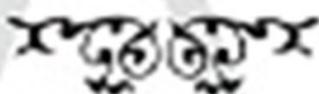




مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال چهاردهم، شماره سی، بهار ۱۴۰۲



- تحلیل اثرگذاری کنش‌گران دینی در رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی
منصور آیرم؛ حجت سلیمی ترکمانی؛ محمد موسی‌زاده
- تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران
مینا بلوری‌فر؛ بیژن حاجی عزیزی؛ فیض‌الله جعفری
- فراتنظیم‌گری در سازمان‌های حرفه‌ای حوزه سلامت
محمد جلالی؛ مانده عرفانی
- وضعیت دوگانه مسئولیت مدنی مراکز درمانی در حقوق فرانسه و امکان اعمال آن در حقوق داخلی ایران
غلامرضا حاجی‌نوری
- مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی، بازرگانی و سرمایه‌گذاری ایران و تطبیق آن با مبانی فقهی
حمید حمیدیان؛ علی رضایی؛ حبیب طالب احمدی
- بررسی انطباق اصل جبران همه خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزه فلسفه مسئولیت مدنی
سیدنورالله شاهرخی؛ حبیب‌الله رحیمی
- مطالعه تطبیقی «نظام‌های ثبت کشتی» در پرتو کارکردهای حقوقی آن
نسرین طباطبائی حصاری؛ سروش صفی‌زاده
- مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تشکیل گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی در حقوق ایران و فرانسه
جواد نیک‌نژاد؛ داود حجازی
- جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات در نظام جمهوری اسلامی ایران
علی ولایی؛ رحیم نوبهار
- بررسی نظریه عمومی انتقال قرارداد در حقوق جدید فرانسه و جایگاه آن در حقوق ایران
مصطفی هراتی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال چهاردهم - شماره سی

بهار ۱۴۰۲

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

همکاران علمی این شماره:

مسلم آقایی طوق، مهرزاد ابدالی، محمد ابراهیم نژاد، محمد ابوعطا، کورش استوار سنگری، باقر انصاری، حسن بادینی، مسیح بهینا، فرامرز تقی لو، منصور جباری، محمد جلالی، آیتاله جلیلی، علی عباس حیاتی، حبیباله رحیمی، ابراهیم شعاریان ستاری، ابراهیم عابدی، مرتضی عادل، حجت عبادزاده، ابراهیم عبدی پور فرد، مجید غمامی، محسن قدیر، حسن محسنی، محمد مولودی، عباس میرشکاری

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

- ویراستار فارسی: ماندانا نعمت نژاد
- ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- مدیر اجرایی: عباس یگانه
- نوبت انتشار: فصلنامه
- صفحه آرائی: شیرین زمانی
- قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- تاریخ چاپ: بهار ۱۴۰۲

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران ژورنال» نظام نمایه سازی مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی
کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، فکس: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳، شماره: ۱۳
مستولیت صحت مطالب مقاله ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

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

ضوابط شکلی

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

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

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

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

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

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

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۳۶-۱	۱- تحلیل اثرگذاری کنش گران دینی در رژیم حقوق بین الملل تغییرات آب و هوایی منصور آیرم؛ حجت سلیمی ترکمانی؛ محمد موسی زاده.....
۶۹-۳۷	۲- تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران مینا بلوری فر؛ بیژن حاجی عزیزی؛ فیض الله جعفری.....
۱۰۷-۷۱	۳- فراتنظیم‌گری در سازمان‌های حرفه‌ای حوزه سلامت محمد جلالی؛ مانده عرفانی.....
۱۳۹-۱۰۹	۴- وضعیت دوگانه مسئولیت مدنی مراکز درمانی در حقوق فرانسه و امکان اعمال آن در حقوق داخلی ایران غلامرضا حاجی نوری.....
۱۷۸-۱۴۱	۵- مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی، بازرگانی و سرمایه‌گذاری ایران و تطبیق آن با مبانی فقهی حمید حمیدیان؛ علی رضایی؛ حبیب طالب احمدی.....
۲۱۳-۱۷۹	۶- بررسی انطباق اصل جبران همه خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزه فلسفه مسئولیت مدنی سیدنورالله شاهرخی؛ حبیب‌الله رحیمی.....
۲۴۳-۲۱۵	۷- مطالعه تطبیقی «نظام‌های ثبت کشتی» در پرتو کارکردهای حقوقی آن نسرین طباطبائی حصاری؛ سروش صفی‌زاده.....
۲۷۳-۲۴۵	۸- مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تشکیل گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی در حقوق ایران و فرانسه جواد نیک‌نژاد؛ داود حجازی.....

۹- جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات در نظام جمهوری
اسلامی ایران

علی ولایی؛ رحیم نوبهار ۳۰۵-۲۷۵

۱۰- بررسی نظریه عمومی انتقال قرارداد در حقوق جدید فرانسه و جایگاه آن در
حقوق ایران

مصطفی هراتی ۳۳۰-۳۰۷



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 1-36

Analyzing the Impact of Religious Activists on the International Climate Change Law Regime

Mansour Aïrom¹ | Hojjat Salimi Turkamani^{2✉} | Mohammad Mousazadeh³

1. Ph.D. Candidate in Public International Law, Islamic Azad University, Maragheh Branch, Iran.
mansour.airom@yahoo.com
2. Associate Professor of Shahid Madani University of Azerbaijan, Tabriz, Iran.
h.salimiturkamari@gmail.com
3. Assistant Professor, University of Maragheh, Iran.
musazadeh@maragheh.ac.ir

Abstract

Influenced by the dominance of secular discourse over the rule of law, the dominant view in international law has been the removal of religion from legal relations (as a normative factor). But gradually, especially since the second half of the twenty-first century, more diverse theoretical and practical views have emerged on the relationship between religion and international law. In this regard, the legal regime of climate change in its development years has always been influenced by influential social forces in the process of climate dialogue. Countries, groups, organizations, and individuals with religious authority or representation of a belief system have increasingly been able to engage in climate dialogue through the lens of faith. This article tries to provide an analysis of how this range of social forces of the international community affects the legal regime of climate change in terms of the historical tradition, social reference groups as well as influential religious figures.

Keywords: *International law, Climate change, Religion, Religious groups, Legal regime.*

Received: 2022/03/07 Received in revised form: 2022/06/05 Accepted: 2022/07/11 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.50619.2102

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

تحلیل اثرگذاری کنش گران دینی

در رژیم حقوق بین الملل تغییرات آب و هوایی

منصور آیرم^۱ | حجت سلیمی ترکمانی^۲ | محمد موسی زاده^۳

mansour.airom@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه.

h.salimiturkamari@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران.

musazadeh@maragheh.ac.ir

۳. استادیار دانشگاه مراغه، ایران.

چکیده

متأثر از سلطه گفتمان سکولار بر وضع قواعد حقوقی، نگاه غالب در حقوق بین الملل، حذف دین از مناسبات حقوقی (به عنوان عامل هنجارساز) بوده است. اما به تدریج به ویژه از نیمه دوم قرن بیست و یکم، در خصوص رابطه میان دین و حقوق بین الملل دیدگاه‌های نظری و عملی متنوع‌تری شکل گرفته است. در این خصوص، رژیم حقوقی تغییرات آب و هوایی در سال‌های توسعه خود همواره متأثر از جریان‌های اجتماعی تأثیرگذار در روند گفتگوهای آب و هوایی بوده است. کشورها، گروه‌ها، سازمان‌ها و اشخاصی که دارای مرجعیت دینی هستند و یا به نوعی نماینده یک نظام اعتقادی بوده‌اند، توانسته‌اند به طور فزاینده‌ای از دریچه مؤمنانه وارد مشارکت در گفتگوهای آب و هوایی شوند. این مقاله سعی دارد تا با رویکردی تحلیلی - تطبیقی از حیث سنت تاریخی، گروه‌های مرجع اجتماعی و نیز اشخاص اثرگذار دینی، تحلیلی از چگونگی تأثیرگذاری این طیف از نیروهای اجتماعی جامعه بین المللی بر رژیم حقوقی تغییرات آب و هوایی داشته باشد.

واژگان کلیدی: حقوق بین الملل، تغییرات آب و هوایی، دین، گروه‌های دینی، رژیم حقوقی، موافقت‌نامه پاریس.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۳/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.50619.2102

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در اثر شکل‌گیری نظم سکولار در مناسبات عرصه عمومی و نیز حاکم شدن گفتمان پوزیتیویسم در انشای قوانین، به‌ویژه پس از عصر روشنگری، جایگاه تاریخی دین به‌عنوان عامل اصلی و بسترساز تدوین حقوقی خدشه‌دار گردید. در این جابه‌جایی تدریجی، دین از موقعیت «واضع حقوق» به «موضوع حقوق» تنزل پیدا نمود. اما به‌تدریج خصوصاً از نیمه دوم قرن بیست‌ویکم، در خصوص رابطه میان دین و حقوق بین‌الملل دیدگاه‌های نظری متنوع‌تری شکل گرفت که اغلب ماحصل بازاندیشی حقوق‌دانان درباره اثرگذاری حوزه دین در هنجارسازی قواعد در سطح بین‌الملل است. رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی به‌عنوان یکی از جوان‌ترین زیرشاخه‌های حقوق بین‌الملل عمومی با عمری قریب به نیم‌قرن در میانه این بازاندیشی، نضج و نمو یافت. از این رو، این شاخه حقوق بین‌الملل حوزه موضوعی بسیار مناسبی خواهد بود تا در خصوص تأثیرپذیری و یا اثرگذاری دو نهاد دین و حقوق (در اینجا حقوق بین‌الملل) بر یکدیگر مورد کنکاش و تحلیل قرار گیرد.

تقریباً از اواخر دهه ۸۰ میلادی جامعه‌شناسان توجه خود را به‌سوی خیزش دین در عرصه‌های عمومی معطوف نمودند و از این طریق دو مفروض مرکزی فرهنگ مدرن (غربی) را که «با مدرن‌تر شدن، جوامع سکولارتر می‌شوند» و «دین و عرصه عمومی، حوزه‌هایی جدای از هم هستند»، به‌چالش کشیدند.^۱ هرچند هیچ‌گاه ارتباط میان حقوق بین‌الملل و دین به دلایلی که در ادامه خواهد آمد گسسته نشد، اما موضوعیت یافتن دوباره دین در عرصه اجتماعی جوامع سکولار، موجب بازخوانی علمی این دو مقوله شده است. رابطه دین و حقوق بین‌الملل در سه ساحت تاریخی، نظری و رویه‌های عملی قابل طرح خواهد بود.

از حیث سنت تاریخی نمی‌توان از نظر دور داشت که عرفی شدن (به‌معنای سکولاریسم)، تنظیم هنجارهای قواعد بین‌المللی پس از وستفالیاً به‌معنای انقطاع کامل دوران قبل و بعد از

1. Graham Ward & Michael Hoelzl, *The New Visibility of Religion: Studies in Religion and Cultural Hermeneutics*, (London: Continuum, 2008).

آن از یکدیگر نیست. هوگو گروسیوس^۲، از پدران حقوق بین‌الملل مدرن، منبع بسیاری از احتجاجات حقوقی خود را بر متون مسیحی استوار ساخت.^۳ در زمان *واتل*^۴، از دیگر بنیان‌گذاران حقوق بین‌الملل مدرن در قرن هجدهم، به‌طور آشکاری ارتباط مستقیم میان حقوق بین‌الملل و منابع دینی برقرار بود.^۵

همچنین در تداوم سنت تاریخی ارتباط میان دین و حقوق، در جوامع «غیرمسیحی-اروپایی» همچون جهان اسلام، دین همچنان به‌عنوان یکی از پایه‌های هنجاری که می‌تواند مبنای تعهدات بین‌المللی میان طرف‌های هم‌کیش قرارگیرد موضوعیت دارد.^۶ در این جوامع درهم‌تنیدگی میان شریعت، به‌عنوان زیربنای قرارداد اجتماعی با قوانین بالادستی، موجب شد تا دین با واسطه یا بدون واسطه در قواعد بین‌المللی ظاهر گردد. همچنین این نکته را نمی‌توان از نظر دور داشت که در تفسیر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و در معناگزینی مفاهیم حقوق بین‌الملل و نیز احصای مصادیق، دین در جایگاه نظام تفسیری جهان، اسباب تفسیر طرف‌های معتقد را فراهم می‌آورد. تحفظ (حق شرط) کشورهای اسلامی در خصوص بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل، همچون کنوانسیون منع شکنجه و یا حقوق کودک، گواهی بر اثرگذاری دین در چگونگی پذیرش تعهدات است.

از حیث تئوریک، دو دیدگاه نظری رایج در خصوص ارتباط میان حقوق بین‌الملل و دین وجود دارد: نظریه جدایی^۷ و نظریه سازگاری^۸. دیدگاه نظری مبتنی بر جدایی، منعکس‌کننده دیدگاه پوزیتیویستی سکولار از حقوق بین‌الملل است که از جدایی مشخص میان دین و حقوق بین‌الملل حمایت، و استدلال می‌کند که دین اصلاً نباید نقش هنجاری در حقوق بین‌الملل داشته باشد. منطق اصلی نظریه جدایی‌طلبی «برهان بی‌طرفی»^۹ است که ادعا

2. Hugo Grotius

3. Mark W. Janis & Carolyn Evans, "Religion and the Literature of International Law: Some Standard Texts", In Mark W. Janis & Carolyn Evans, *Religion and International Law*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), p. 121.

4. Emer de Vattel

5. *Ibid*, p. 126.

6. Ilias Bantekas, "Religion as a Source of International Law", In Javid, Rehman & Susan Breau, *Religion, Human Rights and International Law* (The Hague: Brill, 2007), p. 120.

7. Separationist Theory

8. Accommodationist Theory

9. Neutrality Argument

می‌کند ایجاد یک موافقت‌نامه بین‌المللی پوزیتیویستی سکولار برای تضمین بی‌طرفی در عملکرد و اعمال حقوق بین‌الملل بر پایه برابری و عدم تبعیض ضروری است. اما تئوری سازگاری مدعی است که دین می‌تواند نقش هنجاری مثبت و مهمی در حقوق بین‌الملل ایفا کند. طرفداران این دیدگاه اظهار می‌دارند که ملاحظات مذهبی برای اکثریت قابل‌توجهی از جمعیت جهان، آن‌قدر مهم است که نمی‌توان آن را با حوزه عمومی حقوق به‌طور کلی و حقوق بین‌الملل به‌طور خاص بی‌ربط تلقی کرد.^{۱۰} آنها همچنین استدلال می‌کنند، از آنجایی که بسیاری از جنبه‌های حقوق بین‌الملل، مانند حقوق بشر، حقوق بشردوستانه، حقوق محیط زیست، خلع سلاح و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، همگی مبتنی بر ملاحظات اخلاقی و کرامت انسانی هستند، سنت‌ها و هنجارهای دینی می‌توانند کمک‌های مثبتی در این زمینه داشته باشند.^{۱۱} کریستوفر ویرامانتری^{۱۲}، قاضی سابق دیوان بین‌المللی دادگستری و یکی از مدافعان اصلی این دیدگاه، معتقد است: «با توجه به قدرت سنت‌های دینی در دنیای مدرن، همچون سنت‌های بودایی، مسیحی، هندو و اسلامی و نیز وفاداری (ایمان) بیش از سه میلیارد نفر از جمعیت جهان به آنها، شکی باقی نمی‌ماند که تفکر آینده در خصوص حقوق بین‌الملل می‌تواند عمیقاً از آموزه‌های موجود در این سنت‌ها بهره‌مند شود».^{۱۳} در همین راستا، مارک جنیس^{۱۴} سه نقش تسهیل‌کننده مهم برای دین در حقوق بین‌الملل معاصر قائل است. نخست آنکه معتقد است که دین به‌طور سنتی یکی از بارورترین منابع قواعد حقوق بین‌الملل است. دوم آنکه نمی‌توان علاقه‌مندی و منشأ اثر بودن معتقدان به دین را در حقوق بین‌الملل منکر شد. برای نمونه، بسیاری از دستاوردهای حقوق بین‌الملل در قرن بیستم، همچون قوانین حقوق بشر، خلع سلاح و قوانین زیست‌محیطی، مرهون تلاش‌های علاقه‌مندان مذهبی در قرن نوزدهم به حقوق بین‌الملل بوده است و درنهایت سومین دلیل جنیس در خصوص درهم‌تنیدگی دین و حقوق بین‌الملل

10. Christopher G. Weeramantry, *Universalising International Law*, Vol. 48, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), p. 368.

11. A. An-Na'im, "Islam and Human rights: Beyond the Universality Debate" In *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 95.

12. Christopher G. Weeramantry

13. Christopher G. Weeramantry, *op.cit.*, p. 15.

14. Mark D. Janis

از حیث قدرت الزام‌آوری و مشروعیت‌بخشی به قواعد بین‌المللی است.^{۱۵}

از حیث عملی، دین و حقوق بین‌الملل در چهار سطح با یکدیگر در تعامل هستند. اولین سطح، تعامل در خصوص قوانین داخلی کشورهایی است که مذهب نقشی رسمی در قوانین آنها ایفا می‌کند. در سطح دوم، تعامل عملی میان دین و حقوق بین‌الملل، در سازمان‌های بین‌دولتی منطقه‌ای نمایان می‌شود. سازمان همکاری اسلامی نمونه بارزی در این زمینه است. در این مورد می‌توان به اهداف مندرج در منشور سازمان همکاری اسلامی اشاره کرد که ترویج ارزش‌های معنوی، اخلاقی، اجتماعی و اقتصادی اسلامی را در میان کشورهای عضو به‌عنوان ابزاری مهم جهت دستیابی به تعالی بشریت معرفی می‌نماید.^{۱۶} سازمان همکاری اسلامی اسناد متعددی به‌تصویب رسانده است که به اسلام در جایگاه یک عامل مرتبط در خصوص حقوق بین‌الملل در جهان اسلام اشاره دارد.^{۱۷} برای مثال، این سازمان در سال ۲۰۰۴ در مورد اصلاحات پیشنهادی شورای امنیت سازمان ملل طرحی را به مجمع عمومی سازمان ملل ارائه نمود و در آن بیان داشت که «هرگونه پیشنهاد اصلاحی در خصوص گسترش اعضا که در آن از نمایندگی کافی امت اسلامی در هر رده‌ای غفلت شود، مورد قبول کشورهای اسلامی نخواهد بود»^{۱۸}. در سطوح سوم و چهارم، ارتباط عملی میان حقوق بین‌الملل و دین در سطح اشخاص حقیقی و نیز گروه‌ها و سازمان‌های غیردولتی مذهبی مطرح است.

نکته قابل‌توجه آنکه اگرچه منشور سازمان ملل متحد هیچ اشاره مستقیمی به دین به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل ندارد، اما در آن هیچ ماده‌ای نیز در جهت منع رابطه یا تعامل میان دین و قوانین بین‌المللی وجود ندارد. بر اساس ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، منابع اصلی حقوق بین‌الملل معاهدات بین‌المللی، حقوق عرفی

15. Mark W. Janis, "Religion and International Law", *In Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), p. 321.

16. OIC Charter, (2021, 8, 11) Organisation of Islamic Cooperation Website, Retrieve From: https://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en

17. OIC, (2008, July 8-10), "Final Document of the General Meeting on Cooperation between the United Nations and the Organization of the Islamic Conference", Organisation of Islamic Cooperation Website, Retrieve From: <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4120&refID=-1176>.

18. UN Doc, (2004, October 11), Doc.A/59/425/S/2004/808, Para. 56.

بین‌الملل و اصول کلی حقوقی است که از سوی کشورهای متمدن به رسمیت شناخته شده است. از این حیث در عمل، امکان نفوذ احکام و قواعد مبتنی بر هنجارهای دینی در نظام حقوق بین‌الملل وجود دارد. یک مثال مرتبط در این باره، مفاد ماده ۲۰(۳) کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ سازمان ملل متحد است که مفهوم «کفالت» را در احکام اسلامی به رسمیت شناخته است.^{۱۹}

در یادداشت ارائه‌شده نمایندگان دولت‌های مسلمان به جامعه ملل در سپتامبر ۱۹۳۹ و نیز در کنفرانس سازمان ملل متحد در سانفرانسیسکو در آوریل ۱۹۴۵، اعلام گردید که اسلام از اشکال اصلی تمدن و حقوق اسلامی و یکی از نظام‌های اصلی حقوق جهان منطبق با ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی ذیل جامعه ملل است که بعداً نیز به‌عنوان ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به تصویب رسید.^{۲۰} همچنین، استناد دادگاه‌های بین‌المللی به اصول دینی در مواردی همچون اریتره علیه یمن^{۲۱} (تأکید دیوان رسیدگی‌کننده بر دسترسی آزاد مردمان ساحلی به منابع غذایی دریایی با استناد به مفهوم خلیفه‌الله بودن همه انسان‌ها و نیز اشاره دیوان به قرآن و سنت اسلامی مورد قبول امت اسلامی برای تنظیم روابط فی‌مابین خود)، عربستان علیه آرامکو^{۲۲} (استناد دیوان رسیدگی‌کننده به آیه شریفه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ برای تأکید بر اصل لزوم وفای به عهد^{۲۳} در حقوق بین‌الملل)، پرونده صحرای غربی^{۲۴} (اشاره به مفهوم اسلامی دارالاسلام جهت معرفی مناطق مورد مناقشه) و نیز موضوع کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران^{۲۵} (تأکید دیوان بر این حقیقت که سنت‌های اسلامی سهم بسزایی در

19. UN Convention on the Rights of the Child, (1989), Article (20).

20. Sobhi Mahmassani, "The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine", *Recueil des Cours*, Collected Course, p. 222.

۲۱. نک: Award of the Arbitral Tribunal in the Second Stage of the Proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation), December 17, 1999, at [Par. 92-94]

۲۲. Saudi Arabia v Aramco (1963) 27 I.L.R. 117. نک:

23. Pacta Sunt Servanda

۲۴. نک: Advisory Opinion on Western Sahara, October 16, 1975

۲۵. نک: Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran [1980] I.C.J. Rep.

تکامل قواعد مرتبط با مصونیت کارگزاران دیپلماتیک داشته است)، به خوبی گواه تأثیر نهاد دین حتی در احتجاجات دادگاه‌های بین‌المللی معاصر است.

این مقاله در پی یافتن پاسخ این پرسش است که نهاد دین چگونه در فرایند توسعه رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی نقش آفرین بوده است.

این نوشتار در چهار بخش سامان یافته است. بخش نخست، سنت تاریخی دین را در هنجارسازی قواعد مرتبط با آب‌وهوا تشریح خواهد نمود؛ در بخش دوم، تعامل گروه‌های دینی در فرایند مذاکرات رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ شناخت نقش رهبران مذهبی در مسیر تکوین حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی و بررسی اجلاس گلاسگو به‌عنوان متأخرترین گردهمایی نمایندگان جامعه جهانی به ترتیب بخش سوم و چهارم این مقاله را شکل داده است.

۱. سنت تاریخی دین در هنجارسازی قواعد مرتبط با آب‌وهوا

سیر تطور حقوق بین‌الملل آب‌وهوایی را نمی‌توان در ورای تحولات اجتماعی (عوامل عینی) و تکوین رویکردهای حقوقی (پیشرفت‌های نظری) جستجو نمود. حقوق مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی پیش از آنکه متصف به صفت بین‌الملل شود همچون سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل در بستری تاریخی و به‌صورت خرده‌گفتمان‌های هنجاری، در مناطق مختلف جهان و بر پایه اقتضانات محیطی و فرهنگی محلی رشد و نمو داشته است. اگر تعریف حسن عمید از تمدن را پذیرا باشیم که آن را حول نظام شهرنشینی همراه با همکاری مردم در امور زندگی و فراهم‌آوری اسباب ترقی و آسایش معنا می‌کند^{۲۶}، پرواضح است که یکی از نقاط افتراق مردم متمدن از مردمان بدوی را می‌توان در تلاش برای پی‌ریزی نظام اجتماعی مبتنی بر قواعد الزام‌آور دارای ضمانت اجرا قلمداد نمود. از این رو، می‌بایست تا نخستین ارتباطات مفهومی را میان پدیده‌های طبیعی همچون آب‌وهوا با زندگی روزمره انسان‌ها، در بستر باورهای اعتقادی تمدن‌های نخستین جستجو نمود. وجود عناصری خداگونه و هستی‌بخش در فهم عمومی مردمان تمدن‌های باستانی همچون یونان، ایران،

۲۶. حسن، عمید، فرهنگ عمید، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۴) ص ۴۲۰.

رم، هند و بین‌النهرین از عوامل طبیعی همانند آب^{۲۷}، آسمان^{۲۸} و زمین^{۲۹}، بر درهم‌تنیدگی موضوعات مربوط به طبیعت و دین گواهی می‌دهد. لکن این درهم‌آمیختگی نظام باورهای انسانی (در اینجا دین) و مقولات زیست‌محیطی همچون آب‌وهوا به‌تنهایی برای شکل‌گیری نظام حقوقی مرتبط با آن کافی نخواهد بود. با پیدایش انقلاب صنعتی اغلب این‌گونه برداشت می‌شود که مصائب پیش‌آمده زیست‌محیطی همچون مسائل آب‌وهوایی محصول دوره مدرن بوده و در حقیقت این موضوع مسئله جدید انسان مدرن امروز است، اما مطالعات چنین دیدگاهی را رد می‌کند. مطالعات باستان‌شناختی نشان می‌دهد که پس از آوردن بشر به فنون زراعت، آسیب‌های مخرب انسانی بر چرخه‌های زیست‌محیطی همچون آب‌وهوا اثرگذار بوده و مردمان باستان به آن آگاهی داشته‌اند^{۳۰}،^{۳۱}. از این رو، نظام اخلاقی-هنجاری مترتب بر بهره‌برداری صحیح از منابع طبیعی از آغاز تمدن‌های نخستین تبلور یافته و به‌مرور زمینه‌ساز تشکیل قواعد اخلاقی و عرفی در این باره شده است.

در ایران باستان، آیین مهرپرستی و اسطوره‌های آن بر ارجمندی و احترام به طبیعت استوار است تا حدی که مقدس‌ترین الهه‌های این آیین و نیز معابد آن هم‌پیوند با عناصر طبیعی همچون آب و آسمان شکل گرفت^{۳۲}. به‌طور ویژه آموزه‌های اخلاقی و آیینی احترام به عناصر طبیعی همچون آب و آسمان در دین بعدی ایرانیان باستان، آیین زرتشت، به‌وضوح قابل تشخیص است. تأکید فراوان بر پاک نگاه‌داشتن آب و باد، نکوهش آلوده کردن آب‌ها و نیز پرهیز از آلودگی زمین از آگاهی‌های عمومی مردم در آیین زرتشت به‌شمار می‌آید^{۳۳}. هم‌زمان با ایران در یونان باستان نیز می‌توان رگه‌هایی از توجه به محیط زیست را

۲۷. آناهیتا: ایزد بانوی ایرانی آب، رود و باران

۲۸. یونو: ایزد بانوی رومی آسمان

۲۹. گایا: ایزد یونانی زمین

30. J. Donald Hughes, *Environmental problems of the Greeks and Romans: Ecology in the Ancient Mediterranean*, (JHU Press, 2014).

31. Atul Bhargava & Shilpi Srivastava, "Human Civilization and Agriculture" In *Participatory Plant Breeding: Concept and Applications* (Singapore: Springer, 2019).

32. Sara Alipour; Mohammadreza Nasiralam; Mohammadmansour Falamak, "An Analysis on Mithraic Temple Landscape Structure", *The Monthly Scientific Journal of Bagh-E Nazar*, 16(2019), p. 38.

۳۳. بتول فخر اسلام، «بررسی اخلاق زیست‌محیطی در فرهنگ ایرانی با تأکید بر شعر ناصر خسرو»، تخصصی زبان و ادبیات فارسی، ش ۱۷ (۱۳۹۸).

در قالب اخلاقیات محیط زیست به سردمداری فیلسوفان شاهد بود. تالس^{۳۴} با متوهمانه خواندن تقسیم‌بندی میان موجودات غیرجاندار و جاندار و قائل بودن به «روح داشتن» همه موجودات هستی^{۳۵}، به نوعی به بسط اخلاق محیطی در میان عناصر غیرجاندار طبیعی همچون آب‌وهوا کمک نمود. همچنین شکل‌گیری قواعد اخلاقی حفاظت از آب‌وهوا را می‌توان در سنت هندی نیز مشاهده کرد. حکمت‌های مندرج در متون مقدس سانسکریت بازتاب‌دهنده نگرانی عمیق تمدن هند در این خصوص است. در کتب مقدس ودایی^{۳۶} و نیز سایر کتاب‌های کهن هندی، در باب مدیریت منابع آب با پایش وضعیت میزان سطح آب و آگاهی و مشارکت عمومی از طریق ارتباط و آموزش، سخن به میان آمده است. این آموزه‌ها به قدری در عرف و فرهنگ روزمره جامعه هندی نفوذ داشته است که حاکمان وقت، برهم‌زندگان چرخه طبیعی آب و جانداران وابسته به آن همچون درختان را در زمره بزهکاران قلمداد نمودند که مستوجب مجازات خواهند بود^{۳۷}. از این رو، در سنت هندی می‌توان تجربه گذار از آموزه‌های اخلاقی محیط زیست به قانون‌گذاری را به خوبی مشاهده کرد.

ارتقای آموزه‌های اخلاقی مرتبط با آب‌وهوا به قواعد حقوقی در روم باستان تبلور یافت. از دوره میانه و اواخر جمهوری روم که در آن به تدریج شهرنشینی آغاز گردید، رومی‌ها با مشکلات مختلف تخریب محیط زیست منبعث از افزایش شدید جمعیت، تغییر روش تولید و شهرنشینی روبه‌رو شدند. البته عمده دلیل تخریب محیط زیست از سوی تمدن روم را نمی‌توان تنها در شهرنشینی جستجو نمود، بلکه رومی‌ها با جایگزین نمودن خردگرایی به جای تقدس طبیعت، اسباب بهره‌برداری‌های آسیب‌زننده به منابع طبیعی را فراهم آوردند^{۳۸}. آوردند^{۳۸}. در پاسخ به این تغییرات، رومی‌ها در درجه نخست واکنش مذهبی و اخلاقی را مد

34. Thales of Miletus

35. Jonathan Barnes, *The Pre-Socratic Philosophers*, (London: Routledge and Kegan Paul, 1984).

36. Vedic scriptures

وداها متون دینی هستند که آیین دین هندو را معرفی می‌نمایند.

37. Jsr Prasad, "Concepts of Environment and Nature in Ancient India", *Monthly Newsletter of the EU-India Project E-Qual*, 2(2015), pp. 4-8.

38. A. Dan Tarlock, "History of Environmental Law", *Environmental Laws and Their Enforcement*, (2009), p. 46.

نظر قرار دادند که به تدریج به تدوین قوانین گسترش پیدا نمود^{۳۹}. جرم‌انگاری و تدوین سازوکار شکایت از افراد آلوده‌کننده آب‌های روان و انتشاردهندگان دودهای غلیظ و نیز منع قانونی سوزاندن اجساد در اماکن مسکونی و شهری و موظف بودن مالکان زمین به تمیز کردن فئات‌های شهری از جمله قوانین مدون روم در خصوص صیانت از پاکی آب‌وهوا بوده است^{۴۰}. قانون‌گذاران روم باستان به قدری در خصوص قوانین مرتبط با آب‌وهوا و ضمانت اجرای آن پیش رفتند که حتی کنسورهایی^{۴۱} (کلانتران رومی) در مقام ناظران حُسن اجرای قوانین به این کار گماشته شدند. در قرون وسطا، متأثر از سنت فکری الهیات مسیحی و آرای متکلمان مسیحی، همچون سنت توماس آکویناس^{۴۲} نگاه خصمانه به عناصر غیرجاندار طبیعی تعدیل یافت و طبیعت به عنوان منزلگاه تحقق آفرینش مورد احترام قرار گرفت^{۴۳}.

هم‌زمان با سپری شدن قرون وسطا در اروپا، جهان اسلام در اوج قدرت و شکوه خود، بن‌مایه‌های اصیلی را از احکام صریح در خصوص پاسداشت آب‌وهوا در سنت نظری و عملی خود به بشریت ارزانی داشت. در قرآن کریم نیز از آب و باد به‌عنوان عناصر حیاتی زیست‌بوم انسان‌ها در آیات محکم و صریح الهی نام برده شده و از این رو به‌عنوان جلوه‌گاه پروردگار مورد احترام قرار گرفته است. در آیه ۱۶۴ سوره بقره: «وَمَا أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مِنْ مَاءٍ فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَتَصْرِيفِ الرِّيَّاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ»، «و بارانی که خدا از بالا فرو فرستاد تا به آن آب، زمین را بعد از مردن زنده کرد و سبز و خرم گردانید و در پراکندن انواع حیوانات در زمین و گرداندن بادها (به هر طرف) و در خلقت ابر که میان زمین و آسمان مسخر است، در همه این امور ادله‌ای واضح برای عاقلان است»، از آب به‌عنوان برهانی برای تدبیر در آفرینش نام برده شده است. آیات قرآن و سیره معصومین در کنار براهین عقلی و اجماع فقها، مجموعه

39. Leioel Fei, "On Environmental Law of Ancient Rome: The Idea, Facilities and Legal System", *Journal of Henan University of Economics and Law*, (2017).

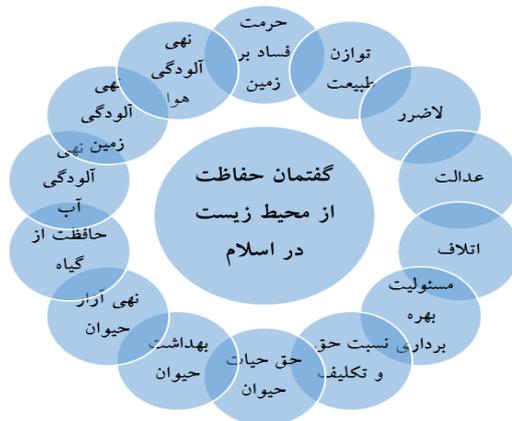
40. Pál Sáy, "The Legal Protection of Environment in Ancient Rome", *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 15 (2020).

41. Censor

42. Thomas Aquinas.ST

۴۳. ایمان قلندریان؛ علی‌اکبر تقوایی؛ مریم کامیار، «مطالعه‌ی تطبیقی رابطه‌ی انسان و محیط‌زیست در تفکر توسعه‌ی پایدار و تفکر اسلامی» پژوهش‌های معماری اسلامی، ش ۱ (۱۳۹۵)، صص ۶۲-۷۸.

احکامی را در جهان اسلام شکل داده‌اند که می‌توان از آن به‌عنوان احکام فقهی محیط زیست نام برد. قواعد عامی همچون حرمت فساد در زمین (اعراف: ۵۶؛ بقره: ۶۰، ۷۴ و ۸۵؛ اعراف: ۸۵؛ هود: ۲۵؛ رعد: ۱۵۱، ۱۵۲ و ۱۸۳؛ شعراء: ۷۷ و ۸۳؛ قصص: ۳۶؛ عنکبوت: ۲۸ و سوره ص)، وجوب حفظ توازن در طبیعت (طلاق: ۳؛ حجر: ۱۹ و ۲۱)، قاعده لاضرر (بقره: ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۲؛ طلاق: ۶؛ نساء: ۱۲؛ توبه: ۱۰۷)، قاعده عدالت (نساء: ۵۸)، قاعده اتلاف (بقره: ۱۹۴)، قاعده من له الغنم (مسئولیت مدنی شخص منتفع)^{۴۴} و قاعده نسبت میان حق و تکلیف در کنار قواعد خاصی همچون حق حیات و حفظ نسل موجودات زنده (هود: ۴۰؛ مائده: ۳۲)، بهداشت محیطی حیوان، نهی آزار حیوانات (همچون عدم خشونت در هنگام تماس با حیوانات: امام علی(ع): «فَلَا تَدْخُلْ عَلَيْهَا دُخُولَ مُتَسَلِّطٍ عَلَيْهِ وَلَا عَنِيفٍ بِهِ»)، حفاظت از حیات گیاهان (نازعات: ۳۰ تا ۳۳؛ آل عمران: ۱۰۸)، نهی آلوده کردن آبها (برای نمونه، حدیث امام علی(ع): «إِنَّهُ نَهَى أَنْ يَبُولَ الرَّجُلُ فِي الْمَاءِ الْجَارِي إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ»)، نهی آلوده کردن زمین (اعراف: ۵۶) و کیفیت هوا (دخان: ۱۰؛ انبیاء: ۳۲)، جملگی ساختمان نظری مناسبات یک مسلمان با محیط زیست پیرامونی خود را شکل داده است (شکل زیر):



مؤلفه‌های فقهی گفتمان حفاظت از محیط زیست در اسلام

۴۴. سیدعلی علوی قزوینی و سید ذبیح‌اله مسعودیان‌زاده، «قاعده من له الغنم فعلیه الغرم»، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، ش ۴ (۱۳۹۳)، صص ۷۵-۹۱.

هرچند اکثریت قوانین مدون شده در این باره تا سده‌های میانه از زاویه رعایت حقوق شهروندان، در چارچوب حقوق مدنی بین‌فردی مطرح بوده، اما نمی‌توان از نظر دور داشت که انباشت سنت وضع قوانین در این خصوص، پایه‌های نظام عرفی وضع قواعد را در سطح بین‌المللی ایجاد کرده است. اصول حقوقی همچون عدالت آب‌وهوایی، مسئولیت همگانی، اصل جبران خسارت، اصل حسن نیت و قاعده انصاف که جملگی زیرساخت‌های حقوقی معاهدات بین‌المللی مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی را بنا نهاده‌اند، در عمل ریشه در سنت اخلاقی و عرفی ملهم از آموزه‌های دینی دارند.

یکی از بارزترین نمونه‌های سنت دینی و اخلاقی تأثیرگذار بر روند تدوین رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی، گنجانیدن مفهوم «عدالت آب‌وهوایی» در موافقت‌نامه‌ها است. مفهوم عدالت که از حیث مضمون و محتوا به‌طور غیرقابل انکاری متأثر از سنت‌های دینی ادیان بزرگ است در یک دهه اخیر مورد ارجاعات بسیاری قرار گرفته است، تاجایی که هم‌اکنون یک جنبش عدالت‌خواه از فعالان مرتبط با مذاکرات آب‌وهوایی شکل گرفته است.^{۴۵} اتکا بر مفهوم عدالت آب‌وهوایی در مذاکرات ارتباط تنگاتنگی با تمرکز بر موضوعات اساسی همچون سازگاری، امور مالی، حقوق بشر و ضرر و زیان یافته است. البته همه سنت‌های دینی تأکید یکسانی بر عدالت ندارند، عدالت نزد یهودیان، مسیحیان و مسلمانان معنای نزدیک‌تری به یکدیگر دارد و با مفهوم بودایی و هندویی عدالت، که بیشتر معنای هماهنگی از آن دریافت می‌شود، متفاوت است.^{۴۶} با وجود این، تمرکز بر مفهوم عدالت مورد تأکید همه ادیان بوده و در مذاکرات مورد بحث قرار گرفته است.

انعکاس این تلاش‌ها را می‌توان در متن سند نهایی موافقت‌نامه آب‌وهوایی پاریس به‌وضوح مشاهده نمود. در کنوانسیون چارچوب ملل متحد در سال ۱۹۹۲ به مفهوم «مبنای تساوی»^{۴۷} در اولین بند ماده ۳؛ «سهیم شدن منصفانه»^{۴۸} در بخش الف، بند ۲ ماده ۴؛ و «نمایندگی یکسان و معادل»^{۴۹} در بند ۲ ماده ۱۱ اشاره شده است. در پروتکل ۱۹۹۷ کیوتو

45. Barbara Adams & Gretchen Luchsinger, *Climate Justice for a Changing Planet: a Primer for Policy Makers and NGOs*, (Geneva: UN Non-Governmental Liaison Service, 2009), p. 23.

46. Katharina Glaab, "A Climate for Justice? Faith-Based Advocacy on Climate Change at the United Nations", *Globalizations*, (2017), p. 7.

47. Basis of Equity

48. Equitable Contributions

49. Equitable and Balanced Representation

به این دست از عبارات اشاره‌ای نشده، با این حال در موافقت‌نامه پاریس مشاهده می‌شود که دو برابر بیشتر از متن کنوانسیون چارچوب بر مفهوم تساوی تأکید شده است. اشاره‌هایی به «اصل انصاف»^{۵۰} در پاراگراف ۳ مقدمه؛ «دسترسی منصفانه به توسعه پایدار»^{۵۱} در پاراگراف ۸ مقدمه؛ «برابری بین نسلی»^{۵۲} در پاراگراف ۱۱ مقدمه؛ «برابری» در بند ۲ ماده ۲؛ «مینای برابری» در بند ۱ ماده ۴؛ و به «در پرتوی برابری»^{۵۳} در بند ۱ ماده ۱۴، از پررنگ‌تر شدن مضامین مرتبط با قواعد منصفانه در توسعه رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی حکایت دارد. مهم‌تر آنکه در کنار تمامی این ارجاعات، برای نخستین بار در یک موافقت‌نامه بین‌المللی آب‌وهوایی، مفهوم «عدالت آب‌وهوایی» در پاراگراف ۴ مقدمه مورد انشای تدوین‌کنندگان موافقت‌نامه قرار گرفته است.

ارتباط میان دین و حقوق بین‌الملل در عصر جدید در بستر نوین دیگری تبلور یافته و به شیوه نوینی ظاهر شده است. در خلال مذاکرات توسعه حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی، گروه‌های دینی در قالب سازمان‌های مردم‌نهاد به ایجاد شبکه‌ای از ارتباطات درون‌گروهی مبادرت می‌ورزند و به نمایندگی از جریان مؤمنان در مذاکرات نقش‌آفرینی می‌کنند. در بخش بعدی به سازوکار ارتباطی و ماهیت تأثیرگذاری این موجودیت‌ها پرداخته شده است.

۲. تعامل گروه‌های دینی در فرایند مذاکرات رژیم حقوقی تغییرات آب و هوایی

با توجه به اینکه حدود ۸۰ درصد از جمعیت جهان به یک دین پایبند هستند، پتانسیل بسیار زیادی برای سازمان‌های غیردولتی دینی وجود دارد که نه تنها به‌عنوان یک محرک رفتار پایدار در سطح فردی، بلکه در سطح مدیریت جهانی راجع به مسائل زیست‌محیطی کنش‌گری نمایند^{۵۴}. جامعه مدنی، از جمله سازمان‌های دینی غیردولتی، از آغاز در مذاکرات سازمان ملل متحد در خصوص تأسیس رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی شرکت داشت. از

50. Principle of Equity

51. Equitable Access to Sustainable Development

52. Intergenerational Equity

53. in the Light of Equity

54. Gardner Gary, "Engaging Religion in the Quest for a Sustainable World", In G. Gardner, C. Bright, & L. Starke eds, *State of the World, 2003: A Worldwatch Institute Report on Progress Toward a Sustainable Society* (London: W.W. Norton & Company, 2003).

نخستین کنفرانس بزرگ بین‌المللی در استکهلم در سال ۱۹۷۲، مشارکت سازمان‌های غیردولتی با تشویق سازمان ملل متحد به تدریج افزایش یافته است. در کنفرانس ریو در سال ۱۹۹۲، بیش از ۱۴۰۰ سازمان جامعه مدنی ثبت شده شرکت کرده بود.^{۵۵} از آنجایی که برخی از این سازمان‌ها علائق خاصی را دنبال می‌کردند، ذیل «حوزه‌های موضوعی»^{۵۶} گرد هم آمدند تا بتوانند در جلسات عمومی از طرف سازمان‌های مربوطه گفتگو نمایند. در حال حاضر ۹ حوزه موضوعی^{۵۷} در کنوانسیون چارچوب وجود دارد که گروه‌های مختلفی همچون زنان، جوانان، مردم بومی، اتحادیه‌های کارگری و تجارت را نمایندگی می‌کنند.^{۵۸}

گروه‌های مذهبی در فعالیتهای کنوانسیون صرفاً به‌عنوان بخشی از جامعه گسترده مدنی در مباحث شرکت می‌کنند، ولی حوزه موضوعی ویژه خود را ندارند (در زمره حوزه‌های موضوعی نه‌گانه پیش‌گفته قرار ندارند)؛ با وجود این، کنش‌گران مذهبی همچون سایر بازیگران جامعه مدنی در گفتگوهای آب‌وهوایی، خارج از حوزه‌های تعریف‌شده فوق فرصت مشارکت دارند. البته به دلیل ماهیت خاص سازمان‌های مذهبی نمی‌توان معیار کمی صحیحی از تعداد آنان ارائه نمود، زیرا برخی از این سازمان‌ها از گروه‌های مختلفی تشکیل شده‌اند؛ برای مثال، شورای جهانی کلیساها^{۵۹} بیان می‌دارد که بیش از ۵۰۰ میلیون نفر را که متعلق به تقریباً ۳۵۰ کلیسای عضو در بیش از ۱۰۰ کشور جهان هستند، نمایندگی می‌کند.^{۶۰} اکثر سازمان‌های غیردولتی مرتبط با کنوانسیون چارچوب، مسیحی و از کشورهای شمال هستند؛ با این حال، به‌مرور شاهد روند پیوسته روبه رشد تعداد شرکت‌کنندگان با

55. Miquel Muñoz Cabré, "Issue-Linkages to Climate Change Measured Through NGO Participation in the UNFCCC", *Global Environmental Politics*, (3)11, (2011).

56. Constituencies

معادل فارسی این واژه حوزه‌های انتخابیه است که در اینجا به حوزه‌های موضوعی معناگزینی شده است و در واقع به حوزه‌های متفک شده در زمینه مسائل گروه‌های ذی‌نفع در خصوص تغییرات آب‌وهوایی اشاره دارد.

۵۷. این ۹ حوزه عبارت‌اند از: ۱. سازمان‌های غیردولتی تجاری و صنعتی؛ ۲. سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی؛ ۳. کشاورزان؛ ۴.

سازمان‌های مردم بومی؛ ۵. دولت‌های محلی و مقامات شهری؛ ۶. سازمان‌های غیردولتی تحقیقاتی و مستقل؛ ۷. سازمان‌های

غیردولتی اتحادیه‌های کارگری؛ ۸. زنان و جنسیت؛ و ۹. سازمان‌های غیردولتی جوانان.

58. Jennifer Hadden, *Networks in Contention: The Divisive Politics of Climate Change*, (New York: Cambridge University Press, 2015), pp. 17-21.

59. The World Council of Churches (WCC)

60. World Council of Churches, (2017, April 4). Frequently Asked Questions, WCC Website, Retrieved From: www.oikoumene.org/en/about-us/faq#how-many-member-churches-does-the-wcc-have-now.

پیشینه‌های غیرمسیحی و از کشورهای جنوب هستیم^{۶۱}. برای مثال، در آستانه نشست بیست‌ویکم متعاهدین به کنوانسیون چارچوب در پاریس، تعدادی از گروه‌های اسلامی گرد هم آمدند و کنفرانسی را سازماندهی و «اعلامیه اسلامی در خصوص تغییرات آب‌وهوایی جهانی» را صادر نمودند^{۶۲}.

علی‌رغم تفاوت‌ها در شکل سازمانی و نمایندگی مذهبی، سازمان‌های غیردولتی از همه فرقه‌ها اخیراً همکاری نزدیک‌تری را در زمینه مدیریت تغییرات آب‌وهوایی جهانی آغاز کرده‌اند. گروه‌های یادشده در کمیته ارتباط بین ادیان^{۶۳} جهت نمایندگی از گروه‌های ایمانی در خصوص تغییرات آب‌وهوایی گرد هم آمده‌اند. این کمیته در اجلاس نوزدهم متعاهدین در ورشو، به دنبال درخواست از دبیرخانه کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد تشکیل شد. همچنین بسیاری از سازمان‌های دینی در سایر شبکه‌های جامعه مدنی مانند شبکه اقدام آب‌وهوا^{۶۴} فعال هستند و با گروه‌های مرتبط با حقوق بشر، محیط زیست، جوانان و جوامع بومی کار می‌کنند که در بیشتر موارد، این همکاری‌ها به سازماندهی مؤثرتر و کارآمد انجامیده است^{۶۵}.

در حوزه هنجاری، سازمان‌های مذهبی بر جنبه‌های اخلاقی مدیریت حقوقی تغییرات آب‌وهوایی تأکید دارند. بررسی مطالب و بیانیه‌های سازمان‌های مذهبی، یک سبک زبانی خاص را نشان می‌دهد که برخلاف لحن فنی و علمی بیشتر سازمان‌های غیردولتی سکولار، زبان کنش‌گران دینی به‌طور چشمگیری به سمت اخلاق گرایش دارد. این نهادها اگرچه از بحث در مورد اقدامات فنی و ملموس اجتناب نمی‌کنند، اما بر نقش ارزش‌ها، اصول اخلاقی و ابعاد غیرمادی «زندگی خوب» تأکید می‌کنند. بنابراین، رویکرد اکثر سازمان‌های غیردولتی دینی فراتر از خطوط سه‌گانه توسعه پایدار یعنی اقتصادی، زیست‌محیطی و اجتماع است و

61. Katharina Glaab; Doris Fuchs & Johannes Friederich, "Religious NGOs at the UNFCCC: A Specific Contribution to Global Climate Politics?" In *Religious NGOs at the United Nations*, (Routledge, 2018), p. 102.

62. International Islamic Climate Change Symposium, Islamic Declaration on Global Climate, (2015).

63. Interfaith Liaison Committee

64. Climate Action Network (CAN)

65. Katharina Glaab, *op.cit.*, p. 7.

کل‌نگرتر به ابعاد اخلاقی و معنوی اهمیت می‌دهند. روابط انسان و محیط زیست، موضوع اصلی بیانیه‌های سازمان‌های غیردولتی دینی در کنفرانس‌های تغییرات آب‌وهوایی سازمان ملل است، همان‌طور که تغییرات آب‌وهوا نیز بر آسیب‌پذیرترین قشرها تأثیرگذار است. به لطف تمرکز ویژه آنها بر توسعه انسانی، سازمان‌های غیردولتی دینی برای اشاره به محدودیت‌های اخلاقی سیستم اقتصادی فعلی در موقعیت خوبی قرار دارند. با این حال، وقتی صحبت از «اقتصادهای سبز» می‌شود، تفاوت‌های موضعی در میان بازیگران مذهبی قابل مشاهده است. برخی از سازمان‌های غیردولتی دینی صرفاً این مفهوم را به‌عنوان تمرکز بسیار محدود بر رونق اقتصادی مورد انتقاد قرار می‌دهند، درحالی که برخی دیگر خود، پارادایم رشد را به چالش می‌کشند و از کاهش مصرف فردی و مراقبت بیشتر در استفاده از منابع حمایت می‌کنند و خواهان تغییر تمرکز از مسائل اقتصادی به مردم هستند. اقداماتی که سازمان‌های غیردولتی مختلف به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به اهداف خود پیشنهاد می‌کنند نیز متفاوت است. برخی خواستار بازنگری در شیوه‌های اقتصادی هستند تا به‌جای رشد اقتصادی به نیازهای انسانی معطوف شود؛ بنابراین، تغییر اساسی هنجارهای اقتصادی فعلی را ترویج می‌کنند، اما سایرین به دنبال اصلاح وضعیت موجود هستند و برای مثال، تمرکز بر عدالت را در سیستم تجارت جهانی و مسئله مالیات، هدف خود قرار داده‌اند.

نقطه مرکزی فعالیت سازمان‌های دینی درگیر مذاکرات آب‌وهوایی، موضوع «عدالت» است. از دیدگاه سازمان‌های غیردولتی دینی، از آنجایی که همه انسان‌ها برابر هستند، در نتیجه از حقوق و استحقاق یکسانی برخوردارند و عدالت باید در قبال آسیب‌پذیرترین افراد و نسل‌هایی که بعد از ما خواهند آمد شکل بگیرد:

«ما از ثروتمندان می‌خواهیم که از فقرا و افراد آسیب‌پذیر در همه‌جا، به‌ویژه در کشورهای کمتر توسعه‌یافته، کشورهای جزیره‌ای کوچک و کشورهای جنوب صحرای آفریقا به‌طور قابل‌توجهی حمایت کنند»^{۶۶}.

این موضع با اکثر استدلال‌های ارائه‌شده از سوی هیئت‌ها و سازمان‌های غیردولتی

66. Interfaith Summit of Climate Change, *Climate, Faith and Hope: Faith Traditions Together for a Common Future*, (2014) Retrieved From: <http://interfaithclimate.org/the-statement>.

سکولار کاملاً در تضاد است که عدالت را موضوعی قلمداد می‌کنند که عمدتاً به دولت‌ها و برابری بین دولت‌ها مربوط می‌شود. تأکید ویژه بر عدالت آب‌وهوایی در مورد شورای جهانی کلیساها و برنامه تغییر سازمان ملل متحد به‌خوبی قابل رصد است. این شورا از زمان پیوستن رسمی به سازمان ملل متحد در سیاست جهانی آب‌وهوا درگیر بوده است و حتی قبل از آن نیز با مسائل توسعه پایدار مواجه بود.^{۶۷} شورای یادشده در سال ۲۰۰۶، علی‌رغم محدودیت‌های مالی، مبالغ قابل‌توجهی را صرف تقویت مشارکت خود در مسائل زیست‌محیطی نمود و مسیر صرف منابع را از برنامه‌های دیگر در پاسخ به افزایش مشغله اعضای خود به سمت عدالت آب‌وهوایی تغییر داد. به دلیل تاریخچه و وسعت کمی اعضا، این شورا نقش برجسته و تأثیرگذاری را بر مذاکرات آب‌وهوایی ایفا می‌کند. مواضع هنجاری این شورا در مورد تغییرات اقلیمی در طول سال‌ها تفاوت چندانی نداشته است. به‌طور کلی، شورا بر این واقعیت تأکید دارد که تغییرات آب‌وهوایی صرفاً یک موضوع علمی نبوده، بلکه دارای ابعاد اخلاقی است؛ لذا علاوه بر کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و توافق‌نامه‌های الزام‌آور بلندپروازانه، نیازمند تغییر در سبک زندگی و افزایش توجه به عدالت آب‌وهوایی خواهیم بود. این شورا سبک زندگی پرمصرف کشورهای ثروتمند را عامل تغییر اقلیم و کشورهای فقیر جنوب را قربانیان اصلی آن معرفی می‌کند. همچنین، این نهاد از عدم توازن قدرت بین این دو گروه به دولت‌ها انتقاد کرده، ادعا دارد که زیاده‌روی‌های اقلیمی کشورهای متخلف را لاپوشانی نموده، بر پیوندهای قوی خود با آنهایی که از تغییرات آب‌وهوایی آسیب‌پذیرتر و متأثرترند، تأکید می‌کند. در مذاکرات اولیه آب‌وهوایی، مفهوم سازگاری^{۶۸} (اقداماتی که برای مقابله با تغییرات آب‌وهوایی واقعی طراحی شده‌اند) برجسته نبود و سازمان‌های دینی، تنها بر کاهش انتشارات (اقدامات طراحی‌شده برای جلوگیری از تغییرات آب‌وهوایی) تمرکز نمودند. در واقع این نهادها، سازگاری را نوعی تسلیم قلمداد می‌کردند که به‌معنای بی‌اثر بودن سیاست کاهش انتشار است و می‌بایستی کنار گذاشته شود.^{۶۹} لکن از سال ۲۰۰۱ این مواضع تعدیل شد و نیاز به سازگاری به‌عنوان بخشی از

67. World Council of Churches, (2005) *Climate Change*, Retrived From: www.oikoumene.org/en/folder/documentspdf/Climate_Change_Brochure_2005.pdf

68. Adaptation

69. *Ibid*, pp. 26-27.

سیاست‌های کاهش خطرهای تغییرات آب‌وهوایی مورد توجه قرار گرفت.

در حال حاضر، گرایش به وارد کردن دین در جریان مذاکرات آب‌وهوایی بیش از گذشته مورد توجه مذاکره‌کنندگان سنتی قرار گرفته است. شاید این موضوع به این سبب است که علم هرگز برای حل مشکلاتی که ریشه فرهنگی دارند کافی نیست. علم نه‌تنها از طریق وعده دانش قطعی و قابل اعتماد، بلکه از طریق تلاش برای جان بخشیدن به جنبش‌های اجتماعی نتوانسته است مسیر عملی را در جهان برای حل منازعات سیاسی و تنوع فرهنگی ترسیم کند. رئیس سابق مجمع بین‌دولتی تغییرات اقلیمی^{۷۰}، در نوامبر ۲۰۱۴ در پنجمین گزارش ارزیابی مجمع، این ادعای اشتباه را ایراد نمود که «تمام چیزی که ما به آن نیاز داریم اراده برای تغییر است و اعتقاد راسخ داریم که درک علمی از تغییرات آب‌وهوایی انگیزه این اراده خواهد بود»، اما صرف درک علمی از تغییرات آب‌وهوا «اراده تغییر» را در همه سطوح فراهم نیاورد^{۷۱}. گروه‌های مذهبی در جامعه مدنی نه‌تنها تلاش دارند که در جهت‌گیری اخلاقی وضع قوانین آب‌وهوایی تأثیرگذار باشند، بلکه دارای ظرفیت متأثر ساختن جوامع هدف خود از حیث پایبندی به هنجارهای حقوقی منطبق با باور دین‌مداران نیز هستند. چنانچه بپذیریم که «اصل الزام و التزام به مفاد یک عقد، از اصول اولیه حقوق قراردادهاست که مبنای آن، آمیزه‌ای از اصل حاکمیت اراده و قواعد اخلاقی و الزامات اجتماعی است»^{۷۲}، اثرگذاری باورهای دینی در التزام عملی متعهدین به موافقت‌نامه‌ها چه در سطح فردی و چه اجتماعی (در این‌جا ملی) قابل توجه خواهد بود. در بخش بعدی به عاملیت عناصر رهبران مذاهب در توجه ویژه مؤمنان به مسئله تغییرات آب‌وهوایی و همراهی با سازوکارهای حقوقی مرتبط با آن پرداخته شده است.

۳. رهبران مذهبی و رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی

کافی نبودن عنصر آگاهی‌های علمی درباره تأثیرات مخرب تغییرات آب‌وهوایی در جلب اراده عمومی برای پایبندی و التزام به رژیم حقوقی آب‌وهوایی، به‌تدریج توجه‌ها را

70. The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)

71. Mike Hulme, "Climate Change and the Significance of Religion", *Economic & Political Weekly*, 15(28), (2017), p. 17.

72. الفت نعمت‌الله، «تأملی در مبانی و مفاد الزام و التزام در قراردادهای»، *فقه و حقوق*، ش ۱۲ (۱۳۸۶)، ص ۱۱۷.

بیش‌ازپیش به‌سوی ظرفیت‌های مغفول‌ماندهٔ دیگر جلب نمود. یکی از حوزه‌های مؤثر اراده‌بخش در این خصوص، نقش رهبران دینی به‌عنوان نیروهای مرجع و پیش‌ران جامعه است. یک‌سال پیش از کنفرانس متعهدین به کنوانسیون چارچوب در پاریس، کریستینا فیگرس^{۷۳}، دبیر اجرایی کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوا، در مقاله‌ای در مجلهٔ گاردین به‌صراحت اشاره نمود که «نجات زمین و مردم آن از تغییرات خطرناک آب‌وهوایی مسئله‌ای اقتصادی، اجتماعی، زیست‌محیطی و البته اخلاقی است که با هستهٔ مرکزی بسیاری از مذاهب بزرگ جهان مرتبط است»^{۷۴}. وی با خطاب قرار دادن رهبران مذهبی جهان تأکید نمود که «زمان آن فرا رسیده تا گروه‌ها و نهادهای مذهبی صدای خود را بیابند و قطب‌نمای اخلاقی خود را بر روی یکی از مسائل بزرگ بشردوستانهٔ (تغییرات آب‌وهوایی) زمان ما قرار دهند»^{۷۵}.

در آستانهٔ کنفرانس کلیدی تغییرات آب‌وهوا در پاریس، پاپ فرانسیس^{۷۶}، با انتشار دومین بخشنامه^{۷۷} خود تحت عنوان «در مورد مراقبت از خانهٔ مشترک ما» بر موضوع توسعهٔ پایدار تمرکز کرد و تغییرات آب‌وهوایی را به‌عنوان یک چالش اخلاقی معرفی نمود^{۷۸}. علاوه بر این، تماس تلفنی پاپ فرانسیس با رئیس‌جمهور نیکاراگوئه، دانیل اورتگا، در جریان کنفرانس پاریس تأثیر زیادی بر تغییر نگرش این کشور داشته است. تا آخرین لحظه، نیکاراگوئه اساساً با تصویب توافقنامهٔ پاریس مخالف بود و این‌گونه استدلال می‌نمود که توافق یادشده به افزایش سه درجه‌ای دما منجر خواهد شد. این اعتراض می‌توانست کل موافقت‌نامه را مختل کند. اورتگا که از سوی جمعیتی عمدتاً کاتولیک به سمت ریاست‌جمهوری انتخاب شده بود، پس از مکالمهٔ تلفنی با پاپ، موضع خود را تغییر داد و به

73. Karen Christiana Figueres Olsen

74. Christiana Figueres, (2014, May 7), "Faith Leaders Need to Find Their Voice on Climate Change", *the Guardian*, Retrived From: <https://www.theguardian.com/environment/2014/may/07/faith-leaders-voice-climate-change>

75. *Ibid.*

76. Pope Francis, Original Name Jorge Mario Bergoglio

77. Laudato Si

78. Franciscus, (2021 May.24), "Laudato Si' Francis", *Vatican*, Retrived From:

https://www.vatican.va/content/francesco/en/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_ enciclica-laudato-si.html

مذاکره‌کننده اصلی خود دستور داد که اعتراض به توافق را کنار بگذارد.^{۷۹} شورای عمومی کلیسای انگلستان^{۸۰} نیز در آستانه برگزاری نشست پاریس از رهبران جهان خواست تا در خصوص ترسیم یک نقشه راه بلندمدت به سوی آینده‌ای با حجم کربن پایین به توافق برسند.^{۸۱} نکته قابل توجه راجع به شورای عمومی کلیسای انگلستان این است که بر اساس تصمیم متخذه در این شورا در سال ۲۰۱۵، مقرر شد که بازوی سرمایه‌گذار آن با حمایت از اقدام فوری جهت کاهش مصرف سوخت‌های فسیلی، در حدود ۱۲ میلیون پوند سرمایه‌گذاری خود را از حوزه‌های به‌شدت آلاینده خارج سازد.^{۸۲} در همین راستا، سخنگوی «اقدام مسیحی در خصوص آب‌وهوا»^{۸۳} که انجمنی غیردولتی از مؤمنان مسیحی است، اعلام نمود ما در تعقیب عدالت دلسرد نشده‌ایم و اگر کلیسا می‌خواهد که پیش از مذاکرات آب‌وهوا در پاریس در دسامبر، رهبری واقعی خود را نشان دهد، باید از حمایت تمامی شرکت‌های مرتبط با استفاده از سوخت فسیلی صرف‌نظر کند.^{۸۴}

رهبران هندو نیز در آستانه نشست پاریس با انتشار بیانیه‌ای خواهان انجام اقدامات قوی و معنادار در سطح بین‌المللی و ملی جهت کاهش و جلوگیری از تغییرات آب‌وهوا شدند و تأکید نمودند که چنین اقدامی می‌بایست از نظر علمی معتبر و از حیث تاریخی منصفانه باشد. در این بیانیه آمده است که ما نمی‌توانیم تنها به دولت‌ها برای اقدام تکیه کنیم و هریک از ما با تغییر رفتار درونی و بیرونی خود نقشی در کاهش آلودگی آب‌وهوا خواهیم داشت. رهبران هندو برای توجه دادن قواعد حقوقی و مدیریت مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی به قدرت التزام مؤمنانه، به نقلی از مهاتما گاندی^{۸۵} استناد کردند که بیان می‌دارد: «اگر

79. Katharina Glaab; Doris, Fuchs; Johannes, Friederich, *op.cit.*, p. 47.

80. General Synod of the Church of England

81. Adam Becket; Madeleine Davies & Hattie Williams, (2015, July 13). "Synod Urges Investors to act on Climate Change", Retrived From: Churchtimes: https://www-churchtimes-co-uk.translate.goog/articles/2015/10-july/news/uk/synod-urges-investors-to-act-on-climate-change?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=fa&_x_tr_hl=en-US&_x_tr_pto=op,wapp

82. Madeleine, Davies, (2015, May 1), *C of E Investors Seek to Dethrone 'old King Coal'*, Churchtimes, Retrived From: https://www-churchtimes-co-uk.translate.goog/articles/2015/1-may/news/uk/c-of-e-investors-seek-to-dethrone-old-king-coal?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=fa&_x_tr_hl=en-US&_x_tr_pto=op,wapp

83. Christian Climate Action (CCA)

84. *Ibid.*

85. Mahatma Gandhi

بتوانیم خودمان را تغییر دهیم، گرایش‌ها در جهان نیز تغییر می‌کند. همان‌طور که یک انسان ماهیت خود را تغییر می‌دهد، نگرش جهان نیز نسبت به او تغییر می‌کند. ما نباید منتظر بمانیم تا ببینیم دیگران چه می‌کنند»^{۸۶}.

قریب به یک ماه مانده به کنفرانس متعهدین در پاریس، بیانیهٔ اجتماع جهانی بودایی‌ها در خصوص تغییرات آب‌وهوایی^{۸۷} به امضای رهبران آن، از جمله دالایی لاما^{۸۸}، منتشر گردید. در این بیانیه با طرح این موضوع که همهٔ چیزها در جهان به هم مرتبط هستند، خواستار حذف تدریجی سوخت‌های فسیلی و حرکت به سمت انرژی‌های صددردصد تجدیدپذیر و پاک شده است^{۸۹}. نکتهٔ بسیار مهم در این بیانیه، حمایت از موج تحرکات سایر ادیان در این خصوص است و به‌صراحت از بیانیه‌های پاپ و نیز اعلامیهٔ اسلامی تغییرات آب‌وهوایی حمایت شده است.

در ۱۱ می ۲۰۱۵، ۲۵۰ نفر از رهبران مذهب یهود در ایالات متحده با امضا و انتشار نامهٔ تهیه‌شده از سوی خاخام‌ها^{۹۰} در مورد بحران آب‌وهوا اعلام داشتند که جامعهٔ یهودی آموزه‌های دانشمندان را می‌پذیرد و خاطرنشان می‌سازد که رفتار مخرب انسان‌ها همچون سوزاندن سوخت‌های فسیلی، زندگی بر روی زمین را به‌خطر می‌اندازد؛ در ادامهٔ این نامه آمده است که بینش تورات رابطهٔ شفاف‌بخش میان زمین و انسان‌ها را اجازه می‌دهد^{۹۱}.

در این باره، رهبران مسلمان در سال ۲۰۱۵ اعلامیهٔ اسلامی تغییرات آب‌وهوایی را صادر کردند. در مقدمهٔ ۸ بندی این اعلامیه آمده است:

86. ARRC, (2015, November 23), "Hindu Declarations on Climate Change", *The Australian Religious Response to Climate Change*, Retrived from: https://www.arrcc.org.au/hindu_statements

87. Global Buddhist Climate Change Collective

88. Dalai Lama

89. IISD, (2015, November 2), "Buddhist Leaders Call to Scale up Climate Finance", *International Institute for Sustainable Development*, Retrived from: <http://sdg.iisd.org/news/buddhist-leaders-call-to-scale-up-climate-finance/#:~:text=29%20October%202015%3A%20In%20a,the%20Paris%20Climate%20Change%20Conference.>

90. Rabbinic Letter on the Climate Crisis

91. Attiya Sayyed, (2015, May 12), "Rabbinic Letter on the Climate Crisis Calls for Action", *Earthday*, Retrived From: <https://www.earthday.org/rabbinic-letter-climate-crisis-calls-action/#:~:text=May%2012%2C%202015&text=Calling%20for%20vigorous%20action%20on,will%20endanger%20life%20on%20earth.>

«... ما انسان‌ها برای خدمت به پروردگار همه موجودات آفریده شدیم تا بیشترین خیری را که می‌توانیم برای همه گونه‌ها، افراد و نسل‌های مخلوقات خدا انجام دهیم... تغییرات اقلیمی در گذشته نیز در ایجاد ذخایر عظیم سوخت‌های فسیلی مؤثر بود که امروزه ما از آن سود می‌بریم. از قضا، استفاده نابخردانه و کوتاه‌بینانه ما از این منابع اکنون منجر به نابودی همان شرایطی شده است که زندگی ما را بر روی زمین ممکن کرده است... سرعت کنونی تغییر آب‌وهوا نمی‌تواند پایدار بماند و تعادل خوب (میزان) زمین ممکن است به‌زودی از بین برود... این نگران‌کننده است که علی‌رغم تمام هشدارها و پیش‌بینی‌ها، جانشین پروتکل کیوتو که باید تا سال ۲۰۱۲ برقرار می‌گردید، به تعویق افتاده است. ضروری است که همه کشورهای، به‌ویژه کشورهای توسعه‌یافته‌تر، تلاش‌های خود را افزایش دهند و رویکرد پیش‌گیرانه مورد نیاز را برای متوقف کردن و در نهایت جبران آسیب‌های وارده اتخاذ نمایند»^{۹۲}.

در قسمت دوم این بیانیه با ابتکار عمل معناداری، بخش تصدیقات گنجانده شده که تمام بندهای آن ملهم از آیات کلام‌الله مجید است. در این بیانیه تصدیق به خالقیت پروردگار، حقانیت خلقت، قدرت پروردگار، تعادل (میزان) در آفرینش زمین، پاکی و نیکی آب‌وهوا، چرخه‌های زیستی، انحراف (فساد) انسان در خصوص زمین و... مکتوب گردیده است. بخش سوم آن نیز به خواست‌های رهبران مسلمان بابت تمهیدات مناسب برای مدیریت تغییرات آب‌وهوایی اشاره دارد. رهبران مسلمان در این بیانیه تأکید کردند که کنفرانس اعضای کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوا در پاریس، به نتیجه‌گیری عادلانه و الزام‌آور منجر گردد. اعلامیه اسلامی تغییرات آب‌وهوایی در پایان از همه مسلمانان جهان (اعم از سران دولت‌ها، رهبران سیاسی، جوامع تجاری، هیئت‌های درگیر در کنوانسیون، رهبران مذهبی، علمای جماعات مساجد، اوقاف اسلامی، مربیان و مؤسسات آموزشی، رهبران جامعه، رهبران جامعه مدنی، فعالان سازمان‌های غیردولتی و رسانه‌ها) می‌خواهد تا در راه مقابله با عادات، طرز فکرها و علل ریشه‌ای تغییرات اقلیمی، تخریب محیط زیست و از بین رفتن تنوع زیستی، به تبعیت از حضرت محمد (ص)

پیش قدم شوند.^{۹۳}

به طور کلی سال ۲۰۱۵ را می توان به عنوان یک نقطه عطف در گسترش صدای نیروهای مذهبی جهان در مورد تغییرات آب و هوا قلمداد نمود. سالی که امضای موافقت نامه پاریس با صدور گسترده بیانیه های عمومی مذاهب جهانی در مورد تغییرات آب و هوایی مقارن شد. تسلیم بیانیه گروهی ۱۵۴ رهبر مذهبی به دبیرخانه کنوانسیون به عنوان نقشه راه مذاکرات، که در آن خواستار اقدامات بلندپروازانه در خصوص تغییرات آب و هوا بودند، از نقاط عطف نگاه دین مدارانه به مدیریت تغییرات آب و هوایی بود. بسامد این موج ایجاد شده به صورت قدرتمند ادامه یافت و در اجلاس بعدی متعهدین در گلاسگو در سطح گسترده تری دنبال گردید.

۴. اجلاس گلاسگو: اجتماع علم و دین در خدمت رژیم حقوقی تغییرات آب و هوایی

به هم پیوستن موضوع دین و رژیم حقوقی تغییرات اقلیمی در آستانه بیست و هشتمین نشست متعهدین در گلاسگو اسکاتلند به طور ملموس تری متبلور گردید. درست همانند سال ۲۰۱۵ که در توافقنامه پاریس روی داد. گروه های مرجع دینی بسیج شدند تا بر گردهمایی بیست و هشتم متعهدین در گلاسگو تأثیر بگذارند. در ۳ نوامبر ۲۰۲۱، رهبران مذهبی از تمامی فرقه های مذهبی برای یک رخداد رسمی در کنفرانس آب و هوای گلاسگو با عنوان «صلح با طبیعت: توجه به ندای مردمان بومی» گرد هم آمدند. این رویداد که از سوی ادیان برای صلح، شورای جهانی کلیساها، انجمن انگلیکن و کلیسای اسقفی سازماندهی شده بود و با حمایت برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد^{۹۴} همراه شد، در پی برجسته نمودن نقش رهبران تمامی مذاهب در جانب داری از حقوق مردم بومی در جهت دستیابی به اهداف توافقنامه آب و هوایی پاریس بود.^{۹۵}

یک ماه پیش از اجلاس گلاسگو، وزیر امور خارجه واتیکان اعلام نمود که سریر

93. *Ibid.*

94. UNEP

95. RFP, (2021, December 3), "Religious Leaders Affirm Commitment at COP26 to Safeguard the Rights of Indigenous Peoples and to Solve the Climate and Deforestation Crisis", *Religions for Peace*, Retrieved From: <https://www.rfp.org/religious-leaders-affirm-commitment-at-cop26-to-safeguard-the-rights-of-indigenous-peoples-and-to-solve-the-climate-and-deforestation-crisis-2>.

مقدس^{۹۶} امیدوار است تا با برگزاری نشست با حضور رهبران مذهبی جهان و رسیدن به موضع مشترکی در مورد محیط زیست، بتواند احتمال رسیدن به «اهداف بلندپروازانه‌تر» را در کنفرانس تغییرات آب‌وهوایی سازمان ملل افزایش دهد. در این رویداد که از سوی واتیکان، بریتانیا و ایتالیا سازماندهی گردید، حدود ۴۰ رهبر مذهبی از ادیان اصلی و نیز دانشمندانی از حدود ۲۰ کشور جهان گرد هم آمدند.^{۹۷} مقرر شد که در این اجلاس رهبران مذهبی، از جمله پاپ فرانسیس، فراخوان مشترکی را امضا کنند و این فراخوان به لوئیجی دی مایو^{۹۸}، وزیر امور خارجه ایتالیا، و نیز آلوک شارما^{۹۹}، رئیس گردهمایی بیست‌وششم متعهدین در گلاسگو، تحویل داده شود.^{۱۰۰} در ۴ اکتبر ۲۰۲۱، گردهمایی بزرگی متشکل از نمایندگان طیف وسیعی از مؤمنان و نیز روحانیون بلندپایه از مذاهب گوناگون مسیحی، مسلمانان اهل سنت، مذهب تشیع، یهودیت، هندوئیسم، سیک، بودیسم، کنفوسیوس، تائوئیسم، زرتشتی و جینیسم برگزار گردید. این اجلاس به دنبال بیانیه مشترک مشابهی تشکیل شد که در ۸ سپتامبر از سوی رهبران کلیسای کاتولیک روم، کلیسای ارتدکس شرقی و انجمن انگلیکن صادر گردید و در آن از مردم خواسته شده بود تا برای رهبران جهان قبل از اجلاس گلاسگو دعا کنند. این موضوع به شکل نمادین در راستای توجه خاص نیروهای اجتماعی، حمایت از گفتگوهای آب‌وهوایی و فشار افکار عمومی در جهت پایبند نمودن دولت به تعهدات آب‌وهوایی درخور اهمیت است. دیدگاه‌های رهبران مذهبی شرکت‌کننده در این نشست بسیار کل‌نگرانه و مبتنی بر وابستگی متقابل چرخه انسان و طبیعت است:

«... همه چیز به هم متصل است؛ در دنیای ما، همه چیز عمیقاً به هم مرتبط است. علم و همچنین باورهای دینی و سنت‌های معنوی ما، بر این ارتباط بین ما و بقیه آفرینش تأکید

96. Holy See (Sancta Sedes)

97. Philip Pulella, (2021, October 03), "Vatican Hopes its Pre-COP26 Climate Event will Raise Stakes in Glasgow", *Reuters*: <https://www.reuters.com/world/europe/vatican-hopes-its-pre-cop26-climate-event-will-raise-stakes-glasgow-2021-10-03/>

98. Luigi Di Maio

99. Alok Sharma

100. UNFCCC, (2021, October 5), "World Religious Leaders and Scientists Make Pre-COP26 Appeal", *UNFCCC*, *Retrieved from*: <https://unfccc.int/news/world-religious-leaders-and-scientists-make-pre-cop26-appeal>.

کرده است. ما نشانه‌های هماهنگی الهی را در عالم طبیعت درک می‌کنیم، زیرا هیچ موجودی خودکفا نیست؛ آنها فقط در وابستگی به یکدیگر وجود دارند... پذیرش وابستگی متقابل و اشتراک‌گذاری، پویایی عشق و دعوت به احترام. به اعتقاد من، اینها سه کلید تفسیری هستند که می‌توانند تلاش‌های ما برای مراقبت از زیستگاه مشترکمان را روشن کنند. بیست‌وششمین کنفرانس اعضا در گلاسگو نشان‌دهنده فراخوانی فوری برای ارائه پاسخ‌های مؤثر به بحران زیست‌محیطی بی‌سابقه و بحران ارزش‌هایی است که در حال حاضر در حال تجربه آن هستیم و از این طریق امیدی ملموس به نسل‌های آینده ارائه می‌کنیم. ما می‌خواهیم آن را با تعهد و نزدیکی معنوی خود همراه کنیم»^{۱۰۱}.

در این نشست، پس از هفت ماه آماده‌سازی و ۳۶ ساعت کار در واتیکان، رهبران مذهبی و دانشمندان، درخواستی واحد را در خصوص انتظارات جامعه ایمانی از بیست‌وششمین کنفرانس اعضا و تعهد آنها تهیه و برای ارائه به جهان امضا کردند. در نشست یادشده، شرکت‌کنندگان راه‌حلی چندبُعدی را برای مقابله با موضوع گرمایش جهانی پیشنهاد دادند.

«... ما زمانی برای تلف کردن نداریم. علم روشن است، هدایت معنوی اقدام انگیزشی است، چندجانبه‌گرایی و همکاری بین ادیان راه است و فناوری در کنار ماست و همان‌طور که آلوک شارما، رئیس بیست‌وششمین کنفرانس اعضا گفت: ما باید باغی را همان‌طور که دریافت کرده‌ایم و نه یک بیابان را برای نسل‌های آینده به‌جای بگذاریم»^{۱۰۲}.

در این اجلاس که آیت‌الله محقق داماد به‌عنوان یکی از نمایندگان مذهب تشیع شرکت داشت با تأکید بر ابعاد غیرقابل تحمل موضوع تغییرات آب‌وهوایی، به‌طور اساسی معضلات برآمده از گرمایش جهانی را مقوله‌ای اخلاقی و فکری ارزیابی نمود:

«فاجعه زیست‌محیطی که امروز با آن روبه‌رو هستیم و زندگی را برای بسیاری غیرقابل

101. Pope Francis, (2021, October 4), "Address of His Holiness Pope Francis to the Participants in the Meeting", *Faith and Science: Towards Cop26*, Vatican, Retrived From: <https://www.vatican.va/content/francesco/en/speeches/2021/october/documents/20211004-religione-scienza-cop26.pdf>

102. Vatican, (2021, October 04), "Pope on COP26: Sharing, Love, Respect Should Shape Efforts for Better Future", *Vatican News*, Retrived From: <https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2021-10/pope-francis-faith-science-cop26-vatican-meeting.html>

تحمل کرده است، اساساً یک بحران اخلاقی و فکری است و رهبران ادیان می‌توانند نقشی محوری در مقابله با آن داشته باشند... در قرآن کریم و سایر کتب مقدس می‌خوانیم که در آغاز، خدا انسان‌ها را به دو چیز فرمان داده است: یکدیگر را نکشند و با طبیعت در صلح باشند و از آن محافظت کنند. متأسفانه امروزه بشریت این عهد الهی را زیرپا گذاشته که منجر به کشتن بیگناهان و نابودی طبیعت شده است»^{۱۰۳}.

در بیانیه پایانی نشست مشترک رهبران دینی و دانشمندان، در کنار موعظه‌های اخلاقی و هنجاری درباره ارتباط صحیح میان انسان و سایر مخلوقات، مجموعه‌ای از اهداف عملیاتی نیز مورد توافق قرار گرفت تا به‌عنوان سند راهنمای مذاکره‌کنندگان در گلاسگو مورد بهره‌برداری قرار گیرد. تحول در حوزه آموزش و فرهنگ، تعمیق تلاش‌ها جهت ایجاد تغییر عقیده در میان مؤمنان، مشارکت فعالانه و مناسب در گفتمان عمومی و سیاسی، حمایت از اقدامات برای کاهش انتشار کربن، تشویق جوامع برای پذیرش شیوه زندگی ساده و پایدار، تلاش برای تطبیق سرمایه‌گذاری‌های مالی با استانداردهای زیست‌محیطی - اجتماعی مواردی از این دست در سند نهایی اجلاس انعکاس یافت^{۱۰۴}.

در نشست دینی دیگری در ۲ نوامبر ۲۰۲۱، در یک اقدام هماهنگ، نمایندگان جنبش‌های مذهبی از سراسر جهان گرد هم آمدند تا خواسته‌های خود را جهت برقراری عدالت آب‌وهوایی به اجلاس گلاسگو ارائه دهند. در این گردهمایی عظیم بیش از ۱۵۰ هزار اقدام عملیاتی از جمله امضای طومار و بیانیه‌های رهبران مذهبی جمع‌آوری گردید. در پایان، گروه‌های مشارکت‌کننده همچون شبکه اقلیمی مسیحیان جوان^{۱۰۵}، همیاری مسیحی^{۱۰۶}، فدراسیون جهانی لوتری^{۱۰۷}، صندوق کمک بین‌المللی مسیحیان اسکاتلند^{۱۰۸}، ایمان سبز^{۱۰۹}، اعانه اسلامی^{۱۱۰}، شبکه زیست‌محیطی اشتراک انگلیکن^{۱۱۱} و سایرین با انتشار بیانیه

103. *Ibid.*104. *Ibid.*

105. Young Christian Climate Network

106. Christian Aid

107. The Lutheran World Federation

108. Scottish Catholic International Aid Fund

109. GreenFaith

110. Islamic Relief

111. Anglican Communion Environmental Network

مشترکی خلاصه‌ای از درخواست‌های جریان‌های مذهبی درگیر گفتگوهای آب‌وهوایی را صادر کردند^{۱۱۲}. تأکید بر وضع قوانینی که گرمایش جهانی را به ۱.۵ درجه سانتیگراد محدود می‌کند؛ ابراز تمایل به وضع مقررات حقوقی که موجب به صفر رساندن انتشار آلاینده‌های جوئی شود؛ درخواست افزایش تعهدات مالی و تمهیدات اعتباری برای جوامعی که در حال حاضر بدترین تأثیرات تغییرات آب‌وهوایی را تجربه کرده‌اند؛ تغییر سرمایه‌گذاری از سوخت‌های فسیلی به انرژی‌های تجدیدپذیر پایدار؛ تأکید مجدد و احترام به تعهدات برای حمایت و احترام به حقوق بشر، از جمله حقوق مردم بومی، زنان و جوامع محلی در اقدام اقلیمی؛ تأکید بر حفاظت از تنوع زیستی و نهایتاً گوش فرادادن به توصیه‌ی کسانی که در خط مقدم بحران هستند به‌عنوان یک مانیفست عملیاتی گروه‌های مذهبی در جریان اجلاس گلاسگو ارائه گردید. سایه‌سنگین حضور گروه‌های مذهبی در این اجلاس برهم‌کنش سودمند جریان دین و رژیم حقوقی تغییرات اقلیمی را وارد مرحله‌ی جدیدی ساخت.

نتیجه

رابطه‌ی میان دین و حقوق بین‌الملل، برخلاف گفتمان غالبی که پس از شکل‌گیری نظم دولت‌محور (نظام وستفالیایی) بر روابط بین‌الملل چیره گشت، هیچ‌گاه به‌طور کامل منقطع نشد. از حیث سنت تاریخی، مجادلات نظری و نیز رویه‌های عملی همواره شواهدی هستند دال بر ارتباط میان این دو مقوله قابل اثبات. از حیث سنت تاریخی، دین در جایگاه عاملی هنجارساز در حوزه اخلاق عمومی، قوام‌بخش در حیطه قواعد امره بین‌المللی (همچون اصل وفای به عهد) و اثرگذار در شکل‌گیری حقوق عرفی، نقش غیرقابل انکاری در تکوین و توسعه حقوق بین‌الملل ایفا نموده است. تداوم ارتباط میان دین و حقوق در جوامعی که همچنان متأثر از آموزه‌های مذهبی به تنظیم قواعد حوزه عمومی می‌پردازند (همچون کشورهای اسلامی) به شکل آشکاری قابل مشاهده است. یکی از خطاهای شناختی در روند مطالعه ارتباط میان حقوق بین‌الملل و دین، نگاه غرب‌محور (اغلب اروپا) و مبتنی بر نظم

112. Actalliance, (02.11.2021), "People of Faith Share Petitions and Actions with COP26 Presidency and UNFCCC" *COP26 Press Release in Actalliance*, Retrived From: <https://actalliance.org/act-news/people-of-faith-share-petitions-and-actions-with-cop26-presidency-and-unfccc-cop26-press-release/>

مسیحی بوده که موجب شده است استنتاج تامّ و کاملی از وضعیت ارتباطی این دو حوزه به‌دست نیاید. این موضوع سبب گشت تا پس از جنگ جهانی دوم و متأثر از بازاندیشی در بسیاری از مفاهیم مدرن (که متعاقب سنت فکری عصر روشنگری و غلبه گفت‌مان سکولار شکل گرفته بود)، تشکیک در خصوص عدم ارتباط میان حقوق بین‌الملل و دین صورت پذیرد. از دل این بازاندیشی نظریه سازگاری، که در مقابل نظریه جدایی دین و حقوق بین‌الملل قرار دارد، تکوین یافت. بر اساس نظریه سازگاری، تأثیرگذاری دین در حوزه عمومی، نقش آن در مشروعیت‌بخشی قواعد و نیز ماهیت التزام‌بخش آن، موجب می‌شود تا در سه حوزه تکوین، پذیرش و پایبندی، حقوق بین‌الملل با دین در ارتباط قرار گیرد. نمود عملی این ارتباط در نظام بین‌الملل را می‌توان در تعاملات حقوقی میان کشورهای دارای اشتراکات دینی به‌خوبی مشاهده نمود. حق شرط کشورهای دارای نظام حقوقی مبتنی بر قواعد دینی بر بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی، شناسایی مکاتب حقوقی مبتنی بر دین همچون حقوق اسلامی در سازمان‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی به‌عنوان بخشی از نظام حقوق بین‌الملل، و احتجاجات دادگاه‌های بین‌المللی به قواعد دینی در دعوای میان دولت‌های هم‌کیش را می‌توان در جایگاه رویه‌های عملی ارتباط میان حقوق بین‌الملل و دین مشاهده نمود.

بر اساس آنچه شرح داده شد، حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی به‌عنوان یکی از زیرحوزه‌های حقوق بین‌الملل نیز در ارتباط و تعامل با حوزه دین است. از حیث سنت تاریخی، دین نخستین عامل نظام‌بخش و هنجارساز در حوزه ارتباط میان انسان و عناصر طبیعی همچون آب‌وهوا بوده است. ارجمندی و قداست عنصر آب‌وهوا، تقبیح آلودگی، رعایت عدالت در بهره‌برداری، و عقوبت‌خواهی برای آسیب‌زندگان به عناصر طبیعی همچون آب، موجبات شکل‌گیری اخلاق اجتماعی و قواعد عرفی شده که خود یکی از پایه‌های نظام هنجاری حقوق آب‌وهوا را در میان جامعه مؤمنان (از ادیان مختلف) سبب شده است. آگاهی‌های پیشینی برگرفته از اخلاق دینی در حوزه محیط زیست و آب‌وهوا موجب گردیده است که سازمان‌های دینی غیردولتی و رهبران مذهبی نیز در روند شکل‌گیری رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی اثرگذار باشند. از نخستین کنفرانس مرتبط با

آب‌وهوا در استکهلم سوئد، ۱۹۷۲، تا متأخرترین نشست بین‌المللی آب‌وهوایی در گلاسگو، ۲۰۲۱، طرف‌های مذاکره‌کننده با روند روبه‌رشدی از مشارکت گروه‌ها و سازمان‌های دینی روبه‌رو هستند. پیش از تشکیل نشست پاریس در سال ۲۰۱۵، بیانیه‌های ادیان بزرگ جهان در خصوص تغییرات آب‌وهوایی و لزوم وفاق جهانی برای مدیریت این بحران و مشارکت گسترده گروه‌های دینی در روند مذاکرات، نقطه عطفی را در سیر تکوین رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی رقم زد که در اجلاس گلاسگو به اوج خود رسید. وارد شدن مفاهیم مرتبط با انصاف و تقسیم کار عادلانه در روند مدیریت تغییرات آب‌وهوایی در موافقت‌نامه پاریس، نزدیکی ترمینولوژیک رژیم حقوقی و مفاهیم دینی همچون عدل و انصاف را نشان می‌دهد که در موافقت‌نامه‌های پیشین به چشم نمی‌خورد. درگیر شدن رهبران مذهبی جهان و از آن مهم‌تر اتحاد ادیان با یکدیگر حول محور تغییرات آب‌وهوایی نشان داد که تا چه حد نظم مبتنی بر سکولاریسم در هر سه ساحت تکوین، مشروعیت‌بخشی و قدرت الزام‌آوری در سازوکارهای پایبندی به معاهدات بین‌المللی مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی نیازمند استفاده از حوزه‌های اثربخش جدید است. دین به‌عنوان عامل التزام‌بخش به جامعه مؤمنان و به‌تبع آن کشورها، هم‌اکنون بیش‌ازپیش مورد توجه قرار گرفته است تا جایی که مدیران اجرایی کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در سال‌های اخیر بارها از نقش گروه‌ها و اشخاص مرجع دینی در پایبند نمودن ملت‌ها در انجام تعهدات آب‌وهوایی سخن گفته‌اند.

منابع و مأخذ

- کتاب

۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید، (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۴).

- مقالات

۲. علوی قزوینی، سید علی و مسعودیان‌زاده، سید ذبیح‌اله، «قاعده من له الغنم فعلیه الغرم». پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، ش ۴ (۱۳۹۳).
۳. فخر اسلام، بتول، «بررسی اخلاق زیست‌محیطی در فرهنگ ایرانی با تأکید بر شعر ناصر خسرو»، تخصصی زبان و ادبیات فارسی، ش ۱۷ (۱۳۹۸).
۴. قلندریان، ایمان؛ تقوایی، علی‌اکبر و کامیار، مریم، «مطالعه تطبیقی رابطه انسان و محیط‌زیست در تفکر توسعه‌ی پایدار و تفکر اسلامی» پژوهش‌های معماری اسلامی، ش ۱ (۱۳۹۵).
۵. نعمت‌الله، الفت، «تأملی در مبانی و مفاد الزام و التزام در قراردادها»، فقه و حقوق، ش ۱۲ (۱۳۸۶).

ب) منابع انگلیسی

- Instruments

6. Barbara Adams & Gretchen Luchsinger, (2009). *Climate justice for a changing planet: a primer for policy makers and NGOs*. Geneva: UN Non-Governmental Liaison Service.
7. UN. (2004, October.11) Doc.A/59/425/S/2004/808.
8. UN Convention on the Rights of the Child (1989).

- Books

9. Bantekas Ilias, *Religion as a Source of International Law*. In J. Rehman, & S. Breau, *Religion, Human Rights and International Law* (pp. 115-135), (the Hague: Brill, 2007).
10. Barnes, Jonathan, *The Pre-Socratic Philosophers* (London: Routledge and Kegan Paul, 1984).

11. Bhargava, Atul & Srivastava, Shilpi, "Human Civilization and Agriculture", *In Participatory Plant Breeding: Concept and Applications* (pp.1-27), (Singapore: Springer, 2019).
12. Gardner, Gary, "Engaging religion in the Quest for a Sustainable world", In G. Gardner, C. Bright, & L. Starke (eds), *State of the world*, 2003: A Worldwatch Institute Report on Progress Toward a Sustainable Society (pp.152-175), (London: W.W. Norton & Company, 2003).
13. Hadden, Jennifer, *Networks in Contention: The Divisive Politics of Climate Change*, (New York: Cambridge University Press, 2015).
14. Hughes, J. Donald, *Environmental Problems of the Greeks and Romans: Ecology in the Ancient Mediterranean*, (JHU Press, 2014).
15. Janis, W. Mark & Evans, Carolyn, "Religion and the Literature of International Law: Some Standard Texts", In M. W. Janis, & C. Evans, *Religion and International Law* (pp.121-126), (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999).
16. Mahmassani, Sobhi, "The Principles of International Law" *in the Light of Islamic Doctrine.*, Recueil des Cours, Collected Course, (1968).
17. Ward Graham & Hoelzl, Michael, *The New Visibility of Religion: Studies in Religion and Cultural Hermeneutics*, (London: Continuum, 2008).
18. Weeramantry G. Christopher, *Universalising International law* (Vol. 48), (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004).

- Articles

19. Alipour, Sara; Nasirsalami, Mohammadreza; Falamak, Mohammadmansour, "An Analysis on Mithraic Temple Landscape Structure", *The Monthly Scientific Journal of Bagh-E Nazar* ,31-42(74)16, (2019), pp. 31-42.
20. An-Na'im, Abdullahi A. & Henkin, Louis, "Islam and Human

- Rights: Beyond the Universality Debate”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, (Cambridge: Cambridge University Press), (2000.), pp. 95-103.
21. Cabré, Miquel Muñoz, “Issue-linkages to Climate Change Measured Through NGO Participation in the UNFCCC”, *Global Environmental Politics*, (3)11, (2011), pp. 10-22.
22. Fei, L., “On Environmental Law of Ancient Rome: the Idea, Facilities and Legal System”, *Journal of Henan University of Economics and Law*, (2017), pp. 12-23
23. Glaab, Katharina, “A Climate for Justice? Faith-Based Advocacy on Climate Change at the United Nations”, *Globalizations*, (7)14, (2017), pp. 1110-1124.
24. Glaab, Katharina; Fuchs, Doris; FuchsJohannes, Friederich., “Religious NGOs at the UNFCCC: A Specific Contribution to Global Climate Politics?”, *Religious NGOs at the United Nations*, (2008), pp. 316-335.
25. Hulme, Mike, “Climate Change and the Significance of Religion”, *Economic & Political Weekly* 15(28)52, (2017), pp. 14-17.
26. Janis, Mark Weston, “Religion and International Law”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 87, (1993), pp. 195-220.
27. Prasad, Jsr, “Concepts of Environment and Nature in Ancient India”, *Bi-Monthly Newsletter of the EU-India Project E-Qual*. 4-8, (5)2 (2015), pp. 4-10.
28. Sáry, Pal, “The Legal Protection of Environment in Ancient Rome”, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, pp.199-216 (29)15, (2020), pp. 199-216.
29. Tarlock, A. Dan, History of Environmental Law. *Environmental Laws and Their Enforcement*, (pp. 42-64), (2009), pp. 1-7.
- Websites**
30. Actalliance, (02.11.2021), People of Faith Share Petitions and

Actions with COP26 Presidency and UNFCCC [COP26 Press Release], Actalliance: <<https://actalliance.org/act-news/people-of-faith-share-petitions-and-actions-with-cop26-presidency-and-unfccc-cop26-press-release/>>

- 31.ARRCC. (2015, November 23). Hindu Declarations on Climate Change, The Australian Religious Response to Climate Change: <https://www.arrcc.org.au/hindu_statements>
- 32.Becket, Adam, Davies, Madeleine and Williams Hattie. (2015, July 13). Synod Urges Investors to Act on Climate Change. Churchtimes: <https://www-churchtimes-co-uk.translate.google.com/articles/2015/10-july/news/uk/synod-urges-investors-to-act-on-climate-change?_x_tr_sl=en_&x_tr_tl=fa_&x_tr_hl=en-US_&x_tr_pto=op,wapp>
- 33.Davies, Madeleine. (2015, May 1). C of E Investors seek to Dethrone 'Old King Coal', Churchtimes: <https://www-churchtimes-co-uk.translate.google.com/articles/2015/1-may/news/uk/c-of-e-investors-seek-to-dethrone-old-king-coal?_x_tr_sl=en_&x_tr_tl=fa_&x_tr_hl=en-US_&x_tr_pto=op,wapp>
- 34.Karen Christiana Figueres, (2014, May 7). Faith Leaders need to Find Their Voice on Climate Change, the Guardian: <<https://www.theguardian.com/environment/2014/may/07/faith-leaders-voice-climate-change>>
- 35.Franciscus.(2021 May.24). Laudato Si' Francis., Vatican: <https://www.vatican.va/content/francesco/en/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html >
- 36.IISD.(2015, November 2). Buddhist Leaders Call to Scale up Climate Finance, International Institute for Sustainable Development: <<http://sdg.iisd.org/news/buddhist-leaders-call-to-scale-up-climate-finance/#:~:text=29%20October%202015%3A%20In%20a,the%20Paris%20Climate%20Change%20Conference>>
- 37.Interfaith Summit of Climate Change.(2014). Climate, Faith and Hope: Faith Traditions Together for a Common Future, <<http://interfaithclimate.org/the-statement/> >
- 38.International Islamic Climate Change Symposium.(2015). Islamic

Declaration on Global Climate Change,
<<http://islamicclimatedeclaration.org/islamic-declaration-on-global-climate-change/>>

39. Islamic Declaration on Global Climate Change. (2015, Aug 18), Cambridgecentral Mosque:<<https://cambridgecentralmosque.org/wp-content/uploads/2020/03/writings-climate-declaration-mwb.pdf>>
40. OIC. (2008 July 8-10), Final Document of the General Meeting on Cooperation between the United Nations and the Organization of the Islamic Conference, Organisation of Islamic Cooperation Website: <<https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4120&refID=1176> >
41. OIC. (08.11.2021), OIC Charter, Organisation of Islamic Cooperation Website: <https://www.oic-oci.org/page/?p_id=53&p_ref=27&lan=en>
42. Pope Francis.(2021 ,October 4). Address of his Holiness Pope Francis to the Participants in the Meeting “Faith And Science: towards COP 26”, vatican: <<https://www.vatican.va/content/francesco/en/speeches/2021/october/documents/20211004-religione-scienza-cop26.pdf>>
43. Pullella, Philip.(2021 ,October 03). Vatican hopes its pre-COP26 climate event will raise stakes in Glasgow,Reuters: <<https://www.reuters.com/world/europe/vatican-hopes-its-pre-cop26-climate-event-will-raise-stakes-glasgow-2021-10-03/>>
44. RFP.(2021, December 3). Religious Leaders Affirm Commitment at COP26 to Safeguard the Rights of Indigenous Peoples and to Solve the Climate and Deforestation Crisis, Religions for Peace: <<https://www.rfp.org/religious-leaders-affirm-commitment-at-cop26-to-safeguard-the-rights-of-indigenous-peoples-and-to-solve-the-climate-and-deforestation-crisis-2/> >
45. Sayyed, Attiya, (2015, May 12), "Rabbinic Letter on the Climate Crisis Calls for Action", Earthday, Retrived from: earthday: <<https://www.earthday.org/rabbinic-letter-climate-crisis-callsaction/#:~:text=May%2012%2C%202015&text=Calling%20for%20vigor>>

ous%20action%20on,will%20endanger%20life%20on%20earth>

- 46.UNFCCC.(2021 ,October 5). World Religious Leaders and Scientists Make pre-COP26 Appeal .,UNFCCC: <<https://unfccc.int/news/world-religious-leaders-and-scientists-make-pre-cop26-appeal>>
- 47.Vatican (04.10.2021 .Meeting on “Faith and Science: Towards COP26”, Promoted by the Embassies of Great Britain and Italy to the Holy See, Together with the Holy See, 04.10.2021, Vatican: <<https://press.vatican.va/content/salastampa/en/bollettino/pubblico/2021/10/04/211004a.html>>
- 48.Vatican (2021 ,October 04), Pope on COP26: Sharing, Love, Respect Should Shape Efforts for Better Futur, Vatican News: <<https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2021-10/pope-francis-faith-science-cop26-vatican-meeting.html>>
- 49.World Council of Churches (2005), Climate Change, <www.oikoumene.org/en/folder/documents-pdf/Climate_Change_Brochure_2005.pdf>
- 50.World Council of Churches (2017, April 4), Frequently Asked Questions, WCC Website: <<http://oikoumene.org/en/about-us/faq#how-many-member-churches-does-the-wcc-havenow>>



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 37-69

An Economic Analysis of Law from a Jurisprudential Perspective in Iran's Legal System

Mina Bolurifar^{1✉} | Bijan Haji Azizi² | Faizollah Jafari³

1. Ph.D. in private law, Boali Sina University, Hamadan, Iran.

bolurifar@gmail.com

2. Professor at Boali Sina University, Hamadan, Iran.

haji598@basu.ac.ir

3. Assistant Professor at Boali Sina University, Hamedan, Iran.

Jafarilaw@yahoo.com

Abstract

The economic analysis of law is a new product of the link between law and economics, according to which legal rules are evaluated by economic methods. The historical study of the formation of this method of analysis shows that changing the attitude of lawyers and economists from idealism to realism and, consequently, changing their way of studying from formalism in the nineteenth century into realism leads to the creation of this method. The main question of the present research is whether this realistic approach can be adapted to the principles and legal rules of Iran. This question arises from the fact that Iran's law in accordance with Articles Fourth and One hundred and sixty-seven of the Constitution, based on Islamic law and Shi'i jurisprudence and due to the dominance of the rules of jurisprudence over it, is Compliant with idealism, not realism. Accordingly, the purpose of this research is to establish that the basis of the theory of economic analysis of the law is compatible with the jurisprudential foundations of Iranian law or not. The result of the research shows that economic analysis of law is not subject to purely realist thinking, and some of its types are based on idealism. Moreover, Iran's law is not purely idealistic, and some religious sources are realistic. Therefore, using the economic analysis of law to analyze the sources and rules of Iran's law is possible. However, the use of economic methods cannot be applied uniformly in all areas of law. In the economic fields of law, the use of economic analysis is both to determine efficiency and to determine the purpose of legal rules and institutions, but in non-economic fields, the application of economics is limited to efficiency.

Keywords: Economic analysis of law, Realism, Idealism, Positive economics, Normative economics.

Received: 2022/02/18 Received in revised form: 2022/06/22 Accepted: 2022/07/11 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.37342.3087

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

تحلیل اقتصادی حقوق از منظر فقهی در نظام حقوقی ایران

مینا بلوری فر^۱ | بیژن حاجی عزیزی^۲ | فیض‌الله جعفری^۳

bolurifar@gmail.com

haji598@basu.ac.ir

Jafarilaw@yahoo.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران.

۲. استاد دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران.

۳. استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران.

چکیده

تحلیل اقتصادی حقوق جلوه‌ای نسبتاً نوین از پیوند حقوق و اقتصاد است که بر اساس آن، قواعد حقوقی با روش‌ها و معیارهای اقتصادی مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. مطالعه تاریخی شکل‌گیری این روش تحلیل حاکی از آن است که تغییر جهان‌بینی حقوق‌دانان از یک سو و اقتصاددانان از سوی دیگر، از آرمان‌گرایی به واقع‌گرایی و به تبع آن، تغییر روش مطالعه آنان از شکل‌گرایی غالب در قرن نوزدهم میلادی به واقع‌گرایی، موجب پیدایش این روش تحلیل شده است. سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که آیا این روش تحلیل را که محصول تفکرات عمدتاً واقع‌گرایانه است، می‌توان با مبانی و قواعد حقوقی ایران تطبیق داد و از این روش در تحلیل مسائل حقوقی یاری جست؟ این پرسش از آنجا ناشی می‌شود که حقوق موضوعه ایران بر اساس اصول چهارم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، مبتنی بر فقه اسلامی و شیعی است که به لحاظ سیطره قواعد فقهی بر آن، علی‌الاصول بیش از آنکه در دسته واقع‌گرایی جای گیرد، آرمان‌گراست. بر این اساس، هدف تحقیق پیش‌رو این است که روشن شود مبنای فکری تحلیل اقتصادی حقوق با مبانی فقهی حقوق ایران سازگار است یا نه. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد که تحلیل اقتصادی حقوق تابع تفکرات واقع‌گرایانه محض نیست و در برخی از قرائت‌های آن می‌توان آرمان‌گرایی را ملاحظه نمود. وانگهی حقوق ایران نیز آرمان‌گرایی محض نیست و برخی از منابع شرعی همسو با نگاه‌های واقع‌گرایانه است. لذا استفاده از روش تحلیل اقتصادی حقوق برای تحلیل منابع و قواعد شرعی حقوق ایران ممکن است. با این حال، کاربرد روش‌های اقتصادی در همه حوزه‌های حقوق نمی‌تواند به صورت یکسان اعمال شود. در حوزه‌های اقتصادی حقوق، استفاده از تحلیل اقتصادی، هم برای تعیین کارایی است و هم برای تعیین هدف قواعد و نهادهای حقوقی، اما در حوزه‌های غیراقتصادی، کاربرد اقتصاد محدود به کارایی است.

واژگان کلیدی: آرمان‌گرایی، اقتصاد اثباتی، اقتصاد هنجاری، تحلیل اقتصادی، حقوق، واقع‌گرایی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۴/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.37342.3087

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق، یکی از روش‌های نسبتاً نوینی است که در قرن اخیر موجب پیوند بیشتر حقوق و اقتصاد شده است. بر اساس این روش، قواعد حقوقی با روش‌های اقتصادی مورد سنجش قرار می‌گیرند و هر آنچه در این ارزیابی کارا^۱ تلقی گردد، به‌عنوان یک قاعده حقوقی مطلوب به‌شمار می‌رود و برعکس، چنانچه از نظر معیارهای اقتصادی، قواعد حقوقی فاقد کارایی اقتصادی باشند، قواعدی نامطلوب محسوب می‌شوند که نیازمند تصحیح یا تکمیل هستند یا حتی ممکن است لازم باشد این قواعد نامطلوب به‌طور کلی ترک شوند.

در آغاز مسیر این پژوهش ضروری است که مشخص شود منظور از تحلیل اقتصادی حقوق در این مقاله چیست. عبارت «تحلیل اقتصادی حقوق» اجمالاً مبین این نکته است که مباحث ذیل این عنوان، محصول مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و اقتصاد است؛ یعنی آنچه موضوع تحلیل اقتصادی حقوق قرار می‌گیرد، حاصل تلفیق دو رشته حقوق و اقتصاد است. این نکته اگرچه تا حدود زیادی بدیهی است، اما نیاز به تأمل دارد. در واقع این برداشت اجمالی اولیه، مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق را روشن نمی‌کند. در تحلیل اقتصادی حقوق البته ارتباط انکارناشدنی میان حقوق و اقتصاد برقرار است، اما چگونگی این رابطه بسیار حائز اهمیت است.

ارتباط حقوق و اقتصاد گاه از حیث تأثیری است که موضوعات هر یک از این علوم بر دیگری دارد؛ مثلاً در وضع قوانین مالیاتی یا قوانین بانکی یا به‌طور کلی قوانین تجاری، اثر حقوق بر اقتصاد یا آثار اقتصادی تصمیمات حقوقی بررسی می‌شود. گاه ارتباط حقوق و اقتصاد از حیث روش تحلیلی است که در اقتصاد به‌کار گرفته می‌شود؛ یعنی موضوعات حقوقی به موضوعات اقتصادی تشبیه شده، با استفاده از اصول اقتصادی، بهترین قواعد برگزیده می‌شوند. برای نمونه، رابطه زوج و زوجه را به رابطه خریدار و تولیدکننده در بازار تشبیه می‌کنیم و بر اساس اصول اقتصادی به تحلیل قواعد حقوقی حاکم بر این رابطه

می‌پردازیم و در نتیجه این تحلیل ممکن است توازن میان حقوق و تکالیف زوجین را تغییر دهیم. پس تحلیل اقتصادی حقوق در این مقاله به معنی استفاده از روش‌شناسی اقتصادی در تحلیل موضوعات حقوقی است.

در پژوهش‌های دیگر تلاش شده است که این مطلب از رهگذر بررسی دو واژه «تحلیل» و «اقتصاد» تبیین شود.^۲ گفته شده است که «عموماً واژه تحلیل به معنای فروکاستن یا تجزیه در مقابل ترکیب است و گاه منظور از تحلیل این است که یک مفهوم پیچیده را با استفاده از مفاهیم روشن‌تر و ملموس‌تر که ذاتاً ارتباطی با مفهوم اولیه ندارد، توضیح دهیم».^۳ منظور از اقتصاد هم می‌تواند دربردارنده جنبه موضوعی اقتصاد^۴ یا جنبه روشی آن باشد که این قسم اخیر در تحلیل اقتصادی حقوق مورد نظر ما است.

بر این اساس، تحلیل اقتصادی حقوق به معنای به‌کارگیری روش‌ها و ابزارهای تحلیلی است که اقتصاددانان از آنها برای تحلیل بازار استفاده می‌کنند؛^۵ با این تفاوت که این روش‌ها و ابزارها را نه برای تحلیل بازار، بلکه برای تحلیل موضوعات حقوقی مورد استفاده قرار می‌دهیم. چنان‌که گفته شد، تحلیل اقتصادی حقوق به معنای ترجمه حقوق به زبان

۲. مسلم آقایی طوق، «تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۲؛ مهرداد ابدالی، «جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق»، *نامه مفید*، ش ۸۲ (۱۳۸۹)، ص ۸۲.

۳. همان، ص ۲.

۴. ارتباط موضوعی دو علم حقوق و اقتصاد نیز قابل تصور است؛ مثلاً وقتی تأثیر عوارض شهرداری به‌عنوان بخشی از نظام قانونی و یک موضوع حقوقی بر قیمت مسکن به‌عنوان یک موضوع اقتصادی (نادر مهرگان و همکاران، «بررسی تأثیر عوارض شهرداری‌ها بر قیمت مسکن؛ مطالعه موردی شهر تهران»، *سیاست‌گذاری پیشرفت اقتصادی*، ش ۷ (۱۳۹۴)، صص ۱۲۹-۱۵۴) و یا اثر توزیع درآمد به‌عنوان یک موضوع اقتصادی بر میزان سرقت به صورت یک موضوع حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد (نادر مهرگان و سعید گرشاسبی فخر، «نابرابری درآمد و جرم در ایران»، *پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)*، ش ۴ (۱۳۹۰)، صص ۱۰۹-۱۲۶)، ارتباط موضوعی حقوق و اقتصاد مد نظر است.

۵. اتخاذ روش‌های اقتصادی در تحلیل حقوق، از آن روست که «اقتصاد علم انتخاب بهینه و علم رفتار عقلانی است» (Milton Friedman, *Law and Economics in the New Palgrave: A Dictionary of Economics*, by Robert Palgrave (New York, Stockton Press), p. 4). به همین علت در هریک از شاخه‌های علوم که موضوع آن حول محور تصمیم‌گیری باشد، می‌تواند به‌کار رود و با معیارهای اقتصادی نیز قابل تحلیل است؛ مثلاً اینکه آیا باید هزینه تصادفات رانندگی به صندوق‌های جبران خسارت تحمیل شود و یا تصمیم‌گیری در خصوص اینکه مبنای تقصیر مسئولیت مدنی باشد یا مسئولیت محض و یا مطلق و...، در حقوق مورد توجه قرار می‌گیرند (محمد مولودی و همکاران، «مبانی اقتصادی توزیع خسارت در مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوقی*، ش ۳ (۱۳۹۷)، صص ۲۳۲-۲۴۰).

