادر به تأمین نیازهای روزمره خود نیست، دست به انجام جرم و جنایت می‌زند.

۳. مؤلفه‌های جرم‌زای اثرگذار بر تحرک اجتماعی- طبقاتی در ایران

۱.۳. گسترش حاشیه‌نشینی

تحرک طبقاتی به‌خصوص از سال ۱۳۹۶ در ایران باعث گسترش حاشیه‌نشینی شده است. اسکان غیررسمی از چالش‌های مهم ناشی از فقر فرهنگی و اقتصادی و نیز عصر جهانی شدن است که در شدت بخشیدن به آسیب‌های اجتماعی اهمیت بسزایی دارد، به‌طوری که می‌توان گفت حاشیه‌نشینی و جرم علت و معلول یکدیگرند[۵۸].

افرادی که در طبقات پایین جامعه قرار دارند با تحرکات طبقاتی ایجادشدهٔ ناشی از شوک اقتصادی، قدرت حفظ وضعیتِ بد فعلی را نداشته، ناگزیر به سمت حاشیه شهرها کشیده می‌شوند. این گسترش حاشیه‌نشینی باعث تشدید ارتکاب جرم می‌شود؛ به این دلیل که مناطق حاشیهٔ شهر بیش از سایر مناطق در معرض انواع فعالیت‌های غیرقانونی است که غالباً با جرایم بیشتری روبه‌رو هستند. بین متغیر مستقل نیاز و جرم رابطهٔ مثبت، و بین متغیرهای مستقل فرصت و جرم رابطهٔ منفی وجود دارد؛ به این معنا که هرچه بر میزان نیاز افراد در ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی افزوده شود، احتمال ارتکاب جرم از سوی آنها افزایش می‌یابد (تهران و همدان). همچنین هر قدر فرصت‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کاهش یابد، احتمال ارتکاب

۵۸. محسن شاطریان؛ رسول حیدری؛ محمود شاطریان و کامران دولتیاران، «مدل‌سازی و تحلیل عوامل مؤثر بر وقوع جرم در مناطق حاشیه‌نشین شهر کاشان»، *برنامه‌ریزی منطقه‌ای*، ش ۳۷ (۱۳۹۹)، ص ۹۶.

جرم افزایش می‌یابد[۵۹].

در واقع، گسترش شتابان حاشیه‌نشینی، شهر را کانون مسائل اجتماعی می‌کند و سامان اجتماعی شهر را با تغییرات سریع و بی‌نظمی مواجه می‌سازد. بخش بزرگی از جمعیت کشور ایران ساکن شهرها، ازجمله شهرهای بزرگی مانند تهران هستند که معمولاً از نظر فرهنگ، زبان و قومیت تنوع زیادی دارند؛ به‌طوری که شهردار تهران در مصاحبه با روزنامهٔ ایران که در ۱۹ آذر ۱۳۹۸ از افزایش ۱۸ درصدی رشد سکونت در حاشیهٔ پایتخت خبر داد که بیش از ۷۰ درصد ساکنان مجموعهٔ شهری تهران، حاشیه‌نشین هستند و از استان‌های مختلف مثل لرستان، ایلام، کرمانشاه و خوزستان به این نقطه مهاجرت کرده‌اند. دشواری‌های شهرنشینی در مورد تهیهٔ مسکن، گذران زندگی، رقابت برای زندگی بهتر و سود بیشتر، سرعت بالایی برای تحرک به جمعیت می‌بخشد و ناهمگونی فرهنگی و طبقه‌ای را عمیق‌تر می‌کند. گسترش حاشیه‌نشینی ناشی از رانده شدن افراد از زادگاه خود و نبود برنامه برای این جمعیتِ اضافه‌شده، شهرهای بزرگ را کانون مسائل و مشکلات اجتماعی و اقتصادی می‌نماید و سامان اجتماعی شهرها را با تغییر سریع روبه‌رو کرده، بی‌نظمی‌های ایجادشده می‌تواند عامل بسیاری از جرم‌ها ازجمله سرقت، توزیع مواد مخدر باشد یا آنها را تشدید کند. در شهرهای پرجمعیت که قوم‌ها، زبان و دین‌های گوناگونی دارند و هنجارهایشان مختلف و متعدد است، نظام خانواده و خویشاوندی آنها گسیخته و متلاشی می‌شود و جرم‌هایی مانند سرقت افزایش نگران‌کننده‌ای پیدا می‌کند. وقتی در کنار مهاجران روستایی و مهاجران شهرهای کوچک، افرادی از دل شهر به دلیل سقوط به طبقات پایین‌تر به حاشیه رانده شده، به مجموعهٔ قبلی اضافه می‌شوند، به‌هم‌ریختگی طبقاتی جدیدی در حاشیهٔ شهر ایجاد شده، تحرکات برای ورود به شهر بیشتر می‌شود، ولی به دلیل ضعف امکانات و خدمات رفاهی، عدم حمایت‌های مادی و اخلاقی از آنها و نبود راهکارهای قانونی و مشروع در جهت بازگشت به وضعیت قبلی و نهایتاً به دلیل ورود فشار بیش‌ازحد، مشکلات تشدید شده، سودای ارتکاب جرم بیش از پیش در سر پرورانده می‌شود. ورود افراد از طبقات دیگر به حاشیهٔ شهرها باعث بحران فرهنگی نیز می‌گردد. جرم همیشه ناشی از مسائل اقتصادی نیست.

۵۹. محمود ابراهیمی مقدمیان؛ زهرا جلیلی صالح و فاطمه جلیلی صالح، «مطالعهٔ علل ارتکاب جرم در میان جوانان حاشیه‌نشین شهر همدان»، *دانش انتظامی همدان*، ش ۳ (۱۳۹۳)، ص۶۳.

به‌هم‌ریختگی فرهنگی در حاشیه شهرها که ناشی از تقابل افراد جدید با افراد قبلی می‌شود، خود بنیان‌گذار ارتکاب جرایم دیگری ازجمله درگیری‌های فیزیکی، جرایم علیه تمامیت جسمانی افراد و جرایم ضد عفت و اخلاق عمومی می‌شود. همه‌ساله میزان جمعیت و سهم آنها در بروز ناامنی‌ها که برگرفته از فاصلهٔ نامتناسب و ناهمگون توسعهٔ اقتصادی، فرهنگی، علمی، آموزشی، رفاهی و... میان شهرهای بزرگ با شهرهای کوچک و به دور از مراکز قدرت و ثروت است، رو به فزونی است. این جمعیت مهاجر که عمدتاً به سبب ناچاری و انواع محرومیت‌ها به سمت شهرهای دیگر و یا حاشیهٔ شهرها مهاجرت می‌کنند، در این رهگذر به دلیل مشکلات اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی در بروز انواع جرایم در شهرها نقش بسزایی دارند. افزایش جمعیت حاشیهٔ شهرها به بی‌سامانی و افزایش جرایم و انحرافات اجتماعی می‌انجامد[۶۰].

رشد شتابان حاشیه‌نشینی نمونهٔ بارز فقر شهری و بی‌سامانی اجتماعی است، به نحوی که امروزه به‌عنوان مهم‌ترین کانون‌های بروز ناهنجاری و جرایم اجتماعی شناخته می‌شود. توزیع نابرابر ثروت، قدرت و خدمات در شهرها و گاه ایجاد شوک‌های اقتصادی موجب می‌شود که شهروندان ثروتمند در مناطق مطلوب شهر و فقرا در محلات حاشیه و دورافتاده سکونت کنند. روی‌هم رفته، مناطق حاشیه‌نشین جغرافیای مشخصی دارند که اعمالی چون دزدی، اعتیاد، قاچاق و فحشا در آن بیش از متن اصلی شهر دیده می‌شود و از جهات متعددی موجب شیوع بزهکاری، انحراف‌های اجتماعی و عوارض ناشی از آنها می‌گردد[۶۱].

۲.۳. نابسامانی اقتصادی و اجتماعی

هرچند ممکن است در ابتدا عوامل اخلاقی دلایل افزایش جرم به‌نظر برسد، اما با نگاه دقیق‌تر این واقعیت آشکار می‌گردد که عوامل متعددی در گرایش افراد جامعه به ارتکاب جرم نقش ایفا می‌کنند. طبیعی است که هرگونه پیشگیری بدون توجه به این عوامل امکان‌پذیر نیست. با وجود این، جرم غالباً متضمن نقض قواعد اخلاقی است. یکی از عوامل اساسی بروز رفتارهای غیراخلاقی و نابهنجار اجتماعی، اوضاع نابسامان اقتصادی و اجتماعی است. جرایم

۶۰. حنانه درشتی، «نابسامانی اجتماعی و تأثیر آن بر سرقت با تأکید بر پدیدهٔ مهاجرت (مطالعهٔ موردی: تهران بزرگ)»، *کارآگاه*، ش ۵۰ (۱۳۹۹)، ص ۷۶.

۶۱. قاسم مرادی، «حاشیه‌نشینی، جرم و ناامنی»، *رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی*، ش ۱۱ (۱۳۹۶)، ص ۱۸۶.

اقتصادی یا جرایم مرتبط با کسب و کار، از نظام اقتصادی هر کشور و نیز جامعه که از منظر جامعه‌شناسی جنایی، «محیط اجتماعی عمومی» آن کشور را تشکیل می‌دهند، مستقیماً متأثر می‌شود[۶۲]. در جوامعی که تبعیض‌های اجتماعی رو به رشد است، هنجارشکنی میان گروه‌های مختلف اجتماعی بیشتر به‌چشم می‌خورد. این امر در مرحلهٔ اول سبب تحرک طبقاتی شده، در مرحلهٔ بعد باعث افزایش ناامنی و ارتکاب جرم در آن جامعه می‌گردد. به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی و سقوط به طبقات پایین می‌تواند به خیزش‌های اجتماعی خشونت‌آمیز نیز منتهی شود. مرتکبان اعتراضات خشونت‌آمیز خود را قربانی وضعیت نابسامان اجتماعی و کمبودها و تنگناهای اقتصادی می‌دانند. از منظر جرم‌شناسی انتقادی، وضعیت اقتصادی متزلزل و بی‌ثبات علت مستقیم خشونت نیست، بلکه بستری اجتماعی را فراهم می‌کند که در آن اشکال مختلف خشونت به محض فراهم شدن فرصت ارتکاب می‌یابد[۶۳]. ازجمله جرایمی که از دیرباز به دلیل افزایش تبعیض‌های طبقاتی و فقر در جوامع بشری شایع شده، جرم سرقت (ازجمله در شهر اهواز) است. شاید بتوان گفت که وقتی اجرای عدالت اجتماعی و اقتصادی در یک جامعه رو به کاهش باشد، جرم سرقت رو به افزایش خواهد بود. از طرف دیگر، این جرم نه‌تنها به نظام‌های مالی افراد مال‌باخته، بلکه به اقتصاد و روان جامعه نیز لطمات جبران‌ناپذیری وارد می‌کند[۶۴].

وقوع جرم به‌عنوان یک پدیدهٔ نامطلوب اجتماعی، علل روانی، اقتصادی و اجتماعی متعددی دارد. با توجه به این موضوع، وضعیت اقتصادی عامل مهمی برای تمام ساختارهای اجتماعی بوده، تأثیرات قابل‌توجهی بر وقوع جرم دارد. بیشترین عوامل مؤثر بر متغیر سرقت، به ترتیب متغیرهای نابرابری درآمدی، نرخ بیکاری و نرخ تورم هستند. همچنین، تأثیرگذارترین عوامل بر متغیر جرم به‌طور کلی، به ترتیب، متغیرهای نابرابری درآمدی، نرخ بیکاری و نرخ فقر بوده‌اند. بیشترین عوامل تأثیرگذار بر متغیر قتل، به ترتیب، متغیرهای نرخ بیکاری، نرخ صنعتی شدن و نرخ فقر هستند[۶۵].

---

۶۲. شهرام ابراهیمی و مجید صادق‌نژاد، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۵ (۱۳۹۲)، ص ۱۶۹.

۶۳. شهرام ابراهیمی، *جرم‌شناسی خیزش‌های اجتماعی؛ دربارهٔ خیزش‌های اجتماعی خشونت‌آمیز حومه‌های حساس شهرهای فرانسه*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۹)، ص ۱۳.

۶۴. منصور عطاشنه و مهدی امیری، «علل و عوامل جرم سرقت در شهر اهواز (سال‌های ۷۵ تا ۸۵)»، *علوم اجتماعی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر*، ش ۱۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۱۳.

۶۵. محسن نوغانی‌دخت بهمنی و سیداحمد میرمحمدتبار، «بررسی عوامل اقتصادی مؤثر بر جرم (فراتحلیلی از تحقیقات انجام شده در ایران»، *پژوهش‌های راهبردی مسائل اجتماعی*، ش ۳ (۱۳۹۴)، ص۸۵ .

۳.۳. فراگیری جرایم ارتکابی مجرمان یقه‌سفید

در نظام اجتماعی، رفتار انسان از سوی عوامل متعلق به طبقهٔ حاکم در اجتماعِ سازمان‌یافتهٔ سیاسی خلق می‌شود و جرم به‌منزلهٔ نتیجه‌ای از فرایند پویایی، تحرک یا نیروی طبقات تعریف می‌شود. بر همین اساس، رفتارهای مجرمانه را فرایندی می‌دانند که بر پایهٔ رفتارهایی که در تعارض با منافع طبقهٔ حاکم است، برساخته می‌شوند. از این رو، انحراف تابعان نظام اجتماعی می‌تواند علل مختلفی داشته باشد. برای نمونه، ناهنجاری محرومان به این دلیل است که این قبیل افراد به ابزارهای رسمی صعود و موفقیت دسترسی ندارند یا دسترسی آنها از سوی برخی ثروتمندان محدود شده است. در واقع، در درون ساختارهای اجتماعی برای تمامی افراد امکان رسیدن به اهداف، آن‌هم از طریق لوازم و ابزار قانونی، فراهم نیست و این عدم تعادل نظام جامعه منجر به انحراف می‌شود[۶۶].

مجرمان یقه‌سفید کسانی هستند که در طبقات بالای اجتماعی قرار دارند و با سوءاستفاده از موقعیت و نفوذ اداری خود مرتکب جرایم سودآور غیرخشن می‌شوند. مهم‌ترین مصادیق جرایم ارتکابی مجرمان یقه‌سفید عبارت‌اند از: کلاهبرداری، فساد مالی (شامل ارتشا و اختلاس)، جرایم کاری و استخدامی، جرایم مربوط به نقض حقوق مصرف‌کنندگان، جرایم مربوط به مواد غذایی و دارویی، جرایم زیست‌محیطی، جرایم رایانه‌ای، جرایم مربوط به اخلال در نظام اقتصادی و جرایم گمرکی. برخی از جرایم یقه‌سفیدی، بزه‌دیدهٔ مستقیم و برخی بزه‌دیده غیرمستقیم دارند؛ ولی به هر حال، جامعه و افراد موجود در طبقات مختلف اجتماعی، بزه‌دیده واقع می‌شوند. در ایران بیشتر مصادیق جرایم یقه‌سفیدی جرم‌انگاری شده، ولی تناسب لازم در مقام مقایسهٔ بین مصادیق مختلف این جرم با توجه به آثار آنها صورت نگرفته است[۶۷].

