



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

# پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- \* مطالعه تطبیقی الگوی پاسخ دهی حقوقی به پدیده کودکان کار در حقوق ایران و آمریکا  
:: سید حسام الدین بردبار؛ فرهاد اله وردی ::
- \* مطالعه تطبیقی ماهیت روابط حقوقی در حکم قرارداد در حقوق ایران و انگلستان  
:: مصطفی سعادت مصطفوی؛ عاطفه ذبیحی ::
- \* حق انگاری خلع برای زوجه (مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و برخی از کشورهای اسلامی)  
:: سید محمد رضوی؛ ابراهیم جوانمرد فرخانی؛ حمید میری؛ سارا علیزاده اردبیلی ::
- \* چالش های فراروی دسترسی عادلانه به واکسن و دارو در موافقتنامه ترپس با نگاهی به حقوق ایران  
:: ام البنین رمضان زاده ::
- \* جایگاه عقیم سازی در رفاه حیوانات شهری، بررسی تطبیقی ایران، اروپا، امریکای لاتین  
:: شیما عرب اسدی؛ نفیسه مکتبی ::
- \* تحلیل مبانی اخلاقی ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت مدنی با نگاهی تطبیقی به حقوق انگلیس و فرانسه  
:: حسین قربانی؛ بیژن حاجی عزیزی؛ محمد مولودی ::
- \* امتناع از رسیدگی به جهت رد دادرس با نگاهی تطبیقی در حقوق فرانسه  
:: حسن محسنی ::
- \* تعیین ساز و کار اجرایی اصل ۷۵ قانون اساسی ایران با مقایسه اجرای اصل مشابه در نظام حقوقی فرانسه  
:: الهه مرندی ::
- \* مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی عامل زیان در برابر تماشاگر حادثه زیانبار در حقوق امریکا و طرح آن در حقوق ایران  
:: عباس میرشکاری؛ زهرا تخشید؛ مونا عبدی ::
- \* تاملی در مفهوم نسبیت تقصیر در قراردادها با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و فرانسه  
:: علیرضا یزدانیان؛ نورا احسانگر ::



پژوهشنامه علمی

حقوق تطبیقی

رتبه «ب»

دوره ۸ / شماره ۱ / پیاپی ۱۳

بهار ۱۴۰۳

## پژوهشنامه حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

انجمن علمی همکار: انجمن علوم قضایی ایران

مدیر مسئول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر اجرایی: دکتر سیدحسن حسینی مقدم

کارشناس: احسان نعمتی

### اعضای هیأت تحریریه

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر محسن ایزانلو
استاد دانشگاه فردوسی	دکتر عبدالرضا جوان جعفری
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر مهراب داراب پور
استاد دانشگاه مازندران	دکتر ابوالحسن شاکری
استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
استاد دانشگاه تهران	دکتر بیژن عباسی
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محسن عبدالهی
استاد دانشگاه بوعلی سینا	دکتر ستار عزیزی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر کیومرث کلاتتری
استاد دانشگاه علوم قضایی	دکتر همایون مافی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر سام محمدی
استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر پژمان محمدی
دانشیار دانشگاه قم	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه اصفهان	دکتر علیرضا یزدانیان

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر نازیلا تقوی

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: ۷۵۶۶-۲۴۲۳

شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۷۷۰

نشانی: بابلسر، پردیس دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴      نمابر: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir      نشانی اینترنتی: www.lps.journals.umz.ac.ir

• پژوهشنامه حقوق تطبیقی، مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست و در ویرایش مطالب آزاد است.

اسامی داوران محترمی که در این شماره با پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی همکاری داشته اند:

سیداحمد حبیب نژاد / حمید ابهری / مرتضی نجابت خواه / امیرحسین نیازپور / عباس میرشکاری / شیما عرب اسدی / سمیه ظهوری / سیدحسن حسینی مقدم / احمد اسفندیاری / حسن محسنی / محمد مولودی / علی مشهدی / محمد عالم زاده / محمد فرزندگان / ام‌البنین رمضان زاده / نازیلا تقوی / مهدی رحمانی / حسن حاجی تبار فیروزجائی / مجتبی جانی پور / آزاده صادقی / عباس نیازی / حسین کاویار / مهدی فلاح خاریکی / مسعود فریادی / حسین خانلری بهنمیری.

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ موفق به کسب رتبه « ب » در فرآیند ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال ۱۴۰۱ شده است.

پژوهشنامه حقوق تطبیقی، اخلاق علمی و نشر را تحت قوانین بین‌المللی کپی رایت و کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات (COPE) رعایت و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی پیروی می نماید.

در راستای حمایت از حقوق پژوهشگران و نویسندگان گرامی و همچنین جهت گسترش فرهنگ احترام به حق کپی رایت، مقالات بارگذاری شده در سامانه پیش از قرار گرفتن در روند داوری، از طریق سامانه مشابهت یابی سمیم نور همانندجویی می شوند.

دسترسی به مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی و دریافت آنها، رایگان بوده و محدودیتی جهت خواندن و دریافت مقالات نشریه حاضر وجود ندارد و مخاطبان برای استفاده از آنها در راستای اهداف قانونی مجاز می باشند.



## به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی سیزدهم پژوهشنامه حقوق تطبیقی با رتبه «ب» وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و با نمایه ISC منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار ۳۱ شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مازندران



Original Article

## A comparative study of the model of legal response to the phenomenon of working children in Iranian and American law

Seyed Hesam Bordbar<sup>\*1</sup>, Farhad Allahverdi<sup>2</sup>

<sup>1</sup> M.A in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.1.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25324.1502)



[10.22080/LPS.2023.25324.1502](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25324.1502)

**Received:**

April 17, 2023

**Accepted:**

June 18, 2023

**Available online:**

September 22, 2023

**Keywords:**

Working children, street children, poverty, legal accountability, urban rights

### Abstract

The phenomenon of working and street children is one of the social problems that is in conflict with the culture and value system of Iranian society. Examining the course of legislative and policy-making developments in this area shows that in facing this phenomenon, there have been three general approaches of "denial", "confrontation" and "support". The application of these approaches in responding to the phenomenon of working children in different social systems has resulted in various legal response patterns, programs and plans. In this article, relying on the analytical descriptive method and using the sources obtained from the document study method, we have done a comparative study of the patterns of legal response to the phenomenon of child labor in the laws of Iran and America, And we show what model these legal systems have used to respond to the phenomenon of working and street children and how efficient these models have been in dealing with the phenomenon of working and street children. The results of this study show that despite the fact although both countries have ratified international conventions for the protection of children's rights, the will of the policy makers in these two countries to implement these conventions and adopt a protective approach towards working children. is significantly different.

**\*Corresponding Author:** Seyed Hesam Bordbar

**Address:** Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

**Email:** [h.hesambordbar@gmail.com](mailto:h.hesambordbar@gmail.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Over the past few decades, Iranian society has experienced rapid and extensive changes in its demographic structure and socio-economic conditions. The increase in population growth rate, economic instability, unemployment, income inequality, addiction and poverty are among the most important of these changes, which, along with the development of urbanization caused by the migration of unemployed people and the influx of refugees from neighboring countries and some other developments, have affected the social system of Iran. Unpleasant things like working and street children. The phenomenon of street children, especially working children, is an important problem that exists in various social systems, including Iran and the United States. Employing children in any work that deprives them of the opportunity to study and grow and is harmful to their physical and mental health is always known as a manifestation of the violation of children's rights and a form of exploitation and abuse. Very low wages, very low probability of strike, greater obedience and lack of awareness of their legal rights are among the features that make child labor very attractive for profit-seeking employers. According to a statistic, in 2020, approximately 160 million children were employed worldwide. Usually, the majority of these children are employed in dangerous jobs that endanger their health, safety and moral development. According to the data of the International Labor Organization (ILO), in 2020 there were about 7.9 million working children in Iran, which constituted 9.3% of the total population of children aged 5 to 17 in the country. Most

of these children are employed in the agricultural sector and a significant number have been engaged in service, production and construction industries. The issue of working children is more serious in developing and poor countries. Poverty, addiction, injustice and socio-economic inequalities, lack of access to education, weakness in public services, the influence of some cultural and religious beliefs, as well as the lack of serious political will for the strict implementation of international agreements are among the main factors. It affects the work situation of children. In addition to these factors, we can mention the occurrence of environmental crises, outbreaks of epidemic diseases such as Corona, and military conflicts. The purpose of this article is to examine the legal dimensions of street children's work in Iran and the United States, with a special focus on child labor control programs based on city laws. To achieve this goal, this article relies on the descriptive-analytical method using scientific articles, books and reports of international organizations such as ILO and the United Nations, first by providing an overview of international and domestic laws related to children's rights and their work. Pays, begins. Then it details the legal frameworks and the strengths and weaknesses of the programs created in Iran and the United States, which were formed to deal with child labor. Finally, this article examines different approaches in Iran and the United States and its impact on the lives of working children, and how to deal with working children based on urban rights.

### 2. Research Methodology

This research is typically in the category of descriptive-analytical researches and from the methodology point of view, it



relies on documentary data derived from the library method. Accordingly, the data collection instrument is the use of tools such as taking notes that is used in library research. In this regard, sources related to the subject of research, including books, articles, laws, regulations, dissertations and sometimes news reports and other relevant sources have been collected and analyzed.

### 3. Research Findings

The phenomenon of working and street children is one of the social problems that is in conflict with the culture and value system of Iranian society. Examining the course of legislative and policy-making developments in this area shows that in facing this phenomenon, there have been three general approaches of "denial", "confrontation" and "support". The application of these approaches in responding to the phenomenon of working children in different social systems has resulted in various legal response patterns, programs and plans. In this article, relying on the analytical descriptive method and using the sources obtained from the document study method, we have done a comparative study of the patterns of legal response to the phenomenon of child labor in the laws of Iran and America, and we show that these legal systems are facing With the phenomenon of working and street children, what model did he use to respond and how effective were these models in dealing with the phenomenon of working and street children. The results of this study show that despite the fact that both countries have ratified international conventions for the protection of children's rights, the will of the policy makers in these two countries to implement these conventions and adopt a

protective approach towards working children. is significantly different.

### 4. Conclusion

To further expand the comparative analysis of the legal frameworks of child labor in Iran and the United States, it is important to note that the weakness in education and economic opportunities in Iran has contributed to the high rate of child labor in Iran. Many of these children work long hours in dangerous conditions and receive little or no pay. In contrast, the United States has more developed educational and economic systems that provide more opportunities for children to attend school and access more secure forms of employment. Today, the lack of sufficient attention to the underlying causes and macro-level variables to improve the economic situation of working children and their families has caused organizing activities in Iran to move mainly at the level and the main part of energy, financial and human resources. Engage in striking and symbolic (not fundamental) measures, including quick and hasty removal of children from the streets, temporary detention in government centers and returning them to their cities. It will not be possible to solve the problem of street children unless there is a serious determination to reduce the mentioned problems and to adopt appropriate foreign and domestic policies to realize it. Plans to collect and organize street children is the main approach of the government in facing the issue of street children. Collecting and organizing has a simplistic view of street children. In this view, children, regardless of their social and economic backgrounds and their role as small family breadwinners, gather from the streets and return to the streets again in an inevitable process. This is while solving the problem of street children in



Iran requires serious determination and persistent efforts of government systems with the participation of civil society in reducing and controlling the background factors affecting the reproduction of street children and planned measures to empower children and their families to It is the place where children rush out of the street.

### **Funding**

There is no funding support

### **Authors' Contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants.

علمی پژوهشی

## مطالعه‌ی تطبیقی الگوی پاسخ دهی حقوقی به پدیده‌ی کودکان کار در حقوق ایران و آمریکا

سید حسام الدین بردبار<sup>۱\*</sup>، فرهاد اله وردی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.  
<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.1.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25324.1502)



[10.22080/LPS.2023.25324.1502](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25324.1502)

### چکیده

پدیده‌ی کودکان کار و خیابانی از جمله مشکلات اجتماعی است که در تقابل با فرهنگ و نظام ارزشی جامعه ایران قرار دارد. بررسی سیر تحولات تقنینی و سیاست‌گذاری در این حوزه نشان می‌دهد که در مواجهه با این پدیده سه رویکرد کلی «انکار»، «مقابله» و «حمایت» وجود داشته است. کاربست این رویکردها در پاسخ‌دهی به پدیده کودکان کار در نظام‌های مختلف اجتماعی الگوهای پاسخ‌دهی قانونی، برنامه‌ها و طرح‌های مختلفی را به بار آورده است. در این نوشتار با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع به دست آمده از روش مطالعه‌ی اسنادی به بررسی تطبیقی الگوهای پاسخ‌دهی حقوقی به پدیده کودکان کار در حقوق ایران و آمریکا پرداخته و نشان می‌دهیم که این نظام‌های حقوقی در مواجهه با پدیده کودکان کار و خیابانی از چه الگویی برای پاسخ‌دهی استفاده کرده و این الگوها تا چه اندازه در رسیدگی به پدیده کودکان کار و خیابانی کارآمد بوده است. نتایج این بررسی نشان می‌دهد که هر دو کشور کنوانسیون‌های بین‌المللی حمایت از حقوق کودکان را تصویب کرده‌اند، اما اراده‌ی سیاست‌گذاران در این دو کشور برای اجرای این کنوانسیون‌ها و اتخاذ رویکرد حمایتی نسبت به کودکان کار به طور قابل توجهی متفاوت است.

تاریخ دریافت:

۲۸ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۲۸ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۳۱ شهریور ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

کودکان کار، کودکان خیابانی، فقر، پاسخ‌دهی حقوقی، حقوق شهری.

\* نویسنده مسئول: سید حسام الدین بردبار

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ایمیل: [h.esambordbar@gmail.com](mailto:h.esambordbar@gmail.com)



## ۱ مقدمه

این کودکان در بخش کشاورزی به کار گرفته شده و تعداد قابل توجهی نیز در صنایع خدماتی، تولیدی و ساختمانی مشغول بوده‌اند (ILO, 2021).

در حالی که کار کودک همچنان یک مشکل مهم در ایران، به ویژه در مناطق روستایی است، ایالات متحده با قوانین سخت گیرانه و مکانیسم‌های اجرایی، پیشرفت قابل توجهی در کاهش کار کودکان داشته است. مطابق گزارش وزارت کار ایالات متحده، در سال ۲۰۲۰ حدود ۳۲۵۰۰۰ کودک کار در ایالات متحده وجود داشت که کمتر از ۱ درصد از جمعیت کودکان ۵ تا ۱۷ ساله این کشور را تشکیل می‌دهند (USDOL, 2021). این آمارها تفاوت فاحش کار کودک بین ایران و ایالات متحده را نشان می‌دهد. به رغم این تفاوت‌ها، کار کودکان همچنان یک مسئله مهم در این دو کشور است.

اثرات مضرى که کار کودکان بر سلامت، آموزش و چشم‌انداز آینده آن‌ها بر جا می‌گذارد سبب شده است که نهادها و سازمان‌های مربوطه از جمله سازمان بین‌المللی کار از حذف کار کودکان از طریق اقدامات مختلف مانند قوانین و سیاست‌ها، آموزش، حمایت اجتماعی و فقر حمایت کنند. گزارش سازمان بین‌المللی کار نشان می‌دهد که اکثریت کودکان کار در بخش کشاورزی، خدمات و صنعت قرار دارند.<sup>۲</sup> این حوزه‌ها از رایج‌ترین بخش‌هایی است که کودکان با شرایط کاری خطرناک و استثمارگرانه (از جمله ساعات کار طولانی، دستمزدهای پایین و قرار گرفتن در معرض مواد مضر) در آن‌ها به کار گرفته می‌شوند.

مسئله‌ی کودکان کار در کشورهای در حال توسعه و فقیر از جدیت بیشتری برخوردار است. فقر، اعتیاد، بی‌عدالتی و نابرابری‌های اجتماعی-اقتصادی، عدم دسترسی به آموزش (Miller, 2010: 103)، ضعف در خدمات عمومی، اثرگذاری برخی باورهای

طی چند دهه‌ی گذشته، جامعه ایران تغییرات سریع و گسترده‌ای را در ساختار جمعیتی و شرایط اجتماعی-اقتصادی تجربه کرده است. افزایش نرخ رشد جمعیت، بی‌ثباتی اقتصادی، بیکاری، نابرابری درآمد، اعتیاد و فقر از جمله مهمترین این تغییرات است که در کنار توسعه‌ی شهرنشینی ناشی از مهاجرت افراد بیکار و هجوم پناهندگان از کشورهای همسایه و برخی تحولات دیگر نظام اجتماعی ایران را درگیر پدیده‌های ناخوش‌آیندی همچون کودکان کار و خیابانی کرده است.

پدیده‌ی کودکان خیابانی، به ویژه کودکان کار، مشکل مهمی است که در نظام‌های اجتماعی مختلف از جمله ایران و ایالات متحده نیز وجود دارد. به‌کارگیری کودکان در هر کاری که فرصت تحصیل و رشد را از آن‌ها سلب کند و برای سلامت جسمی و روحی آن‌ها مضر باشد همواره به‌عنوان جلوه‌ای از نقض حقوق کودکان و نوعی استثمار و سوءاستفاده شناخته شده است. دستمزد بسیار کم، احتمال اعتصاب بسیار پایین، فرمان‌پذیری بیشتر و عدم آگاهی به حقوق قانونی خود از جمله ویژگی‌هایی است که کار کودکان را برای کارفرمایان سودجو بسیار جذاب می‌کند.

مطابق یک آمار، در سال ۲۰۲۰ تقریباً ۱۶۰ میلیون کودک در سراسر جهان مشغول به کار بوده‌اند (ILO, 2021). معمولاً اکثریت این کودکان در مشاغل خطرناکی که سلامت، ایمنی و رشد اخلاقی آن‌ها را به خطر می‌اندازد به کار گرفته می‌شوند. بر اساس داده‌های سازمان بین‌المللی کار (ILO)، در سال ۲۰۲۰ حدود ۷.۹ میلیون کودک کار در ایران وجود داشته است که ۹.۳ درصد از کل جمعیت کودکان ۵ تا ۱۷ ساله کشور را تشکیل می‌داد. اکثر

<<https://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang--en/index.htm>>

<sup>۱</sup> - Del Lavoro, O. I., & Unicef. (2021). Child Labour: Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward.

<sup>۲</sup> - International Labour Organization. (2021). Child Labour. Retrieved from

کودکان کار، به نحوه برخورد با کودکان کار بر اساس حقوق شهری پرداخته است.

## ۲ چارچوب قانونی کار کودکان در ایران

برای پرداختن به موضوع کار کودکان در ایران، نیاز به چارچوب‌ها و برنامه‌های قانونی جامعی وجود دارد که بر پیشگیری از کار کودکان و حمایت از حقوق کودکان کار متمرکز باشد. چنین برنامه‌هایی باید طیفی از ذینفعان از جمله سازمان‌های دولتی، سازمان‌های جامعه مدنی و کارفرمایان را درگیر کنند و باید فراهم کردن فرصت‌های تحصیلی برای کودکان کار را در اولویت قرار دهند.

در طول چند دهه اخیر، مسئله حقوق کودکان محور توجهات نهادهای بین‌المللی و دولت‌ها قرار گرفته است. تدوین و تصویب «کنوانسیون حقوق کودک» (CRC) حاکی از دغدغه‌ی جامعه‌ی بین‌المللی در زمینه حقوق کودک است که جمهوری اسلامی ایران نیز به این پیمان‌نامه بین‌المللی به‌طور مشروط ملحق شده است. کنوانسیون شماره ۱۳۸ سازمان بین‌المللی کار (ILO) در مورد حداقل سن ورود به کار از دیگر مواردی است که قانون‌گذار داخلی آن را تصویب کرده است. این کنوانسیون‌ها از دولت‌ها می‌خواهند که اقداماتی را برای حذف کار کودکان انجام دهند. تعیین حداقل سن برای اشتغال و همچنین ممنوعیت کاری که احتمالاً به سلامت، آموزش یا رشد کودک آسیب می‌رساند از جمله این اقدامات است. با این حال به‌رغم تصویب این سیاست‌های پیشنهادی در حمایت از حقوق کودکان به نظر می‌رسد که کار کودکان به‌ویژه در مناطق روستایی همچنان رواج داشته و همچنان کودکان

فرهنگی<sup>۱</sup> و مذهبی و همچنین فقدان اراده سیاسی جدی برای اجرای دقیق توافق‌نامه‌های بین‌المللی از جمله عوامل اصلی اثرگذار بر وضعیت کار کودکان است. در کنار این عوامل می‌توان به وقوع بحران‌های زیست‌محیطی، بروز بیماری‌های همه‌گیر همچون کرونا و درگیری‌های نظامی اشاره کرد.

بررسی تاریخچه قوانین و سیاست‌گذاری‌ها نشان می‌دهد که در مواجهه با کودکان کار سه رویکرد کلی «انکار»، «مقابله» و «حمایت» وجود داشته که الگوهای پاسخ دهی قانونی، برنامه‌ها و طرح‌های مختلفی را به بار آورده است. اصلاح قوانین و سیاست‌ها، ایجاد برنامه‌های آموزشی و آگاهی‌بخشی، ایجاد شرایط بهتر برای کار افراد بالغ، تأمین نیازهای اساسی کودکان کار و حمایت از آن‌ها در تحصیل از جمله الگوهای رایج در پاسخ‌دهی به پدیده کودکان کار است.

هدف این مقاله بررسی ابعاد حقوقی کار کودکان خیابانی در ایران و آمریکا با تمرکز ویژه بر برنامه‌های کنترل کودکان کار بر اساس حقوق شهری است. برای دستیابی به این هدف، نوشتار حاضر با تکیه بر روش توصیفی-تحلیلی با استفاده از مقالات علمی، کتاب‌ها و گزارش‌های سازمان‌های بین‌المللی مانند ILO و سازمان ملل متحد ابتدا با ارائه مروری بر قوانین بین‌المللی و داخلی که به حقوق کودکان و مسئله کار آن‌ها می‌پردازد، آغاز می‌شود. سپس به جزئیات چارچوب‌های قانونی و نقاط قوت و ضعف برنامه‌های ایجادشده در ایران و ایالات متحده می‌پردازد که برای مقابله با کار کودکان شکل گرفته است. در نهایت، این مقاله با بررسی رویکردهای مختلف در ایران و ایالات متحده و تأثیر آن بر زندگی

در کنار این مسائل برخی از باورهای فرهنگی ممکن است به این مفهوم نادرست دامن بزند که آموزش دختران به اندازه تحصیل پسر مهم نیست؛ این باور سبب می‌شود که نقش دختران به ارائه دهندگان خدمات خانگی تقلیل یافته و زمینه‌ساز کار کودکان در سنین پایین باشد (Invernizzi & Williams, 2013: 61).

<sup>۱</sup> برای نمونه در کشورهای در حال توسعه این باور وجود دارد که کار تأثیر سازنده‌ای بر شکل‌گیری بهتر شخصیت کودکان دارد و رشد مهارت را در آن‌ها افزایش می‌دهد (Radfar et al., 2018: 18). از سوی دیگر در این خانواده‌ها این سنت وجود دارد که کودکان مسیر شغلی والدین را دنبال می‌کنند و از سنین بسیار پایین در کنار والدین خود کار را شروع می‌کنند.



نظارت مؤثر بر اماکن کار جهت پیشگیری و مقابله با آزار یا بهره‌کشی اقتصادی از اطفال یا نوجوانان از دیگر تدابیر قانونی و سیاست‌های حمایتی است که انجام آن‌ها به‌موجب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ بر عهده وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی قرار گرفته است.

بدون تردید مقابله با پدیده کار کودکان و بهره‌کشی اقتصادی از آن‌ها یکی از بسترهای مهم حمایتی از اطفال و نوجوانان است. بروز تورم و معضلات اقتصادی شدید طی یک دهه‌ی اخیر ضرورت پیگیری این سیاست‌های حمایتی را بیش‌ازپیش نشان می‌دهد.

شناسایی اطفال و نوجوانان در وضعیت مخاطره‌آمیز از دیگر تدابیر حمایتی است که به‌موجب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان بر عهده نیروی انتظامی قرار گرفته است. به کارگیری این تدابیر قانونی را باید تا حدود زیادی مدیون مطالبه‌گری سازمان‌های مردم‌نهاد فعال در حوزه کودکان دانست؛ چراکه این نهادها همواره از وجود کودکان در وضعیت مخاطره‌آمیز خبر می‌دهند و برای اجتناب از آسیب‌دیدگی آن‌ها درخواست حمایت از این گروه از کودکان را از طریق مراجع مختلف داخلی و بین‌المللی مورد پیگیری قرار می‌دهند.

### ۳ چارچوب قانونی برای کار کودکان در ایالات متحده

قوانین کار کودکان در ایالات متحده توسط یک چارچوب قانونی جامع کنترل می‌شود که هدف آن محافظت از کودکان در برابر استثمار و تضمین آموزش و توسعه آن‌هاست. در سطح فدرال، بخش دستمزد و ساعت وزارت کار ایالات متحده (WHD)<sup>2</sup> مسئول اجرای قوانین کار کودکان است و بر قانون

بسیاری در سراسر جهان در فعالیت‌های اقتصادی بهره‌کشانه که مغایر با حقوق مدنی و رفاه اجتماعی کودکان است، شرکت دارند (پیرخندان و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۱۶).

بر اساس ماده‌ی ۳۲ قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۷۲ کشورهای طرف کنوانسیون باید حق کودک را جهت موردحمایت قرار گرفتن در برابر استثمار اقتصادی و انجام هرگونه کاری که زیان‌بار بوده و یا توقیفی در آموزش وی ایجاد کند و یا برای بهداشت جسمی، روحی، معنوی، اخلاقی و یا پیشرفت اجتماعی وی مضر باشد را به رسمیت بشناسند. تعیین حداقل سن یا حداقل سنین برای انجام کار، تعیین مقررات مناسب از نظر ساعات و شرایط کار و همچنین تعیین مجازات‌ها و یا اعمال سایر ضمانت‌های اجرایی مناسب از جمله اقداماتی است که صراحتاً در ذیل ماده‌ی ۳۲ و جهت تضمین اجرایی شدن آن مورد اشاره قرار گرفته است.

از سوی دیگر مطابق ماده‌ی ۳۶ قانون فوق‌الذکر دولت متعهد شده است که از کودکان در برابر تمام اشکال استثمار که هر یک از جنبه‌های رفاه کودک را به مخاطره اندازد، حمایت کنند. از نظر این کنوانسیون منظور از کودک افراد انسانی زیر ۱۸ سال است مگر اینکه طبق قانون قابل‌اجرا در مورد کودک سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود.

پیش از الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مقنن در ماده‌ی ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ به کار گماردن افراد زیر ۱۵ سال را ممنوع دانسته بود. مسئله‌ای که وجود دارد این است که این ماده به‌ویژه در بخش غیررسمی به‌طور مؤثر اجرا نمی‌شود. گزارش شده است که کودکان زیر هشت سال در کشاورزی، قالی‌بافی و دست‌فروشی در خیابان کار می‌کنند.<sup>1</sup>

<https://www.hrw.org/news/2019/07/31/iran-children-young-8-years-old-working-laborers>

<sup>2</sup> - U.S. Department of Labor's Wage and Hour Division (WHD)

<sup>1</sup> - Human Rights Watch. (2019). Iran: Children as young as 8 years old working as laborers. Retrieved from

سال نمی‌توانند بیش از سه ساعت در روز مدرسه یا هشت ساعت در روز غیر مدرسه کار کنند. آن‌ها همچنین نمی‌توانند قبل از ساعت ۷ صبح یا بعد از ۷ بعدازظهر کار کنند.<sup>۵</sup> برای اطمینان از انطباق با قوانین کار کودکان، دولت فدرال بودجه‌ای را برای حمایت از برنامه‌های کار کودکان در اختیار ایالت‌ها قرار می‌دهد. دفتر کار کودکان، کار اجباری و قاچاق انسان (OCFT) وزارت کار ایالات متحده کمک‌های مالی را به ایالت‌ها برای تأمین مالی فعالیت‌های اجرای قانون کار، از جمله بازرسی‌ها، تحقیقات و برنامه‌های آموزشی و اطلاع‌رسانی مدیریت می‌کند. همچنین تحقیقاتی را انجام می‌دهد و به ایالت‌ها کمک فنی می‌کند تا ظرفیت آن‌ها را برای رسیدگی به مسائل کار کودکان افزایش دهد. مجازات‌های کیفری برای نقض قوانین کار کودکان ممکن است بسته به شدت تخلف و ایالتی که در آن رخ داده متفاوت باشد. به عنوان مثال، در تگزاس، فردی که کودکی را با نقض قوانین کار کودک به کار می‌گیرد، می‌تواند به جنایت درجه‌ی C متهم شود که تا ۵۰۰ دلار جریمه شود.<sup>۶</sup> علاوه بر این، کارفرما مشمول جریمه‌های مدنی مانند جریمه یا دستور پرداخت دستمزد معوقه به کودک شود. در موارد شدیدتر، مانند زمانی که کودک در معرض کار اجباری یا قاچاق جنسی قرار می‌گیرد، اتهامات جنایی می‌تواند بسیار جدی‌تر باشد. طبق قوانین فدرال، قاچاق کودکان کار، جرمی است که مجازات آن تا ۲۰ سال زندان و جریمه نقدی است. علاوه بر این، آژانس‌های مجری قانون فدرال، مانند اداره تحقیقات فدرال (FBI)، صلاحیت تحقیق و تعقیب پرونده‌های قاچاق کار کودکان را دارند.<sup>۷</sup>

استانداردهای کار منصفانه (FLSA)<sup>۱</sup> نظارت می‌کند که حداقل شرایط سنی، ساعات کار و محدودیت‌های شغلی را برای کودکان در صنایع غیر کشاورزی و کشاورزی تعیین کرده است. قانون کودکان زیر ۱۴ سال را از کار کردن منع می‌کند، مگر در شرایط محدودی مانند کار در یک تجارت خانوادگی یا تحویل روزنامه. کودکان ۱۴ تا ۱۵ ساله مجاز به کار خارج از ساعات مدرسه در مشاغل غیر خطرناک هستند، درحالی‌که افراد ۱۶ تا ۱۷ ساله ممکن است در هر شغل غیر خطرناکی کار کنند.