اقتصادی و سپس مطالعه آن مشابه مطالعه بازار است.^۶

در خصوص تحلیل اقتصادی حقوق، بحث‌های فراوانی مطرح شده که عمدتاً ناظر بر اصول کلی و چگونگی اعمال روش اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی است. اما صرف نظر از چگونگی به‌کارگیری اصول اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی، در برخی از منابع به مبنای به‌کارگیری اصول اقتصادی از حیث اخلاقی توجه شده است. از جمله این منابع می‌توان به کتاب «حقوق، اخلاق و اقتصاد»^۷ اشاره کرد که در آن نویسنده با تمرکز بر حقوق مسئولیت مدنی به مقایسه تحلیل اقتصادی و تحلیل فلسفی و اخلاقی پرداخته و به این نتیجه نایل شده که تحلیل اقتصادی بدون در نظر گرفتن تحلیل اخلاقی، ناقص است.

در پژوهش‌های داخلی نیز دو رویکرد کلی نسبت به تحلیل اقتصادی حقوق وجود دارد. در بعضی از پژوهش‌ها بدون توجه به مبنای فلسفی تحلیل اقتصادی حقوق، به پیروی از منابع خارجی از اصول اقتصادی برای تحلیل قواعد و نهادهای حقوقی استفاده شده^۸ و در برخی دیگر، به‌کارگیری اقتصاد در حقوق به‌چالش کشیده شده است.^۹ در این تحقیق، رویکرد دوم مدنظر قرار گرفته است. نگارندگان این مقاله در صدد پاسخ به این پرسش هستند که تحلیل اقتصادی حقوق چه نسبتی با مبنای فکری نظام حقوق داخلی دارد؟ اگر دکتربین غربی تحلیل اقتصادی را در حقوق به‌کار بسته‌اند آیا در حقوق داخلی نیز می‌توانیم از این روش تحلیل استفاده کنیم؟ آیا می‌توانیم همه روابط حقوقی را به روابط بازاری تشبیه کنیم و بر اساس نتیجه‌گیری‌های اقتصادی، مطمئن باشیم که بهترین قواعد حقوقی وضع شده است؟ پاسخ به این پرسش‌ها مشخص می‌کند که آیا می‌توان از روش‌های اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی ایران بهره برد یا نه.

تردید در پذیرش تحلیل اقتصادی حقوق از آنجا ناشی می‌شود که تحلیل اقتصادی

۶ همان، صص ۲۳۲-۲۴۰.

7. Eyal, Zamir & Barak, Medina "Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law", *California Law Review*, Vol. 96, No. 2, (2008), pp. 323-392.

۸ یدالله دادگر، *درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق*، (تهران: انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، چ ۲، ۱۳۹۰).

۹ مهرزاد ابدالی، «جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق»، *نامه مفید*، ش ۸۲ (۱۳۸۹)، صص ۱۰۱-۱۲۶.

حقوق محصول تفکرات واقع‌گرایانه نظام‌های عمدتاً کامن‌لا است.^{۱۰} بنابراین با توجه به تفاوت‌های عمیقی که در مبانی فکری حقوق داخلی و نظام‌های یادشده وجود دارد، باید دید آیا به‌کارگیری این روش در حقوق داخلی امکان‌پذیر است^{۱۱}؟ از جمله این تفاوت‌ها می‌توان به این مطلب اشاره داشت که در کشورهای نظام کامن‌لا به دادرسی این فرصت اعطا می‌شود که تحت عنوان انصاف^{۱۲} به تفسیر اقتصادی قواعد حقوقی بپردازد^{۱۳} و در مواردی هم که اساساً قانون موضوعه‌ای وجود ندارد، با به‌کارگیری ابزارهای اقتصادی، خود به ایجاد قاعده حقوقی دست یازد^{۱۴}. درحالی که هیچ‌یک از این امور در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته و ازجمله در نظام حقوقی ایران وجود ندارد و دادرسی در چارچوب قوانین موضوعه محصور است^{۱۵}. پس این پرسش به میان می‌آید که آیا امکان به‌کارگیری روش اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی وجود دارد؟

این پرسش را از دو منظر می‌توان مطرح نمود؛ از دیدگاه قانون‌گذار و از دیدگاه دادرسی. در حالت اول، بر اساس اصل چهارم قانون اساسی^{۱۶}، قانون‌گذار مکلف است قوانینی را وضع

۱۰. این اختلافات فکری در زمینه اقتصادی نیز وجود دارد. «دیدگاه‌های اندیشمندان اقتصاد رایج در مباحث اقتصادی نوعاً برگرفته از مبانی نظام سرمایه‌داری است که اختلافات اساسی با اقتصاد اسلامی دارد». نمونه بارز آن بحث ربا در قوانین بانکداری است (سید محمد کاظم رجایی و مهدی خطیبی، «روش استنباط نظریه اقتصادی از کتاب و سنت»، معرفت/اقتصاد اسلامی، ش ۱، ۱۳۹۶)، ص ۳۸.

۱۱. نکته جالب توجه اینکه در برخی از پژوهش‌ها تحلیل اقتصادی حقوق در مطالعات تطبیقی استفاده شده است؛ یعنی پیش‌فرض محقق این بوده است که تحلیل اقتصادی حقوق یک شیوه تحلیلی خارج از نظام حقوق داخلی است که می‌تواند در مطالعات تطبیقی لحاظ شود. برای مثال، ر.ک. ابراهیم شعاریان و یوسف مولایی، «مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۲ (۱۳۹۰)، صص ۱۳۱-۱۵۵.

12. Equity

۱۲. اسماعیل انصاری، «تحلیل اثباتی و هنجاری حقوق کیفری و مجازات‌های بهینه»، اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۹ و ۲۰ (۱۳۸۸)، صص ۱۲۳-۱۶۵.

۱۴. مرتضی شهبازی‌نیا و همکاران، «تحلیل مفهومی داور بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۳۹۶)، صص ۲۷۱-۲۷۴.

۱۵. ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق، نظریه عمومی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۴، ۱۳۹۴)، صص ۵۸۵-۵۸۶.

۱۶. این اصل اشعار می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است».

نماید که مغایر با منابع شرعی^{۱۷} نباشد؛ منابعی که عمدتاً همسو با تفکرات آرمان‌گرایانه^{۱۸} و در جستجوی عدالت هستند. درحالی که نگاهی اجمالی به منشأ پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق حاکی از آن است که پیدایش این روش تحلیل، ناشی از غلبه تفکرات واقع‌گرایانه^{۱۹} بر تفکرات آرمان‌گرایانه است.^{۲۰} به این ترتیب، این تردید به میان می‌آید که آیا قانون‌گذار

۱۷. اکثر فقهای امامیه منابع شرعی را شامل قرآن، سنت، اجماع و عقل، و اکثر فقهای عامه آن را شامل قرآن، سنت، اجماع و قیاس دانسته‌اند. عده‌ای نیز استصحاب، استصلاح، استحسان، عرف و شرایع گذشته را در کنار منابع چهارگانه پیش‌گفته به‌عنوان دلایل جداگانه مطرح نموده‌اند. البته گاه اختلاف فقها در شمارش منابع شرعی، ناشی از این است که برخی از منابع از نظر دسته‌ای از فقها مستقل محسوب شده، در عرض منبعی چون قرآن یا سنت قرار می‌گیرد. درحالی که از نظر دیگر فقها، برخی از موارد یادشده، صرفاً در جهت تقویت مفاد دیگر منابع به کار می‌رود. به این ترتیب، در بسیاری از موارد، نتایجی که فقهای امامیه و عامه از تحلیل موضوعات به دست می‌آورند، یکسان اما روش تحقیق آنها متفاوت است. ر.ک. ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲۷، ۱۳۸۶)، صص ۱۴۱ و ۲۵۸.

18. Idealism

19. Realism

۲۰. البته در برخی از نوشته‌ها تحلیل اقتصادی حقوق به پراگماتیسم نسبت داده شده است. اگرچه پراگماتیسم نیز همانند رئالیسم در تقابل با دیدگاه‌های فرمالیستی ماقبل قرن نوزدهم میلادی شکل گرفته است، اما به نظر می‌رسد که خود ریشه در رئالیسم دارد؛ یعنی اگر آرمان‌گرایی را یک سوی طیف تصور نماییم، واقع‌گرایی در سوی دیگر قرار دارد و پراگماتیسم زیرمجموعه‌ای از تفکرات واقع‌گرایانه، اما متفاوت با آن است. در واقع، اگرچه رئالیسم و پراگماتیسم هر دو در تقابل با تفکرات ایدئالیستی و قواعد ازپیش تعیین شده یکسان برآمده‌اند، اما شیوه این تقابل، متفاوت است. از منظر رئالیسم، قواعد ازپیش تعیین شده متغیر بوده، با روش‌های عینی قابلیت کشف دارند؛ یعنی رئالیسم وجود قواعد ازپیش تعیین شده را به‌عنوان جزئی از واقعیت، اما نه برتر از واقعیت می‌پذیرد. درحالی که از نظر پراگماتیسم اساساً قواعد ازپیش تعیین شده‌ای وجود ندارد و همه چیز زاده ذهن بشر است. از نظر این مکتب، حقیقت مترادف با فایده است و هر آنچه که مفید باشد حق تلقی می‌شود. درحالی که از منظر تعالیم الهی، «هر حقی به اعتبار حقیقتی است نه به اعتبار واقعیتی ملموس بنابراین انتساب تحلیل اقتصادی حقوق به پراگماتیسم که مستلزم نفی حقیقت است، تعارض آشکار با مبانی حقوق داخلی دارد که متکی به وجود و پذیرش قواعد شرعی است. اما از دیدگاه رئالیستی، پذیرش تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق داخلی، به کارگیری شیوه‌ای برای کشف نظر شارع است. البته باید توجه داشت که این امکان وجود دارد که با تفکرات پراگماتیستی از تحلیل اقتصادی حقوق سخن گفت. چراکه تحلیل اقتصادی حقوق—چنان که خواهیم گفت—یک روش است و هر کس با هر تفکر و مکتبی می‌تواند آن را به کار بندد، اما مسلماً تحلیل‌های مبتنی بر تفکرات پراگماتیستی که به سکولاریسم منجر می‌شود، در حقوق داخلی جایگاهی نخواهد داشت. برای مطالعه بیشتر پیرامون دیدگاه مختلف پراگماتیسم و تحلیل اقتصادی حقوق، نک:

– عصمت گلشنی و مهدی حسینی مدرس، «مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق»، *دانشنامه حقوق اقتصادی* (دانش و توسعه سابق)، ش ۷ (۱۳۹۴)، ص ۷.

– حسامی‌فر عبدالرزاق، «پراگماتیسم و فلسفه تحلیلی»، *تأملات فلسفی*، ش ۱۷ (۱۳۹۵)، ص ۱۷.

– Shaffer, Gregory, "Legal Realism and International Law", *European Journal of Law and Economics*, No. 55 (2018), pp. 5-8.

– سید علی سبحانی ثابت و حسن سبحانی، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۲، (۱۳۹۷)، صص ۶۲-۶۴.

– سیدمهدی زریباف، و همکاران، «عدالت به مثابه روش؛ سیر رویکردهای روش‌شناختی در اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۴)، ص ۱۶۸.

داخلی با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، می‌تواند در حین وضع قوانین، از تحلیل‌های اقتصادی بهره‌مند شود و بر اساس نتایج حاصل از آن به انتخاب قوانین مناسب دست یازد؟

برای مثال، مطابق ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی که برگرفته از منابع شرعی است، میزان مهریه منوط به توافق خصوصی افراد است^{۲۱}، اما ممکن است قانون‌گذار در برهه‌ای از زمان دریابد که تعیین مهریه‌های گزاف آثار نامناسبی را از لحاظ اقتصادی به جامعه تحمیل می‌کند. پس آیا می‌تواند با تکیه بر توجیهات اقتصادی، سقفی را برای تعیین مهریه در نظر بگیرد؟ پاسخ به این سؤال در گرو این است که بدانیم آیا اساساً می‌توان از تحلیل‌های اقتصادی برای انتخاب قوانین بهره گرفت؟ و اگر چنین است، آیا اتخاذ روش‌های اقتصادی برای وضع قوانین کارا صرفاً محدود به قوانینی است که در حوزه اقتصاد وضع می‌شود یا در همه موضوعات حقوقی می‌توان از تحلیل اقتصادی استفاده کرد؟

در حالت دوم، امکان یا عدم امکان به‌کارگیری روش‌های اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی را می‌توان از منظر دادرسی مطرح نمود. با این توضیح که با توجه به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی^{۲۲}، دادرسی در رسیدگی به موضوعات، مکلف است مطابق با قوانین موضوعه تصمیم‌گیری کند و در صورت سکوت، ابهام یا اجمال قوانین، بر اساس منابع شرعی حکم را صادر نماید. پس این تردید مطرح است که آیا دادرسی می‌تواند در تفسیر قوانین و برای حل ابهام یا اجمال آنها از روش‌های اقتصادی بهره‌مند شود؟

برای مثال در ماده یک قانون مسئولیت مدنی آمده است: «هر کس بدون مجوز قانونی

۱- امیر خادم علیزاده، و همکاران، «کاربرد ریاضیات در اقتصاد اسلامی؛ مزایا و محدودیت‌ها»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۴)، ص ۸۱

۲- شهرام کیوانفر، «پراگماتیسم حقوقی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۶ (۱۳۸۶)، ص ۱۵۶.

۳- عبدالحکیم سلیمی «پراگماتیسم و پیامدهای آن در حقوق»، *معرفت*، ش ۱۵۴ (۱۳۸۹)، صص ۳۱-۴۲؛

۴- محمد محمدرضایی و عظیم عابدینی، «نقد نگرش پراگماتیسم در تبیین ضرورت دین»، *قیسات*، ش ۶۷ (۱۳۹۲)، صص ۵-۳۲.

۲۱. حسین صفایی و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، (تهران: میزان، چ ۱۴، ۱۳۸۶)، ص ۱۵۱.

۲۲. این اصل اشعار می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». در این ماده، مشخص نشده که منظور از بی‌احتیاطی چیست و مرز آن از فعل عمد چگونه باید مشخص شود. مثلاً اگر راننده‌ای برای رسیدن به محل کار خود با سرعتی بیش از سرعت مجاز حرکت کند و در اثر تصادف با دیگری، موجب خسارت وی شود، فعل او را باید عمد در نظر گرفت یا بی‌احتیاطی؟ از یک سو، وی قصد ایراد ضرر به هیچ‌کس را نداشته و نمی‌توان ایراد خسارت را عمدی تصور نمود و از سوی دیگر، وی آگاه از سرعت غیرمجاز و تأثیرات آن بوده است یا می‌بایست آگاه بوده باشد، پس نمی‌توان علم وی را در این زمینه نادیده گرفت. گفته شده است «اگر درجه احتمال ورود خسارت از مرحله امکان بگذرد و به ظن قوی یا علم برسد و مرتکب با توجه به آن به رفتار زیانبار دست زند، دیگر نباید آن را غیرعمد شمرد»^{۳۳}. اما نکته اینجاست که گذار از مرحله امکان و رسیدن به ظن قوی یا علم چگونه باید احراز شود؟ ممکن است بتوان بر اساس معیارهای اقتصادی، پاسخ این پرسش را جستجو کرد^{۳۴}، اما به‌کارگیری این معیارها بدو مستلزم پذیرش تحلیل اقتصادی در حقوق داخلی است.

از سوی دیگر، با توجه به اصول چهارم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در هر دو مرحله وضع و تفسیر قانون و صدور احکام قضایی، منابع شرعی بر نظام حقوق داخلی سیطره دارند، لذا در این تحقیق، جایگاه تحلیل اقتصادی حقوق در نظام حقوق داخلی با تمرکز بر رویکرد شرعی مورد توجه قرار گرفته است. فرضیه ما این است که اگرچه تحلیل اقتصادی حقوق ریشه در اندیشه‌های واقع‌گرایانه غربی دارد، اما در منابع شرعی حاکم بر حقوق داخلی، استفاده از این روش علمی منع نشده است.

در راستای بررسی این فرضیه، ابتدا به تحولات تحلیل اقتصادی حقوق از رهگذر تاریخ

۳۳. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی؛ قواعد عمومی، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱۳، ۱۳۹۳)، ص ۳۷۲.

۳۴. مینا بلوری‌فر و همکاران، «تحلیل کارایی نظریه تقصیر بر مبنای نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده»، دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۲ (۱۴۰۰)، صص ۱۴۱-۱۷۳.

شکل‌گیری آن پرداخته‌ایم (بخش اول). با این مطالعه مشخص می‌شود که آن مبنا یا مبانی فکری‌ای که موجب پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق شده است، چه بوده و در حال حاضر این روش تحلیل تابع کدام مکتب فکری است. سپس رویکرد حقوق داخلی با تفکرات واقع‌گرایی و آرمان‌گرایی مقایسه می‌شود (بخش دوم). درنهایت با مشخص شدن سیاست کلی نظام حقوق داخلی و مبانی فکری تحلیل اقتصادی حقوق - از حیث واقع‌گرایی یا آرمان‌گرایی - به امکان به‌کارگیری تحلیل اقتصادی در حقوق داخلی می‌پردازیم. لازم است در انتها، جایگاه کارایی - به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف تحلیل اقتصادی - با جایگاه عدالت - به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف آرمان‌گرایان - مقایسه شود تا در مقام تعارض کارایی و عدالت، راهکار متناسب با سیاست حقوق داخلی اتخاذ گردد.

۱. تاریخ پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق

تلفیق حقوق و اقتصاد موضوع جدیدی نیست؛ حتی گفته شده «تا پیش از تکوین علم اقتصاد در قرن ۱۸ میلادی به طور معمول بحث‌های اقتصادی و حقوقی به صورت مخلوط مطرح می‌شده است»^{۲۵}. «در اواخر قرن ۱۸ علم اقتصاد تکوین یافت و به تدریج از بحث‌های حقوقی مجزا شد. جدایی کامل حقوق و اقتصاد زیاد به طول نینجامید و به تدریج و در قرن بیستم میلادی، جریان‌های فکری به وجود آمد که عوامل اقتصادی را در حقوق و پدیده‌های حقوقی را در اقتصاد مورد توجه قرار داد»^{۲۶}. تحلیل اقتصادی حقوق، محصول این جریان‌های فکری اخیر است.

پیدایش این سه مرحله مرهون تفکرات فلسفی است که موجب تلفیق یا جدایی حقوق و اقتصاد بوده‌اند. در این میان، قرن بیستم میلادی، نقطه عطفی در پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق به‌شمار می‌رود. در این مرحله، مفهوم نوینی از پیوند حقوق و اقتصاد تحت عنوان تحلیل اقتصادی حقوق شکل گرفت که جرعه آن در امریکا زده شد و پس از آن به سایر

۲۵. مجید رضایی دوانی و محمود متوسلی، «ترابط فقه، حقوق و اقتصاد اسلامی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۳۱ (۱۳۸۷)، ص ۳۱؛ علی محمد یثربی، «گزارشی در زمینه راه‌اندازی رشته فقه و حقوق اقتصادی: قرائت فقهی حقوق اقتصادی»، *حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۱۹۷.

۲۶. حسن بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، ص ۹۲.

کشورهای کامن لا و برخی از کشورهای حقوق نوشته راه یافت^{۲۷}.

ریشه‌های پیدایش این تحول را هم می‌توان در مطالعات حقوقی جستجو نمود و هم در مطالعات اقتصادی. در واقع، حقوق‌دانان و اقتصاددانان قرن بیستم، اگرچه به لحاظ ماهوی موضوعات متفاوتی را مورد تحلیل قرار می‌دادند، اما هر دو در یک نکته اشتراک داشتند و آن، تغییر نگرش در برخورد با موضوعات بود. تا پیش از قرن بیستم، تفکرات واقع‌گرایانه جایگاه چندانی در میان حقوق‌دانان و اقتصاددانان نداشت. حقوق‌دانان به قواعد فطری از پیش تعیین‌شده معتقد بودند و اقتصاددانان نیز به استفاده از روش‌های نظری بی‌توجه به واقعیات اقتصادی اعتقاد داشتند^{۲۸}. در حالی که در قرن بیستم تفکرات واقع‌گرایانه بر نگاه‌های نگاه‌های آرمان‌گرا که عمدتاً شکل‌گرا^{۲۹} نیز بودند، غلبه یافت و این امر منشأ پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق محسوب می‌شود.

البته باید توجه داشت که این تغییر نگرش، یکباره حاصل نشد و ریشه در تفکراتی دارد که در اثر وقایع پیش از قرن بیستم میلادی شکل گرفته است و به دو حوزه حقوق و اقتصاد نیز محدود نیست^{۳۰}. به هر روی، مسلماً بررسی تمامی وقایعی که زمینه‌ساز پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق بوده‌اند در این نوشتار نمی‌گنجد. لذا مطلب را از حیث مکاتب حقوقی و نیز مکاتب اقتصادی- تاحدی که برای بررسی فرضیه این تحقیق ضروری است- مطرح می‌کنیم.

۲۷. برای مطالعه روند کامل این تحول، نک:

- Harnay, Sophie & Marciano Alain, "Posner, Economics and the Law: From "Law and Economics" to an Economic Analysis of Law", *Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 31, No. 2 (2019), pp. 215-232.

- Cristina, Carmody Tilley, "Tort Law Inside Out, The Yale", *Law Journal*, Vol. 126, Iss5 (2019), pp. 1328-1329.

۲۸. سید علی سبحانی ثابت و حسن سبحانی، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۲، (۱۳۹۷)، صص ۵۷-۶۰.

29. Formalism

۳۰. به‌طور خلاصه این تغییر نگرش را می‌توان چنین تعبیر کرد که تا قبل از قرن نوزدهم میلادی، فلاسفه عین را تابع ذهن می‌دانستند و بعد از تحولات قرن بیستم، از نظر فلاسفه ذهن تابع عین است. رک. سید مهدی زریباف و همکاران، «عدالت به‌مثابه روش؛ سیر رویکردهای روش‌شناختی در اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۴)، صص ۱۴۷-۱۵۳.

۱.۱. دسته‌بندی مکاتب حقوقی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

اگر بخواهیم مکاتب حقوقی را بر اساس تحولات یادشده در قرن‌های هجدهم و بیستم میلادی، طبقه‌بندی کنیم، مکتب حقوق فطری (طبیعی)^{۳۱} در یک سوی طیف و تحت عنوان آرمان‌گرا و شکل‌گرا قرار می‌گیرد^{۳۲} و مکتب تاریخی حقوقی^{۳۳} و مکتب تحقیقی^{۳۴} در سوی دیگر و تحت عنوان واقع‌گرا جای دارند.

«تا قبل از قرن نوزدهم میلادی، مکتب حقوق فطری، نگاه مرسوم حقوق تلقی می‌شده است. بر اساس این مکتب، منبع حقوق، اراده‌ خداوند و هدف از اجرای اراده او، اقامه عدل است. پس حقوق فطری، تغییرناپذیر و عام است و تغییر زمان و مکان به اعتبار و قدرت آن خللی نمی‌رساند. از نظر مکتب حقوق فطری، در کنار حقوق موضوعه، قواعد ثابتی نیز وجود دارد که قانون‌گذار باید بکوشد تا آن‌ها را بیابد. یعنی در حقوق فطری به آنچه که باید باشد تکیه می‌شود و نگاه این مکتب، آرمان‌گراست. رفته‌رفته این نوع نگاه به حقوق تغییر یافت. به‌گونه‌ای که در قرن نوزدهم و بیستم میلادی، انسان در جستجوی حقیقت به تجربه روی آورد و مکاتب تاریخی و تحقیقی اجتماعی و تحقیقی حقوقی جایگزین مکتب فطری شدند. مکاتب یادشده اگرچه تفاوت‌های بارزی دارند، اما در برابر مکتب فطری واجد این خصیصه مشترک هستند که در همه آن‌ها توجه به واقعیت‌های خارجی و یافتن علت رویدادها جای آرمان‌گرایی را گرفت»^{۳۵}.

31. Natural School of Law

۳۲. لازم به ذکر است که آرمان‌گرایی و شکل‌گرایی مترادف نیستند. آرمان‌گرایی نوعی جهان‌بینی است، درحالی که شکل‌گرایی نوعی روش مطالعه است. اما به این علت این دو عنوان را در یک سوی طیف مورد مطالعه قرار داده‌ایم که ویژگی‌های مشترک دیدگاه‌های آرمان‌گرا، اعتقاد به وجود قواعد ازپیش تعیین‌شده (مثل قواعد الهی در حقوق و اعتقاد به دست نامرئی در اقتصاد) است که باعث به‌کارگیری روش‌های شکل‌گرایانه (تفسیر لفظی در حقوق و روش‌های ریاضی و انتزاعی در اقتصاد) می‌شود. برای مطالعه بیشتر در خصوص آرمان‌گرایی و واقع‌گرایی، نک:

- غلامرضا بهروزی لک، و فرزاد مخلص الائمه، «نسبت آرمان‌گرایی و واقع‌گرایی در آینده‌پژوهی اسلامی»، مطالعات آینده‌پژوهی، ش ۷ (۱۳۹۲)، صص ۱۹-۳۸.

- سید علی سبحانی ثابت، و حسن سبحانی، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، مطالعات اقتصاد اسلامی، ش ۲ (۱۳۹۷)، صص ۵۷-۶۲.

33. Historical School of Law

34. Positivism

۳۵. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۹۲).

به این ترتیب از نظر این مکتب، قواعد ثابتی که در هر زمان و مکان جاری باشد، وجود ندارد، بلکه برعکس، هر جامعه در شرایط اقتصادی و تاریخی و جغرافیایی خاص است و برای ایجاد نظم از قواعد معینی پیروی می‌کند.

این تغییر نگرش، شامل تغییر در روش مطالعه حقوق نیز بوده است.^{۳۶} تا قبل از ظهور مکاتب تحقیقی و تاریخی، منبع مطالعات حقوقی در خود حقوق نهفته بود؛ درحالی که در مکاتب جدید، تاریخ، اجتماع، عرف و به‌طور کلی سایر علوم و پدیده‌های اجتماعی هم می‌توانند منابع مطالعاتی حقوق باشند.

پس می‌توان گفت که پیدایش نگاه تجربی و واقع‌گرایانه مکاتب تحقیقی و تاریخی در برابر مکتب فطری، سرآغاز مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق با دیگر علوم اجتماعی از جمله اقتصاد است.

۲.۱. دسته‌بندی مکاتب اقتصادی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

در حوزه اقتصاد نیز همانند حقوق می‌توان مکاتب^{۳۷} را به دو دسته آرمان‌گرا و واقع‌گرا تقسیم کرد. بر این اساس، مکتب کلاسیک اقتصادی^{۳۸} نمونه بارز مکاتب آرمان‌گرا و شکل‌گرا است و مکتب تاریخی اقتصادی^{۳۹} و مکتب نهادگرایی از جمله مکاتب واقع‌گرا به‌شمار می‌روند.

در حوزه علوم اقتصادی نیز می‌توان مشابه تحولات حقوقی را ملاحظه نمود؛ با این توضیح که تا قبل از پیدایش مکاتب تاریخی و نهادگرایی، مکتب کلاسیک نگاه متعارف و

۳۶. برای مطالعه بیشتر، نک:

- A Leff, Arthur, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, (New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974), pp. 453-459.

- ایرج بابایی، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *حقوق و سیاست*، ش ۲۳ (۱۳۸۶)، ص ۲۳.

- مرتضی نعیمی، «پیشینه رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *تحقیقات حقوقی آزاد*، ش ۱۶ (۱۳۹۱)، صص ۱۷۲-۲۱۹.

۳۷. مکتب در اینجا به مجموعه منظم و روش‌مندی از گزاره‌ها اطلاق می‌شود که خطوط کلی و اصلی زندگی سعادت‌مندان انسان را درباره چگونگی رفتارهای وی در زمینه‌های تولید، توزیع و مصرف کالاها و خدمات ترسیم می‌کند و سایر معانی مکتب مد نظر نیست. رک. حسن آقائری و همکاران، «معناشناسی «مکتب»، «نظام» و «علم» در ادبیات اقتصاد اسلامی»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۷)، ص ۳۱.

38. Classical School of Economics

39. Historical School of Economics

مرسوم به اقتصاد را در خود جای داده بود^{۴۰}. مطابق با آموزه‌های این مکتب، اقتصاد، علمی نظری است که برای پیش‌بینی موضوعات در آن می‌توان از الگوهای خطی و روش‌های نظری بدون توجه به واقعیات بهره برد.

مکتب تاریخی به‌عنوان اولین مکتبی شناخته می‌شود که به مقابله با این دیدگاه برخاست. این مکتب برای مطالعه موضوعات اقتصادی از روش‌های فراققتصادی استفاده کرده است. «مکتب تاریخی اقتصادی بر حسب روش تاریخی به مخالفت با روش‌شناسی مجرد و انتزاعی در نظریات کلاسیک برمی‌خیزد و خواستار مطالعات اقتصاد سیاسی در ارتباط با سایر علوم اجتماعی به‌ویژه حقوق، سیاست و تاریخ می‌شود»^{۴۱}.

«یکی از وجوه بارز مکتب تاریخی، شیوه تفکر و تحقیق استقرایی و تجربی این مکتب است که در برابر قیاس‌گرایی و شیوه تحقیق تئوریک و تجربیدی اقتصاددانان کلاسیک قرار می‌گیرد»^{۴۲}. بنابراین مبنای تحلیل‌های اقتصادی طرف‌داران این مکتب، برخلاف مکتب کلاسیک، صرفاً در تئوری‌های اقتصادی محصور نبود. بلکه آنها به کاربرد روش‌های فراققتصادی در تجزیه مسائل اقتصادی معتقد بودند. به این ترتیب، می‌توان تعامل میان حقوق و اقتصاد را در تحلیل‌های مکتب تاریخی اقتصاد ملاحظه کرد.

روش‌های علمی مکتب تاریخی اقتصادی در مکتب نهادگرایی، تکامل پیدا کرد. «تأکید بر تجربه‌گرایی و توسل به اطلاعات تجربی و مسائل واقعی به جای توجه به نظریه‌های انتزاعی و همچنین توجه به نهادهای مختلف جوامع انسانی، ویژگی‌های اصلی تفکر نهادگرایانه است. نهادگرایان، تجربه‌گرایی خود را از مکتب تاریخی اخذ نموده‌اند و به همین دلیل بسیاری از دانشمندان عقاید اقتصادی، نهادگرایان را وارثان مکتب تاریخی قلمداد می‌نمایند. از نظر این مکتب، عدالت، هدف حقوق است و عدالت پیش‌نیاز توسعه اقتصادی

۴۰. یدالله دادگر، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، (تهران: نشر آماره، چ ۲، ۱۳۹۲)، ص ۵۵.

۴۱. حمید ناظمیان، «چگونه علم اقتصاد علم شد»، *دین و ارتباطات*، ش ۳ (۱۳۷۵)، صص ۲۹-۶۶.

۴۲. هادی صمدی، «معرفی و نقد نظریه اقتصاد تکاملی و رابطه آن با توسعه اقتصادی»، *تحقیقات اقتصادی*، ش ۵۲ (۱۳۷۷)، صص ۱۳۷-۱۶۲.

- سید علی سبحانی ثابت و حسن سبحانی، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۲ (۱۳۹۷)، صص ۵۷-۶۲.

به‌شمار می‌رود»^{۴۳}. بنابراین می‌توان گفت این مکتب نیز همانند مکتب تاریخی اقتصادی و پیشروتر از آن، با فراهم آوردن پیوند حقوق و اقتصاد، زمینه‌ساز پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق بوده است.^{۴۴}

به این ترتیب، می‌توان تقابل دو دیدگاه واقع‌گرایی و شکل‌گرایی را در مطالعات اقتصادی نیز-همانند مکاتب حقوقی- ملاحظه نمود. از نظر اقتصاددانان نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد، اقتصاد را نمی‌توان بدون توجه به دیگر علوم اجتماعی و از جمله حقوق مورد مطالعه قرار داد. به تبع این امر، روش مطالعه اقتصاد منحصر به روش‌های نظری نبوده و روش‌های تجربی و مطالعات فرااقتصادی نیز به این علم وارد شده است.

۳.۱. تفکر حاکم بر مطالعات اقتصادی و حقوقی امروز

امروزه حقوق‌دانان و اقتصاددانان به این نتیجه رسیده‌اند که هیچ‌یک از تفکرات افراطی، اگرچه در جهت واقع‌گرایی، نمی‌تواند مطلوب باشد. به همین علت در حوزه اقتصاد، نهادگرایان جدید بی‌آنکه در پی حذف روش‌های انتزاعی باقی‌مانده از مکتب کلاسیک باشند، معتقدند که باید روش‌های تجربی را به روش‌های انتزاعی در اقتصاد اضافه نمود.^{۴۵} در حوزه حقوق نیز این نتیجه به‌دست آمده است که انکار حقوق فطری «حقوق را دنباله‌روی توده‌های عوام می‌سازد. درحالی که تأمین پیشرفت جامعه احتیاج به هدفی بالاتر از وضع

۴۳. محمد کیوانی امینه، «آشنایی با مکتب نهادگرایی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۲۲ (۱۳۸۵)، صص ۹۱-۱۲۰.
- سعیدرضا ابدی و همکاران، «مکاتب اقتصادی و حقوق کار (با تکیه بر اقتصاد نهادگرایی و نوکلاسیک)»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۶ (۱۳۹۵)، صص ۱۵۹-۱۸۴.

۴۴. البته در این میان، برخی از نهادگرایان نیز مخالف تحلیل اقتصادی حقوق هستند. «اقتصاد نهادگرایی جدید با تأکید بر اهمیت نهادها در تحلیل رفتارهای اقتصادی و به تبع آن، مشی واقع‌گرایانه و دیدگاه میان‌رشته‌ای، مسائل اقتصادی را به شیوه‌ای متفاوت از اقتصاد متعارف تحلیل می‌کند»، ر.ک. محمدحسین کرمی و سعید گودرزی، «دلالت‌های نهادگرایی جدید برای اقتصاد اسلامی در مواجهه با آثار خارجی»، معرفت/اقتصاد اسلامی، ش ۱، (۱۳۹۷)، ص ۱۰۲.

با این حال، به زعم آنان «در قالب رویکرد فوق صرفاً ابزارها و تکنیک‌های اقتصادی در تحلیل موضوعات حقوقی به کار می‌روند و به تأثیر نهادهای اساسی در حقوق توجه نمی‌شود»، ر.ک. یدالله دادگر، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، تحقیقات حقوقی، ش ۴۳ (۱۳۸۵)، صص ۱۶۳-۲۰۶.

با این حال، نقش مکتب نهادگرایی در پیوند حقوق و اقتصاد، ولو به صورت سنتی آن، انکارناشدنی است.
۴۵. داگلاس سی نورث، نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی، ترجمه محمدرضا معینی، (تهران: سازمان برنامه و بودجه، ج ۱، ۱۳۷۷)، صص ۳۲-۳۷.

موجود دارد و در تلاش به سوی عدالت، حقوق پیشگام است نه دنباله‌رو»^{۴۶}.

با این وصف، می‌توان گفت در حال حاضر، نگاه‌های تکثرگرا بر حقوق و اقتصاد حاکم است.^{۴۷} جلوه این تکثرگرایی را در تحلیل اقتصادی حقوق نیز می‌توان ملاحظه نمود. در تحلیل اقتصادی حقوق به‌عنوان یکی از محصولات تفکرات واقع‌گرایانه، نگاه محقق صرفاً تجربی نیست^{۴۸}، بلکه برعکس، حاصل انتقادات وارده به جریان‌های مرسوم در حقوق و اقتصاد، این بوده است که در کنار استفاده از الگوهای ریاضی (مطابق با مکتب کلاسیک اقتصادی) و قواعد از پیش تعیین‌شده (مطابق با مکتب حقوق فطری)، می‌توان و یا حتی ضروری است که از داده‌های تجربی نیز استفاده شود^{۴۹} به این ترتیب، شاید تقابل واقع‌گرایی با تفکرات ماقبل خود، امروزه به نوعی وفاق تحت عنوان تکثرگرایی تبدیل شده است.

در واقع، «تحلیل اقتصادی حقوق مانند هر گرایش، رشته و معرفت دیگر، مجموعه‌ای تکثری است. همان‌گونه که خود اقتصاد چند قرائتی است و همان‌گونه که مکاتب حقوق نیز چند قرائتی هستند، سنتز حقوق و اقتصاد نیز چند قرائتی است»^{۵۰}. اتفاقاً پیدایش دو گرایش متفاوت اما مرتبط با هم از تحلیل اقتصادی حقوق تحت عنوان تحلیل اثباتی^{۵۱} و تحلیل هنجاری^{۵۲}، ناشی از تفکرات تکثرگرایانه است. این دو گرایش از حیث روش تحقیق متفاوت‌اند و همان‌گونه که گفتیم در تحلیل اقتصادی حقوق نیز روش‌های اقتصادی مورد

۴۶. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۵۰، ۱۳۸۵)، صص ۳۰ و ۳۴.
۴۷. سید مهدی زریباف و همکاران، «عدالت به مثابه روش: سیر رویکردهای روش‌شناختی در اقتصاد اسلامی»، مطالعات اقتصاد اسلامی، ش ۱، (۱۳۹۴)، صص ۱۴۸-۱۴۹.

- امیرخادم علیزاده و همکاران، «کاربرد ریاضیات در اقتصاد اسلامی؛ مزایا و محدودیت‌ها»، مطالعات اقتصاد اسلامی، ش ۱، (۱۳۹۴)، ص ۸۰.

۴۸. در همین زمینه گفته شده است که «در کنار گرایش‌های واقع‌گرایانه حقوق و اقتصاد، برخی تحلیل‌های اقتصادی حقوق و پیش‌فرض‌های مربوط به نقش عوامل در روابط اقتصادی و حقوقی هم چون هزینه‌های اجتماعی و فرض رفتار انسان معقول به نحوه استدلال مکتب شکل‌گرای حقوق شباهت دارد»، ر.ک. ایرج بابایی، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، حقوق و سیاست، ش ۲۳ (۱۳۸۶)، ص ۲۳.

۴۹. محمود مشهدی احمد و همکاران، «تقدی بر روش‌شناسی اقتصاد مرسوم»، برنامه‌ریزی و بودجه، ش ۲ (۱۳۹۰)، صص ۹-۳۰.
- Sayyid Tahir, "Islamic Economics and Prospects for Theoretical and Empirical Research", *Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics*, Vol. 30, No. 1 (2017), p. 11.

۵۰. یدالله دادگر، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، تحقیقات حقوقی، ش ۴۳ (۱۳۸۵)، صص ۱۶۳-۲۰۶.

51. Positive Economic Analysis

52. Normative Economic Analysis

استفاده قرار می‌گیرند و نه موضوعات ماهوی اقتصاد^{۵۳}.

روش‌های اقتصادی به دو دسته نظری و تجربی تقسیم می‌شوند. در شاخه تحلیل نظری می‌توان هم بر اساس آمار به تحلیل اقتصادی پرداخت و هم بر اساس تئوری و الگو^{۵۴}. در مقابل، در روش تجربی می‌توان هم از پرسش‌نامه، مصاحبه و آزمایش استفاده کرد و هم از اقتصادسنجی^{۵۵}.

در تحلیل اثباتی، محقق بر اساس روش‌های عموماً نظری به تحلیل موضوعات می‌پردازد و مشخص می‌کند که این موضوعات به لحاظ اقتصادی کارا هستند یا نه. اما در تحلیل هنجاری، محقق بر اساس روش‌های عموماً تجربی به تحلیل اقتصادی موضوعات پرداخته، مشخص می‌کند که قوانین بعدی باید چگونه وضع شوند یا قوانین کنونی باید چگونه اصلاح شوند تا مطابق با نتایج اقتصادی، کارا باشند.

از دیدگاه این مقاله می‌توان گفت تحلیل اقتصادی اثباتی، بیشتر از موضع دادرسی قابل اعمال است و تحلیل اقتصادی هنجاری، بیشتر از موضع قانون‌گذار. مثلاً وقتی دادرسی بر اساس معیارهای اقتصادی مشخص می‌کند که رفتار زیان‌دیده عمد یا غیرعمد بوده، بحث از هست‌ها و نیست‌ها است؛ درحالی که وقتی قانون‌گذار از لزوم تعیین سقف مهریه بحث

53. William Landes & Richard A. Posner, *The Structure of Tort Law: The Economic Structure of Tort Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987), p. 1233.

- حسن بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، صص ۹۱-۱۳۵.
۵۴. استفاده از آمار به این توجیه متکی است که معمولاً اعداد و ارقام، پارامترهای گویایی هستند و می‌شود به آنها تکیه کرد. اما گاهی نیز به جای آمار از تئوری و الگو استفاده می‌شود. به این ترتیب که متغیرهای مشخصی را که در تأثیرگذاری بر رفتارها اهمیت خاص دارند، جدا نموده، مطالعه می‌کنند. نک: امیر خادم علیزاده و همکاران، «کاربرد ریاضیات در اقتصاد اسلامی؛ مزایا و محدودیت‌ها»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۴)، ص ۶۴؛ یدالله دادگر، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، (تهران: نشر آماره، چ ۲، ۱۳۹۲)، صص ۸۳-۸۶.

۵۵. در روش پرسش‌نامه از یک نمونه آماری، سوالات موردنظر پرسیده شده و بر اساس پاسخ آنها داوری می‌شود و مصاحبه نیز دربردارنده پرسش از برجسته‌ترین کارشناسان به جای پرسش از مردم عادی است. برخلاف پرسش‌نامه و مصاحبه که دو روش عمومی و دائمی در علوم انسانی است، روش آزمایش بیشتر در مواردی کاربرد دارد که امکان کنترل و تکرار رفتار پدیده‌ها وجود داشته باشد. با این حال، از آنجا که رفتارهای انسانی در معرض تغییرات و تحولات دائمی است و از تنوع بسیار برخوردار است، معمولاً امکان کنترل و تکرار این رفتارها یا میسر نیست یا بسیار پرهزینه است. بالاخره، شیوه دیگر در تجزیه و تحلیل تجربی در اقتصاد، روش اقتصادسنجی است که عبارت از تجزیه و تحلیل آماری داده‌ها بر مبنای تئوری اقتصادی و با کمک مدل‌های ریاضی (همان، صص ۸۳-۸۶).

می‌کند، متمرکز بر بایدها و نبایدها است. در این نوشتار، در مقام ترجیح یکی از دیدگاه‌های پیش‌گفته بر دیگری نیستیم و از نظر ما هریک در موضع خود می‌تواند به کار رود.

۲. تطبیق مبانی تحلیل اقتصادی حقوق با حقوق داخلی

با مطالعه تاریخ شکل‌گیری تحلیل اقتصادی حقوق، بنیان‌های فکری این روش تحلیل مشخص شد. اکنون به سؤال اصلی تحقیق برمی‌گردیم که آیا می‌توانیم تحلیل اقتصادی حقوق را در نظم حقوقی ایران به کار ببریم؟ بر اساس مبانی فکری تحلیل اقتصادی حقوق، سه حالت را می‌توان تصور کرد:

- اگر حقوق داخلی آرمان‌گرای محض باشد، با توجه به تقابل تحلیل اقتصادی حقوق با این نوع نگاه که در پیدایش تحلیل اقتصادی حقوق مؤثر بوده است، نمی‌توانیم از تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق داخلی سخن به میان آوریم؛ یعنی تحلیل اقتصادی حقوق به لحاظ مبانی فکری کاملاً متفاوت با حقوق ایران خواهد بود. تحلیل اقتصادی به دنبال دستیابی به کاراترین حالت ممکن است درحالی که آرمان‌گرایان به دنبال تحقق عدالت هستند؛ فارغ از آنکه تحقق عدالت به لحاظ اقتصادی کارا باشد یا نباشد.
- اگر حقوق داخلی واقع‌گرای محض باشد، کاربرد تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق داخلی کاملاً جایز خواهد بود؛ چه اینکه ریشه تحلیل اقتصادی حقوق در نگاه‌های واقع‌گرایانه نهفته است.
- اگر حقوق داخلی تکثرگرا باشد، کاربرد تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق داخلی جایز است و می‌توان به قرائت هنجاری یا اثباتی تحلیل اقتصادی حقوق روی آورد. در این دیدگاه، گاهی تحقق کارایی ملاک عمل قانون‌گذار و دادرس است و گاه فلسفه‌ای از پیش تعیین‌شده و فراتر از کارایی اقتصادی، ملاک قرار می‌گیرد.

جستجوی مبنا و سیاست حقوق داخلی کار ساده‌ای نیست. ما این جستجو را بر اساس اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی آغاز می‌کنیم. «این اصول موجب شده‌اند که حقوق اسلامی در زمره منابع رسمی و تکمیل‌کننده قوانین باشد. حقوق اسلامی نه تنها معیار وضع قانونی

عادلانه است، در دادگاه نیز به‌عنوان متمم قانون مورد استناد قرار می‌گیرد»^{۵۶}.

بر طبق اصول یادشده، تا حدود زیادی می‌توان به این نکته رسید که مبنای حقوق داخلی، هیچ‌یک از تفکرات آرمان‌گرا یا واقع‌گرا به صورت محض نیست، بلکه دیدگاه‌های تکثرگرا در حقوق داخلی جریان دارد. حقوق داخلی برگرفته از قوانین موضوعه و منابع اسلامی است. در کنار هم قرار گرفتن قوانین موضوعه و منابع اسلامی در اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی، خود قرینه‌ای بر تفکر تکثرگرایی در نظام حقوقی داخلی است؛ چراکه قانون‌گذار جمهوری اسلامی با وضع این اصول، از هر دو منبع در استقرار نظم حقوقی ایران بهره گرفته است.

حقوق داخلی همانند دیدگاه‌های حاکم بر تحلیل اقتصادی حقوق، تکثرگراست و به همین علت گفته شده است که «نمی‌توان مبنای حقوق را به‌تنهایی عدالت یا جبر تاریخ یا اراده طبقه حاکم شمرد. تمام عواملی که تمدن ملتی را به‌وجود آورده، در ایجاد حقوق آن ملت مؤثر است. مهم‌ترین نیروهای سازنده حقوق را می‌توان در کنار اخلاق، مذهب، آرمان‌های سیاسی و اجتماعی در عوامل اقتصادی نیز جستجو نمود»^{۵۷}. بنابراین اگر مبنای حقوق داخلی را تفکرات تکثرگرایانه بدانیم سخنی به‌گرافه نگفته‌ایم.

منابع شرعی بخش اعظمی از حقوق داخلی است و در بسیاری موارد، منابع شرعی خلأهای حقوق موضوعه را جبران می‌کند. همچنین با بررسی سیر تاریخی تحلیل اقتصادی حقوق، محرز گردید که امروزه مبنای فکری به‌کارگیری روش‌های اقتصادی در تحلیل قواعد حقوقی، دیدگاه‌های تکثرگراست. پس اگر منابع شرعی نیز همسو با این دیدگاه باشند، می‌توان گفت تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق داخلی بر مبنای منابع شرعی قابل پذیرش است. اما اگر این منابع بر دیدگاه‌های آرمان‌گرایانه محض مبتنی باشند و هیچ ردی از واقع‌گرایی را نتوان در آنها جستجو نمود، در پذیرش تحلیل اقتصادی حقوق ایران - حداقل در بخشی از قوانین که مبتنی بر منابع شرعی هستند - باید تردید نمود. برای بررسی این مطلب، باید رویکرد کلی هریک از منابع شرعی را مورد مطالعه قرار داد. در ادامه با بررسی

۵۶. ناصر کاتوزیان، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، *حقوقی دادگستری*، ش ۲۱ (۱۳۷۶)، ص ۲۱.

۵۷. ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵۰، ۱۳۸۵)، صص ۳۳-۳۴.

رویکرد هریک از منابع شرعی، می‌کوشیم به پرسش اصلی این تحقیق که عبارت است از امکان‌سنجی به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق ایران، پاسخ دهیم.

بنابر شواهد تاریخی، قرآن به‌عنوان مهم‌ترین منبع شرع، از طرف خدا و به‌وسیله جبرئیل بر پیامبر اکرم (ص) به صورت وحی نازل شده است؛ یعنی منشأ پیدایش قرآن، خود، بخشی از واقعیت است. در قرآن در همین زمینه تصریح شده است که «وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ»^{۵۸}؛ یعنی «او از روی هوس سخن نمی‌گوید. آنچه می‌گوید جز آنچه بدو وحی می‌شود، نیست». بنابراین پیدایش قرآن به‌هیچ‌وجه قابل انتساب به انبای بشر نیست، بلکه منتسب به وجودی است فراتر از بشر و فراتر از واقعیات مشاهده‌پذیر و ملموس. در واقع، اگرچه قرآن منشأ والاتری از واقعیات مشاهده‌پذیر دارد، اما وجود شارع نیز به‌عنوان منشأ پیدایش قرآن، خود، بخشی از واقعیت است و نه زاده ذهن.

به‌علاوه، آیات قرآن مبین احکامی است که در هر زمان و مکان ثابت و یکسان است و هدف نهایی از التزام بشر به آموزه‌های آن، رستگاری است. این امور نشان از گرایش قرآن به آرمان‌گرایی دارد. اما این گرایش به آرمان‌گرایی با دو ملاحظه تعدیل می‌شود؛ اول اینکه بخش قابل‌توجهی از آیات قرآن بنابر حوادثی نازل گردیده که این حوادث بخشی از واقعیات موجود در جامعه محسوب می‌شده و یا برای تعیین تکلیف افراد در امور دنیوی نازل شده است.^{۵۹} این مطلب از مطالعه شأن نزول بسیاری از آیات قرآن قابل استنباط است. مثلاً گاهی سؤالاتی از پیامبر پرسیده می‌شده و در پی آن آیات قرآن نازل می‌شده است^{۶۰} و یا نزول آیات، انعکاسی از فضای حاکم بر جامعه بوده است.^{۶۱}

دوم اینکه احکام اولیه که فارغ از زمان و مکان هستند، گاه به حکم اضطرار به احکام ثانویه تغییر کنند. به بیان دیگر، اگرچه احکام اولیه‌ای که در قرآن ذکر شده جهان‌شمول و کلی است، اما احکام ثانویه نیز در قرآن پیش‌بینی شده که بر اساس تغییر شرایط اعمال

۵۸. نجم: ۳ و ۴

۵۹. مانند آیات راجع به احکام ازدواج، طلاق، معاملات، ارث و ...

۶۰. برای نمونه می‌توان اشاره داشت به سوره‌های بقره: ۱۴۴ و ۱۵۸، مائده: ۵۴ و ۵۵، و توبه: ۳۷.

۶۱. سهیلا پیروزفر، «حقیقت‌نگری و واقع‌نگری آموزه‌های وحیانی»، *مطالعات اسلامی*، ش ۷۸ (۱۳۸۶)، ص ۷۸.

می‌شوند و در واقع، تغییر احکام اولیه به ثانویه با در نظر گرفتن واقعیات و گرایش به واقع‌گرایی بوده است. بنابراین، اگرچه محتوای قرآن مبین احکامی کلی است که فارغ از زمان و مکان خاص، قابل استناد است، اما این امر به معنای نفی واقع‌گرایی از منظر قرآن نیست.^{۶۲}

سنت نیز شرح و تفسیر قرآن است، پس منطقی‌ن باید مخالف با قرآن باشد؛ یعنی سنت نیز همانند قرآن هیچ منافاتی با واقع‌گرایی ندارد، چراکه سنت در مقام تفصیل و توضیح قرآن است. وانگهی، بسیاری از احکام از نوع امضایی هستند؛ یعنی در میان مردم به‌عنوان واقعیات جامعه سابقه داشته و از طریق قول یا فعل یا تقریر معصوم، مورد تأیید قرار گرفته است. پس می‌توان گفت بخشی از سنت، ناظر بر اموری واقعی است و نه قاعده‌ای از پیش تعیین‌شده و فارغ از واقعیات موجود جامعه.

اجماع نیز بنا بر نظر امامیه، اتفاق نظر مجتهدان در امور دینی است به شرط آنکه کاشف از رأی معصوم باشد.^{۶۳} کاشفیت از رأی معصوم به‌عنوان جزئی جدایی‌ناپذیر از اجماع، موجب می‌شود که اجماع نیز مخالفتی با سنت و در نتیجه مخالفتی با قرآن نداشته باشد. پس اگر رویکرد واقع‌گرایی به‌طور کلی از نظر قرآن و پس از آن از منظر سنت نفی نشده باشد، از طریق اجماع نیز قابل رد نیست.

عقل، چهارمین منبع شرعی از نظر فقهای امامیه است و به نظر می‌رسد که بیش از دیگر منابع شرعی می‌توان واقع‌گرایی را در احکام مبتنی بر عقل به‌ویژه احکام مبتنی بر مستقلات عقلیه ملاحظه نمود. توضیح آنکه یکی از تقسیماتی که برای دلیل عقلی مطرح شده است، تقسیم آن به مستقلات عقلیه و استلزامات عقلیه است.^{۶۴} «در مستقلات عقلیه، عقل بدون استعانت از شرع، حکم قضیه را صادر می‌کند و آن را منتسب به شرع می‌داند. در این قیاس، مقدمه اول، حکم عقل به قبح یا حسن یک موضوع است و مقدمه دوم، تلازم میان حکم

۶۲ سیدعلی سبحانی ثابت و حسن سبحانی، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۲، (۱۳۹۷)، ص ۷۰.

۶۳ ابوالحسن محمدی، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲۷، ۱۳۸۶)، ص ۱۷۵.
۶۴ همان، ص ۲۰۵.

عقل و حکم شرع^{۶۵}. پس اگر از نظر عقلی، به کارگیری اقتصاد در تحلیل قواعد حقوقی، امری حسن باشد، بنابه قاعده تلازم میان عقل و شرع، می‌توان به کارگیری آن را در حقوق داخلی صحیح دانست و تحلیل اقتصادی حقوق، مخالف با منابع شرعی نیست. به این ترتیب، اگر بخواهیم بر اساس مستقلات عقلیه، حکم به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق را در قانون‌گذاری یا دادرسی‌های داخلی بررسی نماییم، صغرای قیاس این است که تحلیل اقتصادی حقوق، عقلاً حسن است. بر اساس کبرای قیاس نیز بین حکم عقل و حکم شرع تلازم وجود دارد. نتیجه اینکه تحلیل اقتصادی حقوق، شرعاً حسن است. از حسن بودن به کارگیری تحلیل اقتصادی در حقوق، حکم به جواز آن استنتاج می‌شود. به بیان دیگر، بدیهی است که از حسن بودن یک موضوع، حکم به کراهت یا حرمت استنتاج نمی‌شود، و با توجه به اینکه حکم به وجوب یا اباحه به کارگیری این روش در منابع شرعی ذکر نشده است، بنابراین حسن بودن عقلی این قیاس به حکم جواز تعبیر می‌شود.

بر اساس این نتیجه، قانون‌گذار داخلی می‌تواند از تحلیل اقتصادی حقوق استفاده کرده، بر اساس روش‌های اقتصادی، بین حالات مختلفی که ممکن است برای یک قانون در نظر گرفته شده باشد، دست به انتخاب بزند. مثلاً در هنگام وضع قانون، اینکه مبنای مسئولیت مدنی، تقصیر باشد یا خطر، یک انتخاب است. با بهره‌گیری از تحلیل اقتصادی حقوق، قانون‌گذار می‌تواند بر مبنای معیارهای اقتصادی، به انتخاب میان هریک از این دو مبنا دست یازد، یا در مقام دادرسی، قاضی می‌تواند بر مبنای روش‌های اقتصادی، سهل‌انگاری را از تقصیر بازشناسد؛ یعنی بر مبنای مستقلات عقلیه، به کارگیری روش‌های اقتصادی در تحلیل حقوق داخلی، منافاتی با شرع ندارد. با این حال، باید توجه داشت که منظور از به کارگیری مستقلات عقلیه در اینجا صرفاً استنباط جواز به کارگیری این روش تحلیل در حقوق داخلی است و همه نتایج حاصل از تحلیل اقتصادی در موضوعات مختلف را نمی‌توان بر مبنای قیاس پیش‌گفته تجویز کرد. مثلاً اگر فروش اعضای بدن موضوع تحلیل اقتصادی قرار گیرد، نمی‌توان به صرف مجاز و مطلوب بودن تحلیل اقتصادی بر اساس قیاس فوق،

۶۵ محمدطاهر یوسفی، «پژوهشی در باب مستقلات عقلیه»، *خردنامه صدر*، ش ۱۴ (۱۳۷۷)، صص ۷۹-۸۲؛ سعیده حسینیان، «کارکردهای عقل در دین پژوهی»، *قیاسات*، ش ۳۴ (۱۳۸۸)، صص ۱۴۲-۱۷۲.

فروش اعضای بدن را نیز جایز دانست، بلکه در هر قیاس باید حدود و شرایط به‌کارگیری مستقلات عقلی را مدنظر قرار داد که در جای خود بررسی شده است^{۶۶} و در ادامه نیز از دیدگاه مقایسه‌ی بین‌کارایی و عدالت به این مهم پرداخته خواهد شد.

۳. مقایسه‌ی کارایی و عدالت

در مباحث پیشین این نتیجه‌ی کلی به‌دست آمد که تحلیل اقتصادی در حقوق داخلی قابل پذیرش است و به‌طور کلی ممنوع نیست. اما گاه در تحلیل برخی موضوعات حقوقی، نتیجه‌ای که از منظر اقتصادی کارا به‌شمار می‌رود، ممکن است از دیدگاه منابع شرعی مطلوب یا مجاز نباشد؛ یعنی تحلیل اقتصادی قانون‌گذار یا دادرس را به مسیری هدایت می‌کند که از نظر منابع شرعی عادلانه محسوب نمی‌شود. بنابراین در تحلیل اقتصادی مقررات حقوقی این بحث قابل تأمل است که آیا اقتصاد بدون توجه به فلسفه حقوق می‌تواند هدف از وضع قواعد حقوقی را مشخص و ابزار مناسب برای رسیدن به اهداف را نیز معین کند؟ و یا اقتصاد صرفاً ابزار مناسب برای رسیدن به اهدافی را که در حقوق مشخص شده‌اند، معرفی می‌کند. به تعبیر دیگر، نقش اقتصاد در تحلیل اقتصادی حقوق، هدفمندی توأم با ابزارگرایی است یا در ابزارگرایی خلاصه می‌شود؟

با یک مثال این دو حالت را تبیین می‌کنیم؛ فرض کنید بازسازی مجرمان و جلوگیری از ارتکاب جرم به‌عنوان دو هدف در حقوق کیفری مطرح باشد. اگر اعمال جزای نقدی، مجازات‌های جایگزین حبس و تدابیر مراقبتی موجب بازسازی مجرمان شوند، می‌توان این‌گونه مجازات‌ها را ابزارهایی برای رسیدن به هدف بازسازی تلقی کرد. در مقابل، اگر اجرای مجازات حبس یا شلاق موجب ارباب مجرمان بالقوه شود، می‌تواند به‌عنوان ابزاری برای تحقق هدف جلوگیری از ارتکاب جرم معرفی و اعمال گردد.

حال اگر نقش اقتصاد در تحلیل قواعد و نهادهای حقوقی هدفمندی و ابزارگرایی باشد، در ترجیح بین بازسازی و جلوگیری از ارتکاب جرم - فارغ از اصول حاکم بر حقوق

۶۶ مینا بلوری فر و همکاران، «به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقلات عقلی و قاعده‌ی مصلحت»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۸ (۱۳۹۸)، صص ۱-۲۳.

کیفری - هدفی برگزیده می‌شود که به لحاظ اقتصادی مطلوب باشد. مثلاً اگر این نتیجه حاصل شود که با ارتکاب جرم بخشی از منابع جامعه تلف می‌شود، جلوگیری از ارتکاب جرم مقدم بر بازسازی مجرمان خواهد بود. حال در انتخاب بین مجازات‌های حبس یا شلاق به‌عنوان ابزارهایی برای تحقق هدف جلوگیری از ارتکاب جرم، مجازاتی برگزیده می‌شود که منافع اقتصادی بیشتری را تأمین کند؛ مثلاً ممکن است این نتیجه به‌دست آید که اعمال مجازات حبس موجب تحمیل هزینه به جامعه خواهد شد؛ چراکه بخشی از بودجه عمومی کشور باید صرف هزینه نگهداری زندانیان شود. از سوی دیگر، زندانیان هیچ نقشی در کار و تولید نخواهند داشت که این امر نیز باعث هدر رفتن بخشی از نیروی کار می‌شود. پس اجرای مجازات شلاق مناسب‌تر از حبس است. در این حالت نقش اقتصاد، هم معطوف به تعیین هدف قواعد حقوقی است و هم شناسایی ابزار مناسب.

اما اگر در مثال پیش‌گفته، نقش اقتصاد صرفاً تعیین ابزار مناسب برای رسیدن به اهدافی باشد که در حقوق تعیین شده است و اگر چنین فرض کنیم که طبق اصول حاکم بر نظام حقوق کیفری، بازسازی مقدم بر جلوگیری از ارتکاب جرم است، نقش اقتصاد فقط محدود به انتخاب بین اعمال جزای نقدی، مجازات‌های جایگزین حبس یا تدابیر مراقبتی خواهد بود و ممکن است با این دیدگاه، اعمال جزای نقدی مناسب‌تر از مجازات‌های جایگزین حبس یا تدابیر مراقبتی باشد.

مقایسه این دو حالت نشان می‌دهد که اگر نقش اقتصاد در تحلیل‌های حقوقی، هدفمندی توأم با ابزارگرایی باشد، در تحلیل اقتصادی برخی مصادیق، ارزش‌های حقوقی مطرح در فلسفه حقوق نادیده گرفته می‌شود؛ چراکه از دیدگاه آرمان‌گرایانه، یکی از مهم‌ترین اهداف مقررات حقوقی، تحقق عدالت و برپایی نظم اجتماعی است. حال آنکه عدالت و انضباط اجتماعی همواره در ترازوی اقتصادی کالاهای به‌صرفه محسوب نمی‌شوند. در واقع، ماحصل بحث‌های این مقاله در این نکته نهفته است که وقتی می‌گوییم تحلیل اقتصادی حقوق با نگاه تکثرگرایی حقوق داخلی منافات ندارد، چه جایگاهی برای تحلیل اقتصادی در نظر گرفته شده است؟ کارایی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف تحلیل اقتصادی که از دیدگاه واقع‌گرایان واجد اهمیت است در مقایسه با عدالت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف حقوقدان‌های آرمان‌گرا، چه جایگاهی دارد؟ نگاه تکثرگرایی حقوق داخلی را که هم به

عدالت نظر دارد و هم کارایی را مجاز می‌داند، در مقام تعارض میان این دو چگونه باید تفسیر کرد؟

در پاسخ به این پرسش‌ها لازم است دو دسته از موضوعات تفکیک شوند؛ اگر آنچه که موضوع تصمیم و انتخاب است به لحاظ ماهوی یک موضوع اقتصادی باشد، علم اقتصاد می‌تواند هدف از تصمیم و انتخاب را مشخص کند. مثلاً اگر قانون‌گذار بین وضع مالیات بر دهک‌های بیشتری از جامعه یا افزایش نرخ مالیات مردد باشد، انتخاب بین یکی از این دو گزینه، ماهیت اقتصادی دارد؛ پس علم اقتصاد می‌تواند هدف از وضع مالیات را مشخص و بر آن اساس، قانون مناسب را انتخاب کند. ممکن است هدف از افزایش نرخ مالیات، توزیع مالیات بین اقشار کم‌درآمد و رفع فقر باشد، و هدف از وضع مالیات بر دهک‌های بیشتری از جامعه، ایجاد انگیزه برای کار در سطح وسیع‌تری از افراد جامعه. با در نظر گرفتن شرایط اقتصادی جامعه ممکن است هریک از این دو گزینه به‌عنوان هدف اصلی انتخاب و قانون متناسب با آن وضع شود.

اما اگر موضوع مورد مطالعه ماهیتاً غیراقتصادی باشد، استفاده از علم اقتصاد صرفاً به‌منظور دستیابی به ابزار مناسب است و اقتصاد نمی‌تواند به ارزش‌گذاری اهداف دیگر علوم بپردازد و یکی را بر دیگری ترجیح دهد. ارزش‌گذاری و قضاوت در خصوص درستی یا نادرستی اهداف در علوم غیراقتصادی، وابسته به معیارهایی است که در آن علوم ارائه می‌شود و وظیفه اقتصاد این است که با شناسایی اهداف، ابزار مناسب را برای تحقق آن اهداف بیابد.^{۶۷}

مثلاً وقتی گفته می‌شود هدف از مقررات مسئولیت مدنی، جبران خسارت است، اقتصاد

67. Murray N. Rothbard, *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 1997), p. 9.

- عباس طوسی، *تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها*، (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۳)، ص ۵۰.

- مرتضی نعیمی و محمد راسخ، «تبیین و نقد مفهوم «انسان اقتصادی» در رویکرد اقتصادی به حقوق»، *حقوق اقتصادی* (دانش و توسعه سابق)، ش ۲ (۱۳۹۱)، ص ۱۴۲.

- مجید اکبرپور و همکاران، «بررسی تمهیدات طبیعی در حقوق ایران؛ با رویکرد حقوقی و تحلیل اقتصادی»، *حقوقی دادگستری*، ش ۷۶ (۱۳۹۰)، ص ۲۰۴.

می‌کوشد سریع‌ترین و کم‌هزینه‌ترین روش جبران خسارت را معرفی کند. ممکن است یکی از این راه‌ها استفاده از انواع بیمه باشد. حال اگر هدف قانون‌گذار از وضع مقررات مسئولیت مدنی، جلوگیری از بروز خسارت باشد، ممکن است از نظر اقتصادی گسترش انواع بیمه مطلوب نباشد و وضع قاعده برای اعمال خسارت تنبیهی توصیه شود. چنان‌که در این مثال مشخص است اقتصاد هیچ قضاوتی در خصوص درستی و نادرستی یا اولویت‌بندی اهداف حقوقی ندارد و بین هدف جبران خسارت یا پیشگیری از بروز زیان، هیچ انتخابی ندارد و صرفاً می‌تواند به بررسی ابزار مناسب در جهت نیل به اهداف یادشده بپردازد.^{۶۸}

با این توصیف وقتی گفته می‌شود نگاه تکثرگرایی حقوق داخلی با به‌کارگیری اقتصاد در تحلیل موضوعات حقوقی مخالف نیست، به معنی تجویز کلیه نتایج حاصل از تحلیل اقتصادی حقوق نیست، بلکه باید بین هدفمندی و ابزارگرایی اقتصاد تفکیک قائل شد. در آن دسته از موضوعات حقوقی که ذاتاً اقتصادی است، اقتصاد می‌تواند علاوه بر تشخیص کارایی، به ایجاد هنجار نیز دست یازد، اما در سایر موضوعات، کاربرد تحلیل اقتصادی صرفاً برای تشخیص کاراترین ابزار در جهت اهدافی است که در قواعد حقوقی و منابع شرعی از پیش تعیین شده است.

نتیجه

تحلیل اقتصادی حقوق که شیوه نوینی از پیوند حقوق و اقتصاد است، مرهون تفکرات واقع‌گرایی است که عمدتاً در نیمه دوم قرن نوزدهم در حقوق و اقتصاد شکل گرفت و تفکراتی را که مبنای مکاتب پیش از خود بوده، به چالش کشیده است. اما امروزه تحلیل اقتصادی حقوق نگاه مطلقاً واقع‌گرا ندارد، بلکه بیش از اینکه منتسب به تفکر خاصی باشد، تحت تأثیر تفکرات تکثرگرایانه است. دقیقاً به همین علت است که دو قرائت مختلف از تحلیل اقتصادی حقوق تحت عنوان تحلیل اثباتی و تحلیل هنجاری پدید آمده است؛ چه

۶۸. ممکن است ایراد شود که در این موارد اساساً نیازی به استفاده از اقتصاد نیست و منطقی‌تر آن است که استفاده از ابزارهای اقتصادی محدود به موضوعات مالی شود. در پاسخ به این ایراد، لازم به ذکر است که نگاه حمایتی در امور غیرمالی اشخاص نباید بدون در نظر گرفتن مسائل مالی باشد. چراکه این امر ممکن است خود منشأ خسارات بعدی باشد. ر.ک. حسن بادینی و مهدی مهرداد، «کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۶)، صص ۲۷-۲۸.

اینکه طرف‌داران هریک از این دو شیوه تحلیل، گرایش به آرمان‌گرایی در عین پذیرش واقع‌گرایی دارند.

در حقوق ایران نیز بخش از قوانین متکی بر منابع شرعی وضع شده‌اند و منابع شرعی از جمله منابع تفسیر قانون نیز به‌شمار می‌روند و می‌توان گفت سهم عمده‌ای را در حقوق داخلی به خود اختصاص داده‌اند. با تحلیل رویکرد کلی هریک از منابع شرعی، این نتیجه حاصل شد که در منابع شرعی، تفکر حاکم، نه آرمان‌گرایی محض است و نه واقع‌گرایی محض. به همین علت، امکان به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق به‌عنوان محصول تفکرات تکثرگرایانه بر مبنای منابع شرعی در حقوق ایران وجود دارد. در واقع، حقوق ایران با اتکای هم‌زمان بر حقوق موضوعه و حقوق اسلام، نگاهی تکثرگرایانه را در خود جای داده است که هم به آرمان‌ها و قواعد ازپیش تعیین‌شده شرعی توجه دارد و هم این آرمان‌ها را بخشی از واقعیت تلقی می‌کند.

بنابراین، برخلاف آنچه در برخی از نوشته‌ها مطرح شده است، خواه در مقام قانون‌گذار باشیم و خواه در مقام دادرس، مطابق با اصول چهارم و یک صد و شصت و هفتم قانون اساسی، به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق مغایر با شرع نیست. با این حال باید توجه داشت که به‌کارگیری اقتصاد در حقوق می‌تواند هم به‌منظور تعیین هدف قواعد حقوقی باشد و هم به منظور تشخیص به‌صرفه‌ترین قواعد حقوقی. اگر اقتصاد را به‌عنوان یک علم ارزشی و هنجاری مبنای مطلق تفسیر یا وضع قواعد حقوقی تلقی کنیم، ممکن است در تعارض با دیدگاه‌های آرمان‌گرا و عدالت‌محور قرار گیرد؛ بنابراین در تعارض بین کارایی و عدالت باید موضوعات حقوقی را تفکیک کرد. در موضوعاتی که ماهیت اقتصادی ندارند، مانند قوانین حاکم بر خانواده و روابط غیرمالی زوجین، تحلیل اقتصادی نمی‌تواند در حقوق داخلی به تعیین بایدها و نبایدها بپردازد و به‌کارگیری روش‌های اقتصادی به انتخاب قوانین به‌صرفه و کارا محدود است. اما در موضوعاتی که ماهیت اقتصادی دارند مانند قوانین تجاری، بانکی و مالیاتی، نقش تحلیل اقتصادی حقوق علاوه بر انتخاب قوانین کارا در نظام ارزشی حقوق نیز متجلی است و می‌توان بر اساس دستورالعمل‌های اقتصادی، به وضع یا تفسیر قوانین پرداخت. همچنین نکته‌ای ضمنی که از تفکیک این دو حالت به‌دست می‌آید این است که

تحلیل اقتصادی حقوق - چه در قواعد حقوقی اقتصاد و چه در قواعد حقوقی غیراقتصادی - به طور کلی مطرود نیست و صرفاً جایگاه و قلمرو کاربرد این علم در حوزه‌های مختلف حقوق متغیر است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. دادگر، یدالله، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، (تهران: نشر آماره، چ ۲، ۱۳۹۲).
۲. صفایی، حسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، (تهران: میزان، چ ۱۴، ۱۳۸۶).
۳. طوسی، عباس، *تحلیل اقتصادی حقوق شرکتها*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۳).
۴. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵۰، ۱۳۸۵).
۵. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، چ ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۹۳).
۶. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی، قواعد عمومی*، چ ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱۳، ۱۳۷۲).
۷. کاتوزیان، ناصر، *کلیات حقوق؛ نظریه عمومی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۹۴).
۸. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲۷، ۱۳۸۶).
۹. نورث، داگلاس سی، *نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی*، ترجمه محمدرضا معینی، (تهران: سازمان برنامه و بودجه، چ ۱، ۱۳۷۷).

- مقالات

۱۰. آقائیزی، حسن؛ توکلی، محمدجواد و بیدار، محمد، «معناشناسی «مکتب»، «نظام» و «علم» در ادبیات اقتصاد اسلامی»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۷).
۱۱. آقای طوق، مسلم، «تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲ (۱۳۹۲).
۱۲. ابدالی، مهرزاد، «جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق»، *نامه مفید*، ش ۸۲ (۱۳۸۹).
۱۳. ابدی، سعیدرضا؛ اسفندیاری فر، خشایار و جعفری، نادر، «مکاتب اقتصادی و حقوق کار(با تکیه بر اقتصاد نهادگرایی و نئوکلاسیک)»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۷۶ (۱۳۹۵).
۱۴. اکبرپور، مجید؛ محبی، ابوالفضل و نظری، خدیجه، «بررسی تعهدات طبیعی در حقوق ایران»؛

- با رویکرد حقوقی و تحلیل اقتصادی»، *حقوقی دادگستری*، ش ۷۶ (۱۳۹۰).
۱۵. انصاری، اسماعیل، «تحلیل اثباتی و هنجاری حقوق کیفری و مجازات‌های بهینه»، *اطلاع‌رسانی حقوقی*، ش ۱۹ و ۲۰ (۱۳۸۸).
۱۶. بابایی، ایرج، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *حقوق و سیاست*، ش ۲۳ (۱۳۸۶).
۱۷. بادینی، حسن، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۲ (۱۳۸۲).
۱۸. بادینی، حسن و مهرداد، مهدی، «کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۶).
۱۹. بلوری‌فر، مینا؛ حاجی عزیزی، بیژن و جعفری، فیض‌الله، «به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقلات عقلی و قاعده مصلحت»، *فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۸ (۱۳۹۸).
۲۰. بلوری‌فر، مینا؛ حاجی عزیزی، بیژن و جعفری، فیض‌الله، «تحلیل کارایی نظریه تقصیر بر مبنای نظریات رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، ش ۲۰ (۱۴۰۰).
۲۱. بهروزی لک، غلامرضا و مخلص الاثمه، فرزاد، «نسبت آرمان‌گرایی و واقع‌گرایی در آینده‌پژوهی اسلامی»، *مطالعات آینده‌پژوهی*، ش ۷ (۱۳۹۲).
۲۲. پیروزفر، سهیلا، «حقیقت‌نگری و واقع‌نگری آموزه‌های وحیانی»، *مطالعات اسلامی*، ش ۷۸ (۱۳۸۶).
۲۳. حسامی‌فر، عبدالرزاق، «پراگماتیسم و فلسفه تحلیلی»، *تأملات فلسفی*، ش ۱۷ (۱۳۹۵).
۲۴. حسینیان، سعیده، «کارکردهای عقل در دین‌پژوهی»، *قبسات*، ش ۳۴ (۱۳۸۸).
۲۵. دادگر، یدالله، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۳ (۱۳۸۵).
۲۶. داودی، پرویز؛ توکلی، محمدجواد و پناهی بروجردی، محمدسعید، «عقلانیت طیفی اسلامی در مقابل نظریه انتخاب عقلایی اقتصاد متعارف»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۶).
۲۷. رجایی، سید محمد کاظم و خطیبی، مهدی، «روش استنباط نظریه اقتصادی از کتاب و سنت»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۶).
۲۸. رضایی دوانی، مجید و متوسلی، محمود، «ترابط فقه، حقوق و اقتصاد اسلامی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۳۱ (۱۳۸۷).
۲۹. زریباف، سیدمهدی؛ ناسخیان، علی‌اکبر و سعیدی، علی، «عدالت به مثابه روش؛ سیر رویکردهای روش‌شناختی در اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱، (۱۳۹۴).

۳۰. سبحانی ثابت، سید علی و سبحانی، حسن، «روش‌شناسی اقتصاد متعارف و مسئله انتخاب پیش‌فرض‌ها: رویکردی بدیل در علم اقتصاد اسلامی»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۲، ۱۳۹۷).
۳۱. سلیمی، عبدالحکیم، «پراگماتیسم و پیامدهای آن در حقوق»، *معرفت*، ش ۱۵۴ (۱۳۸۹).
۳۲. شعاریان، ابراهیم و مولایی، یوسف، «مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت»، *فقه و حقوق اسلامی*، ش ۲ (۱۳۹۰).
۳۳. شهبازی‌نیا، مرتضی؛ جعفری، فیض‌الله و حمیدیان، فاطمه، «تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۳۹۶).
۳۴. صمدی، هادی، «معرفی و نقد نظریه اقتصاد تکاملی و رابطه آن با توسعه اقتصادی»، *تحقیقات اقتصادی*، ش ۵۲ (۱۳۷۷).
۳۵. علیزاده، امیرخادم؛ پورکاظمی، محمدحسین و کشاورز، محسن، «کاربرد ریاضیات در اقتصاد اسلامی؛ مزایا و محدودیت‌ها»، *مطالعات اقتصاد اسلامی*، ش ۱ (۱۳۹۴).
۳۶. کاتوزیان، ناصر، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، *حقوقی دادگستری*، ش ۲۱ (۱۳۷۶).
۳۷. کرمی، محمدحسین و گودرزی، سعید، «دلالت‌های نهادگرایی جدید برای اقتصاد اسلامی در مواجهه با آثار خارجی»، *معرفت اقتصاد اسلامی*، ش ۱ (۱۳۹۷).
۳۸. کیوانفر، شهرام، «پراگماتیسم حقوقی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۶ (۱۳۸۶).
۳۹. کیوانی امینه، محمد، «آشنایی با مکتب نهادگرایی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۲۲ (۱۳۸۵).
۴۰. گلشنی، عصمت و حسینی مدرس، مهدی، «مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق»، *دانشنامه حقوق اقتصادی* (دانش و توسعه سابق)، ش ۷ (۱۳۹۴).
۴۱. محمدرضایی، محمد و عابدینی، عظیم، «نقد نگرش پراگماتیسم در تبیین ضرورت دین»، *قبسات*، ش ۶۷ (۱۳۹۲).
۴۲. مشهدی احمد، محمود؛ متوسلی، محمود و طیب‌نیا، علی، «نقدی بر روش‌شناسی اقتصاد مرسوم»، *برنامه‌ریزی و بودجه*، ش ۲ (۱۳۹۰).
۴۳. مولودی، محمد؛ حاجی عزیزی، بیژن و غلامی، نگین، «مبانی اقتصادی توزیع خسارت در مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوقی*، ش ۳ (۱۳۹۷).

۴۴. مهرگان، نادر؛ سجابی، بهرام و تارتار، محسن، «بررسی تأثیر عوارض شهرداری‌ها بر قیمت مسکن؛ مطالعه موردی شهر تهران»، *سیاست‌گذاری پیشرفت اقتصادی*، ش ۷ (۱۳۹۴).
۴۵. مهرگان، نادر و گرشاسبی فخر، سعید، «نابرابری درآمد و جرم در ایران»، *پژوهش‌های اقتصادی* (رشد و توسعه پایدار)، ش ۴ (۱۳۹۰).
۴۶. ناظم‌ان، حمید، «چگونه علم اقتصاد علم شد»، *دین و ارتباطات*، ش ۳ (۱۳۷۵).
۴۷. نعیمی، مرتضی، «پیشینه رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *تحقیقات حقوقی آزاد*، ش ۱۶ (۱۳۹۱).
۴۸. نعیمی، مرتضی و راسخ، محمد، «تبیین و نقد مفهوم «انسان اقتصادی» در رویکرد اقتصادی به حقوق»، *دانشنامه حقوق اقتصادی* (دانش و توسعه سابق)، ش ۲ (۱۳۹۱).
۴۹. یثربی، علی‌محمد، «گزارشی در زمینه راه‌اندازی رشته فقه و حقوق اقتصادی: قرائت فقهی حقوق اقتصادی»، *حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۳).
۵۰. یوسفی، محمدطاهر، «پژوهشی در باب مستقلات عقلیه»، *خردنامه صدرا*، ش ۱۴ (۱۳۷۷).

ب) منابع انگلیسی

- Books

51. Geistfeld, Mark, *The Role(s) of Economic Analysis in Tort Law*, (Los Angeles: University of California, 2003).
52. Landes, William & Posner. A. Richard, *The Structure of Tort Law: The Economic Structure of Tort Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
53. Leff, A. Arthur, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, (New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1974).
54. Posner A. Richard, *Economic Analysis of Law*, (Alphen aan Den Rijn: Wolters Kluwer, 2017).
55. Rothbard Murray N, *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 1997).

- Articles:

56. Carmody Tilley, "Cristina, Tort Law Inside Out", *The Yale Law Journal*, Vol. 126. Iss5 (2017).

57. Harnay Sophie and Marciano Alain, "Posner, Economics and the Law: From "Law and Economics" to an Economic Analysis of Law". *Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 31, No. 2(2009).
58. Shaffer, Gregory, "Legal Realism and International Law", *European Journal of Law and Economics*, No. 55 (2018).
59. Tahir, Sayyid, "Islamic Economics and Prospects for Theoretical and Empirical Research", *Journal of King Abdolaziz University: Islamic Economics*, No. 1 (2017).
60. Zamir Eyal & Medina Barak, "Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law", *California Law Review*, No. 2 (2008).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 71-107

A Comparative Study of Meta-Regulation in Professional Health Organizations

Mohammad Jalali¹ | Maedeh Erfani^{2✉}

1. Assistant Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

mdjalali@gmail.com

2. Ph.D. Candidate in public law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

maedeherfani@gmail.com

Abstract

Economic regulation consists of government's interference within the area of economic activities to protect the public interest in the face of potential risk. In the case of professional self-regulation, the state authorities delegate their authority to the professional of a given field via rectifying statute laws. In the UK, USA, and Australia, this was happening in such organizations, in the private sector, and under the support of governments. But because of criminal cases and scandals in the medical sector, professional self-regulation of the health sector became a subject of criticism. Consequently, governments started to steer clear of self-regulation and commenced reforms that led to meta-regulation in health-related professions. This paper will focus on theories of private and public interest, Tripartism, to explore the role of meta-regulation institutes and governments in professional self-regulation. We start by exploring the theories of self-regulation and then scrutinize the reforms in models of self-regulation in the UK, Australia, and Canada. This may provide a basis for serious consideration of the role of such organizations, especially as the state of covid-19 pandemic causes a serious need for consistent policymaking in the health sector in Iran.

Keywords: Professional regulation, Meta regulator, Medical meta regulation, Health professions, Professional bodies.

Received: 2021/12/27 Received in revised form: 2022/08/11 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.49642.3052

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی فراتنظیم‌گری در سازمان‌های حرفه‌ای حوزه سلامت

محمد جلالی^۱ | مائده عرفانی^۲

mdjalali@gmail.com
maedeherfani@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران.
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران.

چکیده

تنظیم‌گری اقتصادی به معنای دخالت دولت در حیطه فعالیت‌های اقتصادی به منظور حمایت از نفع عمومی در مقابل ضررها و خطرهای بالقوه است. معنی خودتنظیمی حرفه‌ای این است که مقام‌های دولتی با وضع قانون، مسئولیت تنظیم‌گری خود را به اعضای یک حرفه تفویض کنند. شکل‌گیری سازمان‌های حرفه‌ای در انگلیس، کشورهای امریکای شمالی و استرالیا به صورت خودتنظیم، خصوصی و تنها در سایه حمایت دولت قرار داشته است. اما در کشورهای یادشده و در پی برخی رسوایی‌ها و تشکیل پرونده‌های کیفری برای پزشکان، از سازمان‌های خودتنظیم حرفه‌ای حوزه سلامت بسیار انتقاد شد. دولت نیز به دنبال این انتقادات، برنامه اصلاحات تنظیم‌گری و فاصله‌گرفتن از خودتنظیمی را آغاز کرد. بر همین مبنا دولت‌ها به فراتنظیم‌گری^{۱۸۱} در حرفه‌های حوزه سلامت (پزشکی، دندان‌پزشکی، روان‌پزشکی، مامایی، پرستاری و ...) روی آوردند. در این مقاله با بررسی نظریه‌های منفعت عمومی و خصوصی و نیز نظریه سه‌جانبه‌گرایی به نقش دولت در تنظیم‌گری حرفه‌ای و کارکرد سازمان‌های فراتنظیم‌گر حرفه‌ای پرداخته خواهد شد. در این راستا پس از مطرح شدن مبانی نظری حاکم بر تنظیم‌گری حرفه‌ای، سازمان‌های فراتنظیم‌گر حرفه‌ای و تغییرات مدل تنظیم‌گری حرفه‌ای در انگلیس، استرالیا و کانادا در حرفه‌های مربوط به حوزه سلامت مورد مذاکره قرار خواهد گرفت. با شیوع بیماری کووید ۱۹ و نیاز بیشتر به سیاست‌گذاری هماهنگ در بخش سلامت در ایران، لزوم نگاه جدی‌تر به نقش تنظیم‌گرانه این سازمان‌ها و ایجاد سازمان‌های فراتنظیم‌گر حرفه‌ای در زمینه سلامت و پزشکی می‌تواند به‌عنوان راهکاری مناسب برای تأمین منافع عمومی در نظر گرفته شود.

واژگان کلیدی: تنظیم‌گری حرفه‌ای، سازمان فراتنظیم‌گر، فراتنظیم‌گری حرفه پزشکی، حرفه‌های حوزه سلامت، سازمان نظام حرفه‌ای.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۵/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.49642.3052

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

واژه Profession به معنای حرفه، در زبان انگلیسی از واژه لاتین Profiteri و Profess به معنای تعهد رسمی یا قول، از آنچه در سوگندهای مذهبی یاد می‌شود، برگرفته شده است.^۱ در زمان سیسرو،^۲ واژه Professio به معنی سوگند، قول و یا اعلام آن، تا زمان رواج فرهنگ بکتاپرستی تا اواخر قرون وسطا باقی ماند. تا قبل از سال ۱۵۰۰، Profess تنها بار معنایی مذهبی در انگلیسی داشت و به شکل گذشته آن به مفهوم سوگند یادکردن در مراسم مذهبی بود. این نام‌گذاری می‌تواند به این شکل تفسیر شود که پیوستن به یک حرفه، به تعهد برای کسب دانش و مهارت و پذیرفتن ارزش‌های آن حرفه نیاز دارد.^۳

حرفه‌ها به شکل سنتی مشاغلی همراه با قدرت، استقلال و تأثیرگذاری اجتماعی هستند و شناسایی دولت شرط اصلی در روند حرفه‌ای شدن است.^۴ بنابراین، میان حرفه‌ها و دولت رابطه دوجانبه‌ای وجود دارد. از یک سو حرفه‌هایی همچون پزشکی، حقوق و مهندسی از طریق قوانین موضوعه از امتیازات ویژه و موقعیت منحصربه‌فردی در بازار خدمات برخوردار می‌شوند و از سوی دیگر، تأسیس و استقرار چنین حرفه‌هایی برای دولت که تشکیل آنها را نشانه مشروعیت و عامل یاری رساندن به حکمرانی خود می‌داند، از اهمیت زیادی برخوردار است.^۵

برای تشکیل سازمان‌های حرفه‌ای سه معیار لازم است: اول، تدارک و ارائه خدمات مهمی که میزان اهمیت این خدمات بر اساس ماهیت و حدود ارزش‌هایی تعیین می‌شود که آن خدمات تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ دوم، نیاز به تخصص و دانش عالی؛ سوم، وجود سازمان.^۶

1. Oxford Latin Dictionary, S.V. "Professio"

2. Cicero

3. Oxford English Dictionary [OED], S.V. "Profess".

۴. آنچه که سبب افتراق حرفه‌ها می‌شود، دادن اتونومی سازمان‌یافته از سوی دولت است. اساس هر تحلیل در خصوص حرفه باید بر مبنای رابطه نهایی آن با سر منشأ قدرت و اقتدار در جامعه مدرن باشد که همانا دولت است.

Freidson Eliot, *Profession of Medicine: A Study of the Sociology of Applied Knowledge*, Freidson (The University of Chicago Press, 1970), p. 3.

5. Rue Bucher & Joan Stelling, "Characteristics of Professional Organizations", *Journal of Health and Social Behavior* 10, No. 1 (March 1969), p. 5.

6. M. Neal & J. Morgan, "The Professionalization of Everyone? A Comparative Study of the Development of the Professions in the United Kingdom and Germany", *European Sociological Review* 16, no. 1 (March 1, 2000), pp. 9-26.

در دنیای امروز با پیچیده‌تر شدن روابط حرفه‌ای، نظم و شفافیت سازمانی و نیز چارچوب‌های قدرتمند رفتاری اهمیت بیشتری یافته‌اند و سازمان‌های حرفه‌ای نقش مهمی در ایجاد، سازماندهی و نظارت بر استانداردهای رفتار و حرفه ایفا می‌کنند. مأموریت اصلی آنها تنظیم‌گری در خصوص گروه‌های حرفه‌ای است تا برای تحویل استانداردهای درست و صحیح اجتماعی، اقتصادی و اخلاقی مورد اعتماد باشند.

مراد از تنظیم‌گری نیز به‌کارگیری ابزارهای حقوقی برای اجرای اهداف سیاست‌گذارانه اجتماعی- اقتصادی است. خصوصیت ابزارهای حقوقی این است که حکومت افراد یا سازمان‌ها را به تطبیق با رفتار تجویزی با ضمانت اجرا مجبور می‌کند.^۷

خودتنظیمی حرفه‌ای که گونه‌ای از تنظیم‌گری است به معنای تنظیم یک حرفه به‌وسیله خود حرفه است؛ به این معنا که اعضای حرفه مرتباً ورود به حرفه و قواعد عمل به حرفه را کنترل می‌کنند؛ حتی اگر این کنترل با همکاری آژانس‌های تنظیم‌گری دولتی انجام شود.^۸

ماهیت سازمان‌های خودتنظیم حرفه‌ای، جایگاه آنها در میان سازمان‌ها و مؤسسات خصوصی و عمومی و نیز نحوه نظارت بر آنها در کشورهای مختلف از جمله ایران، همواره محل بحث و چالش بوده است. در کشورهای امریکای شمالی و انگلستان این نهادها در ابتدا به صورت خودتنظیم، خصوصی و تنها در سایه حمایت دولت قرار داشت، اما حمایت از نفع عمومی، تنظیم روابط بازار و جلوگیری از تنظیم بیش‌ازحد و غیرضروری از سوی سازمان‌های خودتنظیم حرفه‌ای، دخالت دولت را ضروری ساخت. دولت‌ها در سنت آنگلو ساکسون ابتدا نقش تنظیمی عمده‌ای را به سازمان‌های حرفه‌ای واگذار کرده بودند، ولی در پی مفتوح شدن پرونده‌های متعدد در خصوص قصور پزشکان و یا تخلفات دندان‌پزشکان و پرستاران که سبب تردید عمومی نسبت به حفظ منافع عمومی از سوی اعضای حرفه شد، تحولات اساسی در مدل تنظیم‌گری به‌وجود آمد و از یک نهاد خودتنظیم به سمت یک نهاد تنظیم‌گر مشارکتی با همراهی مقامات منصوب عمومی حرکت کرد، زیرا

7. Alain Marciano & Giovanni Ramello, *Encyclopedia of Law and Economics*, n.d., p. 27.

8. Michael, D. Bayles, "Professional Power And Self-Regulation", *Business & Professional Ethics Journal* (Philosophy Documentation Center, 1986), p. 27.

9. Mary Dixon-Woods; Karen Yeung; Charles L. Bosk, "Why Is UK Medicine No Longer a Self-Regulating Profession? The Role of Scandals Involving 'Bad Apple' Doctors", *Social Science & Medicine* 73, No. 10 (November 2011), pp. 1452-59.

هدف این سازمان‌ها دیگر تأمین نفع حرفه‌مندان نبود، بلکه نفع عمومی در درجه اول اهمیت قرار گرفت.

در دولت‌های متمرکزتر مانند آلمان، سازمان‌های حرفه‌ای از استقلال کمتری برخوردارند و انجمن‌های حرفه‌ای مستقل به شکل تاریخی تحت فشار بوده و بیشتر در بروکراسی دولت جذب شده‌اند.^{۱۰}

سلامت عمومی یکی از مصادیق منافع عمومی است که فراهم نبودنش اصل حیات جمعی را به خطر می‌اندازد.^{۱۱} نقش سازمان‌های حرفه‌ای در بخش پزشکی و سلامتی برای تضمین ارائه خدمات به شکل ایمن و مطابق با منافع عمومی ضروری است. سلامت عمومی، هم در وضعیت عادی جامعه مد نظر است و هم در وضعیت اضطراری مانند شیوع بیماری‌های مسری.^{۱۲} با شیوع بیماری کووید ۱۹ و نیاز جدی به سیاست‌گذاری جدید در بخش سلامت، توجه به نقش سازمان‌های نظام حرفه‌ای در تأمین سلامت و نجات جان انسان‌ها، همچنین توجه به لزوم تغییر در نقش تنظیم‌گرانه این سازمان‌ها و رفع نقایص در ارائه خدمات حرفه‌مندان (پزشکان، پرستاران، روان‌پزشکان و ...) اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

در این مقاله، پس از مرور ادبیات تنظیم‌گری درباره چرایی تنظیم‌گری حرفه‌ها و معرفی نظریه جدید در این زمینه، به سازمان‌های فراتنظیم‌گر در تنظیم حرفه سلامت و پزشکی در انگلیس، استرالیا و کانادا خواهیم پرداخت. مبنای انتخاب این سه کشور وجود سنت خودتنظیمی مشترک در حرفه‌های سلامت و تغییرات قانون‌گذاری در نهادهای خودتنظیم به سمت تنظیم‌گری سه‌جانبه و نظارت بیشتر جهت پاسخگویی سازمان‌های نظام حرفه‌ای بوده است. در پایان نیز با بررسی نقش تنظیم‌گرانه سازمان‌های حرفه‌ای سلامت در نظام حقوقی

10. Arnold J. Heidenheimer, "Professional Knowledge and State Policy in Comparative Historical-Perspective-Law and Medicine in Britain, Germany and the United States", *International Social Science Journal* 122 (1989), p. 531.

11. Giubilini A.; Savulescu J. & Wilkinson, D. —Queue Questions: Ethics of COVID-19 Vaccine Prioritization!, *Bioethics* Vol. 35, 2021, p. 7; Chia, T. O. and Oyeneran. I. —Human Health Versus Human Rights: An Emerging Ethical Dilemma Arising From Coronavirus Disease Pandemic!, *Ethics Medicine and Public Health*. 14, 2020, p. 3; Emanuel, E. and Wertheimer, A. —Who Should Get Influenza Vaccine When Not All Can?! *Science*, 2006, p. 854.

۱۲. محمد راسخ، «مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطراری»، تحقیقات حقوقی، ش ۹۵ (۱۴۰۰)، ص ۵۸.

ایران بحث را به پایان خواهیم برد.

۱. مبانی نظری تنظیم‌گری حرفه‌ای

طبق تعریف آگوس^{۱۳}، حرفه عبارت است از اشتغال با مهارت تخصصی که به صورت جزئی یا کلی با آموزش فکری تحصیل می‌شود. این اشتغال به درجه بالایی از همبستگی^{۱۴} به منظور برقرار کردن ارتباط مستقیم با موکل همراه با اعتماد نیاز دارد. تنظیم‌گری حرفه از کنترل دسترسی عمل به آن حرفه از طریق ثبت نام تا اعطای مدرک و ليسانس آغاز می‌شود. این کنترل به منظور تضمین ارائه خدمات از سوی حرفه‌مندان باصلاحیت به شکل مطمئن، اخلاقی و باکیفیت است.

در این خصوص، خودتنظیمی به معنای صلاحیت ذاتی حرفه‌مندان در تنظیم شرایط و ضوابط نیست. ذات تنظیم‌گری، امری حاکمیتی است که صرفاً در صلاحیت دولت و نشست‌گرفته از قدرت حاکمیتی دولت است.^{۱۵}

اما رژیم خودتنظیم حرفه در مقایسه با تنظیم‌گری دولتی، برای تعیین راه‌های تضمین کیفیت در ارائه خدمات و ارزیابی میزان کارایی اقدامات مختلف با هزینه‌ای کمتر از دیگران، از دانش بیشتری برخوردار است. مقامات عمومی قادر نیستند دانش تخصصی هر حرفه را تحصیل و حفظ نمایند و بدون این دانش، خدمات حرفه‌ای نمی‌تواند به شکل مؤثری اجرا شود. در این قسمت به بررسی تعاریف و مبانی نظری سازمان‌های نظام حرفه‌ای پرداخته می‌شود.

۱.۱. تعریف سازمان‌های تنظیم حرفه‌ای و تعیین جایگاه حقوقی آنها

مطابق تعریف نظام‌های حرفه‌ای، این سازمان‌ها به این دلیل که یک هدف عمومی را دنبال می‌کنند و خدمات عمومی ارائه می‌دهند و اینکه در خدمت فرد معینی نیستند در زمره

13. Ogus

14. A. I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Hart, 2004), p. 216.

۱۵. محمدقاسم تنگستانی و مهدی مرادی برلیان، «گستره نقش دولت در تنظیم و نظارت بر حرفه و کالت دادگستری»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش ۲ (۱۴۰۰)، ص ۶۱۰.

مؤسسات عمومی قرار دارند، اما با این ویژگی که هدف و فعالیت این نوع مؤسسات عمومی پیرامون سازماندهی مشاغل و حرفه‌های خاص شکل گرفته است. البته قوانینی که به این منظور تصویب می‌شود و محور آنها مباحث مربوط به سازماندهی حرفه یا حرفه‌های خاصی است، به دلیل آنکه تعیین‌کننده حقوق و تکالیف عمومی در برابر منافع خصوصی هستند در زمره قوانین حوزه حقوق عمومی قرار می‌گیرند. سازمان‌های نظام حرفه‌ای در کشورهای آنگلو ساکسون به شکل خودجوش و از سوی اعضای همان حرفه برای انتظام بخشی به امور ایجاد شده، پس از آن از حمایت و تأیید قانون‌گذار برخوردار گشتند. برخلاف این کشورها، این سازمان‌ها در ایران از سوی قوانین موضوعه تشکیل شد و رسمیت یافت.

برخی از حقوق دانان، نظام حرفه‌ای را بر اساس هدف از تشکیل آنها، تعریف کرده‌اند و گفته‌اند: منظور از ایجاد نظام‌ها و یا سازمان‌های حرفه‌ای، درحقیقت سازمان دادن حرفه معین و ایجاد نظم و انضباط در بین صاحبان حرفه است.^{۱۶} برخی دیگر از حقوق دانان، سازمان‌های نظام حرفه‌ای را آن دسته از تشکیلات و سازمان‌هایی تعریف کرده‌اند که از سوی صاحبان حرفه معین در هر بخش و به منظور دفاع از حقوق صنفی اعضا و برقراری نظم و انضباط در بین آنها ایجاد می‌شود.^{۱۷}

نظام‌های حرفه‌ای محصول نوعی همکاری هستند که دولت برای بعضی از حرفه‌ها خصیصه خدمت عمومی شناخته است، ولی به جای اینکه خود مستقیماً این وظایف را برعهده بگیرد، آنها را به خود حرفه‌ها که سازمان‌هایی در نظم حرفه‌ای تشکیل داده‌اند، محول کرده است.^{۱۸}

در خصوص رژیم یا نظم حقوقی حاکم بر این سازمان‌ها می‌توان گفت که آنها تابع رژیمی مختلط از حقوق عمومی و خصوصی هستند. کار و فعالیت عمومی این سازمان‌ها تابع قواعد حقوقی عمومی و سازمان و امور استخدامی، و نیز قراردادهای و معاملات و محاسبات تابع قواعد حقوق خصوصی است.^{۱۹}

۱۶. سید محمد هاشمی، «جامعه مدنی و نظام سیاسی»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۳-۲۴ (۱۳۷۷)، ص ۶۱

۱۷. محمد امامی و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۱۶، ۱۳۹۴)، ص ۱۴۱.

۱۸. جواد رضایی‌زاده، حقوق اداری، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۸۵)، ص ۱۹۶.

۱۹. منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اداری، (تهران: سمت، چ ۱۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۳۸.

سازمان نظام حرفه‌ای در ایران، سازمانی انتظامی حرفه‌ای است که بنا بر تعریف یادشده در بند «ب» ماده ۱ قانون «ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد» مصوب ۱۹ آذر ۱۳۹۰، مؤسسه خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار مأموریت عمومی محسوب می‌شود.^{۲۰} در مقدمه «شبه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی»، این سازمان‌ها مؤسسات غیرانتفاعی معرفی شده که به موجب حکم قانون ایجاد گردیده که از یک سو فعالیت صنفی دارند و از سوی دیگر، عهده‌دار خدمات عمومی‌اند. بنابراین، نه می‌توان آنها را کاملاً عمومی دانست، هرچند ایجاد آنها به موجب قانون بوده است و نه می‌توان صرفاً خصوصی دانست، چراکه برخلاف شرکت‌های تجاری یا مؤسسات انتفاعی، مأموریت آنها صرفاً تأمین منافع اعضا نیست.

با این حال، ماهیت این سازمان‌ها در حقوق ایران و نحوه نظارت بر آنها و آرای نهادهای انتظامی این سازمان‌ها، همواره محل چالش جدی حقوقی بوده است که به ماهیت دوگانه این سازمان‌ها بازمی‌گردد.

در انگلستان، استرالیا و کانادا نهادهای تنظیم‌گری حرفه‌ای، سازمان‌های غیرانتفاعی هستند که به وسیله قانون و به منظور خدمت به منافع عمومی ایجاد شده‌اند و از سوی اعضا اداره می‌شوند و قانون‌گذار به آنها برای انجام وظایف، قدرت قانون‌گذاری و قضایی اعطا کرده است. در مقابل، انجمن‌های حرفه‌ای هم وجود دارند که با هدف خدمت به منافع اعضا شکل گرفته‌اند.

در آلمان، اتاق‌ها و یا نهادهای حرفه‌ای به مانند دانشگاه‌ها و شوراهای شهر، مؤسسات عمومی هستند که مسئولیت خودحاکمیتی بر اعضا را وفق قانون و در محدوده تعیین شده از

۲۰. لازم به ذکر است این قانون که به صورت آزمایشی برای سه سال تصویب شده بود، ابتدا در سال ۹۴ برای سه سال و نیم از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام و در سال ۹۷ از تاریخ انقضا تا شهریور سال ۹۸ و در سال ۹۸ از تاریخ انقضا تا شهریور ۹۹ از طرف مجلس شورای اسلامی تمدید شد. نهایتاً در تاریخ ۹۹/۱۱/۱۸ با عنوان قانون دائمی نمودن ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید.

۲۱. بند «ب» ماده یک قانون دائمی نمودن ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد: مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار خدمات عمومی اشخاص حقوقی غیر از دستگاه‌های اجرایی هستند که طبق قانون عهده‌دار یک یا چند امر عمومی می‌باشند؛ نظیر سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، سازمان‌های نظام مهندسی، اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، اصناف و تعاون، مراکز و کانون‌های استانی و وکلا و کارشناسان رسمی دادگستری.

سوی قانون برعهده دارند.^{۲۲}

۲.۱. تئوری‌های تنظیم‌گری

در خصوص چرایی تنظیم‌گری به صورت کلی دو نظریه کلاسیک تئوری منفعت عمومی (علل موجه دولت برای دخالت در تنظیم‌گری حرفه‌ای به منظور رفع نقایص بازار)، تئوری منفعت خصوصی و همچنین تئوری جدیدتر نهادگرا به عنوان سنتز این دو تئوری وجود دارد.

۱.۲.۱. تئوری منفعت عمومی

دیدگاهی که تنظیم‌گری را به دنبال رفع خطاهای بازار می‌بیند، بر ناکارایی تعادل بازار تکیه دارد که در تنظیم‌گری حرفه‌ای بیشتر مبتنی بر عدم تقارن اطلاعات است. کمبود اطلاعات در خصوص خدمات حرفه‌ای که کالاهایی از نوع کالای اعتماد هستند، شدیدتر است، زیرا مصرف‌کنندگان به اطلاعاتی که تنها در اختیار حرفه‌مندان است، دسترسی ندارند.^{۲۳} اگر مصرف‌کنندگان خدمات حرفه‌ای نتوانند کیفیت خدمات اعضای آن حرفه را ارزیابی کنند و فقط بر اساس قیمت قائل به تفاوت شوند، حرفه‌مندان انگیزه‌ای برای تولید کالای باکیفیت نخواهند داشت. قیمت‌های بازار تنها نشانگر سطح متوسط از کیفیت و حرفه‌مندی با کیفیت متوسط است و نه عالی. به این ترتیب، حرفه‌مندان خوب به وسیله حرفه‌مندان ضعیف از بازار کنار گذاشته می‌شوند و عدم تقارن اطلاعات به از بین رفتن کیفیت کالا و در نتیجه انتخابی زیان‌بار منجر می‌شود. در چنین حالتی، دخالت دولت در بازار به منظور ایجاد توازن در کیفیت خدمات و قیمت منصفانه ضروری است.

22. Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer Berlin Heidelberg, 2001, pp. 27-28.

۲۳. اصطلاح کالاهای تجربه‌پذیر از سوی نلسون در مقایسه با کالاهای جستجو معرفی شد. هنگامی که خصوصیت یک محصول تنها پس از مصرف معلوم شود، آن کالا، کالای تجربه است. بنابراین، خریدار کالا پس از خرید و استفاده کیفیت آن را درمی‌یابد و هزینه کشف کیفیت پس از خرید برای چنین کالایی پایین است و این اطلاعات برای مصارف بعدی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد؛ مانند مشاغل هتلداری، روزنامه، موسیقی و فیلم، رستوران و غذا. اما کالاهای با خصوصیت اعتماد کالاهایی هستند که هزینه پیش از خرید و هزینه بالایی برای معلوم شدن کیفیت پس از خرید دارند؛ مانند خدمات سلامت، مشاوره حقوقی و خدمات حسابداری.

"Experience and Credence Goods - An Introduction," in *Strategies in Markets for Experience and Credence Goods* (DUV, 2007), pp. 1-5.

تکرار خرید می‌تواند باعث کسب تجربه و دانش در بازار شود و تا حدودی عدم تقارن را کاهش دهد (مانند شرکت‌های حقوقی به‌عنوان موکل در استفاده از خدمات حقوقی). راه دیگر کاهش تقارن اطلاعات، جدا کردن کارکرد خدمات و عاملیت است تا راهی برای آشکار شدن اطلاعات فراهم شود و جلوی سوءاستفاده را بگیرد (مانند جدا کردن تشخیص پزشکی از درمان از سوی پزشکان مختلف)^{۲۴ ۲۵}.

نکته دوم در خصوص لزوم دخالت دولت و تنظیم‌گری حرفه‌ای، بحث آثار خارجی است. آثار خارجی در زمینه تنظیم‌گری حرفه‌ها به معنای تأثیر کیفیت پایین خدمات و کالا به شکل مثبت و منفی بر اشخاص ثالث در اثر تصمیمات گرفته‌شده از سوی حرفه‌مندان آنهاست. آثار بیرونی که از کیفیت پایین خدمات ناشی می‌شود علاوه بر موکلان، بر اشخاص ثالث نیز تأثیرگذار است^{۲۶}. استدلال حرفه‌مندان برای ضرورت خودتنظیمی این است که در اثر ضعف حرفه‌مندان بدون مهارت، ضررهای شدیدی می‌تواند وارد شود. این ضررها در بخش سلامت بسیار قابل توجه است؛ جایی که بی‌توجهی در مراقبت و درمان اشخاص می‌تواند ضررهای غیرقابل جبرانی به‌وجود آورد. آثار خطای پزشکی و قصور در نمایندگی عنوان پزشک و یا کادر درمان از بیمار مستقیم فراتر می‌رود و آثار خارجی منفی برای عموم تولید می‌کند^{۲۷}. در این خصوص می‌توان به بیماری همه‌گیر کرونا و لزوم دخالت همه‌جانبه دولت‌ها در نحوه درمان و نیاز به تنظیم‌گری (در مرحله پیشگیری، درمان، توجه به دستورات پزشکی لازم و جلوگیری از دخالت افراد غیرمتخصص در درمان و نحوه توزیع واکسن) با توجه به آثار همه‌جانبه آن بر جان و زندگی شهروندان اشاره کرد.

۲.۲.۱. تئوری منفعت خصوصی

تئوری منفعت خصوصی بر پایه تئوری انتخاب عمومی، تئوری اسارت و مکتب شیکاگو

24. Horowitz Ira. "The Economic Foundations of Self-Regulation in the Professions". In *Regulating The Professions: A Public-Policy Symposium*, Lexington: Lexington Books. 1980, p. 8.

25. Nuno Garoupa, "Regulation of Legal and Medical Professions in the Us and Europe: A Comparative Analysis By", 2006, 5, <http://www.fedea.es>.

26. A Reis Monteiro, *The Teaching Profession: Present and Future.*, 2014, p. 105.

27. Rubin Paul H. & Bailey Martin J "The Role of Lawyers in Changing the Law", *Journal of Legal Studies*: No. 3 (1994).

است که همگی بر نقش گروه‌های ذی‌نفع در تنظیم‌گری تأکید دارند. ایده اصلی تئوری این است که گروه‌های ذی‌نفع به شکل مدام بر تصمیمات سیاسی اثر دارند و به دنبال رانت‌جویی هستند که از جنبه رفاه اجتماعی، غیرتولیدی است.^{۲۸}

تئوری منفعت خصوصی بر پایه اسارت و تبانی است.^{۲۹} بر اساس این دیدگاه، هدف از تنظیم‌گری خدمات حرفه‌ای حفظ منافع اعضای حرفه است که به اعضا اجازه رفتار شبه‌کارتلی می‌دهد.^{۳۰} در نتیجه، این تئوری پیش‌بینی می‌کند که لیسانس حرفه‌ای، اجباراً عرضه خدمات حرفه‌ای را به پایین‌تر از بهینه اجتماعی کاهش می‌دهد که سبب تولید رانت و شبه رانت می‌شود.

فرضیه رانت‌جویی به این شکل مطرح است که حرفه با توصیف ما از گروه‌های فشار مؤثر منطبق است، زیرا گروه فشار باید کوچک باشد و درآمد و رانت خود را از گروه بزرگی مانند مردم که نگران ازدست دادن بخش کوچکی از درآمد خود نیستند، کسب کند. گروه موفق برای کسب ثروت باید کوچک، متمرکز بر یک موضوع و از سازماندهی قوی برخوردار باشد. در طرف دیگر، کسانی که هزینه‌ها

را متحمل می‌شوند جمعیت زیادی هستند که با مشکل اطلاعات و سازماندهی روبه‌رو هستند. در چنین شرایطی انتظار می‌رود که انتقال ثروت از عموم به سمت گروه ذی‌نفع سازماندهی شده صورت بگیرد.^{۳۱} علاوه بر این، درآمد سازمان‌های حرفه‌ای بسیار بالاست و بر اساس تئوری اسارت، تنظیم حرفه‌ای بر مبنای دنبال کردن منافع خصوصی و با انگیزه امتیارات و درآمد بالاتر انجام می‌شود.^{۳۲ ۳۳}

28. Niels J. Philipsen, "Regulation of Liberal Professions and Competition Policy: Developments in the EU and China", *Journal of Competition Law and Economics* 6, No. 2 (2009), p. 5.

29. Richard A. Posner, "Theories Of Economic Regulation", *Bell J Econ Manage Sci* 5, No. 2 (1974).

30. Lee, Benham & Alexandra, Benham, "Regulating Through the Professions: A Perspective on Information Control", *Journal of Law and Economics* 18, No. 2 (October 1975), pp. 421-47, <https://doi.org/10.1086/466817>.

31. Nuno Garoupa, "Regulation of Legal and Medical Professions in the Us and Europe": *A Comparative Analysis* <<http://www.fedea.es>>, p. 7.

32. Regulation of Professions,

33. A. Reis Monteiro, *The Teaching Profession*, SpringerBriefs in Education (Cham: Springer International Publishing, 2015), p. 110.

۳.۲.۱. تئوری نهادگرایی^{۳۴}

مبنای این تئوری به توضیح و درک ما از چرایی تنظیم‌گری کمک می‌کند. فضای قاعده‌گذاری، روابط فی‌مابین فضاهاى مختلف در ایجاد قواعد است. منظور از فضاهاى قاعده‌گذاری، سازمان‌هاى رسمى شامل آژانس‌هاى تنظیم‌گری، شرکت‌ها و دولت است که هنجارها و یا نظام‌هایی (نظام سیاسی، اقتصادی و یا حقوقی) در آن تعیین شده است^{۳۵}.