در سدهٔ نوزدهم، بزهکاران از دیدگاه جرم‌شناسان متعلق به قشر یا طبقهٔ «ندار» بودند که خطرناک محسوب می‌شدند؛ و به تعبیر جامعه‌شناسان امریکایی، «بزهکاران یقه‌آبی». ولی از میانهٔ سدهٔ بیستم نگرش جرم‌شناسی با توجه به گسترش مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسان و

۶۶. رضا مرادی، احمد رمضانی و منصور عطاشنه، «تأثیر ساختارهای اجتماعی بر وقوع جرم»، *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۳۰۶۲.

۶۷. صادق سلیمی، «مجرمین یقه سفید و سیاست کیفری ایران»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۴ (۱۳۸۷)، ص ۲۴۷.

جامعه‌شناسان امریکایی و اروپایی، به سمت مطالعهٔ بزهکاران طبقهٔ توانمند که «یقه‌سفیدها» نام گرفتند و نیز جرایم بنگاه‌ها و شرکت‌ها (اشخاص حقوقی) گرایش پیدا کرد[۶۸].

جرایم یقه‌سفید ازجمله جرایمی هستند که یکی از آثار مخرب آن به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی است. همچنین این جرایم عملکرد دستگاه کیفری و نهاد قانون‌گذاری و اجرایی را نیز تحت‌الشعاع قرار داده است. افزایش روبه‌رشد ارتکاب جرایم یقه‌سفیدی در کشور با لحاظ اوصاف و ویژگی‌های آن و حجم هزینهٔ تحمیلی به ارکان جامعه، مخصوصاً به طبقات پایین، امری است غیرقابل انکار و اعمال یک سیاست جنایی کارآمد را در قبال این‌گونه جرایم امری قطعی و مسلم نموده است. حساسیت جامعه به جرایمی چون اختلاس، ارتشا، رانت‌خواری، سوءاستفاده‌های مالی و کلاهبرداری‌های کلان امروزه بسیار قوی و تیز گردیده و در این راستا حوزهٔ سیاست‌گذاری کیفری نسبت به جرایم یقه‌سفید به حوزهٔ سیاست‌گذاری عمومی نیز کشیده شده است. مطالعهٔ دقیق دلایل افزایش این‌گونه جرایم با وجود متنوع بودن زرادخانهٔ کیفری از انواع جرم‌انگاری، حتی از نوع مجازات‌های شدید و اینکه این جرایم از کنترل مناسب و کارآمد برخوردار نبوده است ما را به مطالعهٔ دقیق خصایص این‌گونه جرایم و اینکه چه نوع سیاست جنایی و با چه رویکردی می‌تواند موجبات کنترل، بازپروری، بازدارندگی و ناتوان‌سازی مجرمان یقه‌سفید و پرنفوذ در کشور را فراهم آورد، موضوع توجه قرار گرفته است[۶۹].

نتیجه

تحرک طبقاتی در کشور ایران وابسته به تأثیر عوامل اقتصادی، اعتقادات همگانی، ارتباطات افراد با یکدیگر، عرف، سنت، عادات و مجموعهٔ عوامل دیگر است. در جامعهٔ ایران بعضی از فعالیت‌های عمومی و برخی رخدادها، زمینه‌ای برای تحرک طبقاتی ایجاد می‌کند. در کشور ایران نه‌تنها شغل، بلکه میزان درآمد و وضعیت اقتصادی نیز باعث تحرک طبقاتی می‌شود. افزایش درآمد و استفاده از آن وسیله‌ای است برای رسیدن به نقش‌هایی که به میزان معینی وجههٔ

---

۶۸. علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، *حقوق کیفری در آغاز هزارهٔ سوم، دیباچه در: فلچر، جرج، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، برگردان: سید مهدی سیدزاده ثانی، (مشهد: رضوی، ۱۳۸۴)، ص ۱۵.

۶۹. بهنام حبیب‌زاده مؤمن و اکبر وروایی، «واکاوی سیاست جنایی ایران در قبال جرایم یقه سفید»، *علوم اجتماعی شوشتر، ویژه‌نامهٔ پیشگیری از جرم و حقوق*، ش ۳۹ (۱۳۹۶)، ص ۲۰۳.

اجتماعی مثبتی در جامعه ایجاد می‌کند. همیشه درآمد باعث تحرک طبقاتی نمی‌شود، چون که طرز استفاده از درآمد نیز بر این تحرک، مؤثر است. برای مثال، عده‌ای درآمد را برای رسیدن به مراتب بالای علمی و افزایش سطح تحصیلات یا منزلت اجتماعی استفاده می‌کنند، برعکس عده‌ای دیگر درآمد را فقط برای افزایش رفاه و استفاده از امکانات می‌خواهند.

تحرک طبقاتی روند موقعیت اجتماعی افراد را در طول زمان برای تعیین وضعیت طبقاتی هموار کرده، به فرد در جهت یافتن موقعیت اجتماعی تاحدی یاری می‌رساند. در کشور ایران سطح تحصیلات و نوع آن هم در امر تحرک طبقاتی هنوز نقش تعیین‌کننده‌ای دارد؛ مخصوصاً اگر تحصیلات در سطح عالی باشد، زمینهٔ ارتقا به طبقات بالا را فراهم می‌کند. اما عدم هماهنگی بین ابزارها و اهداف مشروع جامعه مهم‌ترین عامل در ایجاد گرایش به فعالیت جرم‌زا است. طی سال‌های اخیر در ایران به دلایل مختلف ازجمله افزایش نرخ تورم و کاهش ارزش پول ملی و سقوط افراد از طبقات بالا به پایین و در کل به‌هم‌ریختگی طبقاتی، ارزش‌های مادی در صدر قرار گرفته‌اند و نیازهای مادی به نحو روزافزونی افزایش یافته‌اند؛ در مقابل، ابزارها و امکانات مشروع کافی برای همهٔ افراد جامعه برای رسیدن به اهداف یادشده و ورود به طبقات بالاتر و یا حفظ وضعیت فعلی طبقه، فراهم نشده است. در نتیجه، افراد به‌دنبال دستیابی به ثروت‌های هنگفت و درآمدهای نجومی و رسیدن به اهداف مادی و ارضای نیازهای روزافزون مادی خود به راه‌های نامشروع گرایش پیدا می‌کنند که به‌واقع این همان نکتهٔ مورد تأکید نظریهٔ فشار مرتن است. گاهی افراد به راه‌های مشروع هم دسترسی دارند، اما این راه‌ها بسیار طولانی و پرفراز و نشیب هستند و از طرفی راه‌های نامشروع جایگزین را سریع‌تر و پرفایده‌تر می‌بینند و به این سبب به این مسیر روی می‌آورند. حال اگر بپذیریم که ویژگی مشترک همهٔ جرایم اقتصادی ازجمله پول‌شویی، جرایم مالیاتی و قاچاق کالا این است که مجرم طی آن به‌دنبال دستیابی به ثروت و درآمد هنگفت از راهی ساده و سریع است، پس باید اذعان کنیم که نظریهٔ فشار مرتن حداقل می‌تواند به‌عنوان یک فرضیهٔ قوی در توجیه ارتکاب و گسترش سایر جرایم اقتصادی ناشی از تحرک طبقاتی و به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی در جامعهٔ کنونی ما نیز مطرح شود. نظر مرتن مبنی بر اینکه «وقتی برای افراد فرصت کم یا زیاد باشد، انتظارات اجتماعی از افراد پایین یا بالا باشد و معناها نیز برای آنها مبهم، غیر منطقی و ناموجه باشد، هر

کدام از موارد فوق به‌صورت مستقل و یا در ترکیب با یکدیگر می‌توانند منجر به کج‌رفتاری شوند» تأیید می‌شود. البته نباید از نظر دور داشت که پدیدهٔ بزهکاری به دلیل وجوه مختلفی که داراست، لایه‌های گوناگون جامعه را تحت تأثیر قرار داده، به‌تبع آن نیز گونه‌های بزهکاری متعددی را می‌آفریند. جرایم خانوادگی (مانند ترک نفقه) یا تهدیدات و جرایم علیه تمامیت جسمانی (مانند قتل و جرح ناشی از اخاذی و سرقت) و ضدّ شخصیت معنوی (همچون آدم‌ربایی و توقیف غیرقانونی به قصد دریافت وجه) همگی نمونه‌ها و مواردی هستند که برآیند غیرمستقیم و شاید ناپیدای تحرک طبقاتی و وارونگیِ وضع اقتصادی محسوب می‌شوند که در جستاری دیگر می‌توان با رویکردی اثباتی و میدانی به بررسی مجزای هریک از آنها پرداخت.

مطالعات علمی اقتصاددانان وضعیت معیشتی جامعهٔ ایران را بسیار ناگوار گزارش می‌دهد. شاید هیچ کشوری در جهان مانند ایران با این موقعیت مواجه نشده باشد. با توجه به نوع رویکرد و حساسیت‌هایی که وجود دارد، نشانه‌هایی بر بهبود شرایط مشاهده نمی‌شود. گرچه اعطای یارانه‌ها تا حدی فشار فقر را کاهش می‌دهد اما روند رشد تورم و کندی رشد اقتصادی مانع از بروز معنادار آثار آن می‌شود. تا زمانی که رویکرد اقتصادمحور با تأکید بر رشد اقتصادی و سیاست خارجی مناسب آن اتخاذ نشود، رهایی از این وضعیت ممکن نیست و تداوم وضعیت موجود می‌تواند به کاهش بیشتر سرمایهٔ اجتماعی، به‌هم‌ریختگی طبقات اجتماعی، افول اخلاق، تضعیف بیشتر نهاد خانواده، کاهش شدید سطح سلامت جامعه و بهره‌وری و ... منجر شود و زمینه را برای گسترش و تداوم جرم فراهم کند.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. دانش، تاج‌زمان (۱۳۸۵). ***مجرم کیست؟ جرم‌شناسی چیست؟***. تهران: کیهان.

۲. رحیمی‌نژاد، اسماعیل (۱۳۹۷). ***رویکردهای نوین در جرمشناسی انتقادی و سیاست جنایی***. تهران: مجد.

۳. ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۹). ***جرم‌شناسی خیزش‌های اجتماعی (دربارهٔ خیزش‌های اجتماعی خشونت‌آمیز حومه‌های حساس شهرهای فرانسه)***. تهران: میزان.

۴. ریمون، گسن (۱۳۷۰). ***مقدمه‌ای بر جرمشناسی، ترجمه و تحقیق سید مهدی کی‌نیا***. تهران: علامه طباطبایی.

۵. سروستانی، رحمت‌الله (۱۳۸۶). ***آسیب‌شناسی اجتماعی (جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی)***. تهران: سمت.

۶. صدیق سروستانی، رحمت‌الله (۱۳۸۷). ***آسیب‌شناسی اجتماعی (جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی)***. قم: آن.

۷. گروثرز، چارلز (۱۳۷۸). ***جامعه‌شناسی مرتن،*** ترجمهٔ زهرا کسایی. تهران: علامه طباطبایی.

۸. گیدنز، آنتونی (۱۳۷۶). ***جامعه‌شناسی،*** ترجمهٔ منوچهر صبوری. تهران: نی.

۹. معظمی، شهلا (۱۳۸۸). ***بزهکاری کودکان و نوجوانان***. تهران: دادگستر.

۱۰. ملک، حسن (۱۳۸۸). ***جامعه‌شناسی قشرها و نابرابریهای اجتماعی،*** تهران: پیام نور.

۱۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۸۹). ***تقریرات جامعه‌شناسی جنایی،*** تهران: شهید بهشتی.

۱۲. نیک‌گهر، عبدالحسین (۱۳۶۹). ***مبانی جامعه‌شناسی،*** تهران: رایزن.

۱۳. رابرتسون، یان (۱۳۷۴). ***درآمدی به جامعه،*** ترجمهٔ حسین بهروان. مشهد: آستان قدس.

- مقالات

۱۴. تقی‌پور، علیرضا و موسوی فرد، سید محمدرضا (۱۴۰۳). تعارض منافع به‌عنوان منشأ برخی جرایم در حقوق ایران با تأکید بر تجارب تقنینی در کانادا. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۵ (۳۵)، ۶۱-۸۶. Doi: 10.22034/law.2024.56461.3269

۱۵. ابراهیمی، مهرزاد و چاکرزهی، عبدالوهاب (۱۳۹۴). ارتباط میان نرخ جرم و جنایت با تورم و بیکاری در ایران. ***پژوهش‌های راهبردی مسائل اجتماعی***، ۴ (۲)، ۱۱۳-۱۲۷. Doi: 20.1001.1.23221453.1394.4.2.7.7

۱۶. ابراهیمی، شهرام و صادق‌نژاد، مجید (۱۳۹۲). تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی. ***پژوهش حقوق کیفری***، ۲ (۵)، ۱۴۷-۱۷۴. Doi: http://noo.rs/D2Wau

۱۷. باقری، نفیسه؛ عظیم‌زاده، شادی؛ مهرا، نسرین و مهدوی ثابت، محمدعلی (۱۴۰۳). کاربست سنجه‌های عدالت ترمیمی نظام حقوقی ایران در حمایت از بزه‌دیدگان جنسی زیر ۱۸ سال؛ با مدل نیاز- حقوق. ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۵ (۳۴)، ۶۳-۱۱۴. Doi: 10.22034/LAW.2023.57151.3282

۱۸. ابراهیمی مقدمیان، محمود؛ جلیلی صالح، زهرا و جلیلی صالح، فاطمه (۱۳۹۳). مطالعهٔ علل ارتکاب جرم در میان جوانان حاشیه‌نشین شهر همدان. ***دانش انتظامی همدان***، ۱ (۳)، ۴۵-۷۲. Doi: https://www.magiran.com/p2231162

۱۹. اسکندری چراتی، آذر (۱۳۹۶). بررسی عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی مؤثر بر بزهکاری نوجوانان (مطالعه موردی: نوجوانان پسر ۱۳ تا ۱۹ سال شهر آزادشهر). ***تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری***، ۴ (۳۴)، ۱۸۵-۲۰۶. Doi: http://noo.rs/JhKTk

۲۰. اعظمی مقدم، مجید (۱۳۹۰). مفهوم‌شناسی جرم اقتصادی یا فساد اقتصادی. ***کارگاه***، ۴ (۱۶)، ۵۵-۸۴. Doi: http://noo.rs/HIC8b

۲۱. تنکابنی، حمید (۱۳۹۲). موانع تحرک اجتماعی و تأثیرات آن در تحرک شغلی کارکنان سازمان‌های دولتی و پیامدهای آن. ***جامعه‌پژوهی فرهنگی***، ۴ (۳)، ۱-۲۳. Doi: http://noo.rs/BO9yE

۲۲. جلائی‌پور، حمیدرضا و حسینی‌نثار، مجید (۱۳۸۸). عوامل اجتماعی مؤثر بر بزهکاری نوجوانان (مطالعهٔ موردی شهر رشت). ***جامعه‌شناسی مسائل اجتماعی ایران***، ۱ (۲)، ۴۹-۷۲. Doi: http://noo.rs/RDKDO

۲۳. جلیلیان، مهدی و عطازاده، سعید (۱۳۹۳). تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی. ***پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی***. ۱۰ (۱)، ۱۲۵-۱۴۸. Doi: http://noo.rs/D2Wau