علاوه بر قوانین فدرال، هر ایالت دارای مجموعه‌ای از قوانین کار کودکان است که مکمل مقررات فدرال است. قوانین ایالتی ممکن است محدودیت‌های سخت‌گیرانه‌تری برای کار کودکان، به‌ویژه در صنایع خطرناک مانند معدن و ساخت‌وساز ایجاد کند. به عنوان مثال، در کالیفرنیا، کودکان زیر ۱۶ سال مجاز به کار در صنعت سرگرمی بدون مجوز نیستند و کودکان زیر ۱۸ سال از کار در مشاغل خطرناک مانند چوب‌بری یا کار با ماشین‌آلات برقی منع می‌شوند.<sup>۲</sup> در نیویورک، کودکان زیر ۱۸ سال مجاز به کار در مشاغل خطرناک مانند معدن، ساخت‌وساز، یا تولید نیستند. آن‌ها همچنین نمی‌توانند بیش از هشت ساعت در روز یا ۴۸ ساعت در هفته در طول سال تحصیلی کار کنند.<sup>۳</sup> در تگزاس، کودکان زیر ۱۴ سال معمولاً مجاز به کار نیستند، مگر در شرایط محدودی مانند تحویل روزنامه یا کار در مزرعه‌ای که متعلق به والدینشان است. کودکان زیر ۱۶ سال نمی‌توانند در ساعات مدرسه یا بیش از هشت ساعت در روز در روزهای غیر مدرسه کار کنند.<sup>۴</sup> در ایلینوی، کودکان زیر ۱۶

<sup>6</sup> - Texas Labor Laws - Wage and Hour." Texas Workforce Commission. <https://www.twc.texas.gov/jobseekers/texas-labor-laws-wage-and-hour>

<sup>7</sup> - Child Labor Trafficking." U.S. Department of Justice, Civil Rights Division. <https://www.justice.gov/crt/child-labor-trafficking>

<sup>1</sup> - The Fair Labor Standards Act (FLSA)

<sup>2</sup> - <https://www.dir.ca.gov/dlse/youthemployment.htm>

<sup>3</sup> - <https://www.labor.ny.gov/workerprotection/laborstandards/workprot/childprot.shtm>

<sup>4</sup> - <https://www.labor.ny.gov/workerprotection/laborstandards/workprot/childprot.shtm>

<sup>5</sup> - <https://www2.illinois.gov/idol/Laws-Rules/FLS/Pages/Child-Labor-Law.aspx>



که جسم و ذهن آن‌ها هنوز در حال رشد است مضر باشد. علاوه بر این، کار در مزارع می‌تواند کودکان را در معرض مواد شیمیایی و آفت‌کش‌های خطرناک قرار دهد که می‌تواند اثرات طولانی‌مدتی بر سلامتی داشته باشد. این گزارش همچنین نشان می‌دهد که فرزندان کشاورزان مهاجر اغلب به دلیل جابه‌جایی‌های مکرر و نیاز به کار برای حمایت از خانواده‌هایشان، اختلالاتی را در تحصیل خود تجربه می‌کنند که خود می‌تواند منجر به پیشرفت تحصیلی کمتر و خطر بالاتر ترک تحصیل شود (Human Rights Watch, 2010).

## ۴ از کار کودکان تا پدیده کودکان کار

از لحاظ تاریخی، کار کودک به استعمار کودکان در شرایط کاری خطرناک و استثمارگرانه، اغلب در کارخانه‌ها یا معادن، با دسترسی کم یا بدون دسترسی به آموزش یا حفاظت اشاره دارد؛ اما به نظر می‌رسد بین کار کودک و پدیده کودکان کار به‌عنوان گروهی از کودکان خیابانی با وجود همپوشانی‌هایی، تفاوت وجود دارد. درحالی‌که کار کودک به هر کاری اطلاق می‌شود که کودکان را از حقوق، تحصیل و رشد محروم کند، از جمله شرایط کاری خطرناک و استثمارگرانه، پدیده کودکان کار به‌عنوان گروهی از کودکان خیابانی به‌طور خاص به کودکانی اطلاق می‌شود که در خیابان زندگی و کار می‌کنند.

طبق تعریف صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف)، کودکان خیابانی به کودکانی گفته می‌شود که در شهرهای بزرگ برای ادامه بقای خود مجبور به کار یا زندگی هستند.<sup>۳</sup> آیین‌نامه‌ی ساماندهی کودکان خیابانی مصوب ۱۳۸۴ کودک خیابانی را فرد کمتر از ۱۸ سال تمام می‌داند که به‌صورت محدود یا نامحدود در خیابان به سر می‌برد، اعم از کودکی که هنوز با خانواده خود تماس

سازمان‌های جامعه مدنی نیز نقش مهمی در ترویج و حمایت از حقوق کودکان کار در ایالات متحده دارند. کمیته ملی کار کودکان (NCLC) که در سال ۱۹۰۴ تأسیس شد، یکی از این سازمان‌ها است و از قوانین کار کودکان حمایت می‌کند و به کارفرمایان و کارگران در مورد مسائل کار کودکان آموزش و آموزش می‌دهد. این سازمان همچنین کمپین‌های تحقیقاتی و آگاهی عمومی را برای برجسته کردن شیوع و آسیب‌های کار کودکان انجام می‌دهد. هورویتز<sup>۱</sup> استدلال می‌کند که کمیته ملی کار کودکان (NCLC)<sup>۲</sup> در جلب توجه به موضوع کار کودکان و ایجاد تغییرات قابل توجهی در قوانین و مقررات حاکم بر آن موفق بود. به ویژه، NCLC از ترکیبی از تحقیقات علمی، اصلاحات اجتماعی و حمایت سیاسی برای اصلاح کار کودکان استفاده کرد (Horowitz, 2009: 663).

علیرغم این تلاش‌ها، کار کودکان همچنان یک مشکل دائمی در ایالات متحده است. اندازه‌گیری میزان کار کودکان به دلیل ماهیت پنهان بسیاری از اشکال کار کودکان، مانند کار خانگی و کار کشاورزی، چالش برانگیز است. با این حال، مطالعات نشان داده است که کودکان از جوامع به حاشیه رانده شده، مانند خانواده‌های مهاجر و کم‌درآمد، در معرض خطر بیشتری برای درگیر شدن در کار کودکان هستند (Parreñas, 2005; Hernandez, 2011; Mehta & Aratani, 2015). به‌عنوان مثال، مطالعه‌ای توسط دیده‌بان حقوق بشر نشان داد که فرزندان کارگران کشاورز مهاجر در ایالات متحده اغلب در کنار والدین خود در مزارع کار می‌کنند و سلامت و آموزش آن‌ها را به خطر می‌اندازند. این مطالعه نشان داد که فرزندان کشاورزان مهاجر اغلب در کنار والدین خود در مزارع کار می‌کنند که می‌تواند پیامدهای منفی بر سلامت و تحصیل آن‌ها داشته باشد. بر اساس این گزارش، ساعات طولانی و کار طاقت‌فرسا مورد نیاز در کارهای کشاورزی می‌تواند به‌ویژه برای کودکانی

<sup>۳</sup> -[https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/igs\\_streetchildren.pdf](https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/igs_streetchildren.pdf)

<sup>۱</sup> - Horowitz

<sup>۲</sup> - the National Child Labor Committee (NCLC)



«کودکانی که بی‌خانمانی را تجربه می‌کنند» یاد می‌شوند.

بر اساس گزارش مرکز ملی حقوقی بی‌خانمان و فقر<sup>۲</sup>، تقریباً ۴٫۲ میلیون جوان در ایالات متحده سالانه بی‌خانمانی را تجربه می‌کنند که بخشی از آن‌ها زیر ۱۸ سال سن دارند<sup>۳</sup>. این افراد ممکن است طیفی از چالش‌ها از جمله عدم دسترسی به نیازهای اولیه مانند غذا، سرپناه و مراقبت‌های بهداشتی و همچنین قرار گرفتن در معرض خشونت، استثمار و سوءمصرف مواد را تجربه کنند. درحالی‌که مشخص نیست چه تعداد از جوانان بی‌خانمان در ایالات متحده به فعالیت‌هایی مانند فروش یا گدایی در خیابان‌ها می‌پردازند، گفته شده است که بسیاری از جوانان بی‌خانمان در راهبردهای بقا<sup>۴</sup> مانند دست‌فروشی، دزدی، یا درگیر شدن در اقتصاد زیرزمینی شرکت می‌کنند (2 National Law Center on Homelessness & Poverty, 2018).

رابرتسون<sup>۵</sup> و همکارانش (۲۰۱۵) در مقاله خود با عنوان «جوانان بی‌خانمان: تحقیق، مداخله و سیاست» مروری بر مسئله‌ی جوانان بی‌خانمان در ایالات متحده ارائه می‌دهند. آن‌ها خاطرنشان می‌کنند که «تخمین فعلی جوانانی که بی‌خانمانی را در ایالات متحده تجربه می‌کنند سالانه بین ۱٫۶ تا ۲ میلیون نفر است» (همان، ۲۰۱۵: ۱۴۵). نویسندگان تأکید می‌کنند که جوانان بی‌خانمان گروهی متنوع با طیف وسیعی از تجربیات و چالش‌ها هستند. به نظر نویسندگان، برخی از عواملی که در بی‌خانمانی این جوانان نقش دارند، شامل تضاد خانوادگی، فقر و سوءاستفاده می‌شود. پژوهش آن‌ها چالش‌هایی را که جوانان بی‌خانمان با آن مواجه هستند، از جمله افزایش خطر مشکلات سلامت جسمی و روانی، دسترسی محدود به فرصت‌های آموزشی و شغلی و

دارد و از سرپناه برخوردار است و یا کودکی که خیابان را خانه خود می‌داند و رابطه او با خانواده به حداقل رسیده و یا اساساً چنین ارتباطی وجود ندارد. با توجه به اینکه این کودکان از هیچ نظارت یا حمایت بزرگ‌سالی برخوردار نیستند به شکل جدی-تری در معرض خطر بالای استثمار، سوءاستفاده و بی‌توجهی قرار دارند. کودکان خیابانی اغلب به خرده‌فروشی و دست‌فروشی به‌عنوان تنها راه خود برای کسب درآمد دست می‌زنند که می‌تواند شامل ساعات طولانی کار در شرایط خطرناک و استثمار باشد. کودکان خیابانی اغلب با چالش‌های متعدد و مرتبطی مانند فقر، فروپاشی خانواده، خشونت و عدم دسترسی به آموزش و مراقبت‌های بهداشتی روبرو هستند (Salihu, 2019: 3). علاوه بر این، کار آن‌ها اغلب آن‌ها را در معرض انواع مختلف استثمار، مانند سوءاستفاده جنسی، کار اجباری و قاچاق قرار می‌دهد.

کار کودکان در خیابان را می‌توان عریان‌ترین چهره فقر و نشان‌دهنده ناکارآمدی سیاست‌های اتخاذشده در خصوص مسائل و معضلات اجتماعی دانست. فقر هم علت و هم پیامد کار کودکان است؛ زیرا کودکان را از تحصیل و رشد طبیعی جسمی و ذهنی محروم می‌کند و مانع زندگی مرفه در بزرگسالی می‌شود. نتایج برخی از پژوهش‌های به‌خوبی نشان می‌دهد که کودکان کار و خیابانی در ایران غالباً از خانواده‌های پرجمعیت و کم‌درآمد هستند (Vameghi et al., 2014: 352). کودکان خیابانی در ایالات متحده به کودکانی اطلاق می‌شود که بی‌خانمانی را تجربه می‌کنند و ممکن است مشغول دست‌فروشی یا تکدی‌گری در خیابان باشند. از این کودکان اغلب به‌عنوان «بی‌خانمان<sup>۱</sup>» یا

<sup>3</sup> - National Law Center on Homelessness & Poverty. (2018). Homeless Youth. Retrieved from <https://nlchp.org/homeless-youth/>

<sup>4</sup> - survival strategies

<sup>5</sup> - Robertson.

<sup>1</sup> - homeless youth

<sup>2</sup> - the National Law Center on Homelessness & Poverty



## ۵ طرح‌ها و برنامه‌ها در زمینه کودکان کار

برای رفع نیازهای کودکان کار، مداخلات مختلفی از جمله افزایش دسترسی به مسکن ایمن و ارزان‌قیمت، بهبود دسترسی به آموزش و مراقبت‌های بهداشتی و افزایش خدمات حمایتی برای سلامت روان و سوءمصرف مواد پیشنهاد شده است. در ایران چندین طرح و برنامه حمایتی با هدف رسیدگی به مسائل کودکان کار خیابانی یا جوانان بی‌خانمان وجود دارد. سازمان بهزیستی را می‌توان یکی از مهم‌ترین متولیان در این عرصه دانست که خدماتی مانند سرپناه موقت، مراقبت‌های بهداشتی، آموزشی و حرفه‌ای را به جوانان آسیب‌پذیر از جمله کودکان خیابانی ارائه می‌دهد. این سازمان موظف است با همکاری و مشارکت شهرداری، انجمن‌های خیریه، تشکل‌های غیردولتی و نیروی انتظامی و با استفاده از مددکار اجتماعی، نسبت به شناسایی، جذب، پذیرش و توانمندسازی کودکان خیابانی در کلیه مراکز استان‌ها و در صورت صلاحدید کارگروه اجتماعی استان در شهرهای بالای دویست هزار نفر اقدام نماید.<sup>۴</sup>

سازمان‌های مردم‌نهاد و بنیادهای خیریه مانند انجمن امام علی (ع)، خیریه محک، خیریه مهرآوران و بنیاد کهریزک از دیگر متولیان این حوزه‌اند که خدمات مختلفی از جمله غذا، سرپناه، آموزش و مشاوره و خدمات بهداشتی را به کودکان خیابانی و خانواده‌هایشان ارائه می‌کنند (زمانی و همکاران، ۲۰۱۹). با وجود این تلاش‌ها و اجرای پروژه‌های مختلفی که برای حذف کار کودکان اجرا شده است

قرار گرفتن در معرض خشونت و استثمار را مورد بحث قرار می‌دهد.

کودکان خیابانی در ایران با تعدادی چالش از جمله فقر، اختلال در عملکرد خانواده، سوء مصرف مواد و عدم دسترسی به آموزش و مراقبت‌های بهداشتی مواجه هستند. بر اساس گزارش دیده‌بان حقوق بشر، دولت ایران به اندازه کافی به موضوع کودکان خیابانی رسیدگی نکرده است و سیاست‌هایی که در جهت رسیدگی به این موضوع است تا حد زیادی بی‌اثر بوده است.<sup>۱</sup> این گزارش خاطرنشان می‌کند که بسیاری از کودکان خیابانی مورد آزار و بی‌توجهی قرار می‌گیرند و اغلب توسط پلیس دستگیر و بازداشت می‌شوند. علاوه بر این، کودکان خیابانی در ایران ممکن است در معرض استثمار، از جمله کار اجباری و فحشا باشند.<sup>۲</sup>

موضوع کودکان خیابانی در ایران در سال‌های اخیر تا حدی مورد توجه قرار گرفته است و مقامات دولتی به لزوم بهبود سیاست‌ها و مداخلات اذعان دارند.<sup>۳</sup> با این حال، چالش‌های مهمی در رسیدگی به این موضوع وجود دارد، از جمله می‌توان به محدودیت منابع، عدم هماهنگی بین سازمان‌های دولتی و سازمان‌های غیردولتی، فقدان برنامه کارشناسی شده و برطرف نشدن متغیرهای اقتصادی کلان همچون بیکاری، تورم و فقر اشاره کرد که سبب شده است این اقدامات صرفاً کارکرد کوتاه‌مدتی داشته باشد. در ادامه برخی از طرح‌ها و برنامه‌های اجرا شده در زمینه کودکان کار در ایران و آمریکا را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

<sup>۳</sup> - United Nations Children's Fund (UNICEF). (2019). UNICEF Iran Annual Report 2019. <https://www.unicef.org/iran/media/191/file/UNICEF%20Iran%20Annual%20Report%202019.pdf>

<sup>۴</sup> - ماده ۲ آیین‌نامه ساماندهی کودکان خیابانی مصوب ۱۳۸۴.

<sup>۱</sup> - Human Rights Watch. (2019). Iran: Children as young as 8 years old working as laborers. Retrieved from

<https://www.hrw.org/news/2019/07/31/iran-children-young-8-years-old-working-laborers>

<sup>۲</sup> - Human Rights Watch. (2019). Iran: Protecting street children requires policy change. Retrieved from

<https://www.hrw.org/news/2019/06/11/iran-protecting-street-children-requires-policy-change>

برنامه‌های NN4Y شامل تلاش‌های حمایتی، آموزش و کمک‌های فنی و شورای مشورتی جوانان است. بر اساس گزارش NN4Y (۲۰۲۰)، تلاش‌های آن‌ها به افزایش بودجه و بهبود سیاست‌ها برای جوانان بی‌خانمان منجر شده است. علاوه بر این، برنامه کودکان و نوجوانان بی‌خانمان (HCYP<sup>4</sup>) که توسط وزارت آموزش ایالات متحده تأمین مالی می‌شود، حمایت آموزشی و خدماتی را به کودکان و جوانان بی‌خانمان ارائه می‌دهد. مطالعه‌ای (۲۰۱۸) نشان داده است که برنامه HCYP در بهبود نتایج تحصیلی برای جوانان بی‌خانمان موفق بوده است.

## ۶ بسترها و جهت‌گیری‌های حقوقی برنامه‌ها

مبانی حقوقی و جهت‌گیری‌های حقوقی برنامه‌های پاسخگویی به کار کودکان خیابانی در ایران و ایالات متحده آمریکا به دلیل تنوع در نظام‌های حقوقی، ارزش‌های فرهنگی و زمینه‌های سیاسی آن‌ها متفاوت است.

طبق چارچوب قانونی ایران، دولت قوانین و سیاست‌های متعددی را با هدف حفظ حقوق کودکان از جمله کودکانی که در خیابان زندگی می‌کنند، اجرا کرده است. قانون اساسی ایران حق بر آموزش و سلامت را به‌عنوان حقوق اساسی همه شهروندان از جمله کودکان به رسمیت شناخته است. علاوه بر این، قانون حمایت از حقوق کودکان، کودک‌آزاری، بهره‌کشی و بی‌توجهی را ممنوع کرده است. این قانون همچنین کار کودکان را جرم‌انگاری می‌کند و کارفرمایان را موظف می‌کند که شرایط کار مناسب را برای افراد زیر سن قانونی فراهم کنند. با وجود این حمایت‌های قانونی، کودکان خیابانی در ایران همچنان در معرض تبعیض، انگ و بی‌توجهی مقامات و جامعه هستند (سجادی و همکاران، ۲۰۱۴). تبعیض علیه کودکان خیابانی در ایران اساساً بر اساس وضعیت اجتماعی و اقتصادی آن‌ها و همچنین

هنوز چالش‌های مهمی برای رسیدگی به مسائل کودکان کار خیابانی و جوانان بی‌خانمان در ایران وجود دارد.

در مقابل در ایالات متحده چندین طرح و برنامه حمایتی در زمینه کار کودکان خیابانی یا جوانان بی‌خانمان وجود دارد. یکی از برنامه‌ها، برنامه توسعه خیابان<sup>1</sup> (SOP) است که توسط اداره کودکان و خانواده‌ها<sup>2</sup> (ACF) تأمین می‌شود و هدف آن برقراری ارتباط بین جوانان خیابانی با سرپناه، مراقبت‌های بهداشتی و سایر خدمات حمایتی است. این برنامه برای تعامل و ارائه خدمات به جوانان بی‌خانمان و فراری که در خیابان‌ها، پناهگاه‌ها یا سایر موقعیت‌های مسکن ناپایدار زندگی می‌کنند، طراحی شده و هدف آن ایجاد روابط اعتماد با جوانان، ارزیابی نیازهای آن‌ها و ارائه پشتیبانی فوری و ارجاع به خدمات مناسب است. این برنامه معمولاً شامل کارکنان آموزش‌دیده می‌شود که به‌طور فعال به دنبال جوانان بی‌خانمان و فراری در جامعه هستند، کارکنان خدمات‌رسانی ممکن است مایحتاج اولیه مانند غذا، پوشاک و لوازم بهداشتی و همچنین ارجاع به مراقبت‌های پزشکی، خدمات سلامت روان، درمان سوءمصرف مواد و منابع مسکن را فراهم کنند.

علاوه بر ارائه پشتیبانی فوری و ارجاع، این برنامه همچنین با هدف ایجاد روابط بلندمدت با جوانان طراحی شده است. طبق مطالعه بائر<sup>3</sup> و همکاران (۲۰۱۸)، برنامه توسعه خیابان در ارتباط با جوانان خیابانی و ارتباط آن‌ها با خدمات موفق بوده است. آن‌ها نتیجه می‌گیرند که برنامه‌های اطلاع‌رسانی خیابانی یک مداخله مهم برای رسیدن و حمایت از جوانان بی‌خانمان و فراری است، اما تحقیقات بیشتری برای شناسایی مؤثرترین مدل‌ها و رویکردهای برنامه موردنیاز است. برنامه‌ی دیگر شبکه ملی جوانان (NN4Y) است که منابع و پشتیبانی را برای سازمان‌هایی که با جوانان بی‌خانمان و فراری کار می‌کنند فراهم می‌کند.

<sup>3</sup> - Baer

<sup>4</sup> - The Homeless Children and Youth Program

<sup>1</sup> - The Street Outreach Program

<sup>2</sup> - Administration for Children and Families

هدایت کند که چه‌بسا استثمرار کودکان در آنجا به‌مراتب بدتر از خیابان است؛ کارگاه‌هایی که هیچ‌گاه به رسمیت شناخته نشده‌اند و هیچ مسئولی خود را در قبال سلامتی جسم و روان کودکان شاغل در آن پاسخگو نمی‌داند.<sup>۱</sup>

اصرار نهادهای متولی در ایران بر اجرای طرح‌های ساماندهی کودکان از سطح خیابان‌های شهر را اگر در کنار عدم پاسخگویی آن‌ها در قبال هزاران کودک شاغل در کارگاه‌های زیرزمینی و خانگی که از دید عموم پنهان هستند موردتوجه قرار دهیم به نتایجی خواهیم رسید که چندان خوشایند نیست. به کار بردن مکرر الفاظ جمع‌آوری، تفکیک، غربالگری، ساماندهی و... به خوبی می‌تواند ذهنیت متولیان این طرح‌ها که همانا ذهنیت پاک‌سازی و زیباسازی شهری است را به ما نشان دهد.<sup>۲</sup>

نتایج برخی پژوهش‌ها (عرشی و همکاران، ۱۳۹۹: ۸۳۳؛ وامقی، ۱۳۸۴: ۱۵۵؛ خوشنامی و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۵) نشان می‌دهد که اجرای این سیاست‌های مقابله‌ای در ایران عملاً نتوانسته است تغییر معنادار و مؤثری در وضعیت اشتغال به تحصیل کودکان خیابانی و توانمندسازی خانواده‌های آن‌ها ایجاد کند؛ چراکه اثربخشی این سیاست‌ها مستلزم اتخاذ رویکرد رفاهی-حمایتی و پرداختن به مسائل زیربنایی پیش روی کودکان خیابانی، مانند فقر، اعتیاد و عدم دسترسی به آموزش است.

در مقابل این رویکردهای مقابله‌ای، برخی الگوهای رفاهی-حمایتی همچون الگوی حمایتی مورد استفاده در ایالات متحده به دنبال ارائه خدمات و منابع حمایتی به جمعیت‌های آسیب‌پذیر، از جمله کودکان خیابانی، برای ارتقای رفاه و حمایت از حقوق آن‌ها است (Meloy & Covington, 2019). این رویکرد بر نیاز به مداخلات مبتنی بر جامعه، مانند برنامه‌های توسعه و خدمات مشاوره، برای ارائه‌ی

تصورات منفی مبنی بر اینکه آن‌ها تهدیدی برای جامعه هستند یا درگیر فعالیت‌های غیراخلاقی هستند، شکل می‌گیرند (همان). این تبعیض می‌تواند منجر به محرومیت کودکان خیابانی از دسترسی به خدمات اولیه مانند مراقبت‌های بهداشتی و آموزشی و همچنین مواجهه با آزار کلامی و فیزیکی از سوی مقامات و مردم شود. کودکان خیابانی در ایران علاوه بر تبعیض، انگ زدن را نیز تجربه می‌کنند که می‌تواند فرصت‌ها و دسترسی آن‌ها به منابع را بیشتر محدود کند. کلیشه‌های منفی از کودکان خیابانی به‌عنوان مجرم یا معتاد به مواد مخدر به انگ اجتماعی کمک می‌کند که می‌تواند منجر به طرد شدن آن‌ها از اجتماع شده و دسترسی آن‌ها به خدمات اساسی و شبکه‌های حمایتی را محدودتر کند.

بی‌توجهی یکی دیگر از مشکلات عمده کودکان خیابانی در ایران است. اکثر کودکان خیابانی در ایران تحت سرپرستی و مراقبت هیچ بزرگ‌سالی نیستند و بسیاری از آن‌ها سابقه ترک خانواده را داشته و در خانواده خود بد رفتاری والدین را تجربه کرده‌اند. عدم حمایت و سوء رفتارهای والدین یا خانواده می‌تواند منجر به دسترسی ناکافی به غذا، سرپناه و مراقبت‌های بهداشتی و همچنین افزایش خطرات استثمار و سوءاستفاده شود.

با توجه به چالش‌های پیش گفته به نظر می‌رسد که در رسیدگی به پدیده کودکان کار و خیابانی باید دو دسته از اقدامات مدنظر قرار بگیرد، یکی اقدامات ضروری و مداخله‌ای و دیگری اقدامات میان‌مدت و بلندمدت. اجرای طرح‌های مقابله‌ای و ضربتی برای کنترل و ساماندهی کودکانی که در خیابان کار می‌کنند را می‌توان تا حدود زیادی متأثر از دغدغه‌ها و مطالبات عمومی دانست که می‌تواند صرفاً آن‌ها به طور موقت از کارکردن در خیابان دور کرده یا آن‌ها را به سمت اشتغال در کارگاه‌های پنهان و زیرزمینی

۲ - همان.

۱ - اسماعیل پور، علی‌اکبر. ساماندهی کودکان کار و خیابان، تکرار چرخه بی‌معیوب، روزنامه اعتماد، چهارشنبه ۱۳ اردیبهشت ۱۳۹۱، شماره ۲۳۸۴.

زندانی شود. در ایالات متحده، فروشندگان خیابانی، از جمله کودکان کار، بسته به هر ایالت و قوانین آن، ممکن است توسط مقامات مجری قانون مورد آزار و اذیت یا دستگیری قرار بگیرند. در حالی که برخی از ایالت‌ها مجوزها و طرح‌های نظارتی ایجاد کرده‌اند که فروش خیابانی را مجاز می‌کند، این قوانین همیشه به‌طور مداوم اجرا نمی‌شوند.

برای گسترش بیشتر تحلیل تطبیقی چارچوب‌های قانونی کار کودک در ایران و ایالات متحده، توجه به این نکته ضروری است که ضعف در آموزش و فرصت‌های اقتصادی در ایران به نرخ بالای کار کودکان در ایران کمک کرده است. بسیاری از این کودکان ساعت‌های طولانی در شرایط خطرناک کار می‌کنند و دستمزد کمی دریافت می‌کنند یا اصلاً دستمزد نمی‌گیرند. در مقابل، ایالات متحده دارای سیستم‌های آموزشی و اقتصادی توسعه‌یافته‌تری است که فرصت‌های بیشتری را برای حضور در مدرسه و دسترسی به اشکال امن‌تر اشتغال برای کودکان فراهم می‌کند.

علیرغم این تفاوت‌ها، هر دو کشور در برخورد مؤثر با کار کودکان با چالش‌هایی مواجه بوده‌اند. طرح ملی ایران برای حمایت از کودکان و برنامه ملی حذف کار کودکان به دلیل تمرکز بر اقدامات مقابله‌ای به جای پرداختن به علل اصلی کار کودکان و حمایت از کودکان کار مورد انتقاد قرار گرفته است. به‌طور مشابه، ایالات متحده به دلیل اجرای متناقض قوانین شهری مربوط به دست‌فروشی‌های خیابانی و فقدان حمایت‌های خاص از کودکان کار در برخی صنایع با انتقاد مواجه شده است. به‌طور کلی، یک رویکرد جامع و کودک محور برای پرداختن به موضوع کار کودکان در ایران و ایالات متحده مورد نیاز است. این رویکرد باید شامل دسترسی پذیر نمودن آموزش، مقابله با فقر، توانمندسازی خانواده کودکان کار و همچنین انجام حمایت‌های قانونی قوی‌تر از این کودکان باشد.

امروزه عدم توجه کافی به علل زمینه‌ای و متغیرهای سطح کلان برای بهبود وضعیت اقتصادی

حمایت از کودکان خیابانی و رسیدگی به علل زمینه‌ای وضعیت آن‌ها تأکید می‌کند (Ibid). تحقیقات نشان می‌دهد که الگوی مقابله‌ای مورد استفاده در ایران ممکن است در رسیدگی به علل ریشه‌ای مشکلات کودکان خیابانی مؤثر نباشد و در واقع به انگ و حاشیه‌نشینی بیشتر کمک کند (سجادی و همکاران، ۲۰۱۴). در مقابل، الگوی رفاهی و محافظتی مورد استفاده در ایالات متحده با نتایج مثبتی مانند افزایش دسترسی به آموزش و مراقبت‌های بهداشتی و همچنین کاهش مشارکت در فعالیت‌های مجرمانه همراه بوده است (Ibid).

جهت‌گیری قانونی در ایالات متحده بیشتر بر حقوق و آزادی‌های فردی متمرکز است تا رفاه اجتماعی جمعی. این گاهی اوقات می‌تواند چالش‌هایی را در ارائه‌ی حمایت همه‌جانبه از کودکان خیابانی ایجاد کند، زیرا خدمات ممکن است پراکنده و به‌طور نابرابر در سراسر حوزه‌های قضایی مختلف توزیع شود.

## ۷ نتیجه‌گیری

چارچوب‌های قانونی کار کودک در ایران و آمریکا کاملاً متفاوت است. در حالی که هر دو کشور کنوانسیون‌های بین‌المللی حمایت از حقوق کودکان را تصویب کرده‌اند، اجرای این کنوانسیون‌ها به‌طور قابل‌توجهی متفاوت است. رویکرد نظام حقوقی ایران به کار کودک اساساً تقابلی بوده و تا حدود بسیاری متأثر از مطالبات عمومی شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد است و توجه چندانی به علل اساسی کار کودکان یا حمایت از حقوق کودکان کار نشده است. در مقابل، برنامه کنترل کار کودکان در ایالات متحده بر حمایت از حقوق کودکان کار و پرداختن به علل اساسی کار کودکان تأکید دارد.