در این نظریه بر اهمیت قواعد رسمی یا قواعد بازی سیاسی در شکل‌دهی به رفتار تأکید می‌شود و در برخی از اقسام آن نیز بر درهم‌تنیدگی اقدامات بشر با محیط اجتماعی تکیه دارد. نهادگرها بر این باورند که ساختارهای نهادی فرایندهای اجتماعی تأثیر زیادی در شکل‌دهی به تنظیم‌گری دارند^{۳۶}.

تئوری نهادگرایی با انتقاد از دو تئوری منفعت عمومی و خصوصی بر این باور است که زندگی اجتماعی همواره مجموعه‌ای از منافع خصوصی و عمومی بوده است و برای تفکیک این دو منفعت معیار دقیقی وجود ندارد؛ لذا در نظر گرفتن شهروندان به‌عنوان عواملی که از دولت تنها به‌عنوان نردبان برای رسیدن به نفع شخصی خود استفاده می‌کنند، تئوری کم‌عمقی است. به این ترتیب، این تئوری به‌دنبال خلق فرصت‌هایی است که موقعیت اسارت و فساد را به موقعیتی برای تقویت منفعت عمومی تبدیل کند. در این تئوری سعی می‌شود با استفاده از مبانی اقتصاد، شامل خودخواهی و منفعت‌طلبی انسان‌ها، پایه‌ای برای همکاری میان نهاد تنظیم‌گر، شرکت‌ها و سازمان‌های حرفه‌ای ایجاد شود. برون ون مگان و کارن یونگ در این زمینه چنین می‌گویند: «رویکرد منفعت خصوصی نیز می‌تواند تحت شرایط خاص به نتایج مطابق با منفعت عمومی که با سنجیدن، گفتگو و اعتمادسازی تحکیم و تقویت شده است، بینجامد»^{۳۷}.

34. Institutional Theories

35. Bronwen Morgan & Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation, an Introduction to Law and Regulation* (Cambridge University Press, 2007), p. 53

۳۶. اندیشکده مطالعات حاکمیت و سیاست‌گذاری دانشگاه صنعتی شریف، درآمدی بر دولت تنظیم‌گر، (تهران: کتاب راهبردی، ۱۴۰۰).

37. Morgan & Yeung, *An Introd. to Law Regul.*, p. 53.

یکی از شاخه‌های نظریه نهادگرایی، نظریه سه‌جانبه‌گرایی^{۳۸} است که ابتدا از سوی آیرس و بریت ویت^{۳۹} در تنظیم‌گری واکنشی^{۴۰} مطرح شد. آنها استدلال می‌کنند که با تغییر در ساختار سازمان (وارد شدن ذی‌نفعان عمومی) منافع خصوصی به نفع منافع عمومی مهار و سیستمی از نظارت و تعادل ایجاد می‌شود.

سه‌جانبه‌گرایی روندی است که گروه‌های منفعت عمومی به‌عنوان بازیگر سوم در بازی وارد می‌شوند و این گروه‌ها می‌توانند مستقیماً به اعمال مجازات بپردازند و یا از اسارت و فساد با اجرای قواعد تنبیهی علیه تنظیم‌گری که عدم متابعت را مجازات نکرده است، جلوگیری کنند. در واقع، گروه‌های منفعت عمومی به‌جای مجازات مستقیم شرکت، نهاد یا سازمان، به تنبیه نهاد تنظیم‌گر که در اجرای قانون قصور داشته است، می‌پردازند.

۳.۱. استراتژی دولت‌ها در تنظیم‌گری حرفه‌ها

دولت‌ها برای اجرا و متابعت در تنظیم‌گری حرفه‌ها از چارچوب‌های مختلف تنظیم‌گری بهره می‌برند. هرم تنظیم‌گری واکنشی آیرس و بریت ویت، طیفی از کمترین سطح تنظیم‌گری تا تنظیم‌گری همراه با مجازات‌های اجباری را شامل می‌شود. در هر مرحله از این هرم، نظارت بر نهاد تنظیم‌گر به صورت پلکانی افزایش می‌یابد و در صورت عدم رضایت از رفتار تنظیم‌گر اقدامات تنظیم‌گرانه سخت‌تر می‌شود.^{۴۱}

در کف هرم تنظیم‌گری، بازار آزاد و به‌دور از مداخلات دولتی قرار دارد که در خصوص تنظیم‌گری حرفه‌ها می‌تواند رقابت، ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده و قراردادهای را دربر گیرد. سطح دوم متعلق به خودتنظیمی است. خودتنظیمی هنگامی است که نهاد تنظیم‌گر دستوراتی صادر می‌کند که بر خود اعمال می‌شود؛ به‌جای اینکه این امر از طریق نهاد تنظیم‌گر بیرونی مانند سازمان‌های دولتی صورت بگیرد.

مبنای خودتنظیمی در سازمان‌های نظام حرفه‌ای این است که هنگامی که دولت قدرت

38. Tripartism

39. Ayres & Braithwaite

40. Responsive Regulation

41. Ayres, Ian & John, Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press, USA, 1992.

تنظیمی را به حرفه تفویض می‌کند، به این امر آگاه است که حرفه از جایگاه بهتری برای تنظیم امور حرفه‌ای برخوردار است و دولت از اینکه حرفه در منافع سهیم است، استفاده می‌کند. در واقع، منافع عمومی و منافع اعضای حرفه مورد تنظیم لزوماً مغایر نیستند. برای مثال، صلاحیت حرفه‌ای به نفع پرستی حرفه و خیر عمومی است. به علاوه، جامعه به وجدان همیشگی و صلاحیت حرفه‌مندان بیش از عاملان حکومت‌های روز اعتماد می‌کند. در نتیجه، اگرچه انحصار از عوامل ذاتی سازمان‌های خودتنظیم حرفه‌ای است، اما خودتنظیمی تا جایی که فضای اعتماد و احترام باقی است به رفاه حرفه، حرفه‌ای‌گرایی و منفعت عمومی می‌انجامد.^{۴۲}

در قسمت بعدی هرم، مکانیزم فراتنظیم‌گری در اختیار دولت‌ها قرار دارد. به موجب این رویکرد، نقش اولیه، مستقیم و تنظیمی دولت محدود و نقش ثانویه و ترغیب‌کننده دولت پررنگ می‌شود. اقتضای چنین نقشی این است که بنگاه‌ها مقررات داخلی خود را خودشان وضع، اجرا و نظارت کنند که مورد نظارت نهایی یک نهاد تنظیم‌گر بیرونی قرار می‌گیرد.^{۴۳}

پارکر فراتنظیمی را پروسه تنظیم‌گری تنظیم‌گران نامیده است.^{۴۴} در تعریفی دیگر، فراتنظیم‌گری به عنوان نظارت دولت بر ترتیبات تنظیم‌گری تعریف شده است.

همچنین، فراتنظیم‌گری راهی برای نظارت دقیق‌تر توصیف شده است که می‌تواند با کاهش ریسک رفتارهای منفعت‌طلبی به افزایش پاسخگویی بینجامد،^{۴۵} یک تنظیم‌گر بیرونی بر کار نهادهای خودتنظیم که قاعده‌گذاری می‌کنند، نظارت می‌کند تا آنها از لحاظ بیرونی نیز قابل قبول باشند.^{۴۶} بنابراین، دولت‌ها با بهره جستن از چارچوب فراتنظیم‌گری در خصوص تنظیم‌گری حرفه‌ها، خصوصاً حرفه پزشکی به منظور افزایش نظارت و ایجاد

42. A. Reis Monteiro, *Ibid*, pp. 113.114.

43. Neil Gunningham, "Enforcement and Compliance Strategies", in *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press, 2010), p. 135.

44. Christine Parker, *The Open Corporation*, (Cambridge University Press, 2002).

45. Hutter Bridget M. "Risk, Regulation, and Management". *Risk in Social Science* (2006), p. 215.

46. Tanina Rostain, "Self-Regulatory Authority, Markets, and the Ideology of Professionalism", in *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford University Press, 2010).

47. Judith Healy, "Improving Patient Safety Through Responsive Regulation", 2013.

شفافیت، آن را راهی برای تنظیم‌گری مؤثر^{۴۸} دانسته‌اند.

در رأس هرم نیز مکانیزم دستور و کنترل وجود دارد. دولت مجموعه‌ای از قواعد و ممنوعیت‌ها را تعیین می‌کند که تابعان تنظیم‌گری باید رعایت کنند تا اهداف تنظیم‌گری تحقق یابد. اجرای این قواعد نیز از سوی دولت تضمین می‌شود.

در این مقاله استفاده از مکانیزم فراتنظیم‌گری به‌عنوان روشی مؤثر در تنظیم‌گری حرفه سلامت مورد توجه بوده است. بنابراین، پس از تعریف سازمان‌های تنظیم حرفه‌ای و بررسی تئوری‌های تنظیم‌گری حرفه‌ای، به بررسی اعمال این تئوری‌ها در سازمان‌های حرفه‌ای سلامت می‌پردازیم و در بخش دوم مقاله، سازمان‌های فراتنظیم‌گر در حرفه‌های مربوط به سلامت و تغییرات این سازمان‌ها جهت تنظیم‌گری مؤثر را به بحث خواهیم گذاشت.

۲. سازمان‌های فراتنظیم‌گر حرفه‌های حوزه سلامت (مقایسه تطبیقی)

قدرت اعطاشده به نهادهای حرفه‌ای در دو دسته قرار می‌گیرد: (۱) قدرت تأسیس معیارهایی برای ورود به حرفه (یا دسترسی به عنوان‌های محدود حرفه‌ای) و اطمینان از صلاحیت عاملان حرفه و کیفیت خدمات (۲) قدرت حکمرانی بر رفتار عاملان حرفه برای اطمینان از اخلاقی و مسئولانه انجام‌شدن عمل آنها. در گذشته نفع حرفه از نفع عموم جدا نبود و این باور وجود داشت که قرار دادن معیارهای سخت برای ورود و رفتار حرفه‌مندان به نفع هر دو است.^{۴۹}

به تدریج در اثر بروز انبوهی از سوء رفتارهای حرفه‌مندان، به خودتنظیمی به‌عنوان تجربه‌ای شکست‌خورده نگریسته شد، زیرا این باور عمومی شکل گرفت که سازمان‌های تنظیم‌گر حرفه‌ای نفع خود را پیش و بیش از نفع عمومی در نظر می‌گیرند. علت عمده افول قدرت نهادهای خودتنظیم، انتقادات نسبت به رقابت، قرار دادن نیازهای خود به‌جای نیاز موکلان، جنبش‌های اجتماعی و کوتاهی در دفاع از نفع عمومی و دفاع از عامه در مقابل قصور رفتار حرفه‌مندان بود.

48. Effective Regulation

49. Judy Allsop & Mike Saks, *Regulating the Health Professions* (Sage Publications, 2002).

تنظیم‌گری حرفه‌های مربوط به سلامتی در انگلستان، استرالیا و استان انتاریو کانادا که دارای سنت خودتنظیمی حرفه‌ای در خصوص حرفه‌های حوزه سلامت و پزشکی هستند، از اهمیت بسیاری برخوردار است. در این کشورها نهادهای تنظیم‌گر حرفه‌ای قدرت بالایی در وضع قواعد حرفه‌ای و تنظیم رفتار حرفه‌مندان دارند و خودتنظیمی به‌مثابه قراردادی میان دولت و حرفه‌های سلامتی در نظر گرفته می‌شود. حرفه در قبال دولت با لحاظ نفع عمومی و همچنین متحمل شدن هزینه‌ها به تنظیم‌گری متعهد می‌شود و دولت نیز به حرفه خودآیینی، مشروعیت و نفع اجتماعی و اقتصادی می‌بخشد. انگلستان از لحاظ برخورداری از سنت خودتنظیمی از کشورهای نمونه و قابل اقتباس برای تنظیم‌گری حرفه‌های سلامت است. اولین جامعه حرفه‌ای با نام انجمن سلطنتی جراحان^{۵۰} در سال ۱۸۰۰ در انگلیس ایجاد شد و در ۱۸۵۸ قانون پزشکی با عنوان شورای عمومی آموزشی و ثبت نام پزشکی (شورای عمومی پزشکی^{۵۱} ۱۹۵۱) تشکیل گردید. با ایجاد تغییرات تنظیم‌گری در انگلستان و مشترک بودن دلایل این تغییرات در کشورهای استرالیا و استان انتاریو کانادا، تلاش آنها در جهت ایجاد نهادهای فراتنظیم‌گر در حرفه‌های حوزه سلامت بسیار قابل توجه بوده، برای مطالعه و بررسی تطبیقی مفید به نظر می‌رسد.

۲.۱. انگلیس

ساختار حرفه پزشکی و حرفه‌های حوزه سلامت در انگلیس در طول تاریخ به صورت خودتنظیمی شکل گرفته است. با در نظر داشتن تئوری منفعت عمومی، پارلمان انگلیس ابتدا تلاش می‌کرد تا حرفه‌ها در جایگاهی قرار گیرند که درباره کارکرد تنظیم‌گری خود به‌طور خودمختار تصمیم بگیرند. حتی تا سال ۱۹۸۰ دولت وقت بر این عقیده بود که تنظیم‌گری حرفه تنها باید با یک نظارت خفیف همراه باشد، زیرا به دلیل اعتمادی که به حرفه‌های حوزه سلامت در تأمین منافع عمومی وجود داشت، اتفاق نظر نیز بر آن بود که این حرفه‌ها از حق کنترل امور حرفه‌ای خویش برخوردارند.^{۵۲}

50. Royal College of Surgeons of England

51. General Medical Council (GMC)

52. Abigail Beach & Celia Davies, *Interpreting Professional Self-Regulation, Interpreting Professional Self-Regulation: A History of the United Kingdom Central Council for Nursing, Midwifery and Health Visiting* (Routledge, 2013).

اما کم‌کم با طرح دعاوی کیفی در خصوص قصور پزشکان و همچنین مورد توجه قرار گرفتن تئوری‌های منفعت خصوصی و اسارت، در خصوص حرفه‌ها به‌عنوان نهادهای تأمین‌کننده نفع شخصی پزشکان، انتقادات زیادی شکل گرفت و دولت نیز در اثر این انتقادات برنامه اصلاح تنظیم‌گری و فاصله گرفتن از خودتنظیمی را آغاز کرد.^{۵۳} برنامه اصلاحات در سال ۲۰۰۰ و با تصویب قانون جدید که حاوی دو تغییر اساسی در نهادهای تنظیم‌گر سلامت بود، شکل جدی‌تری یافت.

اولین تغییر حرکت از سوی خودتنظیمی به سمت تنظیم‌گری بیشتر از جانب دولت و عضویت افراد انتصابی و غیرپزشک در نهادهای تنظیم‌گری بود. در سال ۲۰۰۳ در ترکیب شورای عمومی پزشکی که در سال ۱۹۲۶^{۵۴} تشکیل شد، بزرگ‌ترین تغییر اعمال گردید. در این ترکیب جدید، تعداد اعضای شورا از ۱۰۴ به ۳۵ عضو کاهش یافت و ۴۰ درصد از اعضا نیز به افراد غیرمتخصص (غیرپزشک) اختصاص یافت. حضور اعضای غیرمتخصص (غیرپزشک) در دهه‌های اخیر باز هم افزایش یافته است. بر اساس قانون سلامت و مراقبت اجتماعی سال ۲۰۰۸، دوازده عضو شورای پزشکی از سوی شورای خصوصی بریتانیا^{۵۵} منصوب می‌شوند که به شکل مساوی ۶ عضو غیر پزشک و ۶ عضو پزشک هستند.^{۵۶ ۵۷}

تغییر دیگر نیز به‌دنبال پرونده جنجالی شپمن^{۵۸} روی داد. در این پرونده، دکتر هارولد شپمن مظنون به کشتن بالای ۲۰۰ نفر بود و به قتل ۱۵ بیمار محکوم شده بود. این قاتل زنجیره‌ای علی‌رغم این تعداد جنایت توانسته بود جایگاه خود را در شورای پزشکی حفظ کند که این امر نشانگر عدم نظارت کافی بر پزشکان بود. در پی این انتقادات، حکومت، نهاد

53. Bartle Ian & Vass Peter, *Self-Regulation and the Regulatory State*, (University of Bath, Research Report 17 2005).

۵۴. اولین شورای عمومی پزشکی متشکل از ۲۴ عضو بود که به‌جز ۶ عضو که از سوی شورای محرمانه انگلستان معرفی شده بودند، بقیه اعضا از جانب کالج سلطنتی و دانشگاه‌ها معرفی می‌شدند.

۵۵. Privy Council: عالی‌ترین شورای مشورتی برای ارائه مشاوره به پادشاهی بریتانیاست و از عضویت سیاستمداران ارشد که اعضای کنونی یا سابق مجلس عوام یا مجلس اعیان بریتانیا هستند، تشکیل می‌شود.

56. See for Instance: < <https://www.gmc-uk.org/about/who-we-are/our-history>>

57. John Martyn Chamberlain, *Medical Regulation, Fitness to Practise and Revalidation: A Critical Introduction* (Policy Press, 2015).

58. Harold, Shipman See, for Instance:

<<https://web.archive.org/web/2011110073945/http://www.shipman-inquiry.org.uk/home.asp>>

جدید «شورای عالی تنظیم‌گری مراقبت‌های بهداشتی» (از این پس، شورا) را ایجاد کرد. این شورا از قدرت نظارت بر عملکرد تمام تنظیم‌گرهای حرفه درمان از جمله شورای پزشکی و اختیار حقوقی برای نقض تصمیمات و آرای انضباطی نهادهای حرفه سلامت و یا انجام پرونده‌های حسابرسی در دادگاه برخوردار است.

شورا به‌عنوان نهاد فراتنظیم‌گر تغییر بزرگی در نحوه اداره بخش سلامت در انگلیس پدید آورد و در سال ۲۰۱۲ به مقام «استاندارد حرفه‌ای برای مراقبت‌های سلامتی و بهداشتی»^{۵۹} تغییر نام یافت.^{۶۰}

نهاد شورا برای نظارت بر وزارت بهداشت انگلیس و دولت‌های محلی بر تنظیم‌گران سلامت و بهداشت ایجاد شد^{۶۱} و از آن پس پاسخگویی این سازمان‌ها به حکومت تحقق یافت. ترکیب هیئت مدیره شورا عبارت است از ۸ عضو، شامل یک رئیس به انتخاب شورای خصوصی، سه عضو غیراجرایی به انتخاب وزرای اسکاتلند و ولز و دپارتمان خدمات اجتماعی و سلامت ایرلند شمالی، سه عضو غیراجرایی انتصابی از سوی شورای خصوصی و یک عضو به انتخاب هیئت مدیره.

در قانون اصلاحات خدمات بهداشتی ملی و حرفه‌های مراقبت‌های سلامتی سال ۲۰۰۲، کارکردهایی برای شورا ذکر شده است. کارکردهای اصلی یادشده در این قانون عبارت‌اند از: حفظ منافع بیماران و عموم در خصوص عملکرد تنظیم‌گران، اشاعه بهترین عملکرد تنظیم‌گری، فرمول‌بندی اصول در مورد خودتنظیمی حرفه‌ای، ترغیب نهادهای تنظیمی به متابعت از آنها و تشویق نهادهای تنظیم‌گر به همکاری با یکدیگر.^{۶۲}

در همین زمینه، قانون‌گذار به این فراتنظیم‌گر، قدرت انجام هر امری را اعطا نموده است

59. Professional Standards Authority for Health and Social Care.

60. An Arm's-Length

شورا ابتدا به صورت آژانس آرمز لنگت (نهاد عمومی اما مستقل از وزیران) به‌وجود آمد، اما از سال ۲۰۱۵ با تأمین بودجه از سوی تنظیم‌گران از نهاد آرمز لنگت وزارت بهداشت به آژانس مستقل تبدیل شد.

۶۱. Devolved Administration: مراد از آن دولت‌های محلی جداگانه در اسکاتلند، ایرلند شمالی و ولز است که (بر اساس مدل پارلمانی) از سال ۱۹۹۹ تأسیس شده‌اند. دولت مرکزی وظایف و اختیارات و در نتیجه پاسخگویی و مسئولیت خود را در خصوص امور محلی این مناطق که محدوده جغرافیایی مشخصی دارند، به دولت محلی واگذار کرده است.

62. (National Health Service Reform and Health Care Professions Act, 2002).

و آن را لازم و برای دستیابی به اهداف آن به مصلحت می‌داند و یا به‌گونه‌ای با کارکرد آن در ارتباط است. شورای تنظیم‌گری مراقبت‌های سلامتی، با بررسی گزارش‌های اجرایی یک‌ساله و با معیار استانداردهای تنظیم‌گری خوب و بررسی تناسب تصمیمات اجرایی، بر امور تنظیم‌گران نظارت می‌کند و در این خصوص قدرت ارجاع این تصمیمات به دادگاه عالی در انگلیس، ولز، ایرلند شمالی و اسکاتلند را دارد^{۶۳}.

در شورا، پروسه‌های تنظیم‌گری از اصولی چون تنظیم‌گری بهتر نیروی کار و پیش‌بینی تغییرات به‌جای پاسخگویی به بحران‌ها پیروی کردند. فراتنظیم‌گر، نه‌تنها از طریق نهادهای حسابرسی مالی بر کار تنظیم‌گران بخش سلامت نظارت می‌کند، بلکه با بالا بردن استانداردها و تنظیم‌گری بجا^{۶۴} اهداف بالاتری برای خود ترسیم نموده است^{۶۵}.

بر مبنای استانداردهای تعیین‌شده از سوی شورا که تاکنون به ۲۴ مجموعه رسیده است، تنظیم‌گران حرفه‌های سلامت مانند شورای پزشکی، دندان‌پزشکی و یا چشم‌پزشکی، باید با ادله و سند گزارش دهند که تا چه اندازه این استانداردها و اصول را برای حفظ اعتماد عمومی در حرفه خود رعایت کرده‌اند. بر همین اساس نیز فراتنظیم‌گر نقاط ضعف و قوت عملکرد آنان را بررسی و بهترین رویه‌ها را مشخص می‌کند. در سال ۲۰۱۲ وفق قانون مراقبت‌های سلامتی و اجتماعی، اختیارات شورا به‌منظور افزایش ضمانت اجرای تصمیمات این نهاد گسترش یافت. در این راستا، شورا برای نظارت بر انتصاب اعضای هیئت مدیره و اعضای عادی شوراهای حرفه‌ای (پرستاران، چشم‌پزشکان، دندان‌پزشکان، پزشکان و ...) از طریق شورای خصوصی^{۶۶} صلاحیت پیدا کرد.

بنابراین فراتنظیم‌گر شورا از دولت و منافع خاص جدا شده، به نقش هدایتی^{۶۷} خود در

63. Law Commission, (s. 29(4)(b)).

64. Right-Touch Regulation

تنظیم‌گری بجا به معنای به‌کار بردن حداقل نیروی تنظیم‌گر برای به‌دست آوردن نتایج لازم با توجه به در نظر گرفتن ریسک است. ریسک می‌تواند در خصوص خطرهای ذاتی مداخله، شرایط و حساسیت یا استقلال کاربران باشد.

John Martyn, Chamberlain; Mike Dent; Mike Saks, *Professional Health Regulation in the Public Interest: International Perspectives* (Policy Press, 2018), p. 101.

65. PSA (2015b) *Right-Touch Regulation: Revised*, London: PSA

66. Privy Council

67. Steering Not Rowing

اجرای تنظیم‌گری می‌پردازد. این امر از طریق حسابرسی، گزارش‌دهی به پارلمان، بازبینی آرای صادره از نهادهای شبه‌قضایی تنظیم‌گران سلامت مانند شورای پزشکی، و ایفای نقش هماهنگ‌کننده در میان شوراها سلامت میسر شده است.

به نظر می‌رسد که الگوی فراتنظیم‌گری انگلیس در بخش سلامت در نظارت بر نهادهای خودتنظیم حرفه سلامت و افزایش پاسخگویی نهادهای خودتنظیم در این بخش از کارایی لازم برخوردار بوده است. این کارایی را می‌توان مدیون عوامل متعددی دانست، از جمله فراهم آوردن نگاه جامع نسبت به حرفه‌های مختلف در بخش سلامت نظیر چشم‌پزشکی، دندان‌پزشکی و پزشکی، تأکید بر اصول تنظیم‌گری همچون تنظیم‌گری بجا و تکیه بر گزارش‌دهی دقیق تنظیم‌گران بخش سلامت به نهاد شورا.

۲.۲. استرالیا

در استرالیا، در گذشته، هریک از حرفه‌های حوزه سلامت مانند پزشکی یا دندان‌پزشکی به شکل مجزا از یکدیگر و در سطح ایالت و در قلمرو قوانین همان ایالت اداره می‌شدند. در سال ۲۰۱۰ و در پی گزارش کمیسیون بهره‌وری^{۶۸}، نهادهای حرفه‌ای تنظیم‌گر سلامت در یک طرح واحد که طرح ملی ثبت نام و اعطای پروانه نام دارد^{۶۹}، گرد هم آمدند تا حرفه‌های مربوط به سلامت را در سراسر استرالیا به‌طور هماهنگ تنظیم‌گری کنند و خودآیینی اشخاص حرفه‌مند را کاهش دهند.^{۷۰}

برخلاف گذشته که تنظیم‌گری حوزه سلامت در استرالیا در سطح فدرال و قلمرو آن^{۷۱ ۷۲} و از سوی هریک از نهادهای سلامتی بدون هماهنگی با سایر تنظیم‌گران انجام می‌شد، در طرح جدید، ایجاد و اجرای اصول تنظیم‌گری مؤثر، نظارت بر کارکردهای تنظیم‌گری و

۶۸. در گزارش، به کمبودهای قابل‌توجه و عدم هماهنگی و چندگانگی در مراجع صدور پروانه و استانداردهای چندگانه و افزایش هزینه‌های اداری و متابعت اشاره شده بود.

Australia Productivity Commission, 2005, p. 136.

69. National Registration and Accreditation Scheme ('NRAS')

70. (COAG, 2008), p. 2.

71. Territory

۷۲. استرالیا دارای ۶ ایالت و سه قلمرو پایتختی، خلیج جرویس و قلمرو شمالی است.

تفکیک کارکرد تنظیم‌گرایانه از کارکرد نمایندگی در تنظیم‌گری حرفه‌های سلامتی، مورد توجه قرار گرفت^{۷۳}،^{۷۴}.

از دیگر اقدامات قانون ملی می‌توان به تفکیک صلاحیت‌های قانون‌گذاری و رسیدگی به دعاوی اشاره کرد. قانون ملی استرالیا «نهاد رسیدگی به شکایات سلامت»^{۷۵} را که صلاحیت آن از هیئت مدیره‌های ملی و آژانس تنظیم‌گری مستقل است، در ایالات ایجاد کرد. این نهاد به کلیه شکایات در خصوص سیستم سلامت بیمارستان‌ها و مراکز سلامت، هزینه‌ها و همچنین شکایات علیه افراد غیرپزشک و غیرمتخصص رسیدگی می‌کند^{۷۶}.

در این قانون، قدرت تنظیم‌گری در استرالیا بین سه نهاد آژانس تنظیم‌گری شاغلان سلامت استرالیا^{۷۷}، هیئت مدیره‌های ملی^{۷۸} و حکومت تقسیم شده است. هدف از این تغییرات، افزایش پاسخگویی و شفافیت برای حفظ منفعت عمومی است؛ زیرا در ساختار جدید پاسخگویی و شفافیت در رأس امور قرار دارد^{۷۹}،^{۸۰}.

از جمله نهادهای اصلی این قانون‌گذاری جدید عبارت‌اند از:

الف) شورای وزارتی نیروی کار بخش سلامت استرالیا^{۸۱}. این شورا متشکل از وزرای بهداشت هر ایالت و مناطق مشترک‌المنافع است که بر طرح تنظیم‌گری ملی نظارت دارند. شورای یادشده مسئول تصویب نهایی استانداردهای حرفه‌های مربوط به سلامت است که از

۷۳. تفکیک وظایف تنظیم‌گرایانه، نمایندگی و ترافیعی از اصولی است که در دایرکتیوهای اروپایی مورد اشاره قرار گرفته است. برای مطالعه بیشتر ر.ک. Tinne Heremans Professional Service in the EU Internal Market. مقصود از کارکرد تنظیم‌گرایانه سازمان‌های حوزه سلامت، قاعده‌گذاری، تعیین استانداردها و مقررات ورود به حرفه سلامت مانند پزشکی، رسیدگی به تخلفات انضباطی است؛ درحالی که مراد از وظایف نمایندگی، عمل کردن از طرف پزشکان و پرستاران، دفاع از حیثیت حرفه‌ای و منافع شغلی اعضا است.

75. Health Complaints Entity (HCE)

76. Judith Healy & Merrilyn Walton, "Health Ombudsmen in Polycentric Regulatory Fields: England, New Zealand, and Australia", *Australian Journal of Public Administration* 75, No. 4 (December 1, 2016), p. 495.

77. Australian Health Practitioner Regulation Agency: AHPRA

78. *National Boards*

79. (National Law, s. 3(3)(a))

80. Anne-Maree, Farrell et al., *Health Law: Frameworks and Context* (Cambridge University Press, 2017), p. 74.

81. Australian Health Workforce Ministerial Council.

سوی هیئت مدیره‌های ملی تنظیم شده است. همچنین، این شورا وظیفه انتصاب اعضای هیئت مدیره ملی و آژانس کمیته مدیریتی تنظیم‌گران شاغلان حوزه سلامت استرالیا و جهت‌دهی به سیاست‌های آژانس را برعهده دارد.

ب) شورای مشورتی نیروی کار سلامت استرالیا^{۸۲}. این شورا برای ارائه مشاوره به وزرا، در حوزه صلاحیت طرح ملی ایجاد شده است. شورای نامبرده تنها به درخواست شورای وزرا تشکیل می‌شود^{۸۳}.

ج) آژانس تنظیم‌گری شاغلان سلامت استرالیا. این آژانس نهاد اصلی مسئول و فراتنظیم‌گر در اجرای طرح سلامتی بر اساس قوانین ملی و در جهت سیاست‌های شورای وزارتی است. بر همین اساس، اصلی‌ترین نقش آن تقویت هیئت مدیره ملی در جهت حمایت از نفع عمومی است^{۸۴}. آژانس این وظیفه را از طریق تحقیق در خصوص رفتار حرفه‌ای، همکاری با نهادهای بررسی شکایات در هر ایالت^{۸۵} برای اطمینان خاطر از روند صحیح رسیدگی به شکایات، ثبت جامع و ملی حرفه‌مندان، بررسی سابقه کیفری متقاضیان برای ورود به حرفه‌های مربوط به سلامت، اجرای دقیق وظایف گزارش‌دهی پزشکان و تعیین بودجه برای هیئت‌های ملی انجام می‌دهد. شورای وزارتی پنج عضو را در آژانس تنظیم‌گری شاغلان سلامتی منصوب می‌کند که سه نفر از آنان دارای پروانه پزشکی نیستند^{۸۶}.

در حال حاضر، دایره شمول قانون ملی از ۹ حرفه در زمان تصویب، به ۱۵ حرفه افزایش یافته است. این سیستم با وجود داشتن عناصری از تنظیم‌گری دستور و کنترل، عناصر جدی مهمی را از فراتنظیم‌گری در درون خود دارد^{۸۷}.

سیستم پیش‌بینی شده در قانون به هیئت‌های مدیره ملی و آژانس اجازه می‌دهد تا از

82. Australian Health Workforce Advisory Council

83. AHMAC, 2014b).

84. AHPRA, 2015a, p. 1.

85. Territory

86. Health Practitioner Regulation National Law s 35.

87. John Chellew & Alex Roberts, "Modern Professional Practice and Its Future Structural Types of Professional Regulation: Comparative Case Studies in Australia and the UK", 2016, p. 3.

انعطاف قابل توجهی برخوردار باشند.

د) هیئت‌های ملی بر اساس تخصص هرکدام از حرفه‌های سلامت مانند پرستاری و یا پزشکی برای اداره طرح‌های تنظیم‌گری ملی تشکیل شده است.^{۸۸} وظیفه آنها ثبت حرفه‌مندان و تعیین شرایط لازم برای ثبت نام، توسعه استانداردها و تحقیق در خصوص شکایات است. اعضای هیئت مدیره ملی از سوی شورای وزرا تعیین می‌شوند و نیمی از آنان را حرفه‌مندان تشکیل می‌دهند. در واقع، آنها نهادهای تنظیم‌گر در هر یک از رشته‌های حرفه حوزه سلامت هستند.

بر اساس تعریفی که از فراتنظیم‌گری ارائه شد، دولت جدید تنظیمی، تنظیم‌گرها- و نه تنظیم‌شونده‌ها- را تنظیم می‌کند. آژانس تنظیم‌گری سلامت به‌مثابه نهاد فراتنظیم‌گر، بر کار هیئت‌های ملی (تنظیم‌گرهای هر یک از حرفه‌های سلامت) به‌منظور اطمینان از روند صحیح امور و همچنین صلاحیت شاغلان حرفه سلامت نظارت دارد. برابر قانون جدید، هیئت‌های ملی با اکثریت حرفه‌مندان، و آژانس به‌عنوان نهاد ملی با منصوبان غیرحرفه‌ای (برای مثال، افرادی که پزشک نیستند) اداره می‌شود.

۸۸. هیئت‌های ملی از قرار زیر است:

مراقبت‌های بهداشتی بومیان و جزیره‌نشینان تنگه تورس استرالیا
هیئت پزشکی چینی استرالیا
هیئت کایروپراکتیک استرالیا
هیئت دندان پزشکی استرالیا
هیئت پزشکی استرالیا
هیئت تمرین پرتوپزشکی استرالیا
هیئت پرستاری و مامایی استرالیا
هیئت کاردرمانی استرالیا
هیئت اپتومتری استرالیا
هیئت استتوپاتی استرالیا
هیئت پیراپزشکی استرالیا
هیئت داروسازی استرالیا
هیئت فیزیوتراپی استرالیا
هیئت پزشکی پا در استرالیا
هیئت روان‌شناسی استرالیا

وجود تردیدهایی در خصوص کارایی طرح جدید (طرح ملی) و میزان موفقیت آن در کاهش هزینه‌ها با ایجاد سیستم یکپارچه در سراسر استرالیا و همچنین تمایل به منظور بهبود کیفیت ارائه خدمات سلامت موجب شد «آژانس سلامت بریتانیا» به‌عنوان ناظر خارجی کارایی طرح ملی را بررسی کند. در نهایت، آژانس سلامت بریتانیا در گزارش خود این نهاد را کارا ارزیابی کرد و در عین حال به لزوم تغییرات جزئی به‌منظور حمایت از نفع عمومی و افزایش کارایی و انعطاف نهادهای تنظیم‌گر اشاره نمود.^{۸۹} از دیگر مزایای طرح ملی و یکپارچه در سراسر استرالیا، افزایش شفافیت در پروسه‌ها از طریق گزارش‌دهی اجباری و بررسی سابقه کیفی حرفه‌مندان سلامت برای افزایش اعتماد به طرح ملی ذکر شده است.

هرچند استرالیا الگوی کاملی در زمینه فراتنظیم‌گری در بخش سلامت نیست، اما با طرح ملی، یکپارچه کردن سیستم ورود به حرفه و ایجاد آژانس تنظیم‌گری شاغلان سلامت، گام‌های مؤثری در این زمینه برداشته است. همچنین پیشنهاد ایجاد نهاد جدید «شورای مشورتی استانداردهای حرفه‌ای» به‌مانند آژانس سلامت بریتانیا، برای نظارت بیشتر در استرالیا مطرح شده است.

۲.۳. استان انتاریو کانادا

در کانادا، تنظیم‌گری در حرفه پزشکی و سایر حرفه‌های حوزه سلامت به دلیل تقسیم قدرت میان سطح ایالت و سطح ملی، پیچیده‌تر است. از آنجا که هر یک از ایالت‌ها سیستم قانون‌گذاری ویژه‌ای دارند، در این مقاله قوانین و تنظیم‌گری در استان انتاریو، به دلیل استفاده از الگوی فراتنظیم‌گری مورد توجه قرار می‌گیرد.

شورای مشورتی تنظیم‌گری حرفه‌های سلامت^{۹۰} مبنای قانون‌گذاری تنظیم‌گری پزشکی در استان انتاریو کانادا است که با ساختاری جامع همه حرفه‌ها را دربر می‌گیرد.^{۹۱}

89. Kathleen Leslie et al., "Policy Tensions in Regulatory Reform: Changes to Regulation of Health Professions in Australia, the United Kingdom, and Ontario, Canada", *Journal of Nursing Regulation* 8, no. 4 (January 1, 2018), p. 34.

90. Health Professions Regulatory Advisory Council

91. Health Professions Regulatory Advisory Council, "A Review of a Review of a Review of the Minister of Health and Long-Term Care Health Professions Regulatory Advisory Council", 2001, p. 1.

هر حرفه مربوط به سلامت تحت نظارت یک شورای مشورتی و به‌وسیله یک نهاد خودتنظیم که کالج نام دارد، اداره می‌شود. وزیر بهداشت ایالت می‌تواند تصمیمات کالج را بازبینی و آن را به اصلاح یا لغو مصوبه ملزم کند.

در ابتدای دهه ۱۹۶۰، عواملی چون افشاگری رسانه‌ها، افزایش هزینه‌های حکومت در بخش سلامت و جنبش حقوق بیماران، اعتماد عمومی را به نحوه اداره خودتنظیم این حرفه از میان برد.

تا قبل از آن، نهادهای خودتنظیم حرفه‌های سلامت در انتاریو در برابر قصور کادر درمان با مسامحه و اغماض رفتار می‌کردند. مکانیزم‌های پاسخگویی حرفه‌های حوزه سلامت نیز برای تضمین کیفیت عملکردشان ضعیف بود. به تدریج و با غلبه رویکرد منفعت خصوصی در حرفه‌های مربوط به سلامت در کانادا، این دیدگاه تقویت شد که خودتنظیمی موجود در این حرفه‌ها، به‌جای حفاظت از منافع عمومی، حافظ منافع انحصاری حرفه‌مندان است.^{۹۲} از آن پس، دولت برای تغییر این رویه و وارد کردن مفهوم حمایت از منافع عمومی، نقش فعال‌تری را در قانون‌گذاری در زمینه تنظیم حرفه پزشکی برعهده گرفت.

در گزارش کمیسیون تحقیقات سلطنتی^{۹۳} در سال ۱۹۶۴ و گزارش کمیته فن درمان^{۹۴} در سال ۱۹۷۰، اعطای خودتنظیمی به حرفه‌های حوزه سلامت مأموریتی جهت انجام وظایف قضایی و قانون‌گذاری در آن حرفه و به‌منظور تأمین منافع عمومی تعریف شد، اما عدم الزام نهادهای خودتنظیم به پاسخگویی، این‌چنین مورد انتقاد قرار گرفت:

«به‌عنوان اصل کلی، تفویض مسئولیت‌ها به‌وسیله دولت به نهادهای خودتنظیم حرفه‌ای اعطاکننده پروانه، به آنها قدرت انحصاری می‌دهد که همواره می‌تواند خطرناک و نیازمند بازبینی عمومی همیشگی باشد»^{۹۵}.

92. Patricia O'Reilly, *Health Care Practitioners: An Ontario Case Study in Policy Making* (University of Toronto Press, 2000), p. 45.

93. The Royal Commission Inquiry

94. The Ontario Committee on the Healing Arts

95. "Royal Commission Inquiry into Civil Rights, Reports: Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. Vol. 1" (Toronto, ON: Queen's Printer, 1968), 7, <https://archive.org/details/royal-commissioni04onta>.

اما همچنان تا قبل از سال ۲۰۰۶، پاسخگویی کالج‌های تنظیم‌گر سلامت به ارسال گزارش سالیانه به «مسئول مراقبت‌های سلامت» و انتشار آرای انضباطی محدود می‌شد و نهادهای خودتنظیم در حوزه قانون‌گذاری و رسیدگی به تخلفات انضباطی از اختیارات قابل توجهی برخوردار بودند.

شورای مشورتی دهه‌ها بدون تغییر ماند تا اینکه در سال ۲۰۰۶، با تصویب قانون «دسترسی منصفانه به حرفه‌های تنظیم‌شده و تجارت‌های اجباری»^{۹۶} اولین تغییر به وجود آمد. این قانون با ایجاد نهاد نظارتی برای نظارت بر ثبت نام، به منظور ایجاد رویه‌های تنظیم‌گری شفاف، هدفمند و بدون جانب‌داری، برای حرفه‌های حوزه سلامت و وظایف نظارتی خاصی را پیش‌بینی کرد.

این قانون با ایجاد مرکزی به نام اداره انصاف^{۹۷} که اعضای آن از سوی حکومت منصوب می‌شدند، قانون تنظیم‌گری سلامت را اصلاح کرد. مطابق قانون جدید، تمام تنظیم‌گران بخش سلامت باید هر سال در مورد نحوه ثبت نام و اعطای پروانه خود و همچنین حسابرسی سالیانه گزارشی به دایره انصاف ارسال کنند. این دایره با بررسی گزارش‌ها و همچنین انجام حسابرسی سالیانه بر عملکرد تنظیم‌ها نظارت می‌کند. علاوه بر این، دایره انصاف در خصوص تطابق با قانون اجرای ثبت نام منصفانه، انجام حسابرسی و تکالیف گزارش‌دهی و نیز ایجاد، اصلاح یا لغو قوانین، راهکارهای لازم را به تنظیم‌گران ارائه می‌دهد. عدم رعایت دستورات دایره انصاف می‌تواند تا صد هزار دلار جریمه در پی داشته باشد. این دایره به‌عنوان یک نهاد فراتنظیم‌گر که بر کار تنظیم‌گران دیگر نظارت می‌کند و از اختیار حسابرسی و دستوردهی به تنظیم‌گران برای متابعت با قانون اجرای ثبت نام منصفانه برخوردار است، به الگویی برای فراتنظیم‌گری در سایر ایالات کانادا تبدیل شد.^{۹۸}

در سال ۲۰۰۹، در راستای حمایت از منافع عمومی، شورای مشورتی تنظیم‌گری حرفه

96. The Fair Access to Regulated Professions and Compulsory Trades Act, 2006 (FAPTA)

97. Office of the Fairness Commissioner (OFC)

۹۸. لازم به ذکر است که پذیرش این نهاد از سوی کالج‌های بخش سلامت با مقاومت و انتقادهایی روبه‌رو شده است و آن را نقض آزادی اجتماعات، خودتنظیمی و ایجاد بروکراسی جدید تلقی می‌کردند.

سلامت پیشنهاد کرد نهاد فراتنظیم‌گر «شورای عالی تنظیم‌گری سلامت» به منظور ایجاد تعادل میان قدرت رو به افزایش تنظیم‌گران کالجی و دولت ایجاد شود:

«در زمینه خودتنظیمی، وجود رویکرد مشارکت‌گرایانه جدی‌تری (میان دولت و تنظیم‌گران کالجی) ضروری است. به همین منظور یک آژانس مستقل برای همکاری با کالج‌ها باید ایجاد گردد تا سیستم تنظیم‌گری مدرن، با شفافیت و پاسخگویی بیشتر و کیفیت بهتر حاصل شود»^{۹۹}.

با وجود این، کالج‌های تنظیم‌گر که ایجاد نهاد فراتنظیم‌گر را با اصل خودتنظیمی و استقلال خود مغایر می‌دیدند، با تشکیل شورای عالی تنظیم‌گری سلامت مخالفت و چنین استدلال کردند که نهاد فراتنظیم‌گر با ایجاد لایه‌های بیشتر نظارتی و صلاحیت‌های موازی باعث پیچیدگی بیشتر در امر تنظیم‌گری می‌شود.^{۱۰۰}

با بروز این مخالفت، دولت راه دیگری در پیش گرفت. طبق لایحه^{۱۰۱} ۱۷۹ برای نظارت بر اقدامات تنظیم‌گران، مقرر شد که وزیر می‌تواند هر زمان که لازم یا مناسب تشخیص دهد (اداره کالج و انجام اقدامات)، ناظری را در هریک از تنظیم‌گران بخش سلامت منصوب کند. ناظر نیز می‌تواند از تمام اختیارات شورا استفاده کرده، به وزیر گزارش‌های لازم را ارائه دهد.

در نهایت، لایحه با مکانیزم جدید قدرت حسابرسی به دولت و انتصاب ناظر در صورت عدم پاسخ تنظیم‌گر به درخواست وزیر تصویب شد.^{۱۰۲} هرچند در استان انتاریو به علت غلبه گفتمان خودتنظیمی حرفه‌ها، نهادی مانند شورای عالی تنظیم‌گری مراقبت‌های بهداشتی انگلیس برای نظارت بر کالج‌ها و نهادهای خودتنظیم در حرفه سلامت به وجود نیامد، اما

99. Hprac, "Transforming and Supporting Patient Care A Report to the Minister of Health and Long-Term Care on Mechanisms to Facilitate and Support Interprofessional Collaboration and a New Framework for the Prescribing and Use of Drugs by Non-Physician Regulated Heal", 2009, 3, < www.hprac.org >.

100. Regan S et al., "Legislating Interprofessional Collaboration: A Policy Analysis of Health Professions Regulatory Legislation in Ontario, Canada," *Journal of Interprofessional Care* 29, No. 4 (2015), pp. 359-64.

101. Bill 179.

102. "Regulated Health Professions Act, 1991", s. 5.0.1[1], Accessed August 2, 2021.

نهادهای خودتنظیم حرفه سلامت تحت نظارت فراتنظیم‌گر دایره انصاف قرار گرفتند.

۴.۲. ایران

تنظیم‌گری در ایران با تأسیس برخی نهادهای صنفی و تخصصی که دارای اختیارات تنظیم‌گری بوده‌اند شکل گرفته است؛ برای مثال، می‌توان به تأسیس کانون وکلای در ۱۳۰۹ و سازمان نظام پزشکی در ۱۳۲۹ اشاره کرد. سازمان نظام پزشکی ایران در آن سال از سوی مجلس شورای ملی وقت تأسیس شد و آخرین بازنگری در آن در سال ۱۳۸۲ با تصویب قانون نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران انجام شد.

با دقت در وظایف و اختیارات سازمان نظام پزشکی ایران مشخص می‌شود که این سازمان در ایران به هیچ عنوان خصوصیت نهاد خودتنظیم را ندارد و به صورت خودجوش و برای انتظام بخشیدن به امور حرفه‌ای به وجود نیامده است. طبق ماده ۱ قانون یادشده، سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران سازمانی است مستقل و دارای شخصیت حقوقی که به منظور تحقق بخشیدن به اهداف و انجام وظایف مقرر در این قانون تشکیل می‌گردد. با وجود ذکر این نکته و تأکید بر استقلال، نوع استقلال و نوع شخصیت حقوقی سازمان ذکر نشده است که به مبهم بودن و مشخص نبودن جایگاه این‌گونه سازمان‌ها در حقوق عمومی برمی‌گردد.

همان‌گونه که در مطالب پیشین اشاره شد، اختیارهای اعطاشده به نهادهای حرفه‌ای در دو دسته قرار می‌گیرد: نخست، قاعده‌گذاری و تعیین معیارهای ورود به حرفه؛ دوم، تنظیم رفتار حرفه‌مندان (برای مثال، کنترل قیمت و محدودیت در تبلیغات) و در صورت لزوم، رسیدگی انضباطی در شرایط نقض قوانین و مقررات حرفه‌ای. در همین راستا و برای اطمینان خاطر از حمایت از نفع عمومی در مقابل نفع حرفه‌مندان در انجام وظایف حرفه‌ای، تئوری تنظیم‌گری واکنشی و فراتنظیمی برای ایجاد تعادل در روابط تنظیمی و پاسخگویی نهادهای تنظیم‌گر ایجاد شده است.

اما سازمان نظام پزشکی در ایران از قدرت قانون‌گذاری برخوردار نیست و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به تدوین امور حرفه‌ای می‌پردازد و در صورت خلأ

قانونی، انتظام امور حرفه‌ای با صدور بخشنامه وزارتی صورت می‌گیرد.

به صورت کلی، سیاست‌گذاری سلامت در سطح کشور از سوی وزیر بهداشت و معاونان او از طریق شورای سیاست‌گذاری انجام می‌شود و برای اجرا به دانشگاه‌های علوم پزشکی ابلاغ می‌گردد. در واقع، وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی، نه به‌عنوان یکی از بازیگران و اجزای نظام سلامت، بلکه در نقش بازیگر انحصاری در طراحی و اجرای حاکمیت نظام سلامت عمل می‌کند^{۱۰۳}. همچنین سازمان نظام پزشکی نمی‌تواند کدهای اخلاقی ورود به حرفه خود را تنظیم کند؛ حتی نظام‌نامه و آیین‌نامه‌های مربوط به تنظیم و تنسيق امور از سوی دولت صادر می‌شود. ماده ۳ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی، وظایف و اختیارات سازمان را به ترتیب زیر تعیین کرده است:

الف) اظهار نظر مشورتی در تهیه و تدوین لوایح، طرح‌ها، تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مرتبط با امور پزشکی.

ک) اظهار نظر و مشارکت فعال به هنگام تعیین یا تجدیدنظر در تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی بخش دولتی.

م) مشارکت در تدوین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های نظارتی در مورد مطب‌ها، مؤسسات درمانی و بهداشتی و

دیگر مراکز پاراکلینیکی در بخش خصوصی.

با دقت در وظایف و اختیارات این سازمان مشخص می‌شود که برخلاف کشورهای بررسی‌شده، مانند انگلیس و کانادا، قانون صلاحیت‌های پزشکی از سوی اعضای حرفه تدوین نشده است و اعضای نظام پزشکی تنها از اختیار اظهار نظر مشورتی و مشارکت با دولت در تدوین آیین‌نامه‌ها برخوردارند.

از سوی دیگر، دخالت حداکثری دولت در شیوه انتخاب اعضای نظام پزشکی از طریق

۱۰۳. پریسا رحیمی‌تبار و علی‌محمد مصدق راد، «الگوی حاکمیت نظام سلامت ایران: مطالعه تطبیقی»، علوم پزشکی رازی، ش ۹ (۱۳۹۸)، ص ۲۵.

برگزاری انتخابات و تأیید صلاحیت‌های اعضا، امکان استقلال و خودتنظیمی از سوی حرفه را سلب می‌نماید. بر اساس ماده ۳۴ قانون سال ۱۳۸۲، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مسئول برگزاری انتخابات هیئت مدیره نظام پزشکی است. بنابراین، طبق قانون جدید، سازمانی دولتی مسئولیت برگزاری انتخابات هیئت مدیره یک سازمان مستقل را برعهده دارد. علاوه بر این، یک هیئت مرکزی نیز مطابق ماده ۱۹ قانون بر انتخابات نظارت می‌کند که اعضای آن، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از سوی نمایندگان حکومتی منصوب می‌شوند.

ترکیب اعضا و صلاحیت‌های پیش‌بینی شده برای این هیئت نمی‌تواند تضمین‌کننده استقلال سازمان مندرج در

ماده ۱ قانون باشد. بر اساس ماده ۱۹ قانون، ترکیب اعضای هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات به شرح زیر است:

(الف) یک نفر نماینده دادستان کل کشور

(ب) یک نفر نماینده وزارت کشور

(ج) دو نفر از کادر پزشکی به انتخاب و معرفی وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی

(د) سه نفر کادر پزشکی به معرفی کمیسیون بهداشت و درمان و با انتخاب مجلس شورای اسلامی.

همچنین رئیس سازمان از سوی رئیس‌جمهور انتخاب می‌شود و بنابراین به‌گونه‌ای نفع سیاسی بر نفع حرفه و صاحبان حرفه ترجیح داده شده است.^{۱۰۴}

نقش سازمان نظام پزشکی را شاید بتوان در حیطة انتظامی و رسیدگی به تخلفات پررنگ دانست که خود با اشکالات فراوان روبه‌رو است. اگرچه در شورای انتظامی، برخی

۱۰۴. در آخرین انتخابات برگزارشده در سازمان نظام پزشکی به سال ۱۴۰۰، رد صلاحیت گسترده مورد اعتراض واقع شده است. همچنین در سال ۱۳۹۱ دخالت برخی نهادها در بررسی صلاحیت‌ها در انتخابات نظام پزشکی مورد انتقاد قرار گرفته بود

<<https://www.irimc.org/news/id>>

اعضای انتصابی مانند نماینده قوه قضاییه و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی حضور دارند، اما بهتر است مقامات ملی که دارای بی‌طرفی بیشتری هستند، جایگزین این افراد شوند. در کشورهایی که در این مقاله بررسی نمودیم، صلاحیت‌های انضباطی به مرجعی خارج از نهاد خودتنظیم متشکل از غیر حرفه‌مندان سپرده شده است؛ چون تئوری منفعت خصوصی ایجاب می‌کند که صلاحیت قضایی سازمان‌های خودتنظیم از آنها جدا و به مرجع بی‌طرفی سپرده شود. حساسیت امنیت و جان بیماران و همچنین بروز خطاهای پزشکی و رسوایی‌ها در زمینه رسیدگی به پرونده پزشکان متخلف، اعمال نظارت شدیدتر بر رسیدگی به تخلفات پزشکان و دسترسی به سابقه کیفری آنان را در هر زمان ضروری ساخته است؛ امری که خلأ آن در کشورمان بسیار احساس می‌شود.

نتیجه

سازمان نظام حرفه‌ای بنابر تعریف قانون «ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد»، مؤسسه خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار مأموریت عمومی محسوب می‌شود. در تعریف یادشده در آن قانون، سازمان نظام حرفه‌ای مؤسسه‌ای غیردولتی است که مطابق قوانین و مقررات، بخشی از وظایف حاکمیتی را برعهده دارد.

در حال حاضر یکی از انتقادات وارد بر سازمان نظام پزشکی، به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر که وظایف متعددی را در زمینه صدور پروانه عضویت، رسیدگی انتظامی به تخلفات صنفی و قیمت‌گذاری (تعیین یا تجدیدنظر در تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی) برعهده دارد، مسئله تسخیر تنظیم‌گری است. ساختار سازمان‌های تنظیم‌گر سلامت را در ایران عمدتاً فعالان صنفی تشکیل می‌دهند و در بسیاری از مسائل همچون سهل‌گیری در برخورد انضباطی با پزشکان، ورود تجهیزات پزشکی بیش از مقدار نیاز و تعرفه‌های پزشکی، شائبه تعارض منافع وجود دارد. برای حل این مشکل، به الگوهای جدید تنظیم‌گری، همچون تنظیم‌گری واکنشی می‌توان رجوع کرد. به این منظور، در ساختار نهادهای تنظیم‌گر، از حضور نمایندگان مردم علاوه بر حرفه‌مندان می‌توان استفاده نمود تا نفع عمومی همه ذی‌نفعان در فرایند تنظیم‌گری تأمین گردد.

از طرف دیگر، با تدقیق در شکل‌گیری سازمان‌های نظام حرفه‌ای در ایران به این نکته می‌رسیم که حکومت نیز از اعطای نقش پررنگ و رعایت استقلال سازمان‌های نظام حرفه‌ای واهمه دارد و هیچ‌گاه به این سازمان‌ها از جمله سازمان نظام پزشکی، اجازه تصمیم‌گیری و قانون‌گذاری در خصوص مسائل حرفه‌ای را نداده است. بنابراین، خودتنظیمی موجود در سازمان‌های نظام حرفه‌ای در کشورهایی نظیر انگلیس، کانادا و استرالیا که با استدلال نفع عمومی شکل گرفته است، در کشور ما دیده نمی‌شود؛ درحالی که می‌توان نقش مهم‌تری را در این زمینه به این سازمان‌ها واگذار کرد.

از طرف دیگر، یک نکته بسیار مهم در تنظیم‌گری حرفه‌های سلامت، از جمله پزشکی، در کشورهای آنگلو ساکسون، این است که به دلیل اهمیت موضوع و داشتن سیاست‌های متمرکز، یک طرح جامع و نظام سلامت ملی طراحی شده است که تمام حرفه‌های سلامت را از جمله پرستاری، روان‌شناسی و مشاغل جدید پزشکی دربر می‌گیرد. در ایران، در غیاب رویکرد جامع، سه نظام پزشکی، روان‌شناسی و پرستاری بدون ارتباط دقیق و میان حرفه‌ای شکل گرفته است. به همین علت، ضرورت وجود سازمان‌های فراتنظیم‌گر حرفه‌ای در تنظیم‌گری چندلایه و نظارت بر عملکرد تنظیم‌گر برای حمایت از نفع عمومی، ایجاد شفافیت و پاسخگویی، تاکنون در ایران احساس نشده است؛ زیرا تنظیم‌گری سازمان‌های حرفه‌ای همواره به شکل دستور و کنترل بوده است و به دلیل مشارکت نداشتن افراد حرفه‌ای در تدوین قوانین و مقررات، این سازمان‌ها در ایران خودتنظیم محسوب نمی‌شوند و به همین علت فراتنظیم‌گری برای ایجاد پاسخگویی میان نهادهای خودتنظیم نیز مورد توجه قرار نگرفته است. اما با اهمیت یافتن روزافزون بحث سلامت و شیوع بیماری‌های همه‌گیر، می‌توان از الگوهای جدید تنظیم‌گری و ایجاد یک نهاد تنظیم‌گر فرابخشی، مانند استرالیا، برای اعمال معیار رقابت و نفع عمومی در سازمان‌های نظام حرفه‌ای ایران، مانند نظام پزشکی، نظام مهندسی و کانون وکلا استفاده کرد و یا به تشکیل سازمان فراتنظیم‌گر در حوزه سلامت، با حضور طیف‌ها و تخصص‌های مختلف (و نه فقط پزشکان و شاغلان حرفه‌های حوزه سلامت) برای سیاست‌گذاری جامع در زمینه بهداشت و سلامت که مورد پیروی تمام سازمان‌های نظام پزشکی، نظام پرستاری و یا روان‌شناسی باشد، اندیشید.

سرانجام اینکه وجود یک طرح جامع برای تنظیم حرفه‌های سلامت، ایجاد لایه‌های تنظیمی و الزام حرفه‌مندان به پاسخگویی و نیز جلب اعتماد عمومی نسبت به رفتار حرفه‌ای پزشکان و کیفیت خدمات پزشکی، در زمان شیوع بیماری‌های همه‌گیری همچون کرونا بیش از پیش ضروری به نظر می‌رسد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش، *حقوق اداری*، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۱۶، ۱۳۹۴).
۲. رضایی زاده، محمدجواد، *حقوق اداری ۱*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۸۵).
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، (تهران: سمت، چ ۱۱، ۱۳۸۴).

- مقالات

۴. امامیان، محمدصادق؛ ذوالفقاری، امیراحمد؛ محمدزاده، احسان و زمانیان، مرتضی، «نظام ملی تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی»، *گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی* <https://rc.majlis.ir/fa/report/show/1067009>
۵. راسخ، محمد، «مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطراری»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۹۵ (۱۴۰۰).
۶. رحیمی‌تبار، پریسا و مصدق راد، علی‌محمد، «الگوی حاکمیت نظام سلامت ایران مطالعه تطبیقی»، *علوم پزشکی رازی*، ش ۹ (۱۳۹۸).
۷. تنگستانی، محمدقاسم و مرادی برلیان، مهدی، «گستره نقش دولت در تنظیم و نظارت بر حرفه و کالت دادگستری»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش ۲ (۱۴۰۰).
۸. هاشمی، سید محمد، «جامعه مدنی و نظام سیاسی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۲۳-۲۴ (۱۳۷۷).

ب) منابع انگلیسی

9. Allsop, Judy & Saks, Mike , *Regulating the Health Professions*. (London: Sage Publications, 2002).
10. Bayles, Michael, D, "Professional Power and Self-Regulation". *Business & Professional Ethics Journal*, Vol. 5, (1986)
11. Beach, Abigail & Davies, Celia, *Interpreting Professional Self-Regulation. In Interpreting Professional Self-Regulation: A*

History of the United Kingdom Central Council for Nursing, Midwifery and Health Visiting. (London:Routledge, 2013).

12. Bucher, Rue & Stelling, Joan, "Characteristics of Professional Organizations". *Journal of Health and Social Behavior*, Vol. 10, No.1, (1969).
13. Chamberlain, John Martyn. *Medical Regulation, Fitness to Practise and Revalidation: A Critical Introduction*. (Policy Press, 2015).
14. Chamberlain, J. M.; Dent, Mike; Saks, Mike, *Professional Health Regulation in the Public Interest: International Perspectives*. (Policy Press, 2018).
15. Chelley, John & Roberts, Alex, Modern Professional Practice and its Future Structural Types of Professional Regulation: Comparative Case Studies in Australia and the UK, *Australian Research Council's Linkage Projects Funding Scheme Project*, (2016).
16. Dixon-Woods, Mary, Yeung, Karen & Bosk, Charles. L. Why is UK Medicine no Longer a Self-Regulating Profession? The Role of Scandals Involving "Bad Apple" Doctors, *Social Science & Medicine*, Vol .73, No. 10,(2011).
17. Farrell, Anne-Maree, Devereux, J., Karpin, I. & Weller, P, *Health Law: Frameworks and Context* (Cambridge University Press, 2017).
18. Garoupa, Nuno, "Regulation of Legal and Medical Professions in the Us and Europe: A Comparative Analysis" *Working Paper 2006 - 11*. [Http://www.fedea.es/pub/papers/2006/dt2006-11.pdf](http://www.fedea.es/pub/papers/2006/dt2006-11.pdf)(29. Oktober 2016).
19. Health Professions Regulatory Advisory Council. A Review of a Review of The Minister of Health and Long-Term Care Health Professions Regulatory Advisory Council. (2001).
20. Healy, Judith, Improving Patient Safety Through Responsive Regulation, <https://improve.bmj.com/improve-post/improving-patient-safety-through-responsive-regulation/>(2013)
21. Healy, Judith. & Walton, Merrilyn. "Health Ombudsmen in Polycentric Regulatory Fields: England, New Zealand, and Australia", *Australian Journal of Public Administration*, 75, No 4, (2016).

22. Heidenheimer, Arnold. J., "Professional Knowledge and State Policy in Comparative Historical-Perspective-Law and Medicine in Britain, Germany and the United States", *International Social Science Journal*, VOL. 122, 1989).
23. Health Practitioner Regulation (Consequential Amendments) Bill 2010 (Cth).
24. Health Practitioner Regulation National Law Act 2009 (Qld).
25. Hprac. Transforming and Supporting Patient Care a Report to the Minister of Health and Long-Term Care on Mechanisms to Facilitate and Support Interprofessional Collaboration and a New Framework for the Prescribing and Use of Drugs by Non-Physician Regulated Heal. (2009). www.hprac.org
26. Bartle, Ian & Vass, Peter, *Self-Regulation and the Regulatory State*, (University of Bath, Research Report, 2005)
27. National Health Service Reform and Health Care Professions Act 2002, legislation.gov.uk 1 (2002).
28. Law Commission, Scottish Law Commission & Northern Ireland Law Commission, Regulation of Health Care Professionals, Regulation of Social Care Professionals in England. A Joint Consultation Paper. LCCP 202/ SLCDP 153 / NILC 12 (2012). http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp202_regulation_of_healthcare_professionals_consultation.pdf.
29. Law, M. & Kim, S., "Specialization and Regulation: The Rise of Professionals and the Emergence of Occupational Licensing Regulation", *The Journal of Economic History*, Vol. 65, No. 3, (2005).
30. Leslie, Kathleen, Nelson, S., Deber, R. & Gilmour, J., "Policy Tensions in Regulatory Reform: Changes to Regulation of Health Professions in Australia, the United Kingdom, and Ontario, Canada", *Journal of Nursing Regulation*, Vol. 8, NO .4, (2018).
31. Marciano, Alain & Ramello, Giovanni (n.d.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer (New York, NY, USA, Springer 2019).
32. Monteiro, A. Reis, *Self-regulation of the Teaching Profession: Present and Future*, (Springer, 2015)

33. Morgan, Bronwen & Yeung, Karen, *An Introduction to Law and Regulation. In An Introduction to Law and Regulation*, (Cambridge University Press, 2007).
34. Neal, M. & Morgan, J., “The Professionalization of Everyone? A Comparative Study of the Development of the Professions in the United Kingdom and Germany”, *European Sociological Review*, Vol. 16, NO .1, 2000).
35. O’Reilly, Patricia, *Health Care Practitioners : An Ontario Case Study in Policy Making* (University of Toronto Press, 2000).
36. Ogus, A. I, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, (Hart, 2004).
37. Parker, Christine, *The Open Corporation in the Open Corporation*, (Cambridge University Press, 2002).
38. Philipsen, Niels, J. “Regulation of Liberal Professions and Competition Policy: Developments in the EU and China”. *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 6, No. 2, (2009).
39. Regulated Health Professions Act, 1991. Retrieved August 2, 2021, from <https://www.ontario.ca/laws/statute/91r18>.
40. Reis Monteiro, A., *The Teaching Profession*. (Springer International Publishing, 2015).
41. Rostain, Tanina, *Self-Regulatory Authority, Markets, and the Ideology of Professionalism. In The Oxford Handbook of Regulation*. (Oxford University Press, 2010).
42. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights, Reports: Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. vol 1.* (1968). <https://archive.org/details/royalcommissioni04onta>.
43. S, R., C, O., H, K., L, B. & K, L, “Legislating Interprofessional Collaboration: A Policy Analysis of Health Professions Regulatory Legislation in Ontario, Canada”. *Journal of Interprofessional Care*, Vol. 29, No.4, 2015).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 109-139

Dual Status of Civil Liability of Hospitals and Medical Centers for the Losses Incurred on the Patient in Iran and Antecessor Law Particularly French Law

Gholamreza Haji Nouri^{1✉}

1. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran.

aleomran2010@yahoo.com

Abstract

Civil liability of the hospitals can be studied from multiple perspectives. Here is the analysis of the civil liability basis of hospitals and medical centers towards patients in Iranian Law and antecessor law particularly French law. Article one of Civil Liability Code, sixth chapter of Islamic Penal Code, in the discussion of "the causes of liability", considers civil liability based on fault. Judicial precedent 94/10/29 of the Supreme Court also concludes the controversy, about civil liability and explicitly considers fault as a condition of civil liability. In French law, according to Article 1240 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 of the Civil Code (articles 1382 and 1383 previous), a civil liability is based on fault, and, as a result, civil liability of medical centers is also subject to the general rule, but requirements and interests in some areas can dampen the authority of the fault theory in the field of civil liability and the mentioned liability can be based on risk theory. This attitude in the French law was reinforced, particularly by the law of March 4, 2002 relating to patients' rights and quality of health system. The purpose of this article is to declare instances of spoken category with an emphasis on French law and the possibility of exercising it in Iranian law.

Keywords: *Fault, Strict liability, Medical centers, French law, Iranian law.*

Received: 2022/02/26 Received in revised form: 2022/08/23 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.50577.3097

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



وضعیت دوگانه مسئولیت مدنی مراکز درمانی در حقوق فرانسه و امکان اعمال آن در حقوق داخلی ایران

غلامرضا حاجی نوری[✉]

abdali@aleomran2010@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه تبریز، ایران.

چکیده

مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها از منظرهای متعددی قابل بررسی است. آنچه پیش‌رو دارید تحلیل مبنای مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی در قبال بیماران در حقوق ایران و حقوق پیش‌رو به‌ویژه حقوق فرانسه است. با وجود اختلاف در مبنای فعل زیان‌بار، قانون مسئولیت مدنی و فصل ششم قانون مجازات اسلامی در مبحث «موجبات ضمان»، مسئولیت مدنی را مبتنی بر تقصیر می‌دانند، از دیگر سو در ۲۹ دی ۱۳۹۴، هیئت عمومی دیوان عالی کشور به اما و اگرها در زمینه مبنای مسئولیت مدنی خاتمه داد و به‌صراحت تقصیر را شرط مسئولیت مدنی دانست. در حقوق فرانسه نیز به دلالت ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی جدید آن کشور، اصولاً مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است و در نتیجه، مسئولیت مدنی مراکز درمانی تابع قاعده کلی است، اما هیچ مانعی ندارد که مقتضیات و مصالح در برخی زمینه‌ها، اقتدار نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت مدنی را تعدیل کند و مسئولیت یادشده مبتنی بر نظریه خطر باشد. این نگرش در حقوق فرانسه به‌ویژه با تصویب قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ در مورد حقوق بیمار و کیفیت سیستم سلامت تقویت شده است. مقصود از نوشتار حاضر، تفکیک مصادیق مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر بیمارستان‌ها از مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه خطر آنان در حقوق فرانسه و بررسی امکان اعمال آن در حقوق ایران است.

واژگان کلیدی: تقصیر، حقوق ایران، حقوق فرانسه، مراکز درمانی، نظریه خطر.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۶/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.50577.3097

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

هرچند در خصوص مبانی مسئولیت مدنی، سیستم‌های حقوقی کامن‌لا، رومی-ژرمنی و اسلام دیدگاه‌های یکسانی ندارند، اما در کل می‌توان مبانی مسئولیت مدنی را در تمام این سیستم‌ها به تقصیر و خطر (مسئولیت محض) تقسیم کرد. البته در حقوق کامن‌لا، مسئولیت مدنی عمدی^۱ با آثار ویژه خود به این دو مبنا پیوسته است^۲ و گروهی از نویسندگان نیز معتقدند که در فقه امامیه، در برخی موارد، شرط تحقق مسئولیت مدنی ایراد خسارت عمدی است و در این راستا به فتاوی‌ای برخی فقیهان امامیه نیز استناد شده است^۳ و نظریه تضمین حق نیز در حقوق فرانسه در برخی موارد مبانی مسئولیت مدنی دانسته شده است که گونه دیگری از توجیه مبانی مسئولیت مدنی است.^۴

در حقوق موضوعه فعلی به‌ویژه حقوق کشورمان، در بیشتر موارد، شرط تحقق مسئولیت مدنی، وجود تقصیر در ارتکاب فعل زیان‌بار است.^۵ هرچند در مواردی نیز نظم عمومی یا ملاحظات دیگر اقتضا می‌کند که مسئولیت مدنی ناشی از آن مطلق باشد.^۶ رژیم حقوقی

1. Intentional Torts

2. C. Gassiot; V. Searcy; Christina W. Giles, *The Medical Staff Services Handbook: Fundamentals and Beyond*, (U.S.A: MA: Jones & Bartlett, 2014), p. 363.

۳. ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴)، ص ۶۷؛ محمدصادق صادقی، حقوق جزای اختصاصی ۱، جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، (تهران: میزان، ۱۳۷۶) صص ۲۵۸ و ۲۵۹؛ لطف‌الله الصافی، *التعزیر (انواعه و ملحقاته)*، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق)، ص ۱۹.

۴. شایان ذکر است که در حقوق فرانسه در مواردی که تقصیر شرط مسئولیت مدنی نباشد از تئوری ریسک (نظریه خطر) *La Responsabilité Fondée sur le Risque* نام برده شده است و در کامن‌لا از مسئولیت محض *Stictie Liability* استفاده می‌شود. برای توضیح بیشتر در حقوق فرانسه به کتاب حقوق تعهدات فیلیپ مالن ص ۴۲۰ و در کامن‌لا به کتاب شبه جرم و اینتینک ص ۴۱۹ و در مورد نظریه تضمین حق به کتاب تعهدات اثر بوریس استارک، شماره‌های ۵۸ به بعد مراجعه شود (در بخش منابع آدرس کامل این سه کتاب ذکر شده است).

۵. ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، فصل ششم قانون مجازات اسلامی - رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور. شایان ذکر است که بسیاری از نویسندگان فرانسوی ارکان مسئولیت مدنی را به ترتیب: زیان، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت میان آن دو می‌دانند و دو نظریه تقصیر و خطر را زیر بخش فعل زیان‌بار قرار می‌دهند. در حقوق ایران نیز نویسندگان مسئولیت مدنی به‌ویژه ناصر کاتوزیان، تقصیر را زیرمجموعه فعل زیان‌بار می‌دانند. با همین رویکرد و به دلیل آنکه اصولاً تقصیر، شرط مسئولیت مدنی است و در واقع وصف فعل زیان‌بار است، در متن حاضر، به جای فعل زیان‌بار عبارت تقصیر به کار گرفته شده است. البته، گاه فارغ از اینکه مبانی مسئولیت مدنی کدام است، صرفاً به بحث از احراز رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار در بیمارستان و ورود ضرر اکتفا شده است (محمدصادق طباطبائی و قادر شینور، «گستره مسئولیت مدنی بیمارستان در برابر بیمار» حقوق پزشکی، ش ۳۱ (۱۳۹۳)، صص ۳۶ به بعد).

۶. حسن بادینی، *فلسفه مسئولیت مدنی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، صص ۲۱۴ به بعد؛ ایرج بابایی، پیشین، صص ۲۰-۲۱.

مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها در فرانسه با تصویب قانون چهارم مارس ۲۰۰۲ در مورد حقوق بیماران و کیفیت نظام سلامت^۷ برای اولین بار در این کشور از نظام مختلط مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر و مسئولیت مدنی بدون تقصیر به منظور حفظ کرامت بیمار و نیز حفظ جایگاه علمی نظام سلامت بهره گرفته شده است که در نهایت به حفظ همبستگی ملی منجر می‌شود^۸. با این توضیح که هرچند قانون چهارم مارس ۲۰۰۲ هنوز اصل را بر مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر قرار داده، اما در موارد خاصی مسئولیت مدنی مبتنی بر تئوری خطر را در مسئولیت درمانی پذیرفته است. به اعتقاد نویسندگان فرانسوی، این قانون یک تحول جامعه‌شناختی در رابطه میان پزشک و بیمار و مراکز درمانی و بیمار ایجاد کرده و موجب شده است تا نگاه پدرسالارانه پزشکان و مرکز درمانی به بیمار، جای خود را به رابطه جدیدی بدهد که بر اساس آن، بیمار به عنوان مصرف‌کننده و مجموعه درمانی تحت عنوان عرضه‌کننده خدمات شناخته شده است و به همین دلیل مبنای واحدی نمی‌تواند اساس مسئولیت مدنی را در این بخش تشکیل دهد، زیرا در مواردی بیمار به عنوان مصرف‌کننده توانایی اثبات تقصیر نظام سلامت و مراکز درمانی را ندارد^۹ و حمایت از مصرف‌کننده مقتضی تکیه مسئولیت مدنی بر نظریه خطر است. نوشته حاضر به تشریح و توصیف مصادیق مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها به‌ویژه با تکیه بر مبنای آن در حقوق و مقررات جدید فرانسه و نیز بررسی امکان اعمال آن در حقوق ایران پرداخته است. از این رو، ابتدا به بررسی نقش تقصیر در ایجاد مسئولیت مدنی مراکز درمانی و تحولات آن، و سپس به بیان مسئولیت مبتنی بر تئوری خطر و مصادیق آن در مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی می‌پردازیم^{۱۰}.

7. La Loi n 2002-2303 du 4 Mars 2002 Relatives à Droits Des Maladies et à La Qualité du Système de Santé.

8. Thomas Emmanuelle Rial, *Apprentissage de L'exercice Medical: Santé Publique Médecine Légale Parisestem*, (Paris: De Boeck Supérieur, 2008), p. 35.

9. J. L, Senon, *Droit Des Patients en Psychiatrie Patient's Rights in Psychiatry, EMC- Psychiatrie*, N.1., (Paris: Publié Par Elsevier SAS, 2004), p. 107.

۱۰. قبل از تصویب قانون ۴ مارس ۲۰۰۲، تا سال ۱۹۳۶، مسئولیت مدنی در نظام پزشکی و بیمارستانی فرانسه مبتنی بر الزامات خارج از قرارداد بود، اما بعد از صدور رأی ۱۹۳۶ معروف به رأی مرسی (Mercier) از دیوان کشور، مسئولیت مدنی مراکز درمانی، مبتنی بر مسئولیت مدنی قراردادی شد. قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ نظام مختلطی ایجاد کرد که بر اساس آن، رژیم حقوقی مسئولیت مدنی نظام سلامت نه مبتنی بر مسئولیت قراردادی است و نه مبتنی بر مسئولیت ناشی از الزامات خارج از قرارداد. این دیدگاه در رأی جدید ۲۸ ژوئن ۲۰۱۰ مورد تأکید قرار گرفت و دیوان کشور فرانسه، در این راستا، به ماده ۱-۱۱۴۲ ل قانون

۱. مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر

چه در حقوق فرانسه و چه در حقوق ایران، اصل بر آن است که مجموعه‌های درمانی تعهد به وسیله دارند و بر این اساس، تقصیر شرط مسئولیت مدنی آنها است. حکم یادشده را می‌توان از ماده یک قانون مسئولیت مدنی و ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی استنباط کرد و ماده ۱-۱۱۴۲-ل قانون سلامت عمومی^{۱۱} در حقوق فرانسه نیز به لزوم تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی مجموعه درمانی تأکید دارد. مجموعه پزشکی البته باید مراقبت متعارف را در حدی که (به هنگام انجام درمان) علم پزشکی به آن دست یافته است، اعمال نماید^{۱۲} و دیوان کشور فرانسه بر تکلیف مجموعه درمانی در مراقبت از بیمار تأکید دارد^{۱۳}. با توجه به اهمیت بحث تقصیر به عنوان مبنای اصلی مسئولیت مدنی^{۱۴} در ادامه به تحول ماهیت تقصیر در مسئولیت مدنی ناشی از درمان و سپس به انواع تقصیرها و در نهایت به مصادیق مهم

سلامت عمومی «۴ مارس ۲۰۰۲» استناد نمود. جهت اطلاعات بیشتر، نک:

Sargos P. (2010) Deux Arrest "Historiques" en Matière de Responsabilité Medicale General et De Responsabilité Particulière Liée au Manquement D'un Medicin à Son Devoir D'information D. 2010-1522. <http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2012BIS/D2010-1522.pdf>

شایان ذکر است قبل از تصویب این قانون، آرای دیوان عالی کشور در فرانسه به مسئولیت قراردادی تأکید داشت و به ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه استناد می‌کرد. این قانون نه تنها قواعد جدیدی از مسئولیت مدنی را ترسیم کرده، بلکه نظام جبران خساراتی را به وجود آورده که قبلاً سابقه نداشته است.

11. Code De la Santé Publique.

۱۲. آیین‌نامه راهنمای متدولوژی مقرر می‌دارد که بر اساس قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ مؤسسات بیمارستانی و پزشکان و دست‌اندرکاران امر درمان، مسئول اعمال خویش در جلوگیری، تشخیص و درمان بیمارستان نخواهند بود، مگر آنکه تقصیر آنها یا حضورشان در تعهدات گفته شده ثابت شود (ر.ک. Florence Parly Guide Methodologique- Les Droits Du Patient dans La (Loi Du 4 Mars 2002, p. 21-FHF. Paris).

13. Cass. 1e Civ. Nov. 24/1987/No. 85-13993, D. 1989 Somm. 61. Obs.

شایان ذکر است که به تعبیر برخی «هرجا که کادر درمان از انجام تعهد خویش سرباز زند مرتکب خطا شده است، ولی این بدین معنا نیست که هرگونه شکست و عدم موفقیت یا حادثه در هنگام معالجه، ضرورتاً خطای پزشکی به حساب آید، زیرا عمل پزشکی فی‌نفسه و به حکم طبیعت خود، از خطر جدا نیست» حسن، مرادزاده و حدیثه، سالار کریمی، «مسئولیت مدنی مجموعه درمانی در آیین آراء مراجع قضایی» حقوق پزشکی، ش ۲۸ (بهار ۱۳۹۳)، ص ۵۴. تعبیر شایعی میان پزشکان وجود دارد که «بیماری کتاب نخوانده است»: به عبارت دیگر، علم پزشکی در حدود یافته‌های بشری اظهار نظر می‌کند، ولی بیماری راه خود را ادامه می‌دهد، چه علم پزشکی عناصر وقوع آن و جهت درست درمان آن را کاملاً بشناسد یا نه.

۱۴. مبنای مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی از جهت نیابتی یا اصلی بودن نیز مورد بحث نویسندگان قرار گرفته است (صادق طباطبائی و قادر شینور، پیشین).

تقصیر مجموعه‌های درمانی به‌ویژه بیمارستان‌ها و کلینیک‌ها می‌پردازیم.

۱.۱. تحول در نوع و ماهیت تقصیر

۱.۱.۱. تحول در نوع تقصیر

در حقوق فرانسه نوع تقصیر مراکز درمانی از جهاتی تحول یافته است؛ کفایت اثبات تقصیر سبک در حکم بر جبران خسارات ناشی از «تقصیر ویژه» را از جمله این تحولات می‌توان شمرد که به اختصار به دو مقوله یادشده می‌پردازیم:

الف) تقصیر سبک

در حقوق فرانسه قضات محاکم اداری در تشخیص ماهیت تقصیر، میان اعمال پزشکی بیمارستان‌ها و اعمال مراقبتی (پرستاری) و موارد مربوط به ساماندهی و نیز کارهای مدیریتی و خدماتی قائل به تفکیک شدند؛ به این معنی که در مواردی که موضوع مربوط به غیر طبابت بود همانند اعمال پرستاری [تزریق و پانسمان ...] یا موارد مربوط به امور مدیریتی، همانند عدم به‌کارگیری پزشکان متخصص یا ضعف هماهنگی میان پزشکان، مسئولیت مدنی بیمارستان مشروط به ارتکاب یک تقصیر ساده بود^{۱۵}. برعکس، مسئولیت مدنی ناشی از اعمال پزشکی به معنی خاص خود (طبابت) منوط به ارتکاب تقصیر سنگین بود. سختی چنین تفکیکی به‌ویژه در مواردی که تشخیص بین دو مفهوم یادشده بسیار پیچیده بود، موجب شد تا شورای دولتی آن کشور، لزوم اثبات تقصیر سنگین را متوقف کند و مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها در تمام زمینه‌ها مبتنی بر ارتکاب تقصیر سبک شود^{۱۶} (رای ۱۰ آوریل ۱۹۹۲ Expour ش ۷۹۰۲۷). البته، لازم به ذکر است که دادگاه‌های فرانسوی تشخیص غلط را خودبه‌خود تقصیر نمی‌دانند، بلکه تنها در صورتی مسئول درمان را مقصر می‌شناسند که در فراهم آوردن منابع و لوازم درمان دقت لازم را به‌عمل نیاورد و در تشخیص و درمان بیماری قصور کند^{۱۷}. بر اساس ماده ۳۳-۴۱۲۷ آ.ر. قانون سلامت

15. Nathalie, Le Lièvre, *Les Obligations De L'Infirmier: Responsabilités Juridiques et Professionnelles*, (France: Heures de France, 2003), p. 72.

16. CE, Ass., Apr. 10, 1992, Rec. Lebon 171. Concl. Legal. Expour. NO. 79027.

17. Cass, Ieciv, Sept. 30, 2010, No. 09-68372.

عمومی فرانسه، یک پزشک یا مجموعه پزشکی همیشه باید تشخیص خود را با نهایت مراقبت به عمل آورد و در تجزیه و تحلیل وضعیت بیمار از آخرین روش‌های علمی کمک بگیرد و برای این منظور، زمان کافی اختصاص دهد. شورای دولتی فرانسه بیمارستانی را که کادر پزشکی آن تحقیقات و بررسی‌های لازم را در مورد وجود یک تومور به عمل نیاورده بود، نیابتاً محکوم نمود؛ چراکه کلیه بیمار در حالی خارج شده بود که تومور نداشت.^{۱۸} برعکس، سماجت بیش از اندازه تیم پزشکی مرکز درمانی در انجام عملیات احیای کودکی که مرده به دنیا آمده بود، تقصیر تلقی شده است.^{۱۹} با این حال، واقعیات امور درمانی مقتضی حفظ تفکیکی است که عملکرد پزشکی بیمارستان و مؤسسات درمانی را از اعمال مدیریتی و خدماتی صرف جدا نموده است. چراکه پیچیدگی‌های امر درمان و معالجه بیمار به گونه‌ای است که اشتباهات جزئی در عملیات پزشکی را اجتناب ناپذیر می‌کند و البته از روح حاکم بر دعاوی مرتبط با حوزه درمانی نیز می‌توان به چنین استنباطی رسید. با این همه، محاکم فرانسوی کمترین بی احتیاطی یا اشتباه ساده یا بی‌مهارتی جزئی را تقصیر می‌دانند.^{۲۰}

به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز بایستی محاکم دادگستری با توجه به پیچیدگی‌های امور درمانی تاحدودی تفکیک یادشده را بپذیرند؛ چراکه قطعاً اشتباهات جزئی در عملیات پزشکی ممکن است. اما نکته قابل توجه آن است که با اینکه حقوق دانان از این اشتباهات به «قصور» تعبیر می‌کنند و آن را درجه خفیف‌تر تقصیر می‌دانند^{۲۱}، اما متأسفانه تبصره یک ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مفهوم یکسانی برای قصور و تقصیر در نظر گرفته است و از سوی دیگر ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی و تبصره آن نیز برخلاف عرف رایج قانون گذاری در مقام بیان عنصر معنوی مسئولیت، صرفاً سخن از تقصیر و مصادیق آن به میان آورده و تعریفی از قصور ارائه نکرده است؛ بنابراین رویه قضایی بایستی در جهت پرکردن این خلأ قانونی گام بردارد.

18. CE Mar, 30, 2002, No. 304462.

19. Tribunal Administrative (TA) Nimes, June 2, 2009, L'actualité Juridique Droit.

20. CE, Jan. 9.1957, Rec. Lebon22. CE, NOV.22. 1967, Rec. Lebon 439; CE, Feb. 13,1963, Rec. Lebon 985-Cass, 1ecive, Sept.18, 2008, Bull. Civ. No. 205; Gaz-Pal. 2008, Somm, 4147, Obs. C. Baby Gareau; D. 2009, Panorama 1305. Obs. J. Penneau; RTD Civ. 2009, 123, Obs, P. Jourdain.

۲۱. حسن بادی، تحقیقات قضایی، ج ۴، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵)، ص ۱۰۸.

ب) تقصیر مهم یا خطیر^{۲۲}

مقررات جدید در حقوق فرانسه از جمله ماده ۳-۱۲۱ قانون مجازات و بند سوم ماده یک قانون ۴ مارس ۲۰۰۲ معروف به قانون کوشنر، تقصیر خطیر را وارد ادبیات حقوق فرانسه کرده است که بر اساس آن، عامل مقصر، زیان دیده را در وضعیتی قرار می‌دهد که وی از آن مطلع نیست^{۲۳}. بر این اساس، مسئولیت مدنی مؤسسه درمانی و نیز پزشکان در مواردی که والدین را از وضعیت کودک متولد نشده آگاه نسازند، مبتنی بر تقصیر خطیر و مهم است.

بر اساس ماده ۱ قانون ۴ مارس ۲۰۰۲: «در صورتی که پزشک یا مؤسسه درمانی در خلال آبستنی مادر با تشخیص غلط، آنان را از معلولیت جنین آگاه نسازد و بچه معلول به دنیا بیاید، پزشک یا مؤسسه درمانی مسئول خسارات اقتصادی و غیراقتصادی وارده به پدر و مادر خواهد بود. البته هزینه‌های نگهداری فرزند معلول به‌عهدۀ تأمین اجتماعی است و آن را نمی‌توان از مؤسسه درمانی مطالبه کرد». از جمله آرای مهم رأی دیوان کشور فرانسه در تاریخ ۱۶ ژانویه ۲۰۱۲ است. در این پرونده، پزشک مؤسسه درمانی در گزارش خود اعلام نموده بود که اعضای بدن جنین کامل و قابل مشاهده هستند، در حالی که بچه در شرایطی متولد شده بود که ساق دست وی ناقص بود. دیوان با توجه به اینکه مؤسسه و پزشک در تشخیص خود، تقصیری بیش از یک تقصیر معمولی مرتکب شده بودند، پزشک و مؤسسه را محکوم به پرداخت غرامت نمود^{۲۴}. بنابراین، مسئولیت مدنی مؤسسه درمانی در مقابل پدر و مادری که به دلیل عدم تشخیص به‌موقع معلولیت جنین با تولد فرزند معلول مواجه شده‌اند، هنگامی محقق است که تقصیر مؤسسه یادشده «ویژه» باشد. در پرونده‌ای، بیمارستانی به پدر و مادری اطلاع می‌دهد که آزمایشات آمینوسنتز معمول روی مادر نشان می‌دهد که جنین در معرض بیماری ارثی ضعف عضلات و خطر آمیوتروفی عضلانی نخاعی^{۲۵} است،

22. Faute Caractérisée.

برخی نویسندگان فرانسوی عبارت «Faute Caractérisée» را در آثار انگلیسی خود «Serious Fault» معنی کرده‌اند.

23. Sophie Hocquet- Berg, *La Responsabilité Du Médecin*, (Paris: Hdf, 2006), p. 55.

24. Sophie Hocquet- Berg, Première Décision De La Cour De Cassation Sur La Faute Civile «Caractérisée» D'un Praticien, Cass. 1re Civ., 16 Janvier 2013, n° 12-14.020 (FS-P+B+I), Bull. I, n° 5. Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4837 <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4837> Last Visited 2017/6/28, p. 62.

25. (L'amyotrophie Spinale Proximale de Type3: Est un Forme Modérée D'amyotrophie Spinale

درحالی که بعداً خلاف بودن این اطلاعات ثابت می‌شود. عدم اثبات تقصیر ویژه موجب عدم مسئولیت مدنی بیمارستان شد، چراکه از نظر علمی به هنگام تشخیص غلط بیمارستان، دانشمندان نتوانسته بودند به نتیجه قطعی علمی برسند (CE/9 février 2005).^{۲۶}

۱.۱.۲. تقسیم جدید در ماهیت تقصیر

در حقوق فرانسه تقصیر در بخش درمان را به دو بخش بزرگ تقسیم کرده‌اند: تقصیر ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت، و تقصیر حرفه‌ای. تشخیص وقوع تقصیر در مورد اول با دادرس و در مورد دوم با کارشناس مربوطه است.^{۲۷}

الف) تقصیر ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت^{۲۸}

حقوق مربوط به شخصیت را حقوقی می‌دانند که «به هر انسان، صرفنظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد، حقوقی که برای حمایت از شخص انسان است نه منافع مادی. حقوق مربوط به شخصیت، برخلاف حقوق مادی مانند مالکیت، جدا نشدنی از شخص و شخصیت انسان و به دیگر سخن، لازمه وجود شخصیت انسان است و موضوع آن‌ها عناصر تشکیل‌دهنده‌ی شخصیت است»^{۲۹، ۳۰}.

این حقوق از اولین پایه‌های حقوق به‌شمار می‌آید که تمام مردم تنها به علت انسان

Proximale Cou Antérieure, ASA; Voir Terme) Caractérisé Par Une Faiblesse Musculaire et Une Hypotonie Dues à La Dégénérescence et La Perte Des Motoneurons Antérieurs De La Moelle Epinière et Des Noyaux Du Tronc Cerebral. Topaloglu, Haluk, "Amyotrophie Spinale Infantile" http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?lng=FR&Expert=83330

Berrewaerts-Joëlle/Jacques-Véronique-AudeMoreau-Marie-Mercier-Michel(2016) Vivre/Lutter/Aimer Avec Une Maladie Neuromusculaire- Presses Universitaires De Namur Belgique, p. 23.

26. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008229107>

27. Thomas, Emmanuelle Rial, *op.cit.* p. 35

28. Une Faute Contre L'humanisme.

۲۹. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷)، ص ۴۵۶؛ سید حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴)، ص ۳۳.

۳۰. این حقوق نه بر عین خارجی است، نه بر شخص دیگر، از شاخه‌های آزاد زیستن و انتظار داشتن حرمت در زندگی اجتماعی است، به همین مناسبت آن را شامل همه آزادی‌ها دانسته‌اند. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷)، پاراگراف ۲۴۹. همچنین ر.ک. کاتوزیان، ناصر، حکومت قانون و جامعه مدنی، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵) ص ۶. حسن جعفری‌تبار، حریم خصوصی در پناه حاکمیت قانون، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵).

بودن از آن برخوردارند.^{۳۱} بر همین اساس، تقصیر مربوط به صدمه به حرمت شخصی را نوعی از تقصیر در بخش درمانی می‌دانند. نقض اسرار حرفه‌ای، ندادن اطلاعات به بیمار، فقدان رضایت بیمار نسبت به مراحل متعدد درمانی را تقصیر ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت می‌دانند که در بخش بعدی به برخی مصادیق آن اشاره می‌شود. تشخیص تقصیر در این مورد بیشتر به‌عهدۀ قاضی است نه کارشناس.

ب) تقصیر فنی

تقصیر فنی یا حرفه‌ای، تقصیری است که از عدم رعایت ملزومات یک حرفه به وجود می‌آید؛ برای مثال، عدم رعایت استانداردهای مربوط به تشخیص یا درمان که تشخیص آن برعهده کارشناس رسمی است.^{۳۲}

۲.۱. مصادیق مهم تقصیر مجموعه‌های درمانی

۱.۲.۱. عدم ارائه اطلاعات

از جمله مواردی که بیمارستان را می‌توان مقصر شناخت، عدم ارائه اطلاعات شفاف و جلوگیری از دسترسی بیمار به اطلاعات لازم در زمینه وضعیت سلامت خویش و نتایج درمان است. واقعیت آن است که در بسیاری از موارد، اطلاعات لازم به بیمار برای تصمیم‌گیری وی در خصوص ادامه درمان یا نوع درمان داده نمی‌شود. برابر ماده ۷-۱۱۱۱-ل قانون سلامت عمومی بیمارستان مکلف است تا اطلاعات لازم را از وضعیت سلامت یا عدم سلامت بیمار در اختیار وی قرار دهد تا خود او بر ادامه درمان تصمیم گیرد و تنها در موارد اورژانسی که امکان اخذ رضایت از وی ممکن نیست بیمارستان یا مؤسسه درمانی از چنین تکلیفی معاف است. البته اثبات عدم امکان ارائه اطلاعات به‌عهدۀ بیمارستان است. همچنین ماده ۲-۱۱۱۱-ل این قانون مجموعه درمانی را مکلف به ارائه اطلاعات در مورد خطرهای معمول یا حوادث غیرقابل پیش‌بینی درمان می‌کند.^{۳۳} در حقوق ایران از مفهوم

۳۱. دل و کیو، فلسفه حقوق، ترجمۀ جواد واحدی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰)، ص ۲۵۴.

۳۲. *Ibid.*, p. 35

۳۳. Florence G'sell Macrez, "Medical Malpractice and Compensation in France: Paris I: The French Rules of Medical Liability Since the Patient's Rights Law of March 4, 2002" *Chicago-Kent Law Review*, V. 86-3, (2011), p. 1101.

ماده ۴۹۷ قانون مجازات اسلامی می‌توان استنباط کرد که اصل بر لزوم ارائه اطلاعات است و در صورت عدم امکان ارائه اطلاعات به بیمار و لزوم نجات بیمار، بیمارستان بدون ارائه اطلاعات لازم می‌تواند، روند تشخیص و درمان را ادامه دهد. بر اساس بند ۲ ماده ۴ دستورالعمل ارائه خدمات دندان پزشکی...^{۳۴}، اخذ رضایت بیمار برای دریافت خدمات همراه با بیهوشی ضروری است. همچنین ماده ۲ بخش نامه ۳۸۷۹۵۶ مورخ ۱۰ آبان ۱۳۸۸ بیمارستان را مکلف به ارائه اطلاعات لازم به بیمار به شرح ذیل می‌کند که در صورت موافقت بیمار با اطلاعات تفصیلی، مراحل درمانی وی شروع خواهد شد.

«... (۱-۲) محتوای اطلاعات باید شامل موارد ذیل باشد:

(۱-۲-۱) مفاد منشور حقوق بیمار در زمان پذیرش

(۲-۲-۱) ضوابط و هزینه های قابل پیش بینی بیمارستان اعم از خدمات درمانی و غیردرمانی و ضوابط بیمه و معرفی سیستم های حمایتی در زمان پذیرش

(۳-۲-۱) نام، مسئولیت و رتبه ای حرفه ای اعضای گروه پزشکی مسئول ارائه مراقبت از جمله پزشک، پرستار و دانشجوی و ارتباط حرفه ای آن ها با یکدیگر

(۴-۲-۱) روش های تشخیصی و درمانی و نقاط ضعف و قوت هر روش و عوارض احتمالی آن، تشخیص بیماری، پیش آگهی و عوارض آن و نیز کلیه اطلاعات تأثیرگذار در روند تصمیم گیری بیمار

(۵-۲-۱) نحوه ی دسترسی به پزشک معالج و اعضای اصلی گروه پزشکی در طول

درمان

(۶-۲-۱) کلیه اقداماتی که ماهیت پژوهشی دارند

(۷-۲-۱) ارائه آموزش های ضروری برای استمرار درمان

۳۴. دستورالعمل ارائه خدمات دندان پزشکی همراه با خدمات بیهوشی (Sedation، پایش، بیهوشی و ...) در درمانگاه های دندان پزشکی، مراکز جراحی محدود و درمانگاه های دارای بخش دندان پزشکی، بیمارستان ها و دانشکده های دندان پزشکی مصوب وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (بی تا).

۲-۲) نحوه‌ی ارائه‌ی اطلاعات باید به صورت ذیل باشد:

۲-۲-۱) اطلاعات باید در زمان مناسب و متناسب با شرایط بیمار از جمله اضطراب و درد و ویژگی‌های فردی وی از جمله زبان تحصیلات و توان درک در اختیار وی قرار گیرد، مگر اینکه:

- تأخیر در شروع درمان به واسطه‌ی ارائه‌ی اطلاعات فوق سبب آسیب به بیمار گردد؛
(در این صورت انتقال اطلاعات پس از اقدام ضروری، در اولین زمان مناسب باید انجام شود).

- بیمار علی‌رغم اطلاع از حق دریافت اطلاعات، از این امر امتناع نماید که در این صورت باید خواست بیمار محترم شمرده شود، مگر اینکه عدم اطلاع بیمار، وی یا سایرین را در معرض خطر جدی قرار دهد.

۲. بیمار می‌تواند به کلیه‌ی اطلاعات ثبت شده در پرونده‌ی بالینی خود دسترسی داشته باشد و تصویر آن را دریافت نموده و تصحیح اشتباهات مندرج در آن را درخواست نماید...».

در ماده‌ی ۳ منشور یادشده مقرر شده است که حق انتخاب و تصمیم‌گیری آزادانه‌ی بیمار در دریافت خدمات سلامت باید محترم شمرده شود؛ بنابراین، اصولاً عدم ارائه‌ی اطلاعات به بیمار، هرگاه در نتیجه‌ی تقصیر باشد، موجب مسئولیت مدنی بیمارستان یا مرکز درمانی است و در موارد اختلاف، اصولاً مؤسسه‌ی درمانی بایستی ثابت کند که اطلاعات مربوطه و لازم به ذی‌نفع داده شده است.

در حقوق فرانسه، گاه قوانین و در برخی موارد رویه‌ی قضایی، تقصیر مؤسسه‌ی درمانی را مفروض می‌دانند؛ برای نمونه، می‌توان به واکسیناسیون اجباری اشاره کرد که رویه‌ی قضایی تقصیر بیمارستان را مفروض می‌داند.^{۳۵} همچنین قوانین نیز گاه تقصیر را مفروض دانسته‌اند، همانند آلودگی به هیپاتیت B که بعد از تزریق اتفاق می‌افتد.^{۳۶} از طرفی، اصولاً بیمارستان بایستی تجهیزات لازم متعارف جهت تشخیص و درمان را تهیه و در اختیار داشته باشد و

35. Cass. 1e Civ. Nov. 24. 1987. No. 85-13993, D. 1989. Somm. 61. Obs-CE, Assemblée- 7 Mars 1958, Secrétaire d'Etat La Santé Publique- Clsieur D.n°38230.

36. Article 102 De Loi Du 4 Mars 2002.

هرگاه وسایل لازم را نداشته باشد، آن را به اطلاع بیمار یا نزدیکان وی برساند. تعهد اطلاع‌رسانی جزء وظایف بیمارستان‌ها و مراکز درمانی است. آنان نه‌تنها وظیفه دارند تا نسبت به خطرهایی که جراحی یا دیگر انواع معالجات برای بیمار دارد، اطلاعات لازم را در اختیار بیمار قرار دهند، بلکه بیماران را از میزان امکانات خود باخبر سازند.^{۳۷}

تکمله: همان‌گونه که گفته شد، لزوم ارائه اطلاعات به بیمار و در نتیجه اخذ رضایت بیمار از پیچیدگی‌های خاصی برخوردار است و به تعبیر برخی، مفهوم رضایت بیمار را نمی‌توان با شرکت در سمپوزیوم‌ها، کارگاه‌های آموزشی، کلاس یا ابزارهای دیگر آموزشی صرف توضیح داد. در واقع، برای درک صحیح امکان اخذ رضایت بیمار یا عدم آن باید اوضاع و احوالی که در آن یک بیمار معالجه می‌شود، مدنظر قرار گیرد. در مورد رضایت بیماران سالخورده یا بیماران آسیب‌پذیر، چگونه می‌توان استانداردهای بسیار دقیق مشابه بیماران دیگر را اعمال نمود؟ در مراکز نگهداری از سالمندان در بسیاری از موارد مجبور به معالجه بیماران می‌شوند که از وجود آزادی آنان در تصمیم‌گیریشان اطمینانی ندارند و در این موارد رضایت بیمار را چگونه می‌توان معنی کرد؟^{۳۸}

۱.۲.۲. تقصیر در سازماندهی و ارائه خدمات

زیان‌های وارده به بیمار، گاه ریشه در مشکلات ساختاری مراکز درمانی دارد؛ به عبارت دیگر، فقدان مدیریت یا ضعف مدیریت در اداره بیمارستان یکی از عوامل مهم در ایراد زیان به بیماران است. قصور در مراقبت از بیماران، عیوب فیزیکی ساختمان‌ها و تأسیسات و وسایل و تجهیزات پزشکی ارائه داروهای بی‌کیفیت یا حتی تاریخ مصرف گذشته را می‌توان از مصادیق تقصیر در سازماندهی و ارائه خدمات بیمارستانی دانست. بنابراین بیمارستان‌ها و مراکز درمانی در صورتی در این موارد مسئولیت مدنی دارند که تقصیر آنها در اداره و سازماندهی امور یادشده اثبات شود.

37. (Ph) Cadiet, Le Tourneau (Loic), *Droit De La Responsabilite et Des Contrats*, (Paris: Dalloz, 2001), p. 766.

38. Marie-Pierre Hervy, "Quid du Consentement?" *Gérontologie et Société*, n° 101, (Juin 2002), p. 180.

الف) وضعیت فیزیکی ساختمان‌ها و اراضی

حفاظت از ساختمان‌ها و محوطه مراکز درمانی و بی‌خطر ساختن آنها و به تعبیری رفع مخاطرات احتمالی از آنها را می‌توان از تعهدات مستقیم بیمارستان‌ها در مقابل واردشوندگان دانست. فصل پنجم آیین‌نامه نحوه تأسیس و بهره‌برداری از بیمارستان‌ها مواد ۱۵ و ۱۶ و ۱۷ خود را به شرایط ساختمانی بیمارستان‌ها اختصاص داده است. بر این اساس، ضوابط فنی، مساحت زمین و کلیه فضاهای فیزیکی بیمارستان از قبیل اورژانس، درمانگاه سرپایی، بخش‌های بستری، اتاق‌های عمل، بخش‌های پاراکلینیکی و خدمات تشخیص، نقشه ساختمان و تأسیسات بیمارستان باید منطبق با استانداردهای وزارت و ضوابط خاص بیمارستانی و تحت نظارت دفتر فنی دانشگاه/ دانشکده مربوطه باشد. بر اساس تبصره ۱ این ماده، تأییدیه نهایی وزارت مبنی بر انطباق اجرای ساختمان با نقشه مصوب اولیه برای اخذ پروانه تأسیس و بهره‌برداری الزامی است. همچنین ماده ۱۶ این آیین‌نامه مقرر می‌دارد که قسمت‌های بیمارستان از جمله محوطه اتاق عمل، اتاق‌های بستری، سالن انتظار، آزمایشگاه و داروخانه باید دارای وسایل ایمنی از جمله کپسول ضدحریق نصب‌شده در محل مناسب و دستگاه مشخص‌کننده دود^{۳۹} باشد و نیز کلیه کارکنان آموزش‌های لازم در این زمینه را دیده باشند. ماده ۱۷ آیین‌نامه یادشده مقرر می‌دارد که بیمارستان با توجه به بخش‌های مربوطه طبق ضوابط تعیین‌شده از سوی وزارت باید به تمام لوازم و تجهیزات فنی و اداری موردنیاز از جمله سیستم برق اضطراری مجهز باشد و استانداردهای مربوط به تجهیزات فنی و اداری طبق دستورالعمل‌های مربوطه خواهد بود. همچنین برابر تبصره ماده ۱۷، بیمارستان بایستی دارای واحد مهندس پزشکی مستقل یا در قالب همکاری به‌منظور نگهداری و تعمیر و کنترل کیفی دستگاه‌ها و ملزومات پزشکی باشد. براساس بند «الف» ماده ۲۳، درب اصلی بیمارستان بایستی از طریق یکی از خیابان‌های اصلی یا فرعی، قابل دسترس برای تردد وسایل نقلیه از جمله آمبولانس و ماشین‌های آتش‌نشانی، و دور از هر نوع مزاحم و آلوده‌کننده باشد. از سوی دیگر بیمارستان بایستی از ساختمان و اراضی خود مراقبت متعارف کند و شرایط ایمنی آن را فراهم سازد. مقررات مربوطه و آیین‌نامه‌های حفاظت و

استانداردهای آن معمولاً محدوده این مراقبت را معین می‌کند؛ بنابراین هرگاه استانداردهای یادشده نقض گردد، بیمارستان یا مرکز درمانی مقصر است و مسئولیت مدنی دارد. در حقوق ایران برخی به این استدلال که امروزه بیمه مسئولیت حرفه‌ای بیمارستان، خسارات ناشی از قصور در ارائه خدمات پزشکی و بیمارستانی را جبران می‌کند، معتقدند که اصولاً برای بیمارستان‌ها و مراکز درمانی، بایستی به نوعی از مسئولیت محض (مبتنی بر خطر) قائل شد. (یزدانیان، ۱۳۹۳: ۱۶۰-۱۶۲) این دیدگاه با مبانی حقوقی به‌ویژه ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی سازگار نیست، چراکه بر اساس این ماده، اصولاً تحقق مسئولیت مدنی منوط به ارتکاب مقصرانه عملی زیان‌بار است و خرق آن نیازمند تصریح قانونی است.

بیمه‌ها براساس شرط قراردادی یا قوانین تکمیلی، قائم‌مقام زیان‌دیده در مراجعه به عامل زیان هستند و اثبات عدم تقصیر مانع از مراجعه است؛ ضمن آنکه تحقق مسئولیت مدنی منوط به وقوع تقصیر است و در واقع مسئولیت مدنی را بیمه می‌کند و هرگاه تقصیر نباشد اصولاً مسئولیت مدنی وجود ندارد. بنابراین، بیمه چگونه مکلف به پرداخت خواهد شد؟ مگر نه آن است که بیمه مسئولیت مدنی را بیمه کرده و تحقق مسئولیت مدنی هم منوط به وجود تقصیر است؟ وانگهی هرگاه مرکز درمانی مسئولیت مدنی خود را بیمه نکرده باشد، وقتی مسئولیت مدنی دارد که مقصر باشد و درنهایت، همان‌گونه که گفتیم، در مسئولیت مدنی حرفه‌ای، تحقق مسئولیت مدنی منوط به وقوع تقصیر است.

دکترین حقوق فرانسه معتقد است که محافظ اموال منقول و غیرمنقول فاقد بیمه شخصاً مسئول تقصیر در مراقبت است، چه تقصیر وی سنگین باشد یا سبک، و تفاوتی ندارد که ساختمان متعلق به بیمارستان باشد یا غیر آن. در بیمارستان‌های دولتی نیز مسئولیت برعهده کسی است که وظیفه نگهداری را داشته است و در تمامی موارد گفته شده در صورتی که ساختمان و تأسیسات بیمه شود، مسئولیت مدنی جبران خسارات برعهده بیمه‌گر است.^{۴۰} در حقوق امریکا نیز بر توسعه کیفی یادشده تأکید می‌شود.^{۴۱}

40. M. Dupont, "Un Etablissement De Santé Propre Assureur: L'expérience De L'Assistance Publique-Hopitaux De Paris", *RDSS 91*, (2010), p. 332 .

41. Bernard Healey J & Tina Evans; M, *Introduction to Helth Care Services*, (U.S.A: Wiley, 2015), p. 296.

در حقوق ایران نیز می‌توان چنین استدلالی را پذیرفت. بر این اساس، هرگاه ساختمان و تأسیسات بیمارستان در مقابل صدمات وارده به بیماران یا حتی اشخاص ثالث بیمه نشده باشد، مقصر مسئولیت مدنی دارد، زیرا که جمع مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ قانون مجازات اسلامی با ماده ۳۳۳ قانون مدنی اقتضا دارد که مسئولیت مدنی ناشی از بنا و تأسیسات مبتنی بر تقصیر باشد، چه بنای یادشده برای امور بیمارستانی مورد استفاده قرار گیرد یا غیر آن، و بیمارستان یا مرکز درمانی بودن، خصوصیتی در این مورد ندارد. البته در مورد مسئولیت مدنی ناشی از بنا، برخی آن را متکی بر نظریات تقصیر و خطر، هردو، می‌دانند^{۴۲} و بعضی حقوق دانان آن را مبتنی بر تقصیر می‌شمرند^{۴۳}. برخی از استادان حقوق نیز معتقدند که حکم مواد یادشده، حاکی از فرض تقصیر مالک بناها است، چراکه «در بسیاری از موارد ظاهر این است که مالک از عیب بنای خویش آگاه است و این ظهور می‌تواند مستند اماره‌ی قضایی شود و زیان‌دیده را از اثبات تقصیر معاف کند»^{۴۴}.

در هر صورت، بیمارستان باید امکانات لازم را فراهم آورد تا افراد علیل و ناتوان بتوانند از آن امکانات به راحتی و بدون آنکه خطری و ضرری متوجه آنان شود، استفاده کنند^{۴۵}. البته هرگاه شخص زیان‌دیده علی‌رغم آگاهی از شرایط خطرناک، از آن اجتناب ننماید و دچار حادثه شود، بیمارستان مسئول نیست؛ چراکه بر اساس حکم قاعده اقدام، افراد، پاسخگوی اقدام زیان‌بار خود هستند^{۴۶}. در پرونده‌ای، بیمار در شرایطی قرار داشت که بایستی در راه رفتن تمام احتیاطات لازم را معمول می‌داشت، روی سیم تلویزیون حرکت کرده بود و سر خورده بود و پای گچ گرفته دوباره آسیب دیده بود، دادگاه تگراس رأی داد که با توجه به اینکه خطر بدیهی بوده و بیمار بایستی از آن اجتناب می‌نمود، ولی چنین نکرده است؛

۴۲. عبدالمجید امیری قائم‌مقام، حقوق تعهدات، ج ۲، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸)، ص ۲۶۶.

۴۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۰)، ص ۴۰۳؛ سید حسین صفائی و حبیب‌اله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، (تهران: سمت، ۱۳۹۱)، ص ۶۱؛ غلامرضا حاجی‌نوری، مسئولیت مدنی ناشی از طراحی و ساخت سازه‌ها (رساله دکتری)، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص ۶۱.

همچنین ر.ک. مرتضی قاسم‌زاده، الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، (تهران: میزان، ۱۳۹۰)، ص ۶۸؛ مه‌راب داراب‌پور، مسئولیت مدنی، (تهران: مجد، ۱۳۸۷)، ص ۸۷؛ علیرضا باریکلو، مسئولیت مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ص ۱۱۵.

۴۴. ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، ص ۴۶۳.

45. J. E. Steiner, *Problems in Health Care Law*, (New York: Michael Brown, 2012), p. 372.

۴۶. م. مصطفوی القواعد، (قم: نشرالاسلامی، ج ۸، ۱۳۷۹)، ص ۵۷.