۲۴. حبیب‌زاده مؤمن، بهنام و ورویی، اکبر (۱۳۹۶). واکاوی سیاست جنایی ایران در قبال جرایم یقه‌سفید. ***علوم اجتماعی دانشگاه آزاد شوشتر***، ۱۱ (۳۹)، ۱۱۱-۱۲۴.
Doi: http://noo.rs/oOn5b

۲۵. دانش ناری، حمیدرضا؛ خسروی، پوریا و جمعه‌گی، فاطمه (۱۴۰۲). ارزیابی مفهوم طبقه اجتماعی در جرم‌شناسی انتقادی: تحلیل محتوای کیفی فیلم پلتفرم. ***پژوهش‌های حقوق جزا و جرم شناسی***، ۱۱ (۲۱)، ۱۶۵-۱۹۴. Doi: 10.22034/jclc.2022.337578.1680

۲۶. دانش ناری، حمیدرضا و خواجوی فخرداود، زینب (۱۴۰۳). نابرابری اجتماعی و جرم: رمزگشایی یک انقلاب در فیلم برف‌شکن. ***حقوق کیفری***، ۱۵ (۱)، ۶۷-۸۳.
Doi: 10.22124/jol.2024.25671.2412

۲۷. درشتی، حنانه (۱۳۹۹). نابسامانی اجتماعی و تأثیر آن بر سرقت با تأکید بر پدیدهٔ مهاجرت (مطالعهٔ موردی: تهران بزرگ). ***کارآگاه***، ۱۳ (۵۰)، ۶۶-۸۶. Doi: http://noo.rs/L8CiO

۲۸. زارع، بیژن و لطفی، مهوش (۱۳۹۱). بررسی عوامل اجتماعی مؤثر بر تحرک اجتماعی بین نسلی در شهر کرمانشاه. ***مسائل اجتماعی ایران***، ۴ (۱)، ۱۱۳-۱۳۹.
Doi: 20.1001.1.24766933.1392.4.1.5.5

۲۹. سالاری، اسماعیل؛ معین، لادن؛ سهامی، سوسن و حقیقی، حمید (۱۳۹۲). بررسی رابطهٔ فرهنگ مردسالاری، همسان همسری، با تعارضات زناشویی در بین دبیران و پرستاران زن متأهل. ***زن و مطالعات خانواده***، ۵ (۱۹)، ۹۵-۱۱۴. Doi: http://noo.rs/JCt6e

۳۰. سلیمی، صادق (۱۳۸۷). مجرمین یقه‌سفید و سیاست کیفری ایران. ***مطالعات حقوق خصوصی***، ۳۸ (۴)، ۲۳۹-۲۵۴. Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.4.12.5

۳۱. سهامی، سوسن؛ حسین زئی، عنایت‌اله و پرویززاده، عاطفه (۱۳۹۶). ساخت و اعتباریابی مقیاس بزهکاری چندبعدی نوجوانان و جوانان. ***روش‌ها و مدل‌های روانشناختی***، ۶ (۲۹)، ۷۱-۸۶.
Doi: 20.1001.1.22285516.1396.8.29.4.3

۳۲. شاطریان، محسن؛ حیدری، رسول؛ شاطریان، محمود و دولتیاران، کامران (۱۳۹۹). مدل‌سازی و

تحلیل عوامل مؤثر بر وقوع جرم در مناطق حاشیه‌نشینِ شهر کاشان. ***برنامه‌ریزی منطقه‌ای***، ۱۰ (۳۷)، ۹۱-۱۰۸. Doi: 20.1001.1.22516735.1399.10.37.7.5

۳۳. عباسی‌نژاد، حسین؛ رمضانی، هادی و صادقی، مینا (۱۳۹۱)، بررسی رابطه‌ی بین بیکاری و جرم در ایران: رهیافت داده‌های تلفیقی بین استانی. ***پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی***، ۲۰ (۶۴)، ۶۵-۸۶. Doi: http://noo.rs/Pi4uo

۳۴. غفاری، زهرا (۱۳۹۶). تأثیر سرمایهٔ فرهنگی تجسم یافته‌ی ذهنی بر تحرک اجتماعی میان نسلی (مورد مطالعه: شهروندان ۳۰ تا ۵۴ ساله شهر گرگان). ***توسعهٔ اجتماعی***، ۱۱ (۴)، ۱۸۳-۲۰۶. Doi: 10.22055/qjsd.2017.13011

۳۵. علیوردی‌نیا، اکبر؛ ریاحی، محمداسماعیل و موسوی چاشمی، سیده ملیحه (۱۳۸۶). مطالعهٔ جامعه‌شناختی بزهکاری: آزمون تجربی نظریهٔ فشار عمومی اگنیو. ***جامعه‌شناسی ایران***، ۸ (۲)، ۷۵-۹۹. Doi: 20.1001.1.17351901.1386.8.2.4.4

۳۶. قائمی‌زاده، محمدسلمان؛ مبارکی، محمد و محمودزاده، مرتضی (۱۳۹۶). نوسازی یا بازتولید اجتماعی (مطالعه‌ای در خصوص قشربندی و تحرک اجتماعی). ***تحلیل اجتماعی نظم و نابرابری اجتماعی***، ۹ (۷۲)، ۸۱-۱۱۴. Doi: http://noo.rs/NKMf7

۳۷. کلانتری، صمد و قائمی‌زاده، محمدسلمان (۱۳۸۱). تحرک اجتماعی و ساخت طبقاتی (مطالعهٔ موردی شهر همدان). ***جامعه‌شناسی ایران***، ۴ (۴)، ۷۶-۱۰۰. Doi: http://noo.rs/Yb6MU

۳۸. قهرمان‌پور، رحمان (۱۳۸۳). عوامل مؤثر بر تحرک طبقاتی در ایران. ***تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری***، ۱ (۱)، ۱۱۳-۱۴۰. Doi: http://noo.rs/ikl5V

۳۹. کاظمی‌پور، شهلا (۱۳۷۸). الگویی در تعیین پایگاه اجتماعی- اقتصادی افراد و سنجش تحرک اجتماعی با تکیه بر مطالعه موردی در شهر تهران. ***علوم اجتماعی***، ۱۴(۱۴)، ۱۳۹-۱۷۲. Doi: http://noo.rs/npTkh

۴۰. عطاشنه، منصور و امیری، مهدی (۱۳۸۹). علل و عوامل جرم سرقت در شهر اهواز (سال‌های ۷۵ تا ۸۵). ***علوم اجتماعی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر***، ۴ (۱۱)، ۱۰۳-۱۲۶. Doi: http://noo.rs/5XRuz

۴۱. مالمیر، مهدی (۱۴۰۲). وضعیت‌سنجی ابعاد هویت ملی، قومی و طبقاتی جامعه ایران. ***علوم اجتماعی***، ۳۰ (۱۰۲)، ۱-۲۹. Doi: 10.22054/qjss.2024.81283.2816

۴۲. محمدزاده، یوسف؛ تقی‌زاده، نرگس و نظریان، علمناز (۱۳۹۵). نابرابری درآمد، فقر و سلامت عمومی. ***دانشکدهٔ پیراپزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران***، ۱۱ (۲)، ۲۲۰-۲۳۴.
Doi: http://payavard.tums.ac.ir/article-1-6239-fa.html

۴۳. مرادی، قاسم (۱۳۹۶). حاشیه‌نشینی، جرم و ناامنی. ***رویکردهای پژوهشی در علوم اجتماعی***، ۳ (۱۱)، ۱۸۲-۱۹۰.
Doi: http://rassjournal.ir › afile

۴۴. مرادی، رضا؛ رمضانی، احمد و عطاشنه، منصور (۱۴۰۰). تأثیر ساختارهای اجتماعی بر وقوع جرم. ***جامعه‌شناسی سیاسی ایران***، ۴ (۴)، ۳۰۶۲-۳۰۷۴.
Doi: 10.30510/psi.2024.259116.1366

۴۵. مقدس، علی‌اصغر و ایران محبوب، جلیل (۱۳۸۵). طبقات و تحرک اجتماعی در فارس و بوشهر. ***مطالعات اجتماعی ایران***، ۱ (۱)، ۲۰۱-۲۳۴.
Doi: 20.1001.1.20083653.1385.1.1.7.0

۴۶. مکی‌پور، ذبیح‌الله و ربانی خوراسگانی، علی (۱۳۹۲). بررسی علل اقتصادی آسیب‌های اجتماعی (با تأکید بر رابطه تورم و جرایم در ایران طی سال‌های ۱۳۹۰-۱۳۷۰). ***پژوهش‌های راهبردی امنیت و نظم اجتماعی***، ۲ (۲)، ۷۹-۹۸.
Doi: 20.1001.1.23221453.1392.2.2.5.1

۴۷. نایبی، هوشنگ و معصومی‌راد، رضا (۱۳۹۰). عوامل فرهنگی مؤثر بر تحرک اجتماعی مردان ۳۵ تا ۶۴ ساله شهر تهران. ***مطالعات جامعه‌شناختی***، ۱۸ (۳۹)، ۱-۳۴.
Doi: https://jsr.ut.ac.ir/article_56101.html

۴۸. نایبی، هوشنگ و معصومی‌راد، رضا (۱۳۹۲). عوامل اجتماعی مؤثر بر تحرک اجتماعی شغلی اعضای هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی. ***راهبرد اجتماعی و فرهنگی***، ۲ (۲)، ۱۰۳-۱۳۴.
Doi: 20.1001.1.22517081.1392.2.2.4.0

۴۹. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و گلدوزیان، حسین (۱۳۹۶). جرم‌شناسی پست‌مدرن و رویکرد آن به جرم و علت‌شناسی جنایی. ***پژوهش حقوق کیفری***، ۶ (۲۳)، ۹-۴۶.
Doi: 10.22054/jclr.2018.22508.1429

۵۰. نوغانی دخت‌بهمنی، محسن و میرمحمدتبار، سید احمد (۱۳۹۴). بررسی عوامل اقتصادی مؤثر بر جرم (فراتحلیلی از تحقیقات انجام‌شده در ایران)، ***پژوهش‌های راهبردی مسائل اجتماعی***، ۴ (۳)، ۸۵-۱۰۲.
Doi: 20.1001.1.23221453.1394.4.3.6.8

- پایان‌نامه‌ها

۵۱. مقدس، علی‌اصغر (۱۳۸۱). ***ساختار شغلی و تحرک اجتماعی در استان‌های فارس و کهکلویه و بویراحمد؛ مورد مطالعه: شهرهای شیراز و یاسوج***. پایان‌نامه دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.

- کنگره‌ها و همایش‌ها

۵۲. راسخی بخشایش، ابوالقاسم (۱۳۹۵). تحرک اجتماعی و عوامل موثر بر آن (با تأکید بر تحرک اجتماعی در ایران). ***دهمین کنگره پیشگامان پیشرفت***، ۶۶-۷۵.
Doi: https://magirans.com/id/66839

۵۳. شفیعی، محمدسعید و شفیعی، شیرین (۱۳۹۵). بررسی آسیب‌شناسانه و پیشگیرانه بزهکاری در سنین نوجوانی. ***دومین کنفرانس چارسوی علوم انسانی***. Doi: http://noo.rs/geMr1

ب) منابع انگیسی

- Books

54. *Breen, RI. (2004).* ***Social Mobility in Europe***. *Oxford University Press.*
55. Muncie, John (2004). ***Youth and crime***. 2nd edition. London, UK: Sage Publications Ltd.
56. Marshall, G. (1998). ***Oxford Dictionary of sociology***. Oxford and New York: Oxford University Press.
57. Paul E. Willis. (1977). ***Learning to Labour***: ***How Working-Class Kids Get Working Class Jobs***. New York, NY: Columbia University Press, (1977), 43.
58. Shambayati, H. (2006). ***Juvenile delinquency***. Tehran: Jwbeen publication.
59. Sorokin, P.A. (1964). ***Social and Cultural Mobility***. New York: Free press.
60. Walter S. DeKeseredy (2011). ***Contemporary Critical Criminology***. London: Routledge , 3.

- Articles

61. Baizidi, R. (2019). Paradoxical Class: Paradox of Interest in Middle Class and Political Conservatism, ***Asian Journal of Political Science 3***.

62. Daniel L; D. Dow & C. Chernoff. (2020). Class Mobility and Reproduction for Black and White Adults in the United States: A Visualization. ***Socius: Sociological Research for a Dynamic World.***

63. De Graaf. Nan Dirk, Paul Nieuwbeerta & Heath. Anthony. (1995). Class Mobility and Political Preferences: Individual and Contextual Effects. Nuffield College, Article in ***American Journal of Sociology*** January.

64. Doyle, J. M.; Ahmad, E. & Horn, R. N. (1999). The effects of Labor Markets and Income Inequality on Crime: Evidence from Panel Data**.** ***Southern Economic Journal***, 65 (4), 717-738.

65. Feather man, L. David. (1975). Assumptions of Social Mobility Research in the US: The Case of Occupational Status. ***Social Science Research***, (4).

66. Carbone I and Steven A (2010). Race, Class, and Oppression: Solutions for Active Learning and Literacy in the Classroom. ***Inquiries Journal*** 1 (2), http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1689.

67. Martin D. Schwartz & Walter S. DeKeseredy (2008). Interpersonal Violence Against Women: The Role of Men. ***Journal of Contemporary Criminal*** Justice (24), 179.

68. Merton, Robert K. (1938). Social Structure and Anomie. ***American Sociological Review*** (3) 672–82.

69. Richard Quinney (1973) Crime Control in Capitalist Society: A Critical Philosophy of Legal Order. ***Issues Criminology*** (75), 79.

70. Welsch, H. (2007). Macroeconomics and Life Satisfaction Revisiting the Misery Index. ***Journal of Applied Economics***, (2), 237-251.

71. Zangeneh, M. (2004). Examining family and Social Factors Affecting Juvenile Delinquent Behavoir. Booshehr Province. ***Social Sceinces Journal, Alameh Tabatabee Univesrity***, (25).

University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514
Volum: 16 **Issue:** 38
Spring 2025

Article Type: Research Article **Pages:** 199-225

The Critical Essay on the Privatization of Education from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Seyyed Hossein Malakooti Hashjin[1]| **Yashar Rezazadeh**[2]| **Adel Ebrahimpour Asanjan**[3]

1. Assistant Professor, Department of Law,, University of Tabriz, Iran (Corresponding Author) malakooti@tabrizu.ac.ir
2. Master of Public Law, University of Tabriz, Iran rezazadeh.yashar@yahoo.com
3. Assistant Professor, Department of Law, University of Tabriz, Iran brahimpooradel@tabrizu.ac.ir

Abstract

Education plays an important role in the development of the country. Therefore, the governments are obliged to have scales in their educational planning in such a way that they provide the appropriate quantity and quality of education. In this regard, the right to access educational facilities at the same level and away from unfair discrimination can be considered as the foundation of educational justice. Access to the right to educational facilities of equal level should be more widespread in all educational levels than material facilities and competent human resources. In the 19th and 20th principles of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, by recognizing the dignity and equal rights of all, it specifies the equality of the general public before the law, and this means that undue discrimination must be removed in all human affairs, including educational issues. Therefore, the government does not have the right to discriminate among the people of the nation. In this regard, according to Article 30 of the Constitution, which provides free education for all people, private schools not only contradict the principles and principles of the basic principles-which is the negation of unjust discrimination - it causes that expand There is a class gap in the society and it can limit the desirable educational facilities to those with financial resources. This article made an analytical and critical look at the establishment of non-government schools within the framework of the Selassie Law of the Islamic Republic of Iran and concluded that according to the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the establishment of private schools is not justified despite educational inequalities with public schools.