از نظر برخورد با کودکان کار بر اساس قوانین شهری، هر دو کشور با چالش‌های قابل‌توجهی روبرو هستند. در ایران، قوانین شهری برای محدود کردن فعالیت دست‌فروشان خیابانی، از جمله کودکان کار، استفاده شده است و می‌تواند منجر به بازداشت و



کودکان خیابانی است. جمع آوری و ساماندهی دارای نگاهی ساده انگارانه به بحث کودکان خیابانی است. در این نگاه، کودکان فارغ از زمینه های اجتماعی و اقتصادی و نقشی که به عنوان نان آوران کوچک خانواده دارند، از خیابانها جمع شده و در فرآیندی ناگزیر مجدداً به خیابانها باز می گردند. این درحالی است که حل مشکل کودکان خیابانی در ایران نیازمند عزم جدی و تلاش پیگیر سیستمهای دولتی با مشارکت جامعه مدنی در کاهش و کنترل عوامل زمینه‌ای مؤثر بر بازتولید کودکان خیابانی و اقدامات برنامه ریزی شده برای توانمندسازی کودکان و خانواده های آنها به جای خروج شتاب زده کودکان از خیابان است.

کودکان کار و خانواده‌های آنها سبب شده است تا فعالیت‌های ساماندهی در ایران عمدتاً در سطح حرکت کرده و قسمت اصلی انرژی و منابع مالی و انسانی خود را مصروف اقداماتی ضربتی و نمادین (و نه بنیادین) شامل خارج نمودن سریع و شتابزده کودکان از خیابان، نگهداری موقت در مراکز دولتی و بازگرداندن به شهرهای خود نماید. رفع مشکل کودکان خیابانی میسر نخواهد شد مگر با عزم جدی برای کاستن از مشکلات یاد شده و اتخاذ سیاست‌های مناسب خارجی و داخلی برای تحقق آن.

طرح‌های جمع آوری و ساماندهی کودکان خیابانی رویکرد اصلی دولتی در مواجهه با مسئله



## منابع

- Arshi, M., Sabzi Khoshnami, M., Mohammadi, E., Takaffoli, M., & Imani, F. (2020). Evaluating Effectiveness of Street Children Managing Plan of Iran. *Quarterly of Social Studies and Research in Iran*, 9(4). [In Persian]
- Baer, J., Greeson, J., Osterling, K. L., & Dawson, N. (2018). Street outreach programs for homeless and runaway youth: A review of the literature. *Children and Youth Services Review*, 93, 170-181.
- Del Lavoro, O. I., & Unicef. (2021). *Child Labour: Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward*.
- Hernandez, D. J. (2011). Double jeopardy: How third-grade reading skills and poverty influence high school graduation. *The Annie E. Casey Foundation*.
- Horowitz, R. (2009). Advocating for the well-being of children: A case study of the National Child Labor Committee. *Journal of Historical Sociology*, 22(4),
- Human Rights Watch. (2015). *Fingers to the bone: United States failure to protect child farmworkers*.
- Human Rights Watch. (2019). *Iran: Children as young as 8 years old working as laborers*. Retrieved from <https://www.hrw.org/news/2019/07/31/iran-children-young-8-years-old-working-laborers>
- International Federation for Human Rights (FIDH) and League for the Defence of Human Rights in Iran (LDDHI). (2017). "These Streets Are Not For Walking": Iran's Systematic Violation of the Rights of Street Children. Retrieved from <https://www.fidh.org/IMG/pdf/ir040217eng.pdf>
- International Labor Organization (ILO). (2019). *Global estimates of child labor: Results and trends, 2012-2016*. Retrieved from [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_575499/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575499/lang-en/index.htm)
- International Labour Organization. (2015). *Child labour in the United States*. Retrieved from [https://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS\\_IPEC\\_PUB\\_26790/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_26790/lang-en/index.htm)
- International Labour Organization. (2017). *World report on child labour 2017: Children in hazardous work*. Geneva: International Labour Office.
- International Labour Organization. (2018). *Child labour in Iran*. Retrieved from [https://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS\\_IPEC\\_PUB\\_31070/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS_IPEC_PUB_31070/lang-en/index.htm)
- International Labour Organization. (2019). *Global Estimates of Child Labour: Results and Trends, 2012-2016*. Retrieved from <https://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang-en/index.htm>
- Invernizzi A, Williams J, editors. In: *The Human Rights of Children: From Violations to Implementation*. 1st ed. London, UK: Ashgate Publishing



- Ltd; 2013. Understanding a human rights based approach.
- Miller, Mary E. (2010). Child Labor and Protecting Young Workers Around the World: An Introduction to This Issue. *International Journal of Occupational and Environmental Health*, 16(2), 103-112.  
doi:10.1179/107735210799160435
- Mehta, S., & Aratani, Y. (2015). America's youngest outcasts: A report card on child homelessness. National Center on Family Homelessness.
- Meloy, M. L., & Covington, S. (2019). Runaway and homeless youth: Demographics, programs, and emerging issues. *Journal of Child and Adolescent Psychiatric Nursing*, 32(1), 17-26. doi: 10.1111/jcap.12236
- National Child Labor Committee. (2021). About us. Retrieved from <https://www.nationalchildlabor.org/about-us/>
- National Farm Worker Ministry. (2018). Farmworker children: The facts.
- National Law Center on Homelessness and Poverty. (2014). No Safe Place: The Criminalization of Homelessness in U.S. Cities. Retrieved from [https://nlchp.org/wp-content/uploads/2019/05/No\\_Safe\\_Place.pdf](https://nlchp.org/wp-content/uploads/2019/05/No_Safe_Place.pdf)
- National Law Center on Homelessness & Poverty. (2018). Homeless Youth. Retrieved from <https://nlchp.org/homeless-youth/>
- National Network for Youth. (2020). About NN4Y. Retrieved from <https://www.nn4youth.org/about/>
- Pirkhandan, P., Parvin, S., & Siahpour, F. (2021). Typology of Child labour and work-related injuries to working children in Tehran. *Journal of Social Work Research*, 8(28). [In Persian]
- Radfar, A., Asgharzadeh, S. a. A., Quesada, F., & Filip, I. (2018). Challenges and perspectives of child labor. *Industrial Psychiatry Journal*, 27(1).
- Robertson, M. J., Toro, P. A., & Cauce, A. M. (2015). Homeless Youth: Research, Intervention, and Policy. In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (2nd ed.). Elsevier. doi: 10.1016/B978-0-08-097086-8.63005-7
- Sabzi khoshnami, M., Mohammadi, E., Arshi, M., Takaffoli, M., & Noruzi, S. (2019). Understanding Effects of the Plan for Organizing Street Children by Considering its Challenges. *Journal of Social Work Research*, 6(21). [In Persian]
- Sajjadi, H., Mahmoudi-Gharaei, J., & Hajebi, A. (2014). Street children in Tehran, Iran: A systematic review of the literature. *Children and Youth Services Review*, 42. [In Persian]
- Salazar Parreñas, R. (2005). *Children of Global Migration: Transnational Families and Gendered Woes*. Stanford University Press.
- Salihu, H. A. (2019). The Growing Phenomenon of Street Children in Tehran. *UKH Journal of Social Sciences*, 3(1).
- U.S. Department of Labor. (2021). Youth rules! Retrieved from <https://www.youthrules.gov/>





- UNICEF USA. (2019). Child labor in America. Human Rights Watch. (2010). Fields of Peril: Child Labor in US Agriculture. Retrieved from <https://www.hrw.org/report/2010/05/04/fields-peril/child-labor-us-agriculture>
- Vameghi, M., Sajjadi, H., Rafiey, H., & Rashidian, A. (2012). The Socioeconomic Status of Street Children in Iran: A Systematic Review on Studies over a Recent Decade. *Children & Society*, 28(5). (In Persian)
- vameghi M. (2006). Street Children in Iran and Governmental Approaches. *refahj*. 5(19). [In Persian]
- Zamani, E., Saeedi, M., & Raei, M. (2019). Children and Youth Living in Poverty and Social Exclusion: Strategies to Promote Social Inclusion in Iran. In R. S. Weiss & S. H. Zarate (Eds.), *Handbook of Social Inclusion* (pp. 1-24). Springer. [In Persian]

Original Article

# A comparative study of the nature of legal in tantamount to contracts in Iranian and English law

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi<sup>1</sup>, Atefe Zabihi<sup>\*2</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor of Private Law, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

<sup>2</sup> Ph.D. of private Law, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.2.3](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1403.8.1.2.3)



[10.22080/LPS.2023.25065.1477](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25065.1477)

**Received:**

March 3, 2023

**Accepted:**

July 10, 2023

**Available online:**

August 12, 2023

## Abstract

In terms of the general rules governing transactions, contractual obligations are determined based on the intention of the parties and the provisions of the agreement; At the same time, in some cases, this rule has been ignored and the legislator, contrary to the true will of the parties, has assumed the existence of a contract and considered one nature of the contract to be the ruling of the other nature and has made the effects of the second nature to be based on the first nature. With the aim of explaining the nature and limits of this practical procedure of the legislator, the present research has investigated the examples of legal relations that the legislator has assumed in terms of another contract and presented a rule to identify them in the legal system of Iran and England by using descriptive and analytical method. In English law, examples of this presumption are similar to collateral contract, good faith and legal fiction. On the other hand, its examples in the law of Iran should be considered such as apparent representation, coercive suretyship, etc. The comparison of the mentioned institutions can lead to providing a clear Criterion of this practical rule of the legislator. Following the examination of these institutions, the conclusion was reached that the examples of domestic law in terms of style and works are in accordance with the structure of the rule of government in the science of jurisprudence, and on the other hand, despite the commonality of this concept with the titles of side contracts, the principle of good faith in English law. In essence, they should be considered different. Regarding the legal presumption, although it generally flows in non-contractual relationships and in the contractual field in terms of application and explanation of effects and conditions, it has less development in the English legal system both in legal literature and in enforcement; In terms of the purpose of the situation and its effects, it is similar to the legal relations in terms of the contract, and the logical relationship between the two can be described as absolute general and private; Therefore, in order to explain the works and rules governing this procedure of the domestic legislator, we can use the rulings of this institution.

**Keywords:**

real contract, legal fiction,  
collateral contract, good  
faith

**\*Corresponding Author:** Atefe Zabihi

**Address:** Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

**Email:** [a.zabihi@isu.ac.ir](mailto:a.zabihi@isu.ac.ir)



## Extended abstract

### 1. Introduction

According to general contractual rules, the relationship of the parties to the contract is formed based on will and agreement, and each contract binds its parties to its provisions only when the correct will of the parties is involved in the formation and continuation of that contract. At the same time, it can be seen in the available jurisprudential and legal sources that the expression "in Hokm of..." is used in the statement of rulings related to some legal actions, which indicates that the legislator has applied the effects of another legal entity on the first one (against the will and consent of the parties); this is despite the fact that the concept of these two natures is not exactly the same, and according to general rules, they should not have the same rulings and effects. Due to the fact that this procedure is used by the legislator in practice and its examples can be seen in various laws; It becomes necessary to determine its nature. For this purpose, it is necessary to examine similar concepts in comparative law and compare it with examples of this concept in domestic law. So concepts similar to Hokmi contract in English law, including collateral contract, good faith and legal fiction were examined.

### 2. Methods

The current research has used the capacity of comparative study to explain the characteristics of the concept of "legal relations In Hokm of contract" and to identify its components in domestic law. Therefore, the authors have examined its apparently similar concepts in the English legal system, including collateral contract, good faith and legal fiction. Analytical-descriptive method has been used in examining the nature and effects of the mentioned concepts in the law of Iran and England. Through this comparison, it is possible to determine the limits and conditions of this legislative action and its consequences.

### 3. Findings

The most significant conceptual components of the Hokmi contract include the following: "The legislator's assumption is coercive, the basic real relationship can be a contractual or non-

contractual relationship, the legal relationship of the parties is not a voluntary contractual relationship in the true sense, there is no requirement for the occurrence or survival of the contract". This concept should be considered consistent with the structure of Usool-based Hokumat rule; Because the legislator considers the basic legal relationship to be another contract through taking possession of its subject. Hokmi attorney, forced guarantor, assumption of validity of the actions of commercial companies, et. are examples of this concept in domestic law.

### 4. Conclusion

The results of comparing examples that can be examined in English law, including collateral contract, good faith and legal fiction with the examples of Hokmi contract in the law of Iran show despite the similarity of this concept with collateral contract and the theory of good faith in English law, their nature should be described different. In fact, the collateral contract is the identification of the real scope of the voluntary contractual agreements of the parties, and the theory of good faith is only effective in terms of protecting the third party and preventing his harm in the relationship between the parties of the contract, and this theory limits the effects of their will. Although the concepts discussed in domestic law and English law are often shared with legal relations in terms of contracts in some cases; Legal fiction partially has the same meaning of legal relations in Hokm of other contract. Therefore, in order to explain the rules governing this procedure of the domestic legislator, the rulings of this institution can be used. Of course, considering that the examples of legal relations in Hokm of contracts in Imamiyyah jurisprudence and law of Iran are in accordance with the Hokumat rule, the differences between legal fiction and Hokmi contracts should be seen as the same differences between legal fiction and Hokumat.

### Funding

There is no funding support.

### Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work



### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

علمی پژوهشی

# مطالعه‌ی تطبیقی ماهیت روابط حقوقی در حکم قرارداد در حقوق ایران و انگلستان

مصطفی سعادت‌مصطفوی<sup>۱</sup>، عاطفه ذبیحی<sup>۲\*</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.  
<sup>۲</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.

[20.1001.1.24237566.1403.8.1.2.3](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25065.1477)[10.22080/LPS.2023.25065.1477](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25065.1477)

## چکیده

به لحاظ قواعد عمومی حاکم بر معاملات، تعهدات قراردادی بر پایه قصد طرفین و مفاد تراضی تعیین می‌شود؛ در عین حال، در مواردی این قاعده نادیده انگاشته شده و قانونگذار، برخلاف اراده حقیقی طرفین، وجود قرارداد را فرض نموده و ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیت دیگر دانسته و آثار ماهیت دوم را بر ماهیت اول مترتب ساخته است. پژوهش حاضر با هدف تبیین ماهیت و حدود این رویه‌ی عملی قانونگذار، به بررسی مصادیق روابط حقوقی که قانونگذار آن‌ها را در حکم قرارداد دیگر فرض نموده و ارائه‌ی ضابطه برای شناسایی آن‌ها در نظام حقوقی ایران و انگلستان با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی پرداخته است. در حقوق انگلستان مصادیق این فرض علاوه بر عناوین قرارداد جانبی، بر اصل حسن‌نیت و فرض حقوقی قابل تصور است. در مقابل، مصادیق در حکم قرارداد دانستن ماهیتی در حقوق ایران را باید شامل مواردی از قبیل وکالت ظاهری، کفالت حکمی و ... دانست که مقایسه نهادهای مذکور در این دو نظام می‌تواند منجر به ارائه‌ی ضابطه روشنی از این قاعده عملی قانونگذار شود. پیرو بررسی این نهادها این نتیجه حاصل شد که مصادیق حقوق داخلی به لحاظ اسلوب و آثار، منطبق با ساختار قاعده‌ی حکومت در علم اصول فقه است و از سوی دیگر، به رغم اشتراکات این مفهوم با عناوین قرارداد جانبی، اصل حسن‌نیت در حقوق انگلستان، به لحاظ ماهوی باید آن‌ها را متفاوت شمرد. در مورد فرض حقوقی گرچه عموماً در روابط غیر قراردادی جریان یافته و در حیطه‌ی قراردادی به لحاظ کاربرد و تبیین آثار و شرایط، توسعه کمتری در نظام حقوقی انگلستان هم در ادبیات حقوقی و هم در مقام اجرا دارد؛ به لحاظ هدف وضع و آثار با روابط حقوقی در حکم قرارداد مشابهت داشته و می‌توان رابطه منطقی آن دو را، عموم و خصوص مطلق توصیف نمود؛ لذا در مقام تبیین آثار و قواعد حاکم بر این رویه‌ی قانونگذار داخلی می‌توان از احکام این نهاد بهره برد.

تاریخ دریافت:

۱۲ اسفند ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۹ تیر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۲۱ مرداد ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

قرارداد واقعی، حکومت، فرض حقوقی، قرارداد جنبی، حکمی.

\* نویسنده مسئول: عاطفه ذبیحی

آدرس: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.

ایمیل: [a.zabihi@isu.ac.ir](mailto:a.zabihi@isu.ac.ir)

## ۱ مقدمه

بنا به قواعد عمومی حاکم در حوزه عقود و قراردادهای، رابطه‌ی طرفین عقد بر پایه‌ی اراده و توافق شکل می‌گیرد و هر قرارداد صرفاً زمانی طرفین خود را ملزم و ملتزم به مفاد خود می‌نماید که اراده‌ی صحیح متعاملین (به اصالت یا نیابت) در تشکیل و تدویم آن قرارداد دخالت داشته باشد.

در عین حال، در منابع فقهی و حقوقی موجود در مواردی مشاهده می‌شود که در بیان احکام ناظر به برخی اعمال حقوقی از تعبیر «در حکم...» استفاده شده است که حاکی از ترتب آثار نهاد حقوقی دیگر بر موضوعی، برخلاف اراده و مفاد تراضی طرفین آن است؛ در حالی که به لحاظ مفهومی هم ماهیت دوم، دقیقاً منطبق بر نهاد مذکور نیست تا بر حسب قاعده و به تبع تطبیق دایره‌ی موضوعی آن‌ها، بتوان آن دو را در احکام و آثار مشترک دانست.

با توجه به این که این رویه در عمل در مقام تقنین مورد استفاده قانونگذار قرار گرفته و مصادیق آن در قوانین مختلف مشاهده می‌شود؛ تعیین ماهیت آن ضرورت پیدا می‌کند. پژوهش حاضر علاوه بر اینکه به تبیین ویژگی‌های این مفهوم و شناسایی مؤلفه‌های آن در حقوق داخلی می‌پردازد؛ استفاده از ظرفیت مطالعه تطبیقی در این باب را لازم شمرده و مفاهیمی که در نظام حقوقی انگلستان به ظاهر مشابه روابط حقوقی در حکم قرارداد است را مورد بررسی قرار داده تا با مقایسه آن‌ها بتوان حدود و ثغور این اقدام عملی مقنن و آثار مترتب بر آن را تعیین نمود. سه عنوان در حقوق انگلستان شامل قرارداد جانبی، اصل حسن‌نیت و فرض حقوقی عناوینی هستند که به لحاظ مشابهت‌های آن‌ها با روابط حقوقی در حکم قرارداد، بررسی و مقایسه آن‌ها از جهت ماهیت ضرورت می‌یابد.

## ۲ تبیین مفهومی عنوان روابط حقوقی در حکم قرارداد

در مقام بیان مفهوم، بررسی حکومت و مصادیق روابط حقوقی در حکم قرارداد در حقوق داخلی لازم است.

### ۲/۱ تطبیق عنوان حکومت:

در تبیین مفهوم و مصادیق روابط حقوقی در حکم قرارداد در حقوق داخلی اولین گام تبیین رابطه‌ی آن نسبت به قاعده‌ی اصولی حکومت است. در حکومت، یکی از دو دلیل لفظی در دیگری تصرف کرده و با نظارت بر آن، موضوع (یا محمول آن) را در عالم تشریح، به صورت ضمنی تفسیر نموده و آن را تضییق یا توسعه می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۹: ۷۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۳) و ارتفاع موضوع یا حکم در حکومت نیز جعلی و تنزیلی است. مثال متداول آن، دو دلیل «لاشک فی النافله» و «متی شککت خذ بالاكثر» است که دلیل نخست، دلیل حاکم و متفرّع بر دلیل محکوم بوده؛ به نحوی که اگر دلیل محکوم نباشد، وجود آن لغو خواهد بود. در مقام تعریف، دلیل حاکم دلیلی است که تعبداً بر دلیل دیگر نظارت داشته و در صدد بیان و تفسیر یا تنزیل ادعایی آن است (مظفر، ۱۳۷۵: ۲، ۲۲۲).

حکومت مشتمل بر سه قسم تفسیری، تنزیلیه و مضمونیه دانسته شده است (نائینی، ۱۳۵۲: ۲، ۱۰۷). در قسم نخست دلیل حاکم، دلیل محکوم را تفسیر می‌کند (مانند أكرم العلماء أعمى الفقهاء). در حکومت تنزیلیه، دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم را از فردی نفی (لاشک لکثیر الشک) یا در مورد فردی اثبات می‌کند (الطواف بالبيت صلاه). در حکومت مضمونی، مضمون یک دلیل به خودی خود ناظر به مضمون دلیل دیگر است که حکومت ادله‌ی لاضرر



## ۲،۲ بررسی مصادیق روابط حقوقی در حکم قرارداد در حقوق داخلی

پیرو تعریف ارائه شده از حکومت می‌توان اذعان داشت تحمیل رابطه قراردادی بر رابطه میان طرفین برخلاف اراده‌ی طرفین در مواد قانونی مختلف از قبیل وکالت حکمی (ماده ۶۸۰ قانون مدنی)، کفالت قهری (ماده ۷۴۵ قانون مدنی)، فرض اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری (مواد ۹۵ و ۲۲۰ قانون تجارت، ۲۱۰ لایحه اصلاحی و...)، ضامن بودن محال‌علیه بریء (ماده ۷۲۷ قانون مدنی)، ابقای برخی از آثار رابطه زوجیت بر طلاق مریض (ماده ۹۴۴ قانون مدنی)، فرض اعتبار نمایندگی ظاهری قائم‌مقام تجاری در حمایت از ثالث (ماده ۳۹۶ قانون تجارت) و ... مشاهده می‌شود.

اما مصادیقی که در مواد قانونی مشاهده می‌شود بر حسب نوع رابطه پایه در دو قسم قابل بررسی است. برخی مصادیق چون وکالت حکمی ناظر به مواردی است که قرارداد موجود میان طرفین به دلایل مختلفی از قبیل فسخ، اتمام مدت و ... منحل شده و در عین حال، قانونگذار همچنان آثار و احکام قرارداد مزبور را بر رابطه قراردادی منحل شده جاری نموده است. گروه دوم ناظر به مواردی است که قانونگذار وجود رابطه‌ای قراردادی میان طرفین را اعتبار نموده و آثار قراردادی بر رابطه طرفین قرارداد حاکم نموده است؛ در حالی که همچون کفالت حکمی، در واقع هیچ‌گونه توافق ارادی میان طرفین بر انعقاد قرارداد خاص مدنظر قانونگذار وجود ندارد. به منظور استخراج مؤلفه‌های تعریف روابط حقوقی در حکم قرارداد برخی از این مصادیق در ذیل بررسی می‌شود:

و لاجرم بر تمام احکام اولیه از این قبیل دانسته شده است.<sup>۱</sup>

نظر به بیانات علمای اصول، حکومت دارای چهار حکم عمده شامل «تقدیم حاکم بر محکوم حتی در صورت اضعفیت دلالت، لفظی بودن و صدور دلیل حاکم از مقنن واحد، عدم سرایت اجمال حاکم به محکوم در شبهات مفهومی و ثبوت حکومت به مقدار نظارت دلیل حاکم» دانسته شده است که مقصود از هر یک به شرح ذیل است:<sup>۲</sup>

الف. مقصود از حکم نخست آن است که با توجه به نظارت مفاد دلیل حاکم بر دلیل محکوم، عرف دلیل حاکم را در موضوع بر دلیل محکوم مقدم نموده و دلیل محکوم را برخلاف ظاهر آن حمل می‌نماید.

ب. دلیل حاکم باید خطاب لفظی باشد؛ چرا که شأن دلیل حاکم، نظارت و تفسیر بوده که این امر از شؤن خطاب است و بر این اساس، دلیل لبّی نمی‌تواند مفسر باشد. به علاوه این که صدور دلیل حاکم باید از همان مولایی باشد که دلیل محکوم را ابراز نموده است؛ زیرا تفسیر مراد شخص از سوی دیگران جز در فرض اخبار از مراد وی، معنا ندارد.

ج. اجمال دلیل حاکم به دلیل محکوم سرایت نموده و خطاب مجمل (دلیل حاکم) مانع از تمسک به دلیل محکوم می‌شود؛ چه این که لاجبت مانع از عمل به حجت نخواهد بود.<sup>۳</sup>

د. حکومت دلیل حاکم به مقدار نظارت آن به محکوم است؛ چه این که دلیل حاکم در موضوع خود ظهور اقوی نسبت به دلیل محکوم دارد و مفاد عرفی این است که متکلم آن را برای تبیین مراد از محکوم اعداد کرده است.

۱. ر.ک. درس خارج فقه آیه الله محمدجواد فاضل لنکرانی، جلسه ۶، ادامه بحث برائت مورخ ۱۴ مهر ۱۳۸۸ قابل دسترس در پایگاه اینترنتی به آدرس: <http://fazellankarani.com/persian/lesson/2994>

۲. ر.ک. درس خارج اصول فقه استاد محمدتقی شهیدی، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی مدرسه فقاقت به آدرس:

<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/shahidi/osoal/9707>  
/97۰1

۳. برخلاف مخصص منفصل که اجمال آن به عام سرایت نمی‌کند و این اجمال، مانع از عمل به عام نیست (شیرازی، ۱۳۲۸: ۲۶۲).

وکیل دانسته است که از آن به وکالت ظاهری نیز تعبیر نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴، ۱۳۶).

در دیدگاه نخست که میان برخی حقوقدانان (امامی، ۱۳۷۴: ۲، ۲۳۷، عدل، ۱۳۷۳، ۳۳۹، بروجردی‌عبده، ۱۳۸۰: ۳۶۱) و مشهور قدما و متأخرین فقها (حلی، ۱۴۰۸: ۲، ۱۵۱، بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲، ۱۸، نجفی، بیتا: ۲۷، ۳۷۵) مطرح است؛ نفوذ تصرفات وکیل در فاصله عزل تا اطلاع وکیل از آن، ناشی از وکالت حقیقی او از موکل بوده و عزل به تنهایی، خللی در اعتبار و بقای قرارداد وکالت ایجاد نمی‌کند. حجیت ظاهر عقد، لاضرر و اقتضای امر به شیء تا قبل از نهی از آن از جمله دلایلی است که در آراء فقها در این زمینه به آن استناد شده است (ابراهیم‌زاده، ۱۳۹۶: ۸۸).

مطابق دیدگاه دوم، عقد وکالت صرفاً با اراده موکل در عزل وکیل منحل می‌شود و حکم مقرر در ماده ۶۸۰ قانون مدنی در زمینه‌ی نفوذ اقدامات وکیل معزول پس از انحلال قرارداد، یک حکم استثنایی محسوب خواهد شد. طبق نظر حقوقدانان قائل به این دیدگاه (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴، ۱۳۸، رهپیک، ۱۳۷۸: ۲، ۱۰۳)، نفوذ اعمال وکیل معزول سازگار با قواعد عمومی معاملات نبوده و وکیل معزول، وکیل به معنای حقیقی به شمار نمی‌رود و وی را باید در حکم وکیل یا به تعبیر دیگر وکیل ظاهری دانست.

مبتنی بر دیدگاه فقهای که قائل به کفایت عزل هستند (حلی، ۱۴۱۳: ۲، ۳۶۴، عاملی‌کرکی، ۱۴۱۴: ۸، ۲۷۷)؛ اساساً علم وکیل نسبت به عزل او توسط موکل، هیچ‌گونه شرطیت و اعتباری نداشته و به موجب عزل، عقد وکالت منحل شده و تصرفات وکیل معزول بلافاصله پس از اراده موکل بر عزل وی، باطل و بلااثر است.

بررسی اقوال فقها بیانگر آن است که آراء فقها بیشتر متمایل به دیدگاه نخست مورد بحث یعنی شرطیت اعلام عزل به وکیل است؛ اما دیدگاه مقابل که بر اساس ماهیت اذنی بودن عقد وکالت قابل

## ۲،۲،۱ فرض اعتبار عقد وکالت تا زمان رسیدن خبر عزل وکیل به وی

عقد وکالت در زمره عقود جایز است و به تبع جایز بودن عقد، حق برهم زدن و انحلال آن برای طرفین عقد محفوظ است و عزل وکیل از سوی موکل یکی از این طرق انحلال است. جواز عقد وکالت و شناسایی حق عزل برای موکل به عنوان یکی از طرق انحلال آن از مواد ۱۸۶، ۹۵۴، ۶۷۸ و ۶۷۹ قانون مدنی قابل اصطیاد است. از آنچه قانونگذار پیرامون رسیدن خبر عزل در ماده ۶۸۰ قانون مدنی مقرر داشته، دو فرض قابل احتمال است که تنها در یکی از این فروض، نهاد وکالت می‌تواند در ردیف مصادیق موضوع بحث قرار گیرد.

توضیح دقیق‌تر این که نفوذ تصرفات و اقدامات وکیل در فاصله عزل تا رسیدن خبر عزل طبق ماده‌ی مذکور می‌تواند دو وجه و مبنای متفاوت داشته باشد:

الف. شرطیت اعلان عزل در انحلال عقد وکالت: این نفوذ ناشی از استمرار عقد وکالت تا زمان رسیدن خبر عزل به وکیل باشد که در این صورت باید قائل شد برای انحلال عقد وکالت، وجود هر دو عنصر «عزل» و «رسیدن خبر آن» ضروری است؛ لذا پیش از آگاهی وکیل از عزل، رابطه قراردادی را باید باقی و معتبر دانست.

ب. کفایت عزل در انحلال قرارداد: رسیدن خبر عزل، شرطیتی در انحلال قرارداد معتبر موجود نداشته و به صرف عزل، عقد وکالت منحل می‌شود و بر این اساس، علت نفوذ تصرفات وکیل معزول، دلیل یا مصلحتی غیر از اعتبار قرارداد وکالت منعقد شده میان او و موکل است. در این فرض چنین استدلال شده است که گرچه عقد وکالت در پی عزل وکیل توسط موکل، منحل شده و به تبع انحلال، مطابق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها نباید آثاری بر اقدامات وکیل معزول مترتب دانسته شود؛ قانونگذار تا زمان رسیدن خبر عزل به وکیل، اقدامات وکیل را (در فاصله عزل تا حصول علم وکیل نسبت به آن) معتبر شمرده و به تعبیری وی را در حکم





با غیر را برای زوجه ایجاد می‌کند؛ در مورد ارث، اثر زوجیت همچنان باقی بوده و زوجه مطلقه در صورتی که با دیگری ازدواج نکرده باشد؛ در ردیف سایر وراث متوفی، از ماترک ارث می‌برد؛ با این قید که حق توارث فقط برای زوجه ایجاد می‌شود و بدین لحاظ در صورت حدوث فوت زوجه پیش از زوج بیمار، به دلیل انحلال حقیقی رابطه زوجیت در پی تحقق طلاق شرعی، زوج بیمار از زوجه مطلقه متوفی ارث نخواهد برد. با این وصف، می‌توان مطلقه را «در حکم زوجه فرد متوفی» ناظر به توارث تا یک سال فرض نمود.