بنابراین بیمارستان مسئولیتی ندارد.^{۴۷}

نتیجه آنکه بیمارستان‌ها مکلف به حفظ جان بیماران و بازدیدکنندگان در برابر حوادث قابل اجتناب هستند. حوادث مربوط به عیب فنی آسانسورها، استفاده از کف سُرخورنده، زیلو و فرش معیوب که به پاها گیر می‌کند، کارکرد بد درهای اتوماتیک و گیت‌ها جلوگیری از افتادن از پله‌ها و زمین خوردن در کریدورها، بازیینی میزها از جمله مواردی هستند که مربوط به ساختمان و محوطه بیمارستان‌ها و مراکز درمانی می‌شود.^{۴۸}

ب) تهیه و انتخاب و بازیینی وسایل پزشکی

بر اساس ماده ۶ دستورالعمل نحوه اداره بیمارستان‌های آموزشی هیئت امنایی و مقررات تمام وقت پزشکان موضوع بند «د» ماده ۳۲ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران «بیمارستان‌ها موظفند دارو، لوازم مصرفی، تجهیزات پزشکی و پروتز مورد تأیید و استاندارد را برای ارائه به بیماران تأمین نموده، در صورت حساب بیمار منظور نمایند».

پزشکان و جراحان و دیگر کارمندان بیمارستان که در استفاده از وسایل در هنگام عمل جراحی یا درمان و مراقبت نقش دارند، مکلف به کنترل و بررسی کارکرد مناسب وسایلی هستند که قصد استفاده از آنها را دارند. هرچند استاندارد ضروری مراقبت در بیمارستان‌ها حداقل است، اما تجهیزات پزشکی بایستی از جمله تجهیزاتی باشد که عموماً مورد استفاده قرار می‌گیرد. در موردی که اثبات شده باشد که روش‌ها و ابزارهای جدید اختراع شده‌اند که در درمان بیمار بهتر عمل می‌کنند یا کم‌خطرتر هستند، باید از آنها استفاده شود.^{۴۹} به‌علاوه بیمارستان بایستی وسایل نقلیه لازم را جهت انتقال بیمار در اختیار داشته باشد. ماده ۱۴ آیین‌نامه نحوه تأسیس و بهره‌برداری از بیمارستان‌ها مقرر می‌دارد که «بیمارستان‌ها باید حداقل یک دستگاه آمبولانس برای تمام ساعت در اختیار داشته باشند». لازم نیست که بیمارستان پیشرفته‌ترین امکانات را داشته باشد، اما باید امکانات یادشده مورد قبول حرفه پزشکی باشد. در لوئیزیانا بیمارستانی به دلیل داشتن دستگاه قدیمی برش بخشی از نسج و

47. *Ibid*, p. 313

48. *Ibid*, p. 373.

49. D. Giesen, *International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability*, (Tübingen (Germany): Mohr, 1988), p. 70.

اینکه دستگاه جدید نیست، مسئول شناخته نشد؛ چراکه برخی متخصصان تأیید کردند که استفاده از دستگاه یادشده نتایج رضایت‌بخش دارد.^{۵۰} گاه نیز امکان استفاده از وسایل به دلیل فقدان طراحی مناسب یا قصور کارمند میسر نمی‌شود.

۲. مسئولیت مبتنی بر نظریه خطر یا مسئولیت محض

همان‌گونه که گفته شد، در مواردی که نظم عمومی اقتضا می‌کند، مسئولیت مدنی مراکز درمانی مبتنی بر مسئولیت محض یا نظریه خطر است. تکرار بی‌شمار برخی اعمال مراکز درمانی، امری انکارناپذیری است که سیستم‌های قضایی را بر مسئولیت مدنی مبتنی بر خطر آنان متقاعد کرده است؛ به ویژه آنکه «دسیسه سکوت» نیز بر صحت اتهام آنان بر سببیت‌شان در ایجاد زیان تأکید دارد. بیمار نه توانایی مالی اثبات تقصیر مرکز درمانی را دارد و نه مدارک پزشکی در دسترس اوست^{۵۱}؛ از همین رو، مصادیق مسئولیت مدنی با مبنای یادشده را در این بخش بررسی می‌کنیم.

۲.۱. عفونت‌های بیمارستانی^{۵۲}

سازمان بهداشت جهانی (WHO) آن را عفونت‌هایی تعریف می‌کند که بیمار در خلال مراقبت‌های بیمارستانی به آن مبتلا می‌شود؛ درحالی که هنگام پذیرش و ورود به بیمارستان به آن مبتلا نبوده است. عفونت‌های بیمارستانی در مقابل آنتی‌بیوتیک‌ها بسیار مقاوم هستند و عفونتی که بیمار ۴۸ ساعت بعد از ورود به بیمارستان دچار آن می‌شود، عفونت بیمارستانی نام دارد. در برخی شرایط ممکن است عوارض و آثار عفونت بیمارستانی یک ماه بعد از بستری شدن بیمار در بیمارستان ظاهر شود و گاهی اوقات حتی یکسال بعد از ورود بیمار به بیمارستان ممکن است علائم عفونت بیمارستانی مشاهده شود؛ برای نمونه، معمولاً در مورد

50. J. E. Steiner, *op.cit.*, p. 375.

۵۱. حسن بادینی، پیشین، صص ۹۹-۱۰۰.

52. Nosocomial Infection

- واژه Nosocomial یونانی است که به معنی بیمارستان بود، ترکیبی از (Disease) Nosos و (Treat) Komeo. شایان ذکر است که موضوع «آلودگی‌های ناشی از زباله‌های پزشکی» که موجب آلودگی محیط زیست اعم از خاک، آب، هوا می‌شود و در نتیجه زیان‌هایی را برای اشخاص به همراه دارد با عفونت بیمارستانی متفاوت است، در این زمینه، رک. علیرضا یزدانین و حمید آرابی، پیشین، صص ۱۵۴ تا ۱۵۶.

گذاشتن اندام مصنوعی همانند استخوان مصنوعی یا گذاشتن پلاتین، عفونت یک سال بعد به وجود می‌آید. اتحادیه اروپا نیز در دستورالعمل ۵۰۶-۲۰۱۲ آن را عبارت از ابتلا به عفونتی می‌داند که بعد از بستری شدن در بیمارستان اتفاق افتاده است^{۵۳}. جالب است بدانیم که معمولاً عفونت‌های بیمارستانی با یک اتفاق ساده همانند جدا شدن سرسوزن سرم از بدن بیمار و برخورد و تماس آن با محیط آلوده و وصل مجدد آن به محل قبلی ممکن است فرد را مبتلا کند.

بررسی شیوع عفونت‌های بیمارستانی در بسیاری از کشورها نشان می‌دهد که تقریباً یک دهم از بیماران بستری در بیمارستان‌ها به یک نوع عفونت دچار می‌شوند که از آن به‌عنوان عفونت بیمارستانی یاد می‌شود و به همان تعداد، افرادی را نیز در جامعه به عفونت مبتلا می‌کنند^{۵۴}. این آمار در انگلیس ۸ درصد بیماران بستری در بیمارستان‌ها را تشکیل می‌دهد و برابر آمار سال ۲۰۰۷، قریب ۹۰۰۰ نفر در انگلیس به دلیل ابتلا به عفونت‌های بیمارستانی فوت کرده‌اند^{۵۵}. ابتلا به عفونت مجاری ادرار، عفونت زخم‌های جراحی، عفونت مجاری تنفسی و عفونت‌های پوستی از موارد مهم عفونت‌های بیمارستانی است. این عفونت‌ها در مقابل آنتی‌بیوتیک‌ها بسیار مقاوم هستند و گاه تقریباً هیچ درمانی ندارند^{۵۶}. متأسفانه و با وجود تأکید قانون‌گذاران ایران بر شفاف‌سازی، نهادهای مسئول به‌ویژه وزارت بهداشت و درمان و آموزش علوم پزشکی، آمار دقیقی از میزان تلفات ناشی از عفونت‌های بیمارستانی ارائه نمی‌دهند. اما در برخی گزارش‌های غیررسمی در ایران نیز به‌ویژه در اثر ابتلا به باکتری استافیلوکوک اورئوس^{۵۷} (یکی از ۴ باکتری عامل عفونت‌های بیمارستانی) هر سال تعداد قابل توجهی فوت می‌کنند^{۵۸}.

53. Ferrara Sauto David, *Malpractice and Medical Liability: European State of the Art and Guidelines*, (New York: Springer, 2013), p. 82.

54. Adam. P. Fraise & Christina Bradley, *Ayliffe's Control of Healthcare-Associated Infection*, (UK. London: Arnold Hodder, 2009), p. 4.

55. National Audit Office, p. 5, <https://www.nao.org.uk/report/national-audit-office-annual-report-2009/>, Last Visited 2017/6/28.

56. Adam. P. Fraise; Christina Bradley, *op.cit.*

57. *Staphylococcus Aureus*

۵۸. گزارش خبرنگار بهداشت و درمان ایسنا واحد علوم پزشکی ایران در مورخ ۱۳۸۶/۹/۳۰ به نقل از دکتر میرنژاد- سایت خبرگزاری ایسنا.

۲.۱.۱. مسئولیت مدنی ناشی از عفونت‌های بیمارستانی در فرانسه

دیوان کشور فرانسه در آرای متعددی پزشکان و بیمارستان‌ها و مؤسسات درمانی خصوصی را مسئول عفونت‌های بیمارستانی دانسته است و مسئولیت مدنی آنان را از این جهت تعهد ایمنی به نتیجه می‌داند.^{۵۹} به عبارت دیگر، در مورد عفونت‌های بیمارستانی مسئولیت مدنی مراکز درمانی خصوصی، مسئولیتی محض (مبتنی بر خطر) است و تنها دفاع این مراکز، آن است که آنان ثابت کنند که صدمه وارده به زیان‌دیده ناشی از علت خارجی^{۶۰} و فورس ماژور بوده است. قابل ذکر است که در این موارد، اولاً اثبات رابطه علیت میان وجود عفونت بیمارستانی در مراکز درمانی و سرایت آن به بیمار بستری در مرکز یادشده یا بیمار مراجعه‌کننده به آن مرکز با مدعی (بیمار) است. ثانیاً بر اساس ماده ۱-۱۱۴۲-ل قانون سلامت عمومی^{۶۱} صرفاً مؤسسات و مراکز درمانی چنین مسئولیتی دارند، اما پزشکان تنها در صورتی مسئولیت مدنی دارند که در انجام وظایف خود مرتکب تقصیر شده باشند و البته، در صورت عدم اثبات تقصیر پزشکان، زیان‌دیده می‌تواند بر مبنای سیستم تأمین اجتماعی و بر اساس قانون شماره ۲۰۰۲-۱۵۷۷ مورخ ۳۰ دسامبر ۲۰۰۲ خسارت وارده را تاحدودی مطالبه کند.^{۶۲}

گفتنی است که قبل از تصویب قانون سلامت عمومی فرانسه، مسئولیت مدنی مراکز درمانی عمومی در آن کشور اصولاً مبتنی بر تقصیر و در زمینه سازماندهی و ارائه خدمات مبتنی بر خطر بود، اما محاکم اداری فرانسه برای آنها فرض تقصیر ایجاد کرده بود که بر اساس آن، ورود اتفاقی یک موجود میکروبی به بدن بیمار در خلال بستری در بیمارستان حاکی از خطای بیمارستان بود.^{۶۳} در هر حال، پاراگراف دوم ماده ۱-۱۱۴۲-ل قانون

59. Cass. 1e Civ. Feb. 18, 2009, Bull. Civ. 1, No. 37; D. 2009- Cass. 1e Civ, Oct. 18, 2005, Bull. Civ. 1, No. 365y D. 2006.

60. Cause Etrangère.

61. Code De La Sante Publique

62. Loi 2002-1577 Du 30 Décembre 2002 Relative á La Responsabilité Civile Médicale (J. O. Des. 31, 2002, p. 22100).

63. CE, Feb. 19, 1992, M No. 73403; CE, June 14, 1991, M No. 65459; CE, Mar. 1, 1989, B. No. 61406.

Le conseil D'État Et La Jurisdiction Administrative (2005) "L'engagement de La responsabilité des hôpitaux publics", <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossierthe matiques/L-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>.

سلامت عمومی مقرر کرد که مؤسسات و مراکز درمانی و موضوع سلامتی، پاسخگو و مسئول خسارات ناشی از عفونت‌های بیمارستانی هستند، مگر آنکه اثبات کنند که سبب زیان وارده به زیان دیده، حادثه‌ای خارجی است و بنابراین مسئولیت مدنی آنان بر نظریه خطر استوار خواهد بود.

۲.۱.۲. مبنای مسئولیت مدنی ناشی از عفونت‌های بیمارستانی در حقوق ایران

فصل هفتم آیین نامه نحوه تأسیس و بهره برداری بیمارستان‌ها موضوع ماده ۲۴ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و خوردنی و آشامیدنی در ماده ۲۲ و بندهای آن، بیمارستان‌ها را مکلف به ایجاد کمیته عفونت بیمارستانی طبق ضوابط اعلامی وزارت بهداشت می‌کند. بر این اساس، مسئولیت نظارت بر برنامه‌های کنترل عفونت بیمارستان از جمله عملکرد صحیح تجهیزات استریل‌کننده، آموزش‌های منظم و دوره‌های پرسنل و عملکرد صحیح آن برعهده این کمیته است و به تفصیل در بندهای «ج، د، ه، و، ز، ح» به تکلیف بیمارستان‌ها در کنترل عفونت‌های بیمارستانی می‌پردازد، از جمله تهیه وسایل محافظت فردی متناسب با بخش مربوطه، ایجاد اتاق مستقل تحت فشار منفی برای بستری بیماران نیازمند به ایزوله تنفسی با تجهیزات لازم، تکلیف به تحت فشار منفی قرار دادن اتاق‌های ایزوله تنفس و اتاق انجام برونکوسکوپی^۴ و تهیه آنها ضمن تجهیز آن به فیلتر HEPA، تجهیز اتاق‌های عمل به گونه‌ای که تحت فشار مثبت به فضاهای بیرونی باشند و تهیه آنها به ترتیب «۲ تا ۱۵» مرتبه در ساعت، و واکسیناسیون کلیه پرسنل به‌ویژه قسمت خدمات بیمارستان بر علیه هیپاتیت B از جمله موارد تکلیفی است. همچنین برابر بند «ب» ماده ۲۲ آیین نامه یادشده بیمارستان‌ها مکلف به انجام اقدامات خود بر اساس دستورالعمل کشوری کنترل عفونی هستند که از سوی وزارت بهداشت اعلام شده است.

اما علی‌رغم توضیحات تفصیلی یادشده، در حقوق ایران احکام مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها در موضوع عفونت‌های بیمارستانی همانند حقوق فرانسه تدوین نشده است. از این رو، می‌توان این سؤال را طرح کرد که مسئولیت مدنی در این موارد مبتنی بر تقصیر است یا خطر؟ به‌نظر می‌رسد بیان مقدمه‌ای کوتاه در امکان پاسخ به این سؤال، سودمند

باشد و آن اینکه اصولاً در مسئولیت‌های حرفه‌ای هرچند تصور حالتی که حرفه‌ای مقصر نباشد اما مسبب باشد، ممکن است. ولی به تعبیر زیبای برخی حقوق‌دانان، در عالم علم نمی‌توان برای آن مثالی یافت^{۶۵}؛ به سخن دیگر در مسئولیت حرفه‌ای سببیت شخص حرفه‌ای همیشه در گرو تقصیر وی است، چراکه آنچه یک حرفه‌ای انجام می‌دهد در چارچوب تکالیف حرفه‌ای است و هرگاه وی به مقررات حرفه‌ای یا یافته‌های معمول علمی عمل کند و احتیاطات لازم مورد توقع از هم‌صنف همگن را به‌کار ببندد و با این وجود خساراتی به‌بار آید، سبب حادثه نیست، چراکه تکلیفی جز انجام مقررات حرفه‌ای و یافتن علمی ندارد و وقتی آنها را به‌کار بندد، تقصیری مرتکب نشده و وقتی مرتکب تقصیر نشده است، مسبب نیست. در واقع، علت حادثه یا نقص علم در آن حرفه است یا پیش‌بینی‌ناپذیری زیان یا قوه قاهره یا فعل زیان‌دیده که در هیچ‌کدام از موارد یادشده اخیر نمی‌توان رابطه سببیت میان حرفه‌ای و ورود زیان را دید؛ چراکه وقتی حرفه‌ای مقررات و عرف‌های حرفه مربوطه را به‌کار می‌بندد، مقصر نیست و وقتی تقصیر ندارد ولی حادثه اتفاق می‌افتد، معلوم می‌شود که حرفه‌ای سبب نیست و عامل حادثه منتسب به وی نیست (همان، حریم خصوصی در پناه حاکمیت قانون، پیشین). به عبارت دیگر، انجام دادن وظیفه حرفه‌ای در اموری که احتمال ضرر، کم‌وبیش در آن وجود دارد، به تعبیر دقیق برخی استادان حقوق و به دلایل گفته‌شده، با ضمان قابل جمع نیست^{۶۶}. در مانحن‌فیه هرگاه بیمارستان تمام آیین‌نامه‌ها و مقررات را رعایت کند، در واقع می‌توان گفت به هرآنچه می‌توانسته در راستای جلوگیری از عفونت به‌کار گیرد، عمل کرده است. هرگاه با وجود تمام سعی و تلاش بیمارستان یا مرکز درمانی، بیمار یا هر شخص دیگر دچار عفونت بیمارستانی شود، معلوم می‌شود که بیمارستان یا مرکز درمانی سبب حادثه نبوده و مسئولیت مدنی وی منتفی است. ولی هرگاه بتوان رابطه سببیت بین عفونت بیمارستانی و ابتلای بیمار را به آن ثابت کرد، در

۶۵ حسن جعفری تبار، «از آستین طبیبان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۰، (۱۳۷۷)، ص ۶۹

۶۶ ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، صص ۳۲۰-۳۲۲. قابل ذکر است که دیدگاه بیشتر فقیهان امامیه مجوز قانونی منافاتی با ضمان ندارد. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. محمدحسین آل کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ج ۱، (تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، ۱۴۲۲ ق)، ص ۲۰۱؛ محمدحسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، (قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷) ص ۶۲؛ میرزا حبیب‌اله رشتی، کتاب‌الغصب، (تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۸)، ص ۸۸.

واقع تقصیر بیمارستان ثابت شده است؛ چه عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن عامل حادثه باشد که آن نیز به دلالت تبصره ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی خود نوعی از تقصیر است و هرگاه معلوم شود مقررات و یافته‌های متعارف علم پزشکی رعایت شده است، در این صورت می‌توان گفت نقص علم پزشکی موجب ورود خسارت است و در نتیجه، بیمارستان عامل حادثه نخواهد بود و نقص علم، رابطه سببیت را قطع کرده است. نتیجه آنکه هر جا سببیت بیمارستان در وقوع حادثه ثابت شود، تقصیر بیمارستان نیز ثابت شده است. شایان ذکر است که با توجه به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی می‌توان مسئولیت مدنی بیمارستان را بر مبنای تقصیر مفروض دانست.^{۶۷} چراکه آنچه در ماده ۴۹۵ یادشده آمده است درحقیقت بیان مبنا و فلسفه مسئولیت مدنی شاخه‌ها و رسته‌های علم پزشکی است که بیمارستان نیز از آن جمله است. در این ماده، اثبات رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی مانع مسئولیت مدنی است و تفاوتی بین اینکه عدم رعایت مقررات پزشکی و موازین فنی از ناحیه پزشک باشد یا بیمارستان، دیده نمی‌شود.

۲.۲. مخاطرات درمانی^{۶۸}

از دیگر مواردی که مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها در حقوق فرانسه مبتنی بر مسئولیت محض شناخته شده، مخاطرات درمانی است.^{۶۹} مخاطرات درمانی عبارت است از مجموع زیان‌هایی که در خلال درمان و بدون ارتکاب خطا یا تقصیر به مریض وارد می‌شود؛

۶۷. ر.ک. سید حسین صفائی، «مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، ش ۵۸ (۱۳۹۱)، ص ۱۴۱.

68. Aléa Thérapeutique

۶۹. شورای دولتی با محاکم تجدیدنظر در مورد مخاطرات درمانی، سال‌ها اختلاف داشت. به اعتقاد شورای دولتی هر چند مخاطرات درمانی مربوط به مواردی بود که وقوع خطر استثنایی و اتفاقی است، ولی دلیلی وجود ندارد که مریض آن را تحمل کند؛ بنابراین بیمارستان در این موارد مسئولیت مدنی دارد. اما دیوان کشور چنین مسئولیتی را خارج از روح اصول مسئولیت مدنی می‌دانست؛ چراکه مسئولیت مدنی ناشی از مخاطرات درمانی در مواردی مطرح شود که خارج از کنترل پزشک باشد و از سوی دیگر برای آنکه ضرر قابل مطالبه باشد، بایستی در عرف پزشکی قابل پیش‌بینی و پیشگیری باشد، درحالی که وقوع مخاطرات درمانی به تعبیر قضات محاکم اداری فرانسه استثنایی و اتفاقی است. قانون شماره ۳۰۳ در ۴ مارس ۲۰۰۲ با اجباری کردن بیمه مسئولیت پزشکی، به این مباحث پایان داد و چنین حکمی را برای تمام بیمارستان‌هایی که در قلمرو کشور فرانسه (چه دولتی، چه خصوصی) قرار دارند، الزامی نمود. بر اساس این قانون، بیمه مکلف است حتی در مواردی که پزشک یا مؤسسه درمانی رفتار مقصرانه نداشته است (از جمله پرونده‌هایی که در گروه تعریف مخاطرات درمانی قرار داشت) خسارات وارده به بیمار را بپردازد. Jourdain-P (2012) "La Loi Kouchner Entre Deux Décennies", Gaz. Pal 16 Juin 2012. No. 168, P. 50 Ets.

حادثه‌ای که بالقوه امکان وقوع آن وجود دارد ولی نمی‌توان از قبل وقوع آن را پیش‌بینی کرد، اما در هر حال علت آن عمل پزشک یا مرکز درمانی یا دخالت آنها است.^{۷۰} برای مثال، ممکن است شخص مبتلا به دیابت به هنگام عمل جراحی ویتروکتومی عمیق^{۷۱} دچار سندرم‌های خاص همانند افزایش فشار چشم شود، سندرمی که تقریباً درمان‌پذیر نیست، ولی در عین حال امکان وقوع آن نیز بسیار کم است.^{۷۲} برعکس مواردی که ارکان وقوع زیان قابل پیش‌بینی است همانند نتایج زیان‌بار استفاده از دخانیات بر التیام پوست پس از جراحی پلاستیک و جراحی زیبایی را نمی‌توان از مصادیق مخاطرات درمانی دانست، چراکه این نتایج در حال حاضر کاملاً در علم پزشکی به رسمیت شناخته شده است. در واقع، هیچ جراحی از تأثیرات و ارتباط نزدیک استفاده از دخانیات با مشکلات التیام پوست بعد از عمل جراحی ناآگاه نیست؛ بنابراین، قصور پزشک در اطلاع دادن تأثیر سوء استعمال دخانیات به بیمار، به‌هیچ‌وجه قابل اغماض نیست و وی نمی‌تواند از زیر بار چنین مسئولیتی بگریزد.^{۷۳}

پاراگراف یک از بند اول ماده ۱۱۴۲-ل قانون سلامت عمومی فرانسه^{۷۴} برای بیمارانی که به هنگام درمان دچار مخاطرات درمانی خطرناک و جدی شده باشند، پرداخت غرامت را در نظر گرفته است. منتهی معیاری که برای تعیین این مخاطرات تعیین شده به‌گونه‌ای است که تعداد بسیار کمی از زیان‌دیدگان را شامل می‌شود؛ با این توضیح که کسانی می‌توانند مطالبه غرامت کنند که دچار ناتوانی (از کار افتادگی) دائمی ۲۴ درصد به بالا شده یا دچار از کار افتادگی موقت بیش از ۶۰ ماه شوند. این درحالی است که پیش از این تاریخ، قضات محاکم اداری (شورای دولتی فرانسه) در آرای خود به‌ویژه در رأی بیانچی^{۷۵} و قبل از آن

۷۰. برخی نیز تعریف بسیار مجملی از مخاطرات درمانی داده‌اند و آن را ناظر به اقدامات درمانی به معنای خاص که هنگام انعقاد قرارداد بین پزشک و بیمار قابل پیش‌بینی نباشد، می‌دانند. احمد، شاهی؛ میلاد، حسینی؛ غفور، خوئینی، «تحلیل دلایل قابلیت جبران «مخاطرات احتمالی درمان» در مسئولیت مدنی پزشک (نظام حقوقی ایران و فرانسه)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴، (زمستان ۱۳۹۴)، صص ۴۹ به بعد.

71. Pars Plana Vitrectomy (تخلیه زجاجیه)

72. Rizzo S; Patelli F; Chow. D. R, *Vitreo- Retinal Surgery*, (New York: Springer, 2002), p. 67.

73. Soboye J, "Plastic Reconstructive and Esthetic Surgery and Tobacco, a Legal Approach" *Annales De Chirurgie Plastique Esthétique*, V. 60, (February 2015), p. 60, 67.

74. Loi Kouchner (Code De Santé Publique).

75. Ce Ass., Apr. 9, 1993, Bianchi Rec. Lebon, 127.

دادگاه تجدیدنظر اداری^{۷۶} مقرر کرده بودند که هرگاه عمل درمانی برای تشخیص یا درمان بیمار ضروری باشد و خطری به همراه داشته باشد که وجود آن شناخته شده ولی وقوع آن بعید باشد و دلیلی بر اینکه بیمار مستعد چنین خطری است نیز در بین نباشد، بیمارستان دولتی مسئولیت مدنی را مفروض می‌دارد؛ به شرط آنکه اجرای عمل درمانی سبب اصلی ورود خسارت به بیمار باشد^{۷۷} و ارتباطی با وضعیت اولیه بیمار نداشته باشد و صدمه نیز به شدت خطرناک باشد. بنابراین، جمع برخی شرایط برای تحقق مخاطرات درمانی لازم است؛ از جمله اینکه خسارت از روند درمانی ضروری برای تشخیص یا درمان بیمار ناشی شده باشد؛ امکان تحقق خطر باشد، اما تحقق آن استثنایی و بسیار نادر باشد؛ هیچ دلیلی در بین نباشد که بیمار زیان دیده در معرض خطر یادشده است و به عبارت دیگر مدارک پزشکی دلایل علمی و فنی استعداد بیمار بر ابتلا بر مخاطره درمانی را اثبات نکند؛ خسارت وارده ارتباطی با بیماری نداشته باشد و در نهایت آنکه خسارت وارده بایستی ماهیتی خطرناک داشته باشد^{۷۸}.

اما اجباری شدن بیمه با آنکه بیمارستان‌ها صرفاً نسبت به عملکرد مقصرانه خود به هنگام جلوگیری، مراقبت و تشخیص مسئول هستند، عملاً اثبات تقصیر را در موارد گفته شده بی‌اثر می‌سازد. در حقوق ایران به صورت مجزا سخن از چنین مسئولیتی به میان نیامده است، اما از مجموع مواد ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی و مواد ۵۴ و به بعد قانون تأمین اجتماعی می‌توان استنباط کرد که هرگاه مرکز درمانی و پزشک مقررات پزشکی و موازین فنی را رعایت کرده باشند از نظر مدنی مسئولیتی متوجه آنان نخواهد بود. در این صورت، در شرایطی که زیان دیده مشمول قانون تأمین اجتماعی باشد از مزایای مواد ۵۴ به بعد آن قانون بهره مند خواهد شد. اما اینکه مقررات، برای مخاطرات درمانی ویژگی خاصی متمایز از سایر موارد در نظر گرفته باشد، در مقررات پزشکی دیده نمی‌شود.

76. Cour Administrative D'appel (CAA) Lyon, Dec. 21, 1990, Cts Gomez Rec. Lebon, 498.

77. Lorsqu'un Acte Medical Nécessaire au Diagnostic ou au Traitement Du Malade Présente un Risqué Dont L'existence Est Connue Mais Dont La Realization Est Exceptionnelle et Don't Aucune Raison ne Permet De Penser Que Le Patient Y Soit Particulié Rement Exposé. La Responsabilite Du Service Public Hospitalier Est Engage Si L'exécution De Cet Acte Est La Cause Directe De Dommages Sans Rapport Avec L'état Initial Du Patient Comme Avec L'évolution Prévisible De Cet Etat, Et Presentant Un Caractère D'extrême Gravité. (Ce Ass. Apr. 9, 1993, Bianchi Rec. Lebon. 127)

78. L'engagement De La Responsabilité Des Hôpitaux Publics, p. 5.

نتیجه

با توجه به اینکه دست‌اندرکاران امور درمانی اشخاصی حرفه‌ای هستند که در انجام وظایف خود از اصول و مبانی علمی تبعیت می‌کنند و اصول و مبانی یادشده به صورت مقررات یا عرف خاص پزشکی در آثار علمی اعم از کتاب‌ها و مجلات علمی منتشر می‌شوند، در صورت ورود زیان به بیمار در مراحل متعدد تشخیص و درمان، مسئولیت مدنی دست‌اندرکاران یادشده با نقض اصول و مبانی که همانا تقصیر است، محقق خواهد شد. بنابراین، اصل بر مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر دست‌اندرکاران امور درمانی است. از سوی دیگر در مواردی به دلایل متعدد به‌ویژه به دلایل مربوط به نظم عمومی قانون‌گذاران کشورهای پیشرو، تحقق مسئولیت مدنی دست‌اندرکاران درمان را نیازمند اثبات تقصیر نمی‌شمارند و همان‌گونه که گذشت، آنان مسئولیت مدنی را در برخی حوزه‌ها همانند مخاطرات درمانی، عفونت‌های بیمارستانی و خسارات ناشی از مدیریت درمانی بر نظریه خطر استوار نموده‌اند که به نظر می‌رسد نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز می‌تواند با قانون‌گذاری یا از طریق رویه قضایی به نتایج مشابه دست یابد؛ چراکه در شرایط حاضر اثبات سببیت بیمارستان در زیان‌های ناشی از عفونت‌های بیمارستان و یا مخاطرات درمانی و مانند آنها به‌سختی میسر است؛ چراکه اولاً دسترسی به مدارک و اسناد بیمارستانی در بسیاری از موارد با توجه به اینکه اشخاص حرفه‌ای متهم به دسیسه سکوت هستند، بسیار سخت است. از سوی دیگر بیشتر افراد سالم جامعه از توانایی مالی لازم برخوردار نیستند چه رسد به اشخاصی که از نظر جسمی ضعیف بوده، در اثر هزینه‌های درمانی متعدد توانایی مالی نیز برای تأمین هزینه اثبات ندارند. بنابراین، در شرایط کنونی که رژیم حقوقی بیمه بسیاری از زمینه‌ها را تحت پوشش قرار داده است و عاملان زیان بالقوه و زیان‌دیدگان بالقوه درصد بسیار ناچیزی از هزینه‌ها را به‌راحتی به صندوق‌های بیمه واریز می‌کنند، درگیر کردن بیمار به اثبات تقصیر چندان منطقی به نظر نمی‌رسد. از این رو و با توجه به همه‌گیر شدن اخذ براءت از بیمار در مراکز درمانی که زمینه‌های تقصیر مفروض آن مراکز را از بین می‌برد، بهترین راه‌حل آن است حداقل در برخی زمینه‌ها از جمله عفونت‌های بیمارستانی یا مخاطرات درمانی، مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها و مراکز درمانی از نظریه خطر تبعیت کند و از حکم مقرر در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی فاصله بگیرد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۰).
۲. امیری قائم مقام، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، ج ۲، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸).
۳. بابایی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴).
۴. بادینی، حسن، *تحقیقات قضائی*، ج ۴، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵).
۵. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴).
۶. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، (تهران: میزان، ۱۳۹۳).
۷. جعفری تبار، حسن، *حریم خصوصی در پناه حاکمیت قانون*، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵).
۸. داراب‌پور، مهرباب، *مسئولیت مدنی*، (تهران: مجد، ۱۳۸۷).
۹. صادقی، محمدهادی، *حقوق جزای اختصاصی ۱، جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)*، (تهران: میزان، ۱۳۷۶).
۱۰. صفائی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۴).
۱۱. صفائی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، (تهران: سمت، ۱۳۹۱).
۱۲. قاسم‌زاده، مرتضی، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، (تهران: میزان، ۱۳۹۰).
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *الزامات خارج از قرارداد*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴).
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *حکومت قانون و جامعه مدنی*، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵).
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷).
۱۶. وکیو، دل، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).

- مقالات

۱۷. پیروزی، پژمان و سالک، شمیم، «مسئولیت مدنی بیمارستان‌ها»، تحقیقات حقوقی آزاد، ش ۶۶، (۱۳۹۲)، صص ۲۷-۵۵.
۱۸. جعفری تبار، حسن، «از آستین طبیبان، قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۰، (۱۳۷۷)، صص ۵۵-۸۶.
۱۹. شاهی، احمد؛ حسینی، میلاد و خوئینی، غفور، «تحلیل دلایل قابلیت جبران «مخاطرات احتمالی درمان» در مسئولیت مدنی پزشک (نظام حقوقی ایران و فرانسه)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۴)، صص ۴۹-۷۴.
۲۰. صفائی، سیدحسین، «مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون مجازات اسلامی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۸ (۱۳۹۱)، صص ۱۴۱-۱۵۶.
۲۱. طباطبائی، محمدصادق و شینور، قادر، «گستره مسئولیت مدنی بیمارستان در برابر بیمار»، حقوق پزشکی، ش ۳۱، (۱۳۹۳)، صص ۱۱-۴۷.
۲۲. مرادزاده، حسن و سالار کریمی، حدیثه، «مسئولیت مدنی مجموعه درمانی در آیین آراء مراجع قضایی»، حقوق پزشکی، ش ۲۸ (۱۳۹۳)، صص ۴۳-۷۵.
۲۳. یزدانین، علیرضا و آرای، حمید، «مطالعه تطبیقی تبیین مسئولیت مدنی بیمارستان در قبال اعمال کارکنان خود و تحلیل آن در راستای مسئولیت ناشی از فعل غیر»، حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۳)، صص ۱۵۱-۱۸۰.

- پایان نامه

۲۴. حاجی نوری، غلامرضا، مسئولیت مدنی ناشی از طراحی و ساخت سازه‌ها، رساله دکتری از دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.

- (ب) عربی

۲۵. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، ج ۱، (تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، ۱۴۲۲ ق)
۲۶. الصافی، لطف‌الله، التعزیر (انواعه و ملحقاته)، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق).
۲۷. بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، ج ۱، (قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷).
۲۸. رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب العصب، (تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۳۸۸).
۲۹. مصطفوی، م، القواعد، (قم: نشرالاسلامی، ج ۸، ۱۳۷۹).

ج) منابع انگلیسی

- Books

30. Berrewaerts, Joëlle; Jacques, Véronique; Marie-Aude, Moreau; Mercier, Michel, *Vivre/Lutter/Aimer Avec Une Maladie Neuromusculaire*, (Presses Universitaires De Namur: Belgique, 2016).
31. Emmanuelle Rial, Thomas, *Apprentissage De L'exercice Medical: Santé Publique Médecine Légal Parisestem*, (Paris: De Boeck Supérieur, 2008)
32. E. Steiner, J, *Problems in Health Care Law*, (New York: Michael Brown, 2012).
33. Faufarque, Cosson, Bénédicte & Mazeaude, Denis, *European Contract Law*, (Munich: Sellier, 2008).
34. Fraise, Adam. P. & Bradley, Christina, *Ayliffe's Control of Healthcare-Associated Infection*, (UK. London: Arnold Hondder, 2009).
35. Gassiot, C.; Searcy, V.; Giles, *The Medical Staff Services Handbook: Fundamentals and Beyond*, (U.S.A: MA: Jones & Bartlett, 2014).
36. Giesen D., *International Medical Malpractice Law: A Comparative Law Study of Civil Liability*, (Tübingen (Germany): Mohr, 1988).
37. Healey, Bernard; J, Evans; Tina, M, *Introduction to Helth Care Services*, (U.S.A: Wiley, 2015).
38. Hocquet- Berg, Sophie, *La Responsabilité Du Médecin*, (Paris: hdf, 2006).
39. Le Lièvre, Nathalie, *Les Obligations De L'infirmier: Responsabilités Juridiques et Professionnelles*, (France: Heures De France, 2003).
40. Le Tourneau (Ph) Cadiet (Loic), *Droit De La Responsabilite et Des Contrats*, (Paris: Dalloz, 2001).
41. Malinvand, Philippe, *Droit Des Obligations*, 9th Edition, (Paris: Litec, 2005).
42. Rizzo, S; Patelli, F; Chow. D. R, *Vitreo- Retinal Surgery*, (New York: Springer, 2002).

43. Sauto David, Ferrara, *Malpractice and Medical Liability: European State of the Art and Guidelines*, (New York: Springer, 2013).
44. Senon. J. L, *Droit Des Patients en Psychiatrie Patient's Rights in Psychiatry, EMC- Psychiatrie*, N.1, (Paris: Publié Par Elsevier SAS, 2004).
45. Starck, Boris, *Droit civil, Obligations*, (Paris: Libraries techniques, 1972).
46. Vayre, Pierre Vannineus, *Le risque annoncé de la pratique chirurgicale*, (Paris: Springer, 2003).
47. Witting, Christian, *Street on Tort*, (UK: Oxford, 14th Edition, 2015).

- Articles

48. Dupont, M, "Un Etablissement De Santé Propre Assureur: L'expérience De L'assistance Publique-Hopitaux De Paris", *RDSS* 91, (2010).
49. G'sell Macrez Florence, "Medical Malpractice and Compensation in France: Paris I: The French Rules of Medical Liability Since the Patient's Rights Law of March 4, 2002" *Chicago-Kent Law Review*, V. 86-3, (2011), pp. 1093-1123.
50. Hervy, Marie-Pierre. "Quid Du Consentement?" *Gérontologie et Société*, n° 101, (Juin 2002), pp. 129-141.
51. Hocquet-Berg, Sophie. "Première Décision De La Cour De Cassation Sur La Faute Civile "Caractérisée" D'un Praticien, Cass. Ire Civ., 16 Janvier 2013, n° 12-14.020 (FS-P+B+I), Bull. I, n 5"': Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4837 <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4837>last visited 2017/6/28.
52. Jourdain, P, "La Loi Kouchner Entre Deux Décennies", *Gaz. Pal* 16 juin 2012. n°168.
53. Le Conseil D'État Et La Juridiction Administrative, L'engagement De La Responsabilité Des Hôpitaux Publics, 2005, <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/L-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>>, last visited 2017/6/28.
54. Lemmer, Joé, "Nosocomial Infections Liability in Luxembourg" *Journal of the International Institute for Law and Medicine*, York

Hill Law Publishing (us), (2014), pp. 67-74.

55. Sargos, Pierre. "Deux Arrest "Historiques" en Matière De Responsabilité Medicale General et De Responsabilité Particulière Liée au Manquement D'un Medicin á Son Devoir D'information" (2010). D 2010-1522. <<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj4CSx8jQAhUIGZoKHYwcZgQFggZMAA&url=http%3A%2F%2Ffactu.dalloz-etudiant.fr%2Ffileadmin%2Factual-ites%2Fpdfs%2FJANVIER2012BIS%2FD2010-1522.pdf&usg=AFQjCNHBSquVYYCkan5BWG-acEjH7Uh21g&bvm=bv.139-782543,d.bGs>>, last visited 2017/6/28.
56. Soboye J, "Plastic Reconstructive and Esthetic Surgery and Tobacco", a Legal Approach Annales De Chirurgie Plastique Esthétique, V. 60, (February 2015), p.p e67-e70.
57. Topaloglu, Haluk. "Amyotrophie Spinale Infantile", (2009), <http://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?lng=FR&Expert=83330>, last visited 2017/6/28.

- Codes

58. Code De La Santé Publique (France), Version Consolidée Au 10 Juin 2017, <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>>, last visited 2017/6/28.
59. Guide Methodologique (*Les Droits Du Patient Dans La Loi Du 4 Mars 2002*), Paris, FHF.

- Websites

60. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008229107>>, last visited 2017/6/28.
61. National Audit Office (2009), <<https://www.nao.org.uk/report/national-audit-office-annual-report-2009/>>, last visited 2017/6/28.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 141-178

Social Responsibility in the Iranian Commercial and Investment Legal System and its Application to Jurisprudential Principles

Hamid Hamidian¹ | Ali Rezaei^{2✉} | Habib Taleb Ahmadi³

1. Ph.D. in private law, Shiraz University, Iran.

hamidian69@yahoo.com

2. Assistant Professor, Shiraz University, Iran.

ali62rezaee@gmail.com

3. Assistant Professor, Shiraz University, Iran.

talebahmadi@yahoo.co.uk

Abstract

Social responsibility is a new approach that has been introduced in business and investment as one of the commitments of economic enterprises and tries to create a balance between economic productivity and protection of social and environmental interests. Despite the emergence of this responsibility in the United States and the West, this responsibility has comprehensive and solid foundations in the jurisprudential system which are addressed for the first time in this study. However, Iran seems to be one of the most vulnerable countries in this area; it is independent and due to the obsolescence of some laws such as commercial law, this responsibility does not have a proper place among the regulations. Despite the challenges mentioned, especially the oppressive US sanctions on our country's economic situation, it seems that by creating legal minimums along with soft incentive policies, motivation of businesses to comply with their rules can be increased. Discipline can provide a good ground for establishing and promoting social responsibility in the scope of business activities.

Keywords: *Social Responsibility, Iranian Investment and Trade System, Islam, Soft Regulations, Hard Rules.*

Received: 2020/12/10 Received in revised form: 2022/09/27 Accepted: 2022/10/23 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.32751.2782

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی، بازرگانی و سرمایه‌گذاری ایران و تطبیق آن با مبانی فقهی

حمید حمیدیان^۱ | علی رضایی^۲ | حبیب طالب احمدی^۳

hamidian69@yahoo.com

ali62rezaee@gmail.com

talebahmadi@yahoo.co.uk

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، ایران.

۲. استادیار دانشگاه شیراز، ایران.

۳. استادیار دانشگاه شیراز، ایران.

چکیده

مسئولیت اجتماعی رویکرد نوینی است که در تجارت بین‌المللی به‌عنوان یکی از تعهدات بنگاه‌های اقتصادی مطرح شده و سعی در ایجاد تعادل میان بهره‌وری اقتصادی و محافظت از منافع اجتماعی و زیست‌محیطی دارد. علی‌رغم ظهور این مسئولیت در آمریکا و غرب، این مسئولیت مبانی جامع و محکمی در نظام فقهی دارد که این پژوهش برای اولین بار به آن می‌پردازد. با این حال، به‌نظر می‌رسد ایران یکی از کشورهای آسیب‌پذیر در این حوزه است؛ زیرا علی‌رغم نیاز به جذب سرمایه‌گذاری و رشد تجارت، وضعیت موازین متضمن مسئولیت اجتماعی به دلیل نو بودن و ناآگاهی اجتماعی، نامطلوب و بسیار پراکنده و غیرمتمرکز است و هنوز نظام حقوقی این مسئولیت را به رسمیت نشناخته و فاقد یک چارچوب مستقل است و به دلیل قدیمی بودن برخی قوانین همانند قانون تجارت، این مسئولیت جایگاه شایسته‌ای در میان مقررات ندارد. با وجود چالش‌های یادشده به‌ویژه تحریم‌های ظالمانه آمریکا بر وضعیت اقتصادی ایران، به‌نظر می‌رسد با ایجاد حداقل‌های قانونی همراه با سیاست‌های تشویقی نرم در راستای افزایش انگیزه بنگاه‌های اقتصادی به‌منظور رعایت قواعد خودانتظام، می‌توان زمینه مناسبی برای تثبیت و ترویج مسئولیت اجتماعی در گستره فعالیت‌های بازرگانی فراهم کرد.

واژگان کلیدی: اسلام، ضوابط سخت، مسئولیت اجتماعی، مقررات نرم، نظام سرمایه‌گذاری و بازرگانی ایران.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۲۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۷/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.32751.2782

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

با رویکرد گسترش آزادی تجارت در حوزه اقتصاد مبتنی بر عقاید کلاسیک، منافع اجتماعی بشر به دست فراموشی سپرده شد و آسیب‌های جبران‌ناپذیری به اجتماع وارد گردید. لذا در جهت ایجاد تعادل بین سوداگری و محافظت از منافع اجتماعی، با افزایش آگاهی‌های عمومی و تلاش‌های جامعه مدنی، مفهوم مسئولیت اجتماعی بنگاه‌های اقتصادی مطرح شد و این‌گونه از مسئولیت در گستره حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری داخلی و بین‌المللی تثبیت گردید. در تحقیق پیش رو برای نخستین بار سعی شده است تا از زاویه مسئولیت اجتماعی به قواعد حقوق بازرگانی و سرمایه‌گذاری نگاه شود و ضمن شناسایی جنبه‌های این مسئولیت و تطبیق با مبانی غربی و فقهی، جایگاه آن در نظام حقوقی تجاری و سرمایه‌گذاری ایران، چالش‌ها و راهکارهای تثبیت آن مورد مطالعه قرار گیرد. به این منظور ابتدا باید بدانیم مفهوم مسئولیت اجتماعی در چارچوب موازین حقوقی چیست و بر چه اساسی استوار است؟ سپس باید معلوم گردد که این‌گونه مسئولیت در نظام حقوقی ایران و اسلام چه جایگاهی دارد؟ چالش‌ها و ارائه راهکارهای حقوقی در راستای تثبیت این مسئولیت در قواعد تجاری ایران موضوع پایانی این پژوهش است.

۱. مفهوم و ماهیت مسئولیت اجتماعی

مفهوم مسئولیت اجتماعی برای کنترل آثار اجتماعی تجارت و سرمایه‌گذاری از سوی هاوارد بون^۱ امریکایی مطرح شد و از او به‌عنوان آغازگر و طراح نوین مسئولیت اجتماعی یاد می‌کنند^۲. البته مسئولیت یادشده از مفاهیمی است که هنوز حدود معنایی آن مشخص نیست و محققان درباره آن به توافق نرسیده‌اند. این ابهام بیشتر به ماهیت در حال تغییر و تحول جامعه و تجارت مربوط می‌شود^{۳ ۴ ۵}. همچنین تفسیر هر جامعه از این مسئولیت مبتنی بر

1. Howard Bowen
2. Archie B., Carroll, "Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct", *Business and Society*, Vol. 38 (1999), P. 270.
3. Kim Kercher, "Corporate Social Responsibility-Impact of Globalisation and International Business", *Corporate Governance Journal*, (2007), P. 2.
4. Eugene K. B., Tan, "Corporate Social Responsibility as Corporate Soft Law: Mainstreaming Ethical and Responsible Conduct in Corporate Governance", *Singapore Law Review*, Vol: 31 (2013), P. 23.
5. Michael Hopkins, *Corporate Social Responsibility and International Development*, (London: Earthscan Press, 2007), P. 16.

ارزش‌های متفاوت متغیر است.^۶ لذا ارائه تعریفی جامع دشوار به نظر می‌رسد. با این حال، برای دریافتی کلی از آن، تعاریف به عمل آمده مطالعه می‌شود.

از نظر بانک جهانی مسئولیت اجتماعی عبارت است از: «التزام کسب و کارها برای کمک به توسعه اقتصاد پایدار، همکاری با کارمندان و کارگران، خانواده‌هایشان، جامعه محلی و جامعه به طور کلی به منظور ارتقای کیفیت زندگی به نحوی که هم برای کسب و کارها و هم برای توسعه مفید باشد».^۷ شورای جهانی تجارت برای توسعه پایدار در تعریفی مشابه مسئولیت اجتماعی را تعهد «مشاغل» برای کمک به توسعه پایدار اقتصادی، همکاری با کارمندان، خانواده‌های آنان، جامعه محلی و جامعه برای ارتقای کیفیت زندگی تعریف می‌کند.^۸ تمام تعاریف یادشده نگرانی‌های محیط زیستی، اجتماعی و اقتصادی را مدنظر قرار داده است.^۹ وجوه مشترک یادشده به این ایده اشاره دارد که شرکت‌ها می‌توانند با پیگیری اهداف محیط زیستی و اجتماعی در کنار اهداف اقتصادی، رفاه اجتماعی به وجود بیاورند^{۱۰} که همان مفهوم توسعه پایدار است.^{۱۱}

در ایران مسئولیت اجتماعی از منظر مفهومی مهجور مانده است؛ با این حال در ادبیات حقوقی ایران به عقیده برخی، «مسئول بودن در برابر نقض تعهدات اجتماعی، سرمایه‌گذاری در زمینه‌های انسانی و ایجاد رابطه با سازمان‌ها و گروه‌های حامی حقوق بشر و در عین حال، ساخت آینده جامعه با هدف توسعه پایدار با نگرش فعال درباره محیط

۶ محمدجعفر قنبری جهرمی و نگین شفییی بافتی، «قاعده‌مندسازی مسئولیت زیست‌محیطی شرکت‌های فراملی در حوزه آلودگی نفتی دریایی پیوند میان حقوق نرم و حقوق سخت»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه ش ۱۳ (۱۳۹۲)، ص ۱۷۶.

7. Halina Ward, "Public Sector Roles in Strengthening Corporate Social Responsibility: Taking Stock", *The World Bank Report* (2004), P.3 <<https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/16014IIED.pdf>>

8. Karin Buhmann, "Corporate Social Responsibility in China: Current Issues and Their Relevance for Implementation of Law", *The Copenhagen Journal of Asian Studies*, Vol. 22 (2005), P. 65.

9. Jeff Civens & Mary Mendoza, "Corporate Sustainability and Social Responsibility: A Legal Perspective", *TEX.B.J.*, Vol. 71 (2008), P. 369.

10. Uited Nations Environment Programme, *Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements*, (2011), P. 14 <<https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/25936>>

11. Wayne Visser; Dirk Matten; Manfred Pohl; Nick Tolhurst, *The A To Z Of Corporate Social Responsibility*, (New York: Wiley, 2nd Edition, 2007), P. 466.

زیست پیرامونی و توجه به منابع و میراث مشترک بشریت» مسئولیت اجتماعی است.^{۱۲} برخی این مسئولیت را مسئولیتی بین‌المللی دانسته و از آن با عنوان مسئولیت اجتماعی بین‌المللی^{۱۳} یاد می‌کنند.^{۱۴} به عقیده این گروه، امروزه تعهد به اجرای ارزیابی آثار زیست‌محیطی در پروژه‌هایی که پتانسیل ایجاد آسیب مهم فرامرزی را دارند به‌عنوان یک تعهد عرفی الزام‌آور شناخته شده و برای همه کشورهای لازم‌الرعایه است.^{۱۵} البته این رویکرد در اسناد آنکتاد^{۱۶} نیز در حوزه سرمایه‌گذاری مورد تأکید قرار گرفته است.^{۱۷} در نهایت، به نظر می‌رسد در حقوق ایران این مسئولیت فاقد یک چارچوب قانونی مستقل برای مسئولیت اعم از نرم یا سخت است؛ با این حال، از حیث ضمانت اجرا این مسئولیت در ایران گاه دارای ضمانت اجرای مدنی و گاه کیفری و گاهی فراحقوقی^{۱۸} است.

اما در نگاه کلی، حقوق و اخلاق، دو معیار وابسته و مهم مسئولیت اجتماعی است. از سویی شرکت‌ها بر اساس رعایت موازین اخلاقی قضاوت می‌شوند و از سوی دیگر، آنها به‌عنوان یک سازمان منطبق بر هنجارهای حقوقی شناسایی می‌شوند.^{۱۹} به نظر می‌رسد مسئولیت اجتماعی چیزی فراتر از یک ساختار حقوقی تضمینی است. توضیح آنکه از منظر حقوقی باید میان پاسخگو بودن^{۲۰} و مسئول بودن^{۲۱} تفاوت قائل شد. مقررات قانونی، بنگاه‌های تجاری را تنها در قبال اعمالی که استانداردهای قانونی را رعایت نکرده‌اند

۱۲. فرید محسنی و سعید جوهر، «ارتباط مسئولیت اجتماعی و مسئولیت کیفری تعامل یا تقابل»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ش ۸ (۱۳۹۳)، ص ۹۳.

13. International Corporate Social Responsibility

۱۴. پوریا عسکری، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در رویه دآوری بین‌المللی، (تهران: شهر دانش، ج ۲، ۱۳۹۴)، ص ۲۹۲.

۱۵. مهناز رشیدی؛ آزاده رستگار؛ علی مشهدی، «منبع تعهد ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۲ (۱۴۰۰)، ص ۱۱۷.

16. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

17. UNCTAD, Social Responsibility, Series on Issues in International Investment Agreements, (2001) <<https://unctad.org/system/files/official-document/psiteitd22.en.pdf>>

۱۸. منظور از مسئولیت فراحقوقی مسئولیتی است که حاوی نوع خاصی از تضمینات نوین است که مبتنی بر مؤلفه‌های اخلاقی و وجدانی و تضمین‌های نرم حقوقی است.

19. Philipp Schreck, *The Business Case for Corporate Social Responsibility. Understanding and Measuring Economic Impacts of Corporate Social Performance*, (Germany, Heidelberg, Physica-Verlag: Springer, 2009), P. 6.

20. Accountability

21. Responsibility

پاسخگو می‌داند که این با عهده‌داری و مدیریت این مسئولیت تفاوت دارد^{۲۲}؛ لذا ماهیت مسئولیت اجتماعی چیزی فراتر از اصول حقوقی و اخلاقی است و با مسئولیت‌های کیفری و مدنی متفاوت است. در مسئولیت کیفری و مدنی، شخص در برابر خطای خود پاسخگوست و حاکمیت‌های دولتی ضامن اجرای این حقوق هستند، اما در مسئولیت اجتماعی، تنها پاسخگویی مطرح نیست، بلکه به معنایی فراتر از پاسخگویی در برابر یک قوه ناظر و برعهده گرفتن یک مسئولیت فعال نیاز است که از سوی بنگاه‌های اقتصادی اعمال می‌شود. لذا در این چارچوب، بنگاه‌های یادشده باید یک روند خودتنظیم و خودنظارتی داشته باشند که به این ترتیب، هم واضح و هم ناظر مسئولیت اجتماعی در ساختارهای داخلی خود باشد. به نظر می‌رسد مسئولیت اجتماعی باید با تلفیق یک نظام قانونی سخت (اعم از ضمانت اجراهای کیفری و مدنی) برای تعیین حداقل‌ها و یک نظام قانونی نرم و تشویقی (قواعد اخلاقی) برای سوق به تعهدات فراحقوقی مدون شود تا بتواند با ضمانت اجراهای حقوقی تثبیت گردد.

۲. مبانی مسئولیت اجتماعی

۲.۱. مبانی نظری

به عقیده میلتون فریدمن^{۲۳}، تنها مسئولیت اجتماعی یک شرکت، افزایش حداکثری سود به نفع سرمایه‌گذار است. وی می‌گوید محدودیت‌های محیط زیست و به‌خصوص کارگری که به شرکت‌ها تحمیل می‌شود روی رقابت خصوصی شرکت‌ها تأثیر گذاشته، دخالت در خواست آنها محسوب می‌شود. به زعم او، در چارچوب مسئولیت اجتماعی، از آنجایی که خواست سهام‌داران شرکت به لحاظ نظری نادیده گرفته شده است، مقررات زیست‌محیطی و اجتماعی به محدودسازی آزادی تجاری می‌انجامد. لذا فریدمن مخالف نظامی است که این موضوعات را الزام‌آور کند^{۲۴}. امروزه با رشد کسب و کارهای چندملیتی این رویکرد منسوخ

22. Mia Mahmudur Rahim, "Meta-Regulation Approach of Law: A Potential Legal Strategy to Develop Socially Responsible Business Self-Regulation in Least Developed Common Law Countries", *Common Law World Review*, Vol: 40, (2011), P. 180.

23. Milton Friedman

24. Milton Friedman, *Rethinking the Social Responsibility of Business*, (United States: REASON, 2005), P. 2.

شده است، زیرا بسیاری از کسب و کارها گستره‌ای فراتر از کشورهایی که در آن فعالیت می‌کنند یافته‌اند و توجه نکردن به نیاز جوامع به افزایش سطح فقر و کاهش قدرت خرید مصرف‌کنندگان و رشد انحصاری شرکت‌های تجاری منجر شده، درنهایت این کسب و کارها هستند که از رکود و کاهش تقاضا آسیب می‌بینند. لذا امروزه مسئولیت اجتماعی به عاملی برای رقابت بین کسب و کارها تبدیل شده^{۲۵} و در همین راستا نظریاتی برای توجیه این‌گونه مسئولیت در دیدگاه نوین غربی ارائه شده است.

برخی محققان زیربنای مسئولیت اجتماعی را نظریه قرارداد اجتماعی می‌دانند. به عقیده آنان قراردادهای اجتماعی میان اعضای جامعه و نهادهای تجاری و اقتصادی وجود دارد. تجار متعهد هستند در قبال سودی که از جامعه می‌برند از آن محافظت کنند. کسب و کارها باید رفتار معقولی داشته باشند و در کنار سودآوری، مراقب رفتارهای اجتماعی نیز باشند.^{۲۶} برخی محققان معتقدند که جامعه مشروعیت و قدرت را به نهادهای کسب و کار می‌دهد، لذا نهادهای کسب و کار باید تعادلی میان تجارت و آثار آن در جامعه ایجاد کنند.^{۲۷} نظریه ابزارگرایی مسئولیت اجتماعی را وسیله‌ای استراتژیک در راستای دستیابی به سود بیشتر می‌داند و اقدامات اجتماعی را روشی برای کسب وجهه اجتماعی و ایجاد مزیت رقابتی در جهت کسب شهرت اجتماعی.^{۲۸} درنهایت یکی از مهم‌ترین و مشهورترین نظریه‌ها در زمینه مسئولیت اجتماعی، نظریه ذی‌نفعان است که مطابق آن، بنگاه‌های تجاری در برابر ذی‌نفعان مسئول هستند. با این دیدگاه، هر گروه یا فرد، ذی‌نفعانی هستند که می‌توانند در دستیابی به اهداف بنگاه‌های کسب و کار تحت تأثیر قرار بگیرند.^{۲۹} این اشخاص شامل مصرف‌کنندگان، سهام‌داران، کارمندان و موارد مشابه می‌شود.^{۳۰} توجه به نیازها و حقوق تمام ذی‌نفعان در یک

25. Salma Taman "The Concept of Corporate Social Responsibility in Islamic Law", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol: 2 (2011), P. 484.

26. Lance Moir, "What Do We Mean by Corporate Social Responsibility?", *Corporate Governance*, Vol. 1, No. 2 (2001), P. 6.

27. Mark C, Suchman, "Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches", *Academy of Management Review*, Vol. 20, No.3 (1995), P. 573.

28. W.M. Greenfield, "In the Name of Corporate Social Responsibility", *Business Horizons*, Vol. 47, (2004), P. 34.

29. Moir, *op.cit*, P. 8.

30. Paul Sergius Koku & Selen Savas-Hall, "On Corporate Social Responsibility and Islamic Marketing", *Journal of Islamic Marketing*, Vol. 5(1) (2014), P. 36.

کسب و کار، روشی مفید در انجام این گونه فعالیت‌ها است و بایستی نیازهای جامعه‌ای که بنگاه در آن فعالیت می‌کند ملاکی برای تصمیم‌گیری نهادهای تجاری باشد^{۳۱}. با این حال، به نظر می‌رسد توسعه پایدار مهم‌ترین مبنای مسئولیت اجتماعی باشد، زیرا از این دیدگاه، علاوه بر رشد اقتصادی و اهداف مادی، رشد معنوی و ابعاد اجتماعی نیز رعایت می‌شود. تجارت به یک محیط اجتماعی پایدار نیاز دارد که فضای قابل پیش‌بینی سرمایه‌گذاری و تجارت را فراهم سازد^{۳۲}.

۲.۲. مبانی فقهی مسئولیت اجتماعی

ویژگی اصلی اقتصاد اسلامی نیز ایجاد جامعه‌ای منصفانه، صادقانه و متعادل است و اخلاق تجاری در اسلام موجب شفافیت، تثبیت و حاکمیت برابر قانون می‌شود^{۳۳}. همچنین تلاش برای بهره‌بردن از کار مشروع بر طبق قواعد اخلاقی اسلامی جایز است. ارزش‌های اخلاقی کسب و کار در نظام اسلامی حاوی احترام به محیط زیست، سعادت و رفاه انسان‌ها، معامله‌ای منصفانه و شفاف و به‌کارگیری نیرو در شرایطی منصفانه و عادلانه است^{۳۴}. حقوق ایران با توجه به مذهب رسمی کشور تحت تأثیر فقه و موازین اسلامی است. از دیدگاه اسلامی نیز مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک وظیفه شرعی بر مبنای اصولی چون خلیفه‌الله بودن انسان، عدالت و انصاف قابل توجیه است. با این حال، به جهت ارتباط نزدیک نظام حقوقی با اصول فقهی اسلامی، این مسئولیت را بر اساس موازین اسلامی باید مورد تجزیه و تحلیل قرار داد.

یکی از اصول اسلامی این است که همه اقداماتی که خلاف شرع نباشد جایز است، مشروط بر اینکه شخص هیچ آسیبی به دیگران از عمل خود وارد نکند و در صورت ظن

-
31. Isabelle Maignan & O. C. Ferrell, "Corporate Social Responsibility and Marketing: An Integrative Framework", *Journal of the Academy of Marketing Science*, Vol. 32 (2004), P. 5.
 32. Ananda Das Gupta, *Ethics, Business and Society: Managing Responsibly*, (New York: Sage Publications, 2010), P. xviii.
 33. Abdussalam Mahmoud & Abu-Tapanjeh, "Corporate Governance from the Islamic Perspective: A Comparative Analysis with OECD Principles, Corporate Governance from the Islamic Perspective", *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 20 (2009), P. 557.
 34. Anas Elmelki & Ben ARAB, Mounira, "Ethical Investment and the Social Responsibilities of the Islamic Banks", *International Business Research*, Vol. 2(2) (2009), P. 127.

ورود زیان، آن اقدام ممنوع است که از آن به قاعده لاضرر یاد می‌شود. این قاعده از قواعد معروفی است که بسیاری از بنیان‌های حقوقی اسلامی بر آن بنا شده است. لذا برای جلوگیری از ضرر، شرع صریحاً معاملات مربوط به ربا، دستکاری قیمت، احتکار، دخالت بازار آزاد، استثمار و کلاهبرداری را ممنوع می‌کند. در مسئولیت اجتماعی نیز هدف مدیریت منافع تجاری بنگاه است به شکلی که اقدامات آن بنگاه به آسیب و ضرر به دیگران از جمله کارگران، مصرف‌کنندگان، محیط زیست، ساکنان محلی و جامعه به‌طور کلی منجر نشود. همچنین در حقوق اسلام بر اساس قاعده نفی عسر و حرج، انجام هر کاری با سختی فوق‌العاده که غیرقابل تحمل و خارج از طاقت مکلف باشد، جایز نیست.^{۳۵} بنابراین در راستای این قاعده هرگونه وضعیت حاکم در بازار کار که اجرای آن برای نیروی کار مشقت فوق‌العاده داشته باشد مثل زیادی ساعت کار، نامناسب بودن وضعیت کار و عدم رعایت مسائل بهداشتی و امنیتی و دستمزد پایین، مردود است و این خود موجب تحقق مسئولیت اجتماعی در تجارت اسلامی می‌شود.

در معاملات تجاری، قدرت اقتصادی در اختیار افراد معدودی است و آن‌چنان زندگی بر طبقه کارگر تنگ می‌شود که به نحو اضطرار کار خود را به قیمت نازل می‌فروشد و یا تراست‌هایی که فروش کالایی را در انحصار دارند، مصرف‌کننده را استثمار می‌کنند؛ یعنی بیشتر از قیمتی که در صورت عدم انحصار در اختیار مصرف‌کننده قرار می‌گرفت، از مصرف‌کننده هزینه دریافت می‌کنند.^{۳۶} لذا بر اساس قاعده اضطرار در فقه اسلامی و در راستای تحکیم مسئولیت اجتماعی در حقوق تجارت، رفتارهای انحصارطلبانه به‌صورتی که قیمت در دست یک طرف باشد و طرف مقابل به‌سبب نیاز، چاره‌ای جز قبول نداشته باشد، در نظام اسلامی مردود است. چنان‌که برخی از فقها بیان داشته‌اند در صورتی که از اضطرار سوءاستفاده شود و اضطرار به یک موضوع ضرری تبدیل شود، حکم اولیه که همان صحت معاملات مبتنی بر اضطرار است، منتفی می‌شود و قاعده لاضرر بر آن حاکم می‌گردد.^{۳۷} همچنین اسلام مانع انحصار و حاکمیت محتکر شده، او را ملزم می‌کند که کالا را در معرض

۳۵. احمدبن محمد نراقی، *عوائل‌الایام*، (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۷۵)، ص ۶۲.

۳۶. مرتضی مطهری، *نظری به نظام اقتصادی اسلام*، (قم: انتشارات صدرا، ۱۳۶۸)، ص ۲۱۹.

۳۷. میرزا حسن موسوی بجنوردی، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹)، ص ۲۱۶.

عموم قرار دهد تا نظام بازار از حالت اولیه خارج نشود و قیمت‌ها به‌طور طبیعی تعیین شوند. در برخی کتب آمده است که حتی پیامبر اسلام نیز از تعیین قیمت خودداری می‌کردند^{۳۸}؛ لذا اتحاد و توافق گروهی از عوامل بازار برای تعیین قیمت خاصی که سودآوری فراوانی داشته باشد، کسب حلال نیست و عمل آنها شبیه عملکرد کارتل‌ها و تراست‌هایی است که ضد مصرف‌کننده با هم اتحاد یافته، قیمت خاصی را با سود بالایی در بازار تعیین می‌کنند. در نهایت، یکی از مبانی تحقق مسئولیت اجتماعی در تجارت بین‌الملل، قاعده تلقی رکبان است. منظور از این قاعده در فقه این است که استقبال اهل شهر در خارج شهر از کاروان‌های تجاری که برای فروش کالاهای خود یا تهیه کالاهای موردنیاز، قصد ورود به شهر را دارند، به‌منظور خرید کالاهای آنان به بهای کمتر یا فروش جنس به ایشان به قیمت گران‌تر از آنچه در شهر معامله می‌شود ممنوع است^{۳۹}. هدف از درج این قاعده، پیشگیری از ضربه به منافع تجاری طرف مقابل معامله و رقابت منصفانه و عادلانه است.

در تعالیم دینی ما فعالیت‌های خیرخواهانه همانند سنت حسنه وقف، قرض‌الحسنه، صدقه، زکات و ساختن مساجد و کاروانسراها از نمونه‌های بارز مسئولیت اجتماعی است^{۴۰}. همچنین اصول حقوق معاملاتی اسلام مبتنی بر اصول معاملات منصفانه است و هرگونه اکره، قمار و معاملات اجناس حرام (مانند مشروبات و گوشت حیوانات حرام‌گوشت) ممنوع است. در اصول بانکداری اسلامی أخذ هرگونه بهره ممنوع شده است؛ لذا بر اساس تقریرات پیش‌گفته، اگرچه مسئولیت اجتماعی در غرب ابداع شده، ولی این یک مفهوم صرفاً غربی نیست و چارچوب این مسئولیت در قلب قواعد اسلامی نهفته است و به‌نظر می‌رسد اسلام مسئولیت اجتماعی را به نحو جامع‌تر از مقررات جهانی ارائه نموده است. برخلاف دیدگاه مادی‌گرایی در رویکردهای غربی، مسئولیت اجتماعی از نگاه اسلام، جنبه حقوقی و معنوی دارد^{۴۱} و با دو ساختار حقوقی و فراحقوقی، مسئولیت اجتماعی را تضمین نموده است؛

۳۸. محمدبن الحسن حرّ عاملی، وسائل الشیعه، (تهران: المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۳ ق)، ص ۳۱۷.

۳۹. محمدبن حسن حلی (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد، ج ۱، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق)، ص ۴۰۸.

۴۰. جعفر نوری یوشانلوئی و سعید جوهر، «مفهوم‌شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و

ایران با رویکرد تطبیقی»، حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۶۰۴.

41. Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic Jurisprudence (Usul Al-Fiqh)*, (Islamabad: Islamic Research Institute Press, 2000), P. 42.

تضمین‌های حقوقی دارای ضمانت اجرای سخت چون عقوبت‌های دنیوی و یا بطلان عمل حقوقی، و تضمین‌های فراحقوقی، رابطه انسان با پروردگار و وجود نهادهای اختیاری (چون وقف، صدقه و قرض‌الحسنه) است که به‌عنوان نهادهایی برای تشویق در جهت رعایت موازین اجتماعی و اخلاق و انصاف در تجارت عمل می‌نماید.

۳. جایگاه مسئولیت اجتماعی در حقوق ایران

به نظر می‌رسد همان‌طور که پژوهشگران نیز به‌درستی اشاره نموده‌اند، مفهوم مسئولیت اجتماعی هنوز آنقدر نضج نگرفته است که در نظام قانون‌گذاری وارد شود^{۴۲}؛ با این حال در این گفتار سعی می‌شود به صورت جسته و گریخته، مهم‌ترین موازین قانونی که به‌نوعی دربردارنده رویکرد مسئولیت اجتماعی است تبیین گردد.

۳.۱. موازین سخت حقوقی تضمین‌کننده مسئولیت اجتماعی

در مقدمه قانون اساسی آمده که اقتصاد وسیله است نه هدف. پس هدف اصلی نظام تجاری و سرمایه‌گذاری در ایران بر اساس مقدمه قانون اساسی، فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت‌های گوناگون، تأمین امکانات مساوی و متناسب و ایجاد کار برای همه افراد و رفع نیازهای ضروری جهت استمرار حرکت تکاملی تبیین شده است. همچنین در بند ۱۲ اصل سوم قانون اساسی آمده است که برنامه‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه باید بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه باشد. همچنین به عقیده محققان، در اصول ۱۹ و ۲۰، بندهای ۲ و ۴ اصل ۲۱، اصل ۲۸ و اصل ۲۹ قانون اساسی می‌توان رویکرد مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی ایران را ملاحظه نمود^{۴۳}. در نهایت، در اصل ۴۳ قانون اساسی، هدف نظام اقتصادی، ریشه‌کردن فقر، استقلال اقتصادی جامعه، برآوردن نیازهای انسان و در ضمن آن، حفظ آزادی با تأکید بر تأمین نیازهای اساسی مانند مسکن، خوراک، پوشاک، تأمین شرایط و امکانات کار برای همه افراد جامعه از طریق وام بدون بهره

۴۲. محمدرضا پنداشته‌پور، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری»، پژوهش‌های حقوقی میان‌رشته‌ای، ش ۱ (۱۳۹۹)، ص ۹۵.

۴۳. همان، ص ۹۴.

و هر راه مشروع دیگر و جلوگیری از تمرکز ثروت در دست افراد خاص با رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور است؛ به طوری که شکل و محتوای کار فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی و سیاسی و اجتماعی در جهت افزایش مهارت و ابتکار افراد فراهم کند و هیچ‌گونه بهره‌کشی و شغل اجباری برای افراد وجود نداشته باشد. هرگونه اضرار به غیر و انحصار و احتکار، معاملات حرام و اسراف منع شده و بر جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور تأکید شده است. تمامی این اصول به‌نوعی مبنای قانونی مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی ایران است. لذا به لحاظ قانونی، مبنایی مستحکم برای تدوین قانون عادی و اجرای ضوابط مسئولیت اجتماعی در حقوق ایران وجود دارد.

از منظر پاسخگویی بنگاه‌های اقتصادی، نظام قضایی می‌تواند طیف گسترده‌ای از انواع مسئولیت‌های اجتماعی را با ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی پوشش دهد^{۴۴} و این ماده بستر مناسبی برای تحقق و تضمین این مسئولیت باشد. با این حال، باید سایر قواعد حقوقی متضمن این مسئولیت را در نظام حقوقی ایران بررسی نمود. همچنین وجود بستری مناسب چون خسارات معنوی در قانون مسئولیت مدنی می‌تواند ابعاد فراحقوقی این مسئولیت را نیز تحت شمول قرار داده، تضمینات حقوقی مناسبی برای این مسئولیت ایجاد کند.

در قانون تجارت ایران هیچ مقرره‌ای راجع به مسئولیت اجتماعی به‌طور صریح دیده نمی‌شود. در زمان تصویب قانون یادشده، هنوز موضوع مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک گفتمان رایج در حقوق ما مطرح نشده بود؛ با این حال، مقرره‌هایی را در این قانون می‌توان ضامن حقوق سهام‌داران و سایر ذی‌نفعان دانست. در شرکت‌های سهامی به دلیل ساختار دموکراتیک و تعدد سهام‌داران در اداره شرکت، قدرت اقتصادی و اجتماعی تلفیق شده و یکی از نهادهایی است که می‌تواند ایده مسئولیت اجتماعی در نظام تجاری ایران را تحقق بخشد. در زمینه حقوق سهام‌داران می‌توان به مواد ۲۷۷ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در زمینه عدم امکان محدودسازی حق اقامه دعوی سهام‌داران علیه مدیران، تضمین و ضرورت تقسیم حداقل ۱۰ درصد سود سالیانه بر اساس ماده ۹۰ همین

۴۴. نوری یوشانلوئی و جوهر، پیشین، ص ۶۰۴.



لایحه، حق تقدم در خرید سهام بر اساس ماده ۱۶۶، حقوق غیرمالی سهام‌داران مانند حق اطلاع از وضعیت شرکت (به فرض در ماده ۱۳۹، اطلاع از جلسات، تعهد به ارائه گزارش بازرسان و هیئت مدیره مستند به تبصره ماده ۸۹)، حق عضویت در شرکت مستند به ماده ۳۵ و عدم امکان اخراج سهام‌دار از شرکت (حتی سهام‌داران کلان)، حق نامزد شدن در هیئت مدیره، حق رأی مستند به مواد ۱۰۱ و ۱۰۷ و حق انتقال سهام مستند به ماده ۲۴ این قانون، امکان طرح دعوای شخصی و جمعی (یک پنجم سهام‌داران) علیه مدیران و بازرسان شرکت و شمول حکم نهایی به همه سهام‌داران در صورت محکومیت خوانده دعوا به خسارت مستند به ماده ۲۷۶ لایحه، جلوگیری از سوءاستفاده صاحبان منصب و مدیران در معاملات شرکت با تصویب مجمع عمومی به استناد ماده ۱۲۹، افشای اجباری اطلاعات در زمان تصویب ترازنامه و انتخاب مدیران و بازرسان و تغییرات سرمایه و انحلال شرکت و لزوم نشر آگهی و ارسال صورت جلسه به مراجع ثبتی مستند به ماده ۱۶۳ اشاره کرد.^{۴۵} با این حال، به طور کلی تدابیر قانونی برای حمایت از حقوق سهام‌داران نیاز به مقررات بیشتری دارد؛ زیرا آزادی اقتصادی باعث حاکمیت قدرتمندان اقتصادی شده، عرصه بر سرمایه‌گذاران کوچک تنگ می‌شود. یکی از چالش‌های تحقق مسئولیت اجتماعی در نظام قوانین تجاری ایران، استقلال مالکیت از مدیریت شرکت است. نظر به اینکه مدیران امکان دسترسی انحصاری به قسمتی از اطلاعات مالی و اطلاعات شرکت را دارند، انگیزه پیدا می‌کنند تا در جهت منافع خود و در تضاد با منافع سایر گروه‌ها عمل نمایند.

حقوق سایر ذی‌نفعان در مقررات تجاری وضعیت ثابتی ندارد. برای مثال در ماده ۱۳۵ لایحه اصلاح، غیرقابل استناد بودن بطلان معاملات مدیران فاقد صلاحیت قانونی و یا مسئولیت تضامنی در صورت ورود خسارت به سبب بطلان شرکت به اشخاص ثالث به استناد ماده ۲۷۳ و یا علی‌رغم تأکید بر حاکمیت اراده سهام‌داران در انتخاب مدیران، شرایط قانونی مانند محدودیت تصدی اشخاص خاص به‌عنوان مدیر مستند به ماده ۱۱۱ و امکان تقاضای عزل به درخواست هر ذی‌نفع اعم از سهام‌دار و غیرسهام‌دار، عدم امکان أخذ وام و

۴۵. لیلا سهرابی و زینب فلاح تفتی، «بررسی اصول حاکمیت شرکتی در نظام حقوقی ایران»، بورس اوراق بهادار، ش ۲۵ (۱۳۹۳)، ص ۴۰.

یا تضمین شرکت در برابر دیون از طرف مدیران در راستای حمایت از سرمایه شرکت و حفظ حقوق ذی‌نفعان اعم از سهام‌داران و بستانکاران^{۴۶}، ضرورت ذخیره اندوخته قانونی و ممنوعیت تقسیم سود موهوم مستند به مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ لایحه در راستای حسابداری پیشرفته و حفظ حقوق سایر ذی‌نفعان، تأکید بر بازپرداخت مطالبات شرکت در وهله نخست به هنگام انحلال و یا ورشکستگی شرکت مستند به ماده ۲۲۴ لایحه و درنهایت ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی در راستای تصفیه و پرداخت بدهی‌های تاجر به طلبکاران و ترجیح خدمه و کارگران بنگاه و همسر تاجر بر سایر طلبکاران، همگی به‌نوعی بر تحقق نظریه ذی‌نفعان در قانون تجارت و سایر قوانین تجاری اشاره دارند؛ زیرا به‌نوعی از حقوق اشخاص ثالث در جامعه حمایت می‌کنند.

یکی از مؤلفه‌های مسئولیت اجتماعی، شفافیت مالی در روابط تجاری است. این مهم از طریق مقررات بورس در نظام حقوقی ایران محقق می‌گردد. مفهوم اولیه نظارت بر شرکت‌های سهامی عام با قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴ شکل گرفت و در ماده ۲ این قانون گام‌های مؤثری در جهت نظارت و نظام‌مندی مالی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس در راستای حفظ حقوق ذی‌نفعان برداشته شد. سازمان بورس و اوراق بهادار به‌عنوان نهادی نظارتی و وضع‌کننده مقررات در جهت حمایت از سهام‌داران و گسترش شفافیت اقدام می‌نماید و با استفاده از ابزارهای قانونی مانند نظارت بر عملکرد نهادهای فعال در بازار سرمایه می‌تواند در تحقق مسئولیت اجتماعی نقشی مؤثر ایفا کند. همچنین مستند به بند ۶ ماده ۱ قانون یادشده، تشکل‌های خودانتظام نیز می‌توانند از نهادهای ناظر بر این امر باشند. ماده ۳۱ همین قانون ناشران را موظف کرده صورت‌های مالی خود را به سازمان ارائه کنند تا جهت اطلاع عموم منتشر شود که خود تضمین‌کننده اصل شفافیت است. بر اساس ماده ۳۶ نیز امکان دسترسی به دادرسی عادلانه برای همه ذی‌نفعان، اعم از سهام‌دار و غیرسهام‌دار در چارچوب رسیدگی‌های داوری فراهم شده است. به‌موجب ماده ۴۶ همین قانون، اشخاصی که بنابه موقعیت خود دارای اطلاعاتی هستند به حفظ اطلاعات در راستای

۴۶. البته اشخاص حقوقی بر اساس این قانون چنین حقی را دارند و علت چنین جواز، امکان بیشتر بازپرداخت و جذب سرمایه و فعالیت مولد اقتصادی است.

حفظ برابری سهام‌داران موظف شده‌اند که این امر موجب توازن در رقابت سالم در فضای سرمایه‌ای کشور می‌شود.^{۴۷} در ماده ۱۹ قانون یادشده، سازمان بورس اجازه دسترسی به اطلاعات شرکت با مجوز دادستانی کل کشور را یافته و ضمانت اجرای خودداری از ارائه اطلاعات در مواد ۴۳ و ۴۷ پیش‌بینی شده است. همچنین در قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تضمین‌هایی در جهت حقوق سهام‌داران مقرر شده، از جمله در ماده ۱۳ آمده است مدیران شرکت‌های سهامی باید دارای صلاحیت ویژه‌ای باشند که شرایط آن در آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۰ هیئت وزیران مشخص شده است. در ماده ۱۵ این قانون نیز به ضرورت پرداخت سود به موقع سهام تأکید شده و تضمین‌هایی برای آن مقرر گردیده است. همچنین در آیین‌نامه نظام راهبری شرکتی بورس اوراق بهادار تهران، نهادهای متولی مکلف به انجام تلاش‌های مقدماتی در راستای شفافیت، مؤلفه‌های آن و درنهایت تضمین مسئولیت اجتماعی در محور سهام‌داری شده‌اند.

در قوانین محیط زیستی در ماده ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست نیز اشاراتی به مسئولیت اجتماعی در حوزه محیط زیست شده است. این ماده قانونی، آلودگی محیط زیست را ممنوع اعلام می‌کند. در ماده ۲ قانون حفاظت از دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی با مواد نفتی مصوب ۱۳۵۴، آلودگی رودخانه‌های مرزی و آب‌های سرزمینی به هر وسیله‌ای ممنوع و مجازات آن حبس از ۶ ماه تا دو سال و یا جزای نقدی پیش‌بینی شده است. ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی نحوه جلوگیری از آلودگی‌های صوتی نیز هرگونه آلودگی صوتی را ممنوع نموده است. مواد ۱۵ و ۱۶ قانون مدیریت پسماند مصوب ۱۳۸۳، در راستای تحقق اصل ۵۰ قانون اساسی، کلیه شرکت‌ها و اشخاص را به رعایت مواد این قانون مکلف کرده است، و اشخاصی که پسماند ویژه تولید می‌کنند ملزم به محدود کردن پسماند شده‌اند. همچنین در باب نحوه حمل و دفع و تخلیه پسماندها نیز الزاماتی مقرر شده است.^{۴۸} در ماده ۶۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور بر توسعه پایدار تأکید گردیده و در این راستا

۴۷. سهرابی و تفتی، پیشین، ص ۳۵

۴۸. نوری یوشانلوئی و جوهر، پیشین، ص ۶۲۱

به نوسازی شبکه‌های آبرسانی، ارتقای شاخص بهره‌وری مصرف آب در حوزه کشاورزی، مصرف بهینه سموم و کود شیمیایی و توسعه کشت ارگانیک، نوسازی ماشین‌آلات کشاورزی و ترویج استفاده از کودهای ارگانیک تأکید شده است.

در ایران مفهوم توسعه پایدار به لحاظ عملیاتی با تشکیل کمیته ملی توسعه پایدار در سال ۱۳۷۳ در جهت سیاست‌گذاری و هماهنگی برنامه‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی با در نظر گرفتن ضوابط زیست‌محیطی شورای عالی حفاظت محیط زیست و نمایندگان دولتی و غیردولتی تأکید شده^{۴۹} و در سطح ملی، نمونه‌هایی برای تعارض اجرای پروژه‌های اقتصادی با الزامات زیست‌محیطی جامعه وجود دارد که نمونه بارز آن دریاچه ارومیه است. ایجاد تعادل میان حقوق محیط‌زیست و توسعه اقتصادی، مطلوب‌ترین شیوه حفاظت از دریاچه ارومیه است.^{۵۰} همچنین در حوزه سرمایه‌گذاری در بیشتر نظام‌های قانونی، عنوان ارزیابی آثار محیط‌زیستی^{۵۱} وجود دارد و منظور از آن شناسایی آثاری است که یک پروژه بر محیط زیست وارد می‌کند. در ایران این اقدام برای پروژه‌های توسعه‌ای به‌وسیله صورت‌جلسه‌ای از سوی شورای عالی حفاظت از محیط زیست مقرر و لازم‌الاجرا شد. همچنین از بند «الف» ماده ۱۹۲ قانون برنامه پنجم توسعه ضرورت این مسئله قابل دریافت است. شورای عالی حفاظت از محیط زیست نیز در سال ۱۳۹۰ مصوبه‌ای در جهت طرح‌ها و پروژه‌های مشمول مطالعات ارزیابی محیط زیستی ارائه نمود. در بند «ج» ماده ۱ آیین‌نامه ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی، طرح‌ها و پروژه‌های بزرگ تولیدی، خدماتی، عمرانی مصوب ۱۳۹۰، ارزیابی تأثیرات محیط زیستی را به‌عنوان گزارش مطالعاتی تبیین نموده است و در ماده ۲ مجریان طرح‌ها را به ارائه این گزارش در مرحله امکان‌سنجی مکلف کرده و بر اساس ماده ۷ آیین‌نامه یادشده، سازمان محیط‌زیست حق پیشنهاد اصلاحی و بهسازی در پروژه‌ها و نیز مخالفت با آنها را دارد. لذا بر اساس مصوبات پیش‌گفته، شورای عالی حفاظت از محیط زیست، پیشنهاددهندگان را به ارزیابی آثار زیان‌بار زیست‌محیطی پروژه متعهد کرده

۴۹. مهرباب داراب‌پور و محسن عبداللهی و رضا اسلامی و باقر شاملو و محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۶۸.

۵۰. حجت سلیمی ترکمانی، «حقوق بین‌الملل توسعه پایدار: از آرمان تا واقعیت»، دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۲ (۱۳۹۱)، ص ۶۷.
51. Environmental Impact Assessment (EIA)

است (مصوبه شماره ۴۵۸۸۰/۱۴۴۴۷۹ مورخ ۱۳۹۰). در قراردادهای نفتی بالادستی ایران، پیمانکار مکلف به پیشگیری از نشت نفت و مواد شیمیایی و پاک‌سازی در صورت وقوع و به حداقل رساندن پسماند و تصفیه آن با روش‌های سازگار با محیط زیست شده است. همچنین در زمینه بررسی و ارزیابی آثار اجتماعی پروژه‌ها در پیوست مصوب شورای عالی حفاظت از محیط زیست آمده است که پیشنهاددهنده باید آثار منفی پروژه بر محیط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی در هر مرحله را ارزیابی نماید^{۵۲}. با این حال، در ایران به دلیل شرایط بسته اقتصادی و حجم اندک سرمایه‌گذاری خارجی، شواهدی که سطح استانداردهای زیست‌محیطی در برابر سرمایه‌گذاران خارجی را نشان دهد وجود ندارد و بر فرض وجود استانداردهای پایین، سرمایه‌گذاران به دلیل موانع موجود، رغبتی به سرمایه‌گذاری در ایران ندارند^{۵۳}.

ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی در بخش تعزیرات، تهدید علیه بهداشت عمومی را جرم‌انگاری کرده که شاید بارقه‌هایی از رعایت مسئولیت اجتماعی را بتوان از آن تصور نمود. لذا یکی از بسترهای مناسب اعمال مسئولیت اجتماعی در چارچوبی حقوقی و تضمین‌های سخت حقوقی به‌ویژه در زمینه محیط‌زیست، ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی است. در این ماده مقرر شده است هر اقدامی که بهداشت عمومی را تهدید نماید، اعم از هرگونه آلودگی محیط زیستی، منجر به مجازات حبس برای خاطی می‌شود. این ماده بستر مناسبی است برای جلوگیری از صناعی که آلودگی زیست‌محیطی ایجاد می‌کنند؛ لذا با این ماده، مسئولیت اجتماعی از منظر کیفری تضمین می‌شود.

در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان مهم‌ترین قانون حوزه سرمایه‌گذاری، کوچک‌ترین اشاره‌ای به مسئولیت اجتماعی سرمایه‌گذار نشده است و تنها از برخی قیود می‌توان این وظیفه را به‌طور ضمنی برداشت کرد. برای نمونه، ماده ۲ این قانون، پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی را محدود به هدف آبادی و توسعه صنعتی دانسته و یا در ماده

۵۲. سید نصرالله ابراهیمی و مونا آقاسیدجعفرکشفی، «شناسایی و ارزیابی پیامدهای زیست‌محیطی، اجتماعی، ایمنی، امنیتی و بهداشتی (ESHIA) پروژه‌های بالادستی صنعت نفت و گاز»، حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۹.
 ۵۳. علی غلامپور، «تأثیرات جهانی‌شدن اقتصاد بر نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط زیست در کشورهای درحال توسعه: مورد ایران»، سیاست، ش ۴ (۱۳۸۶)، ص ۱۲۸.

۹ همان قانون، امکان سلب مالکیت برای منافع عمومی برای دولت‌ها مجاز شده است. این دو مقرر را به‌نوعی در مرحله اجرا می‌توان در راستای تضمین منافع اجتماعی تفسیر کرد، لیکن نمی‌توان با مفهوم نوین مسئولیت اجتماعی منطبق دانست. لذا این قانون بیشتر نشان از ذوق یک کشور در حال توسعه برای جذب سرمایه‌گذار خارجی و تسهیل شرایط آن دارد و همان‌طور که از عنوان قانون برمی‌آید بیشتر در پی تضمین منافع سرمایه‌گذار است تا منافع اجتماعی حاصل از سرمایه‌گذاری. در ماده ۴۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز می‌توان بارقه‌هایی از مسئولیت اجتماعی در حوزه سرمایه‌گذاری را مشاهده کرد. بر اساس این ماده، هرگونه تنانی میان اشخاص که منحل رقابت باشد اعم از تعیین قیمت، تحدید تولید، الزام به انعقاد معامله، موکول کردن آثار قرارداد به شرایطی که به قرارداد مرتبط نیست، تقسیم بازار کالا یا خدمت بین دو یا چند نفر، و محدود کردن دسترسی به بازار ممنوع شده است. ماده ۴۵ در راستای تعیین محدوده اعمال مخالف رقابت نیز مصادیقی از جمله، احتکار، قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز، تبعیض در شرایط معامله، قیمت‌گذاری تهاجمی، اظهارات گمراه‌کننده، مداخله در امور داخلی بنگاه رقیب، سوءاستفاده از وضعیت مسلط اقتصادی و محدود کردن قیمت فروش مجدد را ممنوع اعلام کرده است. در بند «ج» ماده ۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نیز هرگونه تبلیغات کالا و خدمات آسیب‌رسان به سلامت ممنوع شده است. همچنین در بند «ج» ماده ۶۵ این قانون، سازمان مناطق آزاد موظف شده است که حداقل یک درصد از وصول عوارض ورود و صدور کالاها و خدمات این مناطق را از طریق نهادهای حمایتی به محرومان و بومیان این مناطق اختصاص دهد. در قانون کار به‌طور مستقیم از این مسئولیت سخنی به میان نیامده، لیکن رعایت رفتارهای مسئولانه در برابر کارگران خود در مسئولیت اجتماعی نقش دارد که در دو ماده ۱۷۱ و ۱۸۴ قانون کار نکاتی در این باب ذکر شده است. در ماده ۱۷۲ قانون یادشده نیز منع کار اجباری آمده و ماده ۱۴۹ کارفرمایان را به تأمین مسکن مناسب متعهد می‌کند. ماده ۱۵۵ این قانون کارگاه‌ها را متعهد کرده است با نظارت وزارت کار و امور اجتماعی به سوادآموزی بزرگسالان بپردازند^{۵۴}. در نهایت، همان‌طور که محققان نیز اشاره کرده‌اند در

۵۴. نوری یوشانلوئی و جوهر، پیشین، ص ۶۲۱.

مواد ۱۵، بند «ز» ماده ۳۷، تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۳۷ قانون نظام صنفی که به فعالیت‌های صنفی اشاره می‌کند نیز می‌توان بارقه‌هایی از ظهور مسئولیت اجتماعی را دید.^{۵۵}

۲.۳. موازین نرم حقوقی تضمین‌کننده مسئولیت اجتماعی

۲.۳.۱. موازین و قواعد نرم داخلی

با توجه به عدم شناسایی مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک چارچوب جدید حقوقی در کنار مسئولیت مدنی و کیفری، موازین نرم به‌عنوان یکی از چارچوب‌های بین‌المللی و متعارف در کشورهای مختلف، هنوز در نظام حقوقی ایران نتوانسته است تحکیم حقوقی یابد. با وجود این، برخی اقدامات حقوقی در زمینه مسئولیت اجتماعی صورت پذیرفته است؛ از جمله آنها تدوین استانداردهای مسئولیت‌پذیری اجتماعی از سوی مؤسسه استاندارد^{۵۶}، تدوین برنامه ملی توسعه (کار شایسته) از سوی وزارت کار و امور اجتماعی، تدوین و تصویب آیین‌نامه حاکمیت شرکتی در سازمان بورس و اوراق بهادار و تدوین لایحه‌ای در وزارت رفاه به‌منظور اخذ مالیات بیشتر از صنایع و بنگاه‌های آلوده‌کننده است. لیکن در هیچ‌یک از مواد قانونی مقررۀ صریحی در خصوص حاکمیت شرکتی و مسئولیت اجتماعی تبیین نشده است، ولی از روح برخی از مواد می‌توان وجود چنین اصلی را برداشت کرد.^{۵۷} یکی از قوانین جدیدی که اخیراً تصویب شده و رویکرد حقوق نرم را درپیش گرفته، قانون هوای پاک مصوب ۱۳۹۶ است که حدود مجاز انتشار آلاینده‌ها را مشخص کرده است. در این قانون حدود مجاز انتشار آلاینده‌ها تبیین شده و در ماده ۵ این قانون شرکت‌های خودروسازی مکلف به گارانتی خودرو تا دو سال یا ۴۰ هزار کیلومتر و تعویض قطعاتی که با انتشار آلاینده‌گی ارتباط دارد به صورت رایگان شده‌اند که نوعی ضمانت اجرای تشویقی مبتنی بر حقوق نرم است.

۲.۳.۲. موازین نرم بین‌المللی

یکی از بسترهای مهم نرم بین‌المللی مسئولیت اجتماعی، اصول راهنمای سازمان

۵۵. پنداشته‌پور، پیشین، ص ۹۵.

56. Social Accountability 8000

۵۷. سهرابی و تفتی، پیشین، ص ۲۵.

همکاری و توسعه اقتصادی است^{۵۸} که با توجه به عدم الحاق ایران به این سازمان، از چارچوب موضوعی خارج می‌شود. لیکن با توجه به عضویت ایران در سازمان ملل متحد، موازین نرمی چون گلوبال کامپکت^{۵۹} را که مقررکننده قواعدی در باب رعایت موازین اجتماعی از سوی کشورها و شرکت‌ها است، می‌توان از جمله موازین نرم توصیه‌ای بین‌المللی در باب مسئولیت اجتماعی دانست. در این سند که تاکنون ۱۵۷ کشور و ۱۲۰۸۴ شرکت و سازمان مردم‌نهاد به آن ملحق شده و تعهد کرده‌اند که بر اساس آن عمل نمایند، توصیه‌هایی مقرر شده است. این سند دارای ۱۰ اصل است و از شرکت‌ها تقاضا شده است که در حوزه زیست‌محیطی رویکرد پیشگیرانه داشته باشند و در حوزه فناوری‌های دوستدار محیط زیست فعال باشند. این سند به آغازکننده فرایند وضع ضوابط و قواعد بین‌المللی در حوزه مسئولیت اجتماعی تعبیر می‌شود و موجب ارتقای سطح آگاهی بنگاه‌های تجاری در زمینه حقوق بشر و محیط‌زیست و تقویت ارتباط بین شرکت‌ها و سازمان‌ها می‌گردد. در این سند فقط هفت نهاد خصوصی از ایران ملحق شده‌اند که آخرین آن شرکت بهین تکنولوژی است^{۶۰}. البته در میان نهادهای خصوصی عضو این سند، مؤسسه خیریه محک از موفق‌ترین نهادهای خصوصی بوده که علی‌رغم اینکه مؤسسه‌ای مردم‌نهاد و خیریه شمرده می‌شود توانسته است در اولین پروژه مسئولیت اجتماعی با موضوع ایجاد و راه‌اندازی مرکز پذیرهنویسی سلول‌های بنیادی خون‌ساز به‌عنوان پروژه مشترک با بنگاه‌های اقتصادی، در سال ۲۰۱۸ نشان طلای انجمن بین‌المللی مدیریت پروژه^{۶۱} را در بخش پروژه‌های توسعه پایدار دریافت کند^{۶۲}.

یکی از زمینه‌های اجرای ضوابط بین‌المللی نرم، معاهدات سرمایه‌گذاری است. تعهدات اساسی مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری کلاسیک از مفاد قانونی موجود در معاهدات دوجانبه «دوستی، تجارت و حمل و نقل»^{۶۳} که در دوره استعمار منعقد شده بود سرچشمه

58. Organisation for Economic Co-Operation and Development (OCED)

59. The United Nations Global Compact

60. <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants/141500-Behin-Technology>

61. International Project Management Association (IPMA)

62. <https://www.ipma.world/the-5th-international-congress-on-corporate-social-responsibility-mahak-feb-25th-2019/>

63. Friendship, Commerce and Navigation (FCN)

گرفته است.^{۶۴} این اسناد در پی حمایت از سرمایه‌گذار بود و به منافع اجتماعی کشور میزبان هیچ توجهی نداشت که البته این روند در سال‌های اخیر تغییر کرده است و مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک تعهد نرم برای سرمایه‌گذار در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری قید می‌شود. در نظام معاهدات سرمایه‌گذاری ایران دو دوره تاریخی وجود دارد: دوره نخست، معاهدات سرمایه‌گذاری با مضامین و منطق کلاسیک حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و در جهت حمایت از سرمایه‌گذار است که تا میانه دهه ۹۰ این معاهدات ادامه داشت. دوره دوم، معاهدات سرمایه‌گذاری با تحولی بنیادین با کمی تأخیر اما هم‌راستا با جنبش جهانی معاهدات سرمایه‌گذاری روبرو شد و توازن میان حقوق کشور میزبان و حقوق سرمایه‌گذار و دغدغه‌های اجتماعی و زیست‌محیطی برقرار گردید. با این حال در برخی از معاهدات دوره کلاسیک، قیودی مانند نظم عمومی، بهداشت و اخلاق عمومی به‌عنوان مبنایی برای چشم‌پوشی از رفتار بدون تبعیض معرفی شده‌اند (موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان: ۱۳۸۲) که البته گسترش دامنه این مصادیق به مسئولیت اجتماعی بسیار دشوار می‌نماید. زیرا به‌رغم وجود این شروط، اتخاذ هر سیاستی که منافع سرمایه‌گذار را تحت تأثیر قرار دهد ممکن است دولت را با خطر از دست دادن میلیون‌ها دلار به علت نقض معاهده روبرو کند. همچنین قدرت مالی و دانش حقوقی شرکت‌های سرمایه‌گذاری با توجه به تجربه زیاد، و نیز کم‌تجربگی سیاستمداران ایرانی و عدم آشنایی به حقوق بین‌الملل و دسترسی نداشتن به وکلا و قضات مجرب و متخصص در حقوق بین‌الملل و به تبع آن، ترس از طرح دعوی از سوی سرمایه‌گذاران و ناتوانی در پرداخت خسارت‌های کلان در حوزه سرمایه‌گذاری، عامل دیگری در شکست در مراجع رسیدگی بین‌المللی می‌گردد و این موارد به تجربه‌های ناموفقی در داوری‌ها منجر شده است. برای مثال، دیوان داوری ایران و آمریکا بر سر پرونده فلپس داج، با اینکه از نگرانی‌های مالی، اقتصادی و اجتماعی ایران باخبر بود، اما با این همه، خواننده (ایران) را از پرداخت غرامت به فلپس داج معاف نکرد^{۶۵} یا در پرونده تیپتس،

64. Rudolf Dolzer; Ursula Kriebaum & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (London: Oxford University Press, 2012), P. 6.

65. Phelps Dodge, 10 Iran-US CTR 130 [22].

ابت، مکارتنی، استراتن و شرکت مهندسی مشاور تامز افا ایران و دیگران، دیوان داوری ایران و امریکا به صراحت قصد حمایت از کارگران را رافع مسئولیت نمی‌داند؛^{۶۶} به این ترتیب، این نگرانی ایجاد می‌شود که در طی مذاکرات و انعقاد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری و داوری‌های سرمایه‌گذاری، به کرامت انسان و حقوق بنیادین کشور ایران توجه نمی‌شود. همچنین در پرونده فیلیپ به طرفیت دولت ایران و در قضیه استارت هاوزینگ به طرفیت ایران، رویکرد کلاسیک و حمایت افراطی از منافع سرمایه‌گذار در برابر منافع دولت میزبان به وضوح مشهود است.^{۶۷} البته مراجع رسیدگی کننده در برخی موارد مانع سوءاستفاده دولت‌ها از استناد به جنبه‌های غیراقتصادی به جهت نقض عهدنامه‌ها شده‌اند. برای مثال، در اختلاف بین دولت جمهوری اسلامی ایران و امریکا که به دنبال توقیف برخی از دارایی‌های ایران، در دیوان بین‌المللی دادگستری به سال ۱۳۹۵ مورد رسیدگی قرار گرفت، دولت امریکا با این استدلال که ماده ۲۰ عهدنامه مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی میان ایران و امریکا مورخ ۱۹۵۵ میلادی مانع از آن نخواهد بود که آن دولت اقدامات ضروری مغایر عهدنامه را که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و منافع اساسی امنیتی لازم است انجام دهد و بر همین اساس خواستار آن شد تا دیوان نسبت به صدور قرار عدم صلاحیت اقدام نماید که اعضای دیوان به اتفاق آرا این ایراد و اعتراض دولت امریکا را مورد پذیرش قرار ندادند.^{۶۸}

در معاهدات دوره مدرن که عمدتاً به دلیل رفع تحریم‌ها در دوره پساجرام منعقد شد، به شکلی مشابه در مقدمه معاهده بیان شده است که هدف از این معاهدات سرمایه‌گذاری، توسعه پایدار حیاتی و تلاش برای تضمین سازگار و تسهیل سرمایه‌گذاری به منظور حمایت از سلامت، ایمنی، محیط زیست و تشویق به حقوق کار به رسمیت شناخته شده داخلی و بین‌المللی، حمایت از سرمایه‌گذاری که به توانمندی اقتصادی طرفین معاهده منجر شود،

۶۶. محمدصادق تیموری؛ لعیا جنیدی؛ محمد صفری و رضا عباسیان، «سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص ۲۵.

۶۷. رحیم باغبان و محمدجعفر قنبری جهرمی و محمود باقری، «جنبه‌های حمایتی حقوق ایران در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و مطالعه تطبیقی با استانداردهای بین‌المللی»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ش ۳ (۱۳۹۶)، ص ۱۳.

68. Certain Iranian Assets Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.Reports, (2019), PP. 20-41.

توازن کلی بین حقوق و تعهدات سرمایه‌گذار و دولت میزبان (نه صرفاً حمایت از حقوق سرمایه‌گذار)، عزم پیشگیری و مبارزه با فساد و رشوه در همکاری‌های جهانی، ارتقای حقوق مصرف‌کننده و سرمایه‌گذاری و تشویق مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها است (موافقت‌نامه تشویق حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و دوک‌نشین اعظم لوگزامبورگ: ۱۳۹۸، دولت جمهوری چک اسلواک: ۱۳۹۵، دولت جمهوری چک: ۱۳۹۸). در بند ۵ ماده ۱ موافقت‌نامه ایران و ژاپن، بر کمک مؤثر بر اقتصاد دولت میزبان از طریق سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های اساسی کسب و کار و سازمان‌های تحقیق و توسعه غیرانتفاعی تأکید شده است (موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و ژاپن: ۱۳۹۵). همچنین در تمامی این معاهدات، مسئولیت اجتماعی با سیاست نرم تشویقی و صرفاً تعهدی برای دولت‌های طرف معاهده در نظر گرفته شده و در نهایت ضمانت اجرای موردنظر، درخواست یا دعوت به مذاکره است (ماده ۸ موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری متحده تانزانیا: ۱۳۹۵)؛ لذا همان‌طور که ملاحظه می‌شود این تعهدات بدون ضمانت اجرای مشخص یا در نهایت تشویق و درخواست به مذاکره است. تمام این معاهدات ماهیت نرم و غیرالزام‌آور مقررات مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را تصدیق می‌کنند و همه رویکرد «بیشترین تلاش» را برای تشویق و ارتقای این مسئولیت‌ها به کار می‌برند. به علاوه، طرح دعوا در قبال مقررات مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها در داوری‌های میان سرمایه‌گذار و دولت و نیز دولت و دولت مجاز نیست.

۴. موانع، چالش‌ها و راهکارها

۴.۱. جدید و نو بودن

یکی از دلایل توسعه‌نیافتگی مسئولیت اجتماعی در نظام حقوق ایران، جدید بودن مباحث مربوط به این مسئولیت است. نو بودن این مسئولیت به عدم شناخت عموم مردم از حقوق خود در مقابل شرکت‌هایی است که در قلمرو زندگی آنها فعالیت می‌کنند. اگر مردم بدانند که مناطق طبیعی خود را در اختیار این شرکت‌ها قرار داده‌اند و در مقابل شرکت متعهد است که فرضاً بخشی از منابع تولیدی‌اش را به ساخت زیربناها و توسعه آموزش و ایجاد امنیت و حفظ محیط زیست و مسائلی از این قبیل اختصاص بدهد، مطالبه‌محور می‌شوند و

فرهنگ حقوقی شکل می‌گیرد و چه بسا این مسئولیت با ضمانت اجرای سختگیرانه‌تر از سایر مسئولیت‌ها بر بنگاه‌های تولیدی و تجاری تحمیل شود؛ زیرا آینده و امنیت تجاری آنها در گرو رعایت این تعهد است. در همین راستا، وظیفه رسانه‌ها و متولیان فرهنگ و مراجع قانونی سازمان‌های مردم‌نهاد، بسیار مؤثر و از نگاه جامعه‌شناسی قابل بررسی است. همان‌گونه که محققان نیز اشاره کرده‌اند انتقال قدرت از ساختار عمومی به حوزه خصوصی (خصوصی‌سازی) توان دولت‌ها در کنترل شرکت‌های فراملی را کاسته و این از محدودیت‌های پیش رو در اغلب کشورهای درحال توسعه است.^{۶۹} لیکن به عقیده نویسندگان، دولت در ترویج مسئولیت اجتماعی، نه تنها نقش نظارتی و حاکمیتی، بلکه نقش تصدی‌گری هم دارد؛ زیرا اقتصاد ایران بر پایه‌های اقتصاد دولتی بنا شده است و حتی پس از اجرای اصل ۴۴ و خصوصی‌سازی، دولت به صورت مستقیم و غیرمستقیم در اقتصاد کشور جزو بازیگران اصلی است. بنابراین در درجه اول دولت به‌عنوان یک متصدی باید مؤلفه‌های مسئولیت اجتماعی را در تجارت رعایت کند. از منظر حاکمیتی نیز لازم است سیاست‌های ترویجی، تشویقی، تنبیهی و حمایتی را اعمال و نقش تسهیل‌گر و تنظیم‌کننده قوانین آسان‌گیرانه داشته باشد.

۲.۴. عدم تنظیم موازین نرم مسئولیت اجتماعی

رویه اغلب کشورهای سرمایه‌پذیر این است که مفاد مسئولیت اجتماعی شرکت را به صورت یک تعهد نرم در قوانین خود وارد نمایند و این قواعد اغلب به صورت تشویقی و داوطلبانه است. همچنین شرکت‌ها در این کشورها متعهد به تنظیم قواعد خودانتظام برای ترویج مسئولیت اجتماعی شده‌اند. این اتفاق در قوانین ایران یافت نمی‌شود. شناسایی مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک مسئولیت در کنار مسئولیت کیفری و مدنی هم اقدامی صحیح به‌نظر نمی‌رسد، زیرا همان‌طور که بیان شد، در این مسئولیت هدف پذیرفتن مسئولیت است تا پاسخگویی صرف؛ لذا بایستی این مسئولیت به حدی تعالی و رشد یابد که بنگاه‌های تجاری عهده‌دار آن شده، آن را به‌عنوان یک مؤلفه مهم و مؤثر در بازار مدیریت

۶۹ سید یاسر ضیایی و محسن لطفی گماسایی، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی؛ فرصت‌ها و چالش‌ها»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۲۰، (۱۴۰۰)، ص ۲۶۹.

کنند. بهترین روش مدیریت این مسئولیت، تبیین آن به‌وسیله بنگاه‌های تجاری است؛ به شکلی که آن را به‌عنوان یک سیاست حاکمیتی در اداره بنگاه خودشان به‌کار گیرند. باید توجه داشت که ایجاد یک فرهنگ حقوقی الزام‌آور همیشه از طریق تضمین‌های کیفری و مدنی میسر نیست؛ به‌ویژه در فضاهاى تجاری و سرمایه‌گذاری که آزادی اشخاص موجب رشد و توسعه می‌شود. لذا باید به‌جای ضمانت اجراهای حاوی تنبیه، از سیاست‌های تشویقی بهره برد. به‌نظر می‌رسد لایحه قانون تجارت که هنوز به مرحله تصویب نهایی نرسیده است، بستر مناسبی برای ورود ضوابط کلی مسئولیت اجتماعی و قراردادن مشوق‌ها و قواعد نرم برای شرکت‌هایی باشد که ضوابط مسئولیت اجتماعی را رعایت نموده‌اند. همچنین در وضعیت فعلی اقتصاد ایران، دولت باید در راستای تحکیم مسئولیت اجتماعی، قوانین و آیین‌نامه‌هایی را در خصوص رقابت سالم، شفافیت ارتباطات و پایبندی به قرارداد که منجر به تسهیل مسئولیت اجتماعی می‌گردد وضع نماید. یکی از اقدامات دیگری که در ایران از سوی وزارت رفاه و تأمین اجتماعی باید دنبال شود، تدوین لایحه مالیات رفاه اجتماعی است. به‌موجب این لایحه باید از صاحبان صنایعی که عوارضی مانند بیماری، نقص عضو، حوادث و سوانح داشته باشند مالیات بیشتری دریافت شود و این مالیات صرف رفاه اجتماعی شود و سیاست‌های تشویقی مثل معافیت مالیاتی برای ایجاد سطحی از اشتغال یا اختصاص سرمایه برای آموزش نیروهای بومی، مراقبت و بازبایی محیط زیست و فضای سبز، افزایش و رشد تعالی کارکنان به بالاتر از حداقل‌های قانونی از طریق تنظیم مقررات نرم انجام شود. به تعبیری در مقوله مسئولیت اجتماعی، نخست باید حداقل‌های قانونی به نحو متمرکز و دقیق مشخص شود و برای سطح بالاتر از آن که به‌نوعی اقدامات بشردوستانه است مشوق‌های قانونی به شکل قواعد نرم مقرر گردد تا بنگاه‌های خصوصی را به سمت آن سوق دهد. این حقوق نرم با مبانی حقوق داخلی تطابق دارد. در معرفی نمونه‌های استفاده از حقوق نرم در ایران، می‌توان به اساسنامه نمونه صندوق سرمایه‌گذاری در سهام، اساسنامه نمونه صندوق سرمایه‌گذاری شاخصی، اساسنامه نمونه صندوق سرمایه‌گذاری زمین و ساختمان که از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار تدوین شده و نیز به نظریات مشورتی

اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه اشاره کرد.^{۷۰} با این حال، در برخی حوزه‌ها برای ترویج مسئولیت اجتماعی شرکتی، فقط به اجرای داوطلبانه آن نمی‌توان قناعت کرد. به نظر می‌رسد باید قواعد و مقررات برای جبران عقب‌ماندگی محیط زیستی و استانداردهایی برای تضمین منافع عمومی وضع گردد؛ زیرا بنگاه‌های اقتصادی در ایران حداقل استانداردها را برای حفظ حقوق ذی‌نفعان رعایت نمی‌کنند و لذا انتظار انجام فعالیت‌های داوطلبانه آرمانی است.^{۷۱}

۳.۴. تعارض با اصول و ضوابط سرمایه‌گذاری بین‌المللی

ایران به‌عنوان دولت میزبان با چالش‌هایی چون وجود معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی، تعهد و شرط ثبات در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری خارجی، وجود استانداردهای حداقلی رفتار با بیگانگان در تعهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، روبه‌رو است.^{۷۲} همچنین نادیده انگاشتن انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران ممکن است موجب مسئولیت دولت گردد. اصولاً سرمایه‌گذاری در هر زمینه‌ای به‌ویژه در یک کشور خارجی مستلزم آن است که سرمایه‌گذار اطمینان خاطر پیدا کند که سرمایه‌گذاری وی نه‌تنها خطری برای سرمایه وی به‌دنبال نخواهد داشت، بلکه سودآور نیز خواهد بود. از این موضوع تحت عنوان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار یاد می‌شود؛ به آن معنا که سرمایه‌گذاران عموماً خواهان ثبات اقتصادی، سیاسی و تقنینی هستند و انتظار دارند دولت میزبان بی‌جهت و ناروا، انتظارات و اتکای مشروع آنها را نقض نکند.^{۷۳} از طرفی از منظر سرمایه‌گذاری، کشورهای درحال توسعه‌ای چون ایران به‌علت ترس از جبران خسارت، ممکن است از قانونمند کردن فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاران در موضوعات اجتماعی و زیست‌محیطی اجتناب نمایند و بنابراین از شکایات ناشی از اجرای مقررات اجتماعی و زیست‌محیطی واهمه دارند. تجربه دولت‌های دیگر نیز در

۷۰. محسنی و جوهر، پیشین، ص ۱۰۳.