Keywords: *Educational System, Unfair Discrimination, Constitution, Specialized Schools- Public Schools.*

Received: 2025/03/05 **Received in revised form:** 2025/05/17 **Accepted**: 2025/06/03 **Published:** 2025/06/07

DOI: 10.22034/law.2025.40902.2670

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

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱
مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
دوره: ۱۶، شماره: ۳۸
بهار ۱۴۰۴
نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۱۹۹-۲۲۵

جستاری انتقادی بر خصوصی‌سازی آموزش و پرورش از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

سید حسین ملکوتی هشجین[۱] | یاشار رضازاده[۲] | عادل ابراهیم‌پور اسنجان[۳]

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه تبریز، ایران (نویسنده مسئول) malakooti@tabrizu.ac.ir
۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران rezazadeh.yashar@yahoo.com
۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه تبریز، ایران ebrahimpooradel@tabrizu.ac.ir

چکیده

آموزش و پرورش در توسعهٔ کشور نقش بسزایی دارد. از این رو، دولت‌ها مکلف‌اند در برنامه‌ریزی‌های آموزشی موازینی را لحاظ دارند، به نحوی که کمیت و کیفیت مطلوب آموزشی تأمین گردد. در این راستا حق بر دسترسی برابر به امکانات آموزشی هم‌سطح و دور از هرگونه تبعیض ناروا را می‌توان زیربنای تحقق عدالت آموزشی دانست. برخورداری از حق بر دسترسی به امکانات آموزشی برابر و هم‌سطح باید در کلیهٔ ابعاد آموزشی ازجمله امکانات مادی و نیروی انسانی کارآمد و شایسته نیز تسری یابد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول نوزدهم و بیستم با قائل شدنِ منزلت و حقوقِ برابر برای همگان، به تساوی عموم در برابر قانون تصریح دارد و این به آن معناست که باید تبعیض ناروا در تمام شئونات انسانی ازجمله در مسائل آموزشی ازمیان برداشته شود. بنابراین، دولت حق ندارد هیچ‌گونه تبعیضی بین افراد ملت قائل شود. در این راستا، مطابق اصل سی‌ام قانون اساسی که آموزش و پرورش را برای همهٔ مردم به صورت رایگان مقرر داشته است، تأسیس مدارس خصوصی به نحوی که در حال حاضر اجرا می‌شود، نه‌تنها با اهداف و اصول قانون اساسی- که مشعر بر نفی تبعیضات ناروا است- مغایرت دارد، بلکه به گسترش شکاف طبقاتی در جامعه منجر شده، برخورداری از امکانات مطلوب آموزشی را به دارندگان تمکن مالی محدود می‌کند. این نوشتار با نگاهی تحلیلی- انتقادی تأسیس مدارس غیردولتی را در چارچوب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بررسی کرده و به این نتیجه رهنمون شده است که بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تأسیس مدارس خصوصی به شکلی که هم‌اکنون در کشور انجام می‌شود به دلیل ایجاد نابرابری‌های آموزشی به هیچ عنوان موجه نیست.

واژگان کلیدی: *تبعیض ناروا، قانون اساسی، مدارس خصوصی، مدارس دولتی، نظام آموزشی.*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵ **تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۲/۲۷ **تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۳ **تاریخ انتشار:** ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

DOI: 10.22034/law.2025.40902.2670

ناشر: دانشگاه تبریز law@tabrizu.ac.ir

مقدمه

امروزه ارائهٔ خدمات عمومی از عناصر مشروعیت‌بخش دولت‌ها به‌شمار می‌آید. بر این اساس، تأمین نیازهای اساسی جامعه جزء تکالیف دولت بوده، حکومت مکلف است به نحو برابر و بی هیچ تبعیضی خدمات عمومی را برای شهروندان خویش فراهم کند[۱]. از نمونه‌های بارز ارائهٔ خدمات عمومی، تأمین حق بر آموزش برای اتباع یک کشور است، ولی در حقوق موضوعهٔ ایران تعریفی از حق بر آموزش ارائه نشده است. در واقع، قانون‌گذار آموزش را امری بدیهی تلقی کرده، ریشه‌کن کردن بی‌سوادی و ارتقای آگاهی‌های عمومی را از اهداف والا و اصلی آموزش و پرورش محسوب نموده است. به هر حال، بعد از انقلاب اسلامی، آرمان‌گرایی انقلابی توجه به حقوق بنیادین بشری، مانند حق بر آموزش را در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌دنبال داشت. تدوین‌کنندگان قانون اساسی با درنظر گرفتن پیشینهٔ آموزش و پرورش در کشور و اهمیت آن با دقت نظر بیشتری حق بر آموزش را در پیش‌نویس قانون اساسی متبلور ساختند. در این راستا پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت جمهوری اسلامی ایران را مکلف می‌کرد که آموزش و پرورش را برای همهٔ اقشار کشور به نحو مساوی فراهم کند[۲]. درج لفظِ «باید» در اصل دهم پیش‌نویس قانون اساسی را می‌توان مؤید تکلیف دولت در تأمین وسایل و امکانات آموزشی و اجرای حقوق مردم در خصوص آموزش تلقی نمود، بنابر پیش‌نویس یادشده، حق آموزش، قابلیتِ مطالبه‌گریِ موکدی پیدا کرده است. بر این اساس، دولت جمهوری اسلامی ایران برای رسیدن به اهداف مقرر در اصل دوم (پایه‌های ایمانی جمهوری اسلامی ایران، استفاده از علوم بشری، نفی ظلم و ستم، تأمین عدالت، استقلال و همبستگی ملی) موظف است تا همهٔ امکانات خود را برای این امور به‌کار گیرد: «... ۲ـ بالابردن سطح آگاهی‌های عمومی در همهٔ زمینه‌ها ۳ـ آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح، و تسهیل و تعمیم آموزش عالی ۴- تقویت روح بررسی و تتبع و ابتکار در تمام زمینه‌های علمی و فنی... ۹- رفع

۱. محمدجواد رضایی‌زاده و داود کاظمی، *«بازشناسی نظریهٔ «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»*، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۲۴.

۲. اصل دهم پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌ها و...»[۳]. همچنین در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برابری حقوق همهٔ افراد ملت، در برخورداری از کلیهٔ حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تضمین[۴] و مقرر شده که دولت موظف است تا آموزش و پرورش رایگان را برای همهٔ افراد ملت از مقطع ابتدایی تا پایان دورهٔ متوسطه فراهم ساخته، وسایل تحصیلات عالی را نیز تا سر حد خودکفایی کشور به‌طور رایگان گسترش دهد[۵]. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران جهت تأمین استقلال اقتصادی جامعه، ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسانی، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران را بر اساس ضوابطی استوار کرده است که در آن آموزش و پرورش جزء نیازهای اساسی به‌شمار می‌آید[۶]. تأمین این نیاز اساسی برعهدهٔ دولت قرار گرفته و توجه ویژه به آموزش و پرورش از اهداف کلان و والای نظام جمهوری اسلامی ایران دانسته شده است. شاید بتوان تأکید بر آموزش و پروش رایگان در قانون اساسی را مؤید این امر دانست که خصوصی بودن آموزش می‌تواند موجبات نابرابری در جامعه را دامن زند. هرچند خصوصی بودن امور آموزشی می‌تواند از هزینه‌های مالی دولت بکاهد، با این همه نمی‌تواند به‌طور کلی سلب مسئولیت از دولت در امر آموزش را توجیه نماید.

بی‌گمان هدف بخش خصوصی همانند دیگر عرصه‌های فعالیت اجتماعی، تحصیل سود و منفعت بوده، این هدف انتفاعیِ بخش خصوصی را نمی‌توان با هدف دولت که تأمین تعلیم و تربیت و سازندگیِ روحی دانش‌آموزان است سازگار دانست[۷]. پرسش اساسی نوشتار حاضر این است که آیا خصوصی‌سازی آموزش و پرورش با اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مطابقت دارد؛ و ازآنجایی که وظیفهٔ بررسی انطباق قوانین عادی با قانون اساسی برعهدهٔ شورای نگهبان است، لذا رویکرد نهاد یادشده نیز مورد ارزیابی و بررسی واقع می‌شود. فرضیهٔ این نوشتار بر این امر استوار است که خصوص‌سازی آموزش و پرورش با روح برابری و تساوی‌طلبانهٔ قانون اساسی سازگار نیست. برای نیل به این فرضیه، در بخش اول در خصوص تکلیف قانون اساسی

۳. اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.

۴. همان، اصل بیستم .

۵. همان، اصل سی‌ام.

۶. همان، بند ۱ اصل چهل و سوم .

۷. فخرالسادات هاشمیان و همکاران، «تحلیل مشارکت بخش خصوصی در نظام آموزش و پرورش»، *سیاست‌های راهبردی و کلان*، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص ۲۲.

به دولت جمهوری اسلامی برای آموزش شهروندان بحث شده و در بخش دوم، جایگاه آموزش و پرورش و ابعاد مختلف آن در حقوق موضوعهٔ ایران مورد ارزیابی قرار گرفته است. در بخش سوم به لزوم و دلایل ایجاد مدارس غیرانتفاعی در کشور پرداخته می شود. پس از تحلیل انتقادی دیدگاه شورای نگهبان در خصوص اصل سی ام قانون اساسی و قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی، در بخش چهارم این نوشتار، نتیجه‌گیری از مباحث یادشده ارائه خواهد شد.

۱. تکلیف آموزشی دولت جمهوری اسلامی ایران

جایگاه حق در جامعه، تعیین‌کنندهٔ امتیازات و صلاحیت‌ها است. هرگونه ابهام در جایگاه حق یا چینش نامناسب آن، انتظارات متقابل اجتماعیِ نابجا، اعم از واقعی یا غیر واقعی، سردرگمی اجتماعی، احساس بی‌عدالتی و نفاق اجتماعی را به‌همراه می‌آورد[۸] و تکلیف بیشتر در روابط بین دولت و مردم مطرح و ایجاد می‌شود. در این خصوص گاهی دولت حقی دارد و مردم در برابر آن مکلف هستند، مثل انجام دادن خدمت نظام وظیفه، و گاهی هم برعکس؛ یعنی مردم دارای حقی در برابر دولت هستند و دولت مکلف به رعایت و اجرای آن حقوق است[۹].

مطابق اصل دوم قانون اساسی، یکی از تکالیف دولت، قانون‌گذاری به نحوی است که عدالت اجتماعی مستقر شود. اصل سوم قانون اساسی نیز در راستای تحقق اهداف یادشده در اصل دوم قانون اساسی، دولت را مکلف کرده است که همهٔ امکانات خود را به‌کار گیرد. در خصوص آموزش، ازجمله تکالیف دولت در اصل سوم بندهای سوم و چهارم است که طبق این بندها فراهم نمودن آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای کلیهٔ افراد، تسهیل و گسترش و توسعهٔ آموزش عالی در تمامیِ سطوح، همچنین تقویت روح بررسی و تتبع و ابتکار در تمام زمینه‌های علمی، فنی، فرهنگی و اسلامی از طریق تأسیس مراکز تحقیق و تشویق پژوهشگران برعهدهٔ دولت گذاشته شده است. رشد و ارتقای فکری از لوازم و مقدمات ضروری حکومت‌های مردمی است. اگرچه در این زمینه در بند دوم اصل سوم آمده است که بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در تمامی زمینه‌ها با استفادهٔ صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی ...

۸. عباس کریمی و آزاده چلبی، «معرفی و بسط نظریهٔ تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینهٔ حقوق کودک»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۳۸ (۱۳۸۷)، ص ۲۱۲.

۹. ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۸۰، ۱۳۹۰)، ص ۲۵۲.

برعهدهٔ حکومت است، اما ایفاکنندهٔ نقش اصلی در ارتقا و رشد فکری مردم، نهاد آموزش و پرورش است. به همین دلیل و در راستای اصل دوم و بندهای مصرح اصل سوم، قانون‌گذار با دقت نظر به اهمیت آموزش و پرورش از لحاظ جنبه‌های فردی و اجتماعی و نقش آن در رشد و پیشرفت کشور، توجه ویژه‌ای به آن داشته و اصل مستقل و مجزایی را به آن اختصاص داده است که این اصل، دولت را به تأمین وسایل آموزش و پرورش رایگان برای همهٔ ملت تا پایان دورهٔ متوسطه مکلف کرده است. همچنین تأمین و تعمیم وسایل تحصیلات عالی نیز تا سرحدّ خودکفایی کشور به‌طور رایگان برعهده دولت گذارده شده است[۱۰]. دولت در جهت حمایت از حقوق افراد و همچنین تأمین نیازهای جامعه مسئولیت‌هایی دارد و موظف است برای مصلحت جامعه و با تأسیس نهاد آموزش و پرورش بنیادهای لازم برای ارتقای اجتماع را فراهم کند. در این خصوص می‌توان به نظر ارسطو استناد جست که آموزش را وظیفهٔ دولت دانسته، قانون‌گذار را مکلف به تربیت افراد شریف از طریق آموزش می‌داند[۱۱]. در مورد حق بر آموزش می‌توان این پرسش‌ها را مطرح نمود؛ تعلیم و تربیت حق و اختیار است یا تکلیف و اجبار؟ آیا این حق تکلیف فردی است یا جمعی؟ آموزش افراد امری خصوصی است یا عمومی؟ حکومت مکلف به آموزش افراد است یا چنین تکلیفی ندارد؟ وقتی از منظر فردی به جایگاه تعلیم و تربیت نگریسته می‌شود، این فرد و خانواده هستند که صاحب حق و تکلیف‌اند و لذا به‌طور کلی مسئولیت اولیه و اصلی تعلیم و تربیت فرزندان برعهدهٔ والدین است و در این میان، دولت نقش نظارتی و مکمل دارد. ولی وقتی که از ایفای جنبهٔ اجتماعی حق بر آموزش صحبت می‌شود، در این صورت، این امر باید با مسئولیت ارکان تعلیم و تربیت و همهٔ نهادهای سهیم صورت پذیرد که آن هم در تربیت رسمی و عمومی، مسئولیت اصلی برعهدهٔ حاکمیت بوده، این بار والدین هستند که نقش ناظر و مکمل خواهند داشت.

اندیشمندان غربی معتقدند که میان سطح تحصیلات اشخاص در جامعه و قابلیت آن جامعه برای حفظ نظام دموکراتیک حکومت، نوعی همبستگی وجود دارد. همچنین برای پیشرفت صنعتی، بهداشتی و دفاعی، داشتن یک سازمان فعال و موفق ِآموزش و پرورش، شرط لازم و ضروری

۱۰. اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.

۱۱. ارسطو، *سیاست*، ترجمهٔ حمید عنایت، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۲، ۱۳۴۹)، ص ۳۲۹.

تلقی می‌شود. به همین سبب، دولت‌هایی که در صحنهٔ رقابت‌های بین‌المللی در صدد ارتقای جایگاه خود در عرصه‌های علمی، فنی، اقتصادی، صنعتی، اجتماعی، فرهنگی، نظامی و دفاعی هستند، بیشترین اهتمام خویش را به توسعهٔ کمّی و کیفی آموزش و پرورش اختصاص می‌دهند[۱۲].