به منظور ترتب حکم مزبور، وجود سه شاخص در مورد بیماری لازم دانسته شده است (هوشیار، ۱۳۹۹، ۱۴۳)؛ یکی منتهی شدن بیماری به موت و آن هم تا مدت یک سال (مبتنی بر روایات این باب (کلینی، ۱۴۰۷:۶، ۱۲۲) فقها، حکم را پس از یک سال قابل اجرا ندانسته‌اند ولو برای چند دقیقه یا چند روز) و دیگری سبب مرگ بودن مرض (در صورت مرگ توسط دزندگان یا قتل، توارث منتفی است (عاملی‌کرکی، ۱۴۱۴:۱۱، ۱۱۹).

### ۲،۲،۳ کفالت حکمی

تعهد کفیل در برابر مکفول‌له به موجب ماده ۷۳۴ قانون مدنی طبق قاعده، ریشه قراردادی داشته و در پی تلاقی رضای کفیل و مکفول‌له ایجاد می‌شود. به رغم ماهیت قراردادی عقد کفالت به عنوان یکی از عقود معین قانونی، قانونگذار در ماده ۷۴۵ قانون مدنی به تبع حکم فقهی (حلی، ۱۴۰۸: ۲، ۹۷)، قهراً تعهدات ناشی از عقد کفالت را بر عهده فردی نهاده است که بدون رضای ذی‌حق یا قائم‌مقام او، دیگری را از تحت اقتدار وی خارج کند. در شرایط مندرج در ماده مذکور، عقد کفالت در معنای واقعی میان کفیل و فرد ذیحق منعقد نمی‌شود؛ اما قانونگذار صرفاً به عنوان ضمانت‌اجرا برای فردی که مدیون را فراری داده، الزام به تعهدات کفیل را پیش‌بینی نموده و این شخص فراری‌دهنده را در حکم کفیل قرار داده است. به همین دلیل از این نوع کفالت با عنوان کفالت حکمی یا قهری نام برده شده و در توجیه آن

توجیه می‌شود، قائل به حکمی بودن وکالت تا زمان اعلام عزل به وکیل است. در این زمینه چنین استدلال شده است که نظر به اینکه تحقق عقد وکالت حدوثاً و بقائاً به عنوان عقد اذنی، مبتنی بر اذن بوده؛ لذا هم وقوع و هم استمرار وکالت وابسته به وجود رضایت است. بنابراین هر زمان اذن کسی که در ایجاد وکالت مؤثر است از بین برود؛ طبیعتاً عقد وکالت منحل خواهد بود (سعادت‌مصطفوی، ۱۳۸۳: ۹، ۱۲). چه اینکه بر اساس تعریف فقها از وکالت یعنی «استنابه در تصرف»، حقیقت وکالت مبتنی بر اعطای نیابت از سوی وکیل است؛ لذا وکیل نسبت به آثار تصرفات حقوقی و اموری که انجام می‌دهد؛ در حکم واسطه بوده و تعهداتی را که وی پذیرفته بر موکل تحمیل می‌شود؛ لذا هر اقدام وکیل خلاف خواسته و اذن منوب‌عنه، خارج از حدود وکالت به شمار می‌رود.

اقتضای پذیرش چنین ماهیتی در مورد وکالت آن است که صرف اراده موکل بر عزل ولو قبل از اعلام سبب انحلال وکالت بوده و حکم مقرر در فقه و همچنین ماده ۶۸۰ قانون مدنی حکم ثانوی است. با وکالت حکمی شمردن رابطه طرفین در فاصله عزل تا اعلام، دیگر این حکم خاص مشکلی با اصل مبنای عقد وکالت نخواهد داشت؛ چرا که در این فرض، مسئولیت موکل در برابر اعمال حقوقی چنین وکیلی - که تنها به حکم ظاهر نماینده موکل است - ریشه قراردادی ندارد (سعادت‌مصطفوی، ۱۳۸۳: ۹، ۲۴) تا در پی قطع منشأ اذن، با ماهیت عقد وکالت در تنافی دانسته شود.

### ۲،۲،۲ فرض بقای زوجیت در طلاق مریض منجر به موت

در این حکم، سبب انحلال رابطه زوجیت یعنی طلاق (به دلیل این که در شرایط بیماری منجر به فوت محقق شده)؛ از سوی شارع صرفاً ناظر به حکم ارث-بری زوجه از بیمار متوفی و آن هم در بازه زمانی یک سال از طلاق، نادیده انگاشته شده و به رغم انحلال کامل رابطه زوجیت ناشی از عقد نکاح در پی طلاق (که حتی استحقاق و جواز شرعی ازدواج زوجه

### ۲،۳ عناصر و مؤلفه های تعریف

با توجه به مصادیق مذکور در قوانین موضوعه مؤلفه های تعریف روابط حقوقی در حکم قرارداد را باید شامل موارد زیر دانست:

۱. روابط حقوقی در حکم قرارداد، تحدید ارادهی افراد و تحمیل آثار قرارداد بر ایشان با تعبّد به حکم قانونگذار است. اقدام قانونگذار صرفاً ناظر به شناسایی قرارداد خاص از سوی وی و تحمیل آثار قانونی همان قرارداد است.

۲. رابطهی حقوقی پایه که قانونگذار آن را در حکم قرارداد دیگر فرض می کند، اعم از رابطهی حقوقی قراردادی (وکالت حکمی) و غیرقراردادی (کفالت حکمی) است.

۳. میان طرفین رابطهی پایه، نه به حمل اولی و نه به حمل شایع صناعی به نحوی که منطبق با دایرهی مفهومی روابط حقوقی در حکم قرارداد و تحمیلی باشد، رابطهی حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی وجود ندارد (یا اساساً رابطه قراردادی شکل نگرفته یا در فرض انعقاد نیز این رابطه به ارادهی متعاملین منحل شده است).

۵. در تمامی مصادیق روابط حقوقی در حکم قرارداد اساساً مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد (ارادهی متعاقدين وجود ندارد) مفقود است و قانونگذار به موجب دلیلی، قرارداد اصالتاً و حقیقتاً مفقود را موجود و واجد اعتبار حقوقی، فرض می کند.

۶. مبنای شناسایی روابط حقوقی در حکم قرارداد اعم از مصالح شخصی و نوعی اطراف آن، افراد دیگر یا مصالح عامه است (صرفاً حمایت از ثالث یا حسن نیت نیست).

۸. به لحاظ ماهیت، روابط حقوقی در حکم قرارداد یک وضعیت حقوقی است و نه یک ضمانت-اجرا.

۹. روابط حقوقی در حکم قرارداد ناظر به شناسایی یک قرارداد و فرض قانونگذار و از امور حکمی است و تحت عناوین تفسیر قرارداد (به

چنین اظهار شده که چون فراری دهنده بدین وسیله سبب ورود خسارت به دیگری شده است؛ باید آن را جبران کند (قاعده لاضرر) (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴، ۴۵۰) و از باب تسبیب، مسئول خسارات وارده به ذیحق می باشد (امامی، ۱۳۷۴: ۲، ۳۰۵). شارع و قانونگذار بدون وجود هیچ رابطه قراردادی، فرد فراری دهنده غریب را در حکم کفیل دانسته و کلیه آثار عقد کفالت را بر موضوع جاری می سازد. یکی از این آثار، ناظر به سقوط تعهد کفیل حکمی با فوت مکفول است.

### ۲،۲،۴ فرض اعتبار اعمال شرکت های تجاری

با بررسی مواد مختلف قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ و لایحه اصلاحی مصوب ۱۳۴۷ می توان مواردی را مشاهده نمود که برخلاف ارادهی اطراف رابطه، فرض اعتبار و وجود روابط قراردادی با ثالث از سوی قانونگذار صورت گرفته است؛ اعم از این که رابطهی پایه، رابطه ای قراردادی بوده باشد یا نباشد.

شناسایی شرکت به عنوان شرکت تضامنی (ناظر به عدم رعایت مقررات تشکیل شرکت در مورد شرکت با مسئولیت محدود و شرکت عملی)، فرض اعتبار اعمال شرکت های تجاری به رغم منحل شدن شرکت یا باطل شدن عملیات شرکت در برابر اشخاص ثالثی که به ظاهر شرکت اعتماد نموده اند، عدم شناسایی روابط حقیقی شرکت با مدیران یا شرکای شرکت در برابر ثالث (در موارد فرض عدم اعتبار تحدید اختیارات مدیران، انتصاب مغایر یا خلاف قانون مدیران در شرکت، مشارکت مستقیم اعضای هیأت مدیره یا مدیرعامل در معاملات شرکت بدون تصویب هیأت مدیره و مجمع عمومی و همچنین تغییر در وضعیت شرکای شرکت)؛ از سوی قانونگذار قانون تجارت مبتنی بر اسلوب حکومت بوده و می تواند از مصادیق قرارداد حکمی در فرضی که رابطه پایه فاقد مبنای قراردادی است، دانسته شود.



## ۳ مقایسه مفاهیم مشابه حقوقی در نظام حقوقی انگلستان

مفاهیم قرارداد جانبی، اصل حسن‌نیت و فرض حقوقی در حقوق انگلستان به لحاظ ظاهر مشابه عنوان روابط حقوقی در حکم قرارداد به نظر می‌رسند که به منظور تعیین دقیق‌تر دایره مفهومی روابط حقوقی در حکم قرارداد، تبیین مؤلفه‌ها و آثار این مفاهیم و وجوه تمایز و اشتراک آن ضرورت می‌یابد.

### ۳/۱ قرارداد جانبی (جنبی)<sup>۱</sup>

قرارداد جانبی عنوانی است برای قراردادی که به موازات قرارداد اصلی و ناظر به الحاق توافقات پیش-قراردادی وجود دارد و به محتوای گفتگوهای پیش از قرارداد، صورت قراردادی می‌بخشد. در توجیه ضرورت شناسایی چنین مفاهیمی در حقوق چنین اظهار شده است که نتایج ناعادلانه پایبندی «منع ادله شفاهی»، لزوم تعدیل در این قواعد و کاستن حاکمیت بی‌چون و چرای آن‌ها را ضرورت بخشیده است.<sup>۲</sup> طرح این نظریه به ویژه پیش از تصویب قانون حقوق اشخاص ثالث در قراردادهای<sup>۳</sup> راهکاری در جهت تفسیر قصد طرفین بر اساس شرایط قرارداد دانسته می‌شد (طالب‌احمدی، ۱۳۹۸: ۵۴۹).

به منظور احراز قرارداد جانبی، وجود ویژگی‌های شش‌گانه‌ای لازم دانسته شده است (همان، ۵۵۵-۵۵۸):

الف. موضوع و عوض آن باید جدای از قرارداد اصلی و خارج از قلمرو موضوع آن باشد؛<sup>۴</sup> ب. احراز

معنای زدودن ابهام قرارداد با کشف اراده متعاقدين و نه از قسم حکومت تفسیریه)، تعدیل (اتخاذ راه- حل جدید در اجرای قرارداد به حسب شرایط حادث)، تغییر قرارداد (حاکم نمودن مصالح و اقتضائات عرفی بر اراده طرفین نسبت به مفاد قرارداد)، تکمیل قرارداد (استمداد از عرف و قانون در مواضع سکوت قرارداد)، اثبات قرارداد (احراز وقوع و مضمون شرایط قرارداد) و توصیف قرارداد (تطبیق مصداق واقع شده با مفاد قانونی) ناظر به رابطه‌ی حقوقی پایه قرار نمی‌گیرد (علومی یزدی، ۱۳۸۹: ۲۳۳-۲۲۵).

۱۰. آثار روابط حقوقی در حکم قرارداد بر طرفین، محدود به اراده‌ی قانونگذار و حدود نظارت دلیل حاکم است. همچنین شناسایی روابط حقوقی در حکم قرارداد محدود به بازه‌ی زمانی خاصی نبوده و مدت به اقتضای شرایط و آثار روابط حقوقی در حکم قرارداد قابل تعیین است. در پی نظارت مفاد دلیل حاکم بر دلیل محکوم، عرف دلیل حاکم را در موضوع بر دلیل محکوم مقدم نموده و دلیل محکوم را برخلاف ظاهر آن حمل می‌نماید. بر همین اساس، در ترتب آثار ماهیت جدید بر ماهیت اصلی رابطه طرفین روابط حقوقی در حکم قرارداد صرفاً باید ملتزم به ترتب آثاری شد که مورد تصریح و اراده شارع یا مقنن قرار گرفته است. نتیجه الزام به وجود شرط مزبور در دلیل حاکم این خواهد بود که در صورت ابهام دلیل حاکم باید قائل به عدم اعتبار آن شد.

خودرو در محوطه بود رأی داد؛ زیرا این ادعا مربوط به موضوعی بود که انتظار نمی‌رفت در قرارداد اصلی ذکر شود ( Gillies, ۱۹۸۸: ۹۳).

<sup>1</sup> Collateral Contract

<sup>2</sup> <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law>

<sup>3</sup> Rights of Third Parties Act 1999

<sup>4</sup> . به عنوان مثال در دعوی که قرارداد اصلی ناظر به خرید

منزل بود؛ دیوان عالی به قرارداد جانبی که در ارتباط با پارک

در استناد به برخی حقوق خود محدودیت‌هایی ایجاد می‌نماید. برخی مبنا و ریشه حسن‌نیت را در انصاف دانسته و معتقدند حسن‌نیت باطناً با انصاف پیوند خورده است؛ در حالی که برمبنای دیدگاه مقابل، آنچه که حکم می‌کند فردی به عنوان محسن مورد توجه قرار گیرد، اخلاق و نه مقتضیات انصاف است. در پرتو حکم اخلاق است که تلاش بر آن است تا در صورت وجود حسن‌نیت حقوق قانونی افراد به طور کامل رعایت شود و در واقع به حکم اخلاق، نیت حسن و نیکو برخلاف نیت پلید و سوء، به طور کامل مورد حمایت قرار می‌گیرد؛ اما به حکم انصاف حتی در مواردی ممکن است کسی که سوء نیت دارد، به لحاظ مصالحی حمایت شده و به استناد مثلاً یک تقصیر کوچک از فلاکت نجات یابد (محسنی، ۱۳۸۵: ۲۰۵).

از آن جهت که حسن‌نیت مقوله‌ای ذهنی، کیفی و مبهم است؛ ارائه‌ی تعریف از حسن‌نیت امری دشوار دانسته شده است. تعاریف بسیاری از حسن‌نیت ارائه شده که وجه مشترک آن‌ها نوعی صداقت و راستی در قرارداد است. چنان‌که جان کارتر در تعریف حسن‌نیت چنین اظهار می‌دارد که «از جمع همه تفسیرهای داخلی کشورها از حسن‌نیت می‌توان نتیجه گرفت که حسن‌نیت عبارت است از انتظار یک طرف قرارداد از طرف دیگر که وظایف قراردادی خود را صادقانه و منصفانه انجام دهد؛ به گونه‌ای که در جامعه تجاری قابل قبول باشد» (Tetley, 2004: 7).

در حقوق انگلیس گرچه حتی در برخی قوانین موضوعه هم (شامل دستورالعمل نمایندگان تجاری مصوب ۱۹۸۶ و قانون بیمه دریایی) بارها به حسن‌نیت اشاره شده<sup>۲</sup>، به دلیل عدم ارائه‌ی تعریف روشن

قصد طرفین مبنی بر ایجاد اثر قراردادی لازم است؛ ج. مفاد آن نباید مخالف و معارض با قرارداد اصلی باشد؛ د. در حقوق انگلیس لازم‌الاجرا بودن تعهدات ناشی از قرارداد مشروط به داشتن عوض است و در قرارداد جانبی این عوض، ورود به قرارداد اصلی است و وجود مستقلی از قرارداد اصلی دارد (Weddeburn, 1959: 72)؛ ه. قطعیت توافقات برای ایجاد این رابطه قراردادی ضروری دانسته شده؛ و. زمان ایجاد قرارداد باید همزمان یا پیش از قرارداد اصلی باشد و نمی‌تواند بعد از قرارداد اصلی انشا شود.

در مقایسه قرارداد جانبی با روابط حقوقی در حکم قرارداد باید اذعان داشت که گرچه در قرارداد جانبی نیز نتیجه نهایی شناسایی یک قرارداد میان طرفین فراتر از قرارداد اصلی و اعتبار بخشیدن و ترتب آثار قراردادی بر آن است؛ به لحاظ ماهیت، مبنا و آثار باید آن دو را کاملاً متفاوت از یکدیگر توصیف نمود. چنان‌که هیچ‌یک از ویژگی‌های شش-گانه مذکور برای قرارداد جانبی در روابط حقوقی در حکم قرارداد قابل تصور نیست.

در مقام تبیین دقیق‌تر چه بسا بتوان در واقع، قرارداد جانبی را کشف قرارداد حقیقی متعاقبین و شناسایی دایره حقیقی توافقات ارادی آن‌ها توصیف نمود که بخشی از این توافقات در قرارداد اصلی مکتوب نشده است و بدین لحاظ از دایره‌ی مفهومی روابط حقوقی در حکم قرارداد که در آن قرارداد واقعی و ارادی مورد نظر نیست؛ قابل تمییز خواهد بود.

## ۳٫۲ اصل حسن‌نیت<sup>۱</sup>

در پرتو حسن‌نیت طرف قرارداد یا ثالث، قانونگذار و نظام قضایی در حقوق انگلستان برای طرفین قرارداد

(۱۹۱۱ میلادی)، شخصی با ورود به جواهرفروشی خود را فرد متمکنی معرفی نمود که جواهرفروش وی را اسماً می‌شناخت؛ لذا او توانست از این طریق حلقه‌ای را با خود ببرد و پس از آن، حلقه را نزد ثالثی به رهن گذاشت. دادگاه قرارداد ثالث را به استناد حسن‌نیت صحیح دانست (داکسبری، ۱۳۷۷: ۱۴۱). پرونده دیگر در مورد مسئولیت مدیران شرکتی بود که به گمان

<sup>۱</sup> . Good faith

<sup>۲</sup> . وجود برخی مفاهیم حقوقی از قبیل نظریه تعهد الزام‌آور، برخی تعهدات مانند برخی مقررات عقد بیمه یا قاعده انصاف صرفاً با حسن‌نیت قابل توجیه دانسته شده که دادگاه‌های انگلیس نیز از دیرباز به مفهوم حسن‌نیت توجه داشته و آن را پذیرفته‌اند. به عنوان نمونه، در دعوی Philips v. Brooks



اسناد تجاری، نکاح و ... حاکم است) (ابراهیمی، ۱۳۹۴: ۱۱۳).

برای حمایت از حقوق ثالث دارای حسن نیت در حقوق انگلستان قوانین و مقررات متعددی به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه، پیرامون اظهارات طرفین معامله در اثنا مذاکرات برای «توصیف خلاف واقع» از سوی یکی از متعاملین ضمانت اجرای فسخ پیش-بینی شده است؛ اما حفظ حقوق اشخاص ثالث به عنوان یکی از موانع فسخ قرارداد دانسته شده است. باید توجه داشت که استناد به اصل حسن نیت مطلق نبوده و دامنه آن، تا زمانی است که خلاف آن (به هر وسیله‌ای حتی از طریق امارات ساده) ثابت نشود (استادی، ۱۳۸۷: ۳۴).

در حقوق انگلیس، تعریف حسن نیت در زمینه نمایندگی ظاهری تا حدی پیچیده است. در این کشور به موجب قانون شرکت‌ها، فرض بر این است که شخص ثالث حسن نیت داشته و تنها در موردی که او از سوءاستفاده مدیران از اختیارات اطلاع داشته یا باید مطلع باشد، چنین حمایتی از او به عمل نمی‌آید. نظر به این که نمایندگی ظاهری از شرایط موجود و رفتار اصیل ناشی می‌شود، از حیث حدود اختیارات نباید قائل به وجود محدودیتی شد و بر این اساس، نماینده‌ی ظاهری دارای همه اختیاراتی خواهد بود که ظهور موهوم وجود نمایندگی، شامل آن می‌گردد؛ اما هنگامی که شخص ثالث در واقع عالم به عدم وجود نمایندگی است و یا مفروض است که وی عالم به این امر بوده، آثار تصرف نماینده، منصرف به اصیل نمی‌شود و تفاوتی نمی‌کند که آن تصرف نوعاً داخل در حدود ظاهری اختیارات نماینده می‌شود یا نه. بنابراین، حدود نمایندگی ظاهری با حدود حسن نیت شخص ثالث تعیین می‌شود نه به واسطه آنچه که باید از ظاهری که اصیل ایجاد کرده، استنباط شود (Busch, 2007: 354).

به استناد حسن نیت دعوی مسئولیت مدیران را مردود دانست (راف‌آنه، ۱۳۸۶: ۱۴۰).

از این مفهوم، اختلافاتی در آراء دادگاه‌ها پدید آمده است.

از دلایل اصلی مخالفت با حسن نیت در حقوق این کشور، «مستلزم تحقیقات شاق بودن کشف انگیزه افراد» و نیز «غیرقابل پیش‌بینی شدن نتایج روابط حقوقی طرفین قرارداد» در پی پذیرش این اصل دانسته شده؛ چه این که هر فعل یا ترک فعلی می‌تواند مغایر با حسن نیت توصیف شده و تعهدات طرفین را برهم ریزد (اصغری‌آقمشهدی، ۱۳۸۷: ۳۳ - ۳۴).

ابهام تعریف و قلمرو حسن نیت و دشواری احراز وجود حسن نیت به عنوان حالتی ذهنی و فعل و انفعالی درونی در مدعی آن، از دیگر دلایل مخالفت دانسته شده، همچنین امکان یافتن راه‌حل جایگزین در حقوق انگلیس که بدون نیاز به استناد به این تئوری و تحمل تعارضات حقوقی ناشی از آن بتواند همان نتایج مورد انتظار از حسن نیت و رفتار منصفانه را حاصل نماید از دلایل دیگر دانسته شده است.

به طور کلی حسن نیت مبتنی بر دو معیار عمده تصور اشتباه و صداقت دانسته شده که اجمالا ضابطه‌ی تشخیص آن میان معیار نوعی و معیار شخصی در نوسان دانسته شده است و به لحاظ کاربرد، دارای دو وجه و دو کارکرد مستقل است:

الف. «حسن نیت در انعقاد و اجرای قراردادها و دیگر اعمال حقوقی (در این کارکرد به عنوان یک قاعده الزام‌آور در کلیه اعمال حقوقی به ویژه انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد جریان دارد)؛

ب. اعتقاد خلاف واقع به وجود یک وضعیت حقوقی منظم یا تصور ناشی از جهل صرف یا تصور ناشی از ظاهری فریبنده (مانند نمایندگی ظاهری که در حمایت از اشتباه و تصور نادرست فرد ناآگاه در برخی از حوزه‌های حقوق چون اموال و مالکیت،

دریافت مجوز لازم برای استفاده از نیروی بخار برای حرکت قطار، اعلامیه پذیره‌نویسی منتشر کرده بودند و مجلس اعیان

می‌توان رابطه این دو مفهوم را عموم و خصوص من وجه توصیف نمود.

### ۳٫۳ فرض حقوقی (قانونی)<sup>۱</sup>

فرض حقوقی که به طور کلی به یک تمهید و تدبیر حقوقی تعبیر شده که قانونگذار یا قاضی به منظور نیل به نتایج حقوقی مطلوب، به عمد وقایع را برخلاف واقع توصیف می‌نماید (دلشاد، ۱۳۹۵: ۲۴)؛ از دیدگاه نظریه‌پردازان حقوق انگلیس به انواع مختلفی قابل تقسیم دانسته شده است. به عنوان نمونه فولر و ایویور<sup>۲</sup> فرض حقوقی را به اقسامی از قبیل فرض تقنینی، فرض قضایی، فرض تکنیک حقوقی و فرض استفاده از ابزار حقوقی توسط شهروندان تقسیم نموده‌اند.<sup>۳</sup>

ایویور در تعریف فرض حقوقی آن را واقعیتی توصیف می‌نماید که به شکل عامدانه، قانونی و غیر قابل انکار بر خلاف حقایق اثبات شده یا محتمل در یک مورد خاص، با هدف به کارگیری یک قاعده حقوقی خاص یا توضیح یک قاعده حقوقی، مفروض واقع شده و توسط قانون یا در علم حقوق مجاز دانسته می‌شود. کارکرد فرض حقوقی در تحصیل عدالت و انصاف به گونه‌ای است که به تعبیر فولر، فرض‌های حقوقی یک بد ضروری برای نظام‌مند کردن تفکر حقوقی است.

در تبیین ماهیت فرض حقوقی وجود پنج عنصر برای تحقق این مفهوم و تمییز آن از استنتاج‌های حقوقی کذب<sup>۴</sup> و فرضیه‌های حقوقی<sup>۵</sup> لازم دانسته شده است (دلشاد معارف، ۱۳۸۸: ۱۷۶-۱۸۰): عنصر تصور و پندار، عنصر خلاف واقع بودن، عنصر قاطعیت و غیرقابل رد بودن، عنصر علم و عمد در بیان خلاف واقع، عنصر مشروعیت فرض حقوقی.

به منظور تبیین دقیق‌تر مفهوم فرض حقوقی و جایگاه آن به نسبت مفاهیم حقوق داخلی، تبیین تفاوت آن با اماره و اصل عملی لازم دانسته شده

در حقوق داخلی نیز در برخی موارد قانونی به تصریح تعبیر حسن‌نیت به کار گرفته شده است که از این قبیل می‌توان ماده‌ی ۱۵۴ قانون تجارت (۱۳۱۱) (حدود مسئولیت شریک با مسئولیت محدود)، ماده‌ی ۸ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹) (اعمال مخالف حسن‌نیت)، ماده‌ی ۴۰ قانون دریایی (۱۳۴۳) (طلبکار با حسن‌نیت)، ماده‌ی ۶ قانون صدور چک (۱۳۴۴) (وجود حسن‌نیت در صادرکننده چک) و قانون تجارت الکترونیک (۱۳۸۲) (لزوم رعایت حسن‌نیت در تفسیر این قانون) و همچنین مفاد برخی قوانین مانند مواد مختلف قانون بیمه را نام برد. برخی معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی مصوب ایران چون موافقت‌نامه مربوط به اجرای مفاد کنوانسیون سازمان ملل در زمینه حقوق دریاها مصوب ۱۳۶۱ را به موجب ماده‌ی ۹ قانون مدنی می‌توان در این ردیف قرار داد.

اجمالاً مصادیق مذکور، در حقوق داخلی منطبق بر مفهوم روابط حقوقی در حکم قرارداد قرار نمی‌گیرد. با توجه به آنچه بیان شد جریان تئوری حسن‌نیت اعم از گستره‌ی روابط قراردادی و غیرقراردادی بوده و صرفاً به تبع حمایت از شخص ثالث و جلوگیری از تضرر وی در رابطه طرفین قرارداد اثرگذار بوده و آثار اراده‌ی ایشان را محدود می‌نماید. در حالی که در روابط حقوقی در حکم قرارداد علاوه بر این که بستر اجرایی آن محدود به تحمیل آثار قرارداد بر رابطه‌ی حقوقی پایه است؛ محدودیت اراده‌ی طرفین قرارداد لزوماً به دلیل حسن‌نیت طرفین یا ثالث نخواهد بود. البته این تفاوت بدین معنا نیست که برخی مصادیق در اجرای تئوری حسن‌نیت تحت عنوان روابط حقوقی در حکم قرارداد قرار نگیرد. بنابراین به جهت تفاوت مبانی - که در روابط حقوقی در حکم قرارداد مبنا اعم از حمایت از ثالث یا طرف قرارداد و غیر آن است -

<sup>۴</sup> . به معنای اظهارات نادرست و تدلیس‌آمیز که به قصد گمراه ساختن انجام می‌شود (False Legal Conclusions).

<sup>۵</sup> . Legal Hypothese

<sup>۱</sup> . Legal Fiction

<sup>۲</sup> . Fuller (۱۹۳۰) and Olivier (۱۹۷۵)

<sup>۳</sup> . Del Mar, 2015: In: <https://lawexplores.com>



و آمریکایی را معادل اصل عملی دانسته و بر این اساس کلیه آثار و نتایج مترتب بر اصل عملی را جاری و قابل اعمال بر فرض حقوقی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۷۷۵، نجومیان، ۱۳۶۶: ۱۱۳). اما دیدگاه مخالف میان آن دو قائل به تفکیک بوده و این دو مفهوم را از یکدیگر تمییز داده است. بدین توضیح که اصل عملی گاه راهی به کشف واقع نیز دارد (اصول محرزه)؛ ولی فرض حقوقی در این مقام نیست. به علاوه این که اصل عملی در موردی اعتبار دارد که دلیل مخالفی وجود نداشته باشد؛ در حالی که خلاف فرض را در هیچ صورتی نمی‌توان اثبات کرد (کاتوزیان، ۲/۱۳۸۰: ۱۶۰).

در ارتباط با وجود فرض حقوقی در حقوق داخلی، حقوقدانان قائل به وجود فرض حقوقی شده و تمام قواعدی که قانونگذار ایرانی ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر قرار می‌دهد مصداق فرض حقوقی دانسته‌اند که مواد ۳۰۸ و ۳۰۹ قانون مدنی (در حکم غصب بودن ید از تاریخ انکار)، مواد ۳۱۰، ۶۱۶، ۶۳۱ و ۵۸۴ قانون مدنی (در حکم امین بودن شریک مأذونی که متصرف مال مشاع است) و ماده‌ی ۳ قانون تجارت (اعمال تجاری تبعی به عنوان معامله تجاری مفروض است) از این قبیل دانسته شده است. در این موارد قانونگذار ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر فرض می‌کند و به مجاز حقوقی دست می‌زند تا آن را تابع حکم ماهیت دوم قرار دهد (کاتوزیان، ۲/۱۳۸۰: ۱۵۹). یکی از کارکردهای فرض حقوقی جابجایی و جایگزینی است که ماده‌ی ۱۷ قانون مدنی که اموال منقول ذاتی را در حکم اموال غیرمنقول برشمرده یکی از مصادیق آن دانسته شده است (دلشاد معارف، ۱۳۸۸: ۱۷۵).