۷۱. علیرضا امیدوار، «ترویج مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، تکمیل‌کننده و جایگزین سیاست‌ها و وظایف دولت (سیاست‌گذاری حکومت در ترویج مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها)»، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ش ۱ (۱۳۸۷)، ص ۶۴.

۷۲. ضیائی، پیشین، ص ۲۶۹.

۷۳. محمدعلی بهمنی و نجمه تقوی، «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و چالش‌های فراروی آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۴ (۱۳۹۵) ص ۱۴۵.

زمینه تنظیم قوانین حفاظت از منافع اجتماعی و زیست‌محیطی مؤید این ترس و واکنش است.^{۷۴} اما با توجه به اینکه کشور ایران یکی از کشورهای نفت‌خیز و دارای منابع تجدیدناپذیر است، حفاظت از این منابع در سرمایه‌گذاری‌ها یکی از مهم‌ترین اقدامات دولت‌ها به‌شمار می‌رود. حال تصور کنید دولت ایران با استناد به شرط مسئولیت اجتماعی ناگزیر از انجام اقداماتی است که آن اقدامات مغایر با معاهده و به تبع آن، انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است. بدیهی است هریک از طرفین خود را ذی‌حق دانسته، طرف مقابل را مسئول قلمداد می‌نماید. برای مثال در قضیه *سالوکا*، دیوان داوری بارها بر این نکته تأکید داشته که «هیچ سرمایه‌گذاری نمی‌تواند به نحو معقولی انتظار داشته باشد که شرایط غالب در زمان ایجاد سرمایه‌گذاری به‌طور کلی بدون تغییر باقی بماند»^{۷۵}. به‌نظر می‌رسد راهکار مقابله با این چالش آن است که وکلا و حقوق‌دان دولتی باید انتظارات نقض‌شده سرمایه‌گذار خارجی را در برابر نفع عمومی دنبال‌شده به‌وسیله دولت ایران مورد استناد قرار دهند و رویکرد مراجع رسیدگی‌کننده را به سوی نوعی تعادل و توازن میان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی و اقدام برخلاف مفاد معاهده سوق دهند. همچنین چنانچه دولت اولاً اثبات نماید آن اقدام در راستای حفاظت از منافع امنیتی‌اش بوده و ثانیاً اقدام با تهدیدی که آن امنیت را به مخاطره انداخته است تناسب دارد، می‌تواند ضمن دفاع از منافع اجتماعی خود، در مرحله رسیدگی مرجع رسیدگی‌کننده را قانع نمایند. با این حال، همان‌طور که محققان نیز اشاره نموده‌اند، در عمل از آنجایی که استناد به مسئولیت اجتماعی ممکن است تنش‌های دیپلماتیک میان دولت‌های سرمایه‌فرست و دولت‌های سرمایه‌پذیر را افزایش دهد و امکان موفقیت طرح دعاوی فراملی در کشورهای سرمایه‌فرست نیز بسیار اندک است^{۷۶}، دولت‌ها از تلاش در جهت احراز و اثبات آن اجتناب می‌کنند.

۷۴. به‌فرض استرالیا در سال ۲۰۱۱ قانون تنباکو در جهت کاهش مصرف دخانیات را برای جلوگیری از شکایت سرمایه‌گذار معلق نمود.

(Ying, Zhu, "Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation", *Nordic Journal of Commercial Law*, No. 1 (2017), P. 98.)

۷۵. مهدی میهمی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن بعنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲۸ (۱۳۹۸)، ص ۲۷۲.

۷۶. ضیائی و لطفی گماسایی، پیشین، ص ۲۶۹.

همچنین در معاهدات کلاسیک باید سیاست‌گذاران و وکلای دولتی اصل رفتار منصفانه^{۷۷} را مورد تأکید قرار دهند. معیار رفتار منصفانه در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان تضمین و حمایتی برای سرمایه‌گذار خارجی تبیین شده است.^{۷۸} لذا به‌منظور بهره‌مندی حداکثری از روابط سرمایه‌گذاری باید از این اصل تفسیر صحیحی شود که هم موجب جذب سرمایه‌های خارجی گردد و هم منافع عمومی مانند حق بر توسعه، محیط زیست، کار و رقابت تضمین شود.^{۷۹} رویکرد جدید از این معیار در مراجع داوری و تحقیقات آکادمیک نیز آن است که حقوق و منافع سرمایه‌گذار در برابر حقوق و منافع جامعه محلی دولت‌های میزبان و به‌ویژه کشورهای درحال توسعه متعادل و متوازن گردد و تأثیراتی که شرکت‌های فراملی بر جنبه‌های اجتماعی و اقتصادی جامعه می‌گذارند به این وسیله کنترل شود.

۴.۴. چالش‌های نظارتی و قضایی

به‌طور کلی در همه کشورهای نظارت قضایی بر مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی از طریق دولت متبوع شرکت، با محدودیت‌های زیادی روبه‌رو است. مهم‌ترین چالش، امکان تعارض اعمال صلاحیت فراسرزمینی دولت‌های سرمایه‌فرست با حاکمیت ملی دولت‌های میزبان است.^{۸۰} از طرفی، محاکم قضایی در ایران نیز جنبه‌های اجتماعی را معمولاً در رسیدگی‌های خود لحاظ نمی‌کنند، زیرا به‌طور کلی همیشه نظام‌های قضایی ترس دارند که در صورت لحاظ آن، بیش از اختیاراتشان عمل کرده، متهم به اظهار نظر قضایی فراتر از خواسته دعوی^{۸۱} شوند.^{۸۲} همچنین ممکن است دادگاه‌ها در تفسیر مفاد اجتماعی و حقوق بشری دچار مشکل شوند؛ زیرا این مفاد به‌درستی تعریف نشده و مسئولیت اجتماعی به‌عنوان

77. Fair and Equitable Treatment

۷۸. محمدرضا پاسبان و زینب اصغری، «نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۸ (۱۳۹۴)، ص ۴۵.

۷۹. لعیا جنیدی؛ محمدصادق تیموری؛ محمد صقری و رضا عباسیان، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۷ (۱۳۹۷)، ص ۲۲.

۸۰. ضیائی و لطفی گماسایی، پیشین، ص ۲۷۰.

81. Non Ultra Petita

82. Tamar Meshel, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol: 6 (2015), P. 19.

یک چارچوب حقوقی در نظام قانون‌گذاری ایران استفاده نشده است؛ لذا ممکن است مشکلاتی را برای دادگاه‌ها در صدور رأی (جز در موارد مصرح قانونی در قالب مسئولیت مدنی و کیفری) به وجود آورد. برای حل این چالش بهتر است دادگاه‌ها تا زمانی که این مسئولیت به‌عنوان یک قالب مستقل در قانون تعریف نشده است، آن را در چارچوب‌های عامی چون قانون مسئولیت مدنی بگنجانند و البته موازین بین‌المللی حقوق بشری و محیط زیستی و قواعد نرم بین‌المللی را که ایران به آن ملحق شده است به‌عنوان مستند حکم خود قرار دهند.

۵.۴. عدم شناسایی دقیق شخصیت حقوقی شرکت‌های فراملی

در نظام حقوقی ایران، بزرگ‌ترین مشکل مربوط به عدم شناسایی حقوقی شرکت‌های چندملیتی و خلأ قانونی در این حوزه است و قانونی خاص، صلاحیت دادگاه و مسئولیت این شرکت‌ها را معلوم نکرده است. قانون‌گذار، تنها در ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌ها به شناسایی شرکت ایرانی اشاره نموده، ولی در تشخیص تابعیت شرکت‌های خارجی سکوت کرده است. برخی این موضوع را با ارجاع به ماده ۵۹۱ قانون تجارت حل می‌کنند و تابعیت را تابع اقامتگاه می‌دانند. لیکن شرکت‌های چندملیتی دارای چندین اقامتگاه هستند و این چالش را دشوارتر می‌کنند. از طرفی در باب محاکم صالح نیز در قانون آیین دادرسی مدنی، ملاک صلاحیت مرکز اصلی شرکت است (ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی). از آنجایی که اغلب موارد با توجه به اینکه اقامتگاه شرکت خارج از ایران است، لذا دادگاه ایران صالح نیست و رسیدگی حقوقی دشوار می‌شود. در زمینه قانون صالح نیز مطابق قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، شرکت‌های خارجی می‌توانند در قرارداد با شرکت ایرانی قانون صالح را برای حل تعارض پیش‌بینی کنند که البته این قاعده ویژه داوری است و می‌تواند دامنه اجرای قواعد حقوقی متضمن مسئولیت اجتماعی را تاحدی محدود کند.

۶.۴. تحریم‌های خارجی و بین‌المللی

اقدامات دولت‌های متخاصم خارجی نیز در تحقق مسئولیت اجتماعی در نظام تجاری و سرمایه‌گذاری ایران بی‌تأثیر نبوده است. مثلاً دولت آمریکا بر اساس اسناد حقوق بشری مانع

تحقق حق بر توسعه در ایران شده است و این مانعی در جهت تحقق و تثبیت مسئولیت اجتماعی در محور اقتصادی تلقی می‌شود. از سویی، این تحریم‌ها موجب شده است که برای مثال، آلاینده‌های موجود در مواد سوختی از جمله بنزین چند برابر شده، منجر به تخطی از تعهدات محیط زیستی و همچنین بالا رفتن آمار سرطان گردد. افزایش جدی هزینه‌های حمل و نقل، بیمه، گران‌فروشی از سوی فروشندگان خارجی، افزایش مبادلات تهاتری و به تبع آن سوءاستفاده طرف‌های تجاری از این وضعیت، کاهش شفافیت در خریدها و استفاده از واسطه برای دور زدن تحریم‌ها، عدم امکان استفاده از ابزارهای بانکی و بیمه‌ای و ضمانتی برای صادرات و واردات و سوءاستفاده طرف‌های تجاری و انتقال ریسک تجارت به تجار ایرانی و مشکلات عدیده بودجه و کاهش درآمدهای نفتی و آثار آن بر کاهش اشتغال و تأثیر منفی بر قدرت دولت در تهیه و تأمین دارو و تجهیزات پزشکی و رفاه مردم و کاهش درآمدهای ارزی خارجی و سرانجام، کاهش رفاه و توسعه جامعه از جمله آثار تحریم‌ها است. همچنین یکی از مهم‌ترین حقوقی که در اسناد حقوق بشری به رسمیت شناخته شده، حق بر مالکیت به‌ویژه در تجارت است که در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و برخی اسناد حقوق بشری منطقه‌ای نیز دیده می‌شود. دولت آمریکا با بلوکه کردن اموال و برخی حساب‌های بانکی اشخاص و چهره‌های تأثیرگذار سیاست‌های هسته‌ای ایران، مرتکب نقض حقوق بشر شده است.^{۸۳} حق کار کردن از جمله حقوق حیاتی در چندین سند بین‌المللی است و در ماده ۶ کنوانسیون بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز به آن اشاره شده است. در منشور اجتماعی اروپا و منشور آفریقایی حقوق بشر و پروتکل الحاقی کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر این موضوع آمده و نهایتاً در اعلامیه پیشرفت اجتماعی و توسعه‌ای مورد اشاره قرار گرفته است؛ این درحالی است که فشارها و تحریم‌های آمریکا بر ایران موجب تعطیلی بسیاری از صنایع و به تبع آن، بیکاری شده و امکان تحقق مسئولیت اجتماعی برای بنگاه‌های تجاری را دشوار نموده است. آخرین موردی که جهان درگیر آن بوده مسئله کروناست که متأسفانه به دلیل محدودیت‌های ارزی ایجاد شده بر اثر

۸۳. سید فضل‌الله موسوی؛ فضل‌الله جوکار و عمران محمدی، «تحریم‌های یکجانبه آمریکا علیه ایران: تناقض در گفتار و کردار و سیاست‌زدگی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۴۴ (۱۳۹۳)، ص ۱۶۳.

تحریم‌های ظالمانه، امکان ورود دارو و واکسن لازم برای مبارزه با این بیماری به‌سختی صورت می‌گیرد.

نتیجه

مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک گفتمان غالب در نظام‌های تجاری داخلی و بین‌المللی رواج یافته و هدف از ترویج این مسئولیت، ایجاد سطح معقول و متعادلی میان منافع اقتصادی و اجتماعی در عرصه تجارت و سرمایه‌گذاری است. مهم‌ترین مبنای مسئولیت اجتماعی، ایجاد فرایند توسعه پایدار است و این هدف محقق نمی‌شود مگر با به‌کارگیری سیاست‌های حقوقی در عرصه بازرگانی. از آنجایی که مسئولیت اجتماعی ماهیتی فراتر از قواعد حقوقی دارد، باید مقررات حقوقی در جهت به‌وجود آوردن حداقل‌های قانونی و هدایت بنگاه‌های اقتصادی به ایجاد قواعد خودانتظام و سوق به مرحله فراحقوقی و اخلاقی باشد و در این راستا موازین و مقررات نرم می‌تواند راهگشایی کند؛ چنان‌که این شیوه در عرصه جهانی نیز دنبال می‌شود. با اینکه در قانون اساسی مبنای قانونی ترویج حقوقی مسئولیت اجتماعی وجود دارد و از طرفی مبتنی بر مؤلفه‌های دین اسلام و اصولی همچون اصل لاضرر، قاعده تلقی رکبان، قاعده منع انحصار و عسر و حرج است، توجیه حقوقی این مسئولیت در نظام حقوقی ایران و اسلام امکان‌پذیر خواهد بود، لیکن در وضعیت کنونی به لحاظ بستر حقوقی، مسئولیت اجتماعی مناسب ارزیابی نمی‌شود. از سویی، قواعد تجاری ایران منسوخ، قدیمی و مربوط به پیش از ترویج این مسئولیت است و از سوی دیگر، پراکندگی حقوقی در زمینه موازین سرمایه‌گذاری محیط زیستی بسیار زیاد است و مسئولیت اجتماعی به‌عنوان یک اصل جامع و دارای چارچوب مشخص در نظام حقوقی ایران تبیین نشده است. با این حال در وضعیت فعلی، وجود قوانین و مقررات حامی سهام‌داران و بستنکاران در قوانین تجاری، تأکید بر شفافیت مالی در قوانین بورسی، وجود بسترهایی برای تفسیر بر مبنای مسئولیت اجتماعی در قوانین سرمایه‌گذاری، ورود ایران به عصر مدرن معاهدات سرمایه‌گذاری حاوی بند مسئولیت اجتماعی به شیوه نرم، وجود مقررات زیست‌محیطی حداقلی می‌تواند تا زمان شناسایی صریح این مسئولیت راهگشا باشد. با این حال، نمی‌توان بر چالش‌ها و موانع تثبیت این مسئولیت چشم پوشید. از سویی، عدم

شناسایی وضعیت حقوقی بنگاه‌های اقتصادی فراملی و امکان بازخواست حقوقی آنها به دلیل خلأ زمینه حقوقی لازم و از سوی دیگر، نو بودن مفهوم مسئولیت اجتماعی و ناآگاهی جامعه مدنی و عدم شناخت دقیق از این مفهوم، وضعیت شکننده اقتصادی و نیاز به جذب سرمایه، اقدامات دولت‌های متخصصی همچون امریکا با وضع تحریم‌ها و تحت تأثیر قرار دادن وضعیت اقتصادی کشور و در نتیجه عدم توانایی بنگاه‌های اقتصادی برای تاب‌آوری بر اساس مؤلفه‌های اجتماعی، منجر به بروز چالش‌هایی در تثبیت این مسئولیت شده است. با این حال، به نظر می‌رسد با به‌روزرسانی قواعد تجاری و ایجاد قواعد سخت حقوقی برای ارائه معیارهای حداقلی و قواعد نرم حقوقی و سیاست‌های تشویقی برای سوق به سمت رعایت مسئولیت اجتماعی فراتر از حداقل‌های حقوقی و ایجاد قوانینی مبنی بر الزام فعالان اقتصادی، به‌ویژه شرکت‌های بازرگانی برای ایجاد قواعد خودانتظام در جهت مسئولیت اجتماعی، روند تحقق و تثبیت مسئولیت اجتماعی از منظر حقوقی فراهم می‌شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. داراب‌پور، مه‌راب؛ عبداللهی، محسن؛ اسلامی، رضا؛ شاملو، باقر و رضانی قوام آبادی، محمدحسین، *اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل*، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۷).
۲. عسکری، پوریا، *حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در رویه داوری بین‌المللی*، (تهران: شهر دانش، چ ۲: ۱۳۹۴).
۳. مطهری، مرتضی، *نظری به نظام اقتصادی اسلام*، (قم: انتشارات صدرا، ۱۳۶۸).

- مقالات

۴. ابراهیمی، سیدنصرالله و آقاسیدجعفر کشفی، مونا، «شناسایی و ارزیابی پیامدهای زیست محیطی، اجتماعی، ایمنی، امنیتی و بهداشتی (ESHIA) پروژه‌های بالادستی صنعت نفت و گاز»، *حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۵).
۵. امیدوار، علیرضا، «ترویج مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، تکمیل‌کننده و جایگزین سیاست‌ها و وظایف دولت (سیاست‌گذاری حکومت در ترویج مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها)»، *پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام*، ش ۱ (۲۱)، (۱۳۸۷).
۶. باغبان، رحیم؛ قنبری جهرمی، محمدجعفر و باقری، محمود، «جنبه‌های حمایتی حقوق ایران در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و مطالعه تطبیقی با استانداردهای بین‌المللی»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ش ۳۶ (۱۳۹۶).
۷. بهمنی، محمدعلی و تقوی، نجمه، «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و چالش‌های فراروی آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۷۴ (۱۳۹۵).
۸. پاسبان، محمدرضا و اصغری، زینب، «نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۸ (۱۳۹۴).
۹. پنداشته‌پور، محمدرضا، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری»، *پژوهش‌های حقوقی میان رشته‌ای*، ش ۱، (۱۳۹۹).

۱۰. جنیدی، لایا؛ تیموری، محمدصادق؛ صقری، محمد و عباسیان، رضا، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۷ (۱۳۹۷).
۱۱. تیموری، محمدصادق؛ جنیدی، لایا؛ صقری، محمد و عباسیان، رضا، «سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۴ (۱۳۹۶).
۱۲. رشیدی، مهناز؛ رستگار، آزاده و مشهدی، علی، «منبع تعهد ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۲ (۱۴۰۰).
۱۳. سلیمی ترکمانی، حجت، «حقوق بین‌الملل توسعه پایدار: از آرمان تا واقعیت»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، ش ۲ (۱۳۹۱).
۱۴. سهرابی، لیلا و فلاح تفتی، زینب، «بررسی اصول حاکمیت شرکتی در نظام حقوقی ایران»، *بورس اوراق بهادار*، ش ۲۵ (۱۳۹۳).
۱۵. ضیایی، سید یاسر و لطفی گماسایی، محسن، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی؛ فرصت‌ها و چالش‌ها»، *پژوهش‌های حقوقی*، ش ۲۰ (۱۴۰۰).
۱۶. غلام‌پور، علی، «تأثیرات جهانی شدن اقتصاد بر نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط زیست در کشورهای در حال توسعه: مورد ایران»، *سیاست*، ش ۴ (۱۳۸۶).
۱۷. قنبری جهرمی، محمدجعفر و شفیعی بافتی، نگین، «قاعده‌مندسازی مسئولیت زیست‌محیطی شرکت‌های فراملی در حوزه آلودگی نفتی دریایی پیوند میان حقوق نرم و حقوق سخت»، *تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه ش ۱۳ (۱۳۹۲).
۱۸. محسنی، فرید و جوهر، سعید، «ارتباط مسئولیت اجتماعی و مسئولیت کیفری تعامل یا تقابل»، *پژوهش حقوق کیفری*، ش ۸ (۱۳۹۳).
۱۹. موسوی، سید فضل‌الله؛ جوکار، فضل‌الله و محمدی، عمران، «تحریم‌های یکجانبه آمریکا علیه ایران: تناقض در گفتار و کردار و سیاست‌زدگی حقوق بشر»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۴۴ (۱۳۹۳).

۲۰. میهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به‌عنوان ریسک سیاسی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۸ (۱۳۹۸).

۲۱. نوری یوشانلویی، جعفر و جوهر، سعید، «مفهوم شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و ایران با رویکرد تطبیقی»، *حقوق تطبیقی*، ش ۲، (۱۳۹۳).

ب) عربی

– کتاب‌ها

۲۲. حرعاملی، محمدین الحسن، *وسائل الشیعه*، (تهران: المکتبه‌الاسلامیه، ۱۴۰۳ ق).

۲۳. حلی (فخرالمحققین)، محمدین حسن، *ایضاح الفوائد*، ج ۱ (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق).

۲۴. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹).

۲۵. نراقی، احمدین محمد، *عوائد الایام*، (قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۳۷۵).

ج) انگلیسی

- Books

26. Das Gupta, Ananda, *Ethics, Business and Society: Managing Responsibly*, (New York: Sage Publications, 2010).
27. Dolzer, Rudolf, Kriebaum, Ursula, Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, (London: Oxford University Press, 2012).
28. Friedman, Milton, *Rethinking the Social Responsibility of Business*, (United States: REASON, 2005).
29. Michael, Hopkins, *Corporate Social Responsibility and International Development*, (London: Earthscan Press, 2007).
30. Nyazee, Imran Ahsan Khan, *Islamic Jurisprudence (Usul Al-Fiqh)*, (Islamabad: Islamic Research Institute Press, 2000).
31. Schreck, Philipp, *The Business Case for Corporate Social Responsibility. Understanding and Measuring Economic Impacts of Corporate Social Performance*, (Germany, Heidelberg, Physica-

Verlag: Springer, 2009).

32. Visser, Wayne; Matten, Dirk; Pohl, Manfred; Tolhurst, Nick, *The A To Z Of Corporate Social Responsibility*, (New York: Wiley, 2nd Edition, 2007).

- Articles & Documents

33. Abu-Tapanjeh, Abdussalam, Mahmoud, "Corporate Governance from the Islamic Perspective: A Comparative Analysis with OECD Principles, Corporate Governance from the Islamic Perspective", *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 20 (2009).
34. Buhmann, Karin, "Corporate Social Responsibility in China: Current Issues and Their Relevance for Implementation of Law", *The Copenhagen Journal of Asian Studies*, Vol. 22 (2005).
35. Carroll, Archie B, "Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct", *Business and Society*, Vol. 38:3 (1999).
36. Civen, Jeff & Mendoza, Mary, "Corporate Sustainability and Social Responsibility: A Legal Perspective", *TEX.B.J*, Vol. 71 (2008).
37. Elmelki, Anas & Mounira, Ben ARAB, "Ethical Investment and the Social Responsibilities of the Islamic Banks", *International Business Research*, Vol. 2 (2009).
38. Greenfield, W.M, "In the Name of Corporate Social Responsibility", *Business Horizons*, Vol. 47, (2004).
39. Kercher, Kim, "Corporate Social Responsibility-Impact of Globalisation and International Business", *Corporate Governance eJournal*, (2007).
40. Maignan, Isabelle & Ferrell, O. C., "Corporate Social Responsibility and Marketing: An Integrative Framework", *Journal of the Academy of Marketing Science*, Vol. 32 (2004).
41. Meshel, Tamar, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6 (2) (2015).
42. Moir, Lance, "What Do We Mean by Corporate Social

- Responsibility?”, *Corporate Governance*, Vol. 1, No. 2 (2001).
43. Rahim, Mia, Mahmudur, “Meta-Regulation Approach of Law: A Potential Legal Strategy to Develop Socially Responsible Business Self-Regulation in Least Developed Common Law Countries”, *Common Law World Review*, Vol. 40(2), (2011).
44. Sergius Koku, Paul & Savas-Hall, Selen, “On Corporate Social Responsibility and Islamic Marketing”, *Journal of Islamic Marketing*, Vol. 5 (2014).
45. Suchman, Mark C, “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches”, *Academy of Management Review*, No.3 (1995).
46. Taman, Salma, “The Concept of Corporate Social Responsibility in Islamic Law”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 2(3) (2011).
47. Tan, Eugene K. B, “Corporate Social Responsibility as Corporate Soft Law: Mainstreaming Ethical and Responsible Conduct in Corporate Governance”, *Singapore Law Review*, Vol. 31 (2013).
48. United Nations Environment Programme, Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements, (2011), P.14 <<https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/25936>>
49. UNCTAD, Social Responsibility, Series on Issues in International Investment Agreements, (2001) <<https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd22.en.pdf>>
50. Ward, Halina, “Public Sector Roles in Strengthening Corporate Social Responsibility: Taking Stock”, The World Bank Report (2004) <<https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/16014-IIED.pdf>>
51. Zhu, Ying, “Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation”, *Nordic Journal of Commercial Law*, No. 1 (2017).

- Cases

52. Certain Iranian Assets Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J.Reports, (2019).

53. Phelps Dodge, 10 Iran-US CTR 130 [22].



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 179-213

A Comparative Study of the Principle of Full Compensation and the Plural Philosophical Foundations of the Law of Torts

Seyyed Nourollah Shahrokhi^{1✉} | Habibollah Rahimi²

1. Ph.D. Candidate in Private Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

sn.shahrokhi@yahoo.com

2. Associate Professor of Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

rahimi@atu.ac.ir

Abstract

The study of Iranians' tort related writings explicates that most of the top jurists believe that there is a maxim called "the principle of compensating all damages". Provided that the other two requirements of liability (causation and harmful act) exist, this principle states that all damages, regardless of their type, should be compensated without any need for a specific law prescribing the liability to compensate that kind of damage. Case law is in doubt on how to react to this principle and has since taken two different approaches. Contrary to this popular belief, however, our search in the philosophical foundations (and also in the main goals of tort law) shows that there is no theory that stays adamant about compensating all kinds of damages in any circumstances. Because of the obvious contradiction between monist theories and the principle of compensating all damages, we accomplished a search to determine such a probable connection between plural theories and this principle. The outcome of this study clearly demonstrates that none of the most indispensable plural theories can give rise to such a maxim. It seems that the belief in such a principle (of compensating all damages) is not acceptable neither practically nor theoretically; it is unfeasible in practicality and reduces the power of tort law in organizing and arranging different kinds of social activities, and it is theoretically unsubstantiated. In this article, we propound this idea that invoking this principle should be avoided by our jurists, and as well as our courts.

Keywords: Principle of compensating all damages, Legal pluralism, Complementarity, Philosophical foundations, Tort law.

Received: 2022/03/11 Received in revised form: 2022/09/20 Accepted: 2022/10/23 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.50748.3106

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



نوع مقاله: پژوهشی

شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

دوره: ۱۴، شماره: ۳۰

بهار ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

صفحات: ۱۷۹-۲۱۳

بررسی انطباق اصل جبران همه خسارات با مبانی کثرت‌گرا در حوزه فلسفه مسئولیت مدنی

سید نورالله شاه‌رخی^۱ | حبیب‌الله رحیمی^۲

sn.shahrokhii@yahoo.com

rahimi@atu.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران.

۲. دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران.

چکیده

حاصل تتبع در تألیفات حقوقی در زمینه مسئولیت مدنی نشان می‌دهد قول مشهور حقوق‌دانان بر این است که اصلی تحت عنوان اصل جبران همه خسارات وجود دارد که به موجب آن پس از وقوع ضرر، آن ضرر، صرف‌نظر از نوع، در صورت جمع دو رکن دیگر مسئولیت (رابطه سببیت و فعل زیان‌بار) باید جبران شود و نیاز به نص قانونی خاص برای تجویز جبران خسارت در هر مورد وجود ندارد. سؤال اصلی مقاله حاضر این است که آیا می‌توان قائل به وجود چنین اصلی در حوزه مبانی فلسفی کثرت‌گرا در مسئولیت مدنی شد؟ رویه قضایی محاکم در این خصوص، متشکست است. علی‌رغم شهرت این اصل بین حقوق‌دانان، ادعای نویسندگان مقاله حاضر این است که جستجو در مبانی فلسفی و اهداف عمده مطرح در حقوق مسئولیت مدنی به روشنی نشان می‌دهد هیچ نظریه‌ای وجود ندارد که مقتضای آن، اصل جبران همه خسارات باشد. به دلیل تناقض آشکار رویکردهای وحدت‌گرا با اصل جبران همه خسارات، به جستجوی چنین اصلی در رویکردهای کثرت‌گرای فلسفه مسئولیت مدنی برخاستیم. حاصل این بررسی نشان داد در میان این دسته از رویکردها نیز نظریه‌ای که چنین اصلی از آن مستفاد شود وجود ندارد. بر اساس یافته‌های مقاله حاضر، به نظر می‌رسد اعتقاد به چنین اصلی، هم از بُعد عملی ناممکن و باعث کاهش کارایی مسئولیت مدنی در مهندسی فعالیت‌های اجتماعی و هم از بُعد نظری فاقد مبنای استدلالی است. پیشنهاد می‌شود استناد به چنین اصلی به‌عنوان راهنمایی که در موارد سکوت قانون باید مورد عمل قرار بگیرد از ادبیات مسئولیت مدنی ایران حذف گردد.

واژگان کلیدی: اصل جبران همه خسارات، تکمیل‌گرایی حقوقی، کثرت‌گرایی، مبانی فلسفی، مسئولیت مدنی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۶/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.50748.3106

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت است.^۱ در برخی نظام‌های حقوقی، این اصل، اصلی بدون استثنا دانسته شده^۲ و همچنین بیان شده است که از میان کارکردهای متعدد مسئولیت مدنی، تدارک زیان مهم‌ترین آنها به‌شمار می‌رود.^۳ بنابراین، اینکه چه خساراتی و تحت چه شرایطی قابل جبران هستند بنیادی‌ترین مبحث مسئولیت مدنی به‌شمار می‌رود. با اینکه در قوانین ایران به‌صراحت اصلی تحت عنوان لزوم جبران همه خسارات به‌رسمیت شناخته نشده و در قوانین هم به صورت پراکنده بخشی از خسارات به‌عنوان خسارات قابل جبران مطرح شده است، از تتبع در تألیفات برخی استادان و پژوهشگران حقوق مسئولیت مدنی می‌توان چنین نتیجه گرفت که ایشان ضمن بیان اینکه وجود ضرر یکی از ارکان ایجاد مسئولیت مدنی است^۴ معتقد به وجود اصلی تحت عنوان «اصل لزوم جبران همه/کلیه خسارات»^۵ هستند.^۶ بر اساس این اصل، هر زیانی، صرف‌نظر از نوع آن اعم از مادی و

۱. ناصر کاتوزیان، مسئولیت مدنی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۵، ۱۳۸۵)، ص ۵۲.

۲. به نقل از مهرزاد ابدالی، «عدم بازدارندگی اصل جبران خسارت در قراردادهای مصرف (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۴۰۰)، ص ۱.

۳. علی قسمتی تبریزی، «اصل جبران کامل زیان»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۳ (۱۳۹۴)، ص ۱۳۶.

۴. همان، ص ۲۴۱.

۵. نکته مهمی که در مقام تبیین محل دقیق نزاع باید مورد اشاره قرار گیرد این است که نباید مفاد این اصل از یک سو و مفاد اصل جبران کامل خسارت از سوی دیگر خلط شود. بر اساس مفاد اصل جبران همه/کلیه خسارات، هر کس هر نوع زیانی به دیگری وارد نماید و از این راه یکی از ارکان مسئولیت مدنی (وجود ضرر) را به‌وجود آورد، در صورت جمع بودن دیگر شرایط مسئولیت مدنی (فعل زیان‌بار و رابطه سببیت) ضامن جبران خسارت خواهد بود (ایرج بابایی، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، حقوق عمومی، ش ۱۶ (۱۳۸۴)، ص ۴۶؛ ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۴۱). برخی از معتقدان به این اصل چنین بیان می‌دارند که «ضرر، مشروع و نامشروع و روا و ناروا ندارد و هرچه که عرفاً ضرر باشد و از سوی انسانی بر انسان دیگر وارد شود ... باید جبران شود» (حمید بهرامی احمدی، ضمان قهری، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۲، ۱۳۹۳)، ص ۳۴). ملاحظه می‌شود که اصل جبران همه خسارات در بی پاسخگویی به این پرسش است که آیا اصولاً تکلیفی به جبران همه مصادیق خسارات وجود دارد؟ آیا از نظر مبنایی، نظام حقوقی باید در برابر هر ضرری که به شخصی وارد می‌شود واکنشی نشان دهد یا برخی از ضررها را به‌عنوان لازمه زندگی اجتماعی باید پذیرفت و بدون جبران رها نمود؟ پاسخ معتقدان به این اصل، به پرسش پیش‌گفته مثبت است درحالی‌که مثلاً پاسخ نظام حقوقی انگلیس به این سؤال، منفی است (به نقل از سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۶۲) به‌نظر می‌رسد بررسی این اصل با معنایی که از آن اراده شد باید در سپهر «مبنای مسئولیت مدنی» صورت گیرد. این درحالی است که بر اساس مفاد اصل جبران کامل خسارت، خسارت قابل جبران باید به نحو تمام و کمال جبران شود بدون آنکه جبران خسارت موجب افزایش دارایی زیان‌دیده گردد (ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، ص ۱۹۴). در حقیقت، اعمال اصل جبران کامل خسارت که از

معنوی و بدنی، در صورت جمع بودن دو رکن دیگر مسئولیت مدنی (فعل زیان‌بار و رابطه سببیت)، باید جبران شود.^۷ برخی متفکران مانند ریبر مسئولیت مدنی را چیزی جز جبران خسارت نمی‌دانند^۸ و در برخی تألیفات، این اصل به‌صراحت مهم‌ترین اصل حاکم بر مسئولیت مدنی قلمداد شده است.^۹ همچنین گرچه در بسیاری از تألیفات دیگر، تصریحی بر وجود این اصل دیده نمی‌شود، اما با توجه به اینکه عموماً اعتقاد بر این است که ضرر مفهومی عرفی است^{۱۰}، مشاهده می‌شود که هنگام رویارویی با نوع خاصی از خسارات، به‌جای انجام بررسی در خصوص قابل جبران دانستن یا ندانستن آن، بحث‌ها عمدتاً متمرکز بر این است که آیا آن نوع خاص اصلاً ضرر محسوب می‌شود و آیا شرایط ضرر قابل جبران در مورد آن مصداق دارد یا خیر؟ گویی اعتقاد بر این است که اگر اثبات شود این نوع ضرر محسوب می‌شود، بر اساس اصل از قبل مُسَلَّم قابل جبران بودن همه خسارات، به‌راحتی

نظر رتبی پس از قابل جبران تشخیص دادن خسارت مورد بحث است صرفاً به این معناست که پس از اینکه تشخیص دادیم خسارت باید جبران شود، میزان این جبران تا چه اندازه خواهد بود؟ آیا جبران خسارت می‌تواند کمتر یا بیشتر از خسارت واردشده باشد و باعث دارا شدن زیان دیده به میزانی بیش از خسارت وارده یا در سمت مقابل، بلاجبران ماندن قسمتی از زیان وارده به وی گردد؟ پاسخ معتقدان به این اصل، منفی است و ایشان بیان می‌دارند که اصل این است که خسارت دریافتی به میزان ضرری خواهد بود که زیان دیده متحمل شده است (سید حسین صفایی، و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، (تهران: انتشارات سمت، چ ۹، ۱۳۹۵)، ص ۲۵۴). به‌نظر می‌رسد بررسی این اصل باید در قسمت «آثار مسئولیت مدنی» و ذیل عنوان «نحوه تعیین میزان خسارت» به‌عمل آید. حاصل بحث اینکه از نظر استدلالی هیچ منعی ندارد شخصی بر آن باشد که اصل، جبران همه خسارات نیست، اما در عین حال، اصل، جبران کامل خسارت یا به تعبیر کامل‌تر، اصل، جبران کامل خسارت قابل جبران است. لزوم وجود چنین تفکیکی به‌روشنی و با تمایز بیشتر در برخی منابع نیز مورد تصریح قرار گرفته است (مهدی خادم سربخش و هدایت‌الله سلطانی‌نژاد، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، ش ۱۲ (۱۳۹۲)، ص ۲۲). برخی از مؤلفان دیگر نیز که به‌صراحت به این تمایز اشاره نکرده‌اند، ضمن قابل ایراد دانستن اصل جبران همه خسارات (سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، ص ۱۶۲ و ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، ص ۴۲)، اصل جبران کامل خسارت را مورد پذیرش قرار داده‌اند (سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، ص ۲۵۴ و ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، ص ۱۹۴).

۶. نک: ناصر کاتوزیان، پیشین، صص ۳۷ و ۲۹۶؛ حمید بهرامی احمدی، پیشین، صص ۲۱، ۳۶، ۱۲۳، ۱۳۴؛ حمید بهرامی احمدی، قواعد فقه؛ قاعدة لاضرر، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۲، ۱۳۹۰)، ص ۴۱۱؛ علیرضا یزدانینان، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۱۰۲؛ روح‌الله مهمان‌نوازان، خسارات قابل جبران در حقوق ایران، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۲، ۱۳۹۰)، ص ۲۴۵؛ ناصر قربان‌نیا، «مطالعه‌ای پیرامون مسئولیت مدنی دولت در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، نامه مفید، ش ۱۳ (۱۳۷۷)، ص ۱۳۴.
۷. ایرج بابایی، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، حقوق عمومی، ش ۱۶ (۱۳۸۴)، ص ۴۶.
۸. به نقل از حسن بادینی، «هدف مسئولیت مدنی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۲۰ (۱۳۸۳)، ص ۶۴.
۹. حجت مبین، نظریه قابلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۵۱.
۱۰. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، ص ۸۱.

می‌توان حکم به جبران آن داد^{۱۱}. نتیجه اعتقاد به این دیدگاه این است که از نظر این دسته از استادان، در مواجهه با انواع مختلف خسارت، بدون نیاز به نص قانونی خاص برای تجویز جبران خسارت، اصل بر قابلیت جبران بوده و خلاف آن (عدم قابلیت جبران) نیازمند تنصیح قانون‌گذار است^{۱۲}. به نظر می‌رسد اعتقاد به وجود این اصل و اجرای لوازم آن، امروزه قول مشهور حقوق‌دانان حوزه مسئولیت مدنی ایران است. در مقابل این عده، برخی از حقوق‌دانان با استناد به ادله‌ای و به‌خصوص با استناد به مطالعات تطبیقی، پذیرش وجود چنین اصلی را به‌چالش کشیده‌اند^{۱۳}.

به هر روی، دامنه اعتقاد به چنین اصلی، از مکتب‌خانه حقوق و منازعات صرف‌نظری، فراتر رفته و از مدرسه به محکمه رسیده است. البته رویه قضایی ما در این خصوص، مضطرب و مردد است. از تدقیق در آرای مرتبط محاکم این نتیجه به‌دست می‌آید که دو رویکرد عمده در بین محاکم ما نسبت به این اصل وجود دارد؛ رویکرد اول، این است که به‌نظر می‌رسد برخی دادگاه‌ها به‌خصوص در مواردی که حکم به جبران خسارت موجب بار مالی مضاعف بر عامل زبانی می‌شود که از قبل به‌موجب احکام قانونی و قواعد دیگر، زیان را تا حدی قابل قبول جبران نموده است، از این اصل تخطی نموده، حکم به عدم جبران خسارت می‌دهند. نمونه بارز این رویکرد را می‌توان در تصمیم بعضی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در نقض حکم به جبران خسارت معنوی در پرونده‌های مشهور به «خون‌های آلوده» دانست. در این دسته از پرونده‌ها که در آنها خواهان‌ها، قربانی تزریق خون آلوده به بیماری‌های هپاتیت و ایدز در اثر تقصیر از جانب مقامات مرتبط دولتی در حوزه بهداشت و درمان شده بودند، یکی از مستندات دادگاه بدوی برای صدور حکم به تعیین مبلغی مازاد بر دیه و ارش به‌عنوان جبران خسارت معنوی ناشی از صدمات بدنی، به‌صراحت این اصل قرار داده شده است که «هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند». آرای متعدد صادره از

۱۱. ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، ص ۴۱.

۱۲. از جمله نک: ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۲. مهرباب داراب‌پور، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۳۳. علیرضا باریکلو، مسئولیت مدنی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۵)، ص ۲۴.

۱۳. نک: سیدحسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، ص ۱۶۲؛ ایرج بابایی، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، حقوق عمومی، ص ۷۹؛ ایرج بابایی، حقوق مسئولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضایی، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۳۳.

دادگاه‌های بدوی که متضمن حکم به جبران این قبیل خسارات، از جمله، مستند به اصل جبران همه خسارات بود متعاقباً در برخی از شعب دادگاه تجدیدنظر نقض شد. البته این دسته از دادگاه‌های تجدیدنظر، هیچ‌گاه نفیاً یا اثباتاً در خصوص این اصل اعلام موضع نکردند. منتها با استناد به اصول و قواعد دیگر، خسارات متضمن دیه و ارش و هزینه درمان را تأیید و مازاد بر آن را رد کردند.^{۱۴} با توجه به تعدد قربانیان این پرونده‌ها و متعاقباً هزینه‌ها را پذیرش خواسته آنها در این قسمت و نیز با توجه به عدم اظهار نظر این دسته از دادگاه‌های تجدیدنظر در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش وجود این اصل در حقوق ایران، به نظر می‌رسد رویکرد مبنی بر عدم پذیرش این اصل، بیشتر از آنکه برگرفته از استدلال حقوقی باشد ناشی از ملاحظات مربوط به مصالح اجتماعی (باز نکردن دروازه طرح دعاوی متعدد مسئولیت مدنی و نینداختن بار گران جبران برخی از خسارات بر روی دوش عامل زیان و در این پرونده خاص، دولت) است.^{۱۵} رویکرد دوم ملاحظه شده در دادگاه‌ها این است که در پرونده‌هایی که ارتباطی با بالا بردن غیرقابل تحمل هزینه‌های ناشی از جبران زیان ندارد و به خصوص در مواردی که عایدی خواهان از قبیل استناد به دیگر اصول و قواعد، کمتر از میزان ضرری است که در واقع به او وارد شده است (مثلاً در جایی که دیه دریافتی حتی کفاف هزینه‌های گزاف درمانی را نمی‌دهد)، استناد به این اصل را پذیرفته‌اند.^{۱۶} استناد به اصل لزوم جبران همه ضررها با بیان این عبارت که «هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند»، در آرای قضایی به مواردی که موضوع دعوا دیه و خسارات بدنی است، محدود

۱۴. متن کامل آرای مربوط به این دسته از پرونده‌ها ذیل عنوان آرای قضایی دسته اول، از طریق لینک‌های موجود در بخش فهرست منابع، قابل مشاهده خواهد بود.

۱۵. البته شایان ذکر است در همین دسته از پرونده‌ها، در شمار کمتری از آرای صادره از شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران، این دادگاه‌ها بدون آنکه رأساً استدلالی ارائه نمایند رأی دادگاه بدوی در خصوص وارد دانستن دعوی مطالبه خسارت مازاد بر دیه و نیز حکم به ارش از باب جبران خسارت معنوی را با توجه به استدلال‌های یادشده در رأی بدوی، عیناً ابرام نموده‌اند. به هر حال صدور آرای متهاافت در موضوع واحد از سوی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، خود، از تشتت و اضطراب موجود در این زمینه در بین محاکم قضایی نشان دارد. لینک مربوط به یکی از آرای صادره از دادگاه بدوی که عیناً در دادگاه تجدیدنظر ابرام شد و می‌توان آن را مصداقی از آنچه بیان شد دانست، ذیل عنوان آرای قضایی دسته دوم، از طریق لینک‌های موجود در بخش فهرست منابع قابل مشاهده است.

۱۶. متن کامل آرای مربوط به این دسته از پرونده‌ها ذیل عنوان آرای قضایی دسته سوم، از طریق لینک‌های موجود در بخش فهرست منابع قابل مشاهده خواهد بود.

نمانده و در مواردی نظیر تعیین وجه التزام قراردادی، هرچند گزاف، نیز مورد استناد قرار گرفته است.^{۱۷}

با توجه به اینکه در بسیاری از مصادیق خسارت‌ها، حکم صریحی در قانون پیش‌بینی نشده (مثل موقعیت‌های عملی، خسارات صرفاً اقتصادی، از دست دادن فرصت، خسارات مازاد بر دیه^{۱۸}، خسارت از دست دادن حق استفاده از مال^{۱۹}، خسارت مالی ناشی از محرومیت از کار در توقیف و حبس غیرقانونی^{۲۰}، خسارات ناشی از نقص دانش بشری^{۲۱}) و نیز در برخی موارد که جبران خسارت مورد تصریح قرار گرفته (همانند مواردی که حکم به پرداخت خسارت از بیت‌المال شده است)، حکم قانون مبهم است^{۲۲}، اعتقاد یا عدم اعتقاد ما به وجود چنین اصلی، نقش مؤثری در قابل جبران دانستن یا ندانستن این دسته از خسارات خواهد داشت. همچنین در صورتی که حقوق مسئولیت مدنی را ابزاری مؤثر برای مهندسی فعالیت‌ها در سایر حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی بدانیم، اعتقاد یا عدم اعتقاد به چنین اصلی تأثیر بسزایی در انعطاف و کارایی ابزار مسئولیت مدنی برای ساماندهی فعالیت‌های یادشده خواهد

۱۷. ر.ک. رأی شماره ۹۲۰۹۹۸۲۱۶۱۷۰۰۴۲۰ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۳ صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، قابل دسترسی در سامانه ملی آرای قضایی. قابل دسترسی در لینک ذیل، تاریخ بازبینی ۱۴۰۱/۷/۳:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/25817>

۱۸. البته در بند «الف» ماده ۱ «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵، به صراحت هزینه‌های معالجه نیز قابل مطالبه دانسته شده‌اند؛ منتها به دلیل اینکه این مقرر صرفاً ناظر بر موضوع خاص تحت شمول خود است، رویه قضایی هنوز در خصوص قابلیت مطالبه این دسته خسارات، در سایر موارد، مردد است و رویه واحدی به چشم نمی‌خورد.

۱۹. (Loss of Use or Lost Use) برای دیدن منظور از این نوع خسارت و نظام حاکم بر حقوق ایران و حقوق تطبیقی در این خصوص، ر.ک. منصور امینی و مونا عبدی، «بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظام‌های حقوقی ایالات متحده آمریکا و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۴ (۱۴۰۰)، ص ۱ به بعد.

۲۰. برای دیدن استدلال‌های گوناگون در خصوص مضمونه یا غیرمضمونه بودن این خسارت در فقه و حقوق ایران، ر.ک. راضیه محب پور حقیقی، و سید محمدحاشم پورمولا، «جبران خسارت مالی محرومیت از کار در توقیف و حبس غیرقانونی و اشتباهی از دیدگاه فقه امامیه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۱ (۱۳۹۹)، ص ۲۱۷ به بعد.

۲۱. برای دیدن نظام حقوقی حاکم بر این نوع از خسارات که «خطرهای توسعه» نیز نامیده می‌شود و دیدن استدلال‌های مختلف در خصوص مضمونه یا غیرمضمونه بودن آنها و مناقشه در این ادله، ر.ک. احمد دیلمی، و سید روح‌اله قاسم‌زاده، «مسئولیت مدنی ناشی از خطرهای ناشناخته فرآورده در حقوق ایران و فقه امامیه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، ص ۲۱ به بعد.

۲۲. در خصوص نظامات حاکم بر پرداخت خسارت از بیت‌المال و تبیین برخی احکام مبهم قانونی در این زمینه، ر.ک. منصور رحمدل، «پرداخت دیه از بیت‌المال»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۸ (۱۳۹۸)، ص ۷۵ به بعد.

داشت؛ به این شکل که اگر از قبل و به‌عنوان یک اصل کلی معتقد باشیم که هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند (اعتقاد به وجود اصل لزوم جبران همه خسارات)، کارایی و انعطاف حقوق مسئولیت مدنی جهت ساماندهی فعالیت‌های اقتصادی - اجتماعی رو به کاهش خواهد نهاد؛ چراکه نمی‌توان - یا حداقل به‌دشواری می‌توان - بنا بر نیازها و مقتضیات جامعه حکم نوع خاصی از ضرر را بنابه مصالحی که سیاست‌گذاران حقوقی ممکن است تشخیص دهند دستخوش تغییر نموده، خلاف این اصل عمل کرد؛ درحالی که در صورت قول به نبودن چنین اصلی، با آزادی تمام می‌توان بنا بر مصالحی که در زمان‌ها و مکان‌های مختلف ممکن است از سوی مقنن تشخیص داده شود، حکم هر نوع خاص از ضرر را تعیین نموده، به مرحله اجرا گذاشت. قضات نیز در صورت نبودن نص قانونی خاص، بدون محدودیت خاصی می‌توانند بنا بر مصالح موجود در پرونده و با رعایت موازین قانونی و قواعد حقوقی دیگر، آرای خود را صادر نمایند.

همچنان که پیش‌تر گفته شد، برخی از حقوق‌دانان برخلاف نظر مشهور معتقدند چنین اصلی در حقوق ما وجود ندارد. اکنون باید تأکید نمود بررسی دیدگاه این دسته از استادان بیشتر از آنکه معطوف به ملاحظات و استدلال‌های فلسفی و مبنایی باشد معطوف به این است که آیا از قوانین موجود و مبنای فقهی نظام حقوقی ما می‌توان وجود چنین اصلی را استنتاج نمود یا خیر؟ درحالی که مقاله حاضر این امر را مورد بررسی قرار می‌دهد که آیا از بُعد توصیفی اصولاً نظریه‌ای در مبنای کثرت‌گرای فلسفه مسئولیت مدنی وجود دارد که اقتضای آن لزوم جبران همه خسارات باشد؟ با توجه به اینکه در موارد ابهام قانونی، جهت دستیابی به نظام حقوقی مطلوب، برای بررسی و سپس اتخاذ رویکرد مناسب باید به ریشه‌های فلسفی نظریاتی مراجعه کرد که مبنای وضع قانون قرار می‌گیرند، به‌نظر می‌رسد جای چنین تحقیقی در مطالعات بنیادین حقوقی در حقوق ایران خالی است.

به‌منظور تقریر بهتر محل نزاع باید بیان داشت آبخور اصل ادعایی «لزوم جبران همه خسارات» در حقوق ایران ناگزیر یا باید در مبنای عقلی (فلسفی) یا - با توجه به ریشه‌های مذهبی حقوق ما - باید در مبنای نقلی (فقهی و روایی) جستجو گردد. چنین جستجاری در مبنای فقهی خارج از حوصله مقاله حاضر بوده، در جای خود انجام خواهد شد. مبنای عقلی

(فلسفی) نیز در خود به دو قسمت مبانی فلسفی وحدت‌گرا و مبانی فلسفی کثرت‌گرا قابل تقسیم است. دلیل تحدید بررسی مقاله حاضر به نظریات فلسفی کثرت‌گرا، این است که مبانی عمده فلسفی وحدت‌گرا پیش‌تر در مقاله دیگری که از سوی نگارندگان مقاله حاضر نوشته شده، از این حیث، بررسی و در پایان ملاحظه شد که هیچ مبانی وحدت‌گرایی که قائل به وجود چنین اصلی باشد، وجود ندارد.^{۳۳} در مقام بیان دلیل بررسی مبانی فلسفی از حیث انطباق یا عدم انطباق با اصل جبران همه خسارات باید بیان داشت اگر منظور بررسی وجود یا نبود چنین اصلی است قطعاً انجام چنین جستجویی بدون نظر به مبانی مسئولیت مدنی، جستجویی است که نمی‌توان آن را کامل دانست؛ چراکه مبانی مسئولیت مدنی به منزله بنیادهایی هستند که رویکردهای مختلف نظام‌های حقوقی گوناگون، به موجبات، ارکان و شرایط مسئولیت مدنی از این رویکردها منبعث می‌شود؛ اینجاست که یک نظام حقوقی تصمیم می‌گیرد که چه رویکردی از مسئولیت مدنی را اتخاذ کند. مبانی مسئولیت مدنی بنیادهای استدلالی یک نظام مسئولیت مدنی هستند که ترسیم می‌کنند چرا باید بر شخصی مسئولیت مدنی تحمیل شود و بر شخص دیگر نه. بنابراین، اگر قرار است اصلی تحت عنوان اصل جبران همه خسارات وجود داشته باشد قطعاً باید بتوان در بین اهدافی که از سوی نظریات مبانی گوناگون برای حقوق مسئولیت مدنی ترسیم می‌شود، مبانی استدلالی چنین اصلی را پیدا نمود. از همین منظر است که جستجوی خود را برای یافتن پایگاه اصل جبران همه خسارات، از مبانی فلسفی مسئولیت مدنی آغاز می‌نماییم. باید در بین نظریات مختلفی که در صدد توجیه و تبیین نظام مسئولیت مدنی هستند و اهدافی را برای اعمال قواعد مسئولیت مدنی بیان می‌نمایند جستجو کرد و نسبت هریک را با اصل جبران همه خسارات، بررسی نمود. چنین جستجویی گرچه با توجه به رویکرد عقلانی خود، در مرحله پیشاقانونی بوده، ناظر به نظام حقوق خاصی نیست، اما قطعاً هدف نگارندگان مقاله حاضر، استفاده از نتایج این پژوهش در نظام حقوقی ایران است. به عبارت دیگر، اگر حاصل مطالعات ما در بررسی مبانی و آبخورهای عقلانی (فلسفی) اصل جبران همه خسارات ما را به این نقطه رهنمون گرداند که هیچ‌یک از مبانی عمده عقلی (فلسفی) در حوزه حقوق

۳۳. حبیب‌الله رحیمی و سید نورالله شاه‌رخ، «بررسی اصل جبران همه خسارات از حیث انطباق با مبانی وحدت‌گرا در حوزه فلسفه مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوقی، ش ۲ (۱۴۰۰)، صص ۱۸۱-۱۴۷.

مسئولیت مدنی (اعم از وحدت‌گرا و کثرت‌گرا)، اقتضایی مبنی بر لزوم جبران همه خسارت‌ها ندارند، می‌توان در نتیجه بر این باور بود که دست‌کم چنین پایگاه قابل اتکای عقلانی نداشته، در صورتی که جایگاه نقلی آن نیز در جای خود، بررسی و در نتیجه مخدوش یا متزلزل تشخیص داده شود، می‌توان آن را از نظام حقوقی ایران حذف کرد تا به‌عنوان اصل راهنما و اساسی در تفسیر قوانین شمرده نشود.

بنابراین مسئله مورد بررسی در مقاله حاضر، بررسی وجود یا نبود چنین اصلی به‌عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی است که به‌ویژه در موارد سکوت قانون باید به‌عنوان اصلی راهنما مورد عمل قرار گیرد.

اکنون باید دید آیا اولاً از لحاظ نظری می‌توان از بین خوانش‌های کثرت‌گرا به روایتی دست یافت که مدعی باشد همه خسارت‌ها باید جبران شود و ثانیاً اگر از لحاظ نظری چنین نظریه‌ای یافت نمی‌شود، آیا از لحاظ عملی می‌توان نظریه‌ای کثرت‌گرا یافت که بدون آنکه در مرحله نظری چنین ادعایی داشته باشد، در مرحله عمل، خوانشی از کثرت‌گرایی به‌دست دهد که نتیجه آن اصل جبران همه خسارات یا چیزی شبیه آن باشد؟ البته باید توجه داشت که به دلیل جلوگیری از اطناب، ما در این بخش فقط نظریاتی را مورد بررسی قرار می‌دهیم که با مرزهای آشکار از یکدیگر متمایز هستند و از بررسی نظریات درون یک طیف و نزدیک به هم خودداری می‌کنیم؛ این نکته را هم باید در نظر داشت که مقایسه همه‌جانبه این نظریات با یکدیگر تقریباً غیرممکن است، زیرا این طور نیست که همه این نظریات هر سه هدف عمده پیشنهادشده برای حقوق مسئولیت مدنی (عدالت اصلاحی، عدالت توزیعی و بازدارندگی بهینه)^{۳۴} را به‌صورت جداگانه و مستقل مورد بررسی قرار داده، نسبت به آنها اعلام موضع نموده باشند. البته این درست است که هر کدام از این نظریات سعی دارد موازنه‌ای بین اهدافی که کاملاً با یکدیگر متمایز هستند برقرار سازد.

در این مقاله در ابتدا نظریات مهم کثرت‌گرا را از زبان عمده‌ترین معتقدان به این نظریات مطالعه خواهیم نمود. در پایان مطالعه هر نظریه بررسی خواهیم کرد که آیا از مفاد

۳۴. برای دیدن مفاد و مقصود از این اهداف و ارزیابی انتقادی آنها، ر.ک. مقاله‌ای از نویسندگان حاضر که در خصوص اهداف وحدت‌گرایی حقوق مسئولیت مدنی نگاشته شده است: همان، ص ۱۴۷ به بعد.

آن نظریه، اصل جبران همه خسارات مستفاد می‌شود یا خیر. در قسمت فرجام سخن نیز نتیجه‌گیری کلی این بررسی‌ها را فرارو خواهیم گذاشت.

۱. بیان نظریات

۱.۱. تقسیم مطالب

از نظر کثرت‌گرایان، قواعد ماهوی مسئولیت مدنی از طریق اصل واحدی قابل توجیه نیست، بلکه ملاحظات گوناگون مربوط به رعایت «عدالت بین طرفین» و «عدالت اجتماعی» تحمیل مسئولیت را توجیه می‌کند.^{۲۵} نظریات ارائه‌شده در این قسمت به نحوی انتخاب شده‌اند که نمایانگر کلیه اشکال رایج کثرت‌گرایی باشند. در یک شکل از کثرت‌گرایی، ضمن انتخاب چند مبنا برای مسئولیت مدنی (به نحوی که در دایره کثرت‌گرایی قرار بگیرد)، برتری به یک مبنا داده می‌شود و مبانی دیگر به‌عنوان مبنای تعدیل‌کننده و فرعی در کنار مبنای اصلی انتخاب‌شده مورد استفاده قرار می‌گیرند. برخی از نظریات این دسته، برتری را به مبنای اخلاقی (غیرابزارگرا) (نظریه اول مورد بررسی) و برخی دیگر برتری را به مبنای ابزارگرا اختصاص می‌دهند (نظریه دوم مورد بررسی). در نقطه مقابل این دسته و در سر دیگر طیف نظریه‌های کثرت‌گرا، نظریاتی نیز وجود دارند که ضمن حفظ تعدد مبنا، هیچ کدام از مبانی ارائه‌شده را بر دیگری برتری نمی‌دهند و از این حیث، سعی دارند ترکیبی ارائه نمایند که انعطاف بیشتری در مواجهه با موقعیت‌های گوناگون خسارات غیرقراردادی داشته باشند (نظریه چهارم مورد بررسی). حد وسط این دو دسته نیز نظریاتی هستند که سعی می‌کنند کثرت‌گرا بودن را به این نحو بازتاب دهند که به هنگام بحث از مبنای فلسفی، یک نظریه را به‌عنوان نظریه منتخب بپذیرند و در موقع بحث از شیوه اجرا، نظریه‌ای دیگر را بپذیرند (نظریه سوم انتخاب شده). توضیح اینکه، در این نظریه، اخلاق به‌عنوان هدف و مبنای فلسفی و تحلیل اقتصادی حقوق به‌عنوان شیوه مطلوب اجرایی برای دستیابی به آن هدف انتخاب شده است.

در ادامه، ابتدا خوانش‌های مختلف از کثرت‌گرایی تبیین شده و سپس مورد ارزیابی

۲۵. حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۶۷.

انتقادی قرار گرفته است.

۲.۱ تکمیل‌گرایی^{۲۶} (تلاشی برای هماهنگی بین عدالت اصلاحی و توزیعی)

۱.۲.۱ تبیین نظریه

در سال ۱۹۹۳، *ایزاک/انگلارد*^{۲۷} مفهوم تکمیل‌گرایی^{۲۸} را ارائه داد و سپس در آثار دیگر خود آن را توضیح داده، تبیین نمود^{۲۹}. ایده اصلی تکمیل‌گرایی به‌وسیله فیزیک‌دان دانمارکی و برنده جایزه نوبل، نیلز بوئر^{۳۰}، در سال ۱۹۲۷ و به‌منظور توضیح نظریه «دوگانگی موج و ذره»^{۳۱} در مکانیک کوانتوم و در مقام پاسخ به این سؤال که بالاخره نور، نوعی از موج است یا از ذره تشکیل شده است، ارائه شد^{۳۲}. بر اساس این اصل، توضیح کامل و فهم همه‌جانبه واقعیت‌های موجود در عالم فیزیک، مستلزم پذیرش ترکیبی از دو نظریه معارض است. هرکدام از این دو نظریه، بخشی متفاوت و البته ناکامل از واقعیت را فرارو می‌گذارد و فقط در صورتی که یک نظریه به کمک نظریه دیگر «تکمیل» شود، می‌توان به توصیفی کامل از واقعیت رسید. آنچه از منظر بحث ما اهمیت دارد این است که بوئر معتقد بود این نظریه به علم فیزیک محدود نیست و می‌تواند در سایر شاخه‌های علم هم مورد استفاده قرار

26. Complementarity

27. Izhak Englard, *حقوق‌دان یهودی*، متولد ۱۹۳۳، دانش‌آموخته دکتری حقوق در دانشگاه پاریس، استاد مدعو از جمله در دانشگاه‌های بیل و کلمبیا.

28. چون تکمیل‌گرایی حقوقی، اعمال نظریه‌ای است که سابقاً در علم فیزیک مطرح شده بود، به‌ناچار در حدی که به فهم این نظریه کمک کند، تکمیل‌گرایی در عالم فیزیک هم در مباحث پیش رو تبیین می‌شود.

29. See: Englard, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, (Aldershot, Hants., England: Dartmouth Publishing Company, 1993), at pp. 85 to 92; Englard, Izhak, "The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law", David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1995), at p. 183; Englard, Izhak, "the Cost of Accidents: A Retrospect View from the Cathedral", *Maryland Law Review*, Vol. 64 (2005), p. 361.

30. Niels Bohr.

31. Wave-Particle Duality.

32. بیان‌کننده این مفهوم در علم فیزیک که هر کوانتوم که کمترین مقدار ممکن از یک کمیت است یا می‌تواند به‌صورت ذره یا به‌صورت یک موج توصیف شود؛ بر اساس این ایده، هرکدام از مفاهیم کلاسیک «ذره» یا «موج» به‌تنهایی نمی‌توانند به‌صورت کامل، رفتار کمیت‌هایی آن‌قدر کوچک در حد یک کوانتوم را توضیح دهند.

33. به نفع هر کدام از دو نظریه، شواهد آزمایشگاهی وجود داشت و این باعث سردرگمی دانشمندان این حوزه شده بود. از نظر علم فیزیک، مفهوم نور و مفهوم ذره، مانع‌الجمع هستند و چیزی نمی‌تواند در آن واحد هم این باشد و هم آن.

بگیرد^{۳۴}. مثلاً او معتقد بود اصل تکمیل‌گرایی می‌تواند به مناقشه معروف جبر و اختیار در روان‌شناسی رفتار انسان خاتمه دهد^{۳۵}. با توجه به چنین سابقه‌ای، انگلارد مفهوم تکمیل‌گرایی را به‌عنوان مبنای فلسفی کثرت‌گرایی در حقوق مسئولیت مدنی، پیشنهاد نمود. انگلارد معتقد است به‌همان نحو که تکمیل‌گرایی می‌تواند در زیست‌شناسی و روان‌شناسی مورد استفاده قرار بگیرد به‌همان نحو هم می‌تواند در نظریه‌پردازی حقوقی، چه از نوع توصیفی و چه از نوع هنجاری، مورد استفاده باشد. وی در مقام بیان نمونه‌هایی از نظریه‌های معارض که می‌توانند با استفاده از مفهوم تکمیل‌گرایی، تحت لوای یک نظریه کثرت‌گرا مورد استفاده قرار بگیرند، عدالت اصلاحی از یک سو و عدالت توزیعی از سوی دیگر (دو گونه مانع‌الجمع از عدالت) و نیز اخلاق کانتی از یک طرف و اخلاق سودمحور از طرف دیگر (دو گونه مانع‌الجمع از معیار رفتار اخلاقی)^{۳۶} را مورد اشاره قرار می‌دهد. هرکدام از دو نظریه معارض، دیگری را محدود می‌کند و بنابراین به‌جای یک نظریه یکنواخت، با نظریه‌ای مرکب از اختلاط دو نظریه معارض، اما منسجم و هماهنگ، مواجه خواهیم بود که هرکدام بر دسته‌ای از موارد حکومت می‌کند^{۳۷}. این نظریه آن‌گونه که انگلارد در عرصه حقوق آن را ارائه می‌نماید عمدتاً در پی حل تعارض بین عدالت اصلاحی و توزیعی و در صدد ایجاد هماهنگی بین این دو هدف است. از نظر انگلارد، همچنان که مفهوم نور به‌عنوان ذره، تکمیل‌کننده مفهوم نور به‌عنوان موج است، مفهوم عدالت در معنای توزیعی آن، تکمیل‌کننده مفهوم عدالت در معنای اصلاحی آن است. انگلارد، از یک‌طرف الزام فاعل زیان به جبران خسارت و اعمال مجازات مدنی را به‌عنوان بخشی از نظریه عدالت اصلاحی و از طرف دیگر بازدارندگی و توزیع زیان را به‌عنوان اجزایی از نظریه عدالت توزیعی (جمع

۳۴. خود بوئر در مقاله‌ای از اصل تکمیل‌گرایی حتی در مردم‌شناسی هم استفاده کرده است:

Niels Bohr, "Natural Philosophy and Human Cultures", *Nature Magazine*, Vol. 143 (1939), pp. 271-272.

35. Henry J. Folse Jr., "Complementarity and the Description of Nature in Biological Science", *Biology and Philosophy*, Vol. 5 (1990), p. 211.

۳۶. بر اساس خوانش کانت، معیار اخلاقی بودن در ذات خود عمل و انگیزه‌های انجام آن و به‌هرحال صرف‌نظر از نتایج آن نهفته است و بر اساس خوانش سودمحور، معیار اخلاقی بودن در سودی است که درنهایت از آن رفتار عاید می‌شود و چیزی به نام ذات رفتار، صرف‌نظر از نتایج آن، نمی‌تواند منشأ دآوری در خصوص اخلاقی بودن رفتار باشد.

Michael Palmer, *Moral Problems*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 11.

37. Izhak England, "The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law", *op. cit.*, pp. 193-194.

بین اهداف ابزارگرا) قلمداد می‌نماید و به این ترتیب بین این سه هدف عمده وحدت‌گرا، جمع می‌کند.^{۳۸} بنابر عقیده انگلارد همیشه ضروری است که در هر حادثه زیان‌بار امکان یا عدم امکان اعمال همه اهداف مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار گیرد.^{۳۹} البته از نظر وی، چنین نیست که عدالت توزیعی همیشه با عدالت اصلاحی در تعارض باشد؛ برای مثال، این تصور که یک شخص ثروتمند، با سخاوت بیشتری به اشخاص فقیر کمک خواهد کرد (مفهوم مشهور جیب بزرگ) - که مفهوم بنیادین نظریه عدالت توزیعی تلقی می‌شود - مبتنی بر یک ایده اخلاقی (سخاوت) است و ابتدای حقوق بر اخلاق به نوبه خود مفهوم بنیادین نظریه عدالت اصلاحی نیز تلقی می‌شود. به همین نحو چنین نیست که صرف وجود عناصر دعوی تقصیر، از جمله وجود رابطه سببیت، همیشه برای تحمیل مسئولیت کافی باشد، بلکه وجود مبنایی اخلاقی برای این امر هم مورد نیاز است؛ بنابراین درجایی که یک خواننده ثروتمند باعث آسیب می‌شود اما مقصر نیست، تحمیل مسئولیت می‌تواند به عنوان تلفیقی از هر دو هدف تلقی شود؛^{۴۰} از یک سو دربردارنده عدالت توزیعی است چراکه ثروت از سوی ثروتمندتر جامعه به سوی فقیرتر جامعه حرکت می‌کند و از سوی دیگر دربردارنده عدالت اصلاحی است چراکه با مفهوم اخلاقی سخاوت همساز است. بنابه عقیده انگلارد، نظریه بازدارندگی نیز در این میان، در چارچوب کلی نظریه عدالت توزیعی طبقه‌بندی می‌شود که احتمالاً با نظریه عدالت اصلاحی هم سازگار است؛ چراکه تحمیل مسئولیت نه تنها خطا را اصلاح می‌کند (عدالت اصلاحی)، بلکه خاطیان بالقوه را نیز از ارتکاب فعل تقصیرآمیز برحذر می‌دارد (بازدارندگی).^{۴۱}

درحالی که انگلارد ترجیح می‌دهد در خصوص تناقضات موجود در این اهداف صحبت نکند و به جای آن بر دستیابی به راهکاری برای هماهنگی بین آنها متمرکز شود، اما درنهایت این واقعیت را مورد اشاره قرار می‌دهد که در تحلیل نهایی باید به نظریه عدالت

38. Izhak Englard, the Philosophy of Tort Law, *op. cit.*, p. 145:

«ایده غیر ابزارگرای مجازات مدنی که ذیل مفهوم عدالت اصلاحی طبقه‌بندی می‌شود در مواجهه با اهداف ابزارگرای بازدارندگی عام و خاص قرار می‌گیرد که این دو، خود، ذیل عنوان عدالت توزیعی صورت‌بندی می‌شوند».

Also Izhak Englard, "The Cost of Accidents: A Retrospect View from the Cathedral", *op. cit.*, pp. 360 - 361.

39. Izhak Englard, the Philosophy of Tort Law, *op. cit.*, p. 56.

40. *Ibid.*, pp. 16 & 54.

41. *Ibid.*, p. 145.

اصلاحی وزن بیشتری داده شود.^{۴۲} بر اساس آنچه انگلارد بیان می‌دارد هیچ نظام حقوق مسئولیت مدنی نمی‌تواند وجود داشته باشد مگر اینکه عدالت اصلاحی هسته مرکزی آن باشد و بنابراین، او به صراحت عدالت اصلاحی را بر عدالت توزیعی مرجح می‌داند.^{۴۳} انگلارد معتقد است که اگر قرار باشد اهداف بازدارندگی، کارایی اقتصادی و توزیع زیان هم به خمیرمایه اولیه مسئولیت مدنی اضافه شود، این معجون هسته مرکزی خود را که در تقصیر یافت می‌شود از دست می‌دهد.^{۴۴}

۱.۲.۲.۱. ارزیابی نظریه

آنچه از منظر بحث ما اهمیت دارد، بیان نسبت این دیدگاه با اصل جبران همه خسارات است. به نظر می‌رسد خواه از منظر خوانش اصیل از نظریه تکمیل‌گرایی به این نظر نگریسته شود و خواه از دیدگاهی که انگلارد مطرح می‌کند در هر دو صورت، اصل جبران همه خسارات از این نظر مستفاد نخواهد شد.

بر اساس خوانش اصیل از نظریه تکمیل‌گرایی، در مورد هر پرونده یا باید نظریه عدالت اصلاحی اعمال شود یا نظریه عدالت توزیعی. در این خوانش، امکان اعمال هر دو نظریه در آن واحد وجود ندارد، زیرا به یاد داریم که بر اساس نظریه تکمیل‌گرایی در علوم طبیعی، نور یا ذره است یا موج، بنابراین اگر قرار است بر اساس این خوانش، در هر پرونده، یکی از دو نظریه عدالت اصلاحی یا عدالت توزیعی اعمال شود، قطعاً از اصل جبران همه خسارات تخطی خواهد شد؛ زیرا همچنان که قبلاً در جای خود اثبات شده است^{۴۵}، در پرونده‌ای که نظریه عدالت اصلاحی اعمال می‌شود خسارت‌های ناشی از افعالی که تقصیر محسوب نشوند (مواردی که معمولاً در نظام‌های حقوقی، نظریه مسئولیت محض اعمال می‌شود) قابل جبران نخواهد بود و در پرونده‌ای که نظریه عدالت توزیعی اعمال شود نیز آنچه اهمیت دارد، نه جبران خسارت، بلکه توزیع عادلانه ثروت است؛ این به آن معناست که اگر در فرضی عامل زیان شخصی تنگدست است و زیان دیده، شخصی ثروتمند که میزان زیان در برابر

۴۲. در واقع، نظریه انگلارد با هدف اصلاح و تعدیل نظریه عدالت اصلاحی وینریب ارائه شده بود. برای بررسی تحلیلی نظریه عدالت اصلاحی با خوانش وینریب، ر.ک. حبیب‌الله رحیمی، و سید نورالله شاه‌رخ، پیشین، ص ۱۵۷ به بعد.

۴۳. *Ibid*, pp. 16 & 145.

۴۴. *Ibid*, pp. 16 & 111.

۴۵. حبیب‌الله رحیمی و سید نورالله شاه‌رخ، پیشین، ص ۱۶۲ به بعد.

سرجمع دارایی او، مبلغی ناچیزی بیش نیست، درحالی که حکم به جبران زیان عامل زیان را از هستی اقتصادی ساقط می‌کند، معتقدان به نظریه عدالت توزیعی، به‌خصوص در موارد اضرار غیر عمدی، باکی از حکم به عدم جبران خسارت نخواهند داشت؛ پس مقتضای این خوانش از نظریه تکمیل‌گرایی، حکم به جبران همه خسارات نخواهد بود.

در نقطه مقابل، اگر آن‌چنان که انگلارد معتقد است در نظریه تکمیل‌گرایی باید خوانشی معیار قرار گیرد که به‌موجب آن، نظریه عدالت اصلاحی نقطه کانونی مسئولیت مدنی باشد، ضمن اینکه کثرت‌گرا بودن چنین نظریه‌ای در چنین خوانشی مورد خدشه است،^{۴۶} اصل جبران همه خسارات نیز حاکم نخواهد شد، زیرا همچنان که پیش‌تر بیان شد هر جا عدالت اصلاحی حاکم باشد فقط در مواردی حکم به جبران خسارت خواهد شد که به‌نوعی عنصر خطا در آن دخیل باشد و در چنین شرایطی اگر به سایر ملاحظات (نظیر بازتوزیع عادلانه ثروت یا حداکثرسازی آن) اهمیت هنجاری داده شده، عنصر اخلاقی خطا نادیده انگاشته شود، منافی با خوانشی است که انگلارد ارائه می‌کند که به‌موجب آن، عنصر مرکزی مسئولیت مدنی باید منطبق با نظریه عدالت اصلاحی و حاکمیت معیار تقصیر باشد.

۱.۳. بازدارندگی به‌عنوان هدف اصلی و مهار آن با ملاحظات عدالت اصلاحی

۱.۳.۱. تبیین نظریه

در سال ۱۹۹۷، شوارتز^{۴۷} در مقاله‌ای دو هدف اصلی حقوق مسئولیت مدنی (عدالت اصلاحی و بازدارندگی) را مورد توجه قرار داد^{۴۸}. به عقیده شوارتز، با توجه به رویکرد معطوف

۴۶. برای دیدن نظری که به‌موجب آن، جایی که یک ارزش یا هدف همیشه بر ارزش‌ها یا اهداف دیگر برتری دارد و بقیه همیشه جانبی و فرعی باقی می‌مانند، ما با یک نظریه کثرت‌گرا مواجه نیستیم، مراجعه کنید به منبعی که در زیر آمده است. مؤلف یادشده توضیح می‌دهد که در نظر گرفتن اهداف مختلف، اما تضعیف و فرعی انگاشتن آنها نسبت به یک هدف «برتر»، در واقع، وحدت‌گرایی محسوب می‌شود و نه کثرت‌گرایی.

Leon Trakman, "Pluralism in Contract Law", *Buffalo Law Review*, Vol. 58 (2009), at pp. 1038-1039.

۴۷. Gary T. Schwartz, متولد ۱۹۳۹ و درگذشته به سال ۲۰۰۱؛ وی فارغ‌التحصیل دانشگاه هاروارد و برای مدت بیش از ۳۲ سال استاد حقوق دانشگاه کالیفرنیا در لس‌آنجلس (یو. سی. ال. ای) بود.

48. Gary T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", of *Texas Law Review*; Vol. 75 (1997), at pp. 1801 & 1804.

به گذشته^{۴۹} و جبرانی^{۵۰} حاکم بر نظام فعلی موجود در حقوق مسئولیت مدنی، این نظام به اندازه‌ای که از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق کافی باشد هدف بازدارندگی را مورد لحاظ قرار نمی‌دهد و نسبت به اهمیت بالای آن غفلت می‌کند. شوارتز ایده قبول عدالت اصلاحی را به عنوان تنها هدف حقوق مسئولیت مدنی مورد حمله قرار می‌دهد. او چنین استدلال می‌کند که بسیار مشکل است نظریه عدالت اصلاحی بتواند در کنار و به همراه نظریه بازدارندگی به حیات خود ادامه دهد؛ چراکه نظریه بازدارندگی برخلاف نظریه عدالت اصلاحی، عوامل دیگری جدای از دو طرف رابطه زیان‌بار - عامل زیان و زیان‌دیده - را هم در محاسبات خود وارد می‌کند^{۵۱}. بر اساس عقیده شوارتز، نظریه بازدارندگی، میزان خطر (ریسک) ایجاد شده را مورد بررسی قرار می‌دهد و این درحالی است که نظریه عدالت اصلاحی به میزان خسارت وارد شده در عالم واقع توجه دارد. به موجب نظریه عدالت اصلاحی و برخلاف نظریه بازدارندگی، مسئولیت باید صرفاً بر عامل زیان تحمیل شود و نه لزوماً بر بهترین پیشگیری‌کننده‌ای که این امکان را داشت که بتواند با کمترین هزینه از وقوع خسارت جلوگیری کند. اگر قرار باشد بر اساس نظریه عدالت اصلاحی محض عمل شود، فضای خالی برای در نظر گرفتن ملاحظات توزیعی که عوامل دیگری غیر از فاعل خطا و زیان‌دیده را در نظر می‌گیرد وجود نخواهد داشت. وی بر این اعتقاد است که به جز در مواردی که ملاحظات عدالت اصلاحی مانعی بر سر راه این امر ایجاد نماید نظریه بازدارندگی بهینه باید به عنوان هدف کانونی و مرکزی حقوق مسئولیت مدنی مورد توجه قرار گیرد. شوارتز چنین بیان می‌نماید که هدف از تحمیل وظیفه به جبران خسارت، ایجاد بازدارندگی است، اما این ایجاد بازدارندگی تا جایی مطلوب است که با معیار عدالت اصلاحی ناسازگار نباشد. به این ترتیب، هدف اصلی و فلسفه کانونی حقوق مسئولیت مدنی، از نظر شوارتز و برخلاف دیدگاه انگلارد، بازدارندگی است و عدالت اصلاحی صرفاً به عنوان یک نظریه جانبی و برای مهار آن عمل می‌کند^{۵۲}. شوارتز معتقد است اهداف حقوق مسئولیت مدنی با یکدیگر در

49. Retrospective Character.

50. Ex Post.

51. *Ibid*, p. 1809.

۵۲. شوارتز به عنوان نمونه‌ای از اعمال این نظریه بیان می‌نماید که فرض کنیم کسی (اعم از عمدی یا غیرعمدی) بدون إذن مالک وارد ملک دیگری می‌شود و در اثر تأسیساتی که در آن ملک است آسیب می‌بیند. اگر در این مثال بر این اعتقاد باشیم که واردشونده بدون إذن، به صرف ارتکاب فعل ورود غیرقانونی، خطاکار و به همین دلیل، مستحق هر نوع آسیب، ولو مرگ است، موضوع مثال، تخصصاً از حیطة بحث خارج خواهد بود. ظاهراً قانون‌گذار در ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ از همین

تعارض و تصادم نیستند، بلکه صرفاً با یکدیگر متفاوت‌اند. عدالت اصلاحی از جایی شروع می‌شود که منطقی برای اعمال نظریهٔ بازدارندگی وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر، اگر نظریهٔ بازدارندگی نتواند مانع ارتکاب فعل زیان‌بار شود و فعل زیان‌بار واقع گردد و خسارت به بار آورد، در این صورت، طرف زیان‌دیده می‌تواند از فاعل فعل زیان‌بار درخواست کند که خطاهای ایجادشده را اصلاح نماید. اگر از نظر بسیاری از متفکران عدالت اصلاحی این ناعادلانه است که خواهان بتواند از طریق انجام اعمال توأم با تقصیر آسیبی بر خواننده

منا پیروی نموده است. به هر حال، به صرف داشتن نظر موافق یا مخالف قانون‌گذار ایرانی در خصوص یک امر، به‌معنای بسته شدن باب نقد و نظر در آن خصوص، آن هم در مقام بحث از مبانی فلسفی حقوق، نخواهد بود. درنهایت اگر بر این اعتقاد نباشیم که وارد غیرمأذون به ملک غیر، به‌خودی خود، مستحق هر نوع صدمه، ولو مرگ است، یعنی به‌صرف ورود غیرقانونی وی را دلیلی بر عدم ضمان مالک ندانیم و فرض هم این باشد که شخص واردشده در خلال حضور بدون إذن در ملک دیگری، در اثر تأسیسات منصوب در ملک آسیب ببیند، در این صورت سؤال این خواهد بود که خسارت وارده بر چه کسی تحمیل می‌شود؛ مالک یا وارد غیرمأذون؟ در اینجا از نظر تحلیل اقتصادی، با توجه به اینکه چه‌بسا شخصی که وارد ملک دیگری شده، نمی‌داند و هیچ قرینه و اماره‌ای هم برای دانستن اینکه ممکن است در این ملک، آسیب ببیند در اختیار ندارد، بنابراین اگر او را موظف به دانستن خطرهای احتمالی موجود در یک ملک بدانیم هزینهٔ زیادی باید صرف نماید تا بر زوایا و جوانب آن ملک احاطه یابد و از خطرهای احتمالی خود را مصون دارد؛ این درحالی است که مالک ملک، با توجه به شناخت جامع و کاملی که از ملک خود دارد می‌تواند با نصب علائم و تابلوهای هشداردهنده، واردان احتمالی را از خطرهای موجود آگاه کرده، در خلال حضور آنها در ملک، آنان را به‌درستی راهنمایی نموده، به‌نحوی که در پایان به‌سلامت از مهلکه خارج شوند؛ بنابراین، اگر قرار بر اعمال دیدگاه بازدارندگی باشد، مالک ملک، بهترین پیشگیری‌کنندهٔ ممکن است که به ارزان‌ترین و کم‌هزینه‌ترین شکل می‌تواند باعث عدم وقوع ضرر شود؛ لذا چون این اقدام احتیاطی را انجام نداده و در اثر عدم انجام این اقدام، ضرر قابل‌توجهی بر شخص غیرمأذون وارد شده، است باید از عهدهٔ پرداخت این خسارت برآید. البته بدیهی است - حتی با وجود پذیرش این دیدگاه که شخص غیرمأذون به‌صرف فعل ورود غیرقانونی، مستحق ضرر نمی‌شود - اگر متجاوز (اعم از اینکه اصل فعل ورود غیرقانونی، عمدی یا غیرعمدی باشد) به هر شکل، از وجود خطر در ملک آگاه می‌بود، مالک با استفاده از قاعدهٔ پذیرش ارادی خطر، می‌توانست دفاع قابل‌قبولی ارائه نموده، از تحمل بار مسئولیت رهایی یابد؛ همچنین اگر متجاوز باید از وجود خطر آگاه می‌بود نیز دفاع تقصیر نسبی می‌توانست قابل‌اعمال باشد؛ چراکه چهل غیرقابل‌قبول وارد غیرمأذون نیز یکی از علل ورود آسیب به اوست که می‌توانست نسبتی از ضرر واردشده را برعهدهٔ او بنهد. به هر حال، حاصل بحث آنکه با قبول ملاحظاتی که پیش‌تر بیان شد، از منظر تحلیل اقتصادی، اگر وارد غیرمأذون در اثر تأسیسات موجود در ملک آسیب ببیند، مالک مسئول است، زیرا در بین اشخاص دخیل در ماجرا این مالک است که با کم‌هزینه‌ترین اقدام می‌تواند از وقوع خطر جلوگیری نماید. این درحالی است که پذیرش چنین استدلالی از منظر اخلاقی با مشکل روبرو است؛ چراکه آسیبی که به شخص غیرمأذون در ورود به ملک وارد شده، نتیجهٔ بی‌اعتنایی و درنظر نگرفتن حق مالکیت مالک بوده است. این شخص نمی‌تواند ادعا نماید که آسیبی که بر وی وارد شده نتیجهٔ رفتار توأم با تقصیر یک مالک بی‌توجه بوده است؛ چراکه اگر او حق مالکیت مالک را محترم می‌داشت و به محدودهٔ غیرمجاز وارد نمی‌شد، صرف‌نظر از وجود هر نوع تأسیسات در ملک، اصولاً آسیبی متوجه وی نمی‌شد.

بنابراین در اینجا گرچه دیدگاه بازدارندگی، معتقد بر تحمیل مسئولیت به مالک است، اما به‌دلیل مخالفت چنین نتیجه‌ای با نظریهٔ عدالت اصلاحی، برخلاف آنچه در حقوق کامن‌لا رایج است، مسئولیت بر مالک تحمیل نخواهد شد. نک:

Ibid, pp. 1822 & 1825.



تحمیل نماید و اگر به دلیل جبران همین بی‌عدالتی است که به شخص آسیب‌دیده اجازه می‌دهند بتواند بعد از وقوع خسارت، جبران خسارت را از عامل زیان درخواست نماید، در این صورت اگر قواعد مسئولیت مدنی به نحوی سامان یابد که دورنمای اعمال آنها بتواند عاملان بالقوه زیان را از ارتکاب زیان منصرف نماید (بازدارندگی)، عدالت به نحو بهتری محقق خواهد شد تا اینکه صرفاً پس از وقوع خسارت، حکم به جبران آن داده شود. از همین منظر است که شوارتز اضافه می‌کند که نظریه بازدارندگی هم نوعی از عدالت را با خود به همراه دارد منتها این عدالت از نوعی دیگر است.^{۵۳} توضیح اینکه نظریه عدالت اصلاحی، عدالت و انصاف را در این می‌بیند که پس از وقوع خسارت، حکم به جبران آن نماید و بدین نحو به عدالت نایل شود، درحالی که اگر نظریه بازدارندگی به نحو مطلوبی محقق شود، اصولاً بسیاری از ضررها به بار نمی‌آید تا بحث جبران بی‌عدالتی محقق شود؛ لذا وی چنین نتیجه می‌گیرد که این چنین نیست که نظریه بازدارندگی بیگانه با مفهوم عدالت باشد منتها به جای عدالت در مفهوم جبران پس از وقوع خسارت، متمرکز بر عدالت در مفهوم جلوگیری از وقوع خسارت است. او معتقد است این نوع از عدالتی که با استفاده از نظریه بازدارندگی تأمین می‌شود، از عدالت مدنظر رویکرد عدالت اصلاحی که شوارتز آن را «عدالت حمایتی» می‌نامد، «عادلان‌تر» است.^{۵۴} در نتیجه به عقیده شوارتز، نظریه بازدارندگی نه تنها دربردارنده منفعت‌گرایی اقتصادی، بلکه مبتنی بر اصول اخلاقی است.

۱.۳.۲. ارزیابی نظریه

اگر بخواهیم نسبت این نظریه را با اصل جبران همه خسارات بیان کنیم باید بگوییم آنچه از این نظریه مستفاد می‌شود این نیست که همه ضررها باید جبران شوند. این نظریه همچنان که خود شوارتز هم به آن معترف است تلفیقی از دو نظریه بازدارندگی بهینه و عدالت اصلاحی است. قبلاً اثبات شد^{۵۵} که از هیچ‌یک از این دو نظریه، اصل جبران همه خسارات استفاده نمی‌شود، بنابراین منطقی است که چنین نتیجه‌گیری شود که از حاصل

53. *Ibid*, pp. 1831–1832.

54. *Ibid*, p. 1832.

وی سخن گفتن از عدالت «اصلاحی» را از این رو مناسب نمی‌داند که صرفاً متمرکز بر جبران و اصلاح خسارت، بعد از وقوع آن است؛ در مقابل، عدالت «حمایتی» چنین استلزامی نداشته، حتی قبل از وقوع خسارت هم قابل اعمال است.

۵۵. حبیب‌الله رحیمی و سید نورالله شاهرخی، پیشین، ص ۱۷۲.

جمع این دو نظریه هم به طریق اولی، اصل جبران همه خسارات به دست نخواهد آمد. به طور کوتاه یادآوری می‌شود که اگر فعلی خسارتی به بار آورد اما در نهایت بر سرجمع ثروت جامعه بیفزاید از منظر بازدارندگی بهینه لزومی به جبران آن خسارت نیست و از منظر عدالت اصلاحی هم زبانی قابل جبران است که ناشی از خطای قابل سرزنش عامل زیان باشد؛ نتیجه اینکه اگر در اثر فعلی که غیر عمد بوده و قابلیت سرزنش اخلاقی نداشته باشد خطایی به بار آید، بر اساس عدالت اصلاحی این زیان قابل جبران نیست.

اگر بخواهیم نسبت نظریه شوارتز با اصل جبران همه خسارات را بیان نماییم، باید بگوییم اگر فعالیتی وجود داشته باشد که گرچه خطری برای دیگران ایجاد می‌کند که ممکن است منتهی به بروز خسارتی گردد، اما ثروت بیشتری عاید جامعه می‌نماید و در عین حال، فعالیت هم به گونه‌ای نیست که از نظر اخلاقی خطا و قابل سرزنش باشد، خسارت ناشی از آن فعالیت، قابل جبران نخواهد بود. در بسیاری از مواردی که در فعالیت‌های اقتصادی، امروزه نظریه خطر (مسئولیت محض) اعمال می‌شود وضعیت به همین منوال است. ماشین‌آلات و ابزارهای صنعتی به حکم طبیعت و ذات فعالیت خود یا در اثر نقص علم بشر در زمان حاضر، خطرهایی برای کارگران یا دیگران ایجاد می‌کنند و خسارتی به بار می‌آید، ولی ثروتی که در اثر آن فعالیت ایجاد می‌شود بسیار بیشتر از خسارتی است که به بار آمده، شخص خاصی هم مقصر به معنای اخلاقی کلمه نیست؛ بنابر نظریه شوارتز که تلفیقی از نظریه بازدارندگی و عدالت اصلاحی است نیازی به جبران خسارت نخواهد بود و اصل جبران همه خسارات، نقض خواهد شد.

۴.۱. انتخاب کاراترین شیوه از میان اخلاقی‌ترین اهداف

۴.۱.۱. تبیین نظریه

در سال ۲۰۰۱ مارک گیستفلد^{۵۶} پیشنهاد کرد که از میان کاراترین شیوه‌های ممکن برای اعمال قواعد مسئولیت مدنی، اخلاقی‌ترین و عادلانه‌ترین شیوه باید انتخاب شود. رویکرد او نتیجه دیدگاهی است که برای دولت در زمینه رفاه اجتماعی قائل به وجود وظیفه

۵۶. Mark Geistfeld، دانش‌آموخته دکتری دانشگاه کلمبیا، عضو تمام‌وقت هیئت‌علمی دانشکده حقوق دانشگاه نیویورک و از سال ۲۰۱۴ استاد مدعو در دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد.

است. نظریه گیسستفلد گونه‌ای از تحلیل اقتصادی حقوق است که در آن، نفع عمومی اجتماع، رفاه اجتماعی، رفاه فردی و توزیع مناسب‌تر امکانات رفاهی به‌جای حداکثرسازی ثروت جامعه مد نظر قرار می‌گیرد.^{۵۷}

به عقیده گیسستفلد نظریه تحلیل اقتصادی حقوق بدون دارا بودن یک مبنای اخلاقی، نظریه‌ای ناقص است. وی استدلال می‌کند که رفاه عمومی جامعه تابعی است از رفاه افراد جامعه که این خود، مشروط است به رعایت ملاحظات نظیر برابری، ایمنی شخصی و عدالت و این ملاحظات باید بر رعایت آزادی شخص خاصی مقدم داشته شود؛ یعنی دادن آزادی به شخص خاصی نباید دستاویزی برای نقض حقوق دیگران شود. از آنجاکه تحلیل اقتصادی حقوق باید به بررسی این امر محدود شود که کدام قاعده مسئولیت به بهترین شکل ممکن می‌تواند با وارد کردن کمترین هزینه، مانع وقوع فعل غیراخلاقی شود، در این صورت در مواردی که راهکارهای متعددی برای به حداکثر رساندن ثروت جامعه وجود دارد، ضروری است که از میان آن راهکارها راهی اخلاقی انتخاب شود که به‌طور عادلانه‌ای بر رفاه انفرادی اشخاص جامعه تأثیر بگذارد^{۵۸}؛ به این شکل، راهکارهای اقتصادی که فاقد الزامات اخلاقی یا حتی مخالف اخلاق باشند، به کلی از دایره احتمالات خارج می‌شوند و لو منتهی به حداکثرسازی ثروت جامعه گردند؛ زیرا آنچه در این دیدگاه مهم است، افزایش ثروتی است که توأم با افزایش رفاه باشد. بر این اساس، هدف از اعمال قواعد مسئولیت مدنی، نه حداکثرسازی ثروت، بلکه حداکثرسازی رفاه اجتماعی خواهد بود. بر پایه این نظریه، هدف حقوق مسئولیت مدنی که یک ابزار مهندسی اجتماعی است - و این هدف، بر اساس این نظر، افزایش رفاه اجتماعی است - عمدتاً خارج از حوزه تحلیل‌های اقتصادی محض است؛ بنابراین، تحلیل اقتصادی حقوق نمی‌تواند ارائه‌دهنده مبنایی اخلاقی برای حقوق مسئولیت مدنی باشد. در این نظریه، نقش تحلیل اقتصادی در این حد خلاصه می‌شود که معین نماید آیا یک قاعده حقوقی می‌تواند باعث محقق شدن مبنای اخلاقی مسئولیت مدنی گردد یا خیر. نتیجه اینکه تحلیل اقتصادی، نوعی تحلیل توصیفی است که

57. Mark Geistfeld, "Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law", Gerald J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), pp 250 & 268.

58. *Ibid*, pp. 251-253 & 265-268.

به جای اینکه جایگزینی برای نظریات اخلاقی در حوزه مسئولیت مدنی باشد، مکمل و متمم آنهاست.^{۵۹}

نظریه عدالت اصلاحی، متمرکز بر ملاحظات اخلاقی ناشی از سرزنش فعل توأم با

۵۹. در مقام بیان مصداقی از این نظریه در حوزه مسئولیت مدنی، باید گفت می‌دانیم که به هنگام تصمیم‌گیری در خصوص اینکه قاعده مسئولیتی که باید اعمال کنیم چه باید باشد، با منافع متضاد اشخاص درگیر هستیم؛ از یک سو منافع زیان‌دیدگان بالقوه‌ای مطرح است که این حق را دارند که مصون از آسیب باشند و در سمت مقابل، اعمال هر قاعده مسئولیت، منتهی به تحمیل هزینه اقتصادی و تحدید دایره آزادی عمل عاملان زیان بالقوه می‌شود؛ چراکه بر آنها مقرر می‌دارد یا قبل از حادثه اقدامات احتیاطی انجام دهند یا پس از حادثه خسارت ناشی از آن را بپردازند. اینکه قاعده انتخابی باید متضمن چه ترکیبی از حمایت از این منافع متضاد باشد و از کدام سوی این معادله باید بیشتر یا کمتر حمایت نماید، مسئله‌ای است که بیشتر به بنیاد فلسفی ما در حوزه مبنای اخلاقی مسئولیت برمی‌گردد. باید جایی خارج از ملاحظات اقتصادی صرف، در خصوص پاسخ به این سؤال، اظهار نظر نمود. گروهی از نظریات اخلاقی وزن مساوی به منافع قربانیان و عاملان زیان بالقوه می‌دهند؛ بنیاد اخلاقی چنین توجیهی را در مکتب فایده‌گرایی (یوتیلیتاریسیسم) می‌توان یافت*. نتیجه اعمال چنین مکتب اخلاقی، پذیرش قاعده مسئولیت مدنی مبتنی بر هزینه-فایده است. اگر اصل، فایده‌گرایی است پس انجام اقدامات احتیاطی تا جایی موجه است که هزینه انجام چنین اقداماتی فراتر از هزینه جبران خسارتی نباشد که ممکن است در اثر عدم انجام آنها بر دیگران وارد می‌شود. برخلاف نظریه اخیر، گروهی دیگر از نظریات اخلاقی، به ملاحظات مربوط به حفظ ایمنی زیان‌دیدگان بالقوه، وزنی بیشتر از ملاحظات مربوط به حفظ سطح فعالیت اقتصادی عاملان زیان بالقوه می‌دهند. باور معتقدان به این نظریه در این اصل متجلی می‌شود که «ایمنی از پول، مهم‌تر است». نتیجه اعمال چنین مکتب اخلاقی، پذیرش قاعده‌ای از مسئولیت خواهد بود که به‌موجب آن، انجام اقدامات ایمنی ضروری است، ولو اینکه از نظر تحلیل مبتنی بر هزینه-فایده، انجام آن از نظر اقتصادی به‌صرفه نباشد. خوانشی از همین نظریه را می‌توان در اعمال نظریه خطر (مسئولیت محض) مشاهده نمود. انتخاب هر کدام از این دو گروه باید مبنی بر استدلال‌های اخلاقی و رصد هر کدام از این دو نظریه در مقام عمل و اینکه آیا نظریه به سمت مطلوب در حال حرکت است باید مبتنی بر مشاهدات و تحلیل‌های اقتصادی باشد. فهم اینکه یک قاعده مسئولیت چگونه بر منافع اقتصادی متضاد اشخاص تأثیر می‌گذارد مستلزم تشخیص این امر است که هر سیستم جبران خسارت-در سمت عاملان بالقوه زیان-و هر سیستم بیمه اول شخص-در سمت زیان‌دیدگان بالقوه-چقدر برای اشخاص هزینه دربردارد و این امر جز از طریق انجام تحلیل اقتصادی ممکن نیست. همچنین فهم اینکه یک قاعده مسئولیت چگونه می‌تواند به مصون ماندن اشخاص از آسیب کمک نماید، مستلزم این است که ما بدانیم اشخاص چگونه و به چه میزانی به محرک‌های ناشی از آن قاعده مسئولیت پاسخ می‌دهند؛ در خلأ نمی‌توان در این خصوص تصمیم‌گیری نمود و ما برای انجام این امر بی‌نیاز از تحلیل اقتصادی نیستیم. در صورت انتخاب مبنای اخلاقی مسئولیت، بدون در نظر گرفتن ملاحظات اقتصادی پیش‌گفته، با نظریه اخلاقی مواجه خواهیم بود که ممکن است با سرعت مطلوب به سمت هدف‌گذاری خود در حال حرکت نبوده یا به کلی در جهت عکس به حرکت خود ادامه دهد.

Ibid, pp. 262 & 270.

* در مکتب فایده‌گرایی، هر شخصی باید سعادت و بهروزی دیگران را از لحاظ نظری دارای اهمیتی مساوی با سعادت و بهروزی خود ببیند، اما از نظر عملی برای سعادت و بهروزی خود بیش از دیگران بکوشد آن‌هم صرفاً تا جایی که قادر به محقق نمودن و عملی کردن سعادت خود باشد. در این تحلیل، از لحاظ نظری سعادت هیچ انسانی بر سعادت دیگران برتری و فضیلت ندارد و از این حیث، همه مساوی هستند. برای دیدن منبع این تعریف از مکتب فایده‌گرایی، نک:

Sidgwick Henry, *The Methods of Ethics*, "Stuttgart: Macmillan And Company Limited", 1962, p. 252.

تقصیر و جبران بی‌عدالتی ناشی از انجام این فعل، صرف‌نظر از نتایج اقتصادی آن است. در سوی دیگر، نظریه عدالت توزیعی متمرکز بر توزیع بهینه ثروت بین آحاد جامعه و از این طریق افزایش رفاه اجتماعی، صرف‌نظر از تقصیرآمیز بودن فعل عامل زیان است و در سمت دیگر، نقطه کانونی نظریه تحلیل اقتصادی بنابر خوانش غالب از آن، افزایش و حداکثرسازی ثروت جامعه، صرف‌نظر از توزیع بهینه ثروت و نیز صرف‌نظر از لزوم جبران خسارت ناشی از فعل قابل سرزنش اخلاقی است. حاصل آنچه را که در تحلیل نظریه گیسفولد قابل مشاهده است به این شکل می‌توان خلاصه نمود که تکثرگرایی در این نظریه بدین شکل متجلی می‌شود که این نظریه مبنایی اخلاقی، شیوه‌ای عمدتاً متکی بر تحلیل اقتصادی و هدفی متمرکز بر افزایش رفاه اجتماعی دارد و از این طریق بین کلیه نظریات وحدت‌گرا جمع می‌نماید.

۱.۴.۲. ارزیابی نظریه

آیا می‌توان از مفاد این نظریه، اصل جبران همه خسارات را مستفاد نمود؟ به نظر می‌رسد پاسخ همچنان منفی است. حاصل تدقیق در مفاد نظریه این است که گیسفولد در نظریه خود، در مقام تبیین نسبت بین نظریات معطوف به اخلاق و دیدگاه‌های متمرکز بر کارایی اقتصادی به قدر مورد نیاز، واضح عمل نکرده است. در نتیجه این عدم وضوح، می‌توان دو خوانش گوناگون از این نظریه به دست داد که در هر حال، هیچ‌یک به اعمال اصل جبران همه خسارت‌ها منتج نخواهد شد:

در خوانش اول، اگر منظور از لزوم اخلاقی بودن مبنای مسئولیت مدنی این است که در هر حال باید یک مبنای اخلاقی انتخاب شود و در هر شرایطی برتری با همان مبنا باشد و به ملاحظات دیگر توجه نشود، صرف‌نظر از اینکه چنین خوانشی نظریه را از دایره نظریات کثرت‌گرا خارج خواهد نمود، در خصوص اینکه آن مبنای اخلاقی چه می‌تواند باشد - چنان که خود گیسفولد هم بیان می‌کند - دو احتمال عمده مطرح است: احتمال نخست اینکه این مبنای اخلاقی منحصر، مبنایی از نوع مثلاً عدالت اصلاحی برای اعمال مسئولیت مدنی باشد؛ بسیار آشکار است که با توجه به ابتدای مبنای عدالت اصلاحی بر نظریه تقصیر، و نیز با عنایت به اینکه در بسیاری از موارد بدون اینکه کسی اخلاقاً مقصر باشد ضروری به‌بار

می‌آید (در بسیاری از چنین زمینه‌هایی امروزه نظریه خطر اعمال می‌شود)؛ حال آنکه در نظریه تقصیر، شرط اعمال مسئولیت تقصیر عامل زیان است، پس در چنین مواردی اصل جبران همه خسارات مجرا نخواهد بود. احتمال دوم در خصوص مبنای اخلاقی منحصر، این است که این مبنای اخلاقی - همچنان که خود گیستفلد هم بیان می‌کند - از نوع مبنای اخلاقی مکتب فایده‌گرایی باشد، در این صورت مجدداً همچنان که خود گیستفلد معترف به آن است، اتخاذ چنین مبنایی منجر به حاکمیت نوعی تحلیل مبتنی بر هزینه - فایده که از مصادیق آشکار اعمال تحلیل اقتصادی حقوق است خواهد شد؛ تحلیل اقتصادی حقوق هم در نهایت چیزی جز حداکثرسازی فایده‌ها و به عبارت دیگر چیزی جز یک شکل از مکتب فایده‌گرایی نیست^{۶۰}؛ سرانجام در تحلیل اقتصادی حقوق، منظور از فایده و فضیلت، همان منفعت مادی، مالی و ملموس است و مفاهیمی چون سعادت و بهروزی در سایه حداکثرسازی ثروت قابل دستیابی خواهد بود؛ اگر چنین احتمالی را در معنای نظریه گیستفلد بپذیریم، روشن است که با شکلی از نظریه تحلیل اقتصادی حقوق مواجه خواهیم بود و همچنان که در جای خود اثبات شده است^{۶۱} نظریه تحلیل اقتصادی حقوق با اصل جبران همه خسارات به هیچ وجه سازگار نیست؛ چراکه از منظر این دیدگاه در صورت تعارض بین کارایی اقتصادی و لزوم جبران خسارت، قطعاً اولی بر دومی مقدم خواهد بود.

در خوانش دوم، اگر لزوم اخلاقی بودن مبنای مسئولیت مدنی را به گونه‌ای تفسیر نماییم که بتوان بین مبنای اخلاقی و روش تحلیل اقتصادی نوعی مصالحه برقرار نمود به نحوی که چه‌بسا بتوان تا جایی که به خروج از دایره اخلاق نینجامد، نظر بیشتر کارا و کمتر اخلاقی را بر نظر بیشتر اخلاقی و کمتر کارا ترجیح داد، به طریق اولی نتیجه چنین تحلیلی منتج به اصل جبران همه خسارات نخواهد شد؛ چون تا جایی که به رعایت ملاحظه کارایی مربوط است هیچ لزومی به جبران همه خسارت‌ها، مخصوصاً خساراتی که اگر جبران شوند به نحوی به بروز ناکارایی اقتصادی منجر خواهند شد، وجود ندارد.

60. William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987), pp. 4 & 5.

۶۱ حبیب‌الله رحیمی و سید نورالله شاهرخی، پیشین، ص ۱۷۲.

نتیجه اینکه از هیچ‌یک از خوانش‌های ممکن از این نظریه، اصل جبران همه خسارات مستفاد نخواهد شد.

۱.۵. بررسی دسته به دسته

۱.۵.۱. تبیین نظریه

رویکرد پایانی که در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد بر این باور نیست که قاعده از قبل معینی وجود دارد که می‌توان آن را در همه پرونده‌های مسئولیت مدنی اعمال نمود. در عوض، این دیدگاه معتقد است که باید انواع مختلف حوادث زیان‌بار را برحسب ویژگی‌های مشترکی که دارند مطابق با اهداف بنیادین حقوق مسئولیت مدنی در گروه‌هایی طبقه‌بندی نمود و سپس در هر پرونده، در خصوص اینکه باید کدام هدف را اعمال نمود بر اساس ویژگی‌های موجود در آن دسته خاص از پرونده‌ها دست به تصمیم‌گیری زد.

امروزه یکی از مهم‌ترین طرف‌داران چنین دیدگاهی کریستوفر جی. رایبنت^{۶۳} است؛ وی ضمن مقاله‌ای در سال ۲۰۰۵، نظریه وحدت‌گرایی را به نفع نظریه چندپاره‌سازی و تفکیک اسباب و متعاقب آن تفکیک احکام مختلف گونه‌های مسئولیت مدنی، فاقد ارزش تلقی کرد^{۶۴}. به عقیده وی، نظریه‌های وحدت‌گرا هم به دلایل تاریخی و هم به دلیل وجود نقص در نظام استدلالی، محکوم به شکست هستند. از نظر تاریخی، در نظام کامن‌لا، نظام حقوق مسئولیت مدنی بیشتر از آنکه بر اساس یک مبنای استدلالی واحد رشد کرده باشد پرونده به پرونده و بر اساس ملاحظات که در طول زمان توسعه یافته‌اند شکل گرفته است و قواعد مختلف و گوناگون آن نمایانگر هیچ منطق واحدی که حقوق باید به سمت آن در حال حرکت باشد، نیست^{۶۴}. رایبنت به‌منظور توضیح نظریه‌اش، دو حوزه متفاوت از حقوق مسئولیت مدنی - سوانح رانندگی و سوء رفتار پزشکی - را که هر دو مبتنی بر قاعده تقصیر و مسئولیت مدنی غیرعمدی هستند مورد بررسی قرار داد^{۶۵}. رایبنت چنین بیان می‌دارد که این

۶۲. استاد دانشکده حقوق دانشگاه پنسیلوانیا.

63. Christopher J. Robinette, "Can There Be a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine", *Brandeis Law Journal*, Vol. 43 (2005), p. 413.

64. *Ibid*, pp. 371 & 412-413.

65. *Ibid*, pp. 399-412.

دو حوزه، شباهت‌های گوناگونی با هم دارند.^{۶۶} اگر قرار است یک نظریه وحدت‌گرا بتواند بر مسئولیت مدنی حکومت نماید حداقل باید بتواند این توانایی را در این دو حوزه به‌راحتی نشان دهد؛ اما اگر نتوان یک راهکار نظری وحدت‌گرای جامع و پاسخگو برای این دو حوزه شایع از مسئولیت مدنی به‌دست داد، در این صورت ناگزیر باید به این نتیجه رسید که نظریه وحدت‌گرایی، دیدگاهی از لحاظ نظری، ناممکن و از لحاظ عملی، بی‌فایده است. به‌منظور انجام این بررسی، وی هر دو نوع منتخب از انواع مسئولیت مدنی (سوانح خودرویی و تقصیرهای پزشکی) را از لحاظ نسبتی که با چهار مؤلفه برقرار می‌کنند بررسی می‌نماید. رایبنت اثبات می‌کند با وجود شباهت‌هایی که سابقاً بین این دو حوزه از مسئولیت مدنی بیان شد، این دو بخش از نظر این چهار مؤلفه، به‌نحوی تفاوت دارند که نمی‌توان گفت حتی در همین دو حوزه مشابه، حقوق مسئولیت مدنی در حال تلاش برای وصول به یک هدف واحد است (دیدگاه توصیفی) و همچنین نمی‌توان گفت حقوق باید در هر دو بخش به‌دنبال نیل به یک هدف واحد باشد (دیدگاه هنجاری) و متعاقباً نمی‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که در همه قسمت‌های حقوق مسئولیت مدنی یک توجیه یا منطق حاکم است و همه قواعد حاکم بر آن را با همان منطق می‌توان توضیح داد.^{۶۷} چهار مؤلفه‌ای که رایبنت بررسی می‌نماید عبارت‌اند از: تقابل در ایجاد خطر، لزوم اثبات رابطه سببیت، وجود زمینه‌های قراردادی، و ساختار اقامه دعوا در حقوق مسئولیت مدنی، که به سبب رعایت اختصار، تحلیل رایبنت در خصوص دو مورد اخیر بیان نمی‌شود. اما در خصوص دو مورد نخست باید گفت در پرونده‌های تقصیرهای پزشکی، اثبات رابطه سببیت، مشکل^{۶۸} و پرهزینه^{۶۹} است و این

۶۶. هر دو حوزه، از حوزه‌های پرکاربرد و شایع در اعمال قواعد مسئولیت مدنی هستند؛ هر دو از اقسام مسئولیت مدنی غیرعمدی، و هر دو مبتنی بر نظریه تقصیر هستند؛ به این معنا که در هر دو حوزه، سبب مسئولیت مدنی این است که شخص خاطی از معیار مراقبت تخطی نموده است و در نهایت، اینکه هر دو حوزه، بیشتر از حوزه‌های دیگر متضمن این شکل سنتی از طرح دعوی مسئولیت مدنی است که در آن یک فرد علیه فرد دیگر اقامه دعوا می‌نماید؛ چراکه در سایر حوزه‌های شایع از مسئولیت مدنی، نظیر تولید کالای معیوب یا مسئولیت مدنی ناشی از فعل کارگر، زیان‌دیده با یک مؤسسه (تولیدکننده یا کارفرما) به‌عنوان طرف دعوا، مواجه است.

67. *Ibid*, p. 400.