۲. جایگاه آموزش و پرورش در حقوق موضوعهٔ ایران

آموزش و پرورش بستر اصلی توسعه و گسترش نظام ارزشی هر جامعه است. در جامعهٔ اسلامی کانون گسترش ارزش‌های اجتماعی، آموزش و پرورش بوده، برقراری عدالت نیز عاملی برای اهتمام حکومت به آموزش و پرورش است. این نهاد به دلیل اهمیت آن داخل در حوزهٔ دولت‌ها و زمینه‌ساز برخورداری از بسیاری حقوق دیگر است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با درنظر گرفتن اهمیت و ابعاد مختلف اثرگذاری آموزش و پرورش در شناسایی و تضمین اساسیِ حقوق آموزشی، دولت را موظف نموده است تا برای نیل به اهداف و پایه‌های ایمانی و آرمانیِ نظام جمهوری اسلامی، همهٔ امکانات خود را برای تأمین آموزش و پرورش رایگان در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی، رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌ها به‌کار گیرد. در قانون یادشده، حق آموزش و پرورش دینی برای پیروان مذاهب اسلامی و پیروان ادیان دیگر، آزادی استفاده از زبان‌های محلی در مطبوعات و رسانه‌ها و تدریس ادبیات آنها در مدارس در کنار زبان فارسی، برابری حقوق همهٔ افراد ملت در بهره‌مندی از کلیهٔ حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌رسمیت شناخته شده و دولت موظف شده است که وسایل آموزش و پرورش رایگان را برای همهٔ ملتّ تا پایان دورهٔ متوسطه فراهم ساخته، وسایل تحصیلات عالی را نیز به‌طور رایگان گسترش دهد[۱۳]. اصول رایگان بودن آموزش و اجباری بودن آن، به یکدیگر وابسته هستند. وقتی دولتی به‌موجب قانون موظف می‌شود تا آموزش رایگان ارائه بدهد، حضور دانش‌آموزان در محل آموزشی را نیز باید اجباری سازد. اجباری بودن آموزش مستلزم آن است که نخست، آموزش اجباری فقط تا سن و یا مقطع معینی اجباری باشد و دوم اینکه، نه‌تنها أخذ هرگونه هزینه‌های ثبت نام و تحصیل در سطوح آموزش ابتدایی از اولیای دانش‌آموزان را ممنوع باشد، بلکه باید با ارائهٔ خدماتی نظیر هزینهٔ رفت

۱۲. محمد سروش، «مسئولیت حکومت اسلامی در آموزش و پرورش رسمی»، *تربیت اسلامی*، ش ۵ (۱۳۸۶)، ص ۶۶.
۱۳. اصول سوم، دوازدهم، سیزدهم، پانزدهم، نوزدهم، بیستم و سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.

و آمد دانش‌آموزان به محل تحصیل، تغذیه و تفریحات جالب، انگیزهٔ کودکان به حضور در مدارس را افزایش دهد[۱۴]. طبق اصل سی‌ام قانون اساسی، آموزش بایستی رایگان باشد، اما در سال ۱۳۶۷ «قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی» تصویب شد که با توجه به رایگان نبودن این مدارس، بحث‌های چالش‌برانگیزی به‌وجود آمد؛ بنابراین لازم است تا اصل سی‌ام قانون اساسی از ابعاد مختلفی که در مشروح مذاکرات قانون اساسی به آن پرداخته شده است، مورد مداقه قرار گیرد.

۱.۲. آموزش و پرورش به‌مثابه یک حق

در اصل سی‌ام قانون اساسی درج عبارتِ «دولت موظف است ...»، دولت را مَنْ علیهِ الْحق قرار داده است؛ یعنی آموزش و پرورش حق ملت شناخته شده است و دولت نیز در برابر این حق، تکلیف دارد که آن را محترم شمرده، حقوق ملت را در این خصوص اجرا کند؛ چراکه نمی‌شود مَنْ علیهِ الْحقی وجود داشته باشد، اما صاحب حقی که اجرایش را مطالبه کند وجود نداشته باشد. تأیید بعدی برای حق ملت بر آموزش، این است که قبل از تنظیم اصل سی‌ام قانون اساسی با عبارات فعلی، عبارتِ «برخورداری از این[۱۵]، حق همهٔ ملت است» نوشته شده بود، اما مطابق مذاکرات میان واضعانِ قانون اساسی، به دلیل مشکل بودن تنظیم عبارت یادشده در این اصل، به صورت کنونی تنظیم شده است[۱۶].

۲.۲. رایگان بودن آموزش

در تنظیم اصل سی‌ام قانون اساسی، عبارتِ «... آموزش و پرورش رایگان...» آمده که با عنایت به تصریح همینِ اصل، دولت مکلف است حقی را که ملت بر آموزش دارند به‌طور رایگان تا پایان مقطع متوسطه در اختیار آنان قرار دهد. برخی اشکال وارد می‌کنند که قبل از این اصل هم بارهای سنگینی ازجمله تأمین مسکن برای همهٔ ملتّ بر دوش دولت گذاشته شده است اینک تأمین و فراهم نمودن وسایل و امکانات و آموزش و پرورش رایگان از سوی دولت باید با شرط

۱۴. باقر انصاری، *حق آموزش حق کودک به آموزش در نظام بین المللی حقوق بشر*، (تهران: پژوهشکده حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۳)، ص ۲۹۸.

۱۵. یعنی آموزش و پرورش.

۱۶. بی‌نا، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای، ۱۳۶۴)، ص ۸۰۴.

ملاحظهٔ قدرت و توانایی کشور نوشته شود. در جواب آن، نایب رئیس مجلس خبرگان قانون اساسی با این استدلال که که شرطِ قدرت و توانایی برای انجام هر چیزی- آن‌طور که در فقه هم آمده است- مفروض و ملحوظ بوده، در انجام هر چیزی ساری و بدیهی است، آوردن این قید در اصل سی‌ام را ضروری ندانسته‌اند[۱۷]. اما باید اذعان داشت که سقف تعهدات دولت تا پایان مقطع متوسطه نشان‌دهندهٔ نگاه «سرمایه‌گذاری اجتماعی» واضعانِ قانون اساسی به آموزش و پرورش است، نه اینکه آن را امری هزینه‌بَر و باری برای دولت تلقی کرده باشند. سرمایه‌گذاری روی نیروی انسانی کارآمد نوعی تولید ثروت آینده‌نگرانه است. از این رو با استناد به بند سوم اصل سوم قانون اساسی نیز می‌توان گفت که دولت مکلف به استفاده از تمامی امکانات خود برای فراهم کردن آموزش و پرورش رایگان شده است. دولت در بند سوم اصل سوم قانون اساسی تعهدات گسترده‌تری نسبت به اصل سی‌ام قانون اساسی در خصوص تأمین آموزش و پرورش رایگان دارد. بنابراین نمی‌توان به تعهدات حداقلی دولت قائل شد و دولت نیز نمی‌تواند از زیر بار این تعهدات شانه خالی کند. لکن کلیهٔ کودکان کشور باید بدون کوچکترین هزینه‌ای بتوانند از این حق خویش در بهره‌مندی از آموزش باکیفیت و رایگان برخوردار شوند. در این اصل، تکلیف دولت منوط به توانایی و قدرت مالی دولت نیست و در این راستا تکلیف دولت منجّز و مشخص است. لکن درست است که دولت به اندازهٔ قدرت مالی و توانایی خود می‌تواند به این تکلیف عمل کند و شرط توانایی و قدرت شرط عقلی برای انجام دادن هر کاری است، اما در ارتباط میان دولت و ملت، به صورت حق و تکلیف مطرح بوده، قانون انتظارات مشروعی را برای مردم ایجاد کرده است. بنابراین درصورتی که قدرت و توانایی و منابع مالی دولت برای انجام تکلیف قانونی مقرر در اصل سی‌ام قانون اساسی کافی نباشد، دولت موظف است تا با برنامه‌ریزی و تلاش در این راستا، منابع مالی و توانایی کافی و لازم را برای انجام وظیفه اش کسب کند. در مشروح مذاکرات قانون اساسی در تبیین بند سوم اصل سوم نیز نایب رئیس قائل به این است که ارائهٔ آموزش و پرورش باید تا سطح عالی هم به‌صورت رایگان باشد[۱۸]. اما آموزش و پرورش عالیِ (تحصیلات دانشگاهی) رایگان در اصل سی‌ام، با هدف و در چارچوب تأمین نیازهای اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی داخل کشور صورت گرفته است.

۱۷. همان، ص ۷۸۷-۷۸۸.

۱۸. همان، ص ۲۹۳؛ همچنین نک: علی دارایی، علی مشهدی و صدیقه قارلقی، «تأملی بر مفهوم برابری در اندیشهٔ خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۵ (۱۴۰۰)، ص ۱۲۰.

۳.۲. تحدید حق بر آموزش همگانی رایگان در قانون عادی

در مشروح مذاکرات قانون اساسی وقتی اعضای مذاکره‌کننده در مورد اینکه آیا با توجه به صراحت اصل سی‌ام قانون اساسی مبنی بر رایگان بودن آموزش و پرورش، مشکلی در راه تأسیس مدارس خصوصی، ملی و غیررایگان در آینده ایجاد می‌شود یا خیر، در جواب این مسئله استدلال می‌کنند که اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند؛ یعنی وقتی رایگان بودن مدارس را طبق قانونی برعهدهٔ دولت قرار داده، بر ذمهٔ دولت ثابت می‌شود، این به معنای نفی دیگر روش‌های تحصیل و تأسیس و ادارهٔ مدارس با هزینه‌های غیردولتی نیست. بنابراین اشخاص در آینده می‌توانند مدارس غیردولتی با هزینهٔ خودشان تأسیس کنند[۱۹].

اما از واضعان قانون اساسی بعید است که بند نهم اصل سوم مبنی بر «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه،...» را فراموش کرده، از تبعات تأسیس مدارس خصوصی غافل باشند. چراکه در فرضی که مدارس غیرانتفاعی دارای امکانات بیشتر و سطح کیفی آموزشی بهتری نسبت به مدارس دولتی باشد، افرادی که توان مالی بیشتری داشته باشند به سطح آموزشی بهتری نیز دسترسی خواهند داشت و افراد با درآمد کمتر از این سطح آموزشی بی‌بهره خواهند ماند و این درواقع خلاف اصل برابری مصرح در قانون اساسی است؛ درصورتی که این تبعیض، نابرابری و بی‌عدالتی در قانون اساسی با توجه به آرمان‌ها و اهداف انقلاب اسلامی نفی شده است.

مسئلهٔ دیگری که به صورت غیرمستقیم در مشروح مذاکرات قانون اساسی در خصوص تأسیس مدارس غیرانتفاعی مورد اشاره قرار گرفته، آزادی انتخاب مدارس از سوی والدین کودکان است که بنابه مصالحی بتوانند کودکان خود را در مدارس خصوصی به تحصیل بسپارند؛ به تعبیر دیگر، قادر باشند نحوهٔ آموزش و حتی برخی محتوای آموزشی را برای فرزندان خود به صورت اختیاری انتخاب نمایند. در خصوص لزوم درج آزادی آموزش در اصول قانون اساسی استدلال می‌شود که تأسیس مدارس ملی (یعنی غیردولتی) که با امکانات مالی و انسانی خود اشخاص تشکیل می‌شود، آزاد است و نیازی به تصریح آن در قانون اساسی وجود ندارد[۲۰]. این

۱۹. همان، ص ۷۸۷.
۲۰. همان.

درست است که مسئلهٔ تأسیس مدارس غیرانتفاعی، نه‌تنها با آزادی آموزش و پرورش مطابقت دارد، بلکه دانش‌آموزانی که در مدارس خصوصی تحصیل می‌کنند می‌توانند در پیشرفت کشور نقش اساسی ایفا کنند، اما به سبب جداسازی آموزشی این امکان وجود دارد که دانش‌آموختگان در این مدارس ارتباط عمیق با جامعه را ازدست داده، نتوانند مسائل واقعی را در سطح جامعه و نظام آموزشی به‌درستی درک کنند و در آینده که این اشخاص تصمیم‌گیران و مدیران کشور خواهند بود، برداشت صحیح و کاملی از نظام اجتماعی جامعهٔ خویش نداشته باشند. از سوی دیگر، تبعیضات ناروای آموزشی می‌تواند زمینه‌ساز سایر تبعیضات و نیز اختلافات در جامعه بوده، عدالت آموزشی نیز قربانی آزادی انتخاب آموزش و پرورش شود؛ مگراینکه دولت بودجهٔ صرفه‌جویی‌شده را با برنامه‌ریزی صحیح و هدایت از طریق تأسیس مدارس غیردولتی در جهت ارتقای کیفی مدارس کم‌برخوردار و ایجاد عدالت آموزشی هزینه نموده، شرایط برابری را برای رقابت سالم فراهم آورد.

برخی بر این باورند با اینکه روح اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران انحصار در نوع آموزش را افاده نمی‌کند و آزادی مردم را برای داشتن مدارس غیردولتی و استفاده از آن محدود نمی‌کند، ولی با توجه به نابرابری درآمد دهک‌های بالا و پایین جامعه، اکثریت مردم قادر به تأمین هزینه‌های آموزشی فرزندان خویش نیستند و این مسئله به محرومیت عده زیادی از تحصیل منجر می‌شود و آثاری همچون پیدایش تبعیض آموزشی و ایجاد شرایط آنومیک، تهدید طبقاتی‌شدن افکار و رفتار جامعه با ایجاد مدارس نابرابر، پیدایش ناهنجاری‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خواهد داشت. عواقب یادشده ازدست رفتن امنیت تربیتی را که ناشی از طبقاتی شدن جامعه و محرومیت عده‌ای از تحصیل است به‌دنبال خواهد داشت[۲۱]. با وجود این، دولت می‌تواند با صرفه‌جویی در هزینه‌های آموزشی از طریق ایجاد مدارس غیرانتفاعی، نسبت به ارتقای سطح و کیفیت آموزش در مدارس دولتی اقدام نموده، نابرابری ایجادشده را به‌نوعی جبران نماید. حتی می‌تواند یارانهٔ آموزشی را به صورت مستقیم به اولیا پرداخت کند تا آنها این اختیار را داشته باشند که این یارانهٔ مستقیم آموزشی را در مدارس دولتی یا غیردولتی هزینه نمایند. نمونهٔ موفق این تجربه را می‌توان در کشور گرجستان که از سال

۲۱. حسین مهرپور، *رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی*، ج ۲، (تهران: اطلاعات، چ ۱، ۱۳۸۵)، ص ۱۲۳-۱۲۴.

۲۰۰۴ آغاز تا ۲۰۱۲ ادامه یافت، مشاهده کرد[۲۲].

٤.۲. همگانی بودن آموزش

همگانی بودن آموزش و پرورش در اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌خوبی از نصّ صریحی که مقرر می‌دارد: «دولت...آموزش و پرورش...را برای همه ملت...فراهم سازد...» مستفاد می‌شود که حق آموزش و پرورش برای تک‌تک افراد فارغ از اینکه از چه جنسیت یا مذهب و عقیده‌ای باشند به‌رسمیت شناخته شده است؛ لذا همهٔ افراد حق بهره‌مندی از این حقوق انسانی و ذاتی خویش را دارند. از دیگر بندها[۲۳]و اصول قانون اساسی[۲۴] نیز می‌توان حق برابر همهٔ شهروندان در بهره‌مندی از آموزش عالی را احراز کرد.