فرض حقوقی نیز منطبق بر نظریه حکومت در اصطلاح اصولی دانسته شده است. در حکومت در موضوع، تصرفی اعتبار می‌شود و با نفی موضوع، حکم آن را نفی می‌کنند. آنچنان که به منظور نفی

است. در این راستا، فرض حقوقی نوعی مجاز و استعاره حقوقی توصیف شده (کاتوزیان، ۲/۱۳۸۰: ۱۵۹) که به منظور انحراف یا تعدیل قاعده‌ی حقوقی، جعل می‌شود و ممکن است هیچ راهی به واقع نداشته و حتی مخالف آن باشد و به واقع، حکمی تعبّدی است که خلاف آن را نمی‌توان ثابت کرد، چرا که کاشف از واقع نیست (کاتوزیان، ۲/۱۳۸۰: ۲۵۶)؛ در حالی که اماره وسیله کشف واقع است و فرض، ابزار گریز از واقع. همچنین خلاف اماره را با دلیل می‌توان اثبات کرد؛ در حالی که خلاف فرض قابل اثبات نیست (کاتوزیان، ۲/۱۳۸۰: ۱۶۰).

در حقوق خارجی نیز تفاوت اماره و فرض حقوقی مورد بحث حقوقدانان است. به اعتقاد فوریه<sup>۱</sup> فرض-ها و امارات اگرچه از نقطه نظر حقیقت قابل مقایسه هستند، با این وصف آن‌ها در طبقه‌بندی-های مجزا نمایان می‌شوند. امارات خود را به سمت تئوری اثبات<sup>۲</sup> سوق می‌دهند؛ ولی فرض‌ها جزء تئوری توسعه قاعده‌ی حقوقی<sup>۳</sup> هستند. در واقع فوریه، اماره را راه کشف واقعیت و حرکت در مسیر نیل به آن می‌داند؛ ولی فرض حقوقی کاملاً حرکت معکوس و برخلاف جهت واقعیت دارد. به عبارت دیگر، مخالفت فرض حقوقی با واقعیت، همیشگی و دائمی است؛ در حالی که اماره ممکن است در برخی موارد منجر به کشف واقع گردد و در برخی نیز کاشف از واقع نباشد (دلشاد، ۱۳۹۵: ۱۵۰). به تعبیر آزو<sup>۴</sup>، حقوقدان فرانسوی اماره با تردید اعمال می‌شود یعنی درستی و صحت یک امر محتمل و مردود است و در نتیجه قابل رد و انکار است؛ اما فرض به طور قطع برخلاف واقع است و ما می‌دانیم که این تصور به طور قطع و یقین، کذب و برخلاف واقع و در نتیجه انکارناپذیر است (دلشاد، ۱۳۹۵: ۱۵۱).

در زمینه‌ی رابطه‌ی فرض حقوقی با اصل عملی که از تأسیسات فقهی است، میان حقوقدانان ایرانی اختلاف است. برخی فرض حقوقی در حقوق اروپایی

4. Azo

1. Foriers

2. La théorie de la preuve

3. La théorie de l'extension de la norme en droit

انتقال املاک و کارخانه به اولاد و پدر و مادر و زن و شوهر در حکم انتقال از طریق ارث است؛ اما تنها از جهت مالیات بر ارث (ماده ۱۸۰ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۷). همچنین حیوانات و اشیاء کشاورزی فقط از جهت صلاحیت محاکم در حکم مال غیرمنقول‌اند (ماده ۱۷ قانون مدنی). ابراء نیز فقط از جهت توجیه اسقاط تعهد، در حکم پرداخت است نه از هر جهت. بنابراین دادگاه نمی‌تواند زنی را که پیش از نزدیکی و طلاق، ذمه همسر خود را نسبت به مهر بری کرده است، به پرداخت نصف مبلغ مهر به مرد محکوم کند؛ بدین بهانه که ابراء او به منزله پرداخت مهر از سوی شوهر بوده است. از منظر قرآن نیز مردی که پشت همسر خود را همچون پشت مادر خود دانسته است (ظهار) فقط بدسلیقگی حقوقی از او سر زده و نباید او را جدی گرفت و مادر چنین فردی فقط کسی است که او را زاده است (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

دیدگاه دیگر بر این قائل است که فرض حقوقی را نمی‌توان دقیقاً منطبق بر حکومت دانست و رابطه عموم و خصوص مطلق نسبت به تساوی برای توصیف رابطه و نسبت منطقی میان فرض حقوقی و حکومت دقیق‌تر است؛ زیرا گرچه هر حکومتی، فرض حقوقی است؛ اما هر فرض حقوقی، حکومت نیست. حکومت صرفاً ناظر به موردی است که دو دلیل وجود دارد و رابطه‌ی این دو دلیل به گونه‌ای است که یک دلیل، حاکم بر دلیل دیگر تلقی شده و قلمرو دلیل محکوم را موسّع یا مضیق می‌گرداند؛ در حالی که تمام مصادیق فرض حقوقی تابع این فرمول و ساختار نیست. در برخی موارد چون ماده ۳ قانون مدنی که قانون ۱۵ روز بعد از انتشار لازم-الاتباع فرض شده، قانونگذار بدون آن که بخواهد یا ملزم باشد ماهیتی را در حکم ماهیت دیگر قرار دهد؛ مستقیماً جعل فرض حقوقی نموده است. از سوی دیگر حکومت گاه جنبه ایجابی دارد (مانند الفقّاع الخمر) و ماهیتی در حکم ماهیت دیگر محسوب می-شود و گاه جنبه سلبی (لا شک لکثیر الشک) که چیزی در حکم دیگری قرار نمی‌گیرد؛ اما فرض

حرمت ربا میان پدر و فرزند، این عمل ربا دانسته نشده (لا ربا بین الوالد و ولده) یا تحمیل نکردن احکام شک بر فرد کثیر الشک، شک او مجازاً شک دانسته نشده است (لا شک لکثیر الشک). از این رو فرمول «الف، در حکم ب است یا الف در حکم ب نیست» را محل جریان حکومت و فرض حقوقی برشمرده‌اند. این رویه، مفهومی ادبی توصیف شده که به واسطه آن قانونگذار با کمک استعاره، چیزی را مجاز چیز دیگری برمی‌شمرد (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ۱۳۴).

فرض‌های زیر در مواد قانونی مصادیق فرض قانونی و حکومت نام برده شده است: ماده ۳۴ قانون ثبت (فرض طلبکار فروشنده به عنوان خریدار در بیع شرط)، ماده ۱۹۶ قانون مدنی (فرض معامله نماینده برای اصیل)، ماده ۲۳۳ قانون تجارت (فرض قبولی مشروط به منزله نکول)، ماده ۲۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷ (در حکم سهم دانستن گواهینامه موقت سهم)، ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی (در حکم مباشر بودن سارقی که با استفاده از دیوانه یا طفل غیرممیز یا حیوان مال را از حرز خارج کرده باشد)، در حکم موت حقیقی دانستن موت فرضی، ماده ۷۲۷ قانون مدنی (در حکم ضامن بودن محال‌علیهی که مدیون محیل نیست)، ماده ۴۲۵ قانون مدنی (در حکم عیب سابق بودن عیوب حادث در فاصله بیع تا قبض)، ماده ۱۲۸۱ قانون مدنی (به منزله اقرار کتبی بودن قید دین در دفتر تجار) (همان).

البته فرض چیزی در حکم دیگر نیازمند رعایت ضوابطی نیز دانسته شده، به نحوی که هر چیزی را نمی‌توان در حکم دیگری پنداشت. به همان ترتیب که در ادبیات دست شاعر برای هر استعاره‌ای باز نیست؛ لذا فرض حقوقی باید به شیوه‌ای مدلل و موجه شود و از سوی دیگر در همه جهات مشابهت میان دو طرف، این اعتبار وجود ندارد، چه این که تقصیر سنگین در حکم عمد است؛ اما نه در همه جهات. مثلاً تقصیر سنگین را می‌توان بیمه کرد؛ اما بیمه خسارت عمدی موجه و قابل پذیرش نیست.



مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد و ...» دانست و به لحاظ ساختار این مفهوم، منطبق با ساختار قاعده اصولی حکومت است و وکالت حکمی، کفالت ظاهری، فرض اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری و ... را باید از مصادیق آن در حقوق داخلی شمرد.

در مقایسه‌ی روابط حقوقی در حکم قرارداد با مفاهیم و نهادهایی شامل عناوین قرارداد جانبی یا جنبی، اصل حسن‌نیت و فرض حقوقی (قانونی)، در نظام حقوقی انگلستان که به ظاهر از وجوه مشترکی با روابط حقوقی در حکم قرارداد برخوردار دانسته شد؛ نتیجه بررسی تطبیقی را باید آن دانست که تفاوت‌هایی نیز میان آن‌ها وجود دارد. رابطه مفاهیم چهارگانه مورد بحث با روابط حقوقی در حکم قرارداد به ترتیب زیر است:

قرارداد جانبی، عنوانی است برای قراردادی که به موازات قرارداد اصلی وجود دارد و به محتوای گفتگوهای پیش از قرارداد، صورت قراردادی می‌بخشد. در واقع، قرارداد جانبی را باید کشف قرارداد حقیقی متعاقبین و شناسایی دایره حقیقی توافقات ارادی آن‌ها توصیف نمود که بخشی از این توافقات در قرارداد اصلی مکتوب نشده است و بدین لحاظ از دایره‌ی مفهومی روابط حقوقی در حکم قرارداد که در آن قرارداد واقعی و ارادی مورد نظر نیست؛ قابل تمییز خواهد بود.

تئوری حسن‌نیت صرفاً به تبع حمایت از شخص ثالث و جلوگیری از تضرر وی در رابطه‌ی طرفین قرارداد اثرگذار بوده و آثار اراده‌ی ایشان را محدود می‌نماید. در حالی که در روابط حقوقی در حکم قرارداد علاوه بر این که بستر اجرایی آن محدود به تحمیل آثار قرارداد بر رابطه‌ی حقوقی پایه است؛ محدودیت اراده طرفین قرارداد لزوماً به دلیل حسن‌نیت طرفین یا ثالث نخواهد بود.

در مورد فرض حقوقی یا قانونی نیز که در حقوق خارجی به معنای توصیف خلاف واقع وقایع به صورت عامدانه به منظور نیل به نتایج حقوقی مطلوب، از سوی قانونگذار یا قاضی است، باید

حقوقی صرفاً در مواردی که از ساختار ایجابی حکومت بهره می‌گیرد و چیزی را در حکم چیز دیگر تلقی می‌کند، بر مفهوم حکومت منطبق می‌گردد. تفاوت دیگر این که استفاده از ساختار حکومت در فرض حقوقی در انحصار قانونگذار نبوده و قضات نیز می‌توانند با تصرف در موضوع برخی نتایج غیرعادلانه را به عدالت نزدیک سازند (دلشاد، ۱۳۹۵: ۱۷۰).

در ارتباط با رابطه دو مفهوم روابط حقوقی در حکم قرارداد و فرض حقوقی نظر به ابعاد تعریف شده روابط حقوقی در حکم قرارداد در این پژوهش، باید قراردادهای حکمی را مصداقی از فرض حقوقی در حقوق خارجی پنداشت؛ به نحوی که رابطه آن دو را می‌توان عموم و خصوص مطلق توصیف نمود.

التزام به روابط حقوقی در حکم قرارداد، تعبد به حکم قانونگذار است؛ در حالی که واضح در فرض حقوقی، اعم از قانونگذار و قاضی دادگاه است. روابط حقوقی در حکم قرارداد در حدودی که در این پژوهش مورد بررسی است، صرفاً ناظر به روابط قراردادی بوده و می‌توان آن را به لحاظ مفهومی نزدیک‌تر با چارچوب ساختار ایجابی مفهوم حکومت پنداشت؛ چرا که شارع با تصرف در موضوع، رابطه‌ی حقوقی پایه را در حکم قرارداد دیگر قرار می‌دهد. با توجه به این که به نظر می‌رسد مصادیق روابط حقوقی در حکم قرارداد در فقه و حقوق، منطبق با حکومت است که البته اظهارنظر دقیق در این زمینه در گرو بررسی تفصیلی هر یک از این مصادیق است، باید تفاوت‌های فرض حقوقی را با روابط حقوقی در حکم قرارداد، ناظر به همان تفاوت‌های فرض حقوقی با حکومت دانست.

## ۴ نتیجه گیری

شاخص‌ترین مؤلفه‌های مفهومی روابط حقوقی در حکم قرارداد را می‌توان شامل «تعبدی و قهری بودن فرض قانونگذار، شمولیت رابطه حقیقی پایه نسبت به رابطه‌ی قراردادی و غیرقراردادی، فقدان رابطه‌ی حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی و عدم وجود



لحاظ مفهومی، قرابت فرض حقوقی آن، به صورت جزئی با روابط حقوقی در حکم قرارداد، بیشتر است. براین اساس، در بستر مطالعه‌ی تطبیقی از طریق بررسی شرایط و آثار فرض حقوقی (البته محدود به دامنه‌ای که مشابهت مفهومی وجود دارد) می‌توان در تبیین گستره‌ی روابط حقوقی در حکم قرارداد بهره برد.

اذعان داشت که با توجه به دایره‌ی وسیع‌تر اعمال این فرض در مقایسه با روابط حقوقی در حکم قرارداد باید رابطه آن دو را عموم و خصوص مطلق تعبیر نمود.

در نهایت گرچه مفاهیم مورد بحث در حقوق داخلی و حقوق انگلستان غالباً در برخی مصادیق با روابط حقوقی در حکم قرارداد مشترک می‌گردد؛ به



## منابع

- Aameli Karaki, Ali (1993), Jami al-Maqased, Qom: Al-ul-Bayt [In Arabic]
- Adamas, John, Brown Esward, Roger (1997), Analysis of contract law, translated by Majid Pourastad, Qom: Madyan. [In Persian]
- Adl, Mustafa (1994), Civil Rights, Qazvin: Bahrul Uloom. [In Persian]
- Ansari, Morteza (1998), Faraed al-Usul, Qom: Islamic Thought Forum. [In Arabic]
- Appellate Committee. (2007), Opinions of The Lords Of Appeal For Judgment In The Cause, House Of Lords.
- Asghari Aghmashedi, Aboui, Hamidreza (2007), "Good faith in concluding a contract in British and Iranian law", Private Law Thoughts, Vol. 12. [In Persian]
- Bahrani, Youssef (1984), al-Hadaaiq al-Nadrah, Qom: Islami. [In Arabic]
- Boroujerdi-Abdeh, Mohammad (2001), Civil Rights, Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Busch, D. Macgregor, L. (2007), Apparent Authority In: Scots Law, The Edinburgh Law Review.
- Del Mar, M. (2015), Legal Fictions and Legal Change in the Common Law Tradition, University of London, Springer International Publishing Switzerland.
- Delshad Maarif, Ebrahim (2008), "The Nature and Effect of Legal Fiction", Private Law Studies, Vol. 4. [In Persian]
- Duxbury, Robert (1998), a review of contract law in England, translated by Hossein Mirmohammad Sadeghi, Tehran: Lawmaker. [In Persian]
- Ebrahimi, Yahya (2014), A comparative study of the theory of good faith in contract law, Tehran: Shahr-danesh. [In Persian]
- Emami, Hassan (1995), Civil Rights, Tehran: Islamia. [In Persian]
- Gillies, P. (1988), Concise contract law, Sydney: Federation Press.
- Halli, Jafar (1987), shraye-Ul eslam in Halal and Haram Issues, Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Helli, Hasan (1413), Qavaaed al-Ahkam, Qom: Islami. [In Arabic]
- Hoshyar, Alireza, Hoshyar, Mohammadreza (2019), Jurisprudential Reflections on Article 944 of the Civil Code of Iran, Jurisprudential and Principles Essays, No. 21. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2012), Legal Encyclopaedia, Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Jafari-Tabar, Hassan (2009), The interpretive philosophy of law, Tehran: Jangal Publication. [In Persian]
- Katouzian, Nasser (1995), Family Civil Rights, Tehran: Bazarche Kitab. [In Persian]
- Katouzian, Nasser (1997), Civil Rights: Certain Contracts, Tehran: Sahami Publishing. [In Persian]
- Katouzian, Nasser (2010), Proof and Evidence, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
- Koleini, Mohammad (1988), Al- Kafi, Tehran: Islamiyya publication. [In Arabic]
- Mohseni, Hassan (2006), "The principle of good faith in Iranian law with a comparative study", Journal of Comparative Law, Vol. 1. [In Persian]

- Mousavi Khomeini, Ruhollah (1997), Revision of Principles, Tehran: Imam Khomeini's Works Publication. [In Persian]
- Muzaffar, Mohammad Reza (1995), Principles of Fiqh, Qom: Ismailian. [In Arabic]
- Najafi, Mohammad Hassan (Bita), Jawaherul - Kalam, Beirut: Ihya Al-Torath al-Arabi. [In Arabic]
- Najoomian, Hossein (1988), Legislation and Finance Basics, Mashhad: Astan Qods Research Foundation. [In Persian]
- Nayini, Mohammad Hossein (1983), Ajud Al-Tharthat, Qom: Mataaba Al-Irfan. [In Arabic]
- Olomi Yazdi, Hamidreza, Babazadeh, Babak (2010), "Contract interpretation methods in the legal system of Iran and England", Public Law Research Quarterly, Vol. 29. [In Persian]
- Ostadi, Mona (2007), Theory of Apparent Representation, Master's Thesis of Kashan University. [In Persian]
- Raf Ane (2005), English contract law rules from the perspective of judicial procedure, translated by Mahdavi Mousavi, Tehran: Mizan. [In Persian]
- Rahpaik, Hassan (1998), Civil Rights: Certain Contracts, Tehran: Khorsandi. [In Persian]
- Saadat Mostafawi, Mostafa (2013), jurisprudential and legal review of the establishment of without dismissal Advocacy, Rahnamon, numbers 9&10. [In Persian]
- Shephard Garland. David, Cockcroft, J. Polk McGehee, L. Porterfield, C. (1988), The American and English Encyclopedia of Law, London: Thompson Company, Vol. VII.
- Shirazi, Ali (1950), Ali's comment on Faraed al-Usul, [In Arabic]
- Taleb Ahmadi, Habib, Inaughandani, Muhaddeh (2018), "Comparative study of lateral contract in British and Iranian law", Comparative Law Studies, Vol. 2. [In Persian]
- Tetley, W. (2004), Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, Mc Gill University.
- Weddebburn, K. W. (1959), Collateral Contracts, The Cambridge Law Journal, Vol.17.

## Original Article

# Challenges to fair access to vaccines and medicines in the TRIPS Agreement with a view to Iran's rights (Example under review: Corona vaccine)

Omolbanin Ramzanzadeh\*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.3.4](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1403.8.1.3.4)



[10.22080/LPS.2023.24951.1465](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24951.1465)

### Received:

January 29, 2023

### Accepted:

April 20, 2023

### Available online:

June 29, 2023

### Keywords:

right of access to medicine, Corona, covid 19, compulsory license, TRIPS agreement.

## Abstract

With the spread of Corona, the limitations of the TRIPS agreement have been revealed once again; Because the approach of TRIPS on the one hand is to protect the intellectual property of vaccines and drugs, and on the other hand, the flexibilities of TRIPS are not enough to guarantee fair access to pharmaceutical products. This article examines the unique challenges that have come to the fore due to the Corona pandemic, and finally, examines some of the options that have been presented so far to facilitate equitable access to COVID-19 pharmaceutical products and technologies and shows that the voluntary licensing system mentioned in TRIPS, which is a tool to access affordable medicines, is time consuming and as such needs reform. Therefore, in order to deal with Covid-19 or emerging diseases, In the fields related to public health, countries should take steps in facilitating issuing licenses through establishing mandatory patent pools or to procure vaccine and drugs via already existing commercial, political, economic, or regional groupings now. In Iran's legal system, Article 17 of the Law on Patents, Industrial Designs and Trademarks mentions the issue of issuing compulsory exploitation licenses under certain conditions. Although the approval of this law is another step in the direction of smoothing the path of Iran's accession to the World Trade Organization, the objections to TRIPS also apply to this law.

\*Corresponding Author: Omolbanin Ramzanzadeh

Address: Faculty of Law and Political Science,  
University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: [o.ramzanzadeh@umz.ac.ir](mailto:o.ramzanzadeh@umz.ac.ir)



## Extended abstract

### 1. Introduction

In order to strengthen and improvement in public health, governments have tried to encourage pharmaceutical companies to conduct medical research and pharmaceutical innovations by providing incentives such as patents. The approval of conventions such as Berne and Paris and at the top of them the TRIPS agreement has been in this direction. But the challenges facing the protection of intellectual property rights in the fields related to health and public health have caused a difference in the initial view of the absolute protection of the intellectual property rights of drug and vaccine manufacturers; Concerns in this area led to the approval of the official TRIPS amendment on January 23, 2017. These reforms are among the measures that have been taken to reduce the adverse effects of trips on developing countries and empower them to deal with health emergencies. These reforms, collectively known as "TRIPS flexibilities", seek to facilitate access to low-cost drugs in the form of generic drugs through the possibility of voluntary authorization.

The right of access to medicine and vaccine has been studied in the light of existing national and international laws in many articles, the results of which show the positive and significant effect of patent registration on increasing research and development. But in practice, the relationship between drug patenting and the significant increase in research and development has been meaningless. Also, research findings indicate that patent rights have a stronger effect on economic growth in developed countries than in developing countries. In almost all researches, a certain level of support and

a somewhat high level of intellectual property has been assessed as having a positive effect on economic growth, and in parallel, excessive support has also led to negative results. But the reason that caused to examine the issue again is that most of these articles were published before the outbreak of Corona as a special situation. after the Covid-19 pandemic as the first global public health emergency after the amendment, it became clear that due to the so-called vaccine nationalism issue, these reforms were practically ineffective.

### 2. methods

In this article we examine the existing TRIPS and its flexibility to figure out if it was enough for all countries to have access to vital medicines and treatments related to Covid-19. Other suggestions that have been made in this field to solve the problem will also be examined.

Since one of the requirements for joining the World Trade Organization is the acceptance of TRIPS, a comparative study was done with Iran's law.

### 3. Conclusion

It is inferred after an extensive review in TRIPS flexibility that Perhaps the most important facility available to developing countries is the mandatory license included in Article 31 of TRIPS. As an exception to the exclusive rights of patented products, this regulation allows WTO members to grant compulsory licenses under certain conditions. Of course, in order to grant a mandatory license equal to this article, the member must comply with the conditions listed in paragraphs (a) to (l) of article 31. The conditions included in this article, which are foreseen for the issuance of a license, practically made the implementation of the article very difficult and impossible

except in very exceptional cases. Therefore, the general criticism of the voluntary licensing system is that its administrative prerequisites have created more obstacles than solutions. Therefore, in an effort to make the system simpler, several suggestions were proposed.

The first proposal, which is more extreme but more effective, is to remove paragraph (f) of Article 31 of TRIPS, which has caused the problem.

The next suggestion is that the members of the World Trade Organization review the provisions of Article 31 of the new TRIPS and remove the conditions that have caused the most problems.

However, while these proposals may provide a solution to the current limitations, revising TRIPS will not be easy. As an alternative to further TRIPS amendments, a proposal put forward by South Africa and India which suggested a temporary waiver of intellectual property rights to ensure affordability and timely access to Covid-19 medical products for all countries. The stated purpose of the proposal was to allow all countries to choose not to enforce, exercise or enforce patents and other intellectual property related to coronavirus treatments, vaccines, diagnostics and other health technologies.

Another proposal made by Abbott and Reichman is the Establishment of Mandatory Patent Pools (Licensing Facilities) and Regional Pharmaceutical Supply Centres (RPSCs) as a solution to the limitations of the voluntary licensing system. The operation of this coalition is

proposed in such a way that the governments must agree that the owners of the inventions put their inventions in the "pool" and the production companies receive a license from it freely in exchange for certain compensation.

The proposal for licensing and co-production facilities is a good alternative to further TRIPS reform or a waiver proposal for the simple reason that any WTO member negotiations would take an inordinate amount of time. Although these alliances may also require intergovernmental negotiations and agreements, these negotiations will likely be less long because the negotiating parties are of the same mind and are on the same supply and demand side.

In Iran's legal system, Article 17 of the Law on Patents, Industrial Designs and Trademarks mentions the issue of issuing compulsory exploitation licenses under certain conditions. Although the approval of this law is another step in the direction of smoothing the path of Iran's accession to the World Trade Organization, the objections to TRIPS also apply to this law.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

The author wrote the article alone

### **Conflict of Interest**

The author declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

## چالش‌های فراروی دسترسی عادلانه به واکسن و دارو در موافقتنامه‌ی تریپس با نگاهی به حقوق ایران (مصادق مورد بررسی: واکسن کرونا)

ام البنین رمضان زاده<sup>\*۱</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.3.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24951.1465)



[10.22080/LPS.2023.24951.1465](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24951.1465)

### چکیده

با شیوع کرونا بار دیگر محدودیت‌های موافقتنامه‌ی تریپس آشکار شده است؛ چرا که رویکرد تریپس از طرفی بر حمایت از مالکیت معنوی واکسن و داروهاست و از طرف دیگر انعطاف‌پذیری‌های تریپس برای تضمین دسترسی عادلانه به فراورده‌های دارویی کافی نیست. مقاله‌ی حاضر چالش‌های منحصر به فردی را که به واسطه‌ی همه‌گیری کرونا به منصفه ظهور رسیده، در نظر گرفته و برخی از گزینه‌هایی را که برای تسهیل دسترسی عادلانه به محصولات و فناوری‌های دارویی کووید-۱۹، پیشنهاد شده بررسی کرده و نشان می‌دهد که سیستم صدور مجوز داوطلبانه‌ی مذکور در تریپس که ابزاری برای دسترسی به داروهای مقرون به صرفه است، زمان‌بر بوده و نیاز به اصلاح دارد. بنابراین، برای مقابله با کرونا و بیماری‌های نوظهور، در حوزه‌های مربوط به سلامت عمومی کشورها باید با ایجاد ائتلاف‌های اجباری ثبت اختراع در جهت تسهیل صدور مجوز گام بردارند و یا از طریق گروه‌های تجاری، سیاسی، اقتصادی یا منطقه‌ای موجود نسبت به تامین واکسن و دارو اقدام نمایند. در نظام حقوقی ایران نیز در ماده‌ی ۱۷ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری به موضوع صدور مجوزهای بهره‌بردار اجباری در شرایط خاصی اشاره شده است. هر چند تصویب این قانون گامی دیگر در راستای هموار کردن مسیر الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی است، ایرادات وارده به تریپس بر این قانون نیز وارد است.

تاریخ دریافت:

۰۹ بهمن ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳۱ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۸ تیر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

حق دسترسی به دارو، کرونا، کووید ۱۹، لیسانس اجباری، موافقتنامه‌ی تریپس.

\* نویسنده مسئول: ام البنین رمضان زاده

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ایمیل: [o.ramzanzadeh@umz.ac.ir](mailto:o.ramzanzadeh@umz.ac.ir)



## ۱ مقدمه

دولتها برای تقویت و اشاعه‌ی بهداشت عمومی سعی در ترغیب شرکت‌های داروسازی به انجام تحقیقات پزشکی و نوآوری‌های دارویی با ارائه مشوق‌هایی همچون حق اختراع داشته‌اند (میرشمسی و دیگران، ۱۳۹۶: ۷۳). تصویب کنوانسیون‌هایی چون برن و پاریس و در راس آنها موافقت‌نامه‌ی تریپس در همین راستا بوده است. اما چالش‌های پیش روی حمایت از حقوق مالکیت فکری در حوزه‌های مربوط به بهداشت و سلامت عمومی سبب تفاوت در دیدگاه اولیه نسبت به حمایت مطلق از حقوق مالکیت فکری سازندگان دارو و واکسن شده است؛ البته این اختلاف نظر بین کشورهای توسعه یافته و درحال توسعه از زمان طرح موضوع حمایت از حقوق مالکیت فکری در عرصه‌ی بین‌المللی همواره وجود داشته است. بازنگری‌های صورت گرفته در کنوانسیون پاریس و برن به عنوان اولین معاهدات چندجانبه در حوزه‌ی حقوق مالکیت فکری مؤید این نظر است (جعفرزاده و اسدلو، ۱۳۹۶: ۱۹۰). یکی از راه‌حل‌های پیشنهاد شده برای ایجاد توازن میان ملاحظات حوزه سلامت عمومی و حقوق مالکیت فکری مخترع، تسهیل توسعه داروهای ژنریک است. این داروها فرمول و عملکردی مشابه با داروی اصلی دارند اما برخلاف داروهای که نام تجاری دارند و مختص یک تولیدکننده‌ی خاص هستند، یک نام عمومی دارند و ممکن است توسط هر تولیدکننده‌ای، تولید و عرضه شود (Abbott and others, 2014: 5).

با وجود اینها کمیسیون فرعی ترویج و حمایت کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۰ میلادی سندی را با تاکید بر این که اجرای موافقت‌نامه‌ی تریپس، به اندازه‌ی کافی ماهیت اساسی و مشروعیت تمامی حقوق بشر از جمله حق دسترسی به سلامت و ... را منعکس نمی‌کند، تصویب کرد (علمشاهی و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۳۳).

گروه کاری برنامه هزاره سازمان ملل<sup>۱</sup> نیز اعلام نمود که موانع ایجاد شده توسط موافقت‌نامه تریپس یکی از شش مانع برای دسترسی به داروهای اساسی می‌باشد (عزیزی و دیگران، ۱۳۹۹: ۶۴). علی‌رغم تمام نگرانی‌ها در این حوزه، کشورهای توسعه‌یافته قویاً بر حمایت از حقوق مالکیت فکری دارو واکسن تاکید کرده و حتی برخی از آنها از جمله آمریکا و کشورهای عضو اتحادیه اروپا ضمانت اجرایی را پیشنهاد دادند که حمایت از حقوق مالکیت فکری را فراتر از استانداردهای موافقت‌نامه‌ی تریپس در برمی‌گیرد؛ موضوعی که امروزه گسترش روندهای تریپس پلاس نامیده می‌شود (بختیاروند و جمالی نژاد، ۱۳۹۸: ۹۶۴). از آنجایی که این موافقت‌نامه‌ها در صدد مسدود کردن روزه‌های انعطاف‌پذیری در موافقت‌نامه تریپس هستند، آثار نامطلوبی بر حق بر سلامتی بر جای می‌نهند (حبیبی مجنده، ۱۳۹۴: ۵۱).