۶۸. از حیث اثبات رابطه سببیت تفاوت مهمی بین پرونده‌های سوانح رانندگی از یک سو و تقصیرهای پزشکی از سوی دیگر وجود دارد. آسیب‌های ناشی از سوانح رانندگی به‌راحتی قابل اثبات هستند؛ درحالی که آسیب‌های ناشی از تقصیرهای پزشکی به‌راحتی قابل تشخیص نیستند. علت این امر این است که در سوانح رانندگی، وضعیت شخص زیان‌دیده قبل از تصادف، آشکارا متفاوت است با وضعیت او پس از تصادف؛ بنابراین به‌سادگی می‌توان زیان ناشی از حادثه زیان‌بار را تشخیص داد و تعیین کرد کدام زیان به علت آن حادثه به‌وجود آمده است؛ درحالی که در پرونده‌های مربوط به تقصیر پزشکی برخلاف پرونده‌های مربوط به سوانح رانندگی، بیمار از قبل، آسیب‌دیده و مریض است و اصلاً همین موضوع است که باعث مراجعه وی به مرکز درمانی شده است و

درحالی است که در مورد پرونده‌های سوانح رانندگی به‌سادگی قابل اثبات است. در نتیجه در پرونده‌های تقصیر پزشکی هدف جبران خسارت تحت‌الشعاع قرار گرفته، معمولاً عدالت اصلاحی محقق نمی‌شود^{۶۰}، اما هدف بازدارندگی همچنان می‌تواند مطرح باشد^{۶۱}؛ درحالی که در پرونده‌های سوانح رانندگی، رکن رابطه سببیت به‌آسانی قابل اثبات است و هدف جبران خسارت معمولاً تا اندازه قابل قبولی محقق می‌شود^{۶۲}. در مقابل، هدف بازدارندگی در پرونده‌های سوانح رانندگی دارای اهمیت کمتری است، زیرا در سوانح رانندگی، ما با خطر متقابل مواجهیم چراکه شخص راننده وقتی در حال رانندگی است برای دیگران ایجاد خطر می‌کند و از ناحیه رانندگی دیگران نیز در معرض خطر قرار دارد. اینجا به‌نظر می‌رسد نظریه بازدارندگی کارایی چندانی ندارد، زیرا حتی بدون نیاز به وجود چنین نظریه‌ای انگیزه کافی برای خودداری از ایراد ضرر به دیگران وجود دارد؛ چراکه در صورت ایجاد خطر نامتعارف برای دیگران، جان خود راننده خاطی هم ممکن است در تصادفات ناشی از ایجاد آن خطر، در معرض آسیب قرار گیرد. درحالی که در پرونده‌های تقصیر پزشکی، خطری از ناحیه بیمار متوجه پزشک نیست و همین امر لزوم توجه به کارکرد بازدارندگی را مضاعف می‌نماید. نتیجه اینکه از حیث رابطه سببیت و تقابل در ایجاد خطر بین این دو دسته از پرونده‌ها

همین امر (یعنی همین امر که شخصی که به پزشک مراجعه می‌کند از قبل، آسیب‌دیده و مریض است)، تمیز بین آسیب قبلی بیمار و آسیبی را که در اثر تقصیر نظام درمانی به آن آسیب قبلی اضافه شده است با دشواری روبرو می‌سازد.
۶۰. در پرونده‌های تقصیر پزشکی، خواهان برای اثبات ادعای خود باید تیمی از متخصصان حرفه‌های پزشکی را استخدام نماید که این امر نیاز به صرف هزینه بالایی برای خواهانی دارد که به دلیل صعوبت اثبات رابطه سببیت به شرح پیش‌گفته، از دستیابی به مقصود و دریافت جبران خسارت مطمئن هم نیست و ممکن است هزینه‌های انجام‌شده از سوی او در نهایت هیچ عایدی هم دربر نداشته باشد.

۶۱. شاید به‌دلیل همین دشواری اثبات رابطه سببیت و پرهزینه بودن آن است که بسیاری از پرونده‌های تقصیر پزشکی هیچ‌وقت منتهی به طرح دعوا در محاکم نمی‌شوند؛ در آنها هم که منتهی به حکم به جبران خسارت می‌شوند، خسارت اعطاشده کمتر از ضررهای وارده به‌علاوه هزینه‌های انجام‌شده برای اثبات تقصیر پزشک است. اطلاعاتی که رایبنت مورد استفاده قرار داده است نشان می‌دهد فقط هشت درصد از قربانیان تقصیر پزشکی در ایالات‌متحده موفق به دریافت جبران خسارت می‌شوند، به عبارت دیگر از میان بیست درصد از قربانیان که تصمیم به اقامه دعوا می‌گیرند فقط چهار درصد موفق به دریافت غرامت می‌شوند؛ چنین وضعیتی دستیابی به هدف جبران خسارت و قرار دادن شخص آسیب‌دیده در وضعیت قبل از انجام فعل زیان‌بار را، آن‌چنان که مد نظر دیدگاه عدالت اصلاحی است، با مشکل جدی مواجه می‌نماید؛ چراکه اکثریت آسیب‌دیدگان ناشی از تقصیرهای پزشکی اصولاً اقامه دعوا نمی‌کنند تا بحث جبران بی‌عدالتی روا داشته شده در حق آنها مطرح شود. به‌نظر می‌رسد دسترسی به عدالت در این زمینه آن‌قدر هزینه‌بر دارد که اشخاص آسیب‌دیده از مطالبه آن صرف‌نظر کنند.

۶۲. زیرا آنچه پزشکان را از انجام اعمال تهورآمیز یا بی‌مبالاتی‌ها برحذر می‌دارد نه اقامه دعوی واقعی علیه آنها، بلکه دورنما و احتمال وقوع این امر است.

۶۳. به‌دلیل هزینه‌های کمتر اقامه دعوا، بسیاری از آسیب‌دیدگان اقدام به طرح دعوا نموده، جبران خسارت دریافت می‌نمایند.

وضعیت متفاوتی حاکم است و نمی‌توان گفت در هر دو دسته، حقوق مسئولیت مدنی به‌دنبال دستیابی به یک هدف است.^{۷۳}

رایبنت در پایان پیشنهاد می‌کند که حقوق مسئولیت مدنی به قسمت‌های تشکیل‌دهنده‌اش تجزیه شود و نسبت به هر موقعیت - و نه نسبت به هر پرونده خاصی - نظریه‌های مختلفی اعمال شود تا سپس تصمیم گرفته شود که کدام نظریه به نحو بهتری در آن موقعیت پاسخگو است.

۱.۵.۲. ارزیابی نظریه

آیا می‌توان از مفاد این نظریه، اصل جبران همه خسارات را مستفاد نمود؟ به نظر می‌رسد پاسخ به روشنی منفی است. در این نظریه، چنین بیان می‌شود که اصل واحدی بر حقوق مسئولیت مدنی حاکم نیست و نمی‌توان - از دیدگاه توصیفی - و نباید - از دیدگاه هنجاری - در همه پرونده‌های مسئولیت مدنی یک اصل را حاکم دانست. بر اساس این نظریه باید خصوصیات و ویژگی‌های هر دسته خاص از پرونده‌ها را جداگانه مورد بررسی قرار داد و با توجه به آنها در مورد اصل حاکم بر پرونده تصمیم‌گیری نمود. قطعاً در برخی موارد، اصل حاکم بر موضوع، اصل جبران همه خسارات است، اما یقیناً در همه پرونده‌ها وضعیت از این قرار نخواهد بود، زیرا همه پرونده‌ها دارای یک خصوصیت و ویژگی نیستند و ماهیت کثرت‌گرایی حاکم بر این نظریه، مانع از حاکمیت اصل جبران همه خسارات در همه پرونده‌های مسئولیت مدنی خواهد شد. برای مثال، دیدیم که رایبنت بیان می‌کند که اصل حاکم بر سوانح رانندگی، اصل جبران همه خسارات است، اما به دلیل ویژگی‌های خاص پرونده‌های تقصیر پزشکی، چنین اصلی در این نوع از پرونده‌ها حاکم نیست و اصل حاکم در این نوع از پرونده‌های مسئولیت مدنی، اصل بازدارندگی است.

نتیجه

قولی مشهور در میان دکترین حقوق مسئولیت مدنی ایران وجود دارد که به موجب آن، اصلی تحت عنوان اصل جبران همه خسارات حکم می‌کند در هر موردی که دلیلی خاص بر

73. *Ibid*, p. 410.

عدم قابلیت جبران هر نوع ضرری وجود نداشته باشد، اقتضای اصل، حکم به قابلیت جبران آن نوع ضرر است. به عبارت دیگر، اصل بر قابلیت جبران همه انواع خسارت‌ها است، مگر خلاف آن اثبات شود. اعتقاد به وجود چنین اصلی درحالی است که در قانون ما، نص قانونی خاصی که به صراحت مشتمل بر چنین اصلی آن هم با این عمومیت باشد وجود ندارد. رویه قضایی دادگاه‌های کشورمان در این خصوص، مضطرب و مردد است. در جستجوی یافتن مبنای فلسفی برای چنین اصلی، با توجه به تعارض آشکار نظریات وحدت‌گرا با اصل جبران همه خسارات که در جای خود به اثبات رسیده است^{۷۴}، به جستجو در میان نظریات عمده کثرت‌گرای موجود در حوزه مبانی مسئولیت مدنی برخاستیم. بررسی این نظریه‌ها نشان داد نظریه‌های کثرت‌گرا هم به صراحت در تقابل با اصل جبران خسارات قرار دارند. توضیح اینکه نظریه تکمیل‌گرایی بنابر خوانش اول، هر دو نظریه عدالت اصلاحی و عدالت توزیعی را کانون مبنایی مسئولیت مدنی می‌داند و از هیچ‌کدام از این دو نظریه به تنهایی، اصل جبران همه خسارات مستفاد نمی‌شود تا بتوان گفت از حاصل جمع آنها ممکن است چنین نتیجه‌ای به دست آید. بنابر خوانش دوم از نظریه تکمیل‌گرایی نیز عدالت اصلاحی که صرفاً تأکید بر قابل جبران بودن افعال خطا دارد، مبنای فلسفی مسئولیت مدنی است و این امر نیز به روشنی باعث تخطی از اصل جبران همه خسارات خواهد بود. نظریه شوارتز (بازدارندگی بهینه به عنوان هدف اصلی و مهار آن با ملاحظات عدالت اصلاحی) از آنجا که وزن اصلی را به نظریه بازدارندگی اعطا می‌کند، قطعاً منجر به اعمال اصل جبران همه خسارات نخواهد شد؛ چراکه آنچه در بازدارندگی واجد درجه نخست اهمیت است، حفظ کارایی اقتصادی است، و ملاحظه‌ای مبنی بر لزوم جبران همه خسارات در این میان وجود ندارد و بیان شد که نقش فرعی‌ای که شوارتز در نظریه خود به ملاحظات مربوط به عدالت اصلاحی می‌دهد نیز منتهی به سر برآوردن اصل جبران همه خسارت‌ها نخواهد شد؛ چراکه خود اصل عدالت اصلاحی نیز به لزوم جبران همه خسارات معتقد نیست. نظریه گیسفلد (انتخاب کاراترین شیوه از میان اخلاقی‌ترین اهداف) نیز فاصله زیادی با اصل جبران همه خسارات دارد. باوجود ابهاماتی که در متن این نظریه وجود دارد، از آنجا که ابتدای این نظریه درنهایت بر

۷۴. حبیب‌الله رحیمی و سید نورالله شاه‌رخی، پیشین، ص ۱۷۳.

ترکیبی - هرچند مبهم - از دو نظریه عدالت اصلاحی و بازدارندگی است و ما قبلاً نشان دادیم از هیچ کدام از این دو نظریه، اصل جبران همه خسارات مستفاد نمی‌شود، نتیجه نهایی نظر گیسٹفلد نیز اصل جبران همه خسارات نخواهد بود. رویکرد دسته به دسته رابینت نیز آشکارا با اصل جبران همه خسارات در تضاد است، زیرا این متفکر عقیده دارد نباید یک اصل و منطق واحد بر همه بخش‌های مسئولیت مدنی حاکم شود و در مورد هر دسته خاص از پرونده‌های مسئولیت مدنی باید جداگانه و بر اساس ویژگی‌های خاص آن تصمیم‌گیری نمود و این درحالی است که مدعی اصلی اصل جبران همه خسارات، این است که تا آنجا که به حقوق مسئولیت مدنی مربوط است باید همه انواع خسارات جبران شود و اصطلاحاً «هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند»^{۷۵}.

نتیجه این است که برخلاف آنچه اغلب در کتاب‌ها، مقالات و آرای نگاشته شده در زمینه مسئولیت مدنی مشاهده می‌شود، اصلی تحت عنوان اصل جبران همه خسارات، نه تنها اصلی مسلم نیست، بلکه در بین عمده‌ترین نظریات موجود در حوزه مبانی مسئولیت مدنی، اعم از وحدت‌گرا و کثرت‌گرا، نظریه‌ای وجود ندارد که مقتضای آن، اصل جبران همه خسارت‌ها بوده باشد. جستجو برای یافتن پایگاه و توجیهی برای این اصل در مبانی فقهی حقوق ایران، خود، می‌تواند موضوع تحقیقات جداگانه‌ای قرار گیرد و فرضیه اولیه نگارنده این است که - حتی با وجود اصل لاضرر - چنین پایگاهی در آن حوزه نیز یافت نخواهد شد.

بنابر نتایج تحقیق، پیشنهاد می‌شود اصل جبران همه خسارات، مبنای تصویب قوانین و نیز استنتاج و استنباط اراده قانون‌گذار در موارد سکوت قانون و متعاقباً صدور احکام قضایی قرار نگرفته، در هر مورد بنابه مبانی، اصول و قواعد دیگر یا مقتضیات و مصالح موجود در هر پرونده، مبادرت به اتخاذ تصمیم شود. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه حقوق مسئولیت مدنی ابزاری مؤثر برای مهندسی فعالیت‌ها در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی است، عدم اعتقاد به چنین اصلی تأثیر بسزایی در افزایش انعطاف و کارایی ابزار مسئولیت مدنی برای ساماندهی فعالیت‌های یادشده خواهد داشت؛ به این شکل که برای مثال، در مقام تقنین، کارایی و انعطاف حقوق مسئولیت مدنی جهت ساماندهی فعالیت‌های اقتصادی - اجتماعی رو

به افزایش خواهد نهاد؛ چراکه از قبل، «هدف» و «مبنا»یی تحت عنوان جبران «همه» خسارت‌ها در هر شرایطی و به هر قیمتی وجود نداشته، می‌توان از طریق حکم به جبران خسارت یا عدم جبران خسارت در هر موضوعی، حقوق مسئولیت مدنی را بنابر نیازها و مقتضیات جامعه به‌عنوان ابزار مهندسی فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی و کاهش یا افزایش گستره فعالیت خاص مورد استفاده قرار داد. در چنین صورتی، «اصل راهنما» همیشه جبران خسارت نخواهد بود و عدم جبران خسارت نیز می‌تواند به‌عنوان یک ابزار مورد استفاده قرار گیرد. درحالی که در صورت اعتقاد به چنین اصلی، از آنجا که همیشه اصل بر جبران خسارت است، نه تنها قانون‌گذار نمی‌تواند از طریق حکم به تسهیل یا در مقابل، ایجاد صعوبت در وضع و جعل شرایط لازم برای حکم به پرداخت خسارت، از حقوق مسئولیت مدنی به‌عنوان ابزاری برای هدایت، تضییق یا توسعه فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی بهره‌برد، بلکه برعکس، خود باید عهده‌دار جبران هر خسارتی شود که متولی‌ای برای پرداخت آن یافت نمی‌شود؛ درحالی که اگر اعتقادی به ضرورت جبران همه خسارت‌ها وجود نداشته باشد، چنین تکلیفی هم انتزاع نخواهد شد. با حذف این اصل در مقام تقنین، نه اجتناب از ورود هرگونه ضرر در همه موارد، بلکه مصالح و سیاست‌های خاص اجتماعی، راهنمای قانون‌گذار خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. بابایی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضایی*، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چ ۱، ۱۳۹۶).
۲. بابایی، ایرج، *حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۴).
۳. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۴).
۴. باریکلو، علی‌رضا، *مسئولیت مدنی*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۵).
۵. بهرامی احمدی، حمید، *ضمان قهری*، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۲، ۱۳۹۳).
۶. بهرامی احمدی، حمید، *قواعد فقه؛ قاعده لاضرر*، چ ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۲، ۱۳۹۰).
۷. داراب‌پور، مهرباب، *مسئولیت‌های خارج از قرارداد*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۱، ۱۳۸۷).
۸. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، (تهران: انتشارات سمت، چ ۹، ۱۳۹۵).
۹. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، *مسئولیت مدنی تطبیقی*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۷).
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۵، ۱۳۸۵).
۱۱. مبین، حجت، *نظریه قابلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی*، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ ۱، ۱۳۹۰).
۱۲. مهمان‌نوازان، روح‌الله، *خسارات قابل جبران در حقوق ایران*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ ۲، ۱۳۹۰).
۱۳. یزدانیان، علیرضا، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۶).

– مقالات

۱۴. ابدالی، مهرزاد، «عدم بازدارندگی اصل جبران خسارت در قراردادهای مصرف (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، *حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۴۰۰).
۱۵. امینی، منصور و عبدی، مونا، «بررسی تطبیقی خسارت از دست دادن حق استفاده از اموال در نظامهای حقوقی ایالت متحده آمریکا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۴ (۱۴۰۰).
۱۶. بابایی، ایرج، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، *حقوق عمومی*، ش ۱۶ (۱۳۸۴).
۱۷. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۵۲۰ (۱۳۸۳).
۱۸. خادم سربخش، مهدی و سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، ش ۱۲ (۱۳۹۲).
۱۹. دیلمی، احمد و قاسم‌زاده، سید روح‌الله، «مسئولیت مدنی ناشی از خطرهای ناشناخته فرآورده در حقوق ایران و فقه امامیه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).
۲۰. رحمدل، منصور، «پرداخت دیه از بیت‌المال»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۸ (۱۳۹۸).
۲۱. رحیمی، حبیب‌الله و شاهرخی، سید نورالله، «بررسی اصل جبران همه خسارات از حیث انطباق با مبانی وحدت‌گرا در حوزه فلسفه مسئولیت مدنی»، *مطالعات حقوقی*، ش ۲ (۱۴۰۰).
۲۲. قربان‌نیا، ناصر، «مطالعه‌ای پیرامون مسئولیت مدنی دولت در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، *نامه مفید*، ش ۱۳ (۱۳۷۷).
۲۳. قسمتی تبریزی، علی، «اصل جبران کامل زیان»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۳ (۱۳۹۴).
۲۴. محب‌پور حقیقی، راضیه و پورمولا، سید محمدهاشم، «جبران خسارت مالی محرومیت از کار در توقیف و حبس غیرقانونی و اشتباهی از دیدگاه فقه امامیه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۱ (۱۳۹۹).

(ب) منابع انگلیسی

– Books

25. Englard, Izhak, *the Philosophy of Tort Law*, (Aldershot, Hants., England: Dartmouth Publishing Company, 1993).
26. Landes, William M., & Posner, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
27. Palmer, Michael, *Moral Problems*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).
28. Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, (Stuttgart: Macmillan and Company Limited, 1962).

– Articles

29. Bohr, Niels, “Natural Philosophy and Human Cultures”, *Nature Magazine*, Vol. 143 (1939).
30. Englard, Izhak, “The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law”, David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1995).
31. Englard, Izhak, “The Cost of Accidents: A Retrospect View from the Cathedral”, *Maryland Law Review*, Vol. 64 (2005).
32. Folse Jr., Henry J., “Complementarity and the Description of Nature in Biological Science”; *Biology and Philosophy*, Vol. 5 (1990).
33. Geistfeld, Mark, “Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law”, Gerald J., Postema, *Philosophy and the Law of Torts*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).
34. Robinette, Christopher J., “Can There Be a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine”, *Brandeis Law Journal*, Vol. 43 (2005).
35. Schwartz, Gary T., “Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice”, of *Texas Law Review*; Vol. 75 (1997).
36. Trakman, Leon, “Pluralism in Contract Law”, *Buffalo Law Review*, Vol. 58 (2009).

ج) آرای قضایی

- دسته اول: همگی متعلق به بانک داده آرای قضایی، وابسته به پژوهشگاه قوه قضاییه (بازبینی در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۸)

37. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VTNpdldkaXIIczA9>>
38. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=S2VxVU16SU9weG89>>
39. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NEo0Ym9vL29EOEE9>>
40. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SWJYMORPY3hWYmM9>>
41. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eTNHZlVtRHRyTGs9>>

- دسته دوم: همگی متعلق به بانک داده آرای قضایی، وابسته به پژوهشگاه قوه قضاییه (بازبینی در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۸)

• لینک مربوط به رأی بدوی:

42. <<http://alisaberi.ir/page/%D9%87%D9%85%D9%88%D9%81%DB%8C%D9%84%DB%8C-%D9%87%D8%A7#:~:text=%D8%B4%D9%85%D8%A7%D8%B1%D9%87%20%D8%AF%D8%A7%D8%AF%D9%86%D8%A7%D9%85%D9%87%20288%20%D8%A7%D9%84%DB%8C%20297>>

• لینک مربوط به رأی تجدیدنظر:

43. <<http://alisaberi.ir/page/%D9%87%D9%85%D9%88%D9%81%DB%8C%D9%84%DB%8C-%D9%87%D8%A7#:~:text=%DA%A9%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%87%20%D9%BE%D8%B1%D9%88%D9%86%D8%AF%D9%87%3A88%2F437>>

- دسته سوم: همگی متعلق به بانک داده آرای قضایی، وابسته به پژوهشگاه قوه قضاییه (بازبینی در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۸)

44. <<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ckFoSXJsTkxHMzQ9>>



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 215-243

A Comparative Study of “Ship Registration Systems” in Light of Legal Functions

Nasrin Tabatabai Hesari¹✉ | Soroush Safizadeh²

1. Assistant Professor, University of Tehran, Iran.

nasrintaba@ut.ac.ir

2. Ph.D. Candidate in Private Law, University of Tehran (Farabi Campus), Iran.

safizade.soroush@ut.ac.ir

Abstract

Ship registration is one of the registration systems that has been considered by legal systems since ancient times. The private dimension of this registration system in light of registration of ownership and other rights, along with the public dimension of granting citizenship to the ship, have turned the ship registration into a private-public system. However, so far, the functions of the ship registration system and the classification of registration systems based on the type of function have not been independently studied and has left questions such as ‘What are the functions of the ship registration system in each of the dimensions of private law and public law, and according to these functions, what are the types of registration systems in each of the areas of public and private law’ unanswered. Based on comparative studies, we concluded that the ship registration system in the field of private law has the supportive-informational function and based on this, three systems of Constitutive, Declaratory and Protective can be developed and Iranian ship registration is the constitutive one. Also, in the field of public law, we see the supervisory-diplomatic function that creates Closed, Open and Compromise Register Systems and Iranian ship registration is a closed one. Finally, suggestions have been made to reform the Iranian system and match it with the expected functions.

Keywords: *Ship registration, Private law function, Public law function, Rights registration, Granting citizenship.*

Received: 2021/10/13 Received in revised form: 2022/08/01 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.48398.3011

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی «نظام‌های ثبت کشتی» در پرتو کارکردهای حقوقی آن

نسیرین طباطبائی حصاری^۱ | سروش صفی‌زاده^۲

nasrintaba@ut.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه تهران، ایران.

safizade.soroush@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی)، ایران.

چکیده

ثبت کشتی از جمله نهادهای حقوقی است که از قدیم‌الایام مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار داشته است. بُعد خصوصی این نهاد حقوقی که ناظر بر حمایت از مالک و اشخاص ثالث طرف معامله با او از طریق ثبت مالکیت و سایر حقوق عینی است در کنار بُعد عمومی اعطای تابعیت کشور به کشتی، ثبت کشتی را به یک نظام خصوصی-عمومی مبدل ساخته است. با این حال، تاکنون کارکردهای حقوقی نظام ثبت کشتی و ارائه طبقه‌بندی از نظام‌های ثبتی بر اساس کارکردهای مورد انتظار به‌طور مستقل بررسی نشده است و پرسش‌هایی را نظیر اینکه نظام ثبت کشتی در هر یک از ابعاد حقوق خصوصی و حقوق عمومی چه کارکردهایی دارد و با توجه به این کارکردها، اقسام سیستم‌های ثبتی در هر یک از حوزه‌های حقوق عمومی و خصوصی کدام‌اند، بدون پاسخ گذاشته است. در این پژوهش بر مبنای مطالعات تطبیقی به این نتیجه رسیده‌ایم که سیستم ثبت کشتی در حوزه حقوق خصوصی دارای کارکردی حمایتی-اطلاع‌رسانی است و بر این اساس، سه نظام ایجاد، اعلامی و تأییدی را به‌منصه ظهور رسانده است. همچنین در بُعد حقوق عمومی شاهد کارکردی نظارتی-دیپلماتیک هستیم که موجد نظام مقید، آزاد و نیمه‌آزاد است. نظام ثبت کشتی ایران یک نظام «مقید» و «ایجاد» است که در راستای انطباق با کارکردهای حقوقی آن در هر یک از ابعاد عمومی و خصوصی نیازمند اصلاحات قانونی است.

واژگان کلیدی: اعطای تابعیت، ثبت حقوق، ثبت کشتی، کارکرد حقوق خصوصی، کارکرد حقوق عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۲۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۵/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.48398.3011

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

ثبت کشتی اصولاً به فرایند درج اطلاعات مربوط به کشتی در دفاتر عمومی اطلاق می‌شود.^۱ فرایند ثبت، ابتدا برای کنترل و نظارت بر کشتی‌های دارای مجوز باربری در آب‌های اروپا از طریق اعطای تابعیت به کار گرفته شد^۲ (کارکرد حقوق عمومی) و به مرور زمان برای شناسایی و حمایت از حق مالکیت کشتی (کارکرد حقوق خصوصی) استفاده شده است.

اگرچه به ظاهر از واژه ثبت کشتی، ثبت اطلاعات اولیه مربوط به کشتی‌ها همچون نام و تابعیت به ذهن متبادر می‌شود، لیکن مروری بر ادبیات شکل گرفته در حقوق داخل و خارج پیرامون این اصطلاح و معادل خارجی آن^۳، نشان می‌دهد که این اصطلاح، جامع ثبت اطلاعات اولیه به معنای مرحله ورود اطلاعات اولیه ناظر به کشتی به نظام ثبتی^۴ و نیز ثبت اطلاعات ثانویه است که با هدف ثبت تغییرات صورت گرفته در وضعیت حقوقی و به روزرسانی اطلاعات حقوقی ثبت شده، مبادرت به ثبت اطلاعات ناظر به معاملات و نقل و انتقالات مربوطه می‌کند^۵. زیرا همان‌طور که گفته شده «هدف نظام ثبت کشتی‌ها علاوه بر شناسایی کشتی و مراقبت کشتی در حفظ شرایط تابعیت، اعلان و ثبت تصرفات حقوقی وارد بر آن است که باید در دفتر ثبت بعمل آید»^۶. بنابراین «نظام ثبت کشتی» اعم از «ثبت اولیه» که بیشتر مبتنی بر کارکردهای حقوق عمومی است و «ثبت ثانویه (ثبت معاملات)» که تعیین وضعیت حقوقی مالی را با تأکید بر کارکردهای حقوق خصوصی نظام ثبتی دنبال می‌کند، می‌باشد.

1. L., Rongcun, & C., Jingzhao, "The Ship Registration System Under The Property Law of the People's Republic of China". *China Oceans Law Review*, Issue1(2009), p. 341.

2. Maritime NZ, A Guide to Ship Registration (Version 6 – July 2019), <<https://www.maritimenz.govt.nz/commercial/ships/registration/documents/A-guide-to-Ship-Registration.pdf>>

3. Ship Registration

۴. امیر خناری‌نژاد؛ نسرين طباطبائی حصارى و محسن صادقى، «تحليل رفتار بازيگران نظام حقوقى ثبت ثانويه (معاملات املاک ثبت شده) بر مبنای راهبرد چانه‌زنی در نظریه بازی‌ها با تأکید بر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۴۰۱)، ص ۲.

۵. پیشین.

۶. سجاد عسکری، *درآمدی بر قواعد حاکم بر ثبت کشتی*، (تهران: جنگل (جاودانه)، ج ۱، ۱۳۹۹)، صص ۲۵-۲۹.

Richard Coles & Edward Watt, *Ship Registration Law & Practice*, (London: Informa, 2009), pp.7-10.

۷. مرتضی نجفی اسفاد، *حقوق دریایی*، (تهران: سمت، ج ۷، ۱۳۹۴)، صص ۶۵-۶۶.

در وجود و چگونگی ارتباط میان دو کارکرد عمومی و خصوصی نهاد «ثبت کشتی» نظریات مختلفی آمده است:

عده‌ای اساساً ذات تفکیک بُعد عمومی و خصوصی را مختص نظام‌های حقوق نوشته می‌دانند که ریشه در دیدگاه حقوق دان روم باستان دارد و آن را در نظام ثبت کشتی کشورهای کامن‌لا مورد پذیرش قرار نداده‌اند.^۸

در پاسخ به این مدعا، گفتنی است که تفکیک بر مبنای بُعد عمومی و خصوصی نظام ثبت کشتی تنها مختص نظام‌های حقوق نوشته نیست، بلکه در حقوق کامن‌لا نیز سابقه‌ای طولانی دارد. این تفکیک در رأی دادگاه استیناف انگلستان در پرونده مشهور *Liverpool Borough Bank v Turner* در سال ۱۸۶۰ به صراحت این چنین مورد اشاره قرار گرفته است: «دو مبنای کلی برای قوانین و مقررات مربوط به ثبت کشتی قابل تصور است: اول آنکه حق عموم افراد است که به صورت شفاف نسبت به این امر آگاهی یابند که کدام کشتی حق برافراشتن پرچم بریتانیا را دارد؛ مبنای دوم مشابه مبنایی است که در ثبت مالکیت اراضی و املاک وجود دارد یعنی هدف ارائه ادله اثبات متقن در مورد مالکیت تأسیسات حمل و نقل دریایی است»^۹. بر همین مبنای، در قانون حمل و نقل دریایی ۱۹۹۵ انگلستان به تفکیک کارکرد حقوق خصوصی و حقوق عمومی ثبت کشتی بارها تصریح شده و این امر به عقیده دکتترین حقوقی، متأثر از رأی یادشده است.^{۱۰}

در تئوری دیگری، عده‌ای تنها به کارکرد حقوق عمومی باور داشته، دوگانه عمومی-خصوصی را نپذیرفته‌اند. بر این اساس، کارکرد حقوق خصوصی را در خدمت حقوق عمومی می‌دانند.^{۱۱} این صاحب‌نظران برای اثبات مدعای خود، حقوق انگلستان را مستمسک قرار داده، معتقدند اگرچه مقررات حمل و نقل دریایی ۱۹۹۵ انگلستان، کارکرد حقوق خصوصی و حقوق عمومی ثبت کشتی را تفکیک کرده، اما درنهایت به عمومی بودن این نظام ثبتی اذعان داشته است؛ چراکه برای مثال تا زمانی که به یک کشتی تابعیت انگلیسی اعطا نشود،

8. Richard Coles & Edward Watt, *op.cit.*, p. 7.

9. Andria Alexandrou, "Ship Registration, Labour Conditions and the Maritime Labour Convention 2006", *Neptunus, e.revue*, Issue 4 (2015), p. 3.

10. *Ibid.*

11. D. C., Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, (London-Singapore: Informa, 2005), p. 569.

نمی‌تواند از حقوق و امتیازات مربوط به حقوق خصوصی ثبت کشتی همچون رسمیت‌بخشی به مالکیت و حقوق مربوطه بهره‌مند گردد.^{۱۲} به عقیده آنها این امر معلول تلقی عمومی بودن نظام ثبت کشتی است.

در پاسخ به این استنباط، شایان ذکر است که هرچند در انگلستان ممکن است این وابستگی وجود داشته باشد، اما این امر را نمی‌توان به کلیه نظام‌های ثبت کشتی نسبت داد و عمومی بودن را جزء ذات این نظام دانست. زیرا در برخی کشورها این دو کارکرد اساساً از یکدیگر مجزا بوده، مستقل از یکدیگر اجرا می‌شوند. برای مثال، در نظام ثبت کشتی کشور اسپانیا، بر مبنای تفکیک کارکردی نظام ثبتی به دو بخش حقوق خصوصی و حقوق عمومی، دو ارگان ثبتی مستقل با عنوان «ثبت دریایی»^{۱۳} برای کارکرد حقوق عمومی، و «ثبت تجاری»^{۱۴} برای کارکرد حقوق خصوصی ثبت کشتی وجود دارد. اگرچه اداره ثبت دریایی مالکیت و نحوه تحصیل آن را نیز به تفصیل بیان می‌کند، اما کارکرد اصلی آن اساساً معطوف به عملکرد حقوق عمومی ثبت کشتی، یعنی اعطای تابعیت و در نتیجه حق برافراشتن پرچم اسپانیا به یک کشتی است. در مقابل، اداره ثبت تجاری به کارکرد حقوق خصوصی مربوط به ثبت مالکیت، رهن و سایر حقوق ممتاز ناظر به کشتی می‌پردازد.^{۱۵} لذا هریک از دو ارگان به‌طور متمایز و بدون تأثیر از یکدیگر بر اساس یکی از کارکردهای حقوق خصوصی و عمومی نسبت به ثبت کشتی اقدام می‌کنند.^{۱۶} بر همین اساس، در صورتی که برای مثال از یک کشتی اسپانیایی سلب تابعیت شود و از دفتر ثبت دریایی حذف گردد، این امر هیچ‌گاه موجب حذف کشتی از دفتر ثبت تجاری نشده، کارکرد حقوق خصوصی ثبت پابرجا می‌ماند. این تفکیک امروزه مورد پیشنهاد برخی صاحب‌نظران است.^{۱۷}

در مقررات ایران نیز هرچند ثبت کشتی تعریف نشده است و این دو کارکرد به‌صراحت مورد تعریف قانون‌گذار قرار نگرفته‌اند، اما اعتقاد به دوجنبتین بودن نظام ثبت کشتی در

12. *Ibid.*

13. Registro de la Comandancia de Marina

14. Registro Mercantil

15. Richard, Coles & Edward, Watt, *op.cit.*, p. 71.

16. *Ibid.*

17. L., Rongcun, & C., Jingzhao, *op. cit.*, pp. 348-349.

ادبیات قانون گذار مشهود است. در این خصوص قانون گذار ایرانی برخلاف قانون گذار انگلیسی، هیچ تصریحی در خصوص لزوم ثبت و اخذ تابعیت ایرانی به عنوان پیش شرط قراردادهای مربوط به کشتی همچون رهن دریایی نداشته است. بدیهی است که اگر کشتی بخواهد موضوع قراردادهایی همچون عقد رهن واقع شود باید به ثبت برسد، اما این گزاره از کلیات قانون دریایی - و نه تصریح قانون گذار - استنباط می شود.^{۱۸} بر همین اساس، سکوت قانون گذار مورد انتقاد جدی برخی از حقوق دانان واقع شده که تذکر به آن امری بسیار مهم است.^{۱۹} این عدم تصریح هرچند از نظر حقوقی اثر چندانی در عالم خارج ندارد، اما می تواند دلیلی بر اثبات این گزاره باشد که قانون گذار ایرانی قائل به استقلال کارکرد حقوق خصوصی ثبت کشتی است و مثال نقضی بر اصل عمومی بودن کارکرد حقوقی نظام ثبت کشتی و تأثیرپذیری کارکرد حقوق خصوصی از آن باشد.

در باب پیشینه تحقیق، شایان ذکر است که آثار متعددی در حوزه «ثبت کشتی» چه به صورت یک اثر مستقل و چه در قالب بخشی از کتب حقوق دریایی، هم در حقوق داخلی^{۲۰} و هم حقوق خارجی^{۲۱} پدید آمده اند. با این حال، آنچه به عنوان نقطه ضعف این آثار قلمداد می شود و نوآوری این نوشتار است، ضعف تحلیلی نظام ثبت کشتی از منظر کارکرد حقوق عمومی و حقوق خصوصی و تبیین اقسام نظام ها در قالب هریک از این دو کارکرد است. بر این اساس، این پژوهش مطابق روش جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای - اسنادی و با رویکردی تحلیلی مبتنی بر مطالعات حقوق تطبیقی، با طرح دو پرسش - نخست اینکه نظام ثبت کشتی در هریک از کارکردهای حقوق خصوصی و حقوق عمومی چه آثاری دارد، و دوم اینکه با توجه به کارکردهای عمومی و خصوصی نظام ثبت کشتی، اقسام سیستم های ثبتی در این حوزه کدام اند؟ - درصدد تحلیل کارکردی نظام ثبت کشتی از دو منظر حقوق عمومی

۱۸. مرتضی نجفی اسفاد، پیشین، ص ۹۷.

۱۹. همان.

۲۰. ر.ک. همان؛ دیدخت صادقی حقیقی، ثبت کشتی ها و حقوق بین الملل با تأکید بر پدیده پرچم های مصلحتی، (تهران: کیهان، چ

۱، ۱۳۷۵): سجاد عسکری، پیشین.

21. Richard Coles & Edward Watt, *op.cit*; R. Rogers, *Ship Registration: a Critical Analysis*, World Maritime University (2010); Kyriaki Mitroussi & Michael Georgiou Arghyrou, "Institutional Performance and Ship Registration", *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, Issue 85 (2016).

و حقوق خصوصی و استخراج اقسام نظام‌های ثبتی و اصول حاکم بر آنها در هر یک از ابعاد است که قبلاً مورد توجه حقوق‌دانان واقع نشده است.

این پژوهش در دو بخش کلی سازمان یافته است. در بخش اول نظام‌های ثبت کشتی از منظر کارکرد حقوق عمومی بررسی شده و بر این اساس، ضمن شناسایی آثار نظام ثبت کشتی از بُعد حقوق عمومی، اقسام نظام‌های ثبتی از منظر این کارکرد تحلیل می‌شود. در بخش دوم که به کارکرد حقوق خصوصی نظام ثبت کشتی اختصاص دارد، ابتدا به آثار این نظام ثبتی پرداخته شده و سپس اقسام نظام‌های ثبت کشتی از منظر این کارکرد بررسی گردیده است.

۱. کارکرد حقوق عمومی (ثبت اولیه)

آزادی دریانوردی حقی است که بر اساس ماده ۲ کنوانسیون دریاهای آزاد به تمامی ملت‌ها داده شده است. با این حال، اعمال این حق بدون نظارت دولت‌ها و بدون پیاده‌سازی یک مکانیزم حمایت دیپلماتیک از کشتی از سوی دولت‌ها می‌تواند موجب هرج‌ومرج در آب‌های داخلی و بین‌المللی گردد.^{۲۲}

بر مبنای ماده ۹۲ کنوانسیون دریاهای آزاد ژنو، کشتی‌ها در صورتی مجوز دریانوردی در دریاهای آزاد را دارند که تحت پرچم یک کشور حرکت کنند. یک کشتی برای آنکه حق به‌اهتزاز درآوردن پرچم کشوری را داشته باشد، باید تحت قوانین آن کشور به ثبت برسد. پس از آن، کشتی از اتباع آن کشور محسوب شده، مکلف به تبعیت از قوانین دولت متبوع است و حق استفاده از پرچم آن کشور را خواهد داشت^{۲۳}؛ امری که کارکردهای «نهاد ثبت» در حوزه حقوق عمومی را نشان می‌دهد.

کارکرد اعطای تابعیت در پرتو نظام ثبت از دو بُعد قابل بررسی است: بُعد «نظارت داخلی» و بُعد «حمایت دیپلماتیک». با این حال، نظام‌های ثبت کشتی در تحقق این ابعاد کارکردی رویکرد واحدی اتخاذ نکرده و سیستم‌های متنوعی را به‌منصه ظهور رسانده‌اند.

22. Richard Coles & Edward Watt, *op.cit.*, p. 1.

23. Anderw Clapham, *Brierly's Law of Nations*, (New York: Oxford University Press, 2012), p. 227.

این بخش، نخست «نظارت داخلی» و «حمایت دیپلماتیک» به عنوان ابعاد کارکردی نظام ثبت کشتی از منظر حقوق عمومی مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس اقسام نظام های ثبت کشتی از منظر حقوق عمومی تحلیل خواهد شد.

۱.۱. بُعد نظارت داخلی (Port State Control)

پیش‌تر گفته شد که اولین نظام‌های ثبت کشتی اساساً بر مبنای لزوم نظارت و کنترل کشتی‌ها سامان یافت^{۲۴}. این مبنا تاکنون حفظ شده و یکی از تکالیف اصلی کشتی‌ها مطابقت با قوانین و مقررات کشور صاحب پرچم و رعایت استانداردهای بین‌المللی است^{۲۵}. بر این اساس، کشور صاحب پرچم با قراردادن شرایطی در قوانین داخلی، اعطای تابعیت به کشتی‌ها را منوط به رعایت استانداردها و مقررات داخلی خود نموده، از این طریق موجبات نظارت بر کشتی‌ها را فراهم می‌آورد. این موضوع در ماده ۵ کنوانسیون دریاهای آزاد مورخ ۱۹۵۸ تصریح شده است. علاوه بر این، دفاتر ثبت کشتی با ثبت اطلاعات مربوط به کشتی‌ها، این اطلاعات را در راستای نظارت کارآمد بر کشتی‌ها در اختیار نهادهای عمومی و حاکمیتی قرار می‌دهد.

در تشریح مبانی این نظارت داخلی شایان ذکر است که حقوق بین‌الملل دریایی با وجود به رسمیت شناختن اصل آزادی دریاهای، ناتوان از اعمال نظارت کافی بر کشتی‌ها در ابعاد مختلف اداری، فنی، اجتماعی و... است. از طرفی در صورتی که نظارت کافی بر کشتی‌ها صورت نگیرد امنیت دریایی به اشکال مختلف می‌تواند خدشه دار شود و زمینه هرج و مرج را فراهم آورد^{۲۶}. بر همین اساس در ماده ۵ کنوانسیون دریاهای آزاد گفته شده است که دولت‌های عضو باید بر کشتی تحت پرچم خود نظارت و کنترل کافی داشته باشند. در ماده ۱۰ همین کنوانسیون با تأکید بیشتری این عبارت تکرار شده و تصریح شده است که دولت‌ها باید هرگونه نظارتی را که برای حصول اطمینان از امنیت دریایی لازم است نسبت به کشتی‌های تحت پرچم خود به عمل آورند.

24. Maritime NZ, *op.cit.*

25. R. Rogers, *op.cit.*, p. 9.

26. EESC Brussels, EEC Shipping Policy Flags of Convenience (Opinion), <<http://aei.pitt.edu/41717/1/A5899.pdf>>, p. 25.

۲.۱. بُعد حمایت دیپلماتیک (Diplomatic protection)

حمل و نقل و کشتی‌رانی فراتر از آب‌های سرزمینی، خصوصاً در آب‌های آزاد، دارای مخاطرات عدیده‌ای است؛ از توقیف بی‌مورد کشتی در سواحل یکی از کشورها گرفته تا حمله دزدان دریایی. کشتی‌ها برای دریانوردی در آب‌های فراسرزمینی نیازمند حمایت دولت‌ها هستند. در این راستا، دولت‌ها نظام حمایتی خود را مشروط به انجام تشریفات ثبتی نموده‌اند.^{۲۷} به این ترتیب، همان‌طور که اشخاص حقیقی با اخذ پاسپورت حق حمایت دیپلماتیک کشور متبوع را در خارج از مرزهای آن کشور به دست می‌آورند، کشتی‌ها نیز پس از طی تشریفات ثبتی و اخذ تابعیت کشور محل ثبت کشتی، حق به‌هتزاز درآوردن پرچم کشور متبوع اعطا می‌گردد.^{۲۸} بر این اساس، اهتزاز پرچم دولت متبوع در آب‌های فراسرزمینی، به این معناست که کشتی تحت حمایت دیپلماتیک دولت و نیروی دریایی کشور صاحب پرچم قرار داشته است و تعرض به آن، اقدام قاطع دولت صاحب پرچم را به دنبال خواهد داشت.^{۲۹} شایان ذکر است که با وجود شباهت نظام حمایت دیپلماتیک در کشتی‌ها و اشخاص حقیقی، به واسطه آنکه کشتی‌ها شریان‌های اقتصادی کشورها بوده، تجارت و حمل و نقل بین‌المللی را تسهیل می‌کنند، حمایت از آنها نسبت به اشخاص حقیقی از شدت بیشتری برخوردار است.^{۳۰}

۲.۱.۳. اقسام نظام‌های ثبت کشتی از منظر کارکرد حقوق عمومی

در حقوق بین‌الملل دریایی، شرایط اعطای تابعیت به کشتی‌ها از سوی دولت صاحب پرچم مشخص می‌شود. این اصل برای اولین بار در سال ۱۹۰۵ در پرونده *Muscat Dhows* از سوی دیوان بین‌المللی لاهه معتبر شناخته شد.^{۳۱} پس از این پرونده، ماده ۵ کنوانسیون بین‌المللی دریاهای آزاد در سال ۱۹۵۸ بر آن مهر تأیید زد و ماده ۹۱ کنوانسیون حقوق دریاهای سال ۱۹۸۲ با متنی مشابه ماده ۵ آن را تکرار کرد.

27. Bitá Pourmotamed, *Parallel Registration of Ships*, Göteborg University (2008), p. 8.

28. Maritime NZ, *op.cit.*

29. Bitá Pourmotamed, *op.cit.*, p. 24.

30. Maritime NZ, *op.cit.*

31. K. K. Li & J. J. Wonham, "New Developments in Ship Registration", *International Journal of Marine and Coastal Law*, Issue.1 (1999), p. 137.

اصل استقلال کشورها در تعیین شرایط تابعیت، شاکله اصلی تکثرگرایی نظام‌های ثبت کشتی از منظر حقوق عمومی است.^{۳۲} در این خصوص، نظام‌های ثبتی را می‌توان در یک طیف وسیع از نظام‌هایی یافت که سختگیری ویژه‌ای در اعطای تابعیت از طریق کشف پیوند واقعی میان کشتی و دولت صاحب پرچم دارند تا نظام‌هایی که امکان اعطای تابعیت را برای هر کشتی - ولو خارجی - میسر می‌دانند.^{۳۳} صاحب‌نظران تقسیم‌بندی‌های متعددی در حوزه نظام‌های ثبت کشتی ارائه داده‌اند که اغلب آنها در تفکیک این نظام‌ها راه افراط را درپیش گرفتند.^{۳۴} در این بخش از یک تقسیم‌بندی کلی با عنوان نظام‌های مقید، نظام‌های آزاد و نظام‌های نیمه‌آزاد سخن می‌گوییم. در این تقسیم‌بندی تأکید بر تفاوت‌های نظام‌ساز است و نه هر تفاوتی. در ادامه به بررسی هریک از این نظام‌ها پرداخته، عناصر و مؤلفه‌های هریک را مورد شناسایی قرار خواهیم داد.

۱.۳.۱. نظام‌های ثبت مقید (Closed Register Systems)

کنوانسیون‌های بین‌المللی اگرچه اختیار تعیین معیار اعطای تابعیت به کشتی‌ها را به دولت‌ها تفویض کرده‌اند، اما همواره دولتی را صالح در اعطای تابعیت به کشتی معرفی کرده‌اند که «پیوند واقعی»^{۳۵} با کشتی داشته باشد. اصطلاح پیوند واقعی برای اولین بار در سال ۱۹۳۰ در پرونده *Nottebohm* از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری به کار گرفته شد و پس از آن به‌عنوان یک دکترین در عرصه حقوق بین‌الملل خود را بروز داد و به‌طور خاص در کنوانسیون بین‌المللی دریاهای آزاد، کنوانسیون حقوق دریاهای و کنوانسیون راجع به شرایط ثبت کشتی‌ها به‌صراحت مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۳۶} با این حال، پیوند واقعی تاکنون به‌صورت شفاف و مشخص تعریف نشده است. این موضع ابهام برانگیز، برخی کشورها را به

32. *Ibid.*

33. Kevin Cullinane, & Mark Robertshaw, "The influence of Qualitative Factors in Isle of Man Ship Registration Decisions", *Maritime Policy & Management: The Flagship Journal of International Shipping and Port Research*, Issue 4 (1996), pp. 322-323.

34. *Ibid.*, pp. 322-325; R S. Toh & S. Phang Yong, "Quasi-Flag of Convenience Shipping: The Wave of the Future", *Transportation Journal*, Issue 2(1993), pp. 32-37; K. K., Li & J. J., Wonham, op. cit, pp. 139-140.

35. Genuine Link

۳۶. سیدباقر میرعباسی و سید مصطفی هاشمی، «بررسی اعمال دکترین پیوند واقعی در اعطای تابعیت به کشتی توسط کشور صاحب پرچم»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۶۲ (۱۳۹۹)، صص ۳۷-۳۸.

سمت تفسیری مضیق از دکترین پیوند واقعی برده است؛ بر این اساس، مقصود از پیوند واقعی در این کشورها لزوم تملک کشتی از سوی اتباع کشور صاحب پرچم است.^{۳۷} این معیار مانع از ثبت هرگونه کشتی در نظام ثبتی کشورها می‌شود و به همین دلیل به نظام ثبت مقید موسوم است.^{۳۸}

ایالات متحده و چین از جمله مهم‌ترین کشورهایی هستند که نظام ثبت کشتی خود را بر مبنای مدل مقید ساماندهی کرده‌اند. در مجموعه کد ایالات متحده آمریکا، مقررۀ ۱۲۱۰۳ مصوب سال ۲۰۰۶ کنگره، از شرایط ثبت کشتی در ایالات متحده سخن گفته است. بخش مهمی از این مقررۀ در خصوص شرایط مالک است که بر اساس آن مالک یا بایستی از اتباع ایالات متحده بوده باشد یا مجوز تملک بر اساس مقررات ایالات متحده را داشته باشد.

در چین ماده دو مقررات مربوط به ثبت کشتی سال ۱۹۹۴ تنها مجوز ثبت به کشتی‌هایی را داده است که از سوی اشخاص حقیقی یا حقوقی متبوع دولت چین مورد تملک قرار گیرند. در ایران نیز نظام ثبت کشتی ایران نیز یک نظام مقید است. بر اساس ماده ۱ قانون دریایی، کشتی‌هایی حق اخذ تابعیت ایرانی را دارند که به اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی تعلق داشته باشند. در خصوص اشخاص حقوقی برای احراز ایرانی بودن بایستی ۵۱ درصد سهام شرکت مالک- که باید با نام باشد- به اتباع ایرانی تعلق داشته باشد.

۱.۳.۲. نظام‌های ثبت آزاد (Open Register Systems)

نظام ثبت آزاد به نظامی گفته می‌شود که برای ثبت کشتی، به تملک مستقیم یا غیرمستقیم (از طریق تأسیس شرکت و اخذ اکثریت سهام آن) اتباع کشور صاحب پرچم یا به‌کارگیری میزان مشخصی نیروی کار از کشور صاحب پرچم نیازی نیست.^{۳۹} این نظام ثبتی که به سیستم پرچم مصلحتی^{۴۰} نیز موسوم است. بر اساس گزارش اتحادیه کارگران

37. T. Shaughnessy & E. Tobin, "Flags of Inconvenience: Freedom and Insecurity on the High Seas", *New York University Journal of International Law and Politics*, Issue 11(2006), p. 13.

38. K. K. Li & J. J. Wonham, *op. cit.*, pp. 146.

39. G.S. Egiyan, "The Principle of Genuine Link and the 1986 UN Convention on the Registration of ships", *Marine Policy*, Issue.3 (1988), p. 108.

40. Flag of Necessity or Flag of Convenience

بین‌المللی حمل و نقل^{۴۱} دارای شش ویژگی است:

«الف- اتباع خارجی قادر به تملک و کنترل کشتی‌ها هستند؛

ب- ثبت و تغییر تابعیت کشتی به راحتی امکان‌پذیر است؛

ج- به درآمد کشتی مالیات تعلق نمی‌گیرد یا در صورت تعلق بسیار اندک است؛

د- حجم یا تناژ کشتی صرفاً برای محاسبه هزینه تناژ-که بایستی به دولت صاحب پرچم پرداخت شود- محاسبه می‌شود و فاقد اهداف نظارتی است؛

ه- به کارگیری خدمه خارجی کاملاً آزاد است؛

و- کشور صاحب پرچم قادر بر اعمال مقررات داخلی و بین‌المللی لازم‌الاجرا بر مالکان کشتی‌ها نیست»^{۴۲}.

نظام ثبت آزاد یا پرچم مصلحتی در دهه ۱۹۴۰ از سوی کشورهای Panlibhon (پاناما، لیبیریا و هندوراس) رواج یافت و پس از جنگ جهانی دوم به‌عنوان یک منبع درآمد مورد استقبال کشورهای تازه استقلال‌یافته‌ای همچون قبرس، مالت و برمودا قرار گرفت^{۴۳}. با این حال، این نظام ثبتی به دلیل عدم وجود پیوند واقعی میان کشتی و دولت صاحب پرچم از همان ابتدا مورد نقد قرار داشت و در نظر سازمان ملل همواره نظامی فاقد پیوند واقعی شمرده می‌شد^{۴۴}. با این حال، دیوان بین‌المللی دادگستری در نظری مشورتی در سال ۱۹۹۲ نظام ثبت آزاد را نظامی قانونی اعلام نمود^{۴۵}.

بسیاری از مالکان کشتی‌ها به دلیل قوانین راحت‌تر و نظارت‌های آسان‌تر به سمت سیستم‌های ثبت آزاد سوق پیدا کردند و این موضوع اقتصاد کشتی‌رانی بسیاری از کشورها را به‌طور جدی مورد تهدید قرار داد؛ به همین دلیل در دهه هشتاد میلادی تعدادی از

41. International Transport Workers' Federation (ITF)

42. Kevin Cullinane & Mark Robertshaw, *op.cit.*, p. 324.

43. Rodney Carlisle, "Second Registers: Maritime Nations Respond to Flags of Convenience, 1984-1998", *The Northern Mariner/le Marin du Nord*, Issue 3 (2019), p. 320.

44. R S. Toh & S. Phang Yong, *op.cit.*, p. 31.

45. K. K. Li & J. J. Wonham, *op. cit.*, pp. 138.

کشورها با تأسیس «نظام ثبت مضاعف»^{۴۶} درصدد رقابت با سیستم ثبت آزاد برآمدند.^{۴۷} در کشورهایی که نظام ثبت مضاعف مورد پذیرش قرار گرفته است، مالکانی که کشتی خود را در سیستم ثبت داخلی کشوری به ثبت رسانده‌اند، می‌توانند با ثبت مجدد در سیستم ثبتی با نظارت آن کشور کشتی خود را تحت یک نظام ویژه و آسان و انعطاف‌پذیر قرار دهند که از بسیاری از مقررات و الزامات داخلی کشتی‌ها معاف باشد.^{۴۸} این سیستم ثبتی تحت نظارت دولت می‌توانست همانند آلمان در خود کشور باشد یا همانند انگلستان در کشور دیگری مثل جزیره من^{۴۹} باشد.^{۵۰} فضای رقابتی با سیستم ثبت آزاد، بسیاری از نظام‌های ثبت مضاعف را به سمت افزایش معافیت‌ها و کاهش مقررات کنترلی - خصوصاً در ثبت کشتی‌های تحت تملک غیر اتباع و استفاده از نیروی کار خارجی با هر قیمتی - برد؛ امری که در نهایت به تلقی تعداد زیادی از نظام‌های ثبت مضاعف به‌عنوان نوعی از نظام پرچم مصلحتی منتهی گردید.^{۵۱} بر اساس گزارش اتحادیه کارگران بین‌المللی حمل و نقل در سال ۲۰۱۵، قریب به ۳۵ نظام ثبت کشتی در دنیا در قالب سیستم ثبت آزاد فعالیت می‌کنند.^{۵۲} در این آمار، سیستم ثبت مضاعف برخی کشورها همچون فرانسه، آلمان، انگلستان و ایالات متحده نیز در زمره پرچم‌های مصلحتی قرار گرفته‌اند.^{۵۳}

۳.۳.۱. نظام‌های ثبت نیمه‌آزاد (-Compromise Register Systems or Quasi-Flag of Convenience)

اعطای مجوز به برخی خارجی‌ان برای ثبت کشتی در کشور صاحب پرچم در کنار لزوم نظارت و کنترل بر کشتی‌ها، نظام ثبت کشتی برخی کشورها را در وضعیتی میانه قرار داده

46. Second Register System

47. Rodney Carlisle, *op. cit.* p. 319.

48. Zhang Liying, "Comparative Study of Hong Kong Flag Ship Registration". *Asia Pacific Law Review*, Issue 2 (2010), p. 198.

49. Isle of Man

50. J. Yin, L. Fan & K. X. Li, "Second Ship Registry in Flag Choice Mechanism: The Implications for China in Promoting a Maritime Cluster Policy", *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, Issue 107(2018), p. 154.

51. Rodney Carlisle, *op. cit.* pp. 322-323

52. Theodore Okonkwo, "International Maritime Legal Regime and the Escalation of Flags of Convenience Practices", *International Journal of Law*, Issue1(2018), p. 3.

53. *Ibid.*

است. انگلستان از جمله این کشورهاست. بر اساس مقررات انگلستان، مالکان واجد شرایط برای ثبت کشتی تنها اتباع این کشور نیستند، بلکه اتباع خارجی مقیم انگلستان، شهروندان تابع کشورهای زیرمجموعه بریتانیا در داخل و خارج از بریتانیا، اتباع کشورهای مشترک‌المنافع، شرکت‌های ثبت‌شده در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا و... نیز می‌توانند مبادرت به ثبت کشتی در خاک انگلستان نمایند.^{۵۴} با این حال، برخلاف نظام‌های ثبت آزاد، در انگلستان نظارت سخت و غیرقابل انعطافی در خصوص کشتی‌هایی که پرچم این کشور را به اهتزاز درآورده‌اند، وجود دارد. در این خصوص بخش دهم قانون حمل و نقل دریایی ۱۹۹۵ انگلستان - مقرر ۲۵۷- از قدرت نظارتی مطلق بازرسان و نیروهای ناظر پرده برداشته است که بر اساس آن، ضمن امکان نظارت و بازرسی فنی، اداری، مالی و... کشتی‌ها، مطالبه هرگونه سند از مالک کشتی از سوی این بازرسان امکان‌پذیر بوده، ارائه هرگونه اطلاعات نادرست را مستوجب جریمه دانسته است.

نظام ثبت کشتی سنگاپور نیز نظامی نیمه‌آزاد است. در این خصوص شایان ذکر است مقررات ثبت کشتی سنگاپور در سال ۱۹۶۶ درصد پیاده‌سازی یک نظام ثبت مقید بود. با این حال، در سال ۱۹۶۹ در راستای اشتغال‌زایی برای اتباع خود به سمت یک نظام آزاد تغییر وضعیت داد. با این همه، از دهه نود میلادی درصد پایبندی به تئوری پیوند واقعی بود و در این راستا نظام ثبتی خود را در یک حالت نیمه‌آزاد سازماندهی نمود.^{۵۵} هم‌اکنون برای ثبت کشتی در سنگاپور باید مالک کشتی از اتباع یا افراد مقیم سنگاپور یا شرکت تأسیس‌شده در سنگاپور باشد. با این حال، شرکت‌های خارجی تحت شرایطی می‌توانند کشتی زیر ۱۶۰۰ تن ظرفیت را به ثبت برسانند. همچنین در صورتی که کشتی بیش از ۱۶۰۰ تن ظرفیت داشته باشد، مشروط به آنکه در سنگاپور ساخته شده یا استقرار داشته باشد، می‌تواند ثبت شود.^{۵۶} با این حال، در این کشور نیز الزامات نظارتی مشابهی بر کشتی‌ها خصوصاً در بخش به‌کارگیری اتباع سنگاپوری در مدیریت کشتی وجود دارد. مواد ۲۰۵ و ۲۰۶ قانون حمل و

54. Maritime & Coastguard Agency, Owner Eligibility to Register Merchant or Pleasure Vessel MSF 4727, <<https://www.gov.uk/government/publications/owner-eligibility-to-register-merchant-or-pleasure-vessel-msf-4727>>, p. 2.

55. R. S. Toh & S. Phang Yong, *op.cit*, p. 37.

56. Richard Coles & Edward Watt, *op.cit*, p. 267.

نقل دریایی سنگاپور مصوب ۱۹۹۶ اختیاراتی مشابه مقررات انگلستان در خصوص نظارت و بازرسی از کشتی‌ها برای ناظران و بازرسان تعبیه نموده است.

۲. کارکرد حقوق خصوصی (ثبت ثانویه یا معاملات)

«مالک» کشتی و «اشخاص ثالث» طرف معامله با وی ممکن است با ریسک و مخاطرات متعددی در معاملات کشتی مواجه شوند که معمولاً به واسطه قیمت بالای کشتی این ریسک در مقایسه با بسیاری از معاملات دیگر به مراتب بالاتر است. با هدف کاهش این ریسک معاملات به عنوان غایت نهاد ثبت کشتی، نظام‌های حقوقی مبادرت به ثبت حقوق و قراردادهای منعقد شده نسبت به کشتی همچون رهن دریایی نمودند.^{۵۷} در این خصوص ماده یازده کنوانسیون راجع به شرایط ثبت کشتی‌ها مورخ ۱۹۸۶- که هنوز به مرحله اجرا در نیامده است- اطلاعات مربوط به مالکیت کشتی و رهن‌های دریایی را از جمله اطلاعاتی دانسته که ثبت آنها در دفاتر مرجع ثبت کشتی الزامی است. همچنین پروتکل شماره یک کنوانسیون حقوق ممتاز و رهن دریایی درباره حقوق عینی مربوط به تجهیزات حمل و نقل دریایی، کشورهای عضو را مکلف به ثبت حقوق مالکیت، رهن دریایی و اجاره کشتی کرده است.^{۵۸} نظام ثبتی با ثبت حقوق مالکیت و قراردادهای مربوط به کشتی از یک سو به «حمایت از حقوق عینی و دارنده آن» می‌پردازد و از سوی دیگر اشخاص ثالث را از «وضعیت حقوقی» موجود مطلع می‌کند. با این حال، نظام‌های ثبت کشتی در این حوزه سیاست یکسانی را دنبال نکرده‌اند؛ به این معنا که برخی کشورها از میان کارکردهای خصوصی نهاد ثبت کشتی بر کارکرد حقوقی «حمایت از مالک و دارنده حق» متمرکز شده‌اند؛ در حالی که تعدادی دیگر با هدف حمایت از اشخاص ثالث اولویت را در سیستم ثبتی بر کارکرد «اطلاع‌رسانی» قرار داده‌اند؛ در نهایت، بخش دیگری سیاستی بینابینی را در جهت تعادل میان دو اثر اطلاع‌رسانی و حمایتی در نظر داشته‌اند. در این بخش، نخست کارکرد حقوق خصوصی از دو بُعد «حمایتی» و «اطلاع‌رسانی» مورد بررسی قرار می‌گیرد و

57. R. Rogers, *op.cit.*, p. 12.

58. Fifty-Ninth Session of Economic and Social Council, Overview of the Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels, <<https://unece.org/DAM/trans/doc/2015/sc3wp3/ECE-TRANS-SC3-2015-15e.pdf>>, p. 4.

سپس اقسام نظام‌های ثبت کشتی از منظر کارکردهای حقوق خصوصی بررسی می‌شود.

۲.۱. کارکرد حمایتی

بخش مهمی از کارکرد حمایتی نهاد ثبت کشتی به حمایت از حقوق عینی ثبت‌شده و ارجحیت آنها بر حقوق ثبت‌نشده اختصاص دارد.^{۵۹} برای مثال، مالکی را در نظر بگیرید که کشتی را به موجب سند عادی به شخص «الف» و به موجب سند رسمی به شخص «ب» انتقال داده است. در این موقعیت اگرچه شخص «الف» در هنگام انتقال دوم مالک کشتی نبوده است، لیکن نهاد ثبت در راستای حمایت از حسن نیت منتقل‌الیه دوم، نهایت حمایت را از منتقل‌الیه دوم به عمل آورده و مالکیت او را به رسمیت می‌شناسد.^{۶۰}

با این حال، اثر حمایتی نهاد حقوقی ثبت کشتی به حمایت از مالک محدود نمی‌شود، بلکه به موجب ماده سوم مقررات متحدالشکل درباره حقوق ممتاز و رهن دریایی، نهاد یادشده از دارندگان سایر حقوق عینی نسبت به کشتی نیز با اعطای «حق تقدم» به حقوق عینی ثبت‌شده‌ای همچون حق رهن حمایت می‌کند؛ به این نحو که حقوق طلبکار دارای رهن برای وصول مطالبات خود از محل فروش کشتی مرهونه را بر سایر دیون - به استثنای دیون ممتاز - مرجح می‌داند. قاعده اعطای حق تقدم^{۶۱}، نه فقط در طبقه‌بندی میان دیون دارای رهن نسبت به کشتی در مقابل دیون بدون رهن جاری است، بلکه در فرض تعدد مرتهن‌ان هم قابل استناد است.^{۶۲}

بر این اساس در جایی که رهن‌ها غیرهم‌زمان باشند، حقوق بر مبنای تقدم ثبت، و در جایی که هم‌زمان باشند، بر مبنای تقدم تقاضای ثبت^{۶۳} اولویت‌بندی می‌شوند و هیچ‌گاه

59. A.F. Salomons, "How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper*, Series No. 02(2007), p. 2.

60. *Ibid.*

61. Priority Rule

62. J.P. Rodriguez Delgado, "Security Interests Over Ships: From the Current Conventions to a Possible Shipping Protocol to the UNIDROIT Convention-*Lege Data and Lege Ferenda*", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Issue 2(2018), p. 271.

63. Prior in Tempore, Prior in Iure.

زمان انعقاد قرارداد رهن دریایی مدنظر قرار نگرفته است.^{۶۴}

در حقوق ایران اگرچه مواد ۴۶، ۵۰ و ۵۱ قانون دریایی ایران بر لزوم ارجحیت بستانکاران مقدم بر مؤخر تأکید کرده است، اما صاحب‌نظران در پاسخ به این پرسش که معیار تقدم و تأخر در حقوق ایران چیست (تاریخ انعقاد عقد رهن، زمان ثبت قرارداد در دفاتر اسناد رسمی، زمان ثبت در دفتر ثبت کشتی‌ها)، با استناد به این مواد، پاسخ یکسانی نداده‌اند. عده‌ای با شناسایی زمان ثبت در دفتر ثبت کشتی‌ها به‌عنوان معیار تقدم، معتقد بودند که «طلبکاری که رهن او قبل از دیگران در سند ثبت کشتی به ثبت رسیده، مرجح بر سایر طلبکاران خواهد بود»^{۶۵}. در مقابل، برخی دیگر این مقررات را متناقض دانسته‌اند، چراکه از یک سو ظاهر ماده ۴۶ با این عبارت که «بستانکاران مقدم بر بستانکاران مؤخر حق رجحان خواهند داشت» و همچنین ماده ۵۱ با عبارت «با درنظر گرفتن تقدم رهن» دلالت بر سنجش بر مبنای معیار تاریخ انعقاد عقد رهن دارد، لیکن ماده ۵۰ با ذکر عبارت «تاریخ ثبت مقدم» از این معیار عدول نموده است.^{۶۶}

برای پاسخ به این پرسش، توجه به ماده ۴۲ قانون دریایی اجتناب‌ناپذیر است. در این مقرر قانون‌گذار از لزوم ثبت رهن دریایی در دفاتر اسناد رسمی با این لحن سخن گفته است: «رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده برای بهره‌برداری نیز وسیله سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت رهن نیست». این مقرر در واقع جلوه‌ای از قاعده‌ای بین‌المللی به نام اصل تشریفاتی بودن عقد رهن است که به‌عنوان یک قاعده ثابت در نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است^{۶۷} و در حقوق ایران نیز در قالب ماده ۷۷۲ قانون مدنی پذیرفته شده است. در این باب گفته شده است که تشریفات مربوط به عقد رهن، یا ناظر به قبض و اقباض است و یا مربوط به ثبت معامله رهنی، که اولی اصولاً در

64. *Ibid.*

۶۵. هوشنگ، امید، حقوق دریایی، ج ۱، (تهران: مدرسه عالی بیمه، چ ۱، ۱۳۵۳)، صص ۱۵۷-۱۵۸.

۶۶. مرتضی، نجفی اسفاد و هادی، شعبانی کندسری، «تحلیل فقهی حقوقی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران»، *مطالعات حقوقی*، ش ۳ (۱۳۹۴)، صص ۱۷۳-۱۷۵.

67. LS, Ntsoane, "The Registration of Special Notarial Bonds under the Security by Means of Movable Property Act and the Publicity Principle: Lessons from Developments in Belgium". *PER / PELJ*, Issue 21(2018), p. 2.

خصوص اموال منقول و دومی در باب اموال غیرمنقول مجری می‌گردد.^{۶۸} در این خصوص گفته شده است: «ماده ۴۲ قانون دریایی ۱۳۴۳ ایران... صراحتاً به عدم اشتراط قبض در رهن اشاره کرده است. در این قانون متأخر به قانون مدنی، از آنجایی که نیازهای روز ایجاب می‌کرد که قبض شرط صحت رهن نباشد، این قاعده استثنایی در این قانون درج شد و تنها راهکار و جایگزینی که در این قانون به جای قبض مد نظر قرار گرفت صرفاً رسمی بودن سند رهن بود که در این قانون به جای قبض مدنظر قرار گرفت»^{۶۹}.

در واقع، نص ماده ۴۲ از دو بخش تشکیل شده است: بخش اول، ایجاد یک تکلیف در باب لزوم ثبت است و بخش دوم رفع تکلیف که با یک حرف ربط (و) به یکدیگر متصل شده‌اند. بنابراین قصد قانون‌گذار، ارتباط میان این دو بخش بوده و لازم است که بخش دوم با بخش اول مرتبط باشد و مطابق آن تفسیر شود. با این تفسیر، قاعده اصلی لزوم قبض در اموال منقول بر اساس ماده ۷۷۲ قانون مدنی نیز تقویت می‌گردد؛ چراکه نشان می‌دهد لزوم قبض در عقد رهن مبتنی بر منطقی است که اگر بنا باشد تخصیص بخورد، این تخصیص در قالب جایگزینی تشریفات به‌جای حذف تشریفات صورت می‌پذیرد.

لذا اگرچه در حقوق ایران بر مبنای مقررات عام قانون مدنی و قانون ثبت، ثبت رهن اموال منقول اجباری نیست و از شرایط صحت عقد یادشده محسوب نمی‌شود، لیکن انعقاد عقد رهن دریایی بدون تنظیم سند رسمی، باطل و از درجه اعتبار ساقط است.^{۷۰} بر این اساس و برخلاف نظر برخی صاحب‌نظران که ثبت رهن را شرط قابلیت استناد در حقوق ایران می‌دانند^{۷۱}، به‌نظر می‌رسد ثبت شرط صحت رهن دریایی است.

۲.۲. کارکرد اطلاع‌رسانی

در نظام حمل و نقل بین‌المللی همواره اشخاص خصوصی حضور دارند که ذی‌نفع

68. Ibid.

۶۹. حسام‌الدین رحیمی، تحلیل حقوقی و اقتصادی حق رهن بین‌المللی در وسایل حمل و نقل؛ با تکیه بر کنوانسیون کیپ‌تون (۲۰۰۱)، رساله دکتری حقوق بین‌الملل از دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۸۰.

۷۰. سید محمدحسن ملانکه‌پور و رسول سعیدی سرقله، «ماهیت عقد رهن دریایی در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳»، دانش و پژوهش حقوقی، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۱۹۰.

۷۱. مرتضی نجفی اسفاد و هادی شعبانی کندسری، پیشین، ص ۱۷۴.

دسترسی به اطلاعات کشتی‌ها هستند. به مثال‌های زیر توجه کنید:

- موقعیتی را تصور کنید که در اثر تصادم دریایی کشتی «الف» و کشتی «ب»، کشتی «ب» به‌طور کامل در دریا غرق شده و کشتی «الف» مسبب این حادثه بوده است. مالک کشتی «ب» که یکی از زیان‌دیدگان اصلی این حادثه است برای اقامه دعوی جبران خسارت باید بداند مالک کشتی «الف» کیست تا علیه وی اقامه دعوی کند.^{۷۲}

- شخص «الف» خواهان خرید کشتی شخص «ب» است. یکی از موانع انعقاد قرارداد که هزینه مبادلاتی را افزایش می‌دهد، عدم تقارن اطلاعات است. شخص «الف» برای خرید کشتی نیازمند یک سری اطلاعات است. اطلاعاتی که در بردارنده مشخصات کشتی نظیر نام، ظرفیت، تابعیت و همچنین مشخصات مالک و دارندگان حقوق عینی همچون رهن دریایی است.^{۷۳}

برای برطرف ساختن این عدم تقارن اطلاعاتی و ایجاد یک نظام شفاف اطلاعاتی در خصوص هویت و مشخصات کشتی و وضعیت حقوق مالکانه مربوط به آن، اثر اطلاع‌رسانی به‌عنوان اثر ثانویه کارکرد حقوق خصوصی نهاد ثبت کشتی ظهور می‌یابد.^{۷۴}

رویه کشورهای در ثبت اطلاعات مربوط به کشتی‌ها رویه یکسانی نیست، لیکن به‌موجب ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۸۶ آنکتاد در مورد شرایط ثبت کشتی‌ها- که هنوز به مرحله اجرا درنیامده- ثبت اطلاعاتی ضروری شمرده شده است که شامل هر سه دسته اصلی اطلاعات (مال موضوع ثبت، نوع حق، دارنده حق) می‌شود که برای کاهش ریسک معاملاتی از طریق برقراری تقارن اطلاعاتی متعاملین لازم است. در باب دسترسی به اطلاعات دفاتر ثبت کشتی‌ها نیز ماده شش این کنوانسیون تصریح کرده است امکان دسترسی به اطلاعات دفتر ثبت کشتی‌ها باید برای کسانی که دارای منافع قانونی و مشروع می‌باشند مهیا گردد.

دسترسی به اطلاعات در مقررات دریایی برخی از کشورها نیز پیش‌بینی شده است. برای

72. R. Rogers, *op.cit.*, p. 15.

73. رابرت کوتر و تامس یولن، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه ی‌الله دادگر و حامده اخوان هزاوه، (تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، چ ۸، ۱۳۹۲)، صص ۱۱۹-۱۲۱.

74. D. C., Jackson, *op.cit.*, p. 569.

مثال در انگلستان در اصلاحیه قانون دریایی سابق در سال ۱۹۸۱، شرایطی وضع شد که اشخاص خصوصی ذی‌نفع در دسترسی به اطلاعات امکان دسترسی به اطلاعات دفاتر ثبت کشتی‌ها را داشته باشند.^{۷۵} این حق بر اساس مقررات جدید نیز برای ذی‌نفعان متصور است.^{۷۶} در روسیه نیز بر اساس مقررات دریایی، کلیه اشخاص ذی‌نفع حق دسترسی به اطلاعات دفتر ثبت کشتی‌ها را دارند.^{۷۷} برای این امر باید ضمن ارائه مدارک هویتی و اثبات ذی‌نفعی، درخواست دسترسی به اطلاعات کشتی را داد. دسترسی به اطلاعات مالکیتی و رهن دریایی رایگان است، اما اطلاعات تکمیلی نیازمند پرداخت هزینه است.^{۷۸}

در قانون دریایی ایران اگرچه در مواردی همچون تغییر نام، نقل و انتقالات، دستور فروش و... کشتی، قانون‌گذار از لزوم انعکاس در روزنامه رسمی سخن گفته است، لیکن هیچ مقرره‌ای در خصوص دسترسی به اطلاعات دفتر ثبت کشتی‌ها وضع نشده است؛ لذا ذی‌نفعان برای کسب اطلاعات مربوط به کشتی موردنظر، تنها امکان مراجعه به روزنامه رسمی را دارند. مقررات دریایی ایران از این منظر قابل انتقاد و نیازمند اصلاح به‌منظور تامین کارکرد اطلاع‌رسانی نهاد ثبت کشتی است.

۳.۲. اقسام نظام ثبت کشتی از منظر کارکرد حقوق خصوصی

بر اساس آثاری که هر نظام ثبتی در حوزه حقوق خصوصی به دنبال تحقق آن است، نظام‌های ثبت کشتی به سه دسته نظام‌های ایجاد، اعلامی و تأییدی تقسیم می‌شوند. هرچند ممکن است برخی کشورها در قراردادهای مختلف حوزه کشتی، تابع نظام واحد نبوده، سیاست دوگانه‌ای را اتخاذ نمایند.

75. Nations Conference on Trade and Development Secretariat, Conditions for Registration of Ships- TD/B/AC.34/2, <<https://digitallibrary.un.org/record/33313>>, p. 509.

76. The Maritime Coastguard Agency of UK, Personal Information Charter, <<https://www.gov.uk/government/organisations/maritime-and-coastguard-agency/about-personal-information-charter#the-right-to-of-access>>.

77. Valentina Nikiforova, *The role of Ship and Mortgage Registration in Shipping Finance: the Prospects for the Russian Federation*, University of Oslo (2008), pp. 23-24.

78. *Ibid.*

۲.۳.۱. نظام‌های ایجاد (Constitutive Systems)

نظام‌های ایجاد ثبت کشتی آن دسته از نظام‌هایی هستند که به مکانیزم ثبت به‌عنوان یک رژیم حمایت دارنده حق عینی می‌نگرند؛ بر این اساس، «ثبت» موجد حق عینی نسبت به کشتی و تنها دلیل انحصاری آن تلقی می‌شود و سایر حقوق ثبت‌نشده نمی‌توانند به هویت وجودی این حق خللی وارد آورند.^{۷۹}

این نظام ثبتی در روسیه مد نظر قانون‌گذار این کشور قرار گرفته است. در این خصوص بند سوم ماده ۳۳ قانون حمل و نقل تجاری، ثبت را به‌عنوان مکانیزم انحصاری برای موجودیت مالکیت، رهن یا سایر حقوق مربوط به کشتی دانسته است. بر این اساس، حقوق مربوط به کشتی برای آنکه موجودیت یابد باید به ثبت برسد.

همچنین می‌توان نظام ثبت کشتی ترکیه را مثال زد. در بندهای یک و دو ماده ۹۷۴ قانون تجارت ترکیه، شخصی که نامش به‌عنوان مالک یا دارنده حقوقی همچون رهن در دفتر ثبت کشتی‌ها به ثبت می‌رسد، به عنوان مالک و دارنده واقعی این حقوق فرض می‌شود. در بند سوم این ماده بر پایبندی نظام ثبت کشتی ترکیه به کارکرد حمایتی تأکید بیشتری شده است. بر این اساس، حذف یک حق از دفتر ثبت کشتی به این معناست که این حق دیگر وجود ندارد و زایل شده است.

نظام ثبت کشتی ایران نیز یک نظام ایجاد است. قانون دریایی ایران هرچند در مورد اثر ثبت در مالکیت کشتی تصریحی ندارد، لیکن همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، قانون‌گذار در ماده ۴۲ قانون دریایی، ثبت را به‌جای قبض و اقباض، شرط صحت و اعتبار رهن دریایی دانسته است. لذا تا زمانی که عقد رهن به ثبت نرسد، حقی برای مرتهن ایجاد نخواهد شد. در کنار این مقرر می‌توان به ماده یک آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ قانون دریایی مصوب ۱۳۹۷ هیئت وزیران اشاره کرد. در بند «ت» این مقرر مالک کشتی شخصی تعریف شده است که نام او به‌عنوان مالک در اسناد ثبت کشتی به ثبت رسیده باشد.

79. *Ibid*, p. 23.

۲.۳.۲. نظام‌های اعلامی (Declaratory Systems)

نظام‌های اعلامی به نظام‌هایی اطلاق می‌شود که ثبت معاملات کشتی هیچ تأثیری در صحت یا اثرگذاری کامل عقود منعقدشده نسبت به آن ندارد، بلکه صرفاً فراهم‌کننده یک بانک اطلاعاتی است که به‌عنوان قرائنی در خصوص وضعیت موجود محسوب شده، به علت عدم لزوم ثبت معاملات کشتی و در نتیجه عدم ورود همه تغییرات مربوط به حقوق و دارندگان آن، قطعی نبوده، صحت آنها مورد تأیید نظام ثبتی قرار نمی‌گیرد.^{۸۰}

سازماندهی نظام ثبت کشتی در پرتو سیاست اطلاع‌رسانی، قدمتی قریب به دو‌یست سال در نظام ثبت کشتی انگلستان دارد. اولین بار ماده ۱۰۷ قانون حمل و نقل تجاری ۱۸۵۴، سند ثبت کشتی را تنها به‌عنوان یک دلیل اثبات در راستای کارکرد اطلاع‌رسانی نظام ثبتی معتبر شناخت^{۸۱}. بر همین اساس، در سال ۱۸۶۵ در پرونده *Hibbs v. Ross* سند ثبت کشتی به‌عنوان یک دلیل اثبات مالکیت- و نه سند موجد مالکیت- تلقی گردید و دادگاه خود را مکلف به بررسی ادله معارض با مالکیت ثبت‌شده دانست^{۸۲}. در قانون حمل و نقل دریایی ۱۹۹۵ همچنان این سیاست مد نظر نظام ثبت کشتی‌های انگلستان بوده است. در این خصوص ماده ۱۳ این قانون بر این نکته اشاره دارد که سند ثبت کشتی تنها مثبت انگلیسی بودن کشتی است و به هیچ‌عنوان سند مالکیت تلقی نمی‌گردد. به همین دلیل نمی‌تواند موضوع توقیف سندی قرار گیرد. همچنین در بند دوم اصلاحیه ماده ۱۶ از قابلیت استناد حقوق معارض ثبت‌نشده در برابر مالک و مرتهن دریایی که در دفاتر ثبتی به ثبت رسیده، سخن گفته شده است.

۲.۳.۳. نظام‌های تأییدی (Protective Systems)

فقدان مقررات ثبت اجباری در حوزه اموال منقول و اعمال قاعده تصرف نسبت به آنها همواره بازار معاملات اموال منقول را با یک ریسک مهم مواجه می‌سازد: شخصی که انتقال‌دهنده مالکیت یا سایر حقوق عینی مربوط به مال منقولی بوده است مالکیتی نسبت به

80. Nigel Meeson & John Kimbell, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, (London: Informa, 2011), p. 317

81. Yvonne Baatz, *Maritime Law*, (New York: Informa Law from Routledge, 2014), p. 85.

82. *Ibid.*

آن نداشته باشد^{۸۳} و یا حقوق عینی مثل حقوق رهنی را نسبت به مال به دیگری واگذار کرده باشد. این ریسک در مورد کشتی‌ها به واسطهٔ قیمت گزافشان چندین برابر مخاطره‌آمیزتر است.^{۸۴} در همین راستا برخی نظام‌های ثبتی در راستای گسترش اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث در خصوص وضعیت حقوقی مرتبط با کشتی از لزوم ثبت حقوق عینی مربوط به کشتی در پرتو شرط قابلیت استناد حق یاد کرده‌اند؛ چین از جملهٔ این کشورهاست.

در چین موضوع اثر ثبت در ایجاد یا انتقال حقوق مربوط به کشتی، موضوعی اختلاف برانگیز بود که قانون‌گذار را به اتخاذ رویکردی میانه برای مصالحه میان دکتین موجود مجاب می‌نمود. در تشریح این امر شایان ذکر است که به اعتقاد برخی حقوق‌دانان چینی وقتی سخن از نظام مالکیت و نقل و انتقالات کشتی به میان می‌آید، کشتی به واسطهٔ وسعت و همچنین ارزشی که دارد باید به‌مثابهٔ مال غیرمنقول تلقی شود. لذا اثر ثبت مالکیت و نقل و انتقالات در کشتی بایستی به‌مثابهٔ اثر ثبت در حوزهٔ حقوق املاک در این کشور در نظر گرفته شود. بنابراین، انتقال مالکیت تنها با ثبت تحقق می‌یابد و اگر قرارداد انتقال ثبت نشود، گویی انتقالی رخ نداده است.^{۸۵}

در مقابل این دیدگاه، دیدگاه تلقی کشتی به‌مثابهٔ مال منقول، دکتین دیگری در حقوق چین بوده که بر اساس آن، «انتقال تصرف» یا تسلیم شرط «انتقال مالکیت» است و ثبت صرفاً یک اثر اعلامی دارد^{۸۶}؛ با این حال، قانون‌گذار چینی در قانون دریایی سال ۱۹۹۲ و همچنین مقررات مربوط به ثبت کشتی سال ۱۹۹۴، ثبت را در رویکردی میانه به‌مثابهٔ شرط قابلیت استناد^{۸۷} مالکیت و حقوق عینی در برابر اشخاص ثالث معرفی کرده است. این رویکرد میانهٔ قانون‌گذار چین به این معناست که در این نظام ثبتی اگرچه مفروض آن است که ثبت اثری در ایجاد حق ندارد، اما حقوق ثبت‌نشده هم از اعتبار کاملی برخوردار نیستند و برای قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث با حسن‌نیت باید به‌ثبت برسند.

83. A.F. Salomons, *op. cit.* p. 2.

84. R. Rogers, *op.cit.*, pp. 12-13.

85. L. Rongcun, & C., Jingzhao, *Ibid.*, pp. 344-345.

86. *Ibid.*, p. 345.

87. Opposability

در برخی کشورها، همچون نیوزیلند، نظام ثبت کشتی سیاستی دوگانه بر مبنای استفاده از دو مدل ثبتی ایجاد و اعلامی دارند. در این کشور نظام ثبت کشتی به دو بخش A و B تقسیم می‌شود.^{۸۸} بخش A دقیقاً متناسب با کارکردهای نظام‌های ایجاد است. بر این اساس، ثبت کشتی بر مبنای مدل A نه تنها تابعیت نیوزیلندی به کشتی اعطا می‌کند، بلکه به‌عنوان دلیل انحصاری و غیرقابل رد مالکیت محسوب می‌شود.^{۸۹} مدل B با نظام‌های اعلامی تطبیق دارد. در این مدل اگرچه اطلاعات مربوط به مالک همچون نام، نشانی اقامتگاه و تابعیت در دفتر ثبت کشتی ثبت می‌شود، نمی‌توان آن را به‌عنوان دلیل انحصاری مالکیت محسوب نمود؛ بلکه همانند نظام‌های اطلاع‌رسان اماره مالکیت است. به دلیل عدم ثبات مالکیت امکان ثبت رهن دریایی مربوط به کشتی تحت مدل B در نیوزیلند امکان‌پذیر نیست.^{۹۰}

نتیجه

نظام ثبت کشتی دارای کارکردی عمومی - خصوصی است.

از منظر کارکرد حقوق عمومی - که ناظر به ثبت اولیه است - پیوند تابعیت به ثبت کشتی از دو بُعد نظارت داخلی و حمایت دیپلماتیک مورد توجه است. در تحقق این موارد، نظام‌های ثبت آزاد که تابعیت کشور صاحب پرچم را در برابر پرداخت مبالغی به مالک کشتی - که می‌تواند از اتباع کشور یادشده یا از بیگانگان باشد - می‌فروشند، نظارت و کنترلی بر فعالیت کشتی ندارند و حمایت دیپلماتیک چندانی از کشتی تحت پرچم خود به‌عمل نمی‌آورند. اگرچه به‌واسطه هزینه اندک و تشریفات آسان از نظر اقتصادی به‌صرفه بوده و مورد استقبال مالکان بسیاری قرار گرفته است، لیکن از منظر کارکردهای نظام ثبتی در حوزه حقوق عمومی فاقد کارایی است. از طرف دیگر، سیستم ثبت مقید نیز اگرچه از نظر کارکردهای ثبتی دارای کارایی مطلوب محسوب می‌شود، لیکن به‌واسطه آنکه از ثبت کشتی‌های دارای مالک خارجی معذور است از نظر اقتصادی برای دولت‌ها نمی‌تواند صرفه اقتصادی داشته باشد. از این منظر، نظام نیمه‌آزاد به دلیل اعمال تعادلی کنترل‌شده میان پیوند واقعی و جذب

88. Maritime NZ, *op.cit.*

89. R. Maher, *Ship Mortgages in New Zealand*, University of Otago (2007), p. 14.

90. *Ibid*, p. 42.

مالکان خارجی به سیستم ثبتی خود، یک سیستم مطلوب و کارآمد است.

از منظر کارکرد حقوق خصوصی-که ناظر به ثبت ثانویه است- ثبت کشتی بر دو بُعد حمایت از مالکیت و اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث سازماندهی شده است. با این حال، این ابعاد در تمامی نظام‌های ثبتی به صورت یکسان محقق نمی‌شود. برای آنکه بتوان حداقلی از این کارکردها را در یک نظام ثبتی داشت، در کنار لزوم سازماندهی نظام اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث، ایجاد پیوند ماهیتی میان حقوق عینی مرتبط با کشتی (اعم از ایجاد حق به موجب ثبت یا قابلیت استناد آن به موجب ثبت) امری ضروری است. این امر در کنار آنکه باعث حمایت از مالکیت می‌شود، از عدم ثبات و تغییرات متعدد اطلاعات مندرج در دفاتر ثبت کشتی جلوگیری می‌کند و از این طریق کیفیت اطلاعات مالکیتی مندرج در دفتر ثبت کشتی‌ها را بالا خواهد برد. لذا به نظر می‌رسد سیستم ثبت اعلامی که حمایتی از مالک به عمل نمی‌آورد، نه تنها از بُعد حمایتی، بلکه از بُعد اطلاع‌رسانی نیز کارایی چندانی ندارد و بر اساس اصول بنیادین نظام ثبتی نمی‌تواند به عنوان یک سیستم کارآمد تلقی گردد. در مقابل، نظام ثبت ایجاددی که بیشترین پیوند را میان حقوق عینی و ثبت از طریق گزاره «ثبت برابر است با حق» ایجاد نموده است، هم در بُعد حمایتی و هم در بُعد اطلاع‌رسانی به عنوان یک سیستم کارآمد شناخته می‌شود.

در این راستا دو پیشنهاد مطرح می‌شود:

اولاً نظام ثبتی کشتی ایران در راستای جذب سرمایه خارجی به کشور به وضعیتی نیمه‌آزاد تغییر یابد و امکان ثبت کشتی‌ها دارای مالکان خارجی در ایران را میسر سازد. در این راستا لازم است ماده یک قانون دریایی ایران در کنار برداشتن شرط تابعیت ایرانی برای مالکان کشتی‌ها به گونه‌ای اصلاح شود که امکان ثبت کشتی‌های خارجی را به طور مطلق امکان‌پذیر نسازد، بلکه این امکان برای کشتی‌هایی فراهم گردد که به گونه‌ای با حاکمیت ایران مرتبط‌اند.

ثانیاً نظام ثبت کشتی ایران اگرچه یک نظام ایجاددی است، لیکن در راستای پایان دادن به برخی ابهامات در پرتو استناد به مقررات عام قانون مدنی و تقویت پیوند میان ثبت و حقوق عینی، مقرره‌ای در خصوص اثر ثبت در ایجاد حقوق مالکیت و سایر حقوق عینی در قانون دریایی ایران گنجانده شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. امید، هوشنگ، *حقوق دریایی*، ج ۱، (تهران: مدرسه عالی بیمه، چ ۱، ۱۳۵۳).
۲. صادقی حقیقی، دیدخت، *ثبث کشتی‌ها و حقوق بین‌الملل با تأکید بر پدیده پرچم‌های مصلحتی*، (تهران: کیهان، چ ۱، ۱۳۷۵).
۳. عسکری، سجاد، *درآمدی بر قواعد حاکم بر ثبث کشتی*، (تهران: جنگل (جاودانه)، چ ۱، ۱۳۹۹).
۴. کوثر، رابرت و یولن، تامس، *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، (تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، چ ۸، ۱۳۹۲).
۵. نجفی اسفاد، مرتضی، *حقوق دریایی*، (تهران: سمت، چ ۷، ۱۳۹۴).

- مقالات

۶. خناری نژاد، امیر؛ طباطبائی حصارى، نسرين و صادقى، محسن، «تحليل رفتار بازیگران نظام حقوقی ثبت ثانویه (معاملات املاک ثبت شده) بر مبنای راهبرد چانه‌زنی در نظریه بازی‌ها با تأکید بر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۲ (۱۴۰۱).
۷. ملائکه‌پور، سید محمدحسن و سعیدی سرقلعه، رسول، «ماهیت عقد رهن دریایی در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳»، *دانش و پژوهش حقوقی*، ش ۲ (۱۳۹۳).
۸. میرعباسی، سید باقر و هاشمی، سید مصطفی، «بررسی اعمال دکترین پیوند واقعی در اعطای تابعیت به کشتی توسط کشور صاحب پرچم»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۶۲ (۱۳۹۹).
۹. نجفی اسفاد، مرتضی و شعبانی کندسری، هادی، «تحلیل فقهی حقوقی قواعد و مقررات مربوط به رهن دریایی ایران»، *مطالعات حقوقی*، ش ۳ (۱۳۹۴).

- پایان نامه

۱۰. رحیمی، حسام‌الدین، تحلیل حقوقی و اقتصادی حق رهن بین‌المللی در وسایل حمل و نقل؛ با تکیه بر کنوانسیون کیپ تون (۲۰۰۱)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.

ب) منابع انگلیسی

11. Alexandrou, Andria, "Ship Registration, Labour Conditions and the Maritime Labour Convention 2006", *Neptunus, E.Revue*, Issue 4 (2015).
12. Baatz, Yvonne, *Maritime Law*, (New York: Informa Law from Routledge, 2014).
13. Carlisle, Rodney, "Second Registers: Maritime Nations Respond to Flags of Convenience, 1984-1998", *The Northern Mariner/Le Marin du Nord*, Issue 3 (2019).
14. Clapham, Andrew, *Brierly's Law of Nations*, (New York: Oxford University Press, 2012).
15. Coles, Richard & Watt, Edward, *Ship Registration Law & Practice*, (London: Informa, 2009)
16. Cullinane, Kevin & Robertshaw, Mark, "The Influence of Qualitative Factors in Isle of Man Ship Registration Decisions", *Maritime Policy & Management: The Flagship Journal of International Shipping and Port Research*, Issue 4 (1996).
17. Delgado, J.P. Rodriguez, "Security Interests Over Ships: From the Current Conventions to a Possible Shipping Protocol to the UNIDROIT Convention-*Lege Data* and *Lege Ferenda*", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Issue 2(2018).
18. Egiyan, G.S., "The Principle of Genuine Link and the 1986 UN Convention on the Registration of Ships", *Marine Policy*, Issue. 3 (1988).
19. Jackson, D. C., *Enforcement of Maritime Claims*, (London-Singapore: Informa, 2005)

20. Li, K. K., & Wonham, J. J., “New Developments in Ship Registration”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Issue.1 (1999)
21. Liying, Zhang, “Comparative Study of Hong Kong Flag Ship Registration”. *Asia Pacific Law Review*, Issue2 (2010).
22. Maher, R., *Ship Mortgages in New Zealand*, University of Otago (2007).
23. Meeson, Nigel & Kimbell, John, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, (London: Informa, 2011)
24. Mitroussi, Kyriaki & Georgiou Arghyrou, Michael, “Institutional Performance and Ship Registration”, *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, Issue 85 (2016).
25. Nikiforova, Valentina, *The Role of Ship and Mortgage Registration in Shipping Finance: the Prospects for the Russian Federation*, University of Oslo (2008).
26. Ntsoane, LS, “The Registration of Special Notarial Bonds under the Security by Means of Movable Property Act and the Publicity Principle: Lessons from Developments in Belgium” *PER / PELJ*, Issue 21 (2018).
27. Okonkwo, Theodore, “International Maritime Legal Regime and the Escalation of Flags of Convenience Practices”, *International Journal of Law*, Issue1(2018).
28. Pourmotamed, Bitá, *Parallel Registration of Ships*, Göteborg University (2008).
29. Rongcun, L., & Jingzhao, C., “The Ship Registration System Under the Property Law of the People's Republic of China”. *China Oceans Law Review*, Issue1(2009).
30. Rogers, R., *Ship Registration: A Critical Analysis*, World Maritime University (2010).
31. Salomons, A.F., “How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content”, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper*, Series No.02 (2007).

32. Shaughnessy, T. & Tobin, E., “Flags of Inconvenience: Freedom and Insecurity on the High Seas”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Issue 11(2006).
33. Toh, R S. & Phang Yong, S., “Quasi-Flag of Convenience Shipping: The Wave of the Future”, *Transportation Journal*, Issue 2(1993).
34. Yin, J., Fan, L. & Li, K. X., “Second Ship Registry in Flag Choice Mechanism: The Implications for China in Promoting a Maritime Cluster Policy”, *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, Issue 107(2018).

ج) منابع الکترونیک

35. Maritime NZ, A Guide to Ship Registration (Version 6 – July 2019), <<https://www.maritimenz.govt.nz/commercial/ships/registration/documents/A-guide-to-Ship-Registration.pdf>>
36. Nations Conference on Trade and Development Secretariat, Conditions for Registration of Ships- TD/B/AC.34/2, <<https://digitallibrary.un.org/record/33313>>
37. EESC Brussels, EEC Shipping Policy Flags of Convenience (Opinion), <<http://aei.pitt.edu/41717/1/A5899.pdf>>
38. Fifty-Ninth Session of Economic and Social Council, Overview of the Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels, <<https://unece.org/DAM/trans/doc/2015/sc3wp3/ECE-TRANS-SC-3-2015-15e.pdf>>
39. Maritime and Coastguard Agency, Owner Eligibility to Register Merchant or Pleasure Vessel MSF 4727, <<https://www.gov.uk/government/publications/owner-eligibility-to-register-merchant-or-pleasure-vessel-msf-4727>>
40. The Maritime Coastguard Agency of UK, Personal Information Charter, <<https://www.gov.uk/government/organisations/maritime-and-coastguard-agency/about/personal-information-charter#the-right-to-of-access>>



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 30
Spring 2023

Article Type: Research Article

Pages: 245-273

A Comparative Study of the Legal Effects of Forming an Economic Group in the Form of a Civil Company in Iranian and French Law

Davod Hejaazi¹ | Javad Niknejad²✉

1. Ph.D. Candidate in Private Law, Islamic Azad University, Qaimshahr Branch, Iran.

hejaazi.davod@gmail.com

2. Assistant Professor, Islamic Azad University of Tehran West, Iran.

j.n406@yahoo.com

Abstract

Global development is the result of rapid, dramatic and unprecedented advances in science and technology and especially international communications. Undoubtedly the implementation of important development, industrial and economic projects requires the cooperation and interaction of various people and specialties and also investment security. The most important form of providing security for a country's foreign investment is achieved through national legislation. The Iranian legislature, following the developed countries, first in the article 107 of the Fifth Development Plan Act and subsequently in the article 24 of the Permanent Provisions of the Country's Development Plans Act, has introduced the legal framework of the "Economic group with common interests" in one article and its following notes, to the legal and economic community of the country, stipulating the formation of these groups in the form of "Civil Partnership" and has explained the limits of the obligations and powers of the group's members. However, in this law, cases have been raised by the legislator that are basically inconsistent with the rules of civil partnership and although this law is practically an adaptation of the law of France, the ratified text is fundamentally different from the French regulations. On the one hand, the legislative stipulation on the formation of a group in the form of a civil company implies the provisions of the civil law under the title of partnership contract which exclusively deals with the management of common property, but such rules are basically not enough to form and run a group. On the other hand, some of these regulations are not commensurate with the goals and functions of the group. In addition, the guarantee of non-compliance with the conditions set forth in this article is generally unexplained and it is not clear what responsibilities will be assigned to the members and managers of the group. It also emphasizes the joint and several liability of the members for the debts of the group.

Keywords: Civil partnership, Economic group with common interests, Joint and several liability, Legal personality.

Received: 2022/01/16 Received in revised form: 2022/08/26 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.49926.3068

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تشکیل گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی در حقوق ایران و فرانسه

داود حجازی^۱، اجواد نیک‌نژاد^۲

hejaazi.davod@gmail.com

j.n406@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر، ایران.

۲. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران غرب، ایران.

چکیده

تحول و توسعه جهانی معلول پیشرفت‌های سریع و بی‌سابقه علوم و تکنولوژی و به‌ویژه ارتباطات بین‌المللی است. بدون تردید اجرای پروژه‌های مهم مربوط به توسعه و اقتصاد، به همکاری و تعامل اشخاص و تخصص‌های گوناگون و امنیت سرمایه‌گذاری نیاز دارد. مهم‌ترین شکل تأمین امنیت و تسهیل سرمایه‌گذاری خارجی یک کشور از طریق قانون‌گذاری ملی محقق می‌شود. قانون‌گذار ایران به تأسی از کشورهای پیشرفته، ابتدا در ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه و در پی آن، ماده ۲۴ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه، قالب حقوقی گروه اقتصادی با منافع مشترک را طی یک ماده و چند تبصره ذیل آن با قید الزام بر تشکیل این گروه‌ها در قالب شرکت مدنی به جامعه حقوقی و اقتصادی کشور معرفی کرده و حدود و ثغور تعهدات و اختیارات اعضای گروه را تبیین نموده است؛ با این حال در این قانون، مواردی از سوی قانون‌گذار مطرح شد که اساساً سنخیتی با مقررات شرکت مدنی ندارد و با وصف اینکه این قانون عملاً اقتباسی از قانون کشور فرانسه است، نص مصوب با مقررات کشور فرانسه اختلافات بنیادین دارد؛ از یک سو، تصریح قانون‌گذار بر تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی متبادرکننده احکام قانون مدنی تحت عنوان عقد شرکت است که منحصراً ناظر بر نحوه اداره مال مشاع است که این مقررات برای تشکیل و اداره گروه اساساً کافی نیست، برخی نیز تناسبی با اهداف و کارکردهای گروه ندارد، مضافاً ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط مقرر در این ماده به‌طور کلی مسکوت است و مشخص نیست چه مسئولیت‌هایی بر اعضا و مدیران گروه قابل انتساب خواهد بود. در عین حال، بر تضامنی بودن مسئولیت اعضا بابت دیون گروه تأکید شده است؛ به‌علاوه، قالب الزامی شرکت مدنی هرچند واجد مزیت‌های اندکی برای اعضا خواهد بود، با این وصف، محدودیت‌های متعددی را بر گروه تحمیل کرده است و هدف غایی قانون‌گذار برای تسهیل و گسترش مشارکت‌های اقتصادی و تجاری در قالب گروه را ناکام خواهد گذاشت.

واژگان کلیدی: شخصیت حقوقی، شرکت مدنی، گروه اقتصادی با منافع مشترک، مسئولیت تضامنی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۶/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.49926.3068

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

گروه اقتصادی با منافع مشترک به منظور پاسخگویی به نیازهای فعالان اقتصادی در سطح داخلی و بین‌المللی برای اولین بار در سال ۱۹۶۷ وارد مقررات کشور فرانسه شد و قانون‌گذار فرانسوی برای این نهاد تازه‌تأسیس شخصیت حقوقی قائل گردید.^۱ سپس «این نهاد حقوقی در سایر کشورهای اروپایی بر اساس مدل فرانسوی ایجاد شد و توسعه یافت».^۲

امروزه تخصص و دانش فنی در اجرای طرح‌های مهم اقتصادی مستلزم همکاری و تعامل اشخاص با تخصص‌های گوناگون است، جامعه حقوقی نیز وظیفه دارد با تدارک ابزار قانونی و حقوق مناسب، چاره‌جویی متناسب با اوضاع اقتصادی را در دسترس فعالان عرصه تجارت و اقتصاد قرار دهد. در ایران در پی تصویب ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه، به دلیل ماهیت موقتی قوانین برنامه پنج‌ساله، مجدداً در سال ۱۳۹۵ به موجب ماده ۲۴ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور^۳ مدلول ماده ۱۰۷ یادشده، در خصوص نهاد «گروه اقتصادی با منافع مشترک» با تغییراتی بسیار اندک تکرار و به این وسیله حکم موقت قانون برنامه پنجم به قانونی دائمی تبدیل گردید. ماده ۲۴ چنین مقرر می‌دارد «تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی و حقوقی به منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری، برای یک دوره محدود و بر اساس قرارداد کتبی پس از ثبت در مرجع ثبت شرکت‌ها در قالب شرکت مدنی و ضوابط و شرایط مربوط به آن و با رعایت موازین اسلامی و اصل منع اضرار به غیر و منع انحصار مجاز است».

با بررسی در سیر تطور قانون‌گذاری در حقوق ایران، چنین مستفاد می‌گردد که «شرکت مدنی» در حقوق ایران فاقد شخصیت حقوقی مستقل است و انعقاد قرارداد از سوی اعضا به شکل‌گیری شخصیت جدیدی منجر نمی‌شود؛ چراکه قانون مدنی در بیان احکام شرکت مدنی در مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ صرفاً احکامی را در خصوص اشاعه و نحوه اداره مال مشاع بیان

1. L'ordonnance n° 67- 821, v. <http://www.legifrance.fr/Guyon Y. et Coquereau G., Le Groupement D'intérêt Économique, Régime Juridique et Fiscale, 2e Dalloz, 1973, p. 17>.

2. Magnier Véronique, Droit Des Sociétés, 10e, Dalloz, p. 493.

۳. در متن مقاله از این پس به منظور رعایت اختصار و به قرینه تصریح قبلی و سبق ارجاع از عبارت «گروه» و «ماده ۲۴» استفاده می‌شود.

کرده است، لذا این سؤال اساسی قابل طرح است که «اگر از نظر مقنن ضوابط و شرایط شرکت مدنی برای اداره گروه اقتصادی کفایت می‌کرد چه نیاز و ضرورتی بر تشریح حکم مقرر در ماده ۲۴ وجود داشت؟» افزون بر این، با توجه به محرز بودن برخی تعارضات فی‌مابین مؤدای ماده ۲۴ و تبصره‌های آن با مقررات عقد شرکت قانون مدنی، اساساً ماهیت حقوقی گروه اقتصادی در حقوق ایران چیست؟ همچنین از دیدگاه قانون‌گذار، گروه تحت چه عنوان و به چه توجیهی در مرجع ثبت شرکت‌ها که ویژه شرکت‌های تجاری است به ثبت می‌رسد و آثار آن چیست؟ و چه وجوه تمایز و تشابهی فی‌مابین گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی با شرکت مدنی در حقوق فرانسه متصور است؟

با توجه به اینکه در لایحه پیشنهادی سال ۱۳۸۴ هیئت دولت تحت عنوان «لایحه اصلاحی قانون تجارت»، باب دهم این قانون در مواد ۱۰۱ تا ۱۲۱ مقررات نسبتاً کاملی به موضوع گروه اقتصادی اختصاص یافته بود، لکن کل باب دهم به دلایل نامعلوم از سوی مجلس حذف شد، لذا معلوم نیست با توجه به آثار شگرف چنین پس‌گردی، جهات و ادله توجیهی قانون‌گذار بر حذف متن پیشنهادی دولت و تخصیص صرفاً یک ماده ناقص و موجز به عنوان قانون گروه چیست؟

این نهاد پس از تشکیل در فرانسه «به لحاظ آثار شگرف آن به سرعت توسط تعداد زیادی از قانون‌گذاران دیگر کشورها الگوبرداری شد»^۴. با وجود این، مراجع تقنینی این کشورها با آگاهی از خلأها و نواقص قانون کشور فرانسه، در زمان تصویب قانون خود و حتی در موارد لزوم، مبادرت به رفع اشکالات در قوانین مصوب نمودند، با وجود این، قانون‌گذار ایران در مقررۀ مصوب با تأکید بر لزوم تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی و ذکر موارد دیگری به صورت موجز و ناقص، موجب پیچیدگی امر و حتی ایجاد تزاخم و تعارض در مقام اجرا گردیده است، بر این اساس هدف این تحقیق بررسی آثار مترتب بر تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی در حقوق ایران و مقایسه تطبیقی آن با شرکت مدنی در مقررات کشور فرانسه است.

4. Magnier Véronique, Droit Des Société, 10e, Dalloz, p. 493.

۱. تعریف، مفهوم و مبانی گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی

۱.۱. تعریف و مفهوم گروه

اصطلاح گروه، معادل فرانسوی Economique Groupement de Interet است و منظور از آن «ایجاد تشکیلاتی برای استفاده مشترک شرکت‌های رقیب است که بسیار انعطاف‌پذیر بوده، همه نوع اشخاص حقیقی و حقوقی را دربر می‌گیرد» و علی‌رغم اینکه یکی از اصطلاحات پرکاربرد در حقوق تجارت بین‌الملل است، لکن در لسان قانون‌گذار و حتی در عرصه تجارت بین‌الملل، «علی‌رغم مطالعات وسیعی که در خصوص نهاد مشارکت و گروه اقتصادی انجام شده، تعریف جامع و مشخصی از آن در نظام‌های حقوقی (به دلیل اینکه اصطلاحی دقیق و حقوقی نیست) به عمل نیامده است»^۵.

در مقررات ایران تعریفی از عقد شرکت نیز وجود ندارد. «در فقه امامیه به صورت سنتی فقها برای شرکت مدنی شخصیت حقوقی قائل نیستند». قانون‌گذار ایران در ماده ۲۴ صرفاً مقرر داشته است «تشکیل گروه با مشارکت دو یا چند شخص حقیقی و حقوقی برای یک دوره محدود بر اساس قرارداد کتبی پس از ثبت در مرجع ثبت شرکت‌ها در قالب شرکت مدنی... مجاز است». فرهنگ‌نامه حقوقی گروه را به این شرح تعریف کرده است: «اجتماع اشخاصی که فعالیت تجاری را به نحو مشترک به‌عهده می‌گیرند و مستلزم اشتراک منافع در اجرای موضوع تعهد و یک حق تدبیر، اداره، کنترل و نظارت مرتبط با آن بوده و در منفعت و زیان سهیم باشند». البته در لایحه پیشنهادی قانون تجارت سال ۱۳۸۴ در ماده ۱۰۱، گروه اقتصادی این‌گونه تعریف شده است: «دو یا چند شخص به‌منظور تسهیل و گسترش فعالیت اقتصادی و تجاری و افزایش نتایج فعالیت‌های اعضای گروه به‌موجب قرارداد برای دوره محدود تشکیل می‌شود». ضمناً در لایحه اخیر هیچ‌گونه ذکر از قید تشکیل گروه در قالب «شرکت مدنی» نشده، گروه پس از ثبت واجد شخصیت حقوقی خواهد بود.

۵. نهمینه رحمانی، راهنمای تنظیم کاربردی قرارداد جوینت ونچر غیر شرکتی، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۳۱.
 ۶. منصور صقری، «شرکت تجاری»، تحولات حقوق خصوصی، مقالات اهدایی به دکتر سید حسن امامی، انتشارات دانشگاه تهران، (۱۳۷۱)، ص ۷۲.

در عین حال از «شرکت مدنی» نیز در قوانین موجود تعریفی وجود ندارد، لکن در نظر صاحب‌نظران حقوقی «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقاصد دیگر حقوق خود را در میان می‌نهند تا به جای آن مالک سهم مشاع از این مجموعه شوند»^۷. در ماده ۲۴ به‌طور واضح مقرر گردیده است که «تشکیل گروه تنها در قالب شرکت مدنی و ضوابط آن و با رعایت موازین اسلامی و... مجاز می‌باشد». با این همه، در حال حاضر با توجه به دیگر مندرجات و قیود این ماده به‌ویژه «مسئولیت تضامنی اعضا در قبال کل دیون گروه و لزوم ثبت گروه در مرجع ثبت شرکتها و همچنین تکلیف بر داشتن دفاتر تجاری ویژه تجار و شمول نهاد بازرسی ویژه شرکت‌های سهامی»، به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار در عمل نهاد حقوقی نوینی را شناسایی کرده که در واقع مشمول مصادیق عقود نامعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و فاقد شکل ویژه‌ای از قبل تعیین شده است که با هیچ‌یک از مصادیق دیگر مشارکت‌های تجاری از جمله جوینت ونچر، کنسرسیوم، مشارکت انتفاعی و غیره در تمامی شقوق قابل انطباق نمی‌باشد. در واقع «ماده ۲۴ ضمن طراحی نظام مسئولیت تضامنی، برخی از آثار شرکت مدنی را به‌عنوان عقدی مبتنی بر اذن با تعدیلاتی مقرر کرده است»^۸.