۵.۲. اجباری بودن آموزش

در خصوص الزامی ساختن آموزش و پرورش در اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سعیِ برخی از واضعان قانون اساسی بر این بوده که با دقت نظر به وضع کشور که حاکی از بی‌سوادی و کم‌سوادی است و با ملاحظهٔ تجربهٔ سایر کشورها در زمینهٔ رفع این مشکل، آموزش و پرورش را حداقل تا پایان دورهٔ راهنمایی اجباری کنند. چون ممکن است مردم از این حق خویش غافل باشند و به دلیل مشکلات مالی نخواهند حقوق خودشان را مطالبه نمایند. در پاسخ به ادعای یادشده، نایب رئیس جلسه اذعان می‌کند که اجباری ساختن آموزش و پرورش مشکل را حل نمی‌کند، بلکه باید انگیزه وجود داشته باشد. اما مخالفتی که از سوی یکی دیگر از اعضا (سید رضا اکرمی) در مقابل نایب رئیس به دلیل استدلالشان به‌عمل می‌آید این بود که ممکن است خانواده‌ها با استفاده از آزادی، اطفال خود را وادار به تحصیل نکنند. نمایندهٔ یادشده در ادامهٔ استدلالش با استناد به اینکه شغل خود ایشان هم معلمی است، لازم و ضروری می‌بیند که تا مقطعی، مسئلهٔ اجباری بودن آموزش باید وجود داشته باشد. اما نایب رئیس با این استدلال که اجبار کودک شش ساله معنی ندارد، جایگاهی برای اجباری بودن آموزش در اصل سی‌ام قائل

---

۲۲. نیکا گیلائوری، *اقتصاد در میدان عمل* (دگرگونی اقتصادی و اصلاح دولت در گرجستان از سال ۲۰۰۴ تا ۲۰۱۲)، ترجمهٔ امیرحسین چیت‌ساززاده، مهدی نادری و میثم یوسفی، (تهران: امین‌الضرب، ۱۳۹۹)، ص ۲۲۴-۲۳۶.

۲۳. بند دوم اصل سوم و بند ششم اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.

۲۴. همان، اصل نوزدهم و بیستم.

نمی‌شود و به نظر به قوانین عادی واگذار می‌نماید[۲۵]. اما باید درنظر می‌داشت که قید اجباری بودن در اصل سی‌ام می‌توانست این تکلیف را متوجهٔ اولیای کودکان سازد تا آنان اهتمام ویژه‌ای نسبت به تحصیل کودکان داشته باشند و در مواردی که اولیای دانش‌آموزان به دلیل برخی تعصبات قومی، فرهنگی و عقاید سنّتی یا هر دلیل دیگری مانع تحصیل فرزندان و به‌خصوص فرزندان دختر خود می‌شوند، اجبار می‌تواند مفید باشد.

اجباری بودن آموزش در قوانین عادی کشور نیز به‌نوعی منعکس گردیده است. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، نوعی حمایت برای کودکان و جوانان مقرر داشته است که از آن اجباری بودن آموزش متبادر به ذهن می‌شود. قانون یادشده مقرر می‌دارد که «هرگونه صدمه و اذیت و آزار و شکنجهٔ جسمی و روحی کودکان و نادیده گرفتن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی و ممانعت از تحصیل آنان ممنوع و مرتکب به سه ماه و یک روز تا شش ماه حبس و یا تا ده میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌گردد»[۲۶]. همان‌طور که ملاحظه شد اگر شخصی از تحصیل فرزندان خود ممانعتی به‌عمل بیاورد مجازات قانونی برایش درنظر گرفته شده است که این ماده قانونی به‌طور غیرمستقیم خانواده‌ها را به این امر مکلف و مجبور می‌کند که نه‌تنها نمی‌توانند مانع از تحصیل کودکان شوند، بلکه لازم است برای بهره‌مندی آنان از این حق بشری تمام توان خود را به‌کار گیرند. همچنین از عبارت «زیر پوشش قرار دادن کلیهٔ کودکان لازم‌التعلیم» مندرج در قانون اهداف و وظایف آموزش و پرورش، می‌توان اجباری بودن آموزش‌های عمومی و پایه را نیز استنباط نمود[۲۷]. آموزش اجباری به‌عنوان یکی از مجازات‌های تکمیلی در قانون مجازات اسلامی نیز قید شده است که در موارد پانزده‌گانهٔ مجازات‌های تکمیلی دیده می‌شود. این قانون مقرر می‌دارد: «دادگاه می‌تواند فردی را که به حدّ، قصاص یا مجازات تعزیری از درجهٔ شش تا درجهٔ یک محکوم کرده است با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتکابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی زیر محکوم نماید: .... ز- الزام به یادگیری حرفه، شغل یا کار معین، ژ- الزام به تحصیل»[۲۸].

۲۵. صورت مشروح مذاکرات، *پیشین*، ص ۷۸۸-۷۸۹ .

۲۶. مادهٔ ۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱/۹/۲۵.

۲۷. مادهٔ ۵۲ قانون اهداف و وظایف وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۶/۱۱/۲۵.

۲۸. مادهٔ ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱.

۳. تأسیس و ایجاد مدارس غیرانتفاعی

تأسیس مدارس غیرانتفاعی یکی از زمینه‌های خصوصی‌سازی آموزش و پرورش است. این امر هرچند به رشد افزایشی آموزش و پرورش می‌انجامد و شرایط خوبی برای پاسخگویی به تقاضاهای بیشتر داوطلبان فراهم می‌کند، اما آثار و تبعات منفی نیز برجای می‌گذارد. از پیامدهای منفی خصوصی‌سازی، افزایش فشار اقتصادی به طبقات متوسط و ضعیف جامعه است که منجر به طبقاتی شدن آموزش و پرورش به نفع طبقات مرفّه جامعه و کاهش کیفیت آموزش در مدارس دولتی می‌شود[۲۹]. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، تحصیل در آموزش و پرورش به‌موجب اصل سی‌ام قانون اساسی رایگان اعلام شده است؛ اما به سبب کثرت هزینه‌های آموزش و پرورش و محدودیت امکانات دولتی، توسل به جلب مشارکت عمومی و مردمی مورد توجه قرار گرفته است که حاصل این جریان فکری، زمینه‌ای برای تصویب قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی با ۲۱ ماده و ۱۵ تبصره در پنجم خرداد ۱۳۶۷ شد. به‌موجب مادهٔ یک این قانون، مدارس غیرانتفاعی مدارسی هستند که از طریق مشارکت‌های مردمی و مطابق اهداف، ضوابط، برنامه‌ها و دستورالعمل‌های عمومی وزارت آموزش و پرورش تحت نظارت آن وزارتخانه احداث و اداره می‌شوند. پرداخت شهریهٔ تحصیلی ازجمله شروط اولیه برای ورود به مدارس غیرانتفاعی است.

۱.۳. دلایل ایجاد مؤسسات آموزشی خصوصی

گستردگی تعهداتی که طبق بندهای اصل سوم و اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران راجع به امر آموزش و پرورش برعهدهٔ دولت گذارده شده، دولت را ناگزیر به اذعان به ناتوانی خویش در ایفای این تعهدات کرده و مسئولان وقت را به فکر واداشته است تا چاره‌ای بیندیشند. در زمان تصویب قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی در سال ۱۳۶۷، به دلیل محدودیت منابع مالی آموزش و پرورش که ناشی از افزایش جمعیت دانش‌آموزان و تورم ناشی از هشت سال جنگ تحمیلی با عراق و کاهش درآمد دولت بود، درصدد جلب منابع مالی از جانب مردم در امر آموزش و پرورش برآمدند. بنابراین، مطابق این امر، مدارس غیرانتفاعی با پذیرش مسئولیت

۲۹. مریم سادات قریشی خوراسگانی و همکاران، «تحلیلی بر مطالعات انجام‌شده در زمینهٔ خصوصی‌سازی آموزش عالی»، *سیاست علم و فناوری*، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۷۸.

آموزشِ فرزندان خانواده‌هایی که توان پرداخت هزینه‌های آموزشی را دارند، می‌توانستند بخشی از هزینه‌های مالی را از دوش آموزش و پرورش بردارند. دولت نیز در آن شرایط قادر بود امکانات مالی آزادشده را در خدمت آموزش و پرورش دانش‌آموزان طبقات متوسط و کم‌درآمد جامعه به‌کار گرفته، از این طریق سطح آموزش و پرورش کل فرزندان کشور را بالا ببرد. اما باید گفته شود که شرایط اقتصادی مقطعی کشور نمی‌تواند دلیلی بر نادیده گرفتن عدالت اجتماعی در تعلیم و تربیت باشد که آثار آن تا سال‌ها بر جای می‌ماند. بعضی نیز راهکاری دیگری برای جبران نابرابری پیشنهاد داده و بیان داشته‌اند که اگر هدف از تأسیس این مدارس، ارتقای سطح دانش‌آموزان محروم است، می‌توان با شناسایی خانواده‌های ثروتمند و أخذ شهریه از آنان، فرزندان آنان را در مدارس دولتی جای داد[۳۰]. بنابراین در زمان وضع قوانین و أخذ تصمیمات از سوی مقامات و مسئولان یک کشور، باید همهٔ اصول و بندهای قانون اساسی، اهداف نظام حاکم، انتظارات مشروع مردم از وعده‌های دولت و پیامدهای آتی قانون یا تصمیمات حکومتی درنظر گرفته شده، با دقت نظر بیشتری قواعد و مقررات و تصمیماتی أخذ شود تا موجب آسیب به اقشاری از جامعه نشده، قانون به جای هنجارسازی، کارکرد ناهنجارسازی نداشته باشد.

۲.۳. مغایرت یا مطابقت خصوصی سازی آموزش و پرورش با اصول قانون اساسی

یکی از علل وقوع انقلاب اسلامی در ایران، برقراری و اجرای عدالت و مبارزه با نابرابری‌های اجتماعی، سیاسی و فرهنگی بوده است. از این رو، بعد از انقلاب اسلامی ایران، همهٔ تلاش‌ها و برنامه‌های جمهوری اسلامی ایران در راستای تأمین و توسعهٔ عدالت و حذف اختلافات طبقاتی متمرکز شد[۳۱]. با وجود این، اگر سطح کیفی و امکانات مدارس دولتی و خصوصی برابر نباشد، تأسیس مدارس خصوصی موجد تبعیض خواهد بود، زیرا فقدان توانایی مالی باعث محرومیت برخی از شهروندانی که به‌ناچار در مدارس دولتی تحصیل می‌کنند در بهره‌مندی از سطح آموزش مدارس می‌شود. در مقابل، فرزندان خانواده‌های متمول به دلیل ارائهٔ آموزش‌های باکیفیت و تجهیز این مدارس به امکانات آموزشی بیشتر، در این‌گونه مدارس ثبت نام نموده، تحصیل

۳۰. بهبود یاری‌قلی، «بررسی فلسفهٔ ایجاد مدارس غیرانتفاعی و سازگاری آن با عدالت تربیتی از منظر متخصصان تعلیم و تربیت: رویکرد هرمنوتیکی»، *مبانی تعلیم و تربیت*، ش ۱ (۱۳۹۲)، ص ۲۰۰– ۲۰۱.

۳۱. حجت صفارحیدری و رزا حسین‌نژاد، «رویکردهای عدالت آموزشی، نگاهی به جایگاه عدالت آموزشی در سند تحول بنیادین نظام آموزش و پرورش ایران»، مبانی تعلیم و تربیت، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۵۱ .

می‌کنند و به تبع آن به توانایی بیشتری نسبت به دانش‌آموزان مدارس دولتی دست می‌یابند. این دانش‌آموزان در راهیابی به دانشگاه‌ها و مشاغل دولتی نیز در اولویت قرار می‌گیرند و درنتیجه آشکارا تبعیض به‌وجود می‌آید.

بنابراین در این خصوص باید گفت که اگر مدارس دولتی و غیردولتی برنامه‌های آموزشی یکسانی اعم از برخورداری از معلمان برجسته و باسواد، ارائهٔ کتاب‌های کمک‌درسی، کتاب‌های کار و تمرین، فضا و شرایط مناسب تحصیلی یکسانی نداشته باشند، چون در راه‌یافتن دانش‌آموزان به دانشگاه تبعیض به‌وجود می‌آید، خلاف قانون اساسی است[۳۲]. اگرچه وجود مدارس خصوصی با آزادی آموزش و پرورش توجیه‌پذیر است، اما در باب آزادی خانواده‌ها در انتخاب آموزش فرزندانشان نیز برای اینکه تبعیضی رخ ندهد دولت موظف است تا اگر خانواده‌ای توان مالی برای تحصیل فرزندانش در مؤسسات خصوصی را نداشته باشد، هزینه‌های آموزشی را پرداخت نماید. در چنین شرایطی هیچ‌گونه تبعیضی به‌وجود نمی‌آید و عدالت آموزشی کاملاً در سطح کشور برقرار می‌شود[۳۳]. وجه اشتراکی که در بررسی قوانین و اسناد نظام آموزشی و قانون اساسی کشور ملاحظه می‌شود حق دسترسی برابر کلیهٔ دانش‌آموزان به امکانات آموزشی و تعلیم و تربیت است و هیچ مزیت اجتماعی و اقتصادی نمی‌تواند نافی و ناقض این برابری در دسترسی به آموزش و پرورش یکسان باشد. حال آنکه مدارس غیرانتفاعی در فرضی که پیش از این بیان شد، با این اصل در تضاد هستند[۳۴]؛ چراکه مزیت اقتصادی خانواده‌ها مهم‌ترین شرط ثبت نام و ورود به این مدارس است که نوعی انحصار در آموزش را در پی دارد. نابرابری‌ها عموماً با عواملی مانند معلولیت، مذهب، قومیت، ثروت، منطقه، محل سکونت و جنسیت ارتباط دارد؛ هرچند که اینها عواملی هستند که به‌روشنی و به‌طور گسترده در نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی در جامعه تأثیرگذارند[۳۵]. چنانچه سیاست‌گذاری‌های آموزش و پرورش جنبه‌های مالی داشته باشد و مانعی برای افراد ملت در دستیابی برابر به خدمات عمومی ایجاد کند، سیاست‌گذاری درستی

۳۲. یحیی یثربی، «توضیحی دربارهٔ مخالفت با تبعیض آموزشی»، (۱۳۹۶/۰۷/۱۷)، مندرج در:
<http://yasrebi.org/fa/Day_Notes/show/00143>

۳۳. باقر انصاری، پیشین، ص ۱۹۲.

۳۴. بهبود یاری قلی، پیشین، ص ۲۰۱.

35. Jorman, Reem & Helen Murray, *"Education Justice in the Middle East and North Africa", Open Society Foundations*, (New York, 2007), p. 110.

نخواهد بود و نارضایتی مردم را در پی خواهد داشت. بنابراین، تأسیس مدارس غیرانتفاعی درصورتی که دسترسی کلیهٔ اتباع کشور به آن میسر نباشد و آموزش‌های ارائه‌شده در مدارس دولتی تفاوت فاحشی با مدارس غیردولتی داشته باشد، مخالف با روح قانون اساسی و آرمان انقلاب اسلامی در ازبین بردن تبعیض، اختلافات طبقاتی و اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود.