حق دسترسی به دارو و واکسن در پرتو قوانین ملی و بین‌المللی موجود در مقالات متعددی مورد مطالعه قرار گرفته که نتایج آنها بیانگر تاثیر مثبت و معنی‌دار حق ثبت اختراع بر افزایش تحقیق و توسعه می‌باشد. اما در عمل ارتباط بین ثبت اختراع دارو و افزایش چشمگیر تحقیق و توسعه بی‌معنا بوده است. همچنین یافته‌های تحقیقات بیانگر قوی‌تر بودن اثر حق ثبت اختراع بر رشد اقتصادی در کشورهای توسعه یافته نسبت به درحال توسعه است (التجائی و حسینی، ۱۳۹۵: ۱)؛ تقریباً در تمامی تحقیقات، انجام سطح خاص حمایتی و تاحدودی زیاد از مالکیت فکری دارای تاثیر مثبت بر رشد اقتصادی ارزیابی شده است و به موازات آن حمایت بیش از اندازه نیز به نتایج منفی منتهی شده است (خداپرست و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۰۷ و ۱۰۸). اما دلیلی که سبب شد تا بار دیگر به این موضوع پرداخته شود این است که غالب این مقالات پیش از شیوع کرونا منتشر شده‌اند و همه‌گیری کووید ۱۹ نیز پس از تصویب اصلاحیه‌ی رسمی موافقت‌نامه‌ی تریپس (۲۳ ژانویه ۲۰۱۷)، رخ داده؛ لذا اولین

<sup>1</sup> UN Millennium Project's Task Force.



## ۲ ملی‌گرایی واکسن

انتشار خبر موفقیت واکسن‌های اسپوتنیک و فایزر نوید بخش پایان کرونا بود اما، نگرانی‌هایی در خصوص حقوق مالکیت فکری واکسن وجود داشت. اروپا و آمریکا که در ابتدای شیوع کرونا در چین خود را نسبت به آن ایمن تصور می‌کردند. پس از شیوع پاندمی و تولید واکسن، دوزهای کافی از بهترین واکسن‌ها را برای ایمن‌سازی چندین باره جمعیت خود رزرو کرده‌اند (Bhutto, 2021: April 4).

تا اواسط آگوست ۲۰۲۰ ایالات متحده هشتصد میلیون دوز از حداقل شش واکسن درحال توسعه را تضمین کرده بود بریتانیا ۳۴۰ میلیون دوز خریداری کرده و اتحادیه اروپا و ژاپن هرکدام صد‌ها میلیون دوز سفارش داده بودند (Callaway, 2020: 506). مدیر کل سازمان جهانی بهداشت، این روند نگران‌کننده را به رسمیت شناخت و هشدار داد که این وضع بسیاری از کشورها را به رنج طولانی مدت محکوم خواهد کرد که به معنای بهبود اقتصادی کندتر در سراسر جهان است (Adhanom, 2020: September 8).

ملی‌گرایی واکسن پدیده‌ای است که در آن کشورهای با درآمد بالا بخش عمده‌ای از واکسن‌ها را در مرحله توسعه از طریق معاملات موسوم به تعهدات پیش‌فروش بازار یا قراردادهای پیش‌خرید، پیش‌خرید می‌کنند. اینها قراردادهای الزام‌آوری هستند که به موجب آن یک طرف، متعهد می‌شود که تعداد خاصی از واکسن یا درصد دوزهای خاصی از یک واکسن بالقوه را از یک سازنده واکسن با قیمت توافقی در صورت توسعه، مجوز گرفتن و تولید خریداری کند (Phelan & others, 2020: 800). هر چند این قراردادها از این حیث که بودجه را از قبل تأمین می‌کنند، به تولیدکنندگان برای تحقیق و توسعه، کمک می‌کنند اما چنین توافقی‌های دوجانبه‌ای به نابرابری‌ها کمک کرده و چارچوب زمانی همه‌گیری را گسترش می‌دهند؛

وضعیت اضطراری بهداشت عمومی جهانی است که اعضای سازمان تجارت جهانی پس از آن اصلاحات با آن مواجه شده‌اند. این اصلاحات از جمله اقداماتی است که صورت گرفته تا اثرات نامطلوب تریپس را بر کشورهای درحال توسعه کاهش دهد و آنها را برای مقابله با موارد اضطراری بهداشتی توانمند سازد. این اصلاحات که در مجموع به عنوان «انعطاف‌پذیری-های تریپس» شناخته می‌شود به دنبال تسهیل دسترسی به داروهای ارزان قیمت در قالب داروهای ژنریک از طریق قابلیت مجوز داوطلبانه است. با این حال، علیرغم اینکه این اصلاحیه در حال حاضر بخشی از تریپس است، واقعیت این است که شیوع کرونا، این واقعیت متضاد را نشان داد که اصلاحیه رسمی و بقیه معافیت‌هایی که در تریپس برای اهداف مقابله با اورژانس‌های بهداشت عمومی پیش‌بینی شده به دلایل ناشی از «ملی‌گرایی واکسن» عملاً ناکارآمد بوده است. در این مقاله با طرح مساله موسوم به ملی‌گرایی واکسن، تریپس موجود را بررسی کرده و ارزیابی می‌کنیم که آیا انعطاف‌های موجود در آن حق دسترسی عادلانه به واکسن و دارو را برای همه کشورها فراهم می‌کند یا خیر؟ لذا به بازخوانی مقررات تریپس در این زمینه و چالش‌های پیش روی دسترسی به واکسن و دارو، بررسی وضعیت رخ داده پس از شیوع کرونا و تولید واکسن و راهکارهای پیشنهادی خواهیم پرداخت و در نهایت به واسطه عزم ایران برای پیوستن به سازمان تجارت جهانی و با در نظر داشتن این نکته که موافقتنامه‌ی تریپس برای اعضای این سازمان سندی الزام‌آور است، به چالش‌های حقوقی نظام حق اختراع ایران در مسیر الحاق به موافقتنامه‌ی تریپس می‌پردازیم. نکته حائز اهمیت این است که از آنجا که همه‌گیری کووید ۱۹ نه اولین و نه احتمالا آخرین همه‌گیری بیماری نخواهد بود لذا کشورها باید از تجربه تلخ رخ داده استفاده کرده و خود را برای بیماری‌های احتمالی نوظهور در آینده آماده کنند.

کلی ارتقاء تجارت و توسعه اقتصادی است نه اینکه از گروهی خاص حمایت به عمل آورد. در اولین بند تریپس نیز تصریح می‌شود که این موافقت‌نامه تضمین می‌نماید که اقدامات و روش‌های اجرای حقوق مالکیت فکری خود به صورت موانعی فرا راه تجارت مشروع در نیایند (حبیبی، ۱۳۸۳: ۱۵۱). فارغ از این تفاوت در دیدگاه‌ها، در حال حاضر مقررات تریپس به عنوان یک مانع بالقوه مهم برای واردات محصولات دارویی عمدتاً توسط کشورهای در حال توسعه است.

### ۳/۱ انعطاف‌پذیری‌های تریپس

از آنجا که کشورهای در حال توسعه معمولاً تحت تأثیر محدودیت‌های تریپس به شدت آسیب می‌بینند، اقداماتی موسوم به انعطاف‌پذیری‌های تریپس به شرح زیر برای کاهش اثرات نامطلوب مقررات خشک تریپس انجام شده است.

اولاً، کشورهای در حال توسعه و کشورهای کمتر- توسعه‌یافته مدت زمان بیشتری برای دوره گذار دریافت کردند تا تریپس را پیاده سازی و اجرا کنند. در حالی که به همه اعضا یک دوره یک ساله تا ۱ ژانویه ۲۰۰۰ داده شد، به کشورهای در حال توسعه تا ۱ ژانویه ۲۰۰۵ و به کشورهای کمتر توسعه‌یافته تا ۱ ژانویه ۲۰۰۶ برای اجرای مقررات تریپس فرصت داده شد. اکنون این دوره تا ۱ جولای ۲۰۳۴ یا تا زمانی که عضو از (کشورهای کمتر توسعه‌یافته) خارج شود، هر کدام که زودتر باشد تمدید شده است. اثر این تمیدهای دوره اجرا در خصوص محصولات دارویی این است که کشورهای کمتر توسعه‌یافته می‌توانند بدون مغایرت با مفاد تریپس تا زمانی که تمدید منقضی نشده باشد داروهای ژنریک تولید کنند یا به آنها دسترسی داشته باشند.

دوم اینکه، ماده‌ی ۷ تریپس تعادلی بین حقوق صاحبان اختراع و کاربران نهایی نوآوری‌های تکنولوژیکی حق ثبت اختراع ایجاد می‌کند به اینصورت که حمایت و اجرای حقوق مالکیت فکری

یک راه حل برای این مشکل، اتخاذ رویکردی چندجانبه برای تهیه، استقرار و توزیع واکسن کووید ۱۹ است. نمونه ای از این چندجانبه گرایی تسهیلات جهانی واکسن کووآکس<sup>۱</sup> است که ائتلافی برای تهیه و توزیع عادلانه واکسن‌هاست که با تجمیع تقاضای کشورهای مختلف و حمایت از تامین‌کنندگان مختلف قیمت خرید را کاهش داده و از خطرات طبیعی توسعه و تولید واکسن جلوگیری می‌کند (De Menezes & Zeferino, 2021:15). در حالیکه کوآکس به عنوان یک شتاب‌دهنده موقتی در سطح فراملی به عنوان امیدی برای کشورهای کم-درآمد برای دسترسی به واکسن‌های کووید ۱۹ ارائه شد، ملی‌گرایی واکسن، بار دیگر نشان داد که کشورها چگونه واکسن را به عنوان کالایی خصوصی در نظر می‌گیرند. حال آنکه باید به واکسن به مثابه-ی یک کالای عمومی جهانی نگریست که هزینه و فایده آن باید عمومی بوده و شامل تمام کشورها شود (Yanqiu, 2022: 459).

### ۳ تریپس و حفاظت از حقوق مالکیت فکری

از ابتدای تصویب موافقت‌نامه‌ی تریپس دیدگاه‌های متفاوتی در خصوص اثر پایبندی به تریپس و میزان حمایت از حقوق مالکیت فکری شکل گرفته که در دو گروه عمده می‌توان آن را خلاصه کرد. دسته‌ای معتقدند که حمایت حداکثری سبب رشد و توسعه اختراعات و نوآوری‌ها می‌شود لذا باید به هر ترتیب از آن حمایت کرد و دسته‌ی دیگر اعتقاد به سطح حداکثری حمایت ندارند و معتقدند حمایت حداکثری به نتایج عادلانه ای منتهی نمی‌شود و در نهایت مسائلی مانند حقوق بشر، حق بر سلامت و مواردی ازین دست را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یا اینکه معتقدند حمایت از حقوق مالکیت فکری به خودی خود هدف نیست بلکه وسیله‌ای در راستای هدف می‌باشد، زیرا در موافقت‌نامه‌ی تاسیس سازمان تجارت جهانی، هدف این سازمان به طور

<sup>1</sup> COVAX



باید به نحوی باشد که برای رفاه اقتصادی و اجتماعی کارآمد و مفید باشد.

سوم اینکه در ماده‌ی ۸ تریپس نیز به اعضای سازمان تجارت جهانی اجازه می‌دهد تا اقداماتی را برای حفاظت از سلامت و تغذیه عمومی و ارتقاء منافع عمومی در بخش‌هایی که برای توسعه اجتماعی، اقتصادی و فناوری آنها اهمیت حیاتی دارد اتخاذ کنند؛ مشروط بر اینکه اقدامات مزبور با مقررات موافقت‌نامه حاضر انطباق داشته باشند. مشاهده می‌شود که انعطاف در نظر گرفته شده توسط ماده‌ی ۸ با این الزام که چنین اقداماتی باید با مفاد تریپس سازگار باشد محدود می‌شود (Bossche, 2017: 996).

چهارم: یکی دیگر از مقررات مرتبط تریپس، ماده-۳۰ است که به اعضای سازمان تجارت جهانی اجازه می‌دهد استثنائات محدودی را برای حقوق انحصاری صاحبان اختراع، ارائه دهند؛ البته تا زمانی که این استثناها به طور غیرمنطقی با بهره برداری عادی از اختراع ثبت شده تضاد نداشته باشد و به منافع مشروع صاحب اختراع لطمه ای وارد نکند.

عدم شفافیت و ابهام مستتر در اصطلاحات و عبارات مستفاد در این ماده مانع از آن می‌شود که بتوان تعبیر یا تفسیر صریح و روشنی ارائه داد و تلاش‌هایی که تاکنون بین کشورها مبذول شده نتوانسته است راه حل مشترکی رابه وجود آورد. امتیاز ماده‌ی ۳۰ نسبت به ماده‌ی ۳۱ که به آن خواهیم پرداخت این است که اعمال استثنائات ماده‌ی ۳۰ مستلزم انجام تشریفات خاصی نیست و متضمن پرداخت هیچ گونه غرامتی به دارنده حق اختراع نیست.

پنجم: شاید مهم‌ترین تسهیلاتی که در اختیار کشورهای در حال توسعه است مجوز اجباری مندرج در ماده‌ی ۳۱ تریپس باشد. این مقرر به عنوان یک استثنا نسبت به حقوق انحصاری محصولات ثبت شده به اعضای سازمان تجارت جهانی در شرایط خاصی اجازه اعطای مجوز اجباری را می‌دهد.

به منظور اعطای مجوز اجباری، عضو باید شرایط مندرج در بندهای (a) تا (I) ماده‌ی ۳۱ را رعایت کند که مهمترین این شرایط عبارتند ازین که (۱) کاربر پیشنهادی، قبل از استفاده موضوع اختراع، باید تلاش کند تا مجوز را از دارنده حق بر اساس شرایط و ضوابط تجاری معقول دریافت کند و این تلاش‌ها ظرف مدتی معقول به ثمر نرسیده باشد (۲) استفاده عمدتاً برای عرضه در بازار داخلی عضو که مجوز چنین استفاده‌ای را داده است باشد و (۳) به دارنده حق در خصوص هر مورد پاداش (غرامت) مناسب پرداخت شود (Chimpango, 2021: 27). این محدودیت‌ها علاوه بر اینکه بسیار طولانی است به همین‌جا نیز ختم نمی‌شود چرا که افزون براین، نباید شرط زمانی بندهای ۲، ۳، و ۴ ماده‌ی ۵ کنوانسیون پاریس را فراموش کرد که بر اساس آن برای این که مجوز استفاده صادر شود، حداقل باید ۳ سال از تاریخ صدور ورقه اختراع یا ۴ سال از تاریخ تقاضا گذشته باشد. به عبارت دیگر، نخست شرط مندرج در ماده‌ی ۵ کنوانسیون پاریس و سپس شرط‌های ماده‌ی ۳۱ تریپس باید احراز شوند (عامری، ۱۳۸۶: ۲۲۴). بندهای بعدی ماده‌ی ۳۱ نیز که در آنها سایر شروط مبادرت به صدور مجوز پیش‌بینی شده است، عملاً، اجرای ماده را بسیار سخت و جز در موارد بسیار استثنائی غیرممکن ساخته است.

هر چند الزام "تلاش برای کسب مجوز از صاحب امتیاز" در صورت وضعیت اضطراری ملی یا سایر شرایط فوریت شدید یا در موارد استفاده عمومی غیرتجاری قابل چشم‌پوشی است اما به دلیل محدودیت مندرج در بند (f) ماده‌ی ۳۱ که استفاده از هر گونه محصولات تولید شده تحت مجوز اجباری را عمدتاً به عرضه دارو در بازار داخلی، محدود می‌کند، عملاً کشورهایی که هیچ ظرفیتی برای تولید محصولات ندارد، نمی‌توانند محصولات دارویی تولید شده تحت مجوز اجباری را وارد نمایند. این امر سبب می‌شود که تنها بخش کوچکی از محصولات دارویی تولید شده با مجوز اجباری در سراسر جهان می‌توانند به طور قانونی به کشورهای نیازمند و فاقد

نیستند (در رابطه با فرآورده‌ها یا محصولات دارویی) تعهدات مندرج در توافقنامه‌ی تریپس در مورد اختراعات و حفاظت از اطلاعات افشا نشده را تا ۱ ژانویه ۲۰۱۶ اجرا کنند. شورای تریپس بعداً، برای این کشورها فرصت بیشتری برای اجرای تعهدات در رابطه با داروها تا ۱ ژانویه ۲۰۳۳ برقرار کرد. شاید مهم‌ترین ماده اعلامیه‌ی ماده‌ی ۶ باشد که در آن اعضا مشکلی را که کشورهای کمتر توسعه‌یافته که فاقد ظرفیت تولیدی یا ظرفیت کم در بخش تولید دارو هستند با آن مواجه هستند و سبب می‌شود استفاده از راهکار مجوز اجباری با توجه به محدودیت مذکور در بند f ماده‌ی ۳۱ تریپس برای آنان بی‌فایده به نظر برسد را تشخیص دادند. در اجرای ماده‌ی ۶، شورای عمومی در سال ۲۰۰۳ تصمیمی گرفت که به موجب آن اعضای سازمان تجارت جهانی موافقت کردند که از مفاد ماده‌ی ۳۱ (f) چشم‌پوشی کنند تا به کشورهای کمتر توسعه‌یافته عضو و سایر اعضای فاقد ظرفیت تولیدی کافی تحت شرایط خاصی اجازه دهند که فرآورده‌های دارویی تولید شده با مجوز اجباری را وارد کنند. یکی از مسائل مورد بحث در شورای تریپس، این بود که چه بیماری‌هایی باید تحت پوشش «تصمیم معاف‌سازی» قرار گیرند. آمریکا معتقد بود که فقط در موارد فراگیر شدن ایدز، مالاریا، سل و گروه کوچکی از دیگر بیماری‌های مسری، امکان صدور تصمیم معافیت و اعراض از رعایت حقوق انحصاری وجود دارد؛ اما اتحادیه اروپا پیشنهاد میکرد که موضوع این تصمیم باید به بحران بهداشت عمومی («حاد و وخیم») محدود شود. علیرغم اختلاف نظرات، همسو با رهیافت بسیار موسع پذیرفته شده در اعلامیه‌ی دوحه، در مورد محدوده بیماری‌های مشمول نظام «تصمیم معاف‌سازی»، رویکردی نامحدود در پیش گرفتند (عزیزی مرادپور و ایران‌نژاد، ۱۳۹۹: ۶۴). در سال ۲۰۰۵، شورای عمومی سازمان تجارت جهانی با اصلاح مفاد تریپس به عنوان اجرای رسمی ماده‌ی ۶ اعلامیه موافقت کرد. این اصلاحیه در ۲۳ ژانویه ۲۰۱۷ زمانی که در نهایت دو سوم اعضای سازمان تجارت جهانی آن را پذیرفتند، لازم

ظرفیت تولید صادر شوند (Mitchell and Voon, 2009: 580). از زمانی که این مسئله بگرنج و پیچیده کشف شد اعضای سازمان تجارت جهانی درگیر یک فرآیند طولانی برای اصلاح تریپس هستند تا اطمینان حاصل کنند که روح انعطاف‌پذیری تریپس در عمل منعکس می‌شود.

## ۳٫۲ بیانیه‌ی دوحه تحت عنوان موافقتنامه‌ی تریپس و بهداشت عمومی و اصلاح رسمی توافقنامه‌ی تریپس

در تایید تأثیر نامطلوب تریپس در دسترسی کشورهای درحال توسعه به محصولات دارویی مقرون به صرفه، اعضای سازمان تجارت جهانی، در طول چهارمین کنفرانس وزیران سازمان تجارت جهانی در دوحه در سال ۲۰۰۱ بیانیه‌ی موافقتنامه‌ی تریپس و بهداشت عمومی را صادر کردند. بیانیه ابتدا بر اهمیت حمایت از حقوق مالکیت فکری تأکید کرد و بیان نمود که از نگرانی در خصوص تأثیر این موضوع بر افزایش قیمت‌ها آگاه است. سپس در بند ۴ بیانیه دوحه تأکید شده که مقررات تریپس نباید مانع اعضا از اتخاذ تدابیری به منظور حمایت از حق بر سلامت و بهداشت گردد و به ویژه، دسترسی به دارو برای همه را ترویج کند. بر این اساس به رغم پایبندی به مقررات تریپس، تأکید شد که تریپس باید به گونه‌ای تفسیر و اجرا شود که حامی حقوق اعضای سازمان تجارت جهانی در حمایت از بهداشت عمومی و بخصوص ترویج حق دستیابی به خدمات پزشکی همگانی باشد (شیخی، ۱۳۸۵: ۶۹). اعلامیه به طور خاص حق اعضا برای اعطای مجوزهای اجباری و آزادی آنها در تشخیص ضرورت اعطای چنین مجوزهایی را به رسمیت شناخت. علاوه بر این، این اعلامیه به هر یک از اعضا این حق را می‌دهد که تعیین کنند چه چیزی یک اضطرار ملی یا سایر شرایط اضطراری بسیار فوری را تشکیل می‌دهد. بند ۷ اعلامیه نیز مقرر می‌دارد که کشورهای کمتر توسعه‌یافته موظف نیستند یا مجبور

ظرفیت تولید اجازه واردات محصولات دارویی ژنریک را می‌دهد، مفاد ضمیمه تریپس رویه‌های طولانی مدتی را حفظ می‌کند که هم توسط کشورهای واردکننده و هم صادرکننده باید دنبال شود از جمله این الزامات این است که اعضای واجد شرایط واردات باید یک اطلاعیه کامل به شورای تریپس ارائه دهند. الزام به اطلاعیه‌ها و ماهیت اطلاعات مورد نیاز و همچنین الزام به اتخاذ تدابیری برای جلوگیری از "انحراف" محصولات به کشورهای دیگر به شکلی توصیف شده است که برای صادرات سلاح یا مواد خطرناک مناسب‌تر است تا محصولاتی که سلامت عمومی را مورد توجه قرار می‌دهند (Correa, 2019: 3). به این ترتیب، دیدگاه رایج این است که سیستم صدور مجوز داوطلبانه گویی بیشتر برای حمایت از مالک اختراع طراحی شده است. از زمان معرفی سیستم فعلی از طریق تصمیم ۲۰۰۳، این روش فقط یک بار توسط رواندا و کانادا برای صادرات یک شرکت کانادایی به نام Apotex استفاده شده است (Chimpango, 2021: 12). شاید همین استفاده کم سبب شده که در تجسم فعلی آن قابل تحمل باشد.

## ۴ راه حل های ارائه شده

با توجه به بحث و تحلیل فوق، مشخص می‌شود که چارچوب فعلی تریپس، دسترسی عادلانه به داروها را مختل می‌کند، لذا در تلاش برای اینکه سیستم ساده شود چندین پیشنهاد اصلاحی فراتر از معافیت ارائه شده به موجب تصمیم ۲۰۰۳ ارائه شده است که به آن‌ها خواهیم پرداخت.

### ۴٫۱ انجام اصلاحات بیشتر در تریپس

پیشنهاد اول که افراطی‌تر اما کارآمدتر است. حذف بند (f) ماده ۳۱ تریپس است که مشکل را ایجاد کرده است. این پیشنهاد یک راهکار ساده برای حل مشکل سیستم صدور مجوز داوطلبانه تحت تریپس خواهد بود. البته این پیشنهاد احتمالاً با مقاومت کشورهای پردرآمد که به دنبال حفظ منافع شرکت های دارویی خود هستند روبرو خواهد شد. لازم به

الاجرا شد. این اصلاحیه، ماده ۳۱ مکرر را به تریپس وارد کرد که اجازه می‌دهد تا محصولات دارویی ساخته شده تحت مجوزهای اجباری به کشورهای بی‌ظرفیت تولید هستند صادر شود. بند ۵ ماده ۳۱ مکرر مقرر می‌کند که بقیه مفاد ماده ۳۱ به جز بندهای (f) و (h) حفظ می‌شود.

با تغییرات انجام شده، در چارچوب نظام جدید، کشورهای کمتر توسعه‌یافته، از تعهد به اثبات نیازهای داخلی خود به داروهای اساسی موضوع امتیازنامه‌های انحصاری و فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های داخلی خود برای تولید داروها معاف هستند. این اعضای واردکننده‌ی واجد شرایط، رأساً می‌توانند به صرف اعلام اسامی و مقادیر داروهای مورد نیاز خود، از کشوری که مجوز اجباری برای آن داروها صادر کرده است، درخواست واردات دارویی خاص را بکنند. به منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی، اولاً باید مجوز برای تولید به میزان مورد تقاضا صادر شود. ثانیاً، کشور صادرکننده باید متناسب با ارزش اقتصادی مجوز، حق‌الزحمه‌ای کافی به دارنده امتیازنامه پرداخت کند و ثالثاً، داروهای تولیدشده تحت این مجوزهای ویژه باید به صورت مقتضی رنگبندی و علامتگذاری شود تا از دیگر داروهای تولیدی از همان نوع متمایز شود (نیاورانی و جاوید، ۱۳۹۵: ۵۶).

### ۳٫۳ محدودیت های ساختاری سیستم

#### صدور مجوز داوطلبانه

صرف‌نظر از اختلاف‌نظرهای شدیدی که در خصوص میزان حمایت از حقوق مالکیت فکری وجود دارد، گاهی لازم است که حقوق مذکور در راستای حفظ منافع عمومی جامعه تعدیل و یا محدود گردند. برای تحقق این امر، توسل به مجوز اجباری بهره‌بردار می‌تواند راهگشا و مؤثر باشد (صادقی و خاکپور، ۱۳۸۶: ۱۳۴). اما انتقاد کلی از سیستم صدور مجوز داوطلبانه این است که پیش‌نیازهای اداری آن موانع بیشتری نسبت به راه‌حل ایجاد کرده است. در حالیکه اصلاحیه به کشورهای درحال توسعه بدون

حمایت شد؛ اما با مخالفت کشورهای که پیشتر مدعی قوی حقوق بشر، برابری طلبی و دموکراسی سلامت بودند مواجه شد (Chattu and others, 2021: 1).

هدف اعلام شده در پیشنهاد، اجازه به همه کشورها برای انتخاب عدم اجرا، اعمال یا اجرای حق ثبت اختراع و سایر مالکیت‌های معنوی مرتبط با درمان‌های کرونا، واکسن‌ها، تشخیص‌ها و سایر فناوری‌های بهداشتی بود. این پیشنهاد با بازخوردهای متفاوتی از سوی کشورهای مختلف مواجه شد.

طرفداران معافیت استدلال می‌کنند که چشم پوشی، از موانع دسترسی به موقع به محصولات پزشکی مقرون به صرفه از جمله واکسن و دارو جلوگیری می‌کند و سبب گسترش تحقیق، توسعه، ساخت و تامین تجهیزات پزشکی ضروری می‌شود.

نقطه مقابل، تعدادی از کشورها با پیشنهاد معافیت با این استدلال که هیچ نشانه‌ای وجود ندارد که حقوق مالکیت فکری یک مانع جدی برای دسترسی به داروها و فناوری‌های مرتبط با کووید ۱۹ بوده است، مخالفت می‌کنند و معتقدند که تریپس مکانیسم‌های کافی برای کمک به کشورهای درحال توسعه برای دسترسی به محصولات و فناوری‌های پزشکی مرتبط با کووید ۱۹ را دارد. مخالفان معتقدند شواهدی که توسط حامیان چشم پوشی بدان‌ها استناد شده است بیشتر به شکست در سطح داخلی اشاره دارد و کمتر به محدودیت‌های توافقنامه‌ی تریپس مربوط می‌شود (Mercurio, 2021: 9). یکی دیگر از استدلال‌های کلیدی علیه این معافیت این است که انگیزه‌ی مالکان حقوق مالکیت فکری را برای سرمایه‌گذاری در نوآوری‌ها از بین می‌برد و در نتیجه مانع از کشف و توسعه دانش برای محصولات یا فناوری‌های جدید می‌شود (Bacchus, 2020: 8). هرچند این استدلال معتبر است و بیان درستی از همان «دلیل وجود» حقوق مالکیت فکری است، این نکته را نادیده می‌گیرد که معافیت پیشنهادی یک اقدام موقت برای مقابله با

یادآوری است که ۱۲ سال طول کشید تا اصلاح اخیر تریپس تعداد مورد نیاز پذیرش را از اعضای سازمان تجارت جهانی به دست آورد.

پیشنهاد بعدی این است که اعضای سازمان تجارت جهانی مفاد ماده‌ی ۳۱ مکرر از تریپس جدید را بررسی کنند و شرایطی که بیشترین مشکلات را ایجاد کرده است حذف کنند. به عنوان نمونه می‌توان به محدودیت اجباری صدور مجوز به مقدار محصولاتی که در ابتدا توسط کشور واردکننده تقاضا شده بود، اشاره کرد و مورد دیگر نیاز به درخواست صاحب امتیاز برای مجوز داوطلبانه قبل از درخواست و اخذ مجوز اجباری است.

با این حال، هرچند این پیشنهادات ممکن است برای محدودیت‌های فعلی راه حلی ارائه دهد، اما اصلاح مجدد تریپس آسان نخواهد بود و مهمتر از همه، ممکن است یک راه‌حل واقع‌بینانه برای نیاز فوری کشورهای کم‌درآمد به دسترسی عادلانه به داروها نباشد. همانطور که در خصوص اصلاحیه اخیر ماده‌ی ۳۱ مکرر، سالها طول کشید تا اجماع حاصل شود. به عنوان جایگزینی برای اصلاحات بیشتر تریپس، پیشنهادی ارائه شده که پذیرش آن ساده‌تر از اصلاحیه بوده و می‌توانست بلافاصله اجرا شود؛ پیشنهادی که آفریقای جنوبی و هند ارائه کردند و در ذیل بدان پرداخته می‌شود.

## ۴٫۲ پیشنهاد آفریقای جنوبی و هند (چشم‌پوشی موقت)

هند با درک شدت تأثیر همه‌گیری و وسعت زیاد آن، تلاش کرد تا با ارائه یک پیشنهاد مشترک با آفریقای جنوبی به سازمان تجارت جهانی برای چشم‌پوشی موقت از حقوق مالکیت فکری برای اطمینان از مقرون به صرفه بودن و دسترسی به موقع محصولات پزشکی کووید ۱۹ برای همه کشورها دیپلماسی سلامت را ارتقا بخشد. این پیشنهاد همچنین توسط برنامه مشترک ملل متحد در خصوص ایدز، پزشکان بدون مرز، دانشگاهیان، محققان، و تعداد زیادی از سازمان‌های جامعه مدنی

وجود ندارد. از این رو نیاز به حضور تامین کنندگان عمومی که ظرفیت تولید را افزایش دهند احساس می‌شود تا از وجود واکسن کافی اطمینان حاصل شود.