۲.۱. مبانی تشکیل گروه اقتصادی

پس از خاتمه جنگ جهانی دوم به دلیل ویرانی‌های سنگین ناشی از جنگ، مرزهای اقتصاد فرانسه می‌بایستی در راستای تحقق اصول اساسی جامعه اروپا بر روی کشورهای عضو اتحادیه گشوده می‌شد، لذا لازم بود تسهیلات قانونی خاصی پیش‌بینی شود و در غیر این صورت بنگاه‌های اقتصادی فرانسوی نمی‌توانستند متحمل عواقب و نتایج حاصله از شوک ناشی از برداشتن مرزهای کشور باشند، بر همین اساس دولت از پارلمان اجازه وضع پاره‌ای قوانین تفویضی را کسب کرد که امکان تصویب قوانینی برای مقابله با آثار سوء گشایش مرزهای فرانسه در اتحادیه اروپا را به دولت می‌داد؛ قانون ناظر بر تشکیل گروه اقتصادی مصوب سال ۱۹۶۷ یکی از این مصوبات است. از این رو، قانون گروه برای

۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکتها- صلح، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۶)، ص ۴۱.

۸. روح‌الامین حجتی کرمانی و محمدعلی بهمنی، «شناسایی و پذیرش جوینت ونچر قراردادی و قرارداد عملیات مشترک نفتی در ایران»، تحقیقات حقوقی، ش ۹۲ (۱۳۹۸)، ص ۲۹۲.

پاسخگویی به نیازهای فعالان اقتصادی کشور فرانسه در سطح داخلی و فرامرزی برای نخستین بار در این کشور تصویب شد و قانون‌گذار برای گروه شخصیت حقوقی قائل گردید.

در داخل اتحادیه اروپا نیز چون شرکت‌های داخلی کشورهای اروپایی فاقد توان بازسازی کامل ویرانی‌های وارده ناشی از جنگ بودند، لذا با همکاری شرکت‌های امریکایی مبادرت به این امر نمودند و اینکار از طریق مشارکت در تأسیس ماهیت جدیدی به نام گروه اقتصادی شکل گرفت و به این وسیله حساسیت کشورها نسبت به حاکمیت و استقلال سیاسی خود باعث شد تا از انجام پروژه‌های بزرگ صنعتی به صورت واگذاری کامل به شرکت‌های بزرگ خارجی که موجب کاسته شدن از حاکمیت سیاسی در درازمدت می‌شد ممانعت گردد. آنچه مسلم است «بدلیل آثار شگرف این قانون در نظام اقتصادی کشور فرانسه این نهاد عمدتاً در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی توسعه یافت»^۹.

در ایران در دهه‌های اخیر، لزوم پیش‌بینی چارچوب و قالبی برای سازماندهی فعالیت‌های اشتراکی بین بنگاه‌های اقتصادی در نظر قانون‌گذار امری ضروری تلقی شد؛ با وجود این، مبتنی بر مدلول ماده ۲۴ مصوب، حقوق دانان قید تشکیل گروه را لزوماً در قالب شرکت مدنی، مبین نبود شخصیت حقوقی مستقل گروه و سرانجام، شمول محدودیت‌های متعدد و سپس عدم کارایی آن می‌دانند؛ چراکه «شرکت مدنی بر مبنای مالکیت مشاع شریک‌ها تشکیل و جمع آنان اصلاتی ندارد و اموال شریکان همچنان متعلق خود آنان بوده و صرفاً سود و زیان ناشی از اداره مال مشاع به ایشان می‌رسد و تنها سخن از حقوق و تکالیف هر شریک در برابر سایر شرکاست»^{۱۰}.

در باب ماهیت حقوقی گروه نیز نمی‌توان به قدر متیقنی دست یافت؛ «چراکه تعریف شرکت مندرج در ماده ۵۷۱ قانون مدنی در واقع تعریف اشاعه است و در اشاعه هدف مشترکی دنبال نمی‌شود»^{۱۱} و «شرکت مدنی قلمرو وسیع‌تری از اشاعه و حتی عقد شرکت

۹. سعید حقانی، گروه منفعت اقتصادی، ماهیت و ساختار (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۷۸.

۱۰. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۹.

۱۱. احمد صادقی گلدر، «عقد شرکت، مفهوم و قلمرو آن»، حق، مطالعات حقوقی و قضایی، ش ۹ (۱۳۶۶)، ص ۱۷۸ و شکرالله نیکوند، «اشاعه و آثار آن در حقوق ایران و فرانسه»، دانشنامه حقوق و سیاست، ش ۳ (۱۳۸۴)، ص ۷۸ و حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، ج ۱، (تهران: انتشارات دادگستر، چ ۱، ۱۳۷۴)، ص ۱۵۷؛ احسان معدولیت، «ملاحظات در باب لزوم و کیفیت ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی و اثر آن بر ایجاد و توسعه امنیت اقتصادی و نظم حقوقی»، کانون سردفتران، ش ۱۲۸ (۱۳۹۰)، صص ۷۷ و ۷۸.

دارد، بدون آنکه از مصادیق اصطلاحی عقد شرکت باشد»^{۱۲}. در عین حال، عقد شرکت در خصوص چهره مبادله حقوق جدیدی به وجود می‌آورد که به اقتضای ماهیت خویش با اراده یکی از اطراف عقد از بین نمی‌رود (یعنی عقد لازم است)، ولی همان عقد در مورد چهره اعطای نیابت در تصرف عقدی جایز است، چراکه اذن در تصرف قابل رجوع است و با فوت و حجر یکی از شرکا عقد منحل شده، از بین می‌رود و به لحاظ جایز بودن آن، هریک از مالکان مشاعی هر زمان بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند.

وانگهی در قانون مدنی علاوه بر اینکه تشکیلات خاصی برای اداره مال مشاع پیش‌بینی نشده، در باب جنبه عقدی شرکت و ایجاد شرکت یا قرارداد شرکا نیز احکامی وجود ندارد؛ لذا تصریح قانون‌گذار در ماده ۲۴ بر تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی متبادرکننده احکام قانون مدنی در باب شرکت است که این مواد اساساً برای اداره گروه اقتصادی مکفی نیست و حتی برخی از این احکام هیچ مناسبتی با اهداف و کارکردهای گروه اقتصادی ندارد؛ در نتیجه، ناکارآمدی قانون مدنی برای اداره گروه محرز و مفروغ‌عنه است. متقابلاً در ماده ۲۴ و تبصره‌های آن بر مسئولیت تضامنی یکایک شرکا جهت پرداخت کل دیون گروه و یا لزوم ثبت گروه در مرجع ثبت شرکت‌ها از سوی قانون‌گذار تأکید شده که مناسبت بیشتری با شرکت‌های شرکتی که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند داشته‌اند و همین امر این ماده را از هدف تسهیل و گسترش مشارکت‌های قراردادی دور کرده است. درحالی که برخلاف استنباط قانون‌گذار، وجود شخصیت حقوقی را نباید مانعی در زمینه توسعه مشارکت و تجارت قلمداد نمود؛ در نتیجه، ماهیت حقوقی و احکام گروه در وضع موجود به دلیل نزاحم و حتی تباین احکام قانون مدنی با مؤدای ماده ۲۴ در هاله‌ای از ابهام و اجمال قرار دارد؛ از این رو، «ماده ۲۴ فاقد اثر تجویزی مد نظر قانونگذار بوده و صرفاً باید اثر آن را در امر ضابطه‌گذاری و تسهیل مورد بررسی قرار داد»^{۱۳}. البته «در عرصه بین‌المللی علاوه بر شروط مصرح در قراردادها حقوق عرفی از یکسو و نیز اسناد بین‌المللی موجود در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی دولت‌ها را به رعایت حقوق مالکیت سرمایه‌گذار خارجی (در گروه) ملزم

۱۲. احمد صادقی گلدر، پیشین، ص ۱۸۹.

۱۳. حمیدرضا علومی یزدی، «چالش‌های حقوقی تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۴ (۱۳۹۲)، ص ۶۵.

می‌کند»^{۱۴}.

ماده ۱۸۳۲ قانون مدنی فرانسه در تعریف عقد شرکت چنین مقرر می‌دارد: «شرکت توسط دو یا چند شخصی که توافق می‌کنند تا اموال یا خدماتشان را به منظور تقسیم منافع حاصله یا بهره‌مندی از صرفه‌جویی در هزینه‌ها به یک فعالیت مشترک اختصاص دهند تشکیل می‌شود. شرکت ممکن است در مواردی که قانون پیش‌بینی می‌کند به موجب اراده یک شخص ایجاد شود. شرکاء متعهد می‌شوند در زیان‌های شرکت سهام شریک شوند» و حسب ماده ۱۸۳۳ این قانون «هر شرکتی باید موضوع مشروع داشته باشد و در جهت منفعت مشترک شرکا تشکیل شود»^{۱۵}. علاوه بر این، مبتنی بر ماده ۳-۱۸۴۳ همین قانون «شرکا با آورده خود به‌طور واقعی قرارداد شرکت را تأیید می‌کنند و اراده خود را مبنی بر ملحق شدن به شرکت آشکار، و بدین وسیله قصد شریک شدن را تأیید و عملاً تحقق فعالیت مشترک یعنی موضوع شرکت را ممکن می‌سازند. این امر به‌وضوح بدین مفهوم است که این رکن، ارکان اختصاصی دیگر شرکت را به‌نوعی در خود مستحیل نموده و فی‌الواقع در نظر قانون‌گذار فرانسه اگر آورده و قصد تشکیل شرکت وجود نداشته باشد اساساً شرکتی وجود نخواهد داشت»^{۱۶}. «در این کشور عناصر اختصاصی قرارداد شرکت شامل شریک شدن در آورده و نیز قصد صرفه‌جویی و سود بردن و نهایتاً رضایت طرفین به ایجاد قرارداد شرکت است»^{۱۷}. علاوه بر این، «در حقوق فرانسه موضوع اشاعه از بحث شرکت تفکیک شده است. در فرهنگ اصطلاحات حقوقی فرانسه «اشاعه وضعیت حقوقی است که در آن اشخاص متعددی به صورت مشترک مالک مال یا اموالی هستند که تقسیم نشده است»^{۱۸}.

۱۴. لعیا جنیدی؛ محمدصادق تیموری؛ محمد صقری و رضا عباسیان، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۷ (۱۳۹۷)، ص ۲۸.

15. Toute Société Doit Avoir un Objet Licite et Être Constituée Dans L'intérêt Commun Des Associés. v. <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>.

16. Cozuian Maurice; Viandier, Alain; et Deboissy, Florence, *Droit Des Société*, p. 83.

17. Cozuian Maurice; Viandier, *Ibid*, p. 83.

18. Raymond Gillien Etjean Vincent Lexque de Remes Juridiques, Dalloz.zed.2012, p. 182.

۲. مجمع اعضا و مدیریت گروه اقتصادی در قالب شرکت مدنی

۲.۱. مجمع اعضا

مؤدای ماده ۲۴ و تبصره‌های ذیل آن دلالت دارد که «قانونگذار ایران نه تنها از مجمع اعضا بلکه از نحوه تصمیم‌گیریهای اعضا نیز صحبتی نموده است»^{۱۹}. با وجود این، از آنجایی که در تبصره ۲ ماده ۲۴ چنین مقرر شده است که «عملیات مربوط به بازرسی گروه مطابق مواد ۱۵۱ و ۱۵۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ انجام می‌شود» و با توجه به اینکه ماده ۱۵۱ قانون پیش‌گفته مقرر داشته است که «بازرس یا بازرسان باید هرگونه تخلف یا تقصیری در امور شرکت که از ناحیه مدیران و مدیرعامل مشاهده کنند به اولین «مجمع عمومی» اطلاع دهند و در صورتی که ضمن انجام مأموریت، از وقوع جرمی مطلع شوند باید به اولین مجمع عمومی گزارش دهند»، و ماده ۱۵۲ نیز مشعر است بر اینکه «در صورتی که «مجمع عمومی» بدون دریافت گزارش بازرس یا بر اساس گزارش... صورت داری و... را مورد تصویب قرار دهد این تصویب هیچ اثر قانونی نداشته و از درجه اعتبار ساقط خواهد بود».

در نتیجه، مبتنی بر مدلول حکم واضح دو ماده اخیر وجود و تشکیل مجمع اعضا در گروه اقتصادی نه تنها فاقد اشکال است بلکه منطبق با مقررات قانونی است و بدون تردید نهاد واجد صلاحیت عام در رابطه با تمامی امور گروه مجمع اعضا می‌باشد. بر همین اساس، لازم است حتی‌المقدور مصادیق مشمول صلاحیت مجمع اعضا در قرارداد گروه احصا و مشخص گردد. از سوی دیگر، ضروری است در قرارداد گروه به تشکیل جلسات مجمع در فواصل معینی تأکید و تعیین تکلیف گردد. اگر قرارداد گروه در این خصوص ساکت باشد، برای اتخاذ تصمیم در مجمع باید تمام اعضا حاضر بوده، همگی نظر موافق دهند؛ هرچند قرارداد گروه می‌تواند نصاب کمتری برای تشکیل جلسات پیش‌بینی نماید و حتی می‌تواند اکثریت لازم برای اتخاذ تصمیمات در مجمع را کاهش دهد. بر این اساس، مجمع اعضا در عمل بالاترین نهاد بالادستی ذی‌صلاح در گروه است و «اتخاذ تصمیم در امور مختلفی از

۱۹. سعید حقانی، پیشین، ص ۱۸۷.

قبیل تغییر در اساسنامه، تمدید مدت قرارداد، انحلال پیش از موعد، نحوه تقسیم سود، نحوه تعیین مدیران و نیز عزل آنها، موافقت با انتقال سهم‌الشرکه، جملگی در زمره اختیارات مجمع اعضا است»^{۲۰}. در عین حال قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۲۴ مقرر نموده است: «تغییر در حیطه اختیارات مدیران در قرارداد در قبال اشخاص ثالث قابل استناد نیست و اعضای گروه متضامناً مسوول پرداخت کل دیون گروه می‌باشند». در «شرکت مدنی نیز علاوه بر اینکه هر شریک در مقابل شرکت و اشخاص ثالث در مورد نقض قوانین و اساسنامه یا تقصیر در مدیریت مسؤلیت دارد، در صورتی که موارد مذکور توسط جمع شرکا اتفاق افتاده باشد مسؤلیت آنها تضامنی است»^{۲۱}، زیرا «قواعدی که هدف آنها حمایت از حقوق اشخاص ثالث در برابر دو طرف عقد است جنبه امری و عملی دارد و پذیرفتن امکان تراضی برخلاف این قواعد به منزله حکومت عقد بر حقوق کسانی است که در انعقاد آن دخالتی نداشته‌اند»^{۲۲}. آنچه مسلم است در گروه اقتصادی نیز «نظریه مسوولیت تضامنی عرضی و طولی با هیچ مانع عقلی و تحلیلی مواجه نیست و بعنوان یک قاعده کلی مورد قبول است البته در روابط داخلی، اعضا حق مراجعه به مدیون اصلی را دارند»^{۲۳}.

در نظام حقوقی کشور فرانسه، ماده ۸ قانون ناظر بر گروه (مصوب ۱۹۶۷)، مجمع اعضای گروه را پیش‌بینی و در قانون تجارت نوین این کشور مصوب سال ۲۰۰۰ نیز بند ۱۰-۲۵۱ L بر لزوم تشکیل و صلاحیت مجمع شرکا تصریح کرده «حتی در ماده ۴-۲۵۲ L قانون اخیر، تشکیل نهاد جمعی و استیفای حقوق جمعی اعضا در قالب مجمع عمومی مورد تأکید قرار گرفته است»^{۲۴}. همچنین حسب پاراگراف سوم ماده ۱۰-۲۵۲ L این قانون، تعدادی از اعضای گروه در صورتی که یک چهارم کل اعضا را تشکیل دهند، می‌توانند درخواست تشکیل جلسه مجمع عمومی را بنمایند. ضمن اینکه «در قرارداد گروه نمی‌توان یکی از اعضا را از حق رأی محروم نمود، چراکه این امر مخالف قصد همکاری مشترک

۲۰. تهمینه رحمانی، پیشین، ص ۷۵.

۲۱. حسین خزاغی، حقوق تجارت بین‌الملل، مشارکت تجاری (تهران: انتشارات جنگل، ۱، ۱۳۹۲)، ص ۵۷.

۲۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۳، ۱۳۷۴)، ص ۱۵۷.

۲۳. احمد دیلمی، «تأملی در قرآتهای مختلف از مسؤلیت تضامنی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳ (۱۳۹۰)، ص ۱۱۶.

24. Guyon Y. et Coquereau G., *Le groupement d'intérêt économique, régime juridique et fiscale*, 2e Dalloz, 1973, p. 116

اعضا می‌باشد»^{۲۵}.

۲.۲. مدیریت گروه اقتصادی

اصولاً در قرارداد گروه، نحوه تعیین مدیر یا مدیران و مدت آن و دیگر شرایط مدنظر از سوی (مجمع) اعضا مشخص می‌گردد. افزون بر این، اعضای گروه نسبت به تعیین مدیران گروه نیز مبادرت می‌نمایند. حال در فرضی که مدیر یا مدیران در قرارداد و یا مجمع اعضا تعیین نشده باشند تکلیف چیست؟ اصولاً «انتخاب مدیران از بین اعضای گروه متضمن منع خاصی نمی‌باشد، در عین حال ضرورتی ندارد که مدیر لزوماً از بین اعضا انتخاب شود. همچنین شرایط اداره گروه اعم از دوره زمانی مدیریت، انفرادی یا شورایی بودن مدیریت، تعداد مدیران و نحوه اتخاذ تصمیم آنها اصولاً در قرارداد اعضا تعیین تکلیف می‌گردد»^{۲۶}. مدیر ممکن است در برابر گروه بابت تخلفاتی که از تعهدات وی ناشی می‌گردد مسئول شناخته شود. ضمناً در خصوص اشخاص ثالث، هر عمل مدیر که در چارچوب موضوع قرارداد گروه باشد موجب متعهد شدن گروه می‌گردد و محدود کردن اختیارات مدیر یا مدیران در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد است. هرچند در داخل گروه ممکن است نافذ تلقی گردد. ضمن اینکه «اصل اختیارات مدیر مبتنی بر پذیرش تئوری وکالت ظاهری است که بر اثر آن می‌توان تعهدات چنین مدیر یا مدیرانی را در صورتیکه در چارچوب موضوع گروه باشد به گروه منتسب نمود. در توجیه این محدودیت به اصل عدم اهلیت گروه و اینکه نماینده نیز اصولاً در موضوعاتی از نمایندگی برخوردار می‌باشد که منوب‌عنه خود بتواند آن را انجام دهد تمسک می‌گردد. بدیهی است اصل بر این است که وجود حسن نیت طرف قراردادی مفروض بوده و بار اثبات خلاف آن با گروه است»^{۲۷}.

در شرکت مدنی نیز «در صورت عدم تعیین مدیر تمامی شرکا به نحو برابر در مدیریت شرکت مشارکت دارند»^{۲۸} و وظایف و اختیارات بین اشخاص حقیقی و حقوقی بدون اینکه کاملاً از آنها سلب مسئولیت گردد تقسیم می‌شود. با وجود این «در صورت بطلان شرکت

۲۵. سعید حقانی، پیشین، ص ۱۹۷؛ محمود کاشانی، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه (تهران: انتشارات میزان، ج ۲، ۱۳۹۴)، ص ۱۳۱.

۲۶. سعید حقانی، پیشین، صص ۲۰۱ و ۲۰۲.

۲۷. همان، ص ۲۰۴.

۲۸. حسین خزاغی، پیشین، ص ۸۳؛ محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۱۰.

معاملات انجام شده توسط مدیر قابل انتساب به هیچیک از شرکا نمی‌باشد مگر اینکه مدیر معامله‌کننده خود شریک گروه باشد که در این صورت معامله تنها برای او محسوب و سایر شرکا مسئولیتی نخواهند داشت»^{۲۹}. البته تجاوز از حدود اذن نیز عمل حقوقی مدیر را تابع احکام فصولی می‌کند و او را در برابر طرف قرارداد وفق ماده ۵۸۵ قانون مدنی مسئول می‌سازد. در شرکت مدنی «در صورتی که چند شریک به طور اطلاق و بدون هیچ قیدی مأذون در اداره باشند اصل بر این است که آنان باید به اجتماع اقدام کنند زیرا اختیار جمعی آنها مسلم و نیابت انفرادی هریک مورد تردید است که باید به قدر متیقن اکتفاء شود»^{۳۰}.

ممکن است «اعضا توافق کنند که یک کمیته مدیریت ایجاد کنند که در آن هریک از اعضای گروه نماینده‌ای دارد که به اتفاق در این کمیته اتخاذ تصمیم می‌گردد»^{۳۱}. مدیر الزامی ندارد که به عنوان نماینده گروه، نام و خصوصیات اصیل را در معاملات خود افشا کند. البته «در نظام حقوقی ایران حتی اگر در قرارداد به نمایندگی مدیر تصریح نشده باشد، مدیر نماینده ضمنی و یا مفروض گروه محسوب می‌گردد، مشروط بر اینکه در محدوده موضوع فعالیت گروه اقدام نموده باشد»^{۳۲}.

علاوه بر این، «مقصود مقنن از حکم مقرر در تبصره ۱ ماده ۲۴ مبنی بر مسئولیت تضامنی اعضا و مدیران نسبت به کل دیون گروه، استمرار مسئولیت مدیران و تضامنی بودن مسئولیت اعضای گروه در قبال اشخاص ثالث بوده است و ظاهراً مقنن با مصلحتی قابل درک (حفظ حقوق اشخاص ثالث طرف قرارداد) به بقای مسئولیت تضامنی شرکا حکم داده است»^{۳۳}. اما از آنجایی که در مشارکت‌های قراردادی اصولاً تعیین حدود اختیارات مدیران در قرارداد گروه از سوی شرکا صورت می‌گیرد، لذا حکم تبصره یک تناسبی با ماهیت این گونه قراردادها ندارد؛ بنابراین، می‌توان این گونه استنتاج کرد که قانون‌گذار به تاریخ مؤخر عملاً حکم مواد ۵۸۰، ۵۸۱ و ۵۸۲ قانون مدنی را در خصوص گروه، حداقل در راستای صیانت از

۲۹. تهمینه رحمانی، پیشین، ص ۳۱.

۳۰. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی مشارکتها - صلح، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۶)، صص ۴۱ و ۴۳.

۳۱. رضا آریان کیا و احسان معدولیت، نظام حقوقی قراردادهای مشارکت از در عرصه صنعت و تجارت داخلی و بین‌المللی، (تهران:

نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۹۹.

۳۲. تهمینه رحمانی، پیشین، ص ۷۵.

۳۳. حمیدرضا علومی یزدی، پیشین، ص ۷۹.

حقوق اشخاص ثالث، عالماً و عامداً تخصیص زده و با هدف ممانعت از سوءاستفاده احتمالی اعضای گروه و یا مدیران، از مندرجات قانون مدنی حکمی آمره وضع و به‌طور واضح مسئولیت شرکا را در قبال دیون گروه تضامنی دانسته است. ضمن اینکه «مسئولیت تضامنی اعضا در برابر اشخاص ثالث را نمی‌توان به‌وسیلهٔ درج شرط مخالف در قرارداد گروه از میان برداشت حتی اگر شرط منتشر و به اطلاع اشخاص ثالث رسیده باشد»^{۳۴}.

در حقوق فرانسه، طبق مادهٔ ۱۸۴۹ قانون مدنی اعمال مدیر شرکت که در محدودهٔ موضوع شرکت قرار گیرد شرکت را در مقابل اشخاص ثالث متعهد می‌نماید و هرگونه شرط محدودکنندهٔ این مسئولیت در اساسنامه نسبت به ثالث بی‌اثر و غیرقابل استناد است.^{۳۵}

افزون بر این، به‌موجب مفاد مادهٔ ۱۸۵۲ قانون مدنی این کشور، مجمع عمومی شرکت مدنی در زمینهٔ تصمیمات جمعی صلاحیت تام دارد و حتی مجاز است تصمیماتی فراتر از اختیارات مدیران اتخاذ نماید و «هرچند قاعدهٔ اجماع شرکا برای اتخاذ تصمیم به‌عنوان یک اصل پذیرفته شده، لکن این وظیفهٔ شرکا است که یک یا چند مدیر تعیین کنند؛ ضمن اینکه اعضا برای سازماندهی مدیریت آزادی گسترده‌ای دارند و حسب بند یک مادهٔ ۱۸۴۶ می‌توانند یک یا چند مدیر تعیین کنند. تمامی شرکا نیز می‌توانند مدیر باشند و یا اینکه مدیران را از بین اشخاص ثالث انتخاب نمایند»^{۳۶}. وفق مادهٔ ۱۸۴۷ قانون مدنی پیش‌گفته «اگر شرکت مدیر نداشته باشد، هر شریک می‌تواند از دادگاه بخواهد شخصی را با مأموریت دعوت شرکا جهت تعیین مدیر منصوب کند و همهٔ اختیاراتی را که برای مدیریت و در راستای منفعت شرکت لازم است باید از مصادیق اختیارات مدیر دانست؛ با وجود این، مدیر یا مدیران مکلفاند مصلحت شرکا را رعایت نمایند»^{۳۷}.

۳۴. سعید حقانی، پیشین، ص ۱۷۲.

35. "Dans les Rapports Avec Les Tiers, le Gérant Engage la Société Par Les Actes Entrant Dans L'objet Social. En Cas de Pluralité de Gérants, Ceux-Ci Détiennent Séparément Les Pouvoirs Prévus à L'alinéa Précédent. L'opposition Formée Par un Gérant Aux Actes D'un Autre Gérant Est Sans Effet à L'égard Des Tiers, à Moins Qu'il ne Soit Établi Qu'ils en Ont eu Connaissance. Les Clauses Statutaires Limitant Les. Pouvoirs Des Gérants Sont Inopposables Aux Tiers". Disponible Sur <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>

36. Cozuian Maurice, Viandier Alain, *Ibid*, p. 629.

37. LeFebvre, *Ibid*, p. 27.

۳. ویژگی‌های نهاد گروه اقتصادی مبتنی بر شرکت مدنی

۳.۱. ثبت قرارداد تشکیل گروه در مرجع ثبت شرکتها

قانون‌گذار در متن ماده ۲۴ مقرر نموده است: قرارداد گروه می‌بایستی در مرجع ثبت شرکتها ثبت گردد، لکن معلوم نیست در نظر مقنن گروه تحت چه عنوان و با چه توجیهی در مرجع ثبت شرکتها (که مختص شرکت‌های تجاری است) و با چه اهدافی به ثبت می‌رسد؟ چراکه این الزام مقنن اساساً اماره تجاری بودن گروه را به همراه ندارد. وانگهی قبل از لازم‌الاجرا شدن ماده ۲۴ نیز بند ۲ ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد مقرر می‌داشت: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است... ۲) صلح‌نامه؛ هبه‌نامه و شرکت‌نامه».

اداره حقوقی وزارت دادگستری نیز در سال ۱۳۵۲، ثبت شرکت‌نامه‌های تجاری را در مرجع ثبت شرکتها و ثبت شرکت‌نامه‌های «مدنی» را در دفاتر اسناد رسمی الزامی دانسته است.^{۳۸} هیئت عمومی اصراری دیوان عالی کشور هم به موجب رأی اصراری شماره ۴۶۵۴ مورخ ۲۳ آذر ۱۳۳۸ چنین مقرر داشته است: «التفات به ماده ۴۷ قانون ثبت و عنایت به عموم و اطلاق قسمت اخیر آن دلالت بر اجباری بودن ثبت هرگونه شرکت‌نامه دارد و با توجه به ماده ۴۸ قانون مزبور که این قبیل اوراق در صورتی که به ثبت نرسیده باشد در هیچیک از ادارات و نهادها پذیرفته نخواهد شد، بر حکم دادگاه از حیث تطبیق با قانون ایرادی متوجه نیست»^{۳۹}. در نتیجه، محرز است که قبل از تصویب ماده ۲۴ نیز ثبت «شرکت‌نامه مدنی» الزامی بوده است پس اصولاً ضرورتی بر ثبت گروه فاقد شخصیت در مرجع ثبت شرکتها متصور نیست.

از منظر دیگر، «تکلیف بر تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی با الزام دیگر همان ماده یعنی ثبت گروه در مرجع ثبت شرکتها در تقابل است»^{۴۰}؛ چراکه مقررات مربوط به ثبت شرکتها منحصرأ ناظر بر ایجاد واحد جدید تحت عنوان ثبت شرکت‌های تجاری بوده، در

۳۸. غلامرضا شهری، حقوق ثبت اسناد و املاک، (تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، ج ۳، ۱۳۷۳)، ص ۲۱۹.

۳۹. سید مرتضی قاسم‌زاده و همکاران، تفسیر قانون مدنی، (تهران: انتشارات سمت، ج ۹، ۱۳۹۸)، ص ۲۰۸.

۴۰. حمیدرضا علومی یزدی، پیشین، ص ۷۹.

خصوص سایر موارد اصولاً صلاحیتی ندارد. با وجود این در باب ضمانت اجرای عدم ثبت گروه برخی معتقدند «گروه در صورت عدم ثبت در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد و توسط اشخاص ثالث نیز شناسایی نشده و مدیر گروه در برابر ثالث اصیل تلقی و خود مسئول اجرای تعهدات قرار می‌گیرد»^{۴۱}.

در رد استنتاج اخیر راجع به ضمانت اجرای عدم ثبت گروه، طی استنباطی مدلل و متقن چنین اعلام نظر شده است که «بسیار دشوار می‌توان گفت ثبت گروه در اداره ثبت شرکتها موجب جواز است و مشارکتی که به ثبت نرسد مجاز نیست، زیرا این ادعا با اصول صحت و رضایی بودن عقد شرکت مغایر است. شناسایی محرومیت از مزایای گروه اقتصادی نیز به عنوان ضمانت اجرای عدم ثبت معقول نیست، زیرا نه تنها ماده ۲۴ مزیت قابل اعتنایی برای گروه قائل نشده، بلکه به صراحت مسئولیت اعضای آن را تضامنی معرفی نموده است پس اگر به تبع تخلف قانونی عدم ثبت، احکام و آثار گروه بر مشارکت بار نشود و شرکا طبق عموماً مسئولیت نسبی داشته باشند این امر نه تنها محرومیت و از جنس ضمانت اجرا نیست، بلکه نوعی مزیت و از جنس تشویق است، بنابراین منطقی‌اً پایبندی یا عدم التزام به شرط ثبت تأثیری در ماهیت روابط قراردادی ندارد و مشارکت ایجادشده با لحاظ دیگر شروط همچنان گروه اقتصادی محسوب می‌گردد»^{۴۲}. سرانجام از نگاه برخی نویسندگان، «الزام به ثبت گروه می‌تواند سبب شفافیت در فضای کسب و کار کشور و همچنین سبب افزایش نظارت دولت بر اینگونه نهادهای اقتصادی و در نتیجه افزایش درآمد مالیاتی دولت از این گروهها خواهد شد»^{۴۳}.

در حقوق فرانسه «برای اختصاص شخصیت حقوقی به شرکت‌های مدنی وفق ماده ۴- L۲۵۱ قانون تجارت، ثبت شرکت در مرجع ثبت تجاری و شرکت‌ها الزامی است»^{۴۴}. با وجود این، قراردادی که برای شرکت تجاری در حقوق فرانسه لازم است تدوین گردد برای

۴۱. محمد عیسایی تفرشی و حمید کبیری شاه‌آباد، «تحلیل حقوقی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه، شرایط تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک»، حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۳)، ص ۱۶۹.

۴۲. روح‌الامین حجتی کرمانی و محمدعلی بهمنی، پیشین، ص ۲۹۳.

۴۳. قاسم‌علی رستم‌زاده، «بررسی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه: گروه اقتصادی با منافع مشترک»، ماهنامه قضاوت، ش ۷۴ (۱۳۹۰)، ص ۴۱.

44. Le registre du Commerce et des Sociétés.

شرکت مدنی لازم نیست، چراکه مطابق مقررات مواد ۱۸۳۲ به بعد قانون مدنی این کشور، شرکت یک قرارداد است و برخورداری از شخصیت حقوقی منوط به ثبت شرکت در یک مرجع خاصی است. بنابراین «در حقوق فرانسه شرکت مدنی ثبت شده از تاریخ ثبت دارای شخصیت حقوقی است و این قاعده نه تنها موجب حمایت از اشخاص ثالث است، بلکه تاریخ قابل اطمینانی برای ایجاد شخصیت حقوقی شرکت مدنی به حساب می آید. ضمناً قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۹۷۸، شرکت مدنی ویژگی پنهانی داشت که با قانون اخیر اصلاح گردید»^{۴۵}.

۳.۲. آثار عدم برخورداری گروه از شخصیت حقوقی

حسب منطوق ماده ۲۴ تشکیل گروه منحصراً در قالب شرکت مدنی با ضوابط و شرایط آن مجاز است؛ بنابراین «هریک از شرکای گروه نسبت به قسمت معینی از اجزاء مال مورد مشارکت مالکیت دارد و ملک هریک از دیگری جدا است»^{۴۶}. لکن مهم ترین نتیجه این الزام عدم شناسایی شخصیت حقوقی مستقل گروه از سوی قانون گذار است

در توجیه عدم لزوم شخصیت حقوقی مستقل گروه، به باور برخی «وجود شخصیت حقوقی می تواند همچون حائلی دسترسی به شرکاء را دشوار و مراجعه مستقیم به ایشان را به انحلال شرکت متوقف کند»^{۴۷} که قطع نظر از صحت و سقم چنین برداشتی، این امر در مقایسه با کاستی های متعدد شرکت مدنی قابلیت اعتنا ندارد، زیرا عدم برخورداری از شخصیت متضمن این نتیجه است که «گروه نمی تواند نام، اقامتگاه، تابعیت و دارایی مستقل از شرکا داشته باشد»^{۴۸}؛ درحالی که دارا بودن شخصیت حقوقی متضمن برخورداری از حق ذمه و مالکیت است و «داشتن دارایی نیز یکی از مختصات شخص است و تنها شخص

45. Lefebvre, F. *Mémento Pratique. Sociétés Civiles*; Paris 2012, p. 42.

۴۶. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، (تهران: نشر حقوقدان، چ ۱، ۱۳۷۵)، ص ۸۷.

۴۷. روح الامین حجتی کرمانی و محمدعلی بهمنی، پیشین، ص ۲۷۴.

۴۸. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۹؛ حسن ستوده تهرانی، پیشین، ص ۱۵۹؛ محمد عیسایی تفرشی و حمید کبیری شاه آباد، پیشین، ص ۱؛ سعید حقانی، «گروه منفعت اقتصادی در قانون برنامه پنجم توسعه»، پژوهش های حقوقی، ش ۱۸ (۱۳۸۹)، ص ۳۰۷؛ مجید رهایی و همکاران، «تبعات منفی فقدان شخصیت حقوقی در گروه منفعت اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، ش ۹۴ (۱۳۹۷)، ص ۴۱۱؛ حسین خزاعی، پیشین، صص ۶۹ و ۷۰.

می‌تواند دارایی داشته باشد، زیرا فقط اوست که می‌تواند قابلیت دارا شدن حق و تکلیف را داشته باشد»^{۴۹}.

از دیگر آثار شگرف عدم شخصیت مستقل گروه باید به «امکان تداخل در حقوق و تکالیف دیگر اعضا، امکان عقب‌نشینی برخی از شرکا از ادامه همکاری، اجمال در تعهدات اعضا نسبت به یکدیگر و اشخاص ثالث نام برد»^{۵۰}. همچنین در فرض مدیونیت گروه و یا اینکه گروه از سوی اشخاص ثالث طرف دعوی قرار گیرد، «ضروری است تمامی اعضای گروه از سوی خواهان مورد شناسایی قرار گرفته، جملگی طرف دعوی واقع گردند؛ درحالی که شناسایی هویت و خاصه اقامتگاه تمامی اعضای گروه از سوی اشخاص ثالث به‌سادگی امکان‌پذیر نیست»^{۵۱}. علاوه بر این، «ممکن است برخی از شرکا مال غیر منقولی را که به نام خود به ثبت رسیده به عنوان «آورده» موضوع شرکت مدنی قرار دهند، در اینصورت انتقال ملک به شرکت مدنی امکان‌پذیر نیست»^{۵۲}. از منظر دیگر، صرف ثبت در مرجع ثبت شرکت‌ها و اعلام نشانی مشخص دلالت بر این ندارد که امکان طرح دعوی مستقیماً علیه گروه وجود دارد، قدر متیقن امکان طرح دعوی له و علیه گروه از صراحت قانونی برخوردار نیست، مضافاً اینکه «مطالبات شرکت مدنی مشمول قواعد طلب مشترک و دارای ماهیت حقوقی مال مشاع است»^{۵۳} و هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند به‌تنهایی و بدون ملحق شدن به دیگر شرکا علیه بدهکار گروه اقامه دعوی کند، خواه تنها در حد سهم خود و یا آنکه به نفع دیگر شرکا و بدین وسیله طلب‌های مشترک را مطالبه کند. «از نقطه نظر خواننده دعوی نیز چون دفاع قابل تجزیه نیست نمی‌توان در مورد یک طلب مشترک، دو بار دادرسی با دلایل و مدارک مختلف را پذیرفت و امکان صدور احکام معارض نیز وجود خواهد داشت»^{۵۴}.

همچنین در شرکت مدنی (گروه)، وظایف بین اشخاص حقیقی و یا حقوقی بدون اینکه

۴۹. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۳، ۱۳۴۸)، ص ۱۱۱.

۵۰. تهمینه رحمانی، پیشین، صص ۹ و ۲۰.

۵۱. مجید رهایی و همکاران، پیشین، ص ۴۱۳.

۵۲. محمود کاشانی، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، (تهران: انتشارات میزان، ج ۲، ۱۳۹۴)، ص ۸۳.

۵۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۹.

۵۴. محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۲۱.

کاملاً از آنها سلب مسئولیت گردد، تقسیم می‌شود. این تقسیم وظایف هرچند مزایایی دارد، لیکن «باعث تفرق در کارها و ایجاد هزینه‌های جداگانه برای حسابداری و حسابرسی شده و امکان تقلب در هزینه‌ها را نیز افزایش می‌دهد»^{۵۵}. علاوه بر آن، اعضای مشارکت تمایل دارند منفرداً و مشترکاً کنترل خود را حتی پس از انعقاد قرارداد پایه در همه امور حفظ کنند که این امر می‌تواند موجب اختلال در امور گروه گردد. با وجود این، «در مواردی که شرکاء به یکدیگر اجازه مدیریت متقابل داده‌اند همه اعمال و اقدامات شرکاء حتی در مورد سهم شرکای دیگر بدون رضایت آنها معتبر است»^{۵۶}. در خصوص نحوه وصول مطالبات مشترک، اکتفا به قدر متیقن مقتضی ضرورت مطالبه جمعی است. با وجود این، هریک از شرکا (گروه) می‌تواند نسبت به سهم خود ذمه بدهکار را ابراء کند و یا بدون رضایت دیگر شرکا سهم خود را به مدیون ببخشد^{۵۷}. «با این حال آنچه از دین موجد و حال وصول می‌شود بنا بر قاعده متعلق به همگی شرکا است»^{۵۸} و ابراء دین یکی از مدیونین اصولاً فقط در حق او باید مؤثر باشد، ولی «اگر معلوم شود که مقصود اسقاط دین به‌طور مطلق بوده است ذمه همه بدهکاران بری می‌شود»^{۵۹}.

در کشور فرانسه «از آنجایی که شرکت‌های مدنی واجد شخصیت حقوقی هستند آورده در اختیار مدیر یا مدیران و یا شرکا قرار می‌گیرد تا در جهت منافع شرکت استفاده شود و در هر حال شرکا در آن سهیم‌اند»^{۶۰} و دارایی شرکت مستقل از شرکا و متعلق به شرکت بوده، شرکا فقط مالک سهم‌الشرکه به نسبت قدرالسهم خود هستند. همچنین رویه قضایی فرانسه مسئولیت مدنی شخص حقوقی را به رسمیت شناخته است و قانون‌گذار نیز از سال ۱۹۹۴ اصل مسئولیت کیفری شرکت‌های مدنی را تحت شرایط قانونی پیش‌بینی نموده است؛ در

۵۵. تهمینه رحمانی، پیشین، صص ۱۹ و ۲۰.

۵۶. حسین خزاعی، پیشین، ص ۶۵.

۵۷. عباس میرشکاری و محسن ایزانلو، «تقد مفهوم و آثار طلب مال مشاع»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

ش ۲ (۱۳۸۸)، ص ۹۹؛ رضا آریان کیا و احسان معدولیت، پیشین، ص ۹۸.

۵۸. عباس میرشکاری و محسن ایزانلو، پیشین، ص ۱۲۰.

۵۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دوره حقوق منعی حقوق تعهدات، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۳، ۱۳۷۲)، صص ۲۶۲

و ۲۶۳.

60. Le Cannu Paul et Dondero Bruno, *Droit des Sociétés*, 4e, Paris, pp. 135 et 136; Cozian Maurice et Mingat Alain, "L'imposition Des Bénéfices de", p. 157.

عین حال، صلاحیت شرکت به موجب قانون به موضوع شرکت محدود می‌شود و مالکیت‌های فردی در شرکت مدنی با ورود در مالکیت مشترک اصالت خود را از دست می‌دهد و وجود انتزاعی می‌یابد و علی‌رغم برخورداری شرکت مدنی از شخصیت حقوقی، تکلیف شریک به پرداخت دیون شرکت نسبت به اشخاص ثالث نامحدود است و علاوه بر اینکه سهام وی در شرکت را شامل می‌شود، دارایی شخصی وی نیز در گرو پرداخت این دیون است. البته «طبق بند یک ماده ۱۸۵۷ قانون مدنی فرانسه، شریک به نسبت سهم خود در سرمایه شرکت در زمان قابل مطالبه شدن طلب یا در زمان توقف پرداخت پاسخگوست و حتی پس از واگذاری سهم‌الشرکه خود نیز نسبت به دیون زمان عضویت در شرکت ملتزم است. طلبکار شرکت مدنی نیز باید مطالبات خود را بین شرکای آن تقسیم و از هریک از آنها فقط بخشی از دین را درخواست کند»^{۶۱}. آنچه مسلم است «از جمله امتیازات شخصیت حقوقی (شرکت مدنی) قابلیت دوام آن است، زیرا نهاد فاقد شخصیت به شدت وابسته به شخص مالکان آن و بسیار شکننده است»^{۶۲}.

۳.۳. مقید بودن قرارداد گروه به مدت محدود

قانون‌گذار در ماده ۲۴ بر تشکیل گروه لزوماً برای یک «دوره محدود» تأکید کرده است. متقابلاً حسب ماده ۵۸۶ قانون مدنی «اگر برای شرکت در ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد هریک از شرکا هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند»، و وفق ماده ۵۸۳ «هریک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند». علاوه بر این، به تصریح ماده ۵۸۹ همین قانون «هر شریک المال هر وقت بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر شرکا به وجه ملزومی، ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند». در نتیجه، از آنجایی که قرارداد گروه تحت عنوان شرکت مدنی به ثبت می‌رسد، این گونه متبادر می‌گردد که قرارداد گروه قهراً مشمول مدلول مواد یادشده در قانون مدنی محسوب می‌شود و هریک از شرکا با تمسک به آن می‌تواند هر زمان از إذن خود رجوع و یا سهم‌الشرکه خود را به ثالث منتقل و یا تقسیم مال مشترک را تقاضا کند که

61. Cozian Maurice et Mingat Alain, "L'imposition Des Bénéfices De" Lexis 2012, pp. 632 & 633.

62. Deboissy Florence et Wicker Guillaume, "La Distinction de L'indivision et de la Société et Ses Enjeux Fiscaux", RTD civ., 2016, p. 11.

این امر هیچ‌گونه تناسبی با اهداف قانون‌گذار از تشکیل گروه اقتصادی ندارد. از منظر دیگر، قید لزوم محدود بودن مدت قرارداد در ماده ۲۴، مفید این معنی است که مقنن تشکیل گروه را به مدت نامحدود به دلایل مدنظر خود مجاز ندانسته است. لکن در عین حال، شرکا ملتزم و متعهد بر بقای قرارداد گروه تا زمان خاتمه مدت آن هستند که مراتب مبین تراحم و حتی تعارض دو قانون است.

ممکن است از حاصل جمع قید مدت محدود مندرج در ماده ۲۴ و مؤدای مواد ۵۸۳، ۵۸۶ و ۵۸۹ قانون مدنی این‌گونه قائل شویم که هرگاه تعیین مدت به‌گونه‌ای باشد که نشان دهد مراد و منظور اعضا التزام برای مدتی معین بوده است در این صورت، اختیار تقسیم و نیز رجوع از اذن تا پایان مدت مقرر در قرارداد را از خود سلب نموده‌اند، با این همه «این تلقی با اطلاق حکم مقرر در مواد اخیرالذکر قانون مدنی مغایر است»^{۶۳}.

علاوه بر این، قانون‌گذار در ماده ۲۴ از ضمانت اجرای عدم رعایت لزوم «محدود بودن مدت قرارداد گروه» از سوی شرکا یادی نکرده است، «مع‌الوصف این ضمانت اجرا می‌تواند ابطال قرارداد گروه، حمل آن بر مدت متیقن و یا تبدیل گروه به شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل باشد»^{۶۴}. با این حال، اصل حق خروج و حق تقسیم اموال گروه با نظم عمومی مرتبط است و قابلیت سلب ندارد، مشروط بر اینکه شرایط تعیین‌شده در قرارداد رعایت و «عضوی که قصد خروج دارد تعهدات خود را نسبت به گروه و سایر اعضا و اشخاص ثالث انجام داده باشد»^{۶۵}. «معهداً اگر در بین شرکا محجور یا صغیر و یا غایبی باشد امر تقسیم لزوماً باید در دادگاه انجام شود»^{۶۶}.

در حقوق فرانسه «مطابق ماده ۱۸۶۹ قانون مدنی، خروج از شرکت مدنی و برداشت تمام یا قسمتی از سرمایه از سوی شریک بر اساس شرایط مقرر در اساسنامه و در صورت سکوت، بر اساس موافقت تمام شرکا ممکن خواهد بود. همچنین این خروج می‌تواند در

۶۳ محمد عیسایی تفرشی و حمید کبیری شاه‌آباد، پیشین، ص ۱۶۸.

۶۴ حمیدرضا علومی یزدی، پیشین، ص ۷۹.

۶۵ سعید حقانی، پیشین، ص ۱۸۳؛ رضا آریان کیا و احسان معدولیت، پیشین، ص ۱۳۶.

۶۶ محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۳۸.

صورت وجود دلایل موجه با تصمیم قضایی صورت گیرد»^{۶۷} و نیز شرکای شرکت اختیار اصلاح اساسنامه و تغییر شرایط خروج را دارا هستند، اما نمی‌توانند این حق آمره را حذف کنند؛ لذا «شریک می‌تواند آزادانه سهمش را بگیرد و از شرکت خارج شود. این حق به کارکرد شرکت مدنی پویایی می‌دهد. بنابراین باید این حق را به نفع شریک متقاضی خروج پذیرفت. اگر شریک شرکت مدنی انگیزه فعالیت گروهی را ازدست بدهد امورات شرکت با اختلال مواجه می‌شود در نتیجه با مجوز شرکای دیگر می‌تواند از شرکت کناره‌گیری کند»^{۶۸}. همچنین «در کشور فرانسه شرکت‌ها مدت دارند و این مدت طبق منطوق ماده ۱۸۳۸ قانون مدنی از ۹۹ سال بیشتر نیست»^{۶۹}. البته «می‌توان این مدت را برای یک یا چند بار تمدید کرد»^{۷۰}.

۳.۴. وجوه ممیزه و نقاط قوت تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی

هرچند ماده ۲۴ به‌عنوان یگانه نص مصوب قانون‌گذار در خصوص تمامی مراحل مختلف تشکیل، فعالیت و انحلال گروه، دارای ابهامات و نواقص متعددی است، لکن با تصویب این ماده با کیفیت موجود، مقنن با قید درج الزام به تشکیل گروه به صورت شرکت مدنی به زعم خود تلاش کرده است با احاله امور به شرکا و آزادی‌های تفویضی، تشکیل مشارکت‌های داخلی و بین‌المللی را در کشور تسهیل و تسریع نماید؛ بنابراین، آزادی قراردادی و انعطاف‌پذیری قرارداد گروه از مهم‌ترین وجوه ممیزه نص موجود محسوب می‌شود. افزون بر این، برای وصول مطالبات اشخاص ثالث از اعضا، نیازی به انحلال گروه نیست. «در داخل گروه نسبت حقوق هریک از اعضا بسته به قرارداد ایشان است، هرچند

67. Cette article Dispose Que “Sans Préjudice Des Droits Des Tiers, un Associé Peut se Retirer Totalement ou Partiellement de la Société, Dans Les Conditions Prévués Par Les Statuts ou, à Défaut, Après Autorisation Donnée Par Une Décision Unanime Des Autres Associés. Ce Retrait Peut Également Être Autorisé Pour Justes Motifs Par Une Décision De Justice”. v. <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>.

68. Catala Pierre, “L’indivision”, De Frénois, 2007, art. 31874, pp. 3. 8. Cozian Maurice et Mingat, Alain, “L’imposition Des Bénéfices de L’entreprise Indivise”, JCP E 2012, p. 639.

69. Selon Cette Article : “La Durée de la Société ne Peut Excéder Quatre-Vingt-Dix-Neuf Ans”. Disponible Sur <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>.

70. Le Cannu Paul et Dondero Bruno, *Ibid*, p. 172.

حق محرومیت از کل نتایج با قصد همکاری مخالف است و مجاز نمی‌باشد»^{۷۱}.

ویژگی دیگر مشارکت فاقد شخصیت گروه، موضوع مالیات است؛ چراکه صرفاً نفع و زیان و درآمدهای شرکا- و نه مشارکت- مبنای پرداخت مالیات قرار می‌گیرد و در حال حاضر اعضا شخصاً به پرداخت مالیات مبادرت می‌نمایند و گروه مؤدی مالیاتی محسوب نمی‌شود. برخورداری از چارچوب قابل انطباق با خواسته‌های اعضا و عدم لزوم تشریفات اداری جهت تشکیل یا اختتام، نبود هزینه‌های تشکیلاتی، اداری و بیمه، از دیگر ممیزات گروه فاقد شخصیت است.

در نظام حقوقی فرانسه، «هرچند ماده ۱-۱۸۴۴ قانون مدنی تقسیم منافع را در شرکت مدنی به نسبت آورده پیش‌بینی کرده است، ولی این قاعده مربوط به نظم عمومی و آمره نیست و اساسنامه می‌تواند روش متفاوتی را برای تقسیم نابرابر سود و زیان پیش‌بینی نماید»^{۷۲}. با وجود این، «درج شروط لئونی (شیری) که بیانگر تعلق تمام منفعت به یک شریک یا معافیت وی از هرگونه ضرر باشد، ممنوع و باطل است»^{۷۳}. طبق قانون مدنی فرانسه نیز جهت سرمایه شرکت مدنی، حداقلی مقرر نشده است و اصولاً هیچ چیزی مانع از آن نمی‌شود که شرکت مدنی فقط بین آورندگان صنعت تشکیل شود و در نتیجه شرکت بدون سرمایه ایجاد گردد؛ چراکه «حسب بند ۱۱ ماده ۱۸۳۲ ممکن است شرکت مدنی منحصراً فی‌مابین آورندگان اموال و یا دارندگان صنعت تشکیل شود»^{۷۴}. «البته در حقوق ایران نیز آورده صنعت در تمامی شرکت‌های تجاری به رسمیت شناخته شده است»^{۷۵}.

۷۱. سعید حقانی، پیشین، ص ۱۷۸.

72. La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.

73. Cozuan Maurice; Viandier Alain et Deboissy, *ibid*, p. 77.

74. Cozian Maurice et Mingat Alain, "L'imposition Des Bénéfices de L'entreprise Indivise", p. 625.

۷۵. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، ج ۱، ۱۳۷۵)، ص ۳۳؛ حسن ستوده تهرانی، پیشین، ص ۲۰۹.

نتیجه

از بررسی ماده ۲۴ و تبصره‌های آن چنین مستفاد می‌شود که قانون‌گذار با تصویب ضوابطی خاص نهاد جدیدی را تحت عنوان «گروه اقتصادی با منافع مشترک» در مقررات ایران شناسایی کرده است. تجربه اقتصادهای نوظهوری چون چین، هند و برزیل به خوبی مؤید آن است که این کشورها با به‌کارگیری تکنیک‌های مشارکت و وضع قوانین ویژه مشارکت، تکنولوژی و سرمایه خارجی را سکوی جهش اقتصادی خود قرار داده، با وجود تمامی پیشرفت‌های صورت‌گرفته همچنان خود را مستغنی از مشارکت نمی‌دانند، لکن قانون‌گذار ایران در ماده ۲۴ خصوصیات عجیب و منحصر به فردی را برای مشارکت‌های تجارتي مقرر نموده است. از یک سو، الزام بر تشکیل گروه در قالب شرکت مدنی در عمل ناکارآمدی این مقررات را جهت تسهیل و تسریع فعالیت گروه‌های اقتصادی موجب می‌گردد، چراکه در شرکت مدنی ارتباط شخصی شرکا با مال مشاع قطع نمی‌شود؛ لذا این قانون را نمی‌توان در وضع موجود گامی به جلو دانست؛ در عین حال، تبصره‌هایی که به قصد ایضاح به این ماده اضافه شده است، نه تنها در این کارکرد ناموفق جلوه می‌کنند، بلکه گاه موجب تعارض و ابهامات بیشتر شده‌اند. افزون بر این، از آنجایی که نظام حقوقی ایران با قالبی به نام گروه نامانوس و ناآشناست، تخصیص دادن تنها یک ماده به بیان مقررات حاکم بر این تأسیس نوین، امری به‌دور از منطقی سلیم محسوب می‌شود؛ چراکه صرفاً به بخشی ناچیز و ناکافی از شرایط تشکیل و اداره گروه اکتفا و بسنده شده است. در عین حال، پیش‌بینی نهاد گروه از سوی قانون‌گذار مبین تلاش برای تأسیس نوع جدیدی از مشارکت بوده که به زعم مقنن امکان تشکیل آن در سابق وجود نداشته است، لکن قانون‌گذار در مقررۀ مصوب از بیان احکام مستقل این نوع مشارکت خودداری نموده است.

در حال حاضر، گروه از مشارکت دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی یا ترکیبی از آن دو در قالب شرکت مدنی تشکیل می‌شود، در نتیجه در عمل نمی‌تواند نام، اقامتگاه و دارایی مستقل از شرکا داشته باشد؛ در حالی که در فرض قبول شخصیت حقوقی علاوه بر تسهیل کارگروه، به نفع اشخاص ثالث نیز بود، زیرا به‌جای لزوم مراجعه به تک‌تک شرکا می‌توانستند به شخصیت حقوقی گروه و سرمایه آن نیز تکیه کنند، متقابلاً گروه نیز

می‌توانست مستقل از اعضای خود، قابلیت مدعی و مدعی‌علیه واقع شدن در محاکم را داشته باشد و دیگر لزومی به اتفاق آرا برای اداره امور گروه نبود.

در حقوق فرانسه افزون بر اینکه «گروه اقتصادی» راساً واجد شخصیت حقوقی مستقل از شرکا است، شرکت مدنی نیز پس از ثبت، طبق مواد ۱۸۳۲ به بعد قانون مدنی از شخصیت حقوقی برخوردار بوده، علاوه بر این، گروه می‌بایستی موضوع قانونی داشته باشد و در جهت منفعت مشترک شرکا تشکیل گردد؛ در نتیجه اموال شرکت از اموال شرکا و سهام‌داران متمایز بوده، پیامد آن حمایت از حقوق اشخاص ثالث و طلبکاران شرکت است.

از نقاط قوت قانون فعلی گروه می‌توان به انعطاف‌پذیری و آزادی بیشتر قراردادی و در عین حال، مسئولیت‌پذیری اعضا در قبال دیون گروه اشاره نمود. قانون‌گذار در عین اینکه مسئولیت تضامنی اعضای گروه را برای پرداخت دیون گروه از اموال خود مفروض دانسته است، لکن استثنائاً عدم تضامن مسئولیت اعضا را به درج در قرارداد و پذیرش آن از سوی ثالث طرف قرارداد منوط نموده است. حسب نص موجود، فقط نفع و زیان و درآمدهای شرکا- و نه مشارکت- مبنای پرداخت مالیات قرار می‌گیرد که مانع از تحمیل مالیات مضاعف به گروه می‌شود.

فقدان تشریفات اداری برای تشکیل یا اختتام گروه و نبود هزینه‌های تشکیلاتی و اداری از ممیزات مثبت قانون موجود است؛ با این همه، نارسایی‌ها، ابهامات و تعارضات متعدد مترتب بر مقررۀ مصوب، بی‌تردید موجب ناکارآمدی ماده ۲۴ و مهجور ماندن آن در مقام اجرا می‌شوند. هرچند امروزه عموم دست‌اندرکاران حوزه‌های مختلف بر ضرورت بهره‌مندی از سرمایه‌گذاری خارجی به‌منظور دسترسی به توسعه پایدار در کشور تأکید دارند، لکن دستیابی به چنین هدفی مستلزم تصویب مقرراتی جامع و یا اصلاح و تکمیل مقررات موجود ناظر بر گروه است که متضمن تشویق شرکت‌ها و بنگاه‌های بزرگ چندملیتی برای سرمایه‌گذاری در ایران خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) کتابها

- فارسی

۱. آریان کیا، رضا و معدولیت، احسان، نظام حقوقی قراردادهای مشارکت z۷ در عرصه صنعت و تجارت داخلی و بین‌المللی، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۴).
۲. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات اسلامیه، چ ۸، ۱۳۷۲).
۳. اسکینی، ربیعا، حقوق شرکتهای تجاری، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱، ۱۳۷۵).
۴. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکتهای تجاری، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱۶، ۱۳۹۸).
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۳، ۱۳۷۲).
۶. حقانی، سعید، گروه منفعت اقتصادی، ماهیت و ساختار، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۱).
۷. خزاعی، حسین، حقوق تجارت بین‌الملل، مشارکت تجاری، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۹۲).
۸. رحمانی، تهمینه، راهنمای کاربردی تنظیم قرارداد جوینت ونچر غیرشرکتی، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۹۱).
۹. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج ۱، (تهران: انتشارات دادگستر، چ ۱، ۱۳۷۴).
۱۰. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، (تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، چ ۳، ۱۳۷۳).
۱۱. شهیدی، مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، (تهران: نشر حقوق دان، چ ۱، ۱۳۷۵).
۱۲. قربانی زلیخایی، مجید، وضعیت حقوقی شرکا در قراردادهای z۷، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۹۵).

۱۳. قاسم‌زاده، سیدمرتضی؛ ره‌پیک، حسن؛ کیایی، عبدالله، *تفسیر قانون مدنی*، (تهران: انتشارات سمت، چ ۹، ۱۳۹۸).
۱۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۳، ۱۳۴۸).
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴).
۱۶. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، مشارکتها- صلح*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۶).
۱۷. کاشانی، محمود، *حقوق مدنی قراردادها و ویژه*، (تهران: انتشارات میزان، چ ۲، ۱۳۹۴).

– مقالات

۱۸. اعتضاد بروجردی، محمد، «شرکت»، *کانون وکلا*، ش ۱۴ (۱۳۳۹).
۱۹. حجتی کرمانی، روح‌الامین و بهمنی، محمدعلی، «شناسایی و پذیرش جوینت ونچر قراردادی و قرارداد عملیات مشترک نفتی در ایران»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۹۲ (۱۳۹۸).
۲۰. حقانی، سعید، «گروه منفعت اقتصادی در قانون برنامه پنجم توسعه»، *پژوهش‌های حقوقی*، ش ۱۸ (۱۳۸۹).
۲۱. جنیدی، لعلیا؛ تیموری، محمدصادق؛ صقری، محمد و عباسیان، رضا، «صبانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه‌گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین‌الملل»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۷ (۱۳۹۷).
۲۲. دیلمی، احمد، «تأملی در قرائنهای مختلف از مسئولیت تضامنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۳ (۱۳۹۰).
۲۳. رهایی، مجید؛ حسینی مقدم، سیدحسن و فلاح خاریکی، سیدحسن، «تبعات منفی فقدان شخصیت حقوقی در گروه منفعت اقتصادی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۹۴ (۱۳۹۷).
۲۴. رستم‌زاده، قاسم‌علی، «بررسی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه؛ گروه اقتصادی با منافع مشترک»، *ماهنامه قضاوت*، ش ۷۴ (۱۳۹۰).
۲۵. صقری، منصور، «شرکت تجاری»، *تحولات حقوق خصوصی*، مقالات هدایی به دکتر سید حسن امامی، انتشارات دانشگاه تهران (۱۳۷۱).

۲۶. صادقی گلدر، احمد، «عقد شرکت، مفهوم و قلمرو آن»، *حق، مطالعات حقوقی و قضایی*، ش ۹ (۱۳۶۶).
۲۷. علومی یزدی، حمیدرضا، «چالشهای حقوقی تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۴ (۱۳۹۲).
۲۸. عیسیایی نفرشی، محمد و کبیری شاه‌آباد، حمید، «تحلیل حقوقی ماده ۱۰۷ قانون برنامه پنجم توسعه، شرایط تشکیل گروه اقتصادی با منافع مشترک»، *پژوهشهای حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۳۹۳).
۲۹. معدولیت، احسان، «ملاحظات در باب لزوم و کیفیت ثبت رسمی قراردادهای مشارکت در دفاتر اسناد رسمی و اثر آن بر ایجاد و توسعه امنیت اقتصادی و نظم حقوقی»، *کانون سردفتران*، ش ۱۲۸ (۱۳۹۰).
۳۰. میرشکاری، عباس و ایزانلو، محسن، «نقد مفهوم و آثار طلب مال مشاع»، *حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۲ (۱۳۸۸).
۳۱. نیکوند، شکرالله، «اشاعه و آثار آن در حقوق ایران و فرانسه»، *دانشنامه حقوق و سیاست*، ش ۳ (۱۳۸۴).

ب) منابع انگلیسی

1. Catala, Pierre, "L'indivision", De frén1979, Art. 31874.
2. Cozuian, Maurice et Mingat, Alain, *L'imposition Des Bénéfices de Sociétés*, 25^e Édition, Paris: Lexis Nexis, 2012.
3. Cozuian, Maurice; Viandier, Alain; et Deboissy, Florence, *Droit Des Sociétés*, 25^e, Paris: Lexis Nexi 2012.
4. Deboissy, Florence et Wicker, Guillaume, "La Distinction de L'indivision et de la Société et Ses Enjeux Fiscaux", *RTD Civ.*, 2000.
5. Guyon Y. et Coquereau G., *Le Groupement D'intérêt Économique*, Régime Juridique et Fiscale, 2e Dalloz, 1973.

6. Le Cannu Paul et Dondero Bruno, *Droit Des Sociétés*, 9e, Paris: LGDJ, 2022.
 7. Lefebvre, F: *Momento Pratique. Societies Civils*; Paris 2012.
 8. Magnier Véronique, *Droit Des Société*, 10e, Dalloz, 2022.
 9. Merle Philippe et Fauhon, *Droit Commercial Sociétés Commerciales*, Dalloz, 2022.
 10. Raymond Gillien et Jean Vincent Lexque de Remes Juridiques, Dalloz. Zed. 2012.
- Code**
11. Code Civil Français disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>.
 12. Code commerce Français disponible sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr/20/03/2022>



**Presumption of Correctness in Qualification Assessment of Election
Candidates in the Islamic Republic of Iran**

Ali Velaei¹ | Rahim Nobahar²✉

1. Ph.D. Candidate in Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

a_velaei@sbu.ac.ir

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

r-nobahar@sbu.ac.ir

Abstract

The right to vote and the right to be elected are two fundamental human rights. From the Islamic point of view, these are the significant examples of rights of the people (hagh al-nas) in the public sphere. Restriction of these rights in terms of legislation and interpretation should be justified. Guardian Council of the Iranian constitution, however, sees official positions as religious trust that must be given only to the just people. It presumes that in any kind of doubt, the lack of legal qualifications of nominees should be applied. This has resulted in the disqualification of a considerable number of nominees in different elections. This article seeks to provide a solution to guarantee and expand electoral rights based on jurisprudential principles. According to the findings of this article, the Principle of Correctness and the Presumption of Correctness could be applied during the process of qualification assessment of candidates. This, in its turn, would support nominees against different accusations and result in the limitation of subjective assessments and consequently guaranteed monitoring. Also, the article suggests a strict interpretation of legal qualifications to expand the rights and freedoms of voters and nominees and make considerable changes in the current Iranian election system. For this purpose, the article first explains the presumption of correctness and its application in the process of qualification assessment and presents the proper interpretation of candidates' legal qualifications. The article insists, in particular, the application of trust principle and presumption of correctness in subjective conditions, such as belief in and practical commitment to Islam, political regime, and the constitution.

Keywords: Confirmative supervision, Electoral law, Presumption of correctness, Qualification assessment, Subjective qualification.

Received: 2022/01/14 Received in revised form: 2022/08/13 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.49902.3067

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات در نظام جمهوری اسلامی ایران

علی ولایی^۱ | رحیم نوبهار^۲

a_velaei@sbu.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران.

r-nobahar@sbu.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران.

چکیده

حق انتخاب کردن و حق انتخاب شدن از جمله حق‌های طبیعی و بنیادین است که محدود نمودن آنها در مقام قانون‌گذاری و تفسیر قانون نیازمند توجیه است. از چشم‌انداز اسلامی نیز این دو حق از نمونه‌های مهم حق‌الناس‌اند. بنابر رویکرد حاکم در نظام جمهوری اسلامی و رویه شورای نگهبان، مناصب باید همچون امانت شرعی به افراد عادل سپرده شوند و در موارد تردید نسبت به وجود شرایط نیز اصل عدم جریان خواهد داشت. این رویه که شرایط انتخاب‌شونده را حداکثری و انتزاعی می‌کند، به رد صلاحیت تعداد قابل توجهی از داوطلبان در انتخابات‌های گوناگون منجر شده است. مقاله حاضر در پی ارائه راهکار و شاخصی در جهت گسترش و تضمین حقوق انتخاباتی مبتنی بر مبانی فقهی است. بر اساس یافته‌های این مقاله، کاربست اصل صحت تکلیفی و اماره صحت قانونی در فرایند بررسی صلاحیت داوطلبان انتخابات می‌تواند با حمایت از نامزدها در برابر اتهامات، وظیفه نظارت تضمینی را محقق سازد و ارزیابی شرایط ذهنی و کیفی را محدود نماید. همراهی اصل و اماره صحت با تفسیر مضیق از شرایط قانونی لازم، در راستای گسترش حق‌ها و آزادی‌ها قابل تحلیل است و تحولاتی را در نظام انتخاباتی ایران حتی با حفظ قوانین موجود رقم خواهد زد. به این منظور، مقاله به تعیین جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان و شیوه صحیح تفسیر درباره شرایط ذهنی و کیفی انتخاب‌شوندگان می‌پردازد و بر این مسئله تأکید دارد که می‌توان از اصل صحت تکلیفی و اماره صحت قانونی در احراز شرایط ذهنی و کیفی داوطلبان انتخابات، مانند اعتقاد و التزام به اسلام و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی، بهره برد.

واژگان کلیدی: احراز صلاحیت، اصل صحت، حقوق انتخاباتی، شرایط ذهنی، نظارت استصوابی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۵/۲۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.49902.3067

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در نظام‌های سیاسی مردم‌سالار، شهروندان اهلیت انتخاب کردن کارگزاران حکومت را دارند و خود نیز می‌توانند به مناصب سیاسی راه یابند. عنصر جدایی‌ناپذیر دموکراسی‌های نمایندگی، آزادی انتخاب شدن است و مشخصه اصلی هر انتخابی نیز خصلت‌گزینشی آن است. برخی اندیشمندان چون رویر کولارد و اولیویه ایل^۱ قانون انتخاباتی هر کشور را قانون اساسی دوم آن جامعه می‌دانند، زیرا این قانون اندازه و چگونگی اجرای قدرت از سوی قوای حاکم و توزیع قدرت میان احزاب سیاسی را مشخص می‌کند.^۲ می‌توان نقض دموکراسی شکلی و ظاهری را در این دانست که عده‌ای از نردبان مردم‌سالاری بالا می‌روند، سپس نردبان را برمی‌دارند و گردش قدرت میان نخبگان را محدود می‌کنند. شاید از همین روست که کارل پوپر انتخابات را به جای توانایی‌گزینش مسئولان، فرصتی برای عزل مسئولان سابق معنا می‌کند.^۳ در دموکراسی‌های نوپا، اولین انتخابات، لحظه‌ای کلیدی نیست، بلکه لحظه کلیدی زمانی است که حزب برنده در اولین انتخابات شکست بخورد و ملزم به ترک دولت باشد؛ اینکه در چنین وضعیتی این حزب چه خواهد کرد مهم است.^۴

حق انتخاب کردن و انتخاب شدن از حق‌های مطلق نیستند. معمولاً به‌منظور گزینش نخبگان در انتخابات، برای انتخاب‌شونده شرایط بیشتری نسبت به انتخاب‌کننده در نظر می‌گیرند^۵، اما این محدودیت‌ها نباید مانع گزینش آزاد مردم شود. بنابراین، عمدتاً در کشورهای مختلف بینش‌های فکری و سیاسی در نظر گرفته نمی‌شود تا به محروم کردن گرایش‌های خاص منتهی نگردد. حق بر انتخاب شدن از بنیادی‌ترین حقوق سیاسی افراد است که ناشی از اصل اولی آزادی و حق تعیین سرنوشت بوده و محدودیت آن باید مضیق، موجه و ضروری باشد.^۶ هرچه شرایط لازم بیشتر و انتزاعی‌تر شود، قدرت دادرسی انتخاباتی

1. Royer Collard & Olivier Ihl

۲. حجت‌الله ایوبی، *پیدایی و پایایی احزاب سیاسی در غرب*، (تهران: سروش، ۱۳۸۲)، ص ۲۶۴.

3. Popper Karl, *The Open Society and Its Enemies*, (Princeton, 2013), p. 360.

4. Miller David, *Political Philosophy*, (Oxford, 2003), p. 117.

۵. برخی مانند لئون دوگی به موازنه شرایط انتخاب‌کننده و انتخاب‌شونده معتقد هستند و قوانین انتخاباتی فرانسه و بلژیک نیز حاکی از چنین نظری است (اسدالله یآوری، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخاباتی توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص ۲۱۵).

6. Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections, Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), p. 19.

در این زمینه افزون‌تر خواهد شد و اعمال سلیقه و تصمیم پیشینی برای انتخاب‌کنندگان ممکن می‌گردد. از چشم‌انداز اسلامی نیز موارد زیادی از حق بر انتخاب شدن و انتخاب کردن، مصداق حق الناس است؛ بنابراین تعیین معیارهای تحدید این دو حق بسی بااهمیت است. زیرا افراط و تفریط در این باره زمینه‌ساز تعدی به حق الناس می‌شود. پس شرایط یادشده در قانون انتخاباتی به‌طور معمول می‌بایست کمی، عینی، قابل اثبات و دقیق باشد نه کیفی، ذهنی و مبهم.

به‌طور کلی، امور مورد اختلاف با حصر عقلی به دو دسته ذهنی^۷ و عینی^۸، و امور عینی نیز به لحاظ وجود یا فقدان میزان، به دو دسته قابل ارزیابی و غیرقابل ارزیابی تقسیم می‌شوند. امور ذهنی، سلیقه‌ای و استحسانی هستند و میزانی برای آنان متصور نیست (مثلاً آبی زیباترین رنگ است). امور عینی غیرقابل ارزیابی نیز در حال حاضر میزانی ندارند و شاید در آینده دارای میزانی شوند (مثلاً ادعای وجود هیدروژن در سیاره‌ای با فاصله ۳۹۰ میلیارد سال نوری از کره زمین). ولی امور عینی قابل ارزیابی در حال حاضر دارای معیار مشخص برای سنجش است (مثلاً وزن یک ماژیک). ناممکن بودن رفع اختلاف در مسائل اجتماعی و زندگی جمعی در امور اختلافی از نوع دو مورد اول - یعنی امور ذهنی و امور عینی غیرقابل ارزیابی - لزوم انتخابات و رأی‌گیری را موجه می‌سازد. همان‌طور که رأی‌گیری و نظر مردم در امور نوع سوم اهمیتی ندارد، عدالت می‌طلبد تا نظر اکثریت در دو نوع اول که معیاری برای ارزیابی وجود ندارد، معتبر باشد. البته انتخابات و رجوع به نظر اکثریت، با پذیرش این فرض صورت می‌گیرد که به لحاظ معرفتی وضع همه در جامعه یکسان است و نظر هیچ‌کس در این امور بر نظر دیگران رجحان ندارد. بنابراین رأی‌گیری در مورد شرایط عینی داوطلبان انتخابات که دارای میزان مشخصی برای اندازه‌گیری است، مانند شرایط مربوط به تحصیلات یا سن یا خدمت نظام وظیفه، بی‌معناست. در قوانین اکثر کشورها نیز شرایط لازم برای داوطلبان از این سنخ امور هستند، ولی تشخیص شرایط ذهنی یا عینی بدون میزان برعهده مردم قرار می‌گیرد تا رأی اکثریت آن را معین کند^۹.

7. Subjective

8. Objective

۹. مصطفی ملکیان، *ایمان و تعقل*، (قم: دانشگاه ادیان و مذاهب، ۱۳۸۸)، صص ۲۳۰-۲۳۵. ناصر کاتوزیان نیز با توجه به دشواری و عدم امکان پی بردن به درون انسان‌ها، احراز این شرایط را برعهده مردم می‌داند (روزنامه ایران، ش ۲۶۸۶، ۱۳/۱۰/۱۳۸۲).

این درحالی است که رویه شورای نگهبان نشان‌دهنده سختگیری در احراز شرایط ذهنی و کیفی داوطلبان انتخابات است؛ شرایطی که فقدان معیار برای سنجش ایجاب می‌کند تا ارزیابی آنها به شهروندان واگذار شود. بر اساس مبانی فقهی مورد قبول شورای نگهبان، گویی اصل بر فساد و انحراف افراد داوطلب است و برای خروج از ذیل این اصل، احراز قطعی صلاحیت و علم به وجود شرایط ضروری خواهد بود^{۱۰}. از این رو، همواره بیشترین موارد رد یا عدم تأیید صلاحیت مربوط به شرایط ذهنی یادشده در بندهای ۱ و ۳ ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی (اعتقاد و التزام عملی به اسلام، نظام جمهوری اسلامی، قانون اساسی و اصل ولایت فقیه) است؛ امری که به‌نوبه خود موجب تحدید ناموجه حقوق انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان می‌شود؛ حال آنکه از وظایف حکومت نسبت به شهروندان، نادیده‌انگاری و تغافل در برخی امور است^{۱۱}، نه آنکه با تفتیش و تجسس سختگیرانه، حقوق آنها را در مورد انتخابات سلب یا تحدید کند.

از آنجا که شورای نگهبان به‌عنوان نهاد ناظر بر انتخابات عمدتاً از استدلال‌های فقهی استفاده می‌کند، در این مقاله با فرض پذیرش شرایط ذهنی و کیفی یادشده در قوانین انتخاباتی، رویکرد فقهی بدیلی نسبت به احراز صلاحیت داوطلبان انتخابات مطرح می‌شود. با تغییر نقطه عزیمت و اصل اولی، می‌توان تضمین بیشتری از حق‌ها و آزادی‌ها به‌عمل آورد و مقامات عمومی را مکلف نمود مادام که دلیل موجهی در اختیار ندارند، نگرشی مبتنی بر حسن ظن نسبت به شهروندان اتخاذ کنند.

باری اغلب در مورد کاربست اصل صحت به‌عنوان مانعی در برابر تضييع حق مردم نفياً یا اثباتاً اظهار نظرهایی صورت گرفته^{۱۲}، اما کمتر از جنبه حقوقی به آن پرداخته شده است. همچنین از منظر حقوقی نیز برائت بیشتر مورد استناد بوده و استدلال به صحت در خصوص

۱۰. برای نمونه، احمد جنتی، فقیه و دبیر شورای نگهبان، معتقد است: «کاندیدا باید ایمان قلبی به نظام و قانون اساسی داشته باشد و اگر شورای نگهبان به ایمان در ذات کاندیداها نرسد، آنها را رد صلاحیت خواهد کرد» (روزنامه اعتماد، ۱۳۹۲/۱۲/۱۲). همچنین محمد مؤمن، یکی از فقهای فقید شورای نگهبان، گفته است: «اگر بوی انحراف از کسی احساس کنیم، شبهه‌ای نداشته باشید که او را رد صلاحیت خواهیم کرد» (روزنامه بهار، ش ۹۶، ۱۳۹۲/۱/۲۴).

۱۱. عهدنامه مالک اشتر، نامه ۵۳ نهج‌البلاغه.

۱۲. نک: حسینعلی منتظری، دیدگاهها، ج ۱، ص ۱۰۷، ۱۳۷۸/۰۳/۱۷؛ عباسعلی کدخدایی، اصل بر «احراز صلاحیت» است نه «احراز عدم صلاحیت»، مصاحبه سخنگوی وقت شورای نگهبان با خبرگزاری فارس، ۱۳۹۰/۰۹/۰۸، قابل دسترس در سایت شورای نگهبان (www.shora-gc.ir).

داوطلبان انتخابات چندان مدنظر قرار نگرفته است. اگرچه برخی نویسندگان، بدون تبیین کافی اصل صحت، در پی انتقاد از کاربست آن در احراز صلاحیت بوده و آن را به عنوان شبهه‌ای درباره نظارت استصوابی شورای نگهبان تلقی کرده‌اند؛ درحالی که شاخص‌هایی چون صحت، براءت، تفسیر مضیق قوانین محدودکننده و بی‌طرفی نهاد ناظر در جهت حمایت از حقوق انتخاب‌شوندگان مؤثر خواهد بود.

این پژوهش با تمرکز بر یکی از این موارد و با تکیه بر روش تحلیلی-انتقادی، بررسی می‌کند که اصل صحت چگونه و با چه مفهومی و از طریق کدام‌یک از شرایط انتخاب‌شوندگان، در ارزیابی صلاحیت داوطلبان نقش دارد؟ شیوه تفسیر موجود و مطلوب از شرایط ذهنی و کیفی لازم برای داوطلب انتخابات در ایران چگونه است؟ به این منظور نگارندگان مقاله با تبیین و تحکیم اصل صحت تکلیفی و اماره قانونی صحت، به ارائه رویکردی جدید در تفسیر قوانین موجود انتخاباتی می‌پردازند. نخست، اصل صحت در اندیشه فقیهان و دانشوران اصولی بررسی شده، به کاربرد آن در متون فقهی می‌پردازند؛ سپس اماره قانونی صحت تبیین می‌شود و پیامدهای کاربست آن در احراز شرایط داوطلبان انتخابات ارائه می‌گردد.

۱. گونه‌شناسی اصل صحت و کاربرد آن در ارزیابی اعتقاد و التزام

اصل صحت که به معنای حمل فعل دیگران بر وجه حسن و مباح یا درست و تام است^{۱۳}، در بررسی لایحه اصلاح قانون انتخابات^{۱۴} سال ۱۳۸۲، با استدلال به لزوم احراز شرایط اثباتی، مورد مخالفت شورای نگهبان قرار گرفت و جنبه قانونی نیافت^{۱۵}. اصل صحت که اصلی اجماعی در میان مسلمانان، بلکه همه دین‌داران در تمام اعصار بوده و از ضروریات

۱۳. سید ابوالقاسم خویی، مصباح الاصول، تقریر محمدسرور بهسودی، ج ۲، (قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۷)، ص ۳۲۲.
۱۴. تبصره ۳ ماده ۱۱ اصلاحیه در خصوص شرایط ماده ۲۸: «اصل بر صحت اظهارات داوطلبین نمایندگی مجلس شورای اسلامی در فرم ثبت‌نام است مگر اینکه خلاف آن از طرق قانونی ثابت شده باشد».

۱۵. ابراهیم موسی‌زاده، *دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران*، (اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان)، زیر نظر غلامحسین الهام، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰)، ص ۲۹۷. البته یکی از حقوقدان سابق این شورا، با رد کاربرد اصل براءت در این حوزه، استفاده از اصل صحت را ممکن دانسته است. (محسن اسماعیلی، *نظارت قانونی*، روزنامه همشهری، ش ۳۲۷۳، ۱۳۸۲/۱۰/۱۵).

شمرده شده^{۱۶}، با این چشم‌انداز و کاربرد تاکنون در میان فقها مطرح نبوده است. این اصل دارای دو معنای وضعی و تکلیفی است که رابطهٔ عموم و خصوص من وجه دارند^{۱۷}؛ صحت وضعی در مقابل فساد و به معنای درستی و ترتب آثار حقوقی است و برای تعیین وضعیت در عبادات و معاملات کاربرد دارد. کاربست این اصل سبب می‌شود تا به احتمال بطلان یا عدم رعایت برخی شرایط لازم برای صحت قرارداد و عبادت یا احتمال وجود مانع توجه نشود. اما صحت تکلیفی که مخصوص شبهات موضوعی است و در تردید میان حرمت و اباحه کاربرد دارد، در مقابل قبح، معصیت، حرمت و عدم مشروعیت و به معنای حلیت و جواز تکلیفی و حسن ظن نسبت به فعل، انگیزه و اعتقاد دیگران و التزام به این اعتقاد (در ظاهر و باطن) است^{۱۸}. به نظر برخی فقیهان، این اصل مقتضای فطرت الهی و طبیعت بشر است و تا حرمت و عدم جواز عملی ثابت نشده، باید آن را جایز و حلال شمرد. صحت تکلیفی نشان‌دهندهٔ ایمان اسلام به تک‌تک انسان‌ها و منزله از خطا دانستن آنها به حکم برائت اصلی است تا زمانی که خلاف آن اثبات شود^{۱۹}.

بسیاری از فقیهان صحت تکلیفی را امری اخلاقی، غیرالزامی و فاقد اثر می‌دانند^{۲۰}، اما برخی از آنها پس از ذکر روایاتی چون «ضَعَّ امرَ أخیک علی أحسنه» که دلالت بر وجوب دارد، ظاهر هر کلام شارح را بیان حکم فقهی می‌دانند که در نتیجه، حمل آن بر وظیفهٔ اخلاقی صرف نیازمند قرینه است^{۲۱}. علامه طباطبایی در تفسیر آیهٔ ۲۲۹ سورهٔ بقره، با بیان

۱۶. مرتضی انصاری، *فرانده الاصول*، ج ۳، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷) ص ۳۴۵ و ۳۵۰؛ ضیاء‌الدین عراقی، *نهایه الافکار*، تقریر محمدتقی بروجردی، ج ۵، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۷۸.

۱۷. علیرضا اعرافی، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۷/۱۲/۲۲.

۱۸. سید علی موسوی قزوینی، *رساله فی قاعده حمل فعل المسلم علی الصحه*، ص ۲۵۷؛ علیرضا اعرافی، پیشین، ۱۳۹۷/۱۲/۱۵.
۱۹. «روایات وارده و به‌طور خاص این کلام امام (ع) که فرمود: «گوش و چشمت را تکذیب کن» به‌صراحت دلالت بر این دارد که اسلام، ایمان را حتی در قلب کافر، راستی را حتی در نفس دروغگو و خیر را حتی در اهداف شخص شریر می‌جوید. پس آیا کسی که مردم را بی‌ضابطه تفسیق و تکفیر می‌کند، از این عبرت نمی‌گیرد؟» (محمدجواد مغنیه، *اصول‌الفقه فی ثوبه الجدید*، (قم: دار‌الکتاب الاسلامی، ۱۴۱۱)، ص ۴۱۲).

۲۰. سید ابوالقاسم خویی، پیشین، ج ۲، ص ۳۲۲؛ سید محمد روحانی، *منتقى الاصول*، تقریر سید عبدالصاحب حکیم، ج ۷، (قم: ناشر دفتر آیت الله سیدمحمد حسینی روحانی، ۱۴۱۳-۱۴۱۶) ص ۹۲. برخی نیز اثر آن را مجرد عدم تفسیق می‌دانند و اثبات آثار واقعی برای اصل صحت را مستلزم فقه جدید می‌دانند. (سید محمدکاظم یزدی، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، (قم: دارالهدی، ۱۴۲۶)، ص ۳۶).

۲۱. هاشم آملی، *مجمع الافکار*، تقریر محمدعلی اسماعیل‌پور، ج ۴، (قم: المطبعه العلمیه، ۱۳۹۵)، ص ۲۹۹. البته در کلام ایشان میان صحت وضعی و تکلیفی تفکیکی نشده است، اما با توجه به بحث از مطلق اصل صحت و ذکر روایاتی که مستند صحت تکلیفی نیز قرار می‌گیرد و سپس تأسیس اصل فقهی بودن کلمات شارح، می‌توان قول فقهی بودن صحت تکلیفی را به وی منتسب کرد.

اینکه احکام فقهی با احکام اخلاقی آمیخته است، منظور از حدود الهی را که نباید از آن تجاوز کرد، هر دو دسته احکام فقهی و اخلاقی می‌داند. وی تفکیک میان اخلاق و فقه و نیز اکتفا به احکام فقهی و جمود بر ظواهر و اعراض از باطن دین را عامل انحطاط مسلمین برمی‌شمارد؛ امری که مایه ابطال مصالح تشریح و نابودی غرض دین و سعادت زندگی بشر شده است.^{۲۲} بر این اساس، تفکیک صورت گرفته میان فقه و اخلاق در خصوص اصل صحت تکلیفی دارای دلایل استواری نیست. این اصل علاوه بر اخلاقی بودن، اصلی فقهی و الزامی است و آثار عملی و وضعی با واسطه بر آن مترتب می‌شود؛ برای مثال، جریان آن می‌تواند به عدم اجرای حد^{۲۳} و نیز تأیید صلاحیت- که محل بحث ماست- منجر شود. به این ترتیب، فرد احرازکننده مکلف است که فعل و اعتقاد داوطلب را بر وجه حرام و نامشروع حمل نکند و فرد را در اظهارات خود صادق و معتقد نسبت به آن فرض نماید.^{۲۴}

با توجه به اخلاقی و بی‌اثر دانستن صحت تکلیفی، عمده ادله و کارکردهایی که اغلب فقها برای اصل صحت ذکر می‌کنند ناظر به صحت وضعی است.^{۲۵} اما به نظر می‌رسد این ادله به صحت وضعی اختصاص ندارد و شامل صحت تکلیفی نیز خواهد شد. مبنای اصل عقلایی صحت، حفظ نظام اجتماعی است^{۲۶} و عمل نکردن به آن دارای پیامدهای فاسدی از جمله عسر و حرج شدید و انسداد باب علم عادی و متعارف در مواردی می‌شود که امکان اقامه دلیل وجود ندارد؛ این امر به نوبه خود به اختلال نظام و معیشت مردم که شارع به آن راضی نیست می‌انجامد. از همین روی باید از مدعی فساد، مطالبه دلیل کرد.^{۲۷} میرزای قمی وجه تقدم قول مدعی صحت را تقدیم ظاهر بر اصل در موارد تعارض می‌داند. در نظر او، افعال مسلمین غالباً معصیت نیست و طبق قاعده، ظن، مورد مجهول را به آنچه غلبه دارد

۲۲. سید محمدحسین طباطبایی، *المیزان*، ج ۲، (قم: منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، بی‌تا) ص ۲۳۴ و ۲۳۵. ر.ک.

محمد سرورش محلاتی، *تأملات سیاسی علامه طباطبایی*، (تهران: میراث اهل قلم، ۱۳۹۶)، صص ۶۴-۷۲.

۲۳. سید مصطفی محقق داماد، *قواعد فقه*، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶)، ص ۱۹۶.

۲۴. مرتضی انصاری، *فرائد الاصول*، ج ۳، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷)، ص ۳۵۱.

۲۵. فقها حداقل هفت دلیل برای اصل صحت ذکر کرده‌اند (مرتضی انصاری، پیشین، ص ۳۵۰؛ سید روح‌الله خمینی، *الرسائل*، ج ۱، (قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰)، ص ۳۵۰). اگرچه برخی آن را از ضروریات می‌دانند که نیاز به اقامه دلیل ندارد. (میر عبدالفتاح مراغی،

العاوین، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹)، ص ۷۴۴، عنوان ۹۴).

۲۶. ضیاءالدین عراقی، *نهایه الافکار*، تقریر محمدتقی بروجردی، ج ۵، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۷۸.

۲۷. ر.ک. مرتضی انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۳۵۱؛ فقها دلیل اصلی قواعد و اماراتی چون ید و سوق المسلمین را اصل صحت می‌دانند (ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، (قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۲۱)، صص ۱۱۸ و ۱۱۹).

ملحق می‌گرداند.^{۲۸}

بیشتر فقیهان به دلیل اینکه صحت وضعی را اصلی فقهی و واجد اثر عملی می‌دانند، در بحث از اینکه عدم حمل فعل دیگری بر صحت، مستلزم اختلال نظام می‌باشد، مراد از افعال غیر را منحصر در عقود و ایقاعات دانسته، صحت را هم به آن معنایی که در مقابل فساد است به کار می‌برند.^{۲۹} اما به نظر می‌رسد علاوه بر حمل عقود و ایقاعات بر فساد، حمل افعال دیگران بر حرمت و عدم مشروعیت نیز مستلزم اختلال نظام است؛ چراکه رواج بی‌اعتمادی و سوء ظن در جامعه، مایه فروپاشی نظام اجتماعی و اخلاقی می‌شود. حتی شاید تأثیر این امر در اختلال نظام، بیشتر از قسم اول باشد و به استناد احتیاط در امور مهم اجتماعی و تصدی مناصب عمومی^{۳۰}، نمی‌توان از اصل اولی صحت و اعتماد در زندگی جمعی چشم پوشید.^{۳۱} وانگهی اگر در امور مهم به احتیاط استناد شود، رد صلاحیت نامزد نیز تضييع حق الناس محسوب می‌شود و دو احتیاط با یکدیگر تراحم پیدا می‌کنند. همچنین با توجه به فعالیت احزاب در امور سیاسی، رد صلاحیت یک نامزد ناظر به امری عمومی می‌باشد و بر فرض هم که امری خصوصی تلقی گردد، دلیلی در اختیار نداریم که امر عمومی پیوسته باید بر امر خصوصی مقدم شود.

پذیرش حفظ نظام به‌عنوان مبنای اصل صحت تکلیفی نیز دلیل عمده آن بنای عقلا است.^{۳۲} شاهد اینکه اصول و قواعدی شبیه اصل صحت در نظام های حقوقی دیگر هم یافت می‌شود. در کامن‌لا، معادل مضمون اصل صحت در فقه، مفاهیمی مانند Trust^{۳۳}،

۲۸. ابوالقاسم قمی، جامع‌الشتات، ج ۴، (تهران: کیهان، ۱۳۷۱)، ص ۳۷۱.

۲۹. سید محمد محقق داماد، کتاب‌الحج، تقریر عبدالله جوادی آملی، ج ۲، (قم: مهر، ۱۴۰۱)، ص ۳۳۸.

۳۰. صادق لاریجانی، شورای نگهبان از منظر فلسفه سیاسی، برات یا احراز صلاحیت نامزدها؟، روزنامه کیهان، ش ۱۷۷۹۷، ۱۳۸۲/۱۰/۱۵.

۳۱. فقها عمدتاً اخلاق را امری صرفاً فردی می‌دانند که نقشی در تنظیم روابط اجتماعی ندارد و تفکیک آنها میان احکام فقهی و اخلاقی و الزامی دانستن اولی و غیرالزامی دانستن دومی، ریشه در همین نادیده گرفتن جنبه اجتماعی اخلاق و نقش آن در تنظیم روابط اجتماعی دارد. ر.ک. ابوالقاسم فنایی، دین در ترازی/اخلاق، (تهران: صراط، ج ۵، ۱۴۰۰)، فصل دوم.

۳۲. سید روح‌الله خمینی، انوار الهدایه، ج ۲، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۳)، ص ۱۰۶.

۳۳. در فرهنگ‌های حقوقی نیز برای مفهوم Trust، معنای مشابه صحت ذکر شده است:

A feeling of confidence that something is correct, will work, etc. (Dictionary of Law, Bloomsbury Publishing, Fourth edition, 2004.) / Acceptance of the truth of a statement without evidence or investigation. / Confidence that someone will act in a particular way; firm belief in someone's reliability; To believe in someone's or something's reliability, Ability, or Honesty. (The Essential Law Dictionary, Sphinx Publishing, 2008.)

Presumption of Correctness^{۳۴} و Presumption of Validity است. البته اماره یا فرض صحت، بیشتر در اقدامات اداری، ارزیابی مالیاتی^{۳۵} و نیز بررسی مجدد ادله و شواهد در دادرسی کاربرد دارد. به این ترتیب، امور موضوعی تشخیص داده شده از سوی دادگاه یا ارزیاب در صورتی که مبتنی بر ادله و شواهد باشد، صحیح فرض می‌شود، ولی مدعی حق رد آن را با ادله روشن و قانع‌کننده دارد.^{۳۶} پس اماره صحت، فرضی در صورت نبود دلیل مخالف است و مهم‌ترین اثر آن تغییر بار اثبات است.^{۳۷} همچنان که در مواردی چون فرض حسن نیت مقامات عمومی^{۳۸} به دلیل آنکه احراز آن دشوار است، فرض اولیه بر وجود حسن نیت است؛ مگر اینکه ادله‌ای برخلاف آن اقامه شود و بار اثبات دعوا را تغییر دهد.

به‌علاوه اصل صحت و حسن ظن را می‌توان در قالب Principle of Charity^{۳۹} نیز مشاهده کرد. این اصل به‌عنوان یک فرض در معرفت‌شناسی، فلسفه ذهن و زبان کاربرد دارد. برابر این اصل در تفسیر عقاید و اقوال و حتی قصد دیگران، باید بنا بر صداقت و عقلانیت گذاشت و بهترین تفسیر ممکن را از آن ارائه داد.^{۴۰} در حقیقت، پذیرفته می‌شود که فرد به گفته‌های خود باور دارد و اتفاقاً در برخی مسائل افراد خود قاضی بهتری برای تفسیر سخنان و رفتارهای خود هستند و به شواهد بیشتری دسترسی دارند.^{۴۱}

دامنه کاربست اصل صحت نیز مورد اختلاف است. لازمه عقلایی دانستن این اصل، عدم اختصاص آن به مسلمان است.^{۴۲} همچنان که مشهور فقها در بحث از اینکه عدم اجرای

34. Moran Sean M., "The Presumption of Correctness: Should the Commissioner Be Required to Carry the Initial Burden of Production", *Fordham Law Review*, Vol. 55, (1987), pp. 1095-1097.

35. Prima Facie Correctness of a Tax Assessment

36. 28 U.S. Code (Judiciary and Judicial Procedure), § 2254 (e)(1)

۳۷. در این خصوص آرای قضایی متعددی وجود دارد؛ برای نمونه، نک:

Judicial Deference to Taxing Agencies, National Association of State Bar Tax Sections (Annual Conference), San Francisco, California, October 27-29th, 2016.

38. The Presumption of Good Faith of Public Officials

39. Feldman Richard, Principle of Charity, Routledge Encyclopedia of Philosophy, 1998.

۴۰. برای مطالعه بیشتر درباره این اصل که گفته می‌شود نخستین بار دونالد دیویدسون آن را مطرح نموده است. ر.ک. رحیم نوبهار،

اصول فقه (مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن)، (تهران: میزان، ۱۳۹۹)، صص ۴۴-۴۹.

41. <https://www.csus.edu/indiv/m/mayesgr/phl4/tutorial/phl4charity.htm>

۴۲. البته این اصل در خصوص غیرمسلمانان به نحو موجبه جزئیه است و صرفاً در بعضی موارد در خصوص آنها جاری می‌شود (میان

محرمات شرعی خاص و قباح عقلی-اخلاقی که همه آدمیان فطرتاً درکی از آن دارند، می‌توان قائل به تفکیک شد؛ چنان که در

خصوص اصل صحت وضعی نیز فقها آن را به‌طور مطلق برای کفار نمی‌پذیرند.



اصل صحت وضعی مستلزم اختلال نظام است، این معضل را مختص مسلمانان نمی‌دانند.^{۴۳} شاید گسترده‌ترین محدوده برای اصل صحت را بتوان در نظر کاشف‌الغطاء یافت. او معتقد است اصل در تمام مخلوقات، از جمله در تمام اقوال و افعال انسان‌ها (اعم از شیعه، غیر شیعه، کافر کتابی و غیرکتابی)، صحت است و باید بر طبیعت آن حمل شود. پس تا زمانی که شاهی برخلاف وجود ندارد، اخبار و ادعاها بر صدق و افعال و عقود و ایقاعات بر صحت حمل می‌شوند. مگر آنکه در مقام دعوا و به‌خصوص درباره امور مربوط به قصد فرد باشد که مشاهده شاهد کافی نیست و مدعی قصد، به صرف ادای سوگند تصدیق می‌شود.^{۴۴} در نتیجه، اگرچه معصومین برای بیان وظایف در جامعه اسلامی معمولاً مسلمانان را مورد خطاب قرار می‌دهند، اما این به معنای اختصاص مفهوم صحت به مسلمانان نیست؛ بلکه اصل صحت با معنایی عام، در مورد افراد متعارف از هر کیش و آیینی و بسته به ارزش‌ها و معتقدات مورد قبول آنها جاری خواهد بود.^{۴۵}

مشهور فقیهان اصل صحت را اماره می‌دانند و با این فرض، در مقام تعارض بر تمام اصول حکمی و موضوعی عدمی، مقدم و حاکم می‌گردد؛ زیرا به واسطه حکومت، استصحاب بلاموضوع می‌شود.^{۴۶} فقهایی که اصل صحت را اصل عملی می‌دانند، در تقدم آن بر استصحاب موضوعی تردید کرده، قائل به تساقط می‌شوند. البته اصل صحت در مواردی تشریح شده که استصحاب وجود دارد و تقدم استصحاب، موضوع اصل صحت را کاملاً از بین برده، وضع آن را از سوی شارع لغو و عبث می‌کند. بنابراین از منظر گروه دوم نیز صحت می‌بایست بر استصحاب مقدم شود و به‌طور کلی، اصل صحت قوی‌تر از استصحاب

۴۳. سید ابوالقاسم خویی، پیشین، صص ۳۲۲ و ۳۲۳؛ سید محمد محقق داماد، پیشین، بنای عقلا بر ظهور حال هر فاعل عاقل، اعم از مسلمان و غیرمسلمان، وجود دارد که عمل را صحیح و تام و نه ناقص و فاسد انجام می‌دهد (سید محمدحسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، (قم: الهادی، ۱۴۱۹)، ص ۳۰۴). البته اگر مستند اصل صحت، ظهور حال مسلمان باشد که عمل را صحیح انجام می‌دهد، باعث اختصاص این اصل به مسلمانان می‌شود و صحت نیز واقعی نخواهد بود، بلکه صحت در نظر فاعل ملاک قرار می‌گیرد (همان، ص ۲۸۹).

۴۴. جعفر کاشف‌الغطاء، کشف الغطاء، ج ۱، (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۸۰)، صص ۲۰۱ و ۲۰۲، بحث ۳۶.

۴۵. رحیم نوبهار، «فرض برائت؛ چشم‌اندازی اسلامی»، در *مردی از تبار خرد و فضیلت*، (فرهنگستان جمهوری اسلامی، ۱۳۹۵)، ص ۳۵۴.

۴۶. سید محمدحسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، (قم: الهادی، ۱۴۱۹)، ص ۳۰۷؛ مرتضی انصاری، *فرائد الاصول*، ج ۳، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۷)، ص ۳۷۴.

است.^{۴۷} همچنین استصحاب در جایی که اماره تعبّدی خلاف آن وجود دارد، جاری نمی‌شود و محکوم اماره ظاهر حال مسلم مبنی بر انجام تکالیف قرار می‌گیرد. زیرا شارع ظاهر حال مسلم را، حتی در مواردی که شک داریم یا نمی‌دانیم فعلی از او صادر شده یا نه، اماره بر انجام تکالیف قرار داده است؛ مگر اینکه دلیلی برخلاف آن اقامه شود. در نتیجه با وجود «اماره ظاهر حال» که مبتنی بر سیره قطعی متشرّعه است، اصل عدم به‌ویژه استصحاب عدم ازلی جریان نخواهد داشت.^{۴۸}

۲. موارد کاربست اصل صحت در مسائل فقهی

فقها اصل صحت را از روایات مختلفی اصطیاد کرده‌اند. این روایات اغلب در زمینه‌هایی مانند حجیت قول ذوالید در طهارت و نجاست، قبول قول شاهد، قبول مدعی که جز از طرف مدعی معلوم نمی‌شود (ما لا یُعلم الا من قیله)^{۴۹}، حجیت خبر واحد و منع از سوء ظن صادر شده است. اکنون پس از روشن شدن مفهوم اصل صحت، نمونه‌هایی از استناد فقیهان به قاعده صحت و مفاهیم مشابه را یادآور می‌شویم:

فقیهان وظیفه شرعی اولی را حمل فعل و قول آدمیان بر صحت و صدق و نسبت ندادن فسق و ارتکاب حرام به آنها می‌دانند.^{۵۰} آنان صرف احتمال را در حدود^{۵۱}، تعزیرات، امر به

۴۷. محمدتقی بهجت، درس خارج اصول فقه، ۱۳۸۷/۸/۶.

۴۸. مهدی شب‌زنده‌دار، درس خارج فقه امر به معروف و نهی از منکر، ۱۳۹۵/۱۲/۸؛ ناصر، مکارم شیرازی، درس خارج فقه حج، ۱۳۸۸/۱/۱۵. مثلاً وقتی پسر بزرگ‌تر نمی‌داند که پدرش نماز خوانده یا نه، استصحاب عدمی جریان ندارد، بلکه اماره ظاهر حال اثبات می‌کند که نماز خوانده است. یا اگر شک کردیم که فردی جواب سلام دیگری را داده است، نمی‌توان یا جریان استصحاب عدمی او را امر به معروف کرد. چنان‌که با تردید در وضو داشتن امام جماعت یا به‌جا آوردن حج از سوی متوفی، اماره ظاهر حال جاری می‌شود.

۴۹. یکی از موارد پذیرش اصل صحت، امور پنهانی است که تنها از طریق خود فرد دانسته می‌شود و کشف آن به طریق دیگر دشوار و حتی غیرممکن است (کفایت ظن و ظهور عرفی). این امور تحت عنوان مسائلی که «لا یُعلم الا من قیله». در بعضی از کتب قواعد فقه به صورت قاعده‌ای مستقل ذکر شده است.

۵۰. البته چنین شخصی را صرفاً نمی‌توان فاسق و مرتکب حرام دانست، نه آنکه بدین طریق او را عادل بشماریم یا چرایی حلال بودن عمل او را ثابت کنیم. (ابوالقاسم گرگی، «اصل صحت عمل غیر»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱۱۳۶ (۱۳۷۱)، ص ۹۴؛ محمدباقر وحید بهبهانی، حاشیه مجمع الفوائد، (قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷)، ص ۷۶۹).

۵۱. اصل صحت در تصرفات مسلم از جمله دلایلی است که برای عدم اثبات زنا در صورت بارداری زن بدون وجود شوهر ذکر می‌شود که وجوب فحص و استفسار را هم برمی‌دارد (محسن فیض‌کاشانی، مفاتیح‌الشرایع، ج ۲، (قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، بی‌تا) ص ۶۸).

معروف و نهی از منکر^{۵۲} کافی ندانسته، حتی برای ارتکاب عمل حرام احراز عدم عذر را لازم می‌دانند.^{۵۳} برخی از فقها غیبت شخص مسلمان را از مطهرات (یا در حکم مطهرات) دانسته‌اند و استدلال آنها به ظاهر حال مسلمان و اجتناب او از نجاست است.^{۵۴} صاحب جواهر متعارف بودن عدم سؤال از ازاله نجاست در صورت علم به عروض آن را مؤید سیره قاطعی می‌داند که در این زمینه شکل گرفته است.^{۵۵} به‌طور کلی، قاعده «البینه علی المدعی» را نمی‌توان به نحو یکسان در تمام امور مدنی و کیفری و برای علل رافع مسئولیت به کار برد؛^{۵۶} برای مثال، اکراه در محرمات با اکراه در معاملات متفاوت است و تنها در دومی نیاز به اثبات دارد، زیرا در معاملات اصل بر صحت بوده و این ادعا خلاف اصل است؛ اما در محرمات اصل این است که مسلمان با اختیار خود مرتکب حرام نمی‌شود و این ادعا موافق اصل بوده و بی‌نیاز از اثبات است.^{۵۷}

مورد دیگر به «غارمان» مربوط می‌شود. غارمان، مستحقان زکات و افرادی هستند که در غیرمعصیت مدیون شده باشند. شهید اول به دلیل شک در وجود شرط، قائل به عدم اعطای زکات به فرد مجهول الحال است؛ اما شهید ثانی به واسطه ظاهر حال و حمل تصرف مسلم بر جایز، اعطای زکات به مجهول الحال را جایز اعلام می‌کند.^{۵۸} محقق قمی به دلیل حمل قول و فعل مسلم بر صحت و تقدم آن بر استصحاب اشتغال ذمه، ادعای فقر و سیادت

۵۲. محمدتقی شیرازی، حاشیه المکاسب، ج ۱، (قم: منشورات الشریف الرضی، ۱۴۱۲)، ص ۱۲۰. بنا بر اصالة الصحة، راه عذر نباید به‌طور کلی مسدود باشد و صرف احتمال جواز و اباحه، موضوع نهی از منکر را منتفی می‌کند؛ نتیجه شک در مشروعیت، مساوی با حکم به مشروعیت است و فعل مشکوک را می‌بایست فعل مباح به حساب آورد.

۵۳. میر عبدالفتاح مراغی، پیشین، ج ۲، صص ۷۴۷ و ۷۴۸؛ سیدتقی طباطبایی قمی، الغایه التصوی (الصوم)، (قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۱۷)، ص ۱۴.

۵۴. سید محمدجواد عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹)، ص ۲۲۸. از نظر برخی، ظهور حال مسلمان بر اینکه عمل غیر جایز انجام نمی‌دهد، حتی اگر دلیلی داشته باشد، با اصل صحت متفاوت است (سید محمدحسن، بجنوردی، پیشین، ص ۲۹۶).

۵۵. «بل قد یعدّ السؤال من المنکرات کالانکار علی مخالفه الضروریات المرّجّحه للعمل بظاهر حال المسلم من عدم عصیانه و سهوه و نسیانه علی الاصل» (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۶، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱)، ص ۳۰۱).

۵۶. رحیم نوبهار، «فرض برائت؛ چشم‌اندازی اسلامی»، در مردی از تیار خرد و فضیلت، (تهران: فرهنگستان جمهوری اسلامی، ۱۳۹۵)، ص ۳۷۵.

۵۷. عیسی ولایی، قواعد فقهی، (قم: اندیشه مولانا، ۱۳۹۲)، ص ۱۸۸.

۵۸. زین‌الدین جعی عاملی (شهیدثانی)، الروضه البهیة (شرح لمعه)، ج ۲، ص ۴۷. رک. سید محمود هاشمی شاهرودی، درس خارج فقه زکات، ۱۳۹۱/۳/۹.

را برای استحقاق خمس یا زکات کافی می‌داند.^{۵۹} همچنین در صورت شک در پرداخت خمس از سوی استخراج‌کننده معدن نیز از باب حمل فعل مسلم بر صحت، دیگر تخمیس واجب نیست.^{۶۰} به‌علاوه در نماز استیجاری، وقتی پسر بزرگ برای نماز قضای پدر اجیر می‌شود، در صورتی که نمی‌دانیم آیا او نمازهای پدر را به‌جای آورده است یا نه، به دلیل حمل فعل بر صحت، بنا بر خواندن نماز و صحیح خواندن آن گذاشته می‌شود.^{۶۱}

تحقیق از وضعیت تأهل یا تجرد زنی که مرد می‌خواهد با او ازدواج موقت کند از دیگر موارد جریان اصل صحت است. بسیاری از فقیهان تحقیق درباره زن متهم در عقد ازدواج موقت را برای احراز اینکه شوهر ندارد، مستحب می‌دانند؛ اما تحقیق را به دلیل حمل افعال و تصرفات مسلم بر صحت و نصوصی که زن را حتی با تهمت در امور مربوط به خود تصدیق می‌کند، واجب نمی‌دانند.^{۶۲} از مهم‌ترین مصادیق اموری که وضعیت آنها تنها از سوی خود شخص روشن می‌شود «ما لا یُعلم الا من قَبَله» مسائل مربوط به زنان مانند طهر، حیض و عده است که اثر حقوقی دارد.^{۶۳}

نمونه دیگر، پرداخت زکات است که قول مالک در خصوص آن تا زمانی که کذبش

۵۹. «...مسلمی است و ادعایی می‌کند و مزاحمی از برای دعوی او نیست و افعال و اقوال مسلمین محمول بر صحت است... و چون حمل قول و فعل مسلم بر صحت از جمله قواعد مسلمه است که مأخوذ از اخبار و فتاوی علماست، پس مقدم خواهد بود بر اصل و استصحاب، یعنی استصحاب اشتغال ذمه به ادای خمس به مستحق آن. همچنانکه در مدعی فقر مشهور علما اکتفا کرده‌اند به ادعای فقر و استدلال کرده‌اند به آنکه قول مسلم محمول بر صحت است، چنان که در تذکره و منتهی و معتبر و شرح ارشاد آخوند ملاحمد و غیر ایشان، بلکه مخالفی در نظر نیست، بلکه تصریح کرده‌اند که هرچند قوی باشد، بلکه هرچند مالی داشته و ادعای تلف آن کند...» (ابوالقاسم قمی، جامع الشتات، ج ۴، (تهران: کیهان، ۱۳۷۱)، ص ۲۱۵).

۶۰. مرتضی مقتدایی، درس خارج فقه، ۱۳۹۳/۱۰/۱۶.

۶۱. سید محمدکاظم یزدی، العروه الوثقی، ج ۳، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۹۳، مسأله ۲۰؛ ر.ک. مرتضی انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۳۶۹.

۶۲. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۱۰، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰)، ص ۲۷۴.

۶۳. میر عبدالفتاح مراغی، پیشین، ج ۲، ص ۶۱۸؛ سید روح‌الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۰)، ص ۲۸۳، مسأله ۶؛ محمدباقر وحید بهبهانی، مقام الفضل، ج ۱، (قم: مؤسسه العلامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۲۱)، ص ۱۸۷؛ «به حسب شرع انور قول زن معتبر است در نداشتن شوهر یا متعه بودن یا عده منقضی شدن یا حیض داشتن یا نداشتن یا مطلقه بودن یا شوهر مردن یا مانی از تزویج نداشتن و امثال اینها هرگاه مدعی در برابرش نباشد و کذبش یقینی نباشد، واجب است که او را تصدیق کنند و راستگو دانند هرگاه متهمه نباشد؛ یعنی معروف نباشد به دروغ‌گویی و زناکاری، بلکه تجسس از حال او در این صورت غلط است، بعد از آن تکذیب او کردن غلط دیگر، و شاهد از او خواستن و او را قسم دادن غلط بر غلط است به اجماع کل علما، به دلیل عموم اخبار بسیار...». وی سپس به نقل و توضیح روایات پرداخته و ثقه بودن را حمل بر استصحاب کرده و عدالت را لازم ندانسته است.