٤. واکاوی نظر شورای نگهبان نسبت به انطباق قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی مصوب ١٣٦٧ با اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

وزیر آموزش و پروش وقت طی استعلامی خطاب به شورای نگهبان اظهار داشت: نهاد محترم شورای نگهبان، لطفاً نظرتان را با توجه به اصل سی‌ام قانون اساسی در خصوص تأمین وسایل آموزش و پرورش رایگان از سوی دولت، در تعیین مصادیق وسایل آموزش و پرورش توضیحات لازم را جهت رفع ابهامات ابلاغ بفرمایید. شورای نگهبان در جواب استعلام نخست‌وزیر و وزیر آموزش و پرورش، اعلام کرد: «اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، و بعضی اصول مشابه آن، مسیر سیاست کلی نظام را تعیین می‌کند و منظور در اصل سی‌ام، این است که دولت امکاناتی را که هر زمان مطابق با قدرت و توانایی اقتصادی کشور در اختیار دارد در کل رشته‌هایی که در قانون اساسی پیشنهاد شده است به‌طور متعادل بین آنان مطابق با قانون توزیع نماید. بنابراین، آموزش رایگان در حد امکان کلاً یا بعضاً بایستی فراهم شود و در صورت عدم امکانات کلی، دولت با رعایت اولویت‌ها و با ترجیح دادن کم‌درآمدها بر دیگر افراد جامعه اقدام می‌نماید. همچنین لازم به تذکر است که مستفاد از اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، دولتی بودن آموزش و پرورش و همچنین ممنوعیت تأسیس مدارس خصوصی و دانشگاه‌های غیردولتی و آزاد به‌موجب قوانین عادی نمی‌باشد. علی‌هذا تا زمانی که دولت از توانایی و امکانات فراهم کردن وسایل آموزش و پرورش رایگان برخوردار نباشد عمل به مصوبهٔ شورای انقلاب فرهنگی جهت أخذ شهریه از دانشجویان،

مغایر با قانون اساسی در ارتباط با رایگان بودن آموزش و پرورش نمی‌باشد»[۳۶].

درخواست پاسخ و توضیحات دیگری از طرف شورای عالی انقلاب فرهنگی در خصوص اصل سی‌ام قانون اساسی نیز وجود دارد که در این درخواست، دبیر شورای عالی انقلاب فرهنگی در تاریخ ۱۳۶۴ اعلام می‌کند که با عنایت بر این امر که این شورا در مورد أخذ شهریه از دانشجویانی که توانایی مالی برای پرداخت شهریه دارند نظر مساعد داشته است، لیکن چون این مسئله با اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ارتباط دارد به همین سبب در جلسات شورای عالی انقلاب فرهنگی مقرر گردید که قبل از أخذ تصمیم در این مورد، نظر شورای محترم نگهبان استفسار شود. شورای نگهبان در پاسخ به این استعلام مقرر می‌دارد که با توجه به اینکه از اصل سی‌ام قانون اساسی، دولتی بودن آموزش و پرورش و ممنوعیت تأسیس مدارس خصوصی و دانشگاه‌های غیردولتی و آزاد استفاده نمی‌شود، لذا اگر تأسیس مدارس و آموزشگاه‌های غیردولتی درکشور آزاد اعلام شود، اضطرار دولت به دریافت شهریه برطرف می‌گردد و چنانچه با تأسیس مدارس غیردولتی رفع اضطرار نشود، تفسیر قانون اساسی قابل بررسی خواهد بود[۳۷]. بدین‌سان با تفسیر شورای نگهبان از اصل سی‌ام قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران زمینهٔ تأسیس مدارس غیردولتی فراهم شد و درنهایت قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی در سال ۱۳۶۷ در مجلس شورای اسلامی به‌تصویب رسید. با تصویب این قانون راه توسعهٔ مدارس خصوصی در آموزش و پرورش کشور فراهم شد.

در یک قانون اساسی مطلوب باید به ارتقای سطح زندگی مردم ازجمله اقشار فقیر و محروم جامعه، کاهش تفاوت و تبعیضات در جهت تأمین عدالت و فرصت‌های برابر برای همهٔ افراد یک کشور در دستیابی به منابع، تسهیلات و خدمات و امکانات کشور توجه شود؛ گرچه تأسیس مدارس خصوصی و غیرانتفاعی جنبهٔ مثبت هم دارد و به دولت در کاهش هزینه‌ها کمک کرده، در رشد و توسعهٔ کشور نیز می‌تواند نقش قابل‌توجهی داشته باشد. اما اگر توسعهٔ کشور به بهای افزایش نابرابری‌ها، لطمه زدن به توانمندسازی و رشد تبعیض محقق گردد، وجود این امرِ منجر

۳۶. محمدرضا مؤذنیان، مجموعهٔ *نظریات شورای نگهبان*، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ ۱، ۱۳۸۱)، نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۱۵۴۳ مورخ ۱۳۶۳/۵/۱۷ شورای نگهبان.

۳۷. همان، نظریه تفسیری شمارهٔ ۵۵۷۸ مورخ ۱۳۶۵/۰۲/۱۶ شورای نگهبان در خصوص استعلام دبیر شورای عالی انقلاب فرهنگی.

به تنش و منازعه، نارضایتی، عدم تحمل، عدم اعتماد و همکاری مردم در سطح ملی نسبت به حکومت را در پی خواهد داشت[۳۸]. تمام حقوق بشر و آزادی‌های اساسی تقسیم‌ناپذیر و وابسته به یکدیگرند[۳۹] و «دولت‌ها می‌باید در سطح ملی همهٔ اقدامات لازم برای تحقق حق توسعه را اتخاذ نمایند و به‌ویژه برابری فرصت‌ها برای همه در دستیابی به منابع پایه، آموزش، خدمات بهداشتی، غذا، مسکن، کار و تقسیم عادلانهٔ درآمد را تضمین کنند»[۴۰].

خصوصی‌سازی آموزش و پرورش در کشورهایی همچون ایران به علت وجود عقاید مذهبی با بحران‌هایی مواجه است که مهم‌ترین آنها توجه به عدالت اجتماعی و عدالت آموزشی، دردسترس بودن آموزش، برابری آموزشی و طبقاتی نشدن آموزش و سلطهٔ طبقاتی است[۴۱]. بنابراین ازآنجایی‌که تأسیس مدارس غیرانتفاعی و اداره و تأمین منابع مالی آن، از محل دریافت شهریه‌های تحصیلی از اولیای دانش‌آموزان این مدارس است، قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی مصوب ۵ خرداد ۱۳۶۷ با ایجاد این‌گونه مدارس درصورتی که در کنار آن، آموزش و پرورش رایگان و برابر برای همه مهیا نباشد، اصل صریح رایگان بودن آموزش و پرورش را نادیده انگاشته است. از طرف دیگر در صورت عدم تأمین آموزش و پرورش رایگان برای عموم مردم در سطح کیفی برابر با بخش خصوصی در کنار مدارس غیرانتفاعی، وجود این مؤسسات خصوصی و به‌ظاهر غیرانتفاعی، ناقض اهدافی خواهد بود که جمهوری اسلامی ایران سرمشق خود قرار داده است. به همین دلیل است که در جای‌جای مقدمه و بندها و اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هرگونه بی‌عدالتی و تبعیضی که به ایجاد و افزایش اختلافات طبقاتی و سلطهٔ اقشار قدرتمند بر اقشار ضعیف جامعه منجر شود، نفی شده است. در کنار آن، اصول بسیاری از قانون، تساوی همگان در برخورداری از کلیهٔ امکانات کشور را مورد تأکید قرار داده که به شکل قانونی و لازم‌الاجرا مکتوب شده است. با وجود مدارس غیرانتفاعی و به‌رغم مزایای آن، دولت نمی‌تواند مردم را در مضیقه قرار داده، راه‌های موفقیت و کرسی‌های اشتغال را برای عده‌ای از

۳۸. نصرت‌الله فلسفی، *حق بر آموزش در حقوق بین الملل و حقوق ایران*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص ۱۶-۲۹ .

۳۹. بند ۲ مادهٔ ۶ اعلامیهٔ حق توسعهٔ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مصوب ۱۹۸۶.

۴۰. همان، بند ۱ مادهٔ ۸ .

۴۱. علی ربیعی و زهرا نظریان، «موانع خصوصی‌سازی آموزش عالی در ایران و ارائهٔ راهکارهایی جهت رفع آنها»، *انجمن آموزش عالی ایران*، ش ۲ (۱۳۹۱)، ص ۱۹۸.

مردم هموار ساخته، باقی مردم را محروم کند. لذا در کنار آموزش و پرورش خصوصی، باید آموزش و پرورش دولتی و رایگان با همان سطح کیفی و با همان اندازه از امکانات فراهم شود تا مردم بسته به تمایل خود قادر به انتخاب هریک از دو نوع آموزش دولتی و خصوصی باشند؛ یا اینکه دولت از طریق پرداخت یارانهٔ مستقیم آموزشی- نظیر آنچه در کشور گرجستان میان سال‌های ۲۰۰۴ تا ۲۰۱۲ اتفاق افتاده است- امکان تحصیل افرادی را که تمایل به تحصیل در مدارس غیردولتی دارند، فراهم سازد.

در حال حاضر مدارس غیرانتفاعی و در معنای اعمّ آن، مؤسسات آموزشی خصوصی، زمینه‌های اختلافات و سلطهٔ طبقاتی را درعمل ایجاد کرده و باعث چندین نوع محرومیت برای اقشار کثیری از جامعه شده‌اند؛ چراکه اولاً به دلایل نداشتن استطاعت مالی و عدم توانایی در فراهم نمودن شهریه‌های سنگین این‌گونه مؤسسات از سوی خانواده‌های کم‌درآمد، باعث شده است که در مرحلهٔ اول فرزندان این قبیل خانواده‌ها از تحصیل و بهره‌مندی از فضاهای بهتر آموزشی محروم بمانند و با مشاهدهٔ تحصیل افراد ثروتمند در این مؤسسات خصوصی، نوعی دلسردی و ناکامی در آنان ایجاد شود. محرومیت بعدی که در انتظار این افراد است هنگام آزمون‌های ورودی دانشگاه‌ها است. دانش‌آموزانی که با شرایط بهتری اعم از امکانات آموزشی باکیفیت و برخورداری از معلمان برجسته و باسواد تحصیل کرده‌اند طبیعتاً در آزمون‌های ورودی دانشگاه‌ها نیز موفق‌تر هستند و ازآنجایی‌که شرایط یکسانی نداشته‌اند رقابت سالمی میان دانش‌آموزان مدارس دولتی با مدارس خصوصی برقرار نشده است. این امر به محرومیت افراد در ورود به دانشگاه‌ها و کسب تحصیلات عالی منجر می‌شود؛ درحالی که قانون‌گذار با الهام از آرمان‌ها و اهداف انقلاب اسلامی، در بندهای نهم و دوازدهم اصل سوم قانون اساسی، دولت را به رفع تبعیضات ناروا، رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت موظف نموده است. وجود اختلافات طبقاتی موجب ناآرامی و سلب اعتماد و اطمینان جامعه می‌شود. در چنین شرایطی جامعه دچار برخی مسائل و آسیب‌های اجتماعی می‌گردد. بنابراین، کلیهٔ کودکان نیز در هر مکانی از کشور باید در دسترسی به امکانات آموزشی و بهره‌مندی از معلمان کارآمد، در شرایط برابری تحصیل کرده، معیار پیشرفت، موفقیت و پیروزی هر دانش‌آموز و دانشجو، استعداد و تلاش وی باشد. در چنین شرایطی است که عدالت برقرار شده، تبعیضی به‌وجود نخواهد آمد. در نتیجه، استعدادهای برتر و باانگیزه وارد آموزش عالی شده، با فراغت ذهنی آسوده‌ای از برقراری عدالت،

به تحقیق و بررسی می‌پردازند و در آینده می‌توانند به پیشرفت کشور کمک شایانی نمایند.

در تاریخ ۲۰ آبان ۱۳۹۴ لایحه‌ای تحت عنوان «تأسیس و ادارهٔ مدارس و مراکز آموزشی و پرورشی غیردولتی» در جلسهٔ هیئت وزیران به‌تصویب رسید. این لایحه برای طی تشریفات قانونی، با مقدمهٔ توجیهی ضرورت مشارکت بخش غیردولتی در امر آموزش و پرورش، صرفه‌جویی مالی، کاهش تصدی‌گری دولت در زمینه آموزش و پرورش و ارتقای کیفی آموزشی مدارس تقدیم مجلس گردید که در تاریخ ۲۸ اردیبهشت ۱۳۹۵ با اصلاحاتی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و طبق معمول در راستای اصل ۹۴ قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال گردید. در این باره مجمع مشورتی حقوقی اظهار نظر کرده که اولاً در خصوص این موضوع «قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی ۱۳۶۷/۰۳/۰۵ مجلس شورای اسلامی با اصلاحات و الحاقات بعدی ۱۳۸۷/۰۵/۰۶» حاکم است که به مدت ۵ سال به‌طور آزمایشی اجرا و یکسال تمدید شد تا اینکه در تاریخ ۱۸ مرداد ۱۳۹۳مجدداً «لایحهٔ قانون تمدید مهلت اجرای آزمایشی از سوی دولت به مجلس» ارائه شد و به صورت دائمی در مجلس تصویب شد که در شورای نگهبان مغایر اصل ۷۴ قانون اساسی شناخته شد. اکنون دولت با رفع ایراد شورای نگهبان و براساس اینکه قوانین سابق و ازجمله قانون آزمایشی که مدت آن خاتمه‌یافته نیز نسخ می‌شوند، این لایحهٔ جدید را ارائه نموده است. یکی از ایرادات واردهٔ شورای نگهبان به لایحهٔ یادشده، تعیین نکردن میزان و حدود تشکیل مدارس غیرانتفاعی و جایگزینی آنها با مدارس دولتی بود. به تعبیر دیگر، منظور این لایحه از توسعهٔ مشارکت‌های مردمی مشخص نیست و ظاهراً به‌جای توسعهٔ مشارکت‌های مردمی، توسعهٔ خصوصی‌سازی مدارس مطرح است[۴۲] که این مسئله با تقویت و توجه بیشتر به مدارس دولتی مغایرت دارد. دولت نیز در راستای اصلاحات مورد درخواست شورای نگهبان، عبارت «تأکید بر ارتقای کمّی و کیفی مدارس دولتی» را بر ماده یک اضافه کرده است تا بتواند نظر شورای نگهبان را جلب کند. اما همچنان منظور از مشارکت مردم در امر «آموزش و پرورش» که یکی از وظایف حاکمیتی و ذاتی دولت است، مشخص نشد. از طرف دیگر، تسهیلات و امتیازاتی که در مواد دهم، یازدهم و دوازدهم قانون یادشده برای مدارس غیرانتفاعی مقرر شده است، می‌توانستند آن تسهیلات و امتیازات را به تقویت مدارس دولتی

۴۲. نظریهٔ شورای نگهبان، عطف به نامهٔ شمارهٔ ۶۳۳/۱۲۵۴۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۰۱ و پیرو نامهٔ شمارهٔ ۹۵/۱۰۲/۷۱۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۰.