### ۴،۳ ایجاد ائتلاف های اجباری ثبت اختراع (تسهیلات صدور مجوز) و مراکز تامین دارویی منطقه‌ای<sup>۱</sup>

ابوت و رایشمن در مقاله اخیر خود (Abbott and Reichman, 2020: 535-531) پیشنهاد تاسیس ائتلافهای ثبت اختراع اجباری (تسهیلات صدور مجوز) و مراکز تامین دارویی منطقه‌ای را به عنوان راه‌حلی برای محدودیت‌های سیستم صدور مجوز داوطلبانه مطرح نموده‌اند. چنین ترتیبی از طریق امکان دسترسی آزاد به فناوری‌های اساسی به افزایش حداکثری تامین واکسن، درمان، تشخیص و تجهیزات پزشکی کووید ۱۹ کمک می‌کند و در عین حال اطمینان حاصل می‌شود که صاحبان حق اختراع نیز با اقداماتی که سهم آنها را از منافع عمومی به رسمیت می‌شناسند، و نه لزوماً از طریق افزایش قیمت فروش، غرامت دریافت می‌کنند.

کارکرد این ائتلاف بدین شکل پیشنهاد شده که دولت‌ها باید موافقت کنند که صاحبان اختراعات، اختراعات خود را در "ائتلاف" قرار داده و شرکت‌های تولیدی در ازای پرداخت غرامت مشخص، از آن آزادانه مجوز دریافت کنند. تاییدیه‌های نظارتی ملی یا منطقه‌ای در صورت لزوم همان‌طور که برای بازاریابی محصولات ژنریک نیز مقرر شده باقی خواهد ماند.

پیشنهاد شده است که تسهیلات صدور مجوز باید توسط دولت‌ها و از طریق نوعی قرارداد بین-المللی ایجاد شود. در حال حاضر و در نبود قرارداد بین‌المللی این ائتلاف‌ها می‌توانند توسط کشورهای طرف قراردادهای منطقه‌ای موجود یا صرفاً توسط

یک بیماری همه‌گیر جهانی بی‌سابقه است و چشم‌پوشی برای یک سال یا بیشتر، سیستم مالکیت فکری و نقش آن را در تجارت بین‌المللی برای همیشه مختل نمی‌کند.

واقعیت این است که اعتراضات وارده به پیشنهاد چشم‌پوشی وارد است اما تا زمانی که همکاری داوطلبانه‌ای صورت نگیرد مجبور به استفاده از شیوه‌های جایگزین و الزام‌آور خواهیم بود. ماده‌ی ۶۶،۲ تریپس دولت‌های کشورهای توسعه‌یافته را موظف می‌کند تا مشوق‌هایی را برای «شرکت‌ها و مؤسسات واقع در قلمروی خود» فراهم کنند تا امکان انتقال فناوری به کشورهای عضو با کمترین درجه توسعه یافتگی فراهم شود. عدم تمایل به اشتراک گذاشتن نه تنها در محصولات نهایی (از جمله داروها یا واکسن‌ها) بلکه انتقال فناوری زیربنایی یک شکست در اجرای توافقنامه‌ی تریپس تلقی می‌شود (Thambisetty, 2021: 40). همکاری جهانی برای پایان هر پاندمی فقط ملاحظات اخلاقی را در برنبرد بلکه تنها راه مواجهه با ویروس‌هایی است که مرزها را در می‌نوردند (Katz and others, 2021: 1283).

در پاسخ به استدلال حامیان مبنی بر اینکه چشم‌پوشی به دنبال تسهیل دسترسی به واکسن کم‌هزینه، است این‌طور استدلال شده که شرکت‌های داروسازی در حال حاضر نیز واکسن با قیمت‌های بسیار پایین ارائه می‌کنند لذا، چشم‌پوشی لزوماً به نفع کشورهای نیازمند نخواهد بود، بلکه فقط به نفع تامین‌کنندگانی خواهد بود که نیازی به پرداخت هزینه مجوز به صاحبان حقوق مالکیت معنوی ندارند. واقعیت این است که مشکل اساسی نه بحث قیمت بلکه در دسترس بودن واکسن برای کشورهای درحال توسعه است. واقعیات موجود نشان می‌دهد که کشورهای درحال توسعه مایل به خرید واکسن هستند اما واکسن کافی تولید شده

<sup>1</sup> Establishment of Mandatory Patent Pools (Licensing Facilities) and Regional Pharmaceutical Supply Centers (RPSCs).



این ائتلاف‌ها نیز ممکن است به مذاکرات و توافقات بین دولتی نیاز داشته باشند، اما این مذاکرات به احتمال زیاد کمتر طولانی خواهد شد؛ زیرا طرف‌های مذاکره همفکر بوده و در یک طرف عرضه و تقاضا هستند. به عنوان مثال، در سمت عرضه، مذاکرات برای تسهیلات صدور مجوز شامل دولت‌هایی می‌شود که ظرفیت تولید دارند و مشتاق هستند که معامله خوبی برای تولید کنندگان یا صاحبان اختراع در محدوده صلاحیت خود فراهم کنند. به طور مشابه، در سمت تقاضا، دولت‌های مشارکت‌کننده مایلند به توافقی دست یابند که به آنها در دسترسی آسان به داروهای ژنریک کمک می‌کند.

هرچند در حال حاضر، تلاش برای ایجاد موافقت‌نامه‌های بین دولتی مستقل جدید برای ایجاد این تسهیلات یا تاسیس مراکز دارویی منطقه‌ای ممکن است کمی دور از ذهن باشند، اما اعضای سازمان تجارت جهانی می‌توانند از گروه‌های سیاسی و اقتصادی موجود که به آنها تعلق دارند مانند سازمان همکاری اقتصادی آسیا-اقیانوسیه<sup>۲</sup>، انجمن کشورهای جنوب شرق آسیا<sup>۳</sup>، اتحادیه آفریقا، اتحادیه اروپا، گروه هفت، آمریکای لاتین و غیره برای انجام چنین ترتیباتی استفاده کنند. یک مثال خوب در این زمینه اتحادیه آفریقا است که گزارش شده تا سال ۲۰۲۱، از این طریق، یک میلیارد دوز واکسن را از مرکز کوواکس و همچنین مستقیماً از فایزر، آسترازنکا و جانسون اند جانسون دریافت کرده است (Chimpango, 2021: 21).

## ۵ رویکرد حقوق ایران

الحاق به سازمان‌های بین‌المللی در کنار عواید مثبت، مستلزم پذیرش هزینه‌های مادی و معنوی گزافی است. سازمان تجارت جهانی نیز از این قاعده مستثنی نبوده و هر کشوری که مایل به عضویت در آن باشد، می‌بایست در بدو تقاضای الحاق تمامی قوانین و مقررات داخلی خود را که با مقررات سازمان جهانی تجارت در تعارض است، قبل یا حین مذاکرات

گروه‌هایی از همفکران خود کشورها، ایجاد شوند. مالکان پتنت برای استفاده از فناوری خود از طریق پرداخت حق اختراع و سایر ابزارهای جبران خسارت، غرامت دریافت خواهند کرد. میزان استحقاق هر نهاد دولتی نسبت به حق اختراع، بستگی به مخرجی دارد که در درون آن کشور برای تحقیق و توسعه در محصولات مورد استفاده برای مقابله با کووید-۱۹ هزینه شده است. سایر موارد یارانه‌های دولتی که به تحقیق و توسعه تعلق گرفته نیز می‌تواند در محاسبه حق امتیاز منعکس شود به این ترتیب کشورهای یارانه بیشتری برای تحقیق و توسعه پرداخت کرده‌اند مستحق دریافت حق امتیاز بالاتری نیز خواهند بود. حتی هر گونه سرمایه‌گذاری بخش خصوصی نیز در این روش می‌تواند مورد توجه قرار گیرد (Chimpango, 2021: 19).

همچنین پیشنهاد شد که کشورهای درحال توسعه باید مراکز تامین دارویی منطقه‌ای ایجاد کنند که به آنها کمک می‌کند تا موقعیت‌های چانه‌زنی خود را هم در رابطه با صاحبان اختراع و هم تامین کنندگان عمومی تقویت کنند. همچنین این باور وجود دارد که راهکار تولید مشترک می‌تواند تولید داخلی بیشتر داروها را در کشورهای درحال توسعه تسریع کند؛ چرا که به سرمایه‌گذاران بالقوه چشم انداز درآمدی بیشتری نسبت به آنچه به واردکنندگان صرف پیشنهاد می‌شود، پیشنهاد می‌کند. مراکز تامین دارویی منطقه‌ای نیز همزمان، مسئول اجرای راهبردهای تامین دارویی مشترک به نفع دولت‌های مختلف شرکت‌کننده خواهند بود و به سازمان‌های دولتی در سازماندهی و تکمیل امور اداری مربوطه و اقدامات عملی مورد نیاز تحت تریپس کمک خواهند کرد.

پیشنهاد تسهیلات صدور مجوز و تولید مشترک جایگزین خوبی برای اصلاح بیشتر تریپس یا پیشنهاد چشم پوشی است به این دلیل ساده که هرگونه مذاکره اعضای سازمان تجارت جهانی یک دوره زمانی غیرعادی به طول خواهد انجامید. هرچند

<sup>2</sup> ASEAN

<sup>1</sup> APEC



الحاق مورد اصلاح قرار دهد. یکی از این الزامات پذیرش تریپس است (علمشاهی و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۲۶).

در ایران با تصویب قانون ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی و علائم تجاری مصوب آبان ماه ۱۳۸۶، اختراعات دارویی از حیطة حمایت از اختراع خارج نشد و عملاً، زمینه برای ثبت و حمایت از اختراعات دارویی در ایران، فراهم شد. آییننامه اجرایی این قانون نیز در سال ۱۳۸۷ به تصویب رسید. با دقت در این قانون می‌توان به وضوح الهام از مقررات تریپس را یافت.

در ماده‌ی ۱۷ این قانون، مواردی برای صدور مجوز اجباری پیش بینی شده که بسیار شبیه مبانی ذکر شده در تریپس است و در مواردی که منافع عمومی مانند امنیت ملی، تغذیه، بهداشت یا توسعه زیرساخت بخشهای حیاتی اقتصادی کشور اقتضا کند و یا مواردی که بهره‌برداری از سوی مالک یا شخص مجاز از سوی او مغایر با رقابت آزاد باشد را مشمول صدور مجوز اجباری دانسته است. همچنین طبق بند ۱ از بند ح این ماده مشابه با ماده‌ی ۳۱ تریپس، چنانچه اختراع ثانویه‌ای متضمن پیشرفت فنی دارای اهمیت اقتصادی قابل ملاحظه در رابطه با اختراع اولیه باشد و امکان بهره‌برداری از آن بدون نقض اختراع اولیه نباشد، در این شرایط نیز مجوز اجباری استفاده برای مالک اختراع ثانویه صادر خواهد شد. بر اساس این ماده سایر شرایط صدور مجوز اجباری، شامل تلاش برای مذاکره با مالک اختراع طبق شرایط معقول تجاری و عدم موفقیت در کسب مجوز اختیاری، علیرغم صرف زمان متعارف (ممکن است از این شرط در موارد اضطرار ملی، با اهمیت بالا یا در مورد استفاده غیرتجاری عمومی، اعراض شود؛ در چنین صورتی مالک اختراع باید در اسرع وقت از موضوع مطلع شود) می‌باشد؛ این مجوز غیرانحصاری و غیرقابل واگذاری بوده مگر در مواردی که به عنوان بخشی از یک بنگاه در حال واگذاری یا ادغام واگذارشود و دامنه و مدت استفاده از چنین مجوزی، محدود به منظوری است که مجوز

صادر شده است، این مجوز، صرفاً برای استفاده در بازار داخل کاربرد دارد و نهایتاً پرداخت مبلغ مناسب به مالک اختراع با توجه به ارزش اقتصادی موضوع مجوز ضروری است (عزیزی مرادپور، ۱۳۹۹: ۷۰). همانطور که پیش‌تر گفته شد با توجه به مشابهت زیاد میان این ماده و موافقت‌نامه تریپس، ایرادات وارده بر تریپس بر این ماده نیز وارد است مخصوصاً اینکه عرضه کالاهای تولید شده تحت لیسانس اجباری را محدود به بازار داخل کرده است.

هر چند در حال حاضر این مقرر در نظام حقوقی ما وجود دارد و از تمسک به قواعد عام‌تر ما را بی‌نیاز می‌کند؛ اما لازم به ذکر است که در توجیه لیسانس اجباری به اصل ۴۰ قانون اساسی نیز می‌توان استناد کرد و بیان نمود دارنده حق اختراع نمی‌تواند حقوق انحصاری خود را وسیله‌ای برای سوءاستفاده از طریق افزایش قیمت کالای موضوع اختراع، احتکار، عدم تولید به میزان نیاز بازار، عدم اعطای لیسانس و یا واگذاری حق قرار دهد. برخی در تلاش برای یافتن مبنای لیسانس اجباری در فقه به قاعده اضطرار، تقدیم اهم بر مهم، قاعده‌ی لاضرر، اختلال نظام، مصلحت و منفعت عمومی استناد نموده‌اند (موحدی، ۱۳۹۷: ۱۲۹) که با توجه به پیش‌بینی این امر در نظام حقوقی و مقررات موجود و اقتباس از مقررات بین‌المللی تلاش برای یافتن چنین مبنایی در فقه بی‌فایده به نظر می‌رسد.

برخی برای ایجاد تعادل میان حق دسترسی به دارو و حقوق ناشی از ثبت اختراع، کنترل و تعدیل قیمت دارو توسط مراجع ذیصلاح را راهکاری مناسب دانسته‌اند (عزیزی مرادپور، ۱۳۹۹: ۷۲) حال آنکه همانطور که پیش‌تر بیان شد در مساله کرونا روشن شد که مساله اصلی نه فقط قیمت بلکه اصل دسترسی به واکسنی است که به میزان کافی تولید شده باشد.

با دقت در قوانین ایران می‌توان به این نتیجه رسید که دیدگاه حقوق ایران مبتنی بر این تئوری است که حق اختراع حق انحصاری برای ممانعت از اقدام دیگران است نه حق انحصاری در بهره‌برداری

و پس از حصول اطمینان از جمع شرایط، مبادرت به صدور لیسانس اجباری نمود؛ چراکه در سالهای اخیر، در مقایسه با گذشته، سویه سیاست‌های کلی بر حمایت بیشتر از دارایی‌های فکری، فعالیت‌های تحقیق و توسعه و تسهیل بستر شرکت‌های دانش بنیان و شتاب بخشیدن به فرایند نوآوری‌ها قرار گرفته است؛ برای نمونه ابلاغ «سیاست‌های کلی علم و فناوری» در شهریور ۱۳۹۳ که به ویژه در بخش‌های ۵ و ۶ سند بر حمایت از مالکیت‌های فکری و تجاری‌سازی دستاوردهای فکری و توسعه اقتصاد دانش بنیان تأکید می‌ورزد، گواهی بر این ادعاست (رهبری و جعفری چالشتی، ۱۳۹۴: ۴۵). البته ایران به عنوان يك کشور در حال توسعه، در فرآیند جهانی شدن حقوق مالکیت فکری باید ملاحظات کشورهای در حال توسعه را که مفصلاً در متن پژوهش مورد بررسی قرار گرفت، در نظر بگیرد و با لحاظ ظرفیت‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی خود با احتیاط بیشتری وارد مذاکرات منطقه‌ای و دوجانبه با موضوع سرمایه‌گذاری و حقوق مالکیت فکری گردد (جفرزاده و اسدلو، ۱۳۹۶: ۱۹۱). نهایتاً اینکه هرچند نظام حقوق حمایت از حق اختراع در حقوق ایران منطبق با آخرین استانداردها نیست، اما تعارض و تضاد بنیادین میان این دو نظام حقوقی وجود ندارد و شرایط برای الحاق ایران به تریپس از این منظر تقریباً مهیاست.

## ۶ نتیجه‌گیری

شیوع کرونا و در پی آن تولید واکسن نشان داد هنوز نیاز به بازنگری در مفاد مواد ۳۱ و ۳۱ مکرر تریپس به منظور ساده‌سازی سیستم صدور مجوز داوطلبانه وجود دارد. بررسی وضعیت رخ داده پس از کرونا نشان داد، تسهیل دسترسی به واکسن‌های کووید-۱۹، فراورده‌های درمانی و تشخیصی، به یک راه‌حل فوری در مورد محدودیت‌های فعلی تریپس نیاز دارد. پیشنهاد آفریقای جنوبی و هند برای تعلیق برخی از مفاد تریپس، اگرچه افراطی، اما موثرترین کاربردی‌ترین است. معافیت پیشنهادی تا آنجا که به مقابله با وضعیت فعلی کرونا مربوط می‌شود به

و شاهد این مدعا بند «ز» از ماده‌ی ۱۷ است که کمیسیون را مجاز به صدور مجوز بهره‌برداری در فرضی که نحوه استفاده از اختراع ثبت شده توسط مالک یا استفاده کننده آن غیررقابتی است می‌نماید. البته به نظر می‌رسد مبنای موجهه صدور لیسانس اجباری، در این ماده بیشتر ناظر بر حفظ مصالح عمومی از طریق تداوم بخشیدن به جریان نوآوری و ممانعت از انجام اقداماتی است که مانع ظهور محصولات جدید یا پیشرفت فناوری شده و به ضرر مصرف‌کنندگان باشد ولی ماده مزبور صراحتاً اشاره‌ای به احراز سایر شرایط، بخصوص لطمه به ساختارهای رقابتی بازار ندارد و به نظر می‌رسد بیشتر از اینکه مستقیماً دغدغه حمایت از رقابت را داشته باشد، درصدد رفع موانع بر سر ارتقا و گسترش نوآوری‌هاست. شایان ذکر است که تصمیم‌گیری در خصوص ضدرقابتی بودن امتناع و صدور لیسانس اجباری در چنین شرایطی به عهده «کمیسیون» خاصی که اعضای آن در بند الف ماده‌ی ۱۷ معرفی شده‌اند، گذاشته شده در حالی که اعمال ضمانت اجرائی مقرر در قانون اجرائی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در خصوص اقدامات ضد رقابتی، از وظایف شورای رقابت محسوب می‌شود. ضمانت اجرای مقرر در این قانون که شامل تحدید حقوق انحصاری می‌باشد می‌تواند در کنار صدور مجوزهای اجباری، تمهیدی مناسب برای تحت فشار قرار دادن دارنده‌ی اختراعی باشد که به هدف اخلاص در رقابت و بدون دلیل موجهی، مانع از توسعه ابداعات شده و از اعطای لیسانس به بنگاه‌هایی که بدان نیاز اساسی دارند، دریغ می‌ورزد. حتی می‌توان قائل به جمع ضمانت‌اجراهای لیسانس اجباری و تحدید حقوق انحصاری شد؛ زیرا مرجع صادرکننده لیسانس اجباری مطابق بند ح ماده‌ی ۱۷ به قصد رفع موانع توسعه ابداعات مبادرت به این عمل می‌کند. درحالی که شورای رقابت با هدف محو رویه‌های ضد رقابتی حقوق انحصاری را محدود می‌سازد. البته باید توجه داشت که در تجارت داخلی گشاده دستی در صدور لیسانس اجباری وجهی ندارد و باید معیارهای دقیق و اصولی را اساس عمل قرار داد



شد که اعضای سازمان تجارت جهانی باید از گروه-های سیاسی و اقتصادی موجود استفاده کنند. این مساله تضمین می‌کند که این ترتیبات در مدت زمان کوتاهی اجرا شود. باتوجه به ریشه‌کن نشدن کرونا و نیز امکان ظهور سویه‌های جدید و یا بیماری‌های نوظهور در آینده، کشورها باید از تجربه کرونا استفاده کرده و با تشکیل چنین ائتلاف‌هایی خود را برای مبارزه با بیماری‌های نوظهور آماده سازند. با بررسی قانون حمایت از طرح‌ها و مالکیت صنعتی به این نتیجه رسیدیم که مشابهت زیادی میان این قانون و تریپس وجود دارد و هرچند نظام حقوق حمایت از حق اختراع در حقوق ایران منطبق با آخرین استانداردها نیست، اما تعارض بنیادین میان این دو وجود نداشته و شرایط برای الحاق ایران به تریپس از این منظر تقریباً مهیاست.

شکل زیر ایده‌آل است. اولاً، معافیت باید صرفاً به آن بخش از تریپس گسترش یابد که در پی همه‌گیری کووید ۱۹ از جمله کپی رایت و طرح‌های صنعتی مرتبط شده‌اند. ثانیاً، معافیت موقت تنها تا زمانی که مصونیت جهانی به دست آید، اعمال خواهد شد و این بررسی نیز هر از چند گاهی انجام خواهد شد. دوره‌ی کوتاه مدت معافیت پیشنهادی باید ترس کشورهایی را که بر این باورند که معافیت اثر معکوس داشته و سازوکارهای موجود در تریپس برای دسترسی عادلانه به محصولات دارویی را تضعیف می‌کند برطرف کند.

از سوی دیگر، پیشنهاد ایجاد ائتلاف‌های اجباری ثبت اختراع و مراکز تامین دارویی منطقه‌ای، راه‌حل کوتاه تا میان‌مدت عملی و معقول محسوب می‌شود. با توجه به فوریت مبارزه با بیماری کرونا پیشنهاد

## منابع

- Abbott F. and Jerome H. Reichman (2020). Facilitating Access to Cross-Border Supplies of Patented Pharmaceuticals: The Case of the COVID-19 Pandemic, *Journal of International Economic Law*, vol.23, pp. 535- 561.
- Abbott F., Flynn S., Correa. C., Berger J. & Nyak, N. (2014). Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A guidebook for low- and middle-income countries, New York, United Nations Development Programme.
- Adhanom T. (2020), Why vaccine nationalism harms efforts to halt the pandemic, *The Economist*, 08th September 2020.
- Alamshahi, A., Ebrahim Moini and Fatemeh Asheri (2018), Defense of Public Interests in the TRIPS Agreement and the World Trade Organization, *Business Management Quarterly*, No. 43, pp. 237-225. [In Persian]
- Al-Tajai, E. and Rahaleh Hosseini (2015), The effect of patent rights on economic growth in two groups of developed and developing countries, *Comparative Economics*, No. 1, pp. 22-1. [In Persian]
- Ameri, F. (2006), Research on TRIPS regulations and some of its economic aspects: with special reference to patents, *Law and Policy Research*, pp. 180-231. [In Persian]
- Azizi Muradpour, H. and Mohammad Reza Irannejad (2019), Challenges between the right to access medicine and pharmaceutical inventions, *Interdisciplinary Legal Research Quarterly*, No. 4, pp. 61-75. [In Persian]
- Bacchus J. (2020). An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines, *Free trade bulletin* No.78, pp.1-5.
- Bakhtiarvand M. and Shiva Jamalnejad (2018), The right to access to public health in the light of the evolution of rules guaranteeing the implementation of intellectual property rights, *Public Law Studies Quarterly*, No. 3, pp. 961-980. [In Persian]
- Bhutto, F. (2021), The world's richest countries are hoarding vaccines. This is morally indefensible, *The Guardian*.
- Bossche P. V. D, [Werner Zdouc](#) (2017). *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, London, Cambridge University Press.
- Callaway E. (2020). The unequal scramble for coronavirus vaccines, *springer nature limited*, *Springer nature*, Vol. 584, pp.506-507.
- Chattu V. K., Bawa S., Jaspal Kaur, and Mihajlo Jakovljevic (2021), COVID-19 Vaccine, TRIPS, and Global Health Diplomacy: India's Role at the WTO Platform, *Hindawi, BioMed Research International*, Volume 2021, pp.1-8.
- [Chimpango B.](#) (2021), Vaccine nationalism and equitable access to COVID-19 pharmaceuticals: TRIPS Agreement under trial (again), [Journal of](#)



- [International Trade Law and Policy](#), vol.20, pp. 166-183.
- Correa C. (2019), Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines? The South Centre Policy Brief, No. 57, pp. 1-9.
- De Menezes, H. Z. (2021). The TRIPS waiver proposal: An urgent measure to expand access to the COVID-19 vaccines, Research Paper, No. 129, South Centre, Geneva, pp. 1-14.
- Habiba, S. (1383), Iran's patent system after the adoption of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 66, pp. 181-145. [In Persian]
- Habibi Majandeh, M. (2014), intellectual property rights and human rights; Interactions and Conflicts, Qom, Mofid University Publications. [In Persian]
- Jafarzadeh, M. and Morteza Asdalo (2016), Divergence after Convergence: Evolution of the International Intellectual Property Rights Protection System after the TRIPS Agreement, Comparative Law, Volume 2, pp. 173-194. [In Persian]
- Katz Ingrid T, Rebecca Weintraub, Linda-Gail Bekker, and Allan M. Brandt (2021). "From Vaccine Nationalism to Vaccine Equity - Finding a Path Forward, The new England journal of medicine, pp.1281-1283.
- Khodaparast, M., Sara Samadi, Mahmoud Houshmand and Mostafa Salimifar (2008), The impact of protection of intellectual property rights on economic growth, Quantitative economics Quarterly, No. 4, pp. 101-123. [In Persian]
- Mercurio B. (2022), WTO Waiver from Intellectual Property Protection for Covid19 Vaccines and Treatments: A Critical Review, Virginia Journal of International Law Online, pp. 9-32.
- Mirshamsi, M. H., Khairullah Hormozi and Mahboob Afrasiab (2016), "Rights arising from the patent certificate and how to protect the new medicinal use", Medical Law Quarterly, No. 41, pp. 165-180. [In Persian]
- Mitchell A. and Tania Voon (2009), Patents and Public Health in the WTO, FTAs and Beyond: Tension and Conflict in International Law, Journal of World Trade, vol.43, pp. 571-601.
- Movahedi, Z. and Mojtabi Zahedian (2017), "Jurisprudential and legal analysis of "compulsory licenses " in the agreement on the commercial aspects of intellectual property rights", Studies in Islamic jurisprudence and fundamentals of law, No. 37, pp. 111-133. [In Persian]
- Niavarani, S. and Ehsan Javid (2016), "The right to access essential medicines in the framework of the TRIPS Agreement and the challenge of protecting the international human right to health", International Legal Journal, No. 54, pp. 58-29. [In Persian]
- Phelan A.L, Mark Eccleston-Turner, Michelle Rourke, Allan Maleche, Chenguang Wang (2020), "Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access", The Lancet, Vol. 396, ISSUE 10254, pp. 800-802.



- Rahbari, E. and Mahmoud Jafari Chaleshtari (2014), "Unilateral refusal to grant an invention license; A comparative reflection on the competition law approaches of the United States, the European Union and Iran", *Encyclopaedia of Economic Law*, 7th issue, pp. 22-48. [In Persian]
- Rutschman, A. S. (2021), *The COVID-19 vaccine race: Intellectual property, collaboration (s), nationalism and misinformation*, Washington University Journal of Law and Policy, vol.64, pp.173-175.
- Sadeghi, M. and Mansour Khakpour (2016), *Reasons for granting a compulsory license for the exploitation of intellectual property rights*, *Modares Human Sciences Quarterly*, No. 4, pp. 131-162. [In Persian]
- Sheikhi, M. (2016), *Challenges of intellectual property rights in the field of health*, *Social Welfare Research Quarterly*, No. 20, pp. 61-82. [In Persian]
- Shiravi, A. H. (2010), *International Trade Law*, Tehran, SAMT. [In Persian]
- Thambisetty S., Aisling McMahon, Luke McDonagh, Hyo Yoon Kang, Graham Dutfield (2021). *The TRIPS Intellectual Property Waiver Proposal: Creating the Right Incentives in Patent Law and Politics to end the COVID19 Pandemic*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, pp.1-44.
- Yanqiu R. Z. (2022), *Vaccine nationalism: contested relationships between COVID-19 and Globalizations*, Routledge Taylor & Francis Group, vol.19, pp.450-465

Original Article

## Establishing right to Khul' divorce for wife (A comparative study in Islamic jurisprudence, Iran law and some Islamic Countries)

Seyyed Mohammad Razavi<sup>1</sup>, Ebrahim Javanmard<sup>2</sup>, Hamid Miri<sup>\*3</sup>, Sara Alizdeh Ardebili<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Birjand, Birjand, Iran.

<sup>2</sup> Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Humanities, University of Gonbad Kavos, Gonbad Kavos, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Theology Department, Human Sciences Faculty, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran.

<sup>4</sup> M.A. in Private Law, Faculty of Humanities, Azadshahr Branch, Islamic Azad University, Azadshahr, Iran.



[20.1001.1.24237566.1404.9.1.2.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25247.1499)



[10.22080/LPS.2023.25247.1499](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25247.1499)

**Received:**

April 12, 2023

**Accepted:**

September 6, 2023

**Available online:**

November 8, 2023

**Keywords:**

Divorce, Khul',  
Abomination, Conferred  
thing to husband, loss

### Abstract

The legitimacy of Khul' divorce for the wife is an issue that has a precedent in Islamic jurisprudence and has been accepted in some Muslim jurisdictions based on some circumstances. Accepting this right in Iran law can prevent abuse of the right to divorce and prevent the suspension of marriage. In this research, based on a library effort the possibility and requirements of Khul' divorce has been examined from a comparative point of view. The findings of the research indicate that the wife's strong hatred and hatred, gratuity of property and disobeying her husband are due to the mental and emotional pressures that have been created for the woman. In this assumption, forcing the wife to continue her married life despite her inner desire is considered a harm to her. With this definition, it is not possible to consider the right of divorce to be absolutely the monopoly of the man, even when the woman is afraid of not establishing the limits of God and is afraid of contracting sin, and keeps the wife free and wandering. In such circumstances, the personal status law of many Islamic countries has given the wife the right to divorce him without the husband's consent in case of gratuity exchange.

**\*Corresponding Author:** Hamid Miri

**Address:** Theology Department, Human Sciences  
Faculty, University of Gonbad Qavous, Gonbad  
Qavous, Iran

**Email:** [hamidmiri1387@gmail.com](mailto:hamidmiri1387@gmail.com)





## Extended Abstract

### 1. Introduction

Creating peace and convenience between parties is one of the important goals of marriage. For this reason, the Almighty God has created kindness between the couples and ordered them to interact kindly with each other to preserve the sacred institution of the family. In this regard, the legislator, in accordance with Article 1103 of the Civil Code, has obliged the couple to associate with each other. However, if this peace and resting is not provided, the Wise Legislature has predicted the divorce solution. In the meantime, one of the types of divorce is when the wife is disgusted with her husband and cannot continue living with her. In this case, he or she can satisfy the husband with a financial order that may be less or more than the dowry. In this type of divorce, they are both afraid of transgressing the divine limits as a result of continuing life and commit sin.