آشکار نشده است، بدون بیّنه و سوگند پذیرفته می‌شود.^{۶۴} همچنین به دلیل لزوم حمل قول و فعل بر صحت، ادعای فرد نسبت به مالی که کسی نسبت به آن ادعایی ندارد بدون بیّنه و سوگند پذیرفته می‌شود.^{۶۵} تعدّر اقامه دلیل^{۶۶} و اعلم و اعرف بودن نسبت به موضوع^{۶۷} نیز از جمله دلایل تقدم قول مدعی شمرده می‌شود. به علاوه در فقه به مدیون این حق داده شده که قصد خود را از ادای دین مشخص کند که کدام دین را در نظر داشته است. همین مسئله به ماده ۲۸۲ قانون مدنی نیز راه یافته است. به رغم وجود حق برای طرف مقابل، چون قصد مؤدی برای قانون گذار اهمیت داشته و قصد از امور درونی است، قول مدعی ملاک قرار گرفته است. شهید ثانی با همین استدلال قول راهن را در تعیین اینکه کدام یک از دیون که دارای رهن‌های مختلف بوده‌اند، ادا شده است، مقدم می‌داند. در نظر او حتی زمانی که دینی دارای رهن باشد و دیگری بدون رهن، در صورت اختلاف، قول راهن مقدم است.^{۶۸}

علاوه بر موارد پیشین، این قاعده در مسئله اعتقاد و التزام فرد که از امور پنهان محسوب می‌شود هم لازم الاجراست.^{۶۹} شهید ثانی در شرح عبارت محقق حلی که راه اثبات ایمان را علم قاضی، قیام بیّنه و اقرار بیان کرده، به دلیل قلبی و باطنی بودن اعتقادات، مرجع دو مورد اول را هم اقرار می‌داند. او معتقد است جز اقرار راهی برای کشف ایمان و اعتقاد فرد دیگر وجود ندارد.^{۷۰}

به طور کلی، اغلب فقهای شیعه درباره اسلام یا کفر فرد مجهول الحال، قائل به اصاله الکفر هستند و تقابل میان این دو را از نوع عدم و ملکه می‌دانند که واسطه‌ای میان

۶۴. شهید ثانی، پیشین، ج ۲، ص ۵۴؛ سید محمدکاظم یزدی، پیشین، ج ۴، ص ۱۴۰؛ سید محمدحسین بجنوردی، پیشین، ج ۳، ص ۱۱۱.

۶۵. احمد اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ج ۱۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴)، ص ۱۱۱. برای مسأله‌ای مشابه در مورد نکاح، رک. سید موسی شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۰، (قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹)، ص ۳۶۱۵.

۶۶. شهید ثانی، پیشین، ج ۴، ص ۳۸۸.

۶۷. همان، صص ۳۹۰ و ۴۱۴.

۶۸. همان، ص ۹۵.

۶۹. سؤال: درمان نزد کسی که ادعا می‌کند دستورالعمل پزشکی را برای مریض از غیب می‌گیرد، هر چند مشکوک الحال باشد چگونه است؟ پاسخ: «اعمال و اقوال مومن معمول بر صحت است تا آنکه بدانیم صحیح نیست و عمل به قول او اگر خلاف شرع نیست، جایز است» (محمدتقی بهجت، استفتائات، ج ۴، (قم: دفتر آیت‌الله بهجت، ۱۴۲۸)، ص ۵۴۷).

۷۰. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱۴، (قم: بنیاد معارف اسلامی، ۱۳۷۷)، ص ۱۶۴؛ شهید اول، الدرر، ج ۲، ص ۱۲۵. برخی در مسئله دعا برای میت مجهول الحال در نماز میت، ظن به ایمان را کافی دانسته، برای خلاف آن علم را لازم می‌دانند (محمدبن حسن فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۳۵۷).

آنها وجود ندارد و اسلام به‌عنوان امری وجودی با اصل عدم نفی می‌شود.^{۷۱} یکی از فقهای معاصر درباره اعتقادات فرد در صورتی که اثر عملی بر آن مترتب باشد و نیز افعال او، معتقد به لزوم حمل آن بر صحت است و حتی بنا بر سیره مسلمین، حکم کردن به اسلام برای کلیه افراد ساکن در سرزمین اسلامی را که خود مدعی اسلام نبوده و در مسلمانی آنها نیز تردید وجود دارد، بعید نمی‌داند تا آنکه خلاف آن به اثبات برسد.^{۷۲} پیداست که این دیدگاه، به قیاس اولویت موجب تسهیل احراز اعتقاد به اسلام درباره «مدعیان» آن می‌شود. برخی نیز میان دو حالت شک درباره اعتقاد فرد فرق می‌گذارند؛ در صورتی که او به هر طریقی اظهار اعتقاد کند، معتقد به حجیت آن هستند، خواه آن اظهارات به نفع او باشد یا علیه او. اما در صورتی که او هیچ اظهاری نکند یا غایب باشد یا فوت شده باشد، بر آن‌اند که «هرگاه دانسته شود یا با حجت شرعی ثابت شود که فردی منتسب به اسلام است، ظاهر آن است که چنین چیزی حمل بر صحت می‌شود و سیره مسلمانان نیز بر صحت اعتقاد کسی است که ادعا و اظهار اسلام می‌کند تا خلاف آن دانسته شود»^{۷۳}.

به‌علاوه آیه ۹۴ سوره نساء می‌فرماید: «به کسی که نزد شما اظهار اسلام می‌کند، مگوئید تو مؤمن نیستی تا بدین بهانه، متاع زندگی دنیا را بجوئید». این آیه نیز می‌تواند به‌عنوان مستند قاعده «جواز اعتماد به افراد در اموری که جز از راه اظهار خود آنها روشن نمی‌شود» مطرح گردد^{۷۴} که یکی از فروعات قاعده صحت است.^{۷۵} باید توجه داشت اصولاً

۷۱. میر عبدالفتاح مراغی، پیشین، ج ۲، ص ۷۳۳؛ برخی فقها از قاعده مقتضی و مانع استفاده کرده و اقرار به شهادتین را مقتضی تدین به شریعت در مقام عمل دانسته‌اند و مسلم را در مقام خروج از عهده تکالیف فرض کرده‌اند تا مانعی او را از آن عمل بازدارد که به احتمال تحقق آن اعتنا نمی‌شود. اما بعضی در مقتضی خدشه کرده، آن را خوف از مواخذه‌ای دانسته‌اند که بر مخالفت مترتب می‌شود (رضا همدانی، *مصباح الفقیه*، ج ۲، (بی‌جا: مکتبه الصدر، بی‌تا)، صص ۶۷۱ و ۶۷۲).

۷۲. ناصر مکارم شیرازی، پیشین، ج ۱، ص ۱۵۵.

۷۳. سید محمدحسن بجنوردی، پیشین، ج ۱، ص ۳۱۱. البته باید توجه داشت که هیچ‌گاه نمی‌توان با اصل صحت، صدق و مطابقت اعتقاد یا استنباط با واقع را کشف کرد؛ اما در این مورد که با امور ظاهری و اعتباری مواجه هستیم، جریان اصل صحت فاقد اشکال است.

۷۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳)، ص ۳۰۸۸. اسلام تنها با ظاهر دانسته می‌شود و امور قلبی به خداوند واگذار شده است (سید محمدحسین طباطبایی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱). در خصوص ممنوعیت تفتیش عقیده در مورد اعتقاد به اسلام نیز به همین آیه استناد شده که دارای شأن نزولی مرتبط است. به این ترتیب، اظهار شهادتین کفایت می‌کند و باید حمل بر صحت کرد. ر.ک. مرتضی مطهری، *مجموعه آثار*، ج ۱۵، (تهران: صدرا، ۱۳۸۸)، ص ۹۸۲؛ محمد ثقفی تهرانی، *تفسیر روان جاوید*، ج ۲، (تهران: برهان، ۱۳۹۸)، ص ۱۰۳.

۷۵. بعضی از فقها مستند به همین آیه، معتقدند اصل بر اسلام است و هر که اظهار اسلام نماید، مادامی که دلیل شرعی معتبری بر کفر آن نباشد، امکان حکم به کفر وجود ندارد. همچنین بر مؤمن لازم است که در صورت برخورد با قول یا فعل منکر از جانب

اموری نظیر اعتقاد و التزام اشخاص^{۷۶} قابل کشف نیست و در صورت پافشاری بر احراز آن، طبعاً باب تجسس و تفتیش گشوده می‌شود؛ امری که شرعاً حرام و به موجب اصل ۲۳ قانون اساسی ممنوع است.

البته برخی معتقدند نمی‌توان تسلیم هر ادعایی مبنی بر صداقت و درستی شد و تحقیق از شایستگی قانونی فرد که مورد ادعای اوست، تفتیش عقیده نیست و فرد بابت عقیده‌ای خاص مورد تعرض و مؤاخذه قرار نگرفته است^{۷۷}، اما محروم کردن فرد از حق انتخاب شدن به واسطه عقیده که از امور قلبی است، نوعی تعرض به او محسوب می‌شود و چون این محرومیت یکی از انواع مجازات تبعی است، لفظ مؤاخذه هم بر آن صدق می‌کند.

باری شرایط داوطلبان انتخابات از عناوین قصدی محسوب نمی‌شود. حتی اگر برخی از شرایط داوطلبان از عناوین قصدی تلقی گردد و به این دلیل گفته شود که صحت در آن جاری نیست^{۷۸}، اما به استناد ثبت نام و ادعای وجود شرایط، قصد لازم برای این نوع شرایط محقق شده است. همچنین مجرای اصل صحت، شک بعد از انجام عمل و یا در حین انجام عمل است و در صورت تردید نسبت به انجام عمل یا پیش از آن جاری نمی‌شود^{۷۹}. برخی بر این اساس و در جهت نفی کاربرد اصل صحت در فرایند احراز صلاحیت‌ها به دلیل عدم تطابق زمانی، اصل صحت را مربوط به پس از انجام عمل و فرایند احراز صلاحیت‌ها را مربوط به پیش از انجام عمل در مقام نمایندگی می‌دانند^{۸۰}.

اما باید توجه داشت که شرایط و صلاحیت‌های مذکور در قوانین انتخاباتی، بر اساس اعمال تحقق یافته، احراز می‌گردد و نه اعمالی که در آینده و در کسوت نمایندگی انجام

دیگری، آن را بر صحت حمل نماید. ر.ک. نراقی، احمد، *رسائل و مسائل*، ج ۲، (قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲)، صص ۳۳۵-۳۳۵.

۷۶. دیوان عدالت اداری تصمیم هیئت مرکزی گزینش مبنی بر عدم التزام عملی به احکام اسلام به دلیل حجاب را رد کرد و میان ضعف حجاب و عدم حجاب تفکیک قائل شد. بر اساس نظر دیوان، التزام ریشه در اعتقادات درونی و جلوه بیرونی آن دارد (رای شعبه ۲۲، ش دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۴۷۸، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۳، ص ۳۲۱).

۷۷. غلامحسین الهام، یادداشت نمایندگی مجلس؛ اصل برائت یا احراز صلاحیت؟ (مبانی حقوقی احراز صلاحیت نامزدی نمایندگی مجلس شورای اسلامی)، روزنامه کیهان، ش ۱۷۴۷، ۱۳۸۱/۰۶/۱۷.

۷۸. سید محمدحسن بجنوردی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۱.

۷۹. ضیاءالدین عراقی، پیشین، ج ۴، قسم ۲، ص ۸۱؛ سید محمدحسن بجنوردی، پیشین، ج ۱، ص ۲۹۱.

۸۰. سید احمد مرتضایی، «پاسخ به شبهات نظارت استصوابی با رویکرد فقهی»، حکومت اسلامی، ش ۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۴۶.

خواهد گرفت و امکان تشخیص آنها منتفی است. به عبارت دیگر، نظارت پیشینی در خصوص اعمال و رفتار آینده منتخبان امکان‌پذیر نیست، بلکه مقام ناظر، صرفاً می‌تواند بر اساس سوابق و اعمال و رفتار گذشته فرد، صلاحیت در خصوص اعتقاد و التزام او به اسلام و نظام و قانون اساسی را بررسی کند. در نتیجه با فرض پذیرش شرایط لازم برای داوطلبان انتخابات و چشم‌پوشی از اشکالاتی که در مورد این شرایط قابل طرح است، اصل صحت بی‌هیچ اشکالی در فرآیند احراز صلاحیت‌ها جاری خواهد بود.

البته با اصل صحت نمی‌توان عدالت را اثبات کرد^{۸۱}، اما برای التزام عملی به اسلام می‌توان از احراز عدالت چشم‌پوشید و به صرف عدم فسق بسنده نمود^{۸۲}. معمولاً تردید در خصوص برخی فعل‌ها و ترک فعل‌های صورت‌گرفته از سوی داوطلبان موجب رد صلاحیت آنها می‌شود، اما با اصل صحت می‌توان رفتارهای شخص را صحیح دانست و او را پایبند به اسلام تلقی کرد؛ به‌ویژه آنکه فرد داوطلب با ثبت نام خود مدعی اعتقاد و التزام است و هر شخص نسبت به این امور در خصوص خویش آگاه‌تر می‌باشد. پس، حمل قول و فعل فرد بر غیر صحیح نیازمند دلیل موجه است. حتی فراتر از افعال که اصل آن نیاز به تحقق دارد، باید مطابق ظاهر حال مسلم و بدون آگاهی از تحقق اصل فعل، حکم کنیم که فرد وظایف شرعی خویش را انجام داده است^{۸۳}.

ممکن است گفته شود بر اساس برخی روایات^{۸۴}، حُسن ظن مختص عصری است که عدل، صلاح و نیکی بر زمانه و احوال اغلب مردم حاکم باشد، اما در زمانی که فساد و جور بر رفتار و اعمال مردم و حکام غلبه یابد، اصل بر سوء ظن خواهد بود^{۸۵}. باید توجه داشت که این روایات بر فرض صدور و با چشم‌پوشی از سند آن، دلالتی بر

۸۱. سیدتقی طباطبایی قمی، *الغایه التصوی (المضاربه)*، (قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳)، ص ۶۴.

۸۲. رحیم نوبهار و علی ولایی، «واکوی معیارهای فقهی در ارزیابی صلاحیت نامزدهای انتخابات در جمهوری اسلامی ایران»، *پژوهش‌های حقوق عمومی*، ش ۷۳ (۱۴۰۰)، صص ۱۵۳-۱۸۱.

۸۳. ناصر مکارم شیرازی، درس خارج فقه حج، ۱۳۸۸/۲/۱۴.

۸۴. در حکمت ۱۱۴ نهج‌البلاغه از حضرت علی (ع) نقل شده است: «إِذَا اسْتَوَى الصَّلَاحُ عَلَى الزَّمَانِ وَ أَهْلِهِ ثُمَّ أَسَاءَ رَجُلٌ الظَّنَّ بِرَجُلٍ لَمْ تَطْهَرْ مِنْهُ خِزْيَةٌ فَقَدْ ظَلَمَ، إِذَا اسْتَوَى الفَسَادُ عَلَى الزَّمَانِ وَ أَهْلِهِ فَأَحْسَنَ رَجُلٌ الظَّنَّ بِرَجُلٍ فَقَدْ غَرَّ». همچنین امام هادی (ع) می‌فرماید: «إِذَا كَانَ زَمَانُ العَدْلِ فِيهِ أَغْلَبُ مِنَ الجَوْرِ فَحَرَامٌ أَنْ تَظُنَّ بِأَخِي سَوْءًا حَتَّى يُعْلَمَ ذَلِكَ مِنْهُ وَ إِذَا كَانَ زَمَانُ الجَوْرِ فِيهِ أَغْلَبُ مِنَ العَدْلِ فَلَيْسَ لِأَخِي أَنْ يُظَنَّ بِأَخِي خَيْرًا حَتَّى يُبَدَّوْكَ ذَلِكَ مِنْهُ». (محمدباقر مجلسی، *بحارالانوار*، ج ۷۲، (بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳)، ص ۱۹۸).

۸۵. احمد نراقی، *عوائد الایام*، (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷)، ص ۲۳۱.



جواز سوء ظن ندارد، بلکه ناظر به احتیاط و احساس خطر در حسن ظن است و تعارضی با انبوه روایات نقل شده در مورد حرمت سوء ظن نخواهد داشت.^{۸۶} امر به سوء ظن با نهی از حسن ظن در شرایط ویژه متفاوت است. ادله اصل صحت تکلیفی نیز بر حرمت سوء ظن (در مقابل حسن ظن به معنای عام) دلالت دارد، ولی حسن ظن به معنای خاص مستحب است که با این روایات در شرایط فساد، الزام آن برداشته می‌شود؛ زیرا نهی در مقام توهّم و جوب، دلالت بر حرمت ندارد. در نتیجه با اصل صحت تکلیفی هیچ تعارضی وجود ندارد.^{۸۷}

برخی نیز این روایات را ناظر به سرزمین غیر شیعیان یا سرزمینی دانسته‌اند که اکثر مردم آن مشهور به فسق باشند.^{۸۸} بعضی هم آن را به احتیاط در امور معاملی به منظور جلوگیری از فریب و زیان، حمل کرده‌اند.^{۸۹} همچنین می‌توان روایات مورد بحث را چنین تفسیر کرد که وقتی عدل بر فرهنگ جامعه و نظام سیاسی حاکم باشد، نباید افراد را در معرض تهمت قرار داد؛ چراکه افراد فاسد و مجرم از سوی نظام قضایی عادل به جزای کار خود رسیده‌اند. اما اگر جور بر زمانه حاکم باشد، به نظام قضایی و سایر افراد نمی‌توان حسن ظن داشت، زیرا اکثر افراد فاسدند. چنین تفسیری با سیاق و زمان صدور روایات و رویکرد ائمه شیعه که در مقابل حکومت‌های دوران خود قرار داشتند نیز سازگارتر است. به عبارت دیگر، این دسته روایات در مقام تعیین نوع نگاه مردم به یکدیگر و حکومت است، نه آنکه نوع نگرش حکومت به عنوان قدرت فراتر نسبت به مردم را مشخص کنند. علاوه بر آن، حسن و سوء ظن از امور جوانحی محسوب می‌شوند که به مرحله اعمال خارجی و ترتیب اثر بیرونی نمی‌رسند؛ مگر اینکه نشانه‌ها و آثاری در آنها باشد که مستلزم عنوان محرمی مانند تنقیص، تحقیر و هتک عرض باشد که در این صورت طبعاً مشمول ادله حرمت می‌شود.^{۹۰}

۸۶. در برخی روایات به حرمت سوء ظن در کنار حرمت خون و مال مؤمن اشاره شده است. ر.ک. محمدباقر مجلسی، پیشین، ص ۲۰۱.

۸۷. علیرضا اعرافی، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۸/۱/۲۱.

۸۸. محمدباقر مجلسی، پیشین، ج ۸۵، ص ۹۲.

۸۹. حسینعلی منتظری، درس‌هایی از نهج البلاغه، ج ۱۴، (قم: سرایی، ۱۳۹۷)، ص ۳۴۰.

۹۰. علیرضا اعرافی، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۷/۱۲/۲۲.

۳. اماره قانونی صحت و شرایط ذهنی و کیفی انتخاب‌شوندگان

محرومیت از حق انتخاب شدن، سلب یکی از حقوق اجتماعی است. حتی برابر مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مجازات اسلامی، محرومیت موقت از آن مجازات تبعی محسوب می‌شود. از این رو، محرومیت از انتخاب شدن در قوانین انتخاباتی مشروط به شرایطی شده تا مستند و مستدل باشد. به موجب تبصره ماده ۵۰ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی: «رد صلاحیت داوطلبان نمایندگی مجلس شورای اسلامی باید مستند به قانون و بر اساس مدارک و اسناد معتبر باشد». مفهوم مخالف این ماده حاکی از بی‌ارزش بودن رد صلاحیت بدون مدرک معتبر و استناد به قانون است و چنین حقی برای نهاد مسئول وجود ندارد.^{۹۱} ماده واحده قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبان رد صلاحیت‌شده در انتخابات مختلف مصوب ۲۲ آبان ۱۳۷۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام^{۹۲} و تبصره ۲ ماده ۲۷ آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۲۱ آذر ۱۳۷۸ هیئت وزیران^{۹۳} نیز به همین موضوع اشاره دارد. همچنین تبصره ۳ ماده ۲۷ بر مستند بودن رد صلاحیت در مورد شرط اعتقاد و التزام عملی به اسلام و نظام تأکید می‌کند، زیرا احتمال تضییع حقوق داوطلبان درباره آنها بیشتر است. تبصره ۴ ماده ۲۷ (اصلاحی ۱۳۸۲/۱۰/۳) نیز طریق بررسی بعضی شرایط ذهنی غیرقابل احراز از قبیل وفاداری به قانون اساسی و اصل ولایت فقیه را تسهیل می‌کند و اظهار، اعلام یا هر طریق دیگری را که به صورت مستند از

۹۱. برخلاف ماده قانونی فوق که مبتنی بر اصل صحت است، ماده ۱۸ آیین‌نامه بررسی صلاحیت مصوب هیأت مرکزی نظارت بر انتخابات، وجود دلیل قانع‌کننده برای تأیید صلاحیت را ضروری دانسته، در نتیجه، فقدان آن موجب رد صلاحیت می‌گردد. رک. حسین مهرپور، وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی (مجموعه مکاتبات و نظریات حقوقی هیأت پیگیری و نظارت بر اجرای قانونی اساسی)، صص ۶۵۸-۶۶۰.

۹۲. «به موجب این قانون کلیه مراجع رسیدگی‌کننده صلاحیت داوطلبان در انتخابات مختلف (به استثنای انتخابات خبرگان رهبری که مطابق اصل ۱۰۸ قانون اساسی خواهد بود) موظفند صرفاً بر اساس مواد قانونی و بر اساس دلایل و مدارک معتبر که توسط مراکز مسئول قانونی به مراجع اجرایی و نظارتی ارسال شده است، به بررسی صلاحیت داوطلبان بپردازند و چنانچه صلاحیت داوطلبی را رد کردند باید علت رد صلاحیت را به شرح زیر با ذکر مواد قانونی مورد استناد و دلایل مربوط به داوطلب ابلاغ نمایند...».

۹۳. «چنانچه هیأت اجرایی بعضی از داوطلبان را بر اساس نتایج به دست آمده از بررسی‌های لازم در محل و با استفاده از نتایج اعلام شده توسط وزارت کشور و با رعایت شرایط مقرر در مواد ۲۸، ۲۹ و ۳۰ قانون واجد صلاحیت نداند و در نتیجه صلاحیت آنان را رد کند، موظف است مراتب را با ذکر اسناد و مدارک مذکور و اشاره به مواد قانونی و بندها و تبصره‌های آنها در صورتجلسه درج نماید.».

سوی داوطلب ابراز شده باشد، کافی می‌داند. بند ۱۱-۲ سیاست‌های کلی انتخابات (ابلاغی ۱۳۹۵/۷/۲۴) هم به پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل رد صلاحیت داوطلبان اشاره کرده است.

از مجموع مواد یادشده می‌توان نتیجه گرفت که در صورتی تکلیف به رد صلاحیت مستند و مستدل، منطقی خواهد بود که اصلی اولی وجود داشته باشد و چون ادعای عدم صلاحیت خلاف اصل است، نهاد مسئول برای قول خلاف اصل باید دلیل بیاورد. همانند این استدلال برای مبانی حقوقی اصل برائت هم صورت‌بندی می‌شود؛ بدین شکل که لزوم مستند، مستدل و موجه بودن حکم دادگاه کیفری نشان‌دهنده خلاف اصل بودن آن است و فرض برائت مانع پذیرش اتهام بدون دلیل است.^{۹۴} شایان توجه است که از نظر برخی، منظور حقوق دانان از اصل یا فرض برائت (اصل ۳۷ قانون اساسی) که در این گونه موارد جاری می‌کنند، همین اصل صحت است، نه اصل برائت موضوع بحث دانشمندان اصولی.^{۹۵} بنابراین، آنچه را که در مواد یادشده درباره لزوم مستند و مستدل بودن رد صلاحیت داوطلبان - که بیانگر اصل اولی در خصوص صلاحیت است - آمد، به «اماره صحت» تعبیر می‌کنیم. امارات قانونی در حقوق ما در متنی احصا نشده و دست رویه قضایی برای کشف اماره‌های پنهان باز است. در مصادیق مورد اتفاق نیز مانند اماره مالکیت (ماده ۳۵ قانون مدنی) یا اماره فراش (ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی) خود این مواد تصریحی ندارد، بلکه ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی که اماره قانونی را توضیح داده، با استقرای ناقص مثال‌هایی از جمله این دو مورد را ذکر کرده و امکان وجود اماراتی غیر از مثال‌های ذکرشده را هم مطرح نموده است. در حقیقت، اماره برای مواردی قرار داده شده که همچون موضوع بحث ما، یعنی شرایط ذهنی و کیفی انتخاب‌شونده، اثبات آن مشکل و اثبات خلاف آن نیازمند دلیل است. در نتیجه، با توجه به اماره صحت و لزوم تفسیر مضیق، فقط ظنون در راستای وجود

۹۴. ناصر کاتوزیان، *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۲، (تهران: میزان، ۱۳۹۵)، ص ۲۳۵.

۹۵. ابوالقاسم گرچی، «اصل صحت عمل غیر»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۱۱۳۶ و ۱۳۷۱، ص ۹۳؛ حسین قافی و سعید شریعتی، *اصول فقه کاربردی*، ج ۳، (قم: سمت، ۱۳۹۲)، ص ۲۱۹. لازم به ذکر است که می‌توان از اصل برائت یادشده در قانون اساسی، به «فرض برائت» تعبیر کرد و آن را از اصل برائت حکمی که در اصول فقه مورد بحث قرار می‌گیرد، تفکیک نمود. رک. رحیم نوبهار، «فرض برائت: چشم‌اندازی اسلامی»، *در مردی از تبار خرد و فصیلت* (تهران: فرهنگستان جمهوری اسلامی، ۱۳۹۵)، ص ۳۴۶.

صلاحیت می‌بایست پذیرفته شود، وگرنه برای رد صلاحیت که خلاف اماره قانونی و تفسیر مضیق است، علم یا ظن نزدیک به علم لازم است.^{۹۶}

۴. پیامدهای کاربست موسع اصل صحت در احراز شرایط گوناگون

از طریق به‌کارگیری اماره و اصل صحت، می‌توان احراز شرایط کیفی، ذهنی و مبهم را تسهیل نمود. شرایطی چون رجل سیاسی- مذهبی، حسن سابقه و امانت و تقوا، ایمان و اعتقاد به مبانی نظام جمهوری اسلامی و مذهب رسمی کشور (ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری)، اعتقاد و التزام عملی به اسلام و نظام جمهوری اسلامی یا ثبات عقیده برای اقلیت‌های دینی، ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل ولایت مطلقه فقیه، اعتقاد به نظام جمهوری اسلامی، اشتها به دیانت و وثوق و شایستگی اخلاقی و عدم موانعی مانند دخالت در تحکیم رژیم سابق یا وابستگی به آن و اشتها به فساد و تجاهر به فسق (مواد ۲۸ و ۳۰ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی)، سوابق سوء سیاسی و اجتماعی (ماده ۳ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری)، به‌وسیله اصل صحت تکلیفی و اماره قانونی صحت و تفسیر مضیق از قوانین محدودکننده حق‌ها و آزادی‌ها ساده‌تر قابل احراز است. بدین‌سان با تضمین حقوق انتخاب‌شوندگان، نهاد ناظر نیز برای احراز شرایط با مشکلات کمتری مواجه خواهد شد.

شایان توجه است که لزوم تفسیر مضیق معمولاً در موارد خلاف اصل یا قوانین حمایتی مطرح می‌شود.^{۹۷} از این رو، مواد قانونی ناظر به اماره صحت، در راستای حمایت از داوطلبان

۹۶. مواد ۹۸ و ۱۰۳ لایحه جامع قانون انتخابات که در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۳ به تصویب هیئت وزیران رسید و در ۱۳۹۷/۱۲/۱۲ در مجلس اعلام وصول شد، حاکی از پذیرش اصل صحت است. این در حالی است که شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ و نیز در تاریخ ۱۴۰۰/۰۲/۱۱ بر اساس جزء ۵ بند ۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات که «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری» را برعهده شورا قرار داده بود، معیارهایی را تصویب و در آن تصریح کرد که ارائه مدارک جهت اثبات و احراز تمامی شرایط وظیفه داوطلبان است. به این ترتیب، اصل صحت مورد قبول قرار نمی‌گیرد و بار اثبات در مورد هر نوع شرایطی برعهده داوطلبان قرار گرفته است. همچنین در طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی که در دی ۱۴۰۱ اعلام وصول شد، احراز شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان تفکیک گردید؛ اولی مبتنی بر ادله و مدارک عینی و قانونی، دومی بر اساس احراز متعارف و نوعی با بررسی ادله و قراین علم‌آور و اطمینان‌آور. گرچه در احراز شرایط اختصاصی یادشده در آن طرح، اصل صحت کاربرد مهمی خواهد داشت، اما همچنان مورد غفلت واقع شده و ذکری از آن به‌میان نیامده است.

۹۷. از جمله شرایط نمایندگی مجلس در فرانسه، معافیت دائم یا انجام دادن خدمت نظام وظیفه است؛ درحالی که برای ریاست جمهوری در این کشور قانونمند بودن وضعیت نظام وظیفه کافی است. شورای قانون اساسی فرانسه قیاس اولویت را در این مورد



انتخابات به‌عنوان طرف ضعیف‌تر نسبت به صاحبان قدرت و سلطه (دولت به معنای اعم) قابل تحلیل است؛ امری که به‌نوبه خود، تفسیر مضیق و به نفع طرف ضعیف‌تر را در راستای ایجاد موازنه ضروری می‌گرداند؛ همچنان که در محیط حقوق گاه از «اصل حمایت از حق در مقابل قدرت» سخن گفته می‌شود.^{۹۸}

علاوه بر انتخابات‌های ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری که موادی از قوانین آن بیان شد، در انتخاباتی چون شورای اسلامی شهر^{۹۹}، هیئت مدیره کانون وکلا^{۱۰۰}، هیئت مدیره سازمان‌های نظام مهندسی^{۱۰۱}، هیئت مدیره نظام صنفی رایانه‌ای^{۱۰۲}، هیئت مدیره کانون تشکیلات حرفه‌ای کاردان‌های فنی^{۱۰۳}، شورای مرکزی سازمان نظام پزشکی^{۱۰۴}، شورای عالی نظام پرستاری^{۱۰۵} و مواردی چون متقاضیان تأسیس حزب^{۱۰۶}، داوطلبان پروانه وکالت^{۱۰۷}، داوطلبان پروانه تأسیس دفتر خدمات مسافرت هوایی یا جهانگردی^{۱۰۸}، استخدام‌های رسمی و پیمانی و...^{۱۰۹}، هم شرایط ذهنی و مبهمی چون

نپذیرفت و در سال ۱۹۶۹ که آلن کریوین (Alain Krivine) در حال انجام خدمت نظام وظیفه برای داوطلبی ریاست جمهوری پذیرفته شد، در پاسخ به اعتراض دوکاتل (Ducatel)، دیگر کاندیدای انتخابات، اعلام کرد: «هرگونه محدودیت راجع به اعمال حقوق سیاسی باید به صورت مضیق تفسیر شود.» رویه شورای قانون اساسی به عنوان قاضی انتخابات ملی و شورای دولتی به عنوان قاضی انتخابات محلی مؤید همین امر است. شورای قانون اساسی فرانسه در تصمیم مورخ ۱۱ می ۱۹۶۷ اعلام کرد: «هر مورد انتخاب‌ناپذیری که اثر آن خدشه‌دار شدن آزادی داوطلبی است، باید به صورت مضیق تفسیر شود.» ر.ک. جواد تقی‌زاده، «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی با نگاهی به حقوق فرانسه»، پژوهش‌های

حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۸۸)، صص ۷۹ و ۸۰.

۹۸. ناصر کاتوزیان، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۶ (۱۳۸۳)، ص ۳۳۴.

۹۹. ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵.

۱۰۰. ماده ۴ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶.

۱۰۱. ماده ۱۱ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴.

۱۰۲. ماده ۴۰ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب هیئت وزیران.

۱۰۳. ماده ۲۰ آیین‌نامه تشکیلات حرفه‌ای کاردان‌های فنی مصوب هیئت وزیران.

۱۰۴. ماده ۲۲ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۹.

۱۰۵. ماده ۲۲ قانون سازمان نظام پرستاری مصوب ۱۳۸۰.

۱۰۶. ماده ۴ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۴.

۱۰۷. ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶.

۱۰۸. ماده ۵ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر تأسیس و فعالیت دفترهای خدمات مسافرت هوایی و جهانگردی مصوب هیئت وزیران.

۱۰۹. برای نمونه، ماده ۸ قانون استخدامی وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۷۴، ماده ۱۶ قانون استخدام نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲ و ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی ایجاد دفاتر خدمات الکترونیک قضایی و کانون آنها مصوب رئیس قوه قضاییه در خصوص مدیر و کارمندان دفتر، کارشناس حقوقی و کارشناس فناوری اطلاعات.

اعتقاد و التزام به اسلام و قانون اساسی دیده می‌شود. حتی در ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری و همچنین قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب ۱۴ شهریور ۱۳۷۴ که به موجب ماده واحده مصوب ۹ اردیبهشت ۱۳۷۵ به کلیه کارکنان سایر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی تسری پیدا کرده، شرایطی همچون اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه و ابراز وفاداری به جمهوری اسلامی ایران بیان شده است. بنابر آنچه گذشت، اصل صحت تکلیفی و اماره قانونی صحت در جهت تسهیل احراز شرایط یادشده و جلوگیری از تضییع حقوق منتخبان و متقاضیان در این موارد نیز کاربرد خواهد داشت و توسعه این اصل به صیانت از حقوق مردم کمک می‌کند.

نتیجه

حق انتخاب در شمار حق‌های مطلق نیست، ولی تحدید آن نیز خلاف اصل است و می‌بایست به قدر متیقن در موارد تردید بسنده نمود. پس در نگاه اول، شرایط لازم برای نامزدهای تصدی مناصب عمومی می‌بایست حداقلی و غیرانتزاعی باشد. فلسفه رأی‌گیری نیز مبتنی بر غیرقابل احراز بودن شرایط ذهنی و کیفی لازم برای انتخاب‌شونده است و بر این اساس، أخذ نظر مردم الزامی می‌شود. اما با فرض حفظ قوانین موجود که حاوی چنین شرایطی است و با لحاظ مبانی و قواعد فقهی معتبر، امکان ارائه تفسیری که چالش‌های جاری انتخابات را کاهش دهد، وجود دارد؛ اگرچه شورای نگهبان رویکرد دیگری را برگزیده است. به این ترتیب، فرض و اصلی اولی به‌عنوان شاخصی برای تفسیر قوانین معرفی شد که در ایجاد انتخابات آزاد، منصفانه و رقابتی مؤثر خواهد بود؛ همچنان که معمولاً در اموری که احراز آن دشوار است، فرض بر وجود قرار داده می‌شود تا خلاف آن اثبات شود.

توجه به اصل صحت تکلیفی و اماره قانونی صحت در خصوص شرایط کیفی و ذهنی که معیار مشخصی برای سنجش ندارند، همانند اعتقاد و التزام به اسلام و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی، باعث گسترش و تضمین حقوق و آزادی‌های انتخاباتی می‌شود. بنابراین، برخلاف رویکردی که اصل را بر فقدان شرایط در داوطلبان قرار داده و به دنبال احراز عدالت شرعی است، می‌توان اصل را بر انتخاب‌پذیری داوطلبان انتخابات دانست؛ مگر آنکه سلب یا محدودیت این حق با دلایل و مدارک متقن، موجه باشد. تفسیر مضیق از موانع

انتخاب‌پذیری به حفظ این حق اولیه و خدادادی کمک می‌کند و موجب حمایت از شهروندان به‌عنوان طرف ضعیف‌تر در برابر صاحبان قدرت و اتهام‌های آنها می‌شود و وظیفه نظارت تضمینی را محقق می‌سازد. کاربرد اصل صحت تکلیفی در جریان بررسی صلاحیت و نیز فقهی (نه صرفاً اخلاقی)، الزامی و واجد اثر دانستن آن در کنار استفاده از اماره قانونی صحت که توجیه رد صلاحیت را به‌عنوان امری خلاف اصل لازم می‌گرداند، موجب تغییر برداشت از شرایط ذهنی و کیفی انتخاب‌شوندگان خواهد شد و تفسیری متفاوت از قوانین انتخاباتی موجود ارائه می‌نماید.

به عبارت دیگر، اصل صحت مقتضای فطرت و طبیعت بشر تلقی می‌گردد و حاکی از ایمان اسلام به تک‌تک انسان‌ها و منزله دانستن آنها از خطا به حکم برائت اصلی است. از این رو، برای حفظ نظام اجتماعی، افعال و اقوال دیگران بر صحت، جواز و مشروعیت حمل می‌شود. برای احراز اعتقاد، التزام و پایبندی به دین اسلام نیازی به عصمت یا عدالت نیست، بلکه عدم اشتهار آنها به فسق و ارتکاب حرام کفایت می‌کند و این نیز با اصول صحت و عدم فسق قابل دستیابی است؛ به‌ویژه آنکه هر فرد نسبت به امور مربوط به خویش آگاه‌تر است و به همین دلیل، قول مدعی در صورت فقدان شواهد مخالف پذیرفته می‌شود. در نتیجه، می‌بایست به ادعای افراد در خصوص امور پنهان از قبیل اعتقاد و التزام اعتماد کرد؛ همچنان‌که از دیرباز، فقیهان در این دست از امور همین‌گونه فتوا داده‌اند. به‌طور کلی، اتخاذ نگرشی مبتنی بر اعتماد و حسن ظن و حمل بر صحت به‌جای پذیرش اصل انحراف و فساد در قبال شهروندان، موجب تقویت مردم‌سالاری مشارکتی و بهره‌گیری از سرمایه اجتماعی نیز می‌گردد. بی‌گمان، تمسک به شاخص‌هایی چون صحت و برائت، مقدمه‌ای برای برگزاری انتخابات آزاد، رقابتی و منصفانه خواهد بود. تنها در این صورت است که می‌توان از پدیده‌ای به نام مردم‌سالاری دینی سخن گفت و از آن دفاع کرد. به‌علاوه، بدون کاربرست دقیق ضوابط شرعی و حقوقی، تحدید و تضییق‌های بی‌مورد مصداق تعرض به حق الناس است. این همه نشان می‌دهد که اگر اراده سیاسی برای برگزاری انتخابات رقابتی وجود داشته باشد مبانی فقهی در این زمینه مانع نیستند؛ برعکس آنها می‌توانند بسی گره‌گشا باشند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. ایوبی، حجت‌الله، *پیدایی و پایایی احزاب سیاسی در غرب*، (تهران: سروش، ۱۳۸۲).
۲. بهجت، محمدتقی، *استفتانات*، ج ۴، (قم: دفتر آیت‌الله بهجت، ۱۴۲۸).
۳. ثقفی تهرانی، محمد، *تفسیر روان جاوید*، ج ۲، (تهران: برهان، ۱۳۹۸).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۴، (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳).
۵. خسروی، حسن، *حقوق انتخابات دموکراتیک*، (تهران: مجد، ۱۳۹۵).
۶. سروش محلاتی، محمد، *تأملات سیاسی علامه طباطبایی*.
۷. شبیری زنجانی، سید موسی، *کتاب نکاح*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، ۱۴۱۹).
۸. شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ج ۱۴، (قم: بنیاد معارف اسلامی، ۱۳۷۷).
۹. علینقی، امیرحسین، *نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان*، (تهران: نی، ۱۳۷۸).
۱۰. فنایی، ابوالقاسم، *دین در ترازوی اخلاق*، (تهران: صراط، چ ۵، ۱۴۰۰).
۱۱. قافی، حسین و شریعتی، سعید، *اصول فقه کاربردی*، ج ۳، (قم: سمت، ۱۳۹۲).
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، ج ۲، (تهران: میزان، ۱۳۹۵).
۱۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، ج ۱، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶).
۱۴. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، ج ۱۵، (تهران: صدرا، ۱۳۸۸).
۱۵. ملکیان، مصطفی، *ایمان و تعقل* (درس گفتارهای فلسفه دین)، (قم: دانشگاه ادیان و مذاهب، ۱۳۸۸).
۱۶. منتظری، حسینعلی، *درس‌هایی از نهج‌البلاغه*، ج ۱۴، (قم: سرایی، ۱۳۹۷).
۱۷. موسی‌زاده، ابراهیم، *دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران* (اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان)، زیر نظر غلامحسین الهام، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰).
۱۸. نراقی، احمد، *رسائل و مسائل*، (قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، ۱۴۲۲).
۱۹. نوبهار، رحیم، *اصول فقه* (مباحث الفاظ و قواعد تفسیر متن)، (تهران: میزان، ۱۳۹۹).

۲۰. ولایی، عیسی، قواعد فقهی، (قم: اندیشه مولانا، ۱۳۹۲).

– مقالات

۲۱. تقی‌زاده، جواد، «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی با نگاهی به حقوق فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۸۸)، صص ۷۰-۹۷.
۲۲. حاجی‌پور، مرتضی، «حسن نیت تکلیفی در فقه امامیه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۷ (۱۳۹۲)، صص ۳۱-۶۸.
۲۳. حبیب‌نژاد، سید احمد، «شرایط انتخاب‌شوندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی تطبیقی»، علوم سیاسی، ش ۵۵ (۱۳۹۰)، صص ۹۹-۱۳۰.
۲۴. شهبازی، خیرالله، «بررسی شرایط انتخاب‌شوندگان در حقوق ایران»، مجلس و پژوهش، ش ۳۸ (۱۳۸۲)، صص ۱۷۵-۱۹۱.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۶ (۱۳۸۳)، صص ۳۲۹-۳۳۹.
۲۶. گرجی، ابوالقاسم، «اصل صحت عمل غیر»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱۱۳۶ (۱۳۷۱)، صص ۹۱-۱۱۶.
۲۷. مرتضایی، سیداحمد، «پاسخ به شبهات نظارت استصوابی با رویکرد فقهی»، حکومت اسلامی، ش ۱ (۱۳۸۹)، صص ۱۳۵-۱۶۰.
۲۸. نوبهار، رحیم، «فرض برائت؛ چشم‌اندازی اسلامی»، در مردی از تبار خرد و فضیلت (مجموعه مقالات بزرگداشت مقام علمی دکتر سید مصطفی محقق داماد)، (تهران: فرهنگستان جمهوری اسلامی، ۱۳۹۵).
۲۹. یآوری، اسدالله، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخاباتی توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، تحقیقات حقوقی، ش ۴ (۱۳۹۶)، صص ۲۱۳-۲۳۷.

(ب) عربی

– کتاب‌ها

۳۰. آملی، هاشم، مجمع الافکار، تقریر محمدعلی اسماعیل‌پور اصفهانی، ج ۴، (قم: المطبعه العلمیه، ۱۳۹۵).

۳۱. اردبیلی، احمدبن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ج ۳، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴).
۳۲. انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، ج ۳، (قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۳۷).
۳۳. خمینی، سید روح الله، *الرسائل*، ج ۱، (قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰).
۳۴. خمینی، سید روح الله، *انوار الهدایه*، ج ۲، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۳).
۳۵. خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۲، (نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۰).
۳۶. خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تقریر محمد سرور بهسودی، ج ۲، (قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۷).
۳۷. روحانی، سید محمد منتقی *الاصول*، تقریر سید عبدالصاحب حکیم، ج ۷، (قم: ناشر دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۱۴۱۳-۱۴۱۶).
۳۸. شیرازی، محمدتقی، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، (قم: منشورات الشریف الرضی، ۱۴۱۲).
۳۹. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی (کتاب الصوم)*، (قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۱۷).
۴۰. طباطبایی، سید محمدحسین، *الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی (کتاب المضاربه)*، (قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۲۳).
۴۱. طباطبایی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۲ (قم: منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، بی تا).
۴۲. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰).
۴۳. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۳، (تهران: ناصر خسرو، ۱۳۷۲).
۴۴. عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، (بیروت: دار احیاء تراث العربی، بی تا).
۴۵. عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الی تنقیح سرائح الاسلام*، ج ۱۴، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳).
۴۶. عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹).

۴۷. عراقی، ضیاء‌الدین، *نهایه الافکار*، تقریر محمدتقی بروجردی، ج ۵، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).
۴۸. فاضل هندی، محمدبن حسن، *کشف اللتام*، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).
۴۹. فیض کاشانی، محسن، *مفاتیح الشرایع*، ج ۲، (قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، بی‌تا).
۵۰. قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج ۴، (تهران: کیهان، ۱۳۷۱).
۵۱. کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء*، ج ۱، (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۸۰).
۵۲. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، (بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳).
۵۳. محقق داماد، سید محمد، *کتاب الحج*، تقریر عبدالله جوادی آملی، ج ۲، (قم: مهر، ۱۴۰۱).
۵۴. مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹).
۵۵. مغنیه، محمدجواد، *اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، (قم: دار الکتاب الاسلامی، ۱۴۱۱).
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، (قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۲۱).
۵۷. مکی عاملی، محمدبن جمال‌الدین (شهید اول)، *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، ج ۲، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴).
۵۸. موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، (قم: الهادی، ۱۴۱۹).
۵۹. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۶، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱).
۶۰. نراقی، احمد، *عوائد الایام*، (قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷).
۶۱. وحید بهبهانی، محمدباقر، *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*، (قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷).
۶۲. وحید بهبهانی، محمدباقر، *مقامع الفضل*، ج ۱، (قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۲۱).
۶۳. همدانی، رضا، *مصباح الفقیه*، ج ۲، (بی‌جا: مکتبه الصدر، بی‌تا).

۶۴. یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، ج ۳، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).
۶۵. یزدی، سید محمد کاظم، *حائیه المکاسب*، ج ۱، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷).

ج) انگلیسی

- Books

66. Miller, David, *Political Philosophy*, (UK: Oxford, 2003).
67. Popper, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, (USA: Princeton, 2013).
68. The OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections*, (Poland, 2013).

- Articles

69. Feldman, Richard, "Principle of Charity", *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 1998.
70. Moran, Sean M., "The Presumption of Correctness: Should the Commissioner Be Required to Carry the Initial Burden of Production", *Fordham Law Review*, Vol. 55, Issue 6 (1987), pp. 1087-1108.

- روزنامه‌ها

۷۱. روزنامه اعتماد، ۱۳۹۲/۱۲/۱۲.
۷۲. روزنامه ایران، ش ۲۶۸۶، ۱۳۸۲/۱۰/۱۳.
۷۳. روزنامه بهار، ش ۹۶، ۱۳۹۲/۱/۲۴.
۷۴. روزنامه کیهان، ش ۱۷۴۷، ۱۳۸۱/۰۶/۱۷.
۷۵. روزنامه کیهان، ش ۱۷۷۹۷، ۱۳۸۲/۱۰/۱۵.
۷۶. اسماعیلی، محسن، نظارت قانونی، روزنامه همشهری، ش ۳۲۷۳، ۱۳۸۲/۱۰/۱۵.

- سایت‌ها

www.shora-gc.ir .۷۷

۷۸. اعرافی، علیرضا، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۸/۱/۲۱.
۷۹. اعرافی، علیرضا، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۷/۱۲/۲۲.
۸۰. اعرافی، علیرضا، درس خارج فقه روابط اجتماعی، ۱۳۹۷/۱۲/۲۲.
۸۱. بهجت، محمدتقی، درس خارج اصول فقه، ۱۳۸۷/۸/۶.
۸۲. شب‌زنده‌دار، مهدی، درس خارج فقه امر به معروف و نهی از منکر، ۱۳۹۵/۱۲/۸.
۸۳. مقتدایی، مرتضی، درس خارج فقه، ۱۳۹۳/۱۰/۱۶.
۸۴. مکارم شیرازی، ناصر، درس خارج فقه حج، ۱۳۸۸/۲/۱۴.
۸۵. مکارم شیرازی، ناصر، درس خارج فقه حج، ۱۳۸۸/۱/۱۵.
۸۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود، درس خارج فقه زکات، ۱۳۹۱/۳/۹.



A Study of the General Theory of Contract Transfer, in New French Law and Its Place in Iranian Law

Mostafa Harati ^{1✉}

1. Ph.D. in Private Law, University of Montpellier, France.

harati.mostafa@yahoo.com

Abstract

Numerous works and principles can be extracted from the concept of contract. The principle of binding implies that the parties implement what they have undertaken. Therefore, the possibility of transferring obligations from one of the contracting parties to another seems contrary to the principle. Therefore, the consent of the other party is a necessary condition. On the other hand, some people believe that the contract has a kind of economic tax and, like other property, it can be transferred. On this basis, jurists use a term called contract transfer, which is common in Iranian and French law, many aspects of which remain unknown. The authors of this article in this research with a descriptive-analytical method, considering the recent amendments to French law, examine the legal nature of contract transfer, try to fill the gaps in Iranian law in this field by providing the necessary proposals and On the other hand, explain the need for effective identification of this legal entity.

Keywords: *Transfer, Contract, Transfer Layer, Transfer Ann, Third Party Transfer.*

Received: 2022/02/15 Received in revised form: 2022/09/01 Accepted: 2022/09/18 Published: 2023/03/27

DOI: 10.22034/LAW.2022.50414.3083

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

بررسی نظریه عمومی انتقال قرارداد در حقوق جدید فرانسه و جایگاه آن در حقوق ایران

مصطفی هراتی[✉]

harati.mostafa@yahoo.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مونپلیه فرانسه.

چکیده

از مفهوم قرارداد می‌توان آثار و اصول متعددی را استخراج کرد. اصل الزام‌آور بودن دلالت بر آن دارد که طرفین آنچه را که برعهده گرفته‌اند به مرحله اجرا درآورند. لذا امکان انتقال تعهدات از جانب یکی از متعاهدین به دیگری برخلاف این اصل جلوه می‌کند؛ بنابراین رضایت طرف دیگر شرط ضروری است. در مقابل، عده‌ای بر این عقیده‌اند که قرارداد اصولاً دارای نوعی مالیت اقتصادی است و همانند سایر اموال از قابلیت نقل و انتقال برخوردار است. بر این مبنا، حقوق دانان اصطلاحی تحت عنوان انتقال قرارداد را که در حقوق ایران و فرانسه مجمل است، مطرح می‌کنند که زوایای بسیاری از آن ناشناخته مانده است. نگارنده این نوشتار در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی در صدد آن است با توجه به اصلاحات اخیر حقوق فرانسه ماهیت حقوقی انتقال قرارداد را بررسی کرده، سعی بر آن دارد تا خلأهای حقوق ایران در این زمینه را با ارائه پیشنهادها لازم مرتفع گرداند و از سوی دیگر ضرورت شناسایی مؤثر این نهاد حقوقی را تبیین کند.

واژگان کلیدی: انتقال، ثالث، قرارداد، منتقل‌الیه، منتقل‌عنه.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۶/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

DOI: 10.22034/LAW.2022.50414.3083

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

از نظر برخی از حقوق دانان، دو نهاد قائم مقامی و انتقال قرارداد گاه با یکدیگر یکسان در نظر گرفته شده‌اند.^۱ هرچند این دو از جهتی مشابه هستند، ولی از نظر برخی دیگر به لحاظ مبنایی متفاوت‌اند.^۲ در تفسیری که از ماده ۲۳۱ قانون مدنی ارائه شده است قائم مقامی که معنای جانشینی را می‌دهد، در واقع همان مفهوم انتقال قرارداد است. قائم مقامی در حقیقت در خصوص اصل نسبی بودن معنا پیدا می‌کند، چراکه قانون اثر یک رابطه حقوقی را محدود به طرفین و سایرین مرتبط همچون وراثت می‌داند، اما انتقال قرارداد اساساً و ماهیتاً بر چگونگی امکان انتقال کلیت عقد دلالت دارد. هرچند ابتدا این مفهوم در حقوق کشورهای دیگر مهبجور مانده بود، لکن به مرور زمان حقوق دانان توجه خود را به آن معطوف داشتند تا جایی که ارائه یک نظریه عمومی از انتقال قراردادی مطرح شد. در حقوق ایران اصطلاح انتقال قرارداد نهادی شناخته شده محسوب نمی‌شود، و با مراجعه به منابع فقهی به این مهم برمی‌خوریم که فقها نهادی مشابه آن را در نظر نگرفته‌اند. در حال حاضر پروسه انتقال قرارداد در قالب مباحث مرتبط با عقود اجاره، قرارداد بیمه و غیره قابل رؤیت است. از نگاه تطبیقی، ابتدا نهاد حقوقی انتقال قرارداد به صورت مجمل از سوی دکترین فرانسه مورد بررسی قرار گرفته و قانون ناپلئونی فرانسه به‌طور فرعی در قالب عقد اجاره به آن اشاره کرده بود، ولی همواره ماهیت حقوقی آن محل مناقشه بوده است؛ چراکه از یک سو روابط تجاری و اقتصادی که روزبه‌روز در حال پیشرفت است، دچار پیچیدگی‌های مضاعفی می‌شود و در این میان از رشته حقوق انتظار می‌رود که ابزارهای جدیدی به‌خصوص در زمینه عقد بیع و انتقال شرکت تجاری پیش‌بینی کند که ضرورت آن بیش‌ازپیش احساس می‌شود. از سوی دیگر، حقوق قراردادهای بر اساس نظریه کلاسیک تدوین یافته و چارچوب و اصول معینی را برای نهادهای حقوقی در نظر گرفته و اصل اولیه آن بر استحکام عقود و عدم امکان انتقال قرارداد تعریف شده است؛ لذا نوعی تعارض منافع در این موضوع دیده می‌شود.

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۳: تعهدات، (تهران: نشر مجد، چ ۷، ۱۳۸۴)، ص ۶۶.

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، (تهران: سهامی انتشار، چ ۶، ۱۳۹۰)، ص ۲۵۷.

همچنین اثر و نتیجه حقوقی ناشی از انتقال قرارداد بر اهمیت آن می‌افزاید. درحقیقت با توجه به رشد اقتصادی شرکت‌ها، عموماً هر شخص حقوقی با مجموعه‌ای از قراردادهای اداره می‌شود و درواقع نوعی ارتباط قراردادی در میان عقود شرکت قابل استنتاج است و در زمانی که آن شخص حقوقی قراردادی را منتقل می‌کند، نوعی انتقال سرمایه نیز صورت می‌گیرد؛ امری که حیات شرکت در گرو آن است.

اساس اختلاف در پذیرش انتقال قرارداد در این موضوع نهفته است که آیا یک قرارداد خود می‌تواند موضوع قرارداد دیگری واقع شود؟ به‌خصوص آنکه در زمینه شرایط صحت و اعتبار عقود تأکید بر آن است که موضوع عقد معین و مشخص باشد و بر اساس نظر برخی از فقها جنبه عینی و ملموس داشته باشد. این درحالی است که قراردادی که پیش‌تر منعقد شده است با توجه به ایجاد و تولید آثار مالی فراوان می‌تواند دارای موجودیت اعتباری مالی باشد، به‌نحوی که عرف اقتصادی نیز بر ارزش اقتصادی آن تأکید دارد. برخی از حقوق‌دانان قائل بر آن هستند که قرارداد می‌تواند موضوع قراردادی دیگری باشد و به‌عنوان مال محسوب شود.^۳

قانون‌گذار فرانسوی در اصلاحات اخیر قانونی، در مقام آن است تا وجهه و جایگاه ویژه‌ای به موضوع انتقال قرارداد ببخشد. هرچند که در پژوهش‌های حقوقی و رویه قضایی، انتقال قرارداد با مباحث انتقال دین و طلب عجین شده، لکن در قانون جدید، انتقال قرارداد زیرمجموعه آثار قرارداد آمده و مواد ۱۲۱۶ تا ۳-۱۲۱۶ به‌طور مستقل به آن اختصاص یافته است.^۴ قانون‌گذار در لایحه مرتبط با قانون جدید بیان می‌دارد که ایجاد رژیم و نظم حقوقی در مورد انتقال قرارداد هدف اصلی بوده است؛ به عبارت دیگر با اصلاحات اخیر نوعی تئوری عمومی انتقال قرارداد به‌وجود آمده است و در راستای چنین مقوله‌ای ضرورت دارد تا مفهوم، آثار و رژیم حقوقی انتقال قراردادی مورد بررسی قرار گیرد.

۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق منی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳، ۱۳۸۷)، ص ۱۸.

4. Olivier Deshayes Thomas, Genicon Yves-Marie et Laithier, *Réforme Du Droit Des Contrats, Du Régime Général et de La Preuve Des Obligations*, (Paris, Lexisnexis, 2016), p. 465.

۱. مفهوم انتقال قرارداد، ضروریات اقتصادی و انواع انتقال

انتقال قرارداد دارای سابقه تاریخی قابل توجهی است. بیشتر نویسندگان حقوق در پژوهش‌های خویش بر روشن ساختن زوایای تاریک آن تلاش کرده‌اند. در حقوق ایران انتقال قرارداد صرفاً در باب برخی از عقود خاص همچون عقد اجاره در نظر گرفته شده است. برخی از نویسندگان مدعی آن هستند که قانون مدنی ایران کاملاً با این مفهوم بیگانه است و به صرف انتقال قرارداد اجاره نمی‌توان مدعی استخراج نظریه عمومی از انتقال قرارداد شد؛^۵ چراکه در فقه اسلامی اشاره خاصی به امکان انتقال قرارداد نشده است و از دیگر سو، مستأجر با انعقاد قرارداد اجاره، مالک منافع عین مستأجره می‌شود و انعقاد قرارداد جدید را به‌عنوان مؤجر منعقد می‌نماید و مستأجر دوم در ارتباط با مؤجر اولیه قرار نمی‌گیرد.^۶ همچنین انتقال قرارداد در قانون قدیم فرانسه تبیین نشده بود و این حقوق‌دانان بودند که رساله‌های دکتری خویش را صرف شناسایی آن کردند و قوانین مختلف نیز در برخی عقود همچون عقد بیمه، قرارداد کار و قرارداد اجاره تجاری به بیان شرایط انتقال قرارداد پرداختند. حتی برخی قوانین نظیر ماده 7-642 L قانون تجارت فرانسه، صلاحیت انتقال قضایی قرارداد را برای محاکم در نظر گرفته‌اند. تا اینکه قانون‌گذار به‌موجب اصلاحات سال ۲۰۱۶ از یک سو، انتقال قرارداد را مورد شناسایی قرار داد و از دیگر سو، نوعی ابتکار عمل را در وضع قانون اعمال کرد؛ به این معنا که در سایر پروژه‌های اصلاحی قانون که از سوی حقوق‌دانانی همچون کاتالان^۷، تلاشی در جهت وارد کردن انتقال قرارداد در نظام حقوقی فرانسه بود، قانون‌گذار علاوه بر اختصاص مواد قانونی به این مفهوم، انتقال قرارداد را ذیل آثار قرارداد آورده است. از این اقدام این نتیجه حاصل می‌شود که قانون‌گذاران قائل به تفکیک بین نهاد حقوقی پیش‌گفته و سایر مفاهیم مشابه همچون انتقال دین و طلب بوده‌اند و از دیگر سو، مزیت اقتصادی انتقال قرارداد در نظر آنان حائز اهمیت بوده است.

۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ج ۵، (تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵)، ص ۱۰۱.
 ۶. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: سهامی انتشار، چ ۶، ۱۳۹۰)، ص ۲۶۳.

7. Catala

۱.۱. مفهوم انتقال قرارداد

در خصوص پذیرش مفهوم انتقال قرارداد اختلاف نظر گسترده‌ای بین صاحب‌نظران مشاهده می‌شود. دو مانع در عدم شناسایی این نهاد حقوقی مطرح است؛ نخست آنکه با توجه به عدم انتقال‌پذیری دین در رابطه حقوقی مابین دو طرف، انتقال قرارداد به طریق اولی غیرممکن می‌شود. اصل نسبی بودن گواهی بر این استدلال است و صرفاً در مواردی استثنایی قانون می‌تواند قراردادهایی را بر دیگران تحمیل کند؛ بدون آنکه رضایت طرف مقابل ضرورتاً شرط شده باشد.^۹ از دیگر سو، قدرت الزام‌آور قرارداد^{۱۰} مبین آن است که متعهدان مکلف به اجرای تعهدات قراردادی خود باشند و در صورتی که یکی از آنان تعهدات خویش را به دیگری منتقل کند، قدرت الزام‌آوری مخدوش شده موجب می‌شود تا طرف دیگر قرارداد به چنین انتقالی متعهد نباشد. در مقام پاسخ، این راهکار پیشنهاد شده است که با اخذ رضایت طرف قرارداد این مانع مرتفع می‌شود.^{۱۱} برخی در زمینه اخذ رضایت این ایراد را وارد کرده‌اند که اعلام رضایت دارای قدرت ایجابی بوده. در اثر توافق انتقال صورت پذیرفته است؛ لذا عقد جدیدی شکل می‌گیرد و اعلام رضایت طرف قرارداد اولیه نقش مهمی در شکل‌گیری دارد. در مقابل، استدلال می‌شود که اعلام رضایت صرفاً نوعی مجاز دانستن طرف قرارداد به انتقال قرارداد است و در اثر آن جایگاه خویش در قرارداد پایه را منتقل می‌کند.^{۱۲} دومین مانع دلالت دارد بر اینکه قرارداد، مال محسوب نمی‌شود و نمی‌توان آن را به دیگری منتقل کرد. مارک بیلویو قرارداد را نوعی ارتباط بین دو یا چند نفر می‌داند که آثار حقوقی را به وجود می‌آورد.^{۱۳} اساساً وی معتقد بود که قرارداد در نگاه اول ایجادکننده ارتباط اعتباری حقوقی مابین طرفین است؛ هرچند که تولید آثار مالی از جمله نتایج آن است. در مقابل، عده‌ای از نویسندگان اعتقاد دارند که قرارداد آثار متعددی را به وجود می‌آورد، اما در واقع، رابطه حقوقی مابین طرفین و مالیت عقد، دو پایه مهم هر عقدی را تشکیل

۸. همان، ص ۲۶۳.

9. Force Obligatoire

10. Laurent Aynès, "La Cession de Contrat", *Droit et Patrimoine*, No. 260, (2016), p. 63.

11. Guido Alpa, "Le Contrat Individuel et sa Définition", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 40, No. 2, (1988), p. 340.

12. Marc Billiau, "Cession de Contrat ou Délégation de Contrat? Étude du Régime Juridique de La Prétendue Cession Conventionnelle de Contrat", *JCP* n° 17, (1994), p. 3758.

می‌دهد.^{۱۳} لپ از جمله نخستین نویسندگانی بود که در رساله دکتری خویش سعی بر تبیین مفهوم انتقال قرارداد داشت. از نظر وی، در اثر توافق بین یکی از متعاهدین قراردادی با شخص ثالث، روابط حقوقی سابق به شخص اخیر منتقل می‌شود؛^{۱۴} بنابراین، صرفاً تعهدات و آثار قراردادی منتقل می‌شوند و صفت و جایگاه متعهد بودن انتقال پیدا نمی‌کند. اساس نظریه بر این مهم استقرار یافته بود که عقد بین طرفین قراردادی نافذ و مؤثر است و نمی‌توان قرارداد را به دیگری انتقال داد، ولی در اثر توافق با شخص ثالث صرفاً تعهدات بدون تغییر در ماهیت اصلی قرارداد منتقل می‌شود. در مقابل، عده‌ای دیگر بر این باورند که انتقال قرارداد به اعتبار متعاهدین در اثر قرارداد جدید صورت می‌گیرد.

از نظر نویسنده این مقاله، جایگزینی طرفین قراردادی دیدگاهی مناسب است، چراکه ابتدا بایستی موقعیت و جایگاه ثالث مشخص گردد تا آثار قانونی رابطه حقوقی بر آن جاری گردد.^{۱۵}

علاوه بر ابهامات در زمینه ماهیت انتقال تعهد، مسئله قلمرو تحت شمول انتقال نیز محل مناقشه بین حقوق‌دانان بوده است. متن ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی فرانسه هیچ‌گونه تردیدی باقی نمی‌گذارد که امکان انتقال قرارداد نه به‌عنوان یک استثنا، بلکه تحت یک قاعده کلی قابل شناسایی است و به تمامی انواع عقود، اعم از دوجانبه، یک‌جانبه و عقود شخصی که ویژگی‌های شخصی طرف مقابل شرط است، تسری می‌یابد.

هرچند که ماده پیش‌گفته کلی وضع شده است، لکن از گذشته تاکنون نویسندگان در تحدید قلمرو انتقال قرارداد اختلاف قابل‌توجهی داشته‌اند. عده‌ای انتقال قرارداد را صرفاً مربوط به عقود مستمر می‌دانند و عقود آنی را خارج از شمول آن در نظر می‌گیرند، چراکه در عقود آنی اجرای فوری و یکباره موضوع قرارداد شرط است و امکان انتقال آن به دیگری عملاً ممکن نیست.^{۱۶} همچنین تعهدات یک‌جانبه اساساً قابلیت انتقال را ندارند، چراکه آثار

13. Christophe Jamin, "Cession de Contrat et Consentement du Cédé", *Recueil Dalloz*, (1995), p. 131.

14. Charles Lapp, *Essai Sur la Cession de Contrat Synallagmatique à Titre Particulier*, Préf. J. Radouant, Thèse, (Strasbourg: Université de Strasbourg, 1951), p. 9.

15. Jacques Flour; Jean-Luc Aubert; Eric Savaux, *Droit civil, t. 3, Le rapport d'obligation*, (Paris, Colin, 5e éd, 2007), p. 246.

16. Francois Terré; Philippe Simler; Yves Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, (Paris, Dalloz, Coll. "Précis", 12ème éd, 2019), p. 1744.

قرارداد در ایجاد تعهدات صرفاً نسبت به یکی از طرفین در نظر گرفته می‌شود و تنها انتقال دین یا طلب در این گونه عقود مورد توجه است.

۲.۱. ضروریات اقتصادی انتقال قرارداد

قرارداد در زمینه امور حقوق اقتصادی شرکت‌ها دارای آثار قابل توجهی است و به‌عنوان مفهومی اقتصادی در نظر گرفته می‌شود. از دیگر سو، بین قراردادهای نوعاً ارتباط مستقیم به‌وجود می‌آید و یک شبکه قراردادی^{۱۷} متصل به‌هم ایجاد و به‌عنوان سرمایه شرکت در نظر گرفته می‌شود. لذا قرارداد دارای مالیت بوده، موجودیت اعتباری را از سوی قانون‌گذار به‌دست می‌آورد^{۱۸}.

اهمیت اقتصادی انتقال قرارداد در عرصه حقوق شرکت‌ها حائز اهمیت است، به‌ویژه در خصوص ادغام شرکت‌ها جایگاه مؤثر خویش را پیدا می‌کند. ممکن است دو شرکت در یکدیگر ادغام شوند و این یکپارچگی در قالب برند تجاری جدیدی صورت گیرد یا نام تجاری جدیدی را خلق نماید. طبیعتاً مسئله جانشینی با ادغام شرکت‌ها مطرح می‌شود؛ یک شرکت جایگزین شخص حقوقی دیگری شده، در نتیجه تعهدات سابق به شرکت جدید منتقل می‌شود و پروسه انتقال صورت می‌پذیرد. مقتضیات امور تجاری ایجاب می‌کند که پروسه انتقال با سرعت و سهولت صورت گیرد و مقید به اصول و مقررات خاص قواعد عمومی قراردادهای نباشد. لذا لازم است قانون‌گذار ایرانی ابتدا ماهیت انتقال قرارداد را به‌عنوان یک قاعده و نظریه عمومی مورد شناسایی قرار دهد و در وهله دوم پروسه انتقال را به رعایت شرایط و قواعد خاصی مقید نگرداند.

در قانون تجارت فعلی و لایحه اصلاحی که در مجلس شورای اسلامی در شرف تصویب است، به مسئله ادغام و جانشینی اشاره شده است، ولی قواعد آن در زمینه انتقال مؤثر و پویا نیست. این درحالی است که در حقوق فرانسه با هدف ایجاد سرعت در تجارت، مقررات هماهنگی در انتقال تدوین یافته است. اخیراً بر اساس توافق‌های صورت‌گرفته، دو گروه خودروسازی بزرگ، فیات کرایسلر و پی‌اس‌ای، مالکان پژو و واکسهال، ادغام شدند؛

17. Connexité Contractuelle

18. Waltz-Teracol B elinda, "Indivisibilité", *Répertoire de Droit Civil*, Dalloz, (2018), p. 30.

امری که موجب رشد اقتصادی مضاعف می‌شود و در هزینه‌های تولید و فناوری صرفه‌جویی قابل‌توجهی را به‌وجود می‌آورد. قوانین اتحادیه اروپا انتقال قرارداد و پروسه جایگزینی را به‌طور کامل پیش‌بینی کرده و کلیه جوانب آن از جمله امور مالیاتی انتقال را در نظر گرفته است.

از دیگر سو، حقوق ورشکستگی^{۱۹}، یکی از شاخه‌های اصلی حقوق تجارت، در نظام قانونی ایران مهجور مانده و اکثر مقررات آن مشمول مرور زمان شده است و دیگر پویایی حقوقی لازم را ندارد. این درحالی است که تطبیق جریان تصفیه و ورشکستگی شرکت‌ها با وضعیت حال اقتصادی یکی از ضروریات است و به توسعه و پویایی حقوق کمک می‌کند. در قانون تجارت فرانسه امکان انتقال شرکت در نظر گرفته شده است؛ شرکتی که با مشکلات اقتصادی روبه‌رو است، ولی در وضعیت توقف نیست و امکان ایجاد تحول در آن وجود دارد. دریافت‌کننده شرکت با فراهم آوردن سرمایه جدید، شرکت را از وضعیت توقف نجات خواهد داد. منتقل‌الیه جایگزین انتقال‌دهنده می‌شود و حیات حقوقی کلیه عقود سابق شرکت ادامه می‌یابد. هرچند دادگاه با بررسی شرایط شرکت، حکم به انتقال می‌دهد و رضایت طرف‌های دیگر قراردادهای شرکت ضرورتی ندارد، اما این امر مانع انتقال ارادی شرکت در قالب انتقال قرارداد نیست و مزایای اقتصادی فراوانی در آن وجود دارد.^{۲۰}

ارتباط بین انتقال قراردادی و حق سرقفلی در زمینه حقوق شرکت‌ها دارای آثار حقوقی و اقتصادی قابل‌توجهی است. دو تأسیس حق کسب و پیشه تجاری و حق سرقفلی در حقوق ایران اخیراً از سوی قانون‌گذار نهادینه شده است، ولی منابع فقهی غنی در مورد آن وجود ندارد. در حقوق فرانسه از آن به‌عنوان مایه تجاری^{۲۱} یاد می‌شود. هرچند حقوق ایران مقررات توسعه‌یافته و خوبی در مورد حق سرقفلی ندارد و صرفاً در قالب قوانین خاص شرایط قانونی آن را به‌طور کلی ذکر کرده است (عبدی‌پور فرد، ۱۳۸۴: ۹۰)، ولی موضوع سرقفلی در حقوق فرانسه دارای جایگاهی ویژه بوده، چراکه این نهاد حقوقی با رونق اقتصادی کشور مرتبط است. حق سرقفلی در قانون تجارت فرانسه دربردارنده عناصر مادی و غیرمادی

19. Procédure Collective

20. Cass. Com., 6 déc. 1994, n° 91-17.927: JurisData n° 1994-002435

21. Fonds de Commerce

متعددی است و تمامی این عناصر مفهوم پیش‌گفته را تشکیل می‌دهند. این عناصر عبارت‌اند از: موقعیت محل تجاری، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، مواد اولیه صنعتی، اثاثیه تجاری و غیره^{۲۲}. قبل از اصلاحات اخیر در سال ۲۰۱۶، رویه قضایی امکان انتقال سرقفلی را در آرای متعددی پذیرفته بود؛ به موازات اینکه تاجر حق خویش را به دیگری واگذار می‌کرد، کلیه عقود و قراردادهای مرتبط با این مایه یا سرمایه اقتصادی به منتقل‌الیه انتقال می‌یافت. اما به‌تازگی در رأی دیوان عالی کشور فرانسه یک موجودیت مالی و اقتصادی برای سرقفلی، مجزا از اجرای آن در نظر گرفته شده و انتقال سرقفلی را برابر با انتقال عقود ندانسته است^{۲۳}. اما چنین نظری از این جهت قابل انتقاد است که انتقال‌دهنده دیگر به متعهد ماندن به عقود سرقفلی تمایلی ندارد. اصلاحات اخیر قانونی بر پروسه انتقال تأثیر گذاشته، شرط کتبی بودن آن در تعارض با ماهیت امور تجاری است؛ چراکه تجار از سرعت در اعمال تجاری استقبال می‌کنند و امور تشریفاتی و شکلی قانونی با منافع آنان در تعارض است^{۲۴}.

۱.۳. انواع انتقال قرارداد

به‌طور کلی دو نوع انتقال از سوی نویسندگان حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است؛ انتقال قراردادی^{۲۵} که بر اساس توافق بین دو شخص به‌وجود می‌آید و همانند سایر عقود، طرفین در خصوص کلیه جزئیات انتقال با یکدیگر توافق می‌کنند. در این نوع انتقال، در یک طرف، انتقال‌دهنده^{۲۶} یا به‌عبارتی، طرف اولیه قرارداد اصلی وجود دارد و در طرف دیگر، انتقال‌گیرنده^{۲۷} یا ثالث. در مقابل آن، انتقال قانونی است که بر اساس حکم قانونی صورت می‌گیرد و رضایت طرفین در مورد آن شرط ضروری نیست. در حقوق ایران موارد انتقال قراردادی محدود به چند عنوان است. در عقد وکالت، به‌خصوص وکالت دادگستری، زمانی که حق توکیل به غیر در حدود اختیارات وکیل آمده است، انتقال قرارداد یا به‌عبارتی، انتقال

22. Michel Pédamon & Hugues Kenfack, *Droit Commercial: Commerçants et Fonds de Commerce, Concurrence et Contrats du Commerce*, (Paris: Dalloz Précis, 2020), p. 223.

23. Cass, Com. 28 Juin 2017, FS-P+B+I, n° 15-17. 394.

24. Derruppé Jean, "Fonds de Commerce", *Répertoire de Droit Commercial*, Dalloz, (2016), p. 67.

25. Cession Conventionnelle

26. Cédant

27. Cessionnaire

موقعیت قراردادی با انعقاد قرارداد وکالت با وکیل دوم محقق می‌شود.^{۲۸}

در حقوق فرانسه سه نوع انتقال قانونی قرارداد آمده است؛ نظیر انتقال مرتبط با اموال غیرمنقول، انتقال شرکت، و سایر مواردی که در قانون پیش‌بینی شده است. در انعقاد عقد بیع که مالکیت مبیع منتقل می‌شود، چنانچه تعهداتی نسبت به آن وجود داشته باشد، خریدار قائم‌مقام مالک اولیه می‌شود، اما درحقیقت قرارداد مولد تعهدات منتقل می‌گردد؛ برای مثال، مؤجر با انتقال مالکیت عین مستأجره در قالب عقد بیع به دیگری، رابطه حقوقی استیجاری را نیز منتقل می‌کند و خریدار نمی‌تواند تخلیه آن را تقاضا کند؛ مگر اینکه در قرارداد، حق فسخ قرارداد اجاره قید شده باشد. لذا این نتیجه نیز قابل استنباط است که انتقال مورد اجاره از سوی بایع با مانع روبرو نمی‌شود. از سوی دیگر، مستأجر می‌تواند قرارداد اجاره را به دیگری واگذار کند؛ مگر اینکه شرط خلاف مبنی بر عدم انتقال ذکر شده باشد.

در حقوق ایران تردیدی در پذیرش انتقال ارادی یا قراردادی وجود ندارد، اما مسئله حائز اهمیت عبارت است از تعیین و تعریف شاکله‌ای که بر اساس آن پروسه انتقال قابل توجیه باشد. یکی از حقوق‌دانان عقد صلح را پیشنهاد می‌کند؛ چراکه صلح به‌عنوان مادر عقود می‌تواند دربردارنده آثار تمام عقود باشد.^{۲۹} اما این دیدگاه از این جهت قابل ایراد است که انتقال قرارداد به‌عنوان یکی از آثار قرارداد در نظر گرفته می‌شود و تحقق آن در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه‌پذیر بوده، عنوان قرارداد انتقال بر آن قابل انطباق است. برخی حقوق‌دانان نظر بر آن دارند که انتقال قهری نیز نوعی از انتقال تبعی است و در این زمینه به مثال قائم‌مقامی موصی‌له نسبت به قراردادهای موصی اشاره دارند.^{۳۰} اما این نکته مهم باید مورد توجه قرار گیرد که در انتقال قراردادی صحبت از انعقاد عقدی است که موضوع آن انتقال موقعیت قراردادی نسبت به عقد و تعهدات خاصی است و جایگاه موصی‌له همچنان موقعیت قائم‌مقامی خویش را حفظ می‌کند. در این میان برخی از موارد همچون أخذ به شفعه را که تصور تحقق آن در قالب انتقال قرارداد زبینه به‌ذهن می‌رسد، باید از ذهن زدود؛

۲۸. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۹۸.

۲۹. همان، ص ۳۱۱.

۳۰. ابراهیم شعاریان، *انتقال قرارداد*، (تهران: انتشارات شهر دانش، ج ۱، ۱۳۹۴)، ص ۱۲۱.

چراکه در ماهیت حقوقی أخذ به شفعه، هیچ‌گونه انتقالی تحقق پیدا نمی‌کند. شفیع برحسب مجوز قانونی ملک را از خریدار می‌گیرد، ولی عقد بیع همچنان به قوت خویش باقی است و آثار آن در رابطه میان خریدار و فروشنده خود را نشان می‌دهد. این بیع به ضرر خریدار لحاظ می‌شود.^{۳۱}

برخی از نویسندگان حقوقی نوع سومی از انتقال را مطرح می‌کنند که از آن به انتقال قضایی^{۳۲} یاد می‌شود؛ قاضی دارای اختیار لازم در دستور به انتقال خواهد بود، نظیر آنکه در مبحث ورشکستگی شرکت‌های تجاری در صورتی که در جریان احیای شرکت، انتقال آن به شخص ثالث مؤثر و مفید تشخیص داده شود، قاضی ناظر^{۳۳} پرونده می‌تواند انتقال قضایی را حکم کند. هرچند که مقام قضایی نقش مهمی در این پروسه ایفا می‌کند، اما حکم قانون تنها منشأ و مجوز در این زمینه است. قانون‌گذار فرانسوی در ماده L1224-1 قانون کار اشاره بر آن دارد که کلیه تحولات در شرکت اعم از انتقال، تأثیری در قرارداد کارگران ندارد و خریدار جدید در واقع همان کارفرما محسوب می‌شود.^{۳۴}

در حقوق ایران با مواردی روبرو می‌شویم که قانون به محاکم اختیار لازم به منظور انتقال قرارداد را داده است. در قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، قانون‌گذار سیاست حمایت حداکثری از مستأجران را در پیش گرفته بود. در ماده ۱۹، به اختیار محاکم به رأی در جهت انتقال قرارداد اجاره اشاره شده است و آن‌هم در صورتی که در اجاره‌نامه منع انتقال به غیر شرط شده باشد و یا اجاره‌نامه‌ای در میان نباشد و مالک رضایت به انتقال نداشته باشد. در این صورت مالک باید حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد، وگرنه مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند و محکمه به انتقال اجاره حکم می‌دهد.^{۳۵}

۳۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۰۱.

32. Cession Judiciaire

33. Juge Commissaire

34. Jacques Mestre, "Une nouvelle Figure Dans le Paysage Contractuel Français: La Cession Judiciaire de Contrat", RTD Civ, (1987), p. 538.

۳۵. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۹۴.

۲. شرایط حقوقی انتقال قرارداد

ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی جدید فرانسه سعی بر آن داشته است که شرایط حقوقی انتقال قرارداد را تبیین نماید. به طور کلی دو دسته شرایط شکلی و ماهوی مورد اشاره قرار گرفته است؛ شرط ماهوی دلالت بر آن دارد که متعهد اولیه قراردادی رضایت لازم در جهت چنین انتقالی را اعلام دارد و شرط شکلی تأکید بر آن دارد که تحقق ماهیت حقوقی انتقال به صورت کتبی صورت پذیرد. در صورتی که چنین مهمی رعایت نشود، انتقال محکوم به بطلان است.

قانون گذار در قانون پیش فروش ساختمان ۱۳۸۹ اقدامی ارزشمند انجام داده است. این قانون ضمن پذیرش انتقال قرارداد، اشاره دارد که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد اولیه قابل انتقال به غیر بوده، اما لزوم رضایت طرف اصلی قرارداد به همراه شروط کتبی و رسمی بودن آن ضروری دانسته شده است.^{۳۶} آنچه که قانون فرانسه در سال ۲۰۱۶ در نظر گرفته است، قانون ایران پیش تر آن را پیش بینی کرده بود، ولی تنها ایراد وارده آن است که آیا می توان از مقررات قانون پیش فروش ساختمان یک نظریه عمومی را استنتاج کرد و به سایر عقود تسری داد؟

۲.۱. ضرورت رضایت متعهد قرارداد اولیه

در حقوق فرانسه در خصوص شرط رضایت طرف دیگر قرارداد اصلی^{۳۷} نوعی اختلاف نظر وجود دارد. عده ای بر این باورند که چنین رضایتی ضروری است، به لحاظ آنکه عدم رضایت برخلاف اصل حاکمیت اراده است و از دیگر سو، اصل الزام آور بودن عقود را تحت شعاع خویش قرار می دهد. در نقطه مقابل، این استدلال ارائه شده است که رضایت را شرط ضروری نمی شناسد و بر اصل آزادی اراده تأکید دارد و به طور خاص انتقال قرارداد را عاملی در جهت ورود ضرر و زیان به حقوق طرف دیگر قرارداد نمی داند.^{۳۸} برخی بر ضرورت وجود

۳۶. رضا نیکخواه؛ مهدی صالحی و منصور اکبری آرائی، «انتقال قرارداد در قانون پیش فروش ساختمان ۹۸۳۱»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۸۲ (۱۳۹۸)، ص ۲۸۷.

37. Cédé

38. Christophe Lachière, "Autonomie de la Cession Conventionnelle de Contrat", *Recueil Dalloz*, (2000), p. 184.

رضایت منتقل‌عنه در بعضی از عقود تأکید دارند؛ به‌ویژه در مواردی که شخصیت طرفین قراردادی جایگاه ویژه‌ای در انعقاد و اجرای عقد داشته باشد. ممکن است طرف مقابل دارای تبحر و مهارت خاصی بوده، بر اساس آن قرارداد منعقد شده باشد، ولی نسبت به ثالث چنین ارزیابی وجود نداشته باشد؛ از این عقود به‌عنوان قراردادهای شخصی یاد می‌شود. بنابراین رضایت منتقل‌عنه ضروری است. لذا در صورتی که نقاش معروفی به‌موجب قراردادی خلق یک اثر هنری را در برابر دیگری تعهد کند، متعهد نمی‌تواند اجرای تعهد و قرارداد را به دیگری منتقل کند؛ مگر اینکه منتقل‌عنه اذن و رضایت به او داده باشد.^{۳۹}

اما شناسایی ماهیت حقوقی رضایت طرف قراردادی از جمله مسائل مطروحه در انتقال قرارداد است و حقوق‌دانان نسبت به آن اختلاف نظر دارند. به‌طور کلی دو دیدگاه حقوقی در این زمینه ابراز شده است: از یک نگاه، زمانی که طرف قراردادی رضایت خویش را ابراز می‌کند، اعلام اراده در واقع یک انعقاد قرارداد مستقل محسوب می‌شود؛ سه طرف در آن مشارکت دارند و بر اساس آن، انتقال قراردادی آثار حقوقی خویش را به‌دست می‌آورد.^{۴۰} در نقطه مقابل، این نظر ابراز شده که رضایت منتقل‌عنه صرفاً تأیید ماهیت حقوقی منعقد بین طرفین اصلی است و طرف دیگر با مجاز دانستن چنین تحولی در قرارداد، انتقال قرارداد را موجد تمام آثار حقوقی می‌گرداند.^{۴۱} بر اساس نظر اول، اعلام رضایت منتقل‌عنه نقشی ایجابی ایفا می‌کند، ولی بر حسب دیدگاه دوم، این اعلام رضایت به شکل تنفیذ وقوع عقد انتقال است.^{۴۲} از منظر نگارنده این نوشتار با توجه به اصل نسبی بودن عقود، رضایت منتقل‌عنه در جریان انتقال قرارداد لازم است، چراکه نمی‌توان عقود و آثار آن را به افرادی که در زمان انعقاد قرارداد اولیه دخیل نبوده‌اند تسری داد؛ منتها این رضایت نمی‌تواند هم‌درجه ایجاب و قبول باشد. انتقال قرارداد را می‌توان به‌مثابه عقد تشریفاتی دانست یا در قالب عقود مطرح کرد که در جریان انعقاد آن همانند عقد هبه که در آن قبض شرط صحت است، رضایت منتقل‌عنه شرط اعتبار وقوع و تأثیر آن دانسته شود. قانون‌گذار فرانسوی بدون

۳۹. عبدالرزاق احمد سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۸)، ص ۶۶۴.

40. Christophe Lachièze, *Ibid*, p. 186.

41. Jacques Flour, Jacques, Jean-Luc, Aubert et Eric, Savaux, *Ibid*, p. 410.

۴۲. علیرضا فصیحی‌زاده، اذن و آثار حقوقی آن، (تهران: نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷)، ص ۳۹.

شناسایی جایگاه رضایت در ارکان تشکیل قرارداد، صرفاً در مقام بیان آن است که رضایت منتقل‌عنه شرط ضروری انتقال شمرده می‌شود.

مسئله انتقال قرارداد در زمینه فقه به‌طور مستقل و به‌عنوان یکی از آثار عقود مورد بررسی فقها قرار نگرفته و صرفاً در برخی عقود نظیر عقد مضاربه به موضوع انتقال اشاره شده است. در حقوق ایران، قانون‌گذار در باب مزارعه، مساقات و مضاربه انتقال را مشروط به رضایت دانسته است. ماده ۵۵۴ در خصوص مضاربه اشاره بر آن دارد که مالک بایستی رضایت خویش مبنی بر انتقال قرارداد اولیه از جانب مضارب به شخص ثالث را اعلام دارد. این ماده عیناً برگرفته از فقه امامیه است و فقهای متعددی سعی بر آن داشته‌اند تا جنبه‌های گوناگون آن را مورد بررسی قرار دهند.^{۴۳}

۲.۲. ضرورت کتبی بودن انتقال قرارداد

قانون‌گذار فرانسوی در زمینه اخذ رضایت طرف دیگر قرارداد متأثر از رویه قضایی است، لکن در مورد کتبی بودن توافق انتقال قرارداد، چنین شرطی در آرای دادگاه‌ها دیده می‌شود و خود نوعی نوآوری قانونی است که بر تشریفات بودن پروسه انتقال افزوده است. از نگاه برخی از حقوق‌دانان، شرط کتبی بودن برخلاف اصل آزادی قراردادها است و در مواقعی که قانون‌گذار کتبی بودن نوعی از قرارداد را ضروری می‌داند، باید دلایل قابل‌قبولی وجود داشته باشد؛ درحالی که در نحن‌ما فیه چنین ضرورتی دیده نمی‌شود و از دیگر سو، ضروریات اقتصادی توجیه‌کننده پذیرش انتقال قرارداد با شرط مکتوب بودن توافق در تعارض قرار می‌گیرد. لذا این شرط بی‌فایده جلوه می‌کند و منطقی برای آن قابل جستجو نیست.^{۴۴} ولی این استدلال می‌تواند قابل پذیرش باشد که کتبی بودن موجب حفظ امنیت قضایی روابط حقوقی می‌شود و از دیگر سو، انتقال قرارداد را از انتقال طلب به لحاظ ماهیتی منفک می‌گرداند.

با وجود این، چند خلاً قانونی در ماده ۱۲۱۶ قانون جدید دیده می‌شود: اولاً قانون‌گذار

۴۳. محسن طباطبایی حکیم، مستمسک العروه الوثقی، (قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶)، ص ۳۲۱.

44. Olivier Deshayes; Thomas Genicon; Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit Des Contrats, du Régime Général et de La Preuve Des Obligations*, (Paris: Lexisnexis, 2016), p. 465.

این نکته را قید نکرده است که کتبی بودن به شکلی باید تحقق یابد؛ آیا بایستی به صورت امضای شخصی^{۴۵} و در قالب قرارداد کتبی خصوصی انتقال صورت گیرد یا ضرورتاً باید به شکل رسمی باشد؟ ثانیاً در قانون ضمانت اجرا عدم رعایت چنین شرطی مبطل^{۴۶} دانستن انتقال در نظر گرفته شده، اما نوع بطلان اعم از نسبی و مطلق را بیان نکرده است. برخی نظر بر بطلان نسبی داده‌اند، چراکه منافع یکی از طرفین قراردادی تحت شعاع قرار گرفته است و برخی دیگر بر مطلق بودن بطلان نظر دارند، به‌خصوص آنکه منافع اشخاص ثالث در معرض تضییع قرار می‌گیرد.^{۴۷} اما می‌توان چنین استنباط کرد که قانون‌گذار فرانسوی لزوم رضایت طرف قراردادی را با ضرورت کتبی بودن انتقال ارتباط داده و از دیگر سو، قانون وجود رضایت ضمنی شخص اخیر را موجد آثار حقوقی دانسته است؛ لذا قانون‌گذار هدفی معقول را از ضرورت کتبی بودن دنبال نمی‌کند.

در حقوق ایران با آنکه مفهوم حقوقی انتقال قرارداد پیش‌بینی نشده است^{۴۸}، ولی بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی مانعی در جهت پذیرش آن وجود ندارد. در خصوص شرایط حقوقی این نهاد باید به اصول کلی حقوقی مراجعه کرد. ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط کلی در انعقاد قراردادها را بیان داشته و تشریفات خاصی برای آن در نظر نگرفته و اصل را بر رضایی بودن عقود قرار داده است. لذا کتبی بودن شرطی ضروری در صحت و اعتبار انتقال قرارداد نخواهد بود؛ هرچند که از باب ادله اثبات، کتبی بودن اثبات‌کننده ماهیت حقوقی

45. Sous Seing Privé

46. À Peine de Nullité

47. Chénéde François, *Le Nouveau Droit Des Obligations et Des Contrats 2019-2020*, (Paris: Dalloz, 2018), p. 171.

۴۸. همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان اشاره داشته‌اند، مفهوم انتقال قرارداد در نظام حقوقی ایران به‌عنوان تأسیس حقوقی مورد شناسایی قانون‌گذار قرار نگرفته و به صورت پراکنده در قالب انتقال بیمه، انتقال اجاره، انتقال کارگاه و انتقال وکالت مواد قانونی در این خصوص قابل مشاهده است. در ماده ۴۸۹ قانون مدنی در باب اجاره، مشعر بر آن است که در صورت انتقال عین مستأجره، قرارداد اجاره به قوت خود باقی خواهد ماند. این مهم خود اشاره به انتقال قرارداد و تبیین مفهوم قائم‌مقامی دارد. البته ذکر این نکته حائز اهمیت است که از ماده ۲۹۲ قانون مدنی می‌توانیم در توجیه پذیرش این نهاد حقوقی در حقوق ایران بهره ببریم، ولی از لحاظ مبنایی تفاوت اساسی وجود دارد که ماده ۲۹۲ قانون مدنی به بعد بیشتر در زمینه انتقال طلب و انتقال دین مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌طور خاص، عنوانی که قانون‌گذار برای مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ گذاشته، تبدیل تعهد است که با انتقال قرارداد متفاوت خواهد بود.

انتقال عقد است.^{۴۹}

۳. آثار انتقال قرارداد

طبیعتاً زمانی که انتقال قرارداد صورت می‌گیرد تغییر و تحول اساسی در ماهیت قرارداد ایجاد می‌شود. آثار انتقال قرارداد در خصوص طرفین و اشخاص ثالث قابل بررسی است که در اینجا مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

موضوع قرارداد انتقال، از جمله مسائلی است که حقوق دانان در مورد آن اختلاف نظر دارند. اثر اولیه و بدیهی آن است که منتقل‌الیه در برابر منتقل‌عنه متعهد و مسئول می‌شود؛ به عبارت دیگر، تعهدات قرارداد اولیه به وی منتقل می‌گردد. اما نکته اختلافی آن است که آیا به واسطه قرارداد، انتقال‌دهنده جایگاه و به عبارتی وصف طرف قراردادی خویش را نیز منتقل می‌کند؟ در حقوق ایران در مورد ماهیتِ اِذْنِ منتقل‌عنه موضوع قرارداد مضاربه این ایده مطرح شده است که قرارداد اولیه با اعلام قبولی منفسخ شده، قرارداد جدیدی با ثالث منعقد می‌گردد.^{۵۰} با پذیرش فسخ قهری اولین قرارداد، لاجرم قرارداد دوم باید آثار جدیدی را به وجود آورد و این در حالی است که ثالث یا مضارب لاحق متعهد به همان تعهداتی می‌شود که متعهد اولیه برعهده گرفته بود. با انتقال قرارداد، نوعی قائم‌مقامی در موقعیت قراردادی ایجاد می‌شود و جایگاه متعهد (ناقل) انتقال می‌یابد. لذا با این انتقال، فسخ یا انفساخ قرارداد پایه صورت نمی‌پذیرد، ولی منتقل‌الیه از این حق برخوردار است تا ماهیت حقوقی را در چارچوب قانون و قرارداد، اقاله یا فسخ نماید.^{۵۱} در اصلاحیه اخیر قانون مدنی فرانسه، اعلام اراده منتقل‌عنه شرط تأثیر و تحقق قرارداد انتقال شده است؛ منتها با تعمق در ماده 1-1216 قانون مدنی، طرف قرارداد اولیه بایستی اِذْنِ و رضایت در جهت انتقال ابراز داشته باشد که هرکدام از آنها دارای اثر حقوقی متفاوتی است. ابتدا اعلام اِذْنِ صورت می‌گیرد و انتقال قرارداد به موجب آن محقق می‌شود. اما نکته حائز اهمیت آن است که انتقال‌دهنده

۴۹. ابراهیم شعاریان، *انتقال قرارداد*، (تهران: انتشارات شهر دانش، چ ۱۰۱۳۹۴)، ص ۲۱۲.

۵۰. حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۲، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۰)، ص ۱۸۶؛ جلال‌الدین، *ملنی، عقود معین*، ج ۵ (تهران:

انتشارات پدیدار، ۱۳۸۵)، ص ۵۴.

۵۱. عیسی مقدم، «انتقال قرارداد»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۴ (۱۳۸۶)، ص ۲۳۳.

به موازات انتقال، منفک از قرارداد نمی‌شود و متضامناً در برابر طرف دیگر متعهد باقی می‌ماند؛ مگر اینکه منتقل‌عنه به صراحت رضایت خویش را مبنی بر اینکه از انتقال‌دهنده رفع مسئولیت به عمل آید، اعلام دارد. بنابراین دو اعلام در ماهیت انتقال قرارداد ضروری است؛ إذن و رضایت ذی‌نفع، که هر دو شرط تحقق و کمال انتقال است. این ضرورت در هماهنگی با مقتضای قرارداد و ناشی از سیاست قانونی است؛ به عبارت دیگر، قانون‌گذار تمایل ندارد با مجاز دانستن انتقال قرارداد، طرف قرارداد اصلی را در وضعیت ورود خسارت قرار دهد. بنابراین می‌توان بیان داشت که حفظ قرارداد و تضمین اجرای تعهدات قراردادی از موارد اساسی و مد نظر قانون‌گذار بوده است.^{۵۲}

یکی دیگر از آثار انتقال قرارداد، تحدید اختیارات و تکالیف منتقل‌الیه است. علی‌الاصول منتقل‌الیه از همان حقوق انتقال‌دهنده برخوردار می‌شود؛ منتها در این زمینه باید قائل به تفکیک شد. ماده ۱۲۱۶-۲ قانون اصلاحی مدنی فرانسه مشعر بر آن است که انتقال‌گیرنده در برابر طرف قراردادی می‌تواند به ایراداتی ناشی از رابطه حقوقی استناد نماید؛ حق فسخ، تقاضای بطلان و تهاتر دیون از جمله این موارد است. ولی ایراداتی که جنبه شخصی دارند و مرتبط با انتقال‌دهنده بوده‌اند، امکان استناد آنها از سوی منتقل‌الیه وجود نخواهد داشت و دیوان عالی فرانسه بر ضرورت عدم انتقال‌پذیری استثنایها و ایرادات شخصی تأکید داشته است.^{۵۳} اما در خصوص تمایز بین انواع استثنایها میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. در حقوق فرانسه بطلان به دو نوع، بطلان نسبی و مطلق تقسیم می‌شود. در رأی صادره از سوی دیوان عالی فرانسه نظر بر آن داده شده است که بطلان مطلق قابلیت استناد از سوی منتقل‌الیه را دارد، ولی در بطلان نسبی صرفاً از سوی انتقال‌دهنده امکان استناد به آن وجود دارد.^{۵۴} اما بایستی در مورد برخی از ایرادات تأمل مضاعف داشت، نظیر آنکه در حالتی که به واسطه عدم اهلیت یا مخدوش شدن رضایت انتقال‌دهنده، حق تقاضای بی‌اعتباری برای شخص اخیر ایجاد می‌شود. حقوق دانان در خصوص ذی‌نفعی منتقل‌الیه در اعمال چنین حقی اختلاف نظر دارند. در این زمینه می‌توانیم استدلال کنیم که ذی‌نفع حق درخواست

52. Manuela Oury-Brulé, *L'engagement du Codébiteur Solidaire Non Intéressé à la Dette*, Thèses, Bibliothèque de Droit Privé, (Paris: LGDJ, 2002), p. 372.

53. Cass, Ch. Mixte, 8 Juin 2007, n° 03-15.602.

54. Cass, 1ère Civ. 15 Décembre 1999, n° 97-18.262

بی‌اعتباری به موازات انتقال قرارداد، از حق خویش صرف‌نظر کرده است؛ به عبارت دیگر، ماهیت حقوقی ناقص عقد را که خود عاملی در عدم بوده است، تنفیذ و تأیید می‌کند.^{۵۵}

مسئله انتقال‌پذیری و تائق دین اولیه، آخرین موضوع محل مناقشه در زمینه انتقال قرارداد مطرح شده است. در نگاه نخست، وثیقه جنبه تبعی دارد، و تا زمانی موجودیت خویش را حفظ می‌کند که دین اصلی و متعهد اولیه موجود باشد. از دیگر سو، وثیقه با دین ارتباط مستقیمی داشته، مدیون جنبه فرعی دارد. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که جنبه شخصی یکی از ویژگی‌های اصلی وثیقه است و ضامن با رهایی مدیون اصلی تعهدی بر پرداخت ندارد. ماده ۳-۱۲۱۶ قانون جدید فرانسه بین دو حالت قائل به تفکیک شده است: حالت اولیه دلالت بر آن دارد که چنانچه انتقال‌دهنده هم‌زمان با منتقل‌الیه به‌طور تضامنی در منتقل‌عنه مسئول باشد، وثیقه و ضمانت به قوت خویش باقی است و حالت ثانویه اشاره بر این مهم دارد که چنانچه انتقال‌دهنده بر رهایی و بری‌الذمه شدن طرف قراردادی نظر داشته باشد، بالطبع وثیقه نیز از اعتبار خارج می‌شود. بنابراین می‌توانیم استدلال کنیم که شخصی بودن وثیقه، اعم از عینی و دینی، از نگاه قانون‌گذار مورد تأکید واقع شده است.^{۵۶} در حقوق ایران اکثر مسائل انتقال قرارداد در عقد اجاره قابل استخراج است. ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بیانگر این موضوع است که تضمین‌ها به قوت خود باقی خواهند ماند، چراکه رابطه قراردادی در انتقال قرارداد ساقط نشده است.^{۵۷}

نتیجه

انتقال قرارداد از جمله نهادهای حقوقی مهبجوری است که از سوی قانون‌گذاران کشورهای مختلف مورد توجه قرار نگرفته است؛ به‌خصوص این ابهام وجود دارد که قرارداد فی‌نفسه مال محسوب نمی‌شود تا بتواند موضوع قرارداد دیگری واقع شود. همچنین پیرو این دیدگاه، این استدلال ارائه شده است که انتقال قرارداد اساساً موجودیت حقوقی ندارد؛ قرارداد سابق ایجادکننده تعهدات و حقوق مشخص بوده و آثار آن در قالب دین و طلب

55. Olivier Deshayes; Thomas Genicon & Yves-Marie Laithier, *Ibid*, p. 523.

56. Simler, Philippe, "Cession de Créance, Cession de Dette, Cession de Contrat", CCC No. 5, Dossier 8, (2016), p. 12.

۵۷. ابراهیم شعاریان، *انتقال قرارداد*، (تهران: انتشارات شهر دانش، ج ۱، ۱۳۹۴)، ص ۴۰۹.

قراردادی مورد توجه است، لذا صرفاً انتقال دین و طلب قابل تصور است و انتقال قرارداد محلی از اعراب ندارد؛ بنابراین، انتقال طلب و دین در تأمین نیاز حقوقی طرفین قرارداد کافی خواهد بود.^{۵۸} در حقوق ایران نیز این دیدگاه وجود دارد که انتقال قرارداد قابل پذیرش نیست؛ چراکه هرچند آزادی قراردادی ایجاب می‌کند که طرفین نوع، ماهیت و آثار توافق خویش را معین سازند، لکن در این زمینه نباید به افراط رفت، زیرا توافق‌ها در حدود قوانین معتبر خواهد بود. نظم عمومی جامعه نمی‌پذیرد که افراد بتوانند خویش را از تعهدات جدا گردانند و رابطه حقوقی از قوام لازمه بیفتند؛ از دیگر سو، قرارداد با شخصیت طرفین در ارتباط است و هریک بر حسب اعتبار مالی و شخصیتی طرف مقابل حاضر به انعقاد معامله می‌شود؛ بنابراین تجویز انتقال قرارداد با این اصول تعارضی بنیادین دارد.^{۵۹}

اما در سال‌های اخیر تلاش حقوق‌دانان به نتیجه رسیده است و پژوهشگران در رساله‌های دکتری متعددی سعی بر آن داشته‌اند تا زوایای مختلف آن را مورد شناسایی قرار دهند. ابتدا انتقال قرارداد با انتقال دین و طلب مقایسه، و سپس این سه عنوان نوعاً تحت یک نظام حقوقی در نظر گرفته شده است. قانون‌گذار فرانسه در اصلاحیه اخیر سال‌های ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸ انتقال قرارداد را از دو مفهوم اخیر متمایز گردانید و جایگاه آن را در زیرمجموعه آثار قرارداد تعیین نمود. برخی از حقوق‌دانان نظر بر آن دارند که انتقال قرارداد جایگاه واقعی خویش را فی‌مابین مدت زمان اجرا و عدم اجرای قرارداد به دست آورده است.^{۶۰} قانون‌گذار فرانسوی انتقال قرارداد را ماهیتاً بر انتقال موقعیت قراردادی یکی از طرفین قرارداد شناسایی، و یک نظریه عمومی را در این راستا تبیین کرده است و در قالب آن، سه مرحله مفهوم، شرایط اعمال، و آثار انتقال قرارداد را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است.

اساس بحث پذیرش انتقال قرارداد یا عدم آن، به شناسایی موجودیت حقوقی مفهوم قرارداد برمی‌گردد. با گذر از دیدگاه کلاسیک، امروزه می‌توانیم ماهیت حقوقی خلق شده

58. Olivier Deshayes; Thomas Genicon; Yves-Marie, Laithier, *Introduction de Dispositions Sur La Cession Conventiionnelle Dans le Code Civil Est L'un Des Apports Les Plus Remarquable de La Réforme*, Paris: Lexisnexis, 2016), p. 465.

۵۹. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۶۴.

60. Laurent Aynès, "La cession de Contrat", *Droit et Patrimoine*, No. 260 (2016), p. 67.

به وسیله اراده طرفین را به عنوان یک مفهوم حقوقی مستقل در روابط حقوقی و مالی که می تواند موضوع قرارداد واقع شود، در نظر بگیریم. این موضوع بیشتر در مورد قراردادهایی که آثار مالی متعددی را به وجود می آورند، به چشم می خورد. ولی قراردادهایی که شخصیت طرف مقابل در آن جایگاه مهمی دارد، نظیر عقد نکاح، داخل در مبحث انتقال نمی شود؛ این نوع از عقود صرفاً در خصوص طرفین اصلی آن معنا پیدا می کند و ماهیت این گونه قراردادها به نظم و منافع عمومی جامعه گره خورده است. اما اینکه قانون گذار فرانسه در مدون کردن نظام منسجمی از انتقال قرارداد تلاش می کند، علت آن در کارایی اقتصادی این نهاد نهفته است؛ به خصوص جایگاه آن در بحث حقوق شرکتها. برخی از شرکت های بزرگ نظیر گلف که زیرمجموعه آن آموزش گلف، فروشگاه لوازم ورزشی، رستوران و هتل است، مجموعه عظیمی به شمار می آیند که ممکن است دارای برخی مشکلات مالی باشند و از دیگر سو، مدیر مجموعه تمایل داشته باشد مدیریت آن را به دیگری منتقل کند و از طریق انتقال قرارداد امکان ورود سرمایه جدید و مضاعفی به این واحد فراهم آید و مشکلات حقوقی و دعاوی جدید نیز ایجاد نشود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. احمد سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۸).
۲. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۲، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۰).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، ج ۵، (تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵).
۴. شعاریان، ابراهیم، *انتقال قرارداد*، (تهران: انتشارات شهر دانش، چ ۱، ۱۳۹۴).
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۳: تعهدات*، (تهران: نشر مجد، چ ۷، ۱۳۸۴).
۶. طباطبایی حکیم، محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، (قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق).
۷. فصیحی زاده، علیرضا، *اذن و آثار حقوقی آن*، (تهران: نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷).
۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: سهامی انتشار، چ ۶، ۱۳۹۰).
۹. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع* (تهران: سهامی انتشار، چ ۱۳، ۱۳۸۷).
۱۰. مدنی، جلال‌الدین، *عقود معین*، ج ۵، (تهران: انتشارات پدیدار، ۱۳۸۵).

- مقالات

۱۱. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی»، *حقوق اسلامی*، ش ۶ (۱۳۸۴).
۱۲. مقدم، عیسی، «انتقال قرارداد»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۴ (۱۳۸۶).
۱۳. نیکخواه، رضا؛ صالحی، مهدی و اکبری آرائی، منصور، «انتقال قرارداد در قانون پیش‌فروش ساختمان ۹۸۳۱»، *پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۸۲ (۱۳۹۸).

ب) منابع انگلیسی

- Ouvrages

14. Chénéde, François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*

2019-2020, (Paris: Dalloz, 2018).

15. Deshayes, Olivier; Genicon Thomas; Laithier, Yves-Marie, *Introduction de Dispositions Sur la Cession Conventionnelle Dans le Code Civil Est L'un Des Apports Les Plus Remarquable de la Réforme*, (Paris: Lexisnexis, 2016).
16. Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas; Laithier, Yves-Marie, *Réforme du Droit Des Contrats, du Régime Général et de La Preuve Des Obligations*, (Paris: Lexisnexis, 2016).
17. Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Savaux, Eric, *Droit Civil, t. 3, Le Rapport D'obligation*, (Paris, Colin, 5e éd, 2007).
18. Lapp, Charles, *Essai Sur la Cession de Contrat Synallagmatique à Titre Particulier, Préf. J. Radouant, Thèse*, (Strasbourg: Université de Strasbourg, 1950).
19. Michel, Pédamon & Hugues, Kenfack, *Droit Commercial: Commerçants et Fonds de Commerce, Concurrence et Contrats du Commerce*, (Paris: Dalloz Précis, 2020).
20. Oury-Brulé. Manuela, *L'engagement du Codébiteur Solidaire Non Intéressé à la Dette, Thèses, Bibliothèque de Droit Privé*, (Paris: LGDJ, 2002).
21. Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves, *Droit Civil. Les Obligations*, (Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 12ème éd, 2019).

- Articles

22. Billiau, Marc, "Cession de Contrat ou Délégation de Contrat? *Étude Du Régime Juridique de la Prétendue Cession Conventionnelle de Contrat*", JCP No. 17, (1994).
23. Christophe, Lachièze, "Autonomie de la Cession Conventionnelle de Contrat", *Recueil Dalloz*, (2000).
24. Derruppé, Jean, "Fonds de Commerce", *Répertoire de Droit Commercial, Dalloz*, (2016).
25. Guido, Alpa, "Le Contrat Individuel et sa Définition", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 40, No. 2, (1988).
26. Jamin, Christophe, "Cession de Contrat et Consentement du Cédé", *Recueil Dalloz*, (1995).
27. Laurent, Aynès, "La Cession de Contrat", *Droit et Patrimoine*, N° 260, (2016).
28. Mestre, Jacques, "Une Nouvelle Figure Dans le Paysage Contractuel

Français: La Cession Judiciaire de Contrat”, *RTD Civ*, (1987).

29. Simler, Philippe, “Cession de Créance, Cession de Dette, Cession de Contrat”, *CCC* n° 5, Dossier 8, (2016).

30. Waltz-Teracol, Bélanda, “Indivisibilité”, *Répertoire de Droit Civil, Dalloz*, (2018).

- Jurisprudence

31. Cass, 1ère Civ, 15 Décembre 1999, No. 97-18.262.

32. Cass, Ch. Mixte, 8 Juin 2007, No. 03-15.602.

33. Cass. Com. 28 Juin 2017, FS-P+B+I, No. 15-17.394.

34. Cass. Com., 6 Déc. 1994, No. 91-17.927: *Juris Data* No. 1994-002435.

Table of Contents

1. Analyzing the Impact of Religious Activists on the International Climate Change Law Regime Mansour Airom; Hojjat Salimi Turkamani; Mohammad Mousazadeh	1-36
2. An Economic Analysis of Law from a Jurisprudential Perspective in Iran's Legal System Mina Bolurifar; Bijan Haji Azizi; Faizollah Jafari	37-69
3. Meta-Regulation in the Health Profession Mohammad Jalali; Maedeh Erfani	71-107
4. Dual Status of Civil Liability of Hospitals and Medical Centers for the Losses Incurred on the Patient in Iran and Antecessor Law Particularly French Law Gholamreza Haji Nouri	109-139
5. Social Responsibility in the Iranian Commercial and Investment Legal System and its Application to Jurisprudential Principles Hamid Hamidian; Ali Rezaei; Habib Taleb Ahmadi	141-178
6. A Comparative Study of the Principle of Full Compensation and the Plural Philosophical Foundations of the Law of Torts Seyyed Nourollah Shahrokhi; Habibollah Rahimi	179-213
7. A Comparative Study of “Ship Registration Systems” in Light of Legal Functions Nasrin Tabatabai Hesari; Soroush Safizadeh	215-243
8. A Comparative Study of the Legal Effects of Forming an Economic Group in the Form of a Civil Company in Iranian and French Law Navad Niknejad; Davod Hejaazi	245-273
9. Presumption of Correctness in Qualification Assessment of Election Candidates in the Islamic Republic of Iran Ali Velaei; Rahim Nobahar	275-305

10. A Study of the General Theory of Contract Transfer, in New French
Law and Its Place in Iranian Law
Mostafa Harati307-330

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
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
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	Associate 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	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor: Davood Kuhi

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: tabrizulaw@gmail.com

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
***Contemporary Comparative
Legal Studies***

Year. 14 - No. 30

Spring 2023



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 14, No. 30, Spring 2023



- Analyzing the Impact of Religious Activists on the International Climate Change Law Regime
Mansour Airom; Hojjat Salimi Turkamani; Mohammad Mousazadeh
- An Economic Analysis of Law from a Jurisprudential Perspective in Iran's Legal System
Mina Bolurifar; Bijan Haji Azizi; Faizollah Jafari
- Meta-Regulation in the Health Profession
Mohammad Jalali; Maedeh Erfani
- Dual Status of Civil Liability of Hospitals and Medical Centers for the Losses Incurred on the Patient in Iran and Antecessor Law Particularly French Law
Gholamreza Haji Nouri
- Social Responsibility in the Iranian Commercial and Investment Legal System and its Application to Jurisprudential Principles
Hamid Hamidian; Ali Rezaei; Habib Taleb Ahmadi
- A Comparative Study of the Principle of Full Compensation and the Plural Philosophical Foundations of the Law of Torts
Seyyed Nourollah Shahrokhi; Habibollah Rahimi
- A Comparative Study of “Ship Registration Systems” in Light of Legal Functions
Nasrin Tabatabai Hesari; Soroush Safizadeh
- A Comparative Study of the Legal Effects of Forming an Economic Group in the Form of a Civil Company in Iranian and French Law
Navad Niknejad; Davod Hejaazi
- Presumption of Correctness in Qualification Assessment of Election Candidates in the Islamic Republic of Iran
Ali Velaei; Rahim Nobahar
- A Study of the General Theory of Contract Transfer, in New French Law and Its Place in Iranian Law
Mostafa Harati