اختصاص دهند تا گامی در جهت اجرای عدالت آموزشی در کشور نیز برداشته باشند. با این حال، این قانون پس از چهار مرحله رد در شورای نگهبان و رفع ایرادات آن از سوی دولت، تحت عنوان «قانون تأسیس و ادارهٔ مدارس و مراکز آموزشی و پرورشی غیردولتی»[۴۳] صورت نهایی یافت. شورای نگهبان در تصویب قانون جدید تأسیس مدارس غیردولتی، به مدارس دولتی توجه کرده، بر اهتمام بیشتر دولت بر مدارس دولتی و ارتقای کیفیت آموزشی مدارس دولتی تأکید داشت که دولت نیز در اصلاحیهٔ لایحهٔ تقدیمی، تغییراتی جزئی برای أخذ تأییدیهٔ مجدد شورای نگهبان اعمال کرد. اما در تغییرات حاصله در لایحهٔ پیش‌گفته از جانب دولت، توجه و برنامه‌های ویژه‌ای برای کیفیت و ارتقای مدارس دولتی درنظر گرفته نشد. بنابراین، نظر تفسیری شورای نگهبان را نمی توان سازگار با مصرحات و روح قانون اساسی دانست.

نتیجه

مطابق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همهٔ افراد ملت به‌طور یکسان از حقوق مساوی ازجمله حقّ بر آموزش برخوردارند. در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز طبق بند سوم از اصل سوم، اصل سی‌ام و بند یک از اصل چهل و سوم قانون اساسی، دولت مکلف به تأمین آموزش برای ملت شده است. این مسئله در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی گفته شده است که دولتی بودن مدارس در اصل سی‌ام، به معنای نفی تأسیس مدارس ملی نیست. اما دلایل شورای نگهبان در تأیید قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی به این شرح است که اصل سی‌ام و دیگر اصول مشابه، مسیر سیاست‌های کلی نظام را تعیین می‌کنند و آموزش و پرورش رایگان باید به‌طور کلی یا جزئی فراهم شود و در صورت عدم امکانات کافی، با اولویت اقشار کم‌درآمد، آموزش رایگان تأمین شود. در ظاهر به‌نظر می‌رسد، قانون تأسیس مدارس غیرانتفاعی مصوب ۱۳۶۷ با اصل سی‌ام قانون اساسی مغایر باشد و استدلال شورای نگهبان موجه و کافی نیست، زیرا قانون اساسی در اصول خود بر دسترسی یکسان کلیهٔ شهروندان به تمامی حقوق خود تأکید و آن را جزء اهداف نظام قرار داده است. بنابراین با توجه به اینکه شرط بهره‌مندی از مدارس خصوصی، توانایی مالی خانواده‌ها است و امکان دارد اقشار کم‌درآمد جامعه به دلیل عدم استطاعت مالی، از دسترسی به این نوع مدارس محروم بمانند و این مدارس تنها در اختیار

۴۳. قانون تأسیس و ادارهٔ مدارس و مراکز آموزشی و پرورشی غیردولتی مصوب ۱۳۹۵/۰۹/۱۴.

خانواده‌های متمول قرار گیرد و فرزندان آنان به دلیل بهره‌مندی از امکانات بیشتر و سطح کیفی آموزشیِ بهتر در آزمون‌های ورودی دانشگاه‌ها امکان پذیرش بیشتری داشته باشند؛ بنابراین، در وهلهٔ اول، اصل برابری در دسترسی به حقوق عمومی نقض می‌شود و در وهلهٔ دوم تبعیضات آموزشی که زمینه‌ساز سایر تبعیضات است، دامن‌گیر جامعه می‌گردد. خصوصی‌سازی آموزش آثاری چون نابرابری‌های اجتماعی، طبقاتی شدن آموزش، نابرابری در دسترسی به فرصت‌های آموزشی، پایین آمدن سطح کیفی مدارس دولتی، انگیزه‌های سودجویانه، عدم اعتماد به نفس در فرزندان کشور برای کسب موفقیت، افزایش بیکاری و در نهایت حاکمیت طبقات ثروتمند جامعه بر اقشار کم‌درآمد و محروم را می‌تواند در پی داشته باشد. به همین دلیل دولت باید در زمینهٔ آموزش و پرورش به‌طور جدی ورود داشته، حضور پیدا کند؛ چراکه آموزش و پرورش ارتباط عمیقی با فقر و رفاه دارد و نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی در خانواده‌ها نتیجهٔ تبعیض در بهره‌مندی از امکانات آموزشی است.

به‌طور خلاصه می‌توان چنین جمع‌بندی کرد که تأسیس مدارس غیرانتفاعی و خصوصی در کشور در ذات و اصل خود مغایرت خاصی با قانون اساسی ندارد و حتی تامین‌کنندهٔ آزادی شکلی آموزش[۴۴] است، ولی آنچه در عمل اجرایی می‌شود، درواقع ایجاد نابرابری در آموزش بین اشخاص با تمول مالی کافی و افراد فاقد مکنت مالی است که بایستی روند اجرای آن نیز اصلاح گردد تا نقض برابری شهروندان و رایگان بودن آموزش اتفاق نیفتد. به این منظور دو راهکار اساسی می‌تواند وجود داشته باشد؛ نخست اینکه در کنار مدارس غیردولتی و خصوصی، مدارس دولتی در همان سطح کیفی و امکانات به صورت رایگان در اختیار مردم قرار گیرد و مردم بسته به وسع و توان مالی و با اختیار کامل یکی از دو روش آموزشی را انتخاب نمایند. در این صورت، نظارت دولت اساسی است تا هر دو نوع آموزش دولتی و خصوصی در یک سطح از نظر امکانات و سطح کیفی آموزشی برای شهروندان ارائه گردد. دومین روش این است که یارانهٔ آموزشی به صورت مستقیم به والدین پرداخت شود و آنان با اختیار خویش فرزندان خود را در مراکز آموزشی دولتی یا خصوصی ثبت نام نمایند و این یارانه دریافت‌شده از دولت را به آن مرکز آموزشی

۴۴. در مقابل آزادی محتوای آموزشیِ مدنظر است که آزادی شکلی آموزش فراهم می‌شود و اگر والدین بتوانند برخی از دروس و آموزش‌های ارائه‌شده را انتخاب نمایند، آزادی محتوای آموزشی نیز تأمین می‌گردد.

پرداخت نمایند. در این صورت، هم آزادی آموزش فراهم خواهد شد و هم امکان آموزش رایگـان نیز برای دانش‌آموزان مهیا می‌گردد. این امر با اصول قـانون اساسـی در فـراهم کـردن آمـوزش رایگان و آزادی آموزش انطباق کامل دارد و در واقع هر دو هدف اساسی مد نظـر قـانون‌گـذاران اساسی سال ۱۳۵۸ کشور است.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. ارسطو (۱۳۴۹). ***سیاست***، ترجمهٔ حمید عنایت، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲. انصاری، باقر (۱۳۹۳). ***حق آموزش حق کودک به آموزش در نظام بین المللی حقوق بشر***، تهران: پژوهشکده حقوقی شهر دانش.

۳. بی‌نا (۱۳۶۴). ***صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران***، تهران: ادارهٔ کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

۴. بی‌نا (۱۳۸۶-۱۳۸۹). ***مبانی نظری سند تحول بنیادین آموزش و پرورش در نظام تعلیم و تربیت رسمی عمومی جمهوری اسلامی ایران***، مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی.

۵. فلسفی، نصرت‌الله (۱۳۹۵). ***حق بر آموزش در حقوق بین‌الملل و حقوق ایران***، تهران: جنگل.

۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). ***مقدمهٔ علم حقوق***، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۷. گیلائوری، نیکا (۱۳۹۹). ***اقتصاد در میدان عمل (دگرگونی اقتصادی و اصلاح دولت در گرجستان از سال ۲۰۰٤ تا ۲۰۱۲)***، ترجمهٔ امیرحسین چیت‌ساززاده، مهدی نادری و میثم یوسفی، تهران: امین‌الضرب.

۸. مهرپور، حسین (۱۳۸۵). ***رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی***، تهران: اطلاعات.

۹. مؤذنیان، محمدرضا (۱۳۸۱). ***مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات ۱۳۸۰-۱۳۵۹)***، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

- مقالات

۱۰. ربیعی، علی و نظریان، زهرا (۱۳۹۱). موانع خصوصی‌سازی آموزش عالی در ایران و ارائه راهکارهایی جهت رفع آنها، ***انجمن آموزش عالی ایران***، ۴(۲)، ۱۷۱-۲۰۶.

۱۱. سروش، محمد (۱۳۸۶)، مسئولیت حکومت اسلامی در آموزش و پرورش رسمی، ***تربیت اسلامی***، ۳ (۵)، ۵۵-۸۰ .

۱۲. صفار حیدری، حجت و حسین‌نژاد، رزا (۱۳۹۳). رویکردهای عدالت آموزشی، نگاهی به جایگاه عدالت آموزشی در سند تحول بنیادین نظام آموزش و پرورش ایران، ***مبانی تعلیم و تربیت***، ۴(۱)، ۷۲-۴۹. Doi: 10.22067/FE.V4I1.23696

۱۳. قریشی خوراسگانی، مریم سادات؛ یمنی دوزی سرخابی، محمد؛ ذاکر صالحی، غلامرضا و مهران، گلنار (۱۳۹۵). تحلیلی بر مطالعات انجام‌شده در زمینهٔ خصوصی‌سازی آموزش‌عالی، ***سیاست علم و فناوری***، ۹(۱)، ۷۷-۹۰. Doi: 20.1001.1.20080840.1395.9.1.7.9

۱۴. کریمی، عباس و چلبی، آزاده (۱۳۸۷). معرفی و بسط نظریهٔ تحلیلی هوفلد از حق و کاربرد آن در زمینهٔ حقوق کودک، ***حقوق خصوصی***، ۳۸(۳)، ۲۱۱-۲۳۱.
Doi: 20.1001.1.25885618.1387.38.3.11.2

۱۵. دارایی، علی؛ مشهدی، علی؛ قارلقی، صدیقه (۱۴۰۰). تأملی بر مفهوم برابری در اندیشهٔ خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸)، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۱۲ (۲۵)، ۱۰۷-۱۳۳.
Doi: 10.22034/LAW.2022.42144.2732

۱۶. رضایی‌زاده محمدجواد و کاظمی، داود (۱۳۹۱). *بازشناسی نظریهٔ «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ***مطالعات حقوق تطبیقی معاصر***، ۳(۵)، ۲۳-۴۶.

۱۷. هاشمیان، فخرالسادات؛ زندیان، هادی و آقامحمدی، جواد (۱۳۹۴). تحلیل مشارکت بخش خصوصی در نظام آموزش و پرورش، ***سیاست‌های راهبردی و کلان***، ۳(۱۲)، ۱-۲۶.

۱۸. یاری‌قلی، بهبود (۱۳۹۲). بررسی فلسفه ایجاد مدارس غیرانتفاعی و سازگاری آن با عدالت تربیتی از منظر متخصصان تعلیم و تربیت: رویکرد هرمنوتیکی، ***مبانی تعلیم و تربیت***، ۳(۲)، ۱۹۵-۲۱۰.
Doi: 10.22067/FE.V3I2.23436

۱۹. یثربی، یحیی (۱۳۹۶). توضیحی دربارهٔ مخالفت با تبعیض آموزشی، تاریخ انتشار: ۱۳۹۶/۰۷/۱۷، مندرج در:
http://yasrebi.org/fa/Day_Notes/show/00143 (تاریخ مراجعه: ۱۳۹۷/۰۲/۱۵).

- **قوانین و مقررات**

۲۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۰۸/۲۴مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و ۱۳۵۸/۰۹/۱۲ با اصلاحات ۱۳۶۸

۲۱. قانون اهداف و وظایف وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۶۶/۱۱/۲۵

۲۲. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱/۰۹/۲۵

۲۳. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱

۲۴. اعلامیه حق توسعهٔ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۸۶

ب) منابع انگلیسی

- Book

25.Reem Jorman and Helen Murray (2007). *Education Justice in the Middle East and North Africa,* ***Open Society Foundations,*** New York.

Table of Contents

1. The Basis of the Collateral Source Principal of Compensation and Its Application in the Insurance System (American and Iranian Law)

Hedieh Jafari; Mehrzad Abdali; Habib Ramezani Akerdi 1-28

2. A Comparative Study of the Impact of Mistakes on Lineage, Guardianship, and Custody of a Child Resulting From Medical Fertility Treatments in Iranian and French Law

Ghafour Khoeini; Faezeh Akhoodi 29-52

3. The Relationship Between the Ethical Foundations of the Constitution of I.R. Iran and Modern Public Law

Ahmad Deylami; Alireza Dabirnia; Mahdi Ghanbari 53-77

4. The Basics of Judicial Modification of Contract in Iranian and Turkish Law

Ozra Rezazad Bari; Yousef Molaei; Hossein Javadi 79-107

5. The International Jurisdiction Rules and their Relationship with the Conflict of Law Rules: A Comparative Study in the Egyptian and Iranian Laws

Mohammed Mjed Kabry; Azam Ansari; Abdollah Khodabakhshi Shalamzari 109-138

6. A Comparative Study of the Nature of Late Payment Damages in Iranian and English Law

Abbas Karimi; Amirhossein Ghadiani Monfared; Ghazaleh Sahranavard..... 139-163

7. The Impact of Class Mobility on Delinquency in Iran

Hamed Mosayyebzadeh; Seyyed Mahoud Mirkhalili 165-197

8. The Critical Essay on the Privatization of Education from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Seyyed Hossein Malakooti Hashjin; Yashar Rezazadeh; Adel Ebrahimpour Asanjan 199-225

Journal of

Contemporary Comparative Legal Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehedi	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor (Legal expertise): Hilda Banan

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd., Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: law@tabrizu.ac.ir

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013

University of Tabriz

Journal of

Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 16 - No. 38

Spring 2025

Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 16, No. 38, Spring 2025

- The Basis of the Collateral Source Principal of Compensation and Its Application in the Insurance System (American and Iranian Law)
  Hedieh Jafari; Mehrzad Abdali; Habib Ramezani Akerdi
- A Comparative Study of the Impact of Mistakes on Lineage, Guardianship, and Custody of a Child Resulting From Medical Fertility Treatments in Iranian and French Law
  Ghafour Khoeini; Faezeh Akhoodi
- The Relationship Between the Ethical Foundations of the Constitution of I.R. Iran and Modern Public Law
  Ahmad Deylami; Alireza Dabirnia; Mahdi Ghanbari
- The Basics of Judicial Modification of Contract in Iranian and Turkish Law
  Ozra Rezazad Bari; Yousef Molaei; Hossein Javadi
- The International Jurisdiction Rules and their Relationship with the Conflict of Law Rules: A Comparative Study in the Egyptian and Iranian Laws
  Mohammed Mjed Kabry; Azam Ansari; Abdollah Khodabakhshi Shalamzari
- A Comparative Study of the Nature of Late Payment Damages in Iranian and English Law
  Abbas Karimi; Amirhossein Ghadiani Monfared; Ghazaleh Sahranavard
- The Impact of Class Mobility on Delinquency in Iran
  Hamed Mosayyebzadeh; Seyyed Mahoud Mirkhalili
- The Critical Essay on the Privatization of Education from the Perspective of the Constitution of the Islamic Republic of Iran
  Seyyed Hossein Malakooti Hashjin; Yashar Rezazadeh; Adel Ebrahimpour Asanjan