The important question is where in woman hates her husband and does not want to live with him but she is ready to confer a gift to husband while he refuses to divorce her, can we able to give a right to divorce to her?

### 2. Study Method

The present article has been written in a descriptive-analytical method using library studies.

### 3. Findings

Providing divorce for wife in Islam is a mechanism for getting out of sin and to save her from a difficult which she is involves on it. In this regard, Islam disagrees with the continuation of life and with sin and sin. Therefore, if a woman is afraid of divine absence and refuses to do so and even more, but the man refuses to agree and keeps her uncertain, then the only solution to the domination of the divorce is to divorce.

#### Funding

There is no funding support for his essay.

#### Authors' contribution

Authors contributed to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

#### Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

## حق‌انگاری خلع برای زوجه (مطالعه‌ی تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و برخی از کشورهای اسلامی)

سید محمد رضوی<sup>۱</sup>، ابراهیم جوانمرد فرخانی<sup>۲</sup>، حمید میری<sup>۳\*</sup>، سارا علیزاده اردبیلی<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران.  
<sup>۲</sup> استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران.  
<sup>۳</sup> استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران.  
<sup>۴</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد آزادشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، آزاد شهر، ایران.



[20.1001.1.24237566.1404.9.1.2.0](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1404.9.1.2.0)



[10.22080/LPS.2023.25247.1499](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25247.1499)

### چکیده

حق‌انگاری طلاق خلع برای زوجه، مساله‌ای است که در فقه اسلامی مسبق به سابقه بوده و با شرایطی در حقوق برخی کشورهای مسلمان مورد پذیرش قرار گرفته است. پذیرش آن در حقوق ایران می‌تواند مانع از اموری نظیر سوء استفاده از حق طلاق و جلوگیری از تعلیق زوجیت باشد. در این پژوهش که با استفاده از منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته است، نهاد خلع در حقوق ایران با نگاهی تطبیقی بررسی شده و امکان، ویژگی‌ها و شرایط خلع بدون نیاز به رضایت زوج در نظم کنونی حقوقی ایران مورد ارزیابی قرار گرفته است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که کراهت و تنفر قلبی شدید زوجه، بذل مال و عدم اطاعت از زوج به جهت فشارهای روحی و روانی است که برای زن ایجاد شده است. در این فرض اجبار زوجه به ادامه‌ی زندگی زناشویی علی‌رغم میل باطنی او، اضرار به وی محسوب می‌شود. با این وصف نمی‌توان اختیار طلاق را حتی آنجا که زن هراسان از عدم اقامه‌ی حدود الهی و ترسناک از ابتلا به گناه بوده به طور مطلق در انحصار مرد دانست و زوجه را بلا تکلیف و سرگردان نگه داشت. در چنین اوضاع و احوالی، قانون احوال شخصیه بسیاری از کشورهای اسلامی به زوجه حق داده است در صورت بذل عوض، بدون نیاز به رضایت زوج از وی جدا شود.

تاریخ دریافت:

۲۳ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۵ شهریور ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱۷ آبان ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

طلاق، خلع، کراهت، فدیة، ضرر.

\* نویسنده مسئول: حمید میری

آدرس: دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایمیل: [hamidmiri1387@gmail.com](mailto:hamidmiri1387@gmail.com)، ایران.



## ۱ مقدمه

تبعیض در احکام اسلام بوده و اعتباری ندارد (ابن ماجه، بی تا: ۶۷۲/۱).

باید توجه داشت، فشار حاصل از عدم اقدام شوهر به طلاق و اجبار زن به تحمل زوجیت، موجب اضرار به زوجه شده و او را در معرض آسیب‌های روحی و روانی قرار می‌دهد. با این وصف، مرد به بهانه‌ی حق طلاق و اختیار خود نسبت به آن، زن را به اجبار، ملزم به ادامه‌ی رابطه زناشویی می‌نماید که جز سختی و فشار زناشویی، چیزی برای زن ندارد. از این رو، وظیفه قانون‌گذار آن است که تا جایی ممکن، طرق سوء استفاده از این حق را شناسایی نموده و راهکار مناسبی برای جلوگیری از چنین سوء استفاده‌ای اتخاذ نماید. در این میان پذیرش طلاق خلع به عنوان حقی برای زوجه، راهکار متفاوتی برای برون‌رفت از مصادیق متعدد طلاق‌های عاطفی به شمار می‌آید. در این فرض ممکن است هیچ‌گونه تخلفی از جانب شوهر در انجام وظایف زناشویی واقع نشده و تنها این ناسازگاری به دلیل زشتی قیافه یا گفتار و رفتار شوهر یا بی‌علاقگی زن به شوهر و عدم وجود رابطه‌ی عاطفی ایجاد شده باشد. با وجود این، تنفر و کراهت داشتن زوجه، نسبت به زوج به گونه‌ای است که ادامه‌ی زندگی زناشویی را برای او یا هر دو مشکل نموده است.

با توجه به مراتب مذکور، در پژوهش حاضر تلاش شده است تا به این پرسش‌ها پاسخ داده شود:

آیا زوجه می‌تواند با وجود دو قید کراهت و بذل مال بدون نیاز به رضایت زوج از وی جدا شود؟ اگر طلاق با وجود بذل مال از سوی زوجه باز هم در اختیار زوج بوده و رضایت او برای طلاق لازم باشد، عدالت در حق زوجه اجرا می‌شود؟

از دید پیشینه‌ی پژوهشی، اشاره به این نکته لازم است که برخی تحقیقات تا حدودی، ایده‌ی پژوهش حاضر را دنبال می‌کند. اجبار زوج به طلاق، راهکاری

ایجاد سکون و آرامش یکی از اهداف مهم ازدواج اعلام شده است. به همین سبب خدای متعال، مودت و رحمت را میان زوجین برقرار نموده و برای حفظ نهاد مقدس خانواده، به مردان دستور داده است با همسران‌شان به طور شایسته معاشرت کنند. در این راستا، قانونگذار براساس ماده‌ی ۱۱۰۳ قانون مدنی، زوجین را مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر نموده است. با وجود این، چنانچه این آرامش و سکون تامین نگردد قانون‌گذار حکیم، راه حل طلاق را پیش‌بینی نموده است. در این میان، یکی از اقسام طلاق مربوط به زمانی است که زن از شوهر کراهت دارد و نمی‌تواند با او زندگی مشترک را ادامه دهد. در این صورت می‌تواند با بذل مالی که ممکن است عین مهر یا معادل آن باشد، شوهر را به طلاق خلع راضی نماید. در این نوع طلاق، هر دو می‌ترسند که بر اثر ادامه‌ی زندگی از حدود الهی تجاوز کنند و مرتکب گناه شوند. آیه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی بقره در این زمینه می‌فرماید: «پس اگر بیم دارید که آن دو حدود الهی را برپا ندارند، در آنچه زن برای آزاد کردن خود فدیة دهد، گناهی بر ایشان نیست»<sup>۱</sup>.

پرسش مهمی که در این زمینه رخ می‌نماید، آن است که چنانچه زن از شوهرش متنفر بوده و نخواهد با او زندگی کند و حاضر به بذل فدیة نیز باشد اما زوج به طلاق رضایت ندهد، زوجه حق دارد خود را به طلاق خلع، مطلقه نماید؟

آنچه در آیه‌ی مذکور به عنوان مجوز بذل مال و طلاق بیان شد، خوف از نقض حدود الهی و احتمال وقوع در معصیت است. در این صورت به نظر می‌رسد حق طلاق برای زوجه در قبال بذل فدیة تشریح شده است. از این منظر، دلیل محکمی که حق طلاق را به صورت انحصاری به مرد بسپارد و حق زن را نادیده بگیرد، وجود ندارد مگر روایت «الطَّلَاق بید من أخذ بالساق» که مخالف با اصل عدل و نفی

۱. «فَإِنْ جَفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ».

کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق بگیرد اعم از اینکه مال مزبور، عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد».

## ۲،۲ معلقه

معلقه در لغت به زنی اطلاق می‌شود که شوهرش مفقود گردیده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۳۵۴/۱۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۲۶۷/۱۰)؛ یا در علقه‌ی زوجیت است اما شوهر او را رها نموده است (طریحی، ۱۴۱۶ق: ۲۱۷/۵؛ شبیری، ۱۴۱۹ق، ۷۵۰۳/۲۴؛ زیلعی حنفی، ۱۳۱۳ق: ۱۰۴/۲). در قرآن کریم به تعلیق درآوردن زوجه توسط زوج، مورد نهی قرار گرفته است (نساء، ۲۹). به همین دلیل در برخی منابع، تعلیق زوجیت از مصادیق ظلم شمرده شده و به حاکم، اختیار طلاق چنین زوجه‌ای داده شده است (مطهری، بی‌تا: ۲۸۷/۱۹).

## ۳ ماهیت طلاق خلع

از نظر مشهور فقهای امامیه و اهل سنت، به جهت آنکه طلاق در عوض انتقال مالی از سوی زوجه به زوج بوده و جهت لزوم این عمل، زوج باید این انتقال را قبول کند خلع، عقدی معاوضی دانسته شده است (قمی، ۱۴۲۷ق: ۵۱۱/۱؛ سرخسی، ۱۹۹۳؛ ۱۷۳/۶؛ غیتابی حنفی، ۱۴۲۰ق: ۵۲۶/۵) و باید تمامی شروط معتبر برای صحت سایر عقود معاوضی در خلع نیز وجود داشته باشد (عبدالسلام، ۲۰۰۸: ۵۷۵). برخی دیگر گفته‌اند که طلاق خلع نوعی ایقاع بوده و رضای زوجه به دادن فدیة و رضای زوج به فک نکاح است یعنی یکی از دو رضا مقدمه‌ی وجود رضای دیگر است (خمینی، بی‌تا: ۳۴۹/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۱۹۵/۳). و از نظر برخی دیگر، خلع نه تنها عقدی معاوضی نیست بلکه طلاق نیز نبوده بلکه فسخ نکاح است زیرا اصل بر عدم ثبوت احکام طلاق همانند نیاز به محلل، حرمت ابدی، تنصیف مهریه و دیگر موارد است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۴۲۴/۴؛ اردبیلی، بی‌تا: ۶۰۹). در میان فقهای اهل سنت نیز برخی

است که در این پژوهش‌ها پیشنهاد شده است اما در پژوهش حاضر، این مساله بررسی می‌شود که آیا طلاق خلع می‌تواند به عنوان حقی برای زوجه شناخته شود تا توافق زوج و زوجه، صرفاً بر سر میزان و مقدار مال امکان‌پذیر بوده و در نتیجه اصل خلع، حق زوجه به شمار آید.

با این توضیحات در این نوشتار تلاش خواهد شد تا در کنار بررسی ماهیت طلاق خلع از جهت عقد یا ایقاع بودن، پذیرش خلع به عنوان حق زوجه از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران به ویژه با نگاهی تطبیقی با حقوق برخی کشورهای اسلامی مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

## ۲ مفهوم شناسی

### ۲،۱ خلع

در اصطلاح لغت‌شناسان، خلع به معنای کندن و خلع الثوب به معنای درآوردن لباس آمده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق: ۹۹/۱۱). از دید قرآن کریم زن و شوهر، لباس یکدیگر خوانده شده‌اند (بقره، ۱۸۷)، لذا جداسدن ایشان به کندن لباس تعبیر شده است.

در اصطلاح فقها، خلع عبارت است از: «ازالۀ قید نکاح در قبال بذل فدیة از سوی زوجه با کراهت وی از زوج» (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲/۳۳). در این راستا، کراهت زن از شوهر و بذل فدیة از شرایط لازم برای تحقق خلع به شمار می‌آید (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳۴۳/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۵۶۹/۲۵). بنابراین چنانچه بذل مال توسط زوجه بدون کراهت وی و از سر اجبار باشد، گرفتن آن برای مرد حلال نیست (بقره، ۲۲۹ و نساء، ۱۹) و به ملکیت او در نیامده (فیض کاشانی، ۱۴۱۸ق: ۲۲۷) و ملزم به رد آن است (رضوی، ۱۳۹۶: ۶۶).

در اصطلاح حقوقی، قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۱۴۶ قانون مدنی به تبعیت از فقهای امامیه، دو قید کراهت و بذل مال را در تعریف طلاق خلع لحاظ نموده است: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه



است. بدین معنا که در صورت خوف از تعدی به حدود الهی و احتمال وقوع در معصیت، مرد می‌تواند از زن چیزی بگیرد و او را طلاق دهد. پس قصد هر دو در تحقق طلاق خلع شرط است (طبرسی، ۱۹۹۵: ۱۰۴/۲).

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت متعلق «فلا جناح» عبارت «فیما افتدت به» است یعنی آنچه از آیه بدست می‌آید، آن است که در مقدار فدیة رضایت زوج شرط است نه در اصل طلاق.

## ۴،۲ روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق»

بر اساس این روایت، طلاق صرفاً در اختیار زوج است و شخص دیگری چنین اختیاری ندارد (ابن ماجه، بی‌تا: ۶۷۲/۱). برخی از فقهای امامیه به این روایت استناد کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۵۱۵/۴؛ حلی، ۱۳۸۸ق: ۵۹۰)، در حالی که در منابع روایی شیعه چنین روایتی وجود ندارد.

در مقام نقد این دلیل باید گفت اولاً، مواردی که طلاق برای حاکم تجویز شده است موارد کم نیست (حلی، ۱۴۱۳ق: ۴۴۰/۷؛ خوبی، ۱۴۱۰ق: ۲۸۸/۲). لذا استدلال با مثال نقض همراه است. افزون بر این، برخی از فقهای اهل سنت در مسأله ایلاء - که حاکم برای شکستن سوگند و برگشتن به سوی همسر مهلت تعیین کرده است - صرف گذشت مدت را به منزله‌ی طلاق دانسته‌اند (ابن قدامه، بی‌تا: ۵۶۴/۷). پس غیر از موارد طلاق قضایی، امور دیگری نیز وجود دارد که زوجه این امکان را پیدا می‌کند تا بدون نیاز به رضایت زوج از وی جدا شود. ثانیاً، روایت هم از جهت سند و هم از جهت دلالت مشکل دارد (معرفت، ۱۳۸۰: ۵). از جهت سندی، ابن لهیعه - که ضعیف است - در سلسله‌ی سند آن قرار دارد. نقل دارقطنی نیز دارای راویان مجهول‌الهویه است (زیلعی حنفی، ۱۴۱۸ق: ۱۶۵/۴). از جهت دلالت هم این روایت در خصوص رابطه عبد و مولا وارد شده و

نظیر شافعی و احمد بن حنبل آن را فسخ دانسته‌اند (ابن رشد، ۱۹۹۵: ۹۱/۳؛ جزیری، ۱۴۲۴ق: ۳۷۴/۴).

با وجود شهرت فقهی و نیز توجه به این امر که گرایش‌های قضایی و دستورالعمل‌های قانونی در بسیاری از کشورهای اسلامی همچون عراق (کشکول و سعیدی، بی تا: ۱۸۷)، سوریه (صابونی، ۱۹۹۴: ۲۳۹/۲)، اردن (اشقر، ۲۰۱۵: ۲۴۳)، کویت (قانون-الاحوال‌الشخصیه الکویتیة، ۲۰۱۱: ۱۵۷) و... بر این تلقی تصریح دارند که خلع عقدی است رضایی، یعنی برای تشکیل شدن به توافق و تراضی طرفین نیاز دارد (علی ابراهیم، ۲۰۲۱: ۴۱).

در رویه‌ی قضایی دادگاه‌های ایران صرف بذل مهر از سوی زوجه، طلاق خلع به شمار نیامده است بلکه قبول آن توسط شوهر و نیز موافقت به طلاق باید بدان ضمیمه شود.<sup>۱</sup> اما به نظر می‌رسد اگر خلع، ماهیت معاوضی داشته باشد، طلاق مابه‌ازای بذل مهر بوده و پیرو قواعد عمومی، برابری نسبی میان عوضین باید موجود باشد. این درحالی است که طلاق از اساس امری مالی نیست تا بتوان ارزش معادلی برای آن تعیین نمود.

ما در این نوشتار، در صورت پیدایش شرایطی بر این امر باور داریم که خلع، حق زوجه برای طلاق بوده و زن با بذل مهریه - که در این صورت زبانی از لحاظ مالی متوجه زوج نمی‌شود - زوج را مکلف به قبول بذل و طلاق وی می‌کند.

## ۴ بررسی نقش قصد زوج در طلاق خلع

برای اثبات لزوم نقش قصد زوج در طلاق خلع، دلایلی وجود دارد که در ادامه، بررسی می‌شود؛

### ۴،۱ آیه‌ی خلع

همانگونه که پیشتر گفته شد، عبارت «فلا جناح» در آیه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی بقره، خطاب به هردوی زوجین

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6916>

۱. رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۱۸۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۲۸ شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور موجود در سایت زیر:

«منتظر بمان تا موهائیت مثل دندان‌های سفید شود»، مصداق اجلائی فرض مذکور می‌باشد. در لایحه‌ی «تامین امنیت زنان در برابر خشونت» نیز اضرار و سرگردان کردن زن از مصادیق خشونت روانی و عاطفی علیه زن به شمار آمده و در مواردی، جرم‌انگاری شده است. هرچند از لحاظ تکلیفی این‌گونه اقدامات، گناه بوده و حرام است لکن تاکنون ضمانت اجرای حقوقی مناسبی برای آن تعریف نشده است.

باید توجه داشت که در زمان جاهلیت یکی از عادات مردان برای شکنجه دادن زنان، طلاق دادن ایشان و رجوع در زمان عده بوده است. پس از ظهور اسلام و شکایت زنان، پیامبر (ص) در مقابل این نوع ستم قیام کرد و آیات ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره‌ی بقره در همین راستا نازل شد (رشیدرضا، ۱۹۹۰: ۳۰۲/۲). بنابراین اصل تشریح طلاق خلع در اسلام به منظور ایجاد حقی به نفع زوجه بوده است.

برخی از فقهای اهل سنت در این زمینه معتقدند همان‌گونه که طلاق برای مرد جعل شده است، خلع نیز به عنوان حقی برای زوجه قرار داده شده است (ابن رشد، ۱۹۹۵: ۹۰/۳). برخی از فقهای شیعه نیز بر این باورند که چنانچه زوج با وجود بذل مال و تنفر زوجه از وی به طلاق رضایت ندهد، حاکم شرع می‌تواند در صورت عسر و حرج شدید، طلاق خلع را انجام دهد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ۴۲۱/۱).

از نظر مشهور فقهای امامیه و اهل سنت، چنانچه زن با وجود دو قید کراهت و بذل مال از شوهر تقاضای طلاق خلع کند، بر مرد واجب نیست که درخواست زن را بپذیرد بلکه مستحب است برای نجات او از این مشکل از طریق طلاق خلع اقدام نماید. از این رو اگر مرد از طلاق خودداری کند، اجبار به طلاق نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۵/۳۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۵۸۶/۴؛ شافعی، ۱۳۹۳: ۱۱۷/۵؛ بهوتی حنبلی، ۱۴۱۴: ۵۷/۳؛ ابن حزم، ۱۳۵۲: ۲۳۵/۱۰). اما براساس نظر غیرمشهور، اگر زن از شوهر کراهت داشته و حاضر به بذل فدیة نیز باشد، بر شوهر واجب است که درخواست وی

ارتباطی به انسان آزاد ندارد (داودی، ۲۰۱۶: ۲۳۰). علاوه بر این، روایت مورد نظر دارای معارض است که هم از شیعه و هم از اهل سنت نقل شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۶/۲۲؛ مغنیه، بی تا: ۳/۶).

### ۴،۳ اقتضای معاوضی بودن خلع

واضح است، بر طبق مبنای کسانی که خلع را عقد معاوضی می‌دانند بدون رضایت زوج، خلع محقق نمی‌گردد زیرا طبق نظر این گروه، ایجاب خلع با زوج است و گوینده‌ی ایجاب باید به مفاد ایجابش رضایت داشته باشد و در فرض اکراه بر ایجاب و یا وقوع ایجاب از سوی غیر ماذون، معاوضه مذکور اکراهی و یا فضولی بوده و در هر دو صورت، غیرنافذ و موقوف بر اجازه‌ی وی خواهد بود (امامی، ۱۴۰۱: ۴۸/۵).

اما پذیرفتن این دلیل بسی دشوار است زیرا منحل نشدن طلاق خلع در اثر رجوع به بذل، خود دلیلی برای معاوضه نبودن طلاق خلع است. علاوه بر این‌که، تلف فدیة قبل از تسلیم آن به زوج، موجب انفساخ خلع نمی‌شود و طلاق به قوت خود باقی می‌ماند و زن باید بدل آن را به شوهر بپردازد. بدین ترتیب، مالی که زوجه به زوج می‌دهد در ساختمان حقوقی خلع، سهمی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۲). به عبارت دیگر، فدیة، داعی در طلاق خلع به حساب می‌آید نه عوض طلاق تا با بطلان آن، خلع باطل گردد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۴۳۰). بنابراین از این جهت، طلاق خلع با عقود معاوضی متفاوت است.

### ۵ حق انگاری طلاق خلع برای زوجه

به نظر می‌رسد طلاق خلع، صرفاً حق زوجه است و او می‌تواند در صورت بذل عوض بدون نیاز به رضایت زوج از وی جدا شود. این مبنا زمانی کارایی دارد که زوج بدون عذر موجه از طلاق زوجه امتناع نموده و مطابق اصطلاح برخی فقها، او را معلق نماید (زیلعی حنفی، ۱۳۱۳: ۱۰۴/۲). این ضرب‌المثل که:



الهی را برقرار نکند (مطالع، ۲۰۱۶: ۲۶۱). در همین راستا قانون احوال شخصیهی تونس مصوب ۱۹۵۶ نیز طبق بند دوم و سوم مادهی ۳۱ این حق را به زن داده است که با ارادهی یک‌جانبه بتواند رابطه زناشویی را برهم زند. از این حیث قانون‌گذار تونس، حق پایان دادن به زندگی زناشویی را بسیار گسترش داده و به هر یک از زوجین به صورت مساوی حق درخواست طلاق را داده است و انکار طرف مقابل را ممنوع کرده است (احمدحسان، ۲۰۱۸: ۲۹؛ هیشری، ۲۰۱۴: ۵).

با توجه به آنچه گفته شد، در ادامه، ادله این دیدگاه، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

## ۵٫۱ آیات

براساس آیه «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹)، زندگی مشترک زوجین یا باید به معروف استمرار یابد و یا به احسان منجر به جدایی گردد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق: ۲/۲۹۵). چه بسا امساک همسر و نگهداری او به منظور اذیت و اضرار او باشد و معلوم است که چنین امساک، منکر و زشت است نه معروف و پسندیده (طباطبائی، ۱۳۶۷: ۲/۳۵۰). در چنین فرضی که مرد با انگیزه‌ی اضرار و سرگردان کردن زن با او به سر می‌برد، زن نیز امر شوهر را اطاعت نمی‌کند و حریم وی را حفظ نمی‌نماید، امساک به معروف ممکن نیست و تنها راه حل موجود، طلاق است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ۲۱/۳۷۹؛ بحرالعلوم، بی تا: ۱۹۱).

با نگرشی به این آیه می‌توان دریافت، قرآن کریم، اختیار مردان برای طلاق را که پیش از اسلام نیز در میان مردم رایج و متداول بوده است، با تغییرات و اصلاحات اندکی تأیید و امضا کرده است. پس از ظهور اسلام در میان انواع طلاق فقط طلاق رجعی و بائن تأیید گردید و طلاق ظهار و ایلاء، حرام اعلام و طلاق رجعی هم به دوبرابر محدود شد. البته این امضا محدود به رعایت جانب معروف و احسان و عدم اضرار به زن است. بنابراین با توجه به حکمت و ملاک این امضا و با بهره‌گیری از مفهوم متغیر

را بپذیرد و در صورتی که از طلاق خودداری ورزد، حاکم حکم به جدایی بین آن‌ها خواهد داد؛ زیرا اسلام به مرد اجازه نمی‌دهد که زن را در مضیقه و مشقت قرار دهد (زیباری، ۱۴۱۸ق: ۷۸؛ آل خنین، ۱۴۳۱ق: ۷۷).

برخی از فقهای نامدار شیعه همچون سید محمدکاظم طباطبائی یزدی و شیخ طوسی بر این نکته تصریح نموده‌اند که چنانچه عدم طلاق زوجه و ابقای وی بر زوجیت موجب وقوع در حرام گردد، قاضی حق دارد به این زندگی زناشویی خاتمه داد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق: ۱/۷۶؛ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۵۲۹). عده‌ای از شخصیت‌های مؤثر در فکر و فرهنگ جهان اسلام از جمله ابن رشد اندلسی و همچنین امام محمد غزالی نیز تاکید نموده‌اند همچنان‌که طلاق به مرد واگذار شده تا در صورت تنفر از زوجه بتواند از آن بهره‌برد، خلع نیز به زن سپرده شده تا در صورت کراهت از زوج بتواند از وی جدا شود (ابن رشد، ۱۹۹۵: ۲/۵۵؛ غزالی، ۲۰۰۵: ۱۷۸).

بر پایه‌ی این رویکرد، قانون احوال شخصیه بسیاری از کشورهای اسلامی همچون مصر، اردن، یمن، تونس، الجزایر و... به دادگاه اجازه داده است در مواردی که عدم طلاق زوجه و ابقای وی بر زوجیت موجب وقوع وی در حرام گردد، طلاق خلع را حتی بدون رضایت شوهر اجرا نماید. به عنوان نمونه، مادهی ۲۰ قانون احوال شخصیه مصر مصوب ۲۰۰۰ در این زمینه مقرر داشته است که زوجین می‌توانند با رضایت دوجانبه تصمیم به جدایی و طلاق بگیرند. در صورتی که توافقی برای جدایی بین آن‌ها حاصل نشود اما زوجه با ارادهی مستقل خود درخواست طلاق نماید و تمام حقوق مالی خود را به شوهر بذل کند، دادگاه تصمیم به طلاق او خواهد گرفت. دادگاه حکم به طلاق خلع نمی‌دهد مگر پس از تلاش برای مصالحه بین زوجین و تعیین دو داور برای برقراری مصالحه به مدت حداکثر سه ماه. همچنین زوجه باید بیان کند که از زندگی با شوهر بیزار است و می‌ترسد که به خاطر این کراهت حدود

طلاق خلع به درخواست زوجه و با اراده‌ی او واقع شده و توافق طرفین صرفاً بر سر مقدار و میزان بذل مهر بوده است. بر این اساس می‌توان گفت هرگاه زن، نسبت به ادامه‌ی زوجیت بی‌میل باشد و به حاکم شرع مراجعه کند، او می‌تواند حکم به جدایی دهد (معرفت، ۱۳۸۰، ۴).

با این همه، در مورد ماهیت امر پیامبر به شوهر در میان اهل تسنن اختلاف نظر وجود دارد (ابن حجر عسقلانی، ۲۰۰۵: ۹۳/۱۲). برخی می‌گویند امر مذکور برای اباحه بوده یعنی برای زوج مباح است که فدیة را بگیرد (مالک بن انس، ۱۹۹۴: ۵/۵). برخی دیگر، امر را ارشادی و برخی دیگر آن را مولوی می‌دانند (بناسی، ۲۰۰۸: ۲۰).

همچنین برخی فقها از عبدالله بن سهل نقل کرده‌اند که در زمان خلیفه دوم، زنی در مقابل هزار درهم خود را مختلعه نمود. این امر نزد خلیفه مطرح شد و خلیفه آن را اجازه داد (صنعانی، ۱۴۰۳ق: ۴۹۴/۶). شبیه همین ماجرا در زمان خلیفه سوم اتفاق افتاد و هیچ‌کدام از فقها با آن مخالفت نکردند (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۴۲۴/۴). هرچند این دسته از فقها در پی اثبات تحقق خلع بدون حکم قاضی هستند لکن عدم لزوم رضایت زوج نیز از آن استفاده می‌شود (جوزجانی، ۱۴۰۳ق: ۳۷۴/۱).

در روایت دیگری آمده است: «طلاق و تخییر از سوی مرد است و خلع و مبارات از سوی زن» (حراملی، ۱۴۰۹ق: ۲۹۲/۲۲). این یعنی در موارد تنفر قلبی شدید زوجه، سلطه طلاق خلع در اختیار زن است و مرد در آن اختیاری ندارد (معرفت، ۱۳۸۰: ۵).

### ۵٫۳ جمع میان عدالت و نفی ضرر

کراهتی که زن از شوهر دارد، اگر از ناحیه‌ی زوج و در نتیجه ضرری باشد که به زوجه وارد شده است به استناد قاعده‌ی لاضرر باید برداشته شود. راه جلوگیری از ضرر نیز آن است که زن بتواند با مراجعه‌ی مستقیم به دادگاه و بذل مال، حتی بدون رضایت شوهر درخواست طلاق نماید (معرفت، ۱۳۸۰: ۵). و اگر کراهت به شوهر ارتباط ندارد و صرفاً

معروف که به تناسب زمان و مکان تغییر پیدا می‌کند (حکمت نیا و همکاران، ۱۳۸۸: ۷۲/۲) و با حفظ فلسفه‌ی اصلی آن، می‌توان راه را برای رهایی زن از شوهر، علی‌رغم خواست وی باز نمود (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۶۵).

آیه‌ی ۲۲۹ سوره‌ی بقره نیز خطاب به حاکم شرع است، یعنی اوست که باید تشخیص دهد زوجین حدود الهی را رعایت نموده‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق: ۲۸۴/۲). براین اساس، چنانچه گمان قوی وجود داشته باشد که زوجین با ادامه‌ی زندگی زناشویی به معصیت دچار خواهند شد، در این صورت، زن می‌تواند طلاق خلع را به عنوان یک حق از قاضی درخواست کرده و چنانچه قاضی احراز کند که حدود الهی رعایت نخواهد شد، حکم طلاق را صادر می‌نماید.

### ۵٫۲ روایات

روایت شده است که زنی به نام جمیله دختر عبدالله بن ابی، زوجه‌ی مردی به نام ثابت بن قیس بود. جمیله از ثابت خوشش نمی‌آمد زیرا او بدقیافه، سیاه و کوتاه قامت بود. لذا نزد پیامبر (ص) آمد و گفت: «به خدا سوگند من با ثابت زیر یک سقف نخواهم رفت؛ زیرا نمی‌خواهم از روی نفرت از او اطاعت کنم. من شوهرم را زشت می‌دانم و طاعت زندگی با او را ندارم و حال آن‌که در دین و اخلاق او هم عیبی نمی‌بینم». پیامبر خدا (ص) به او فرمود: «آیا باغی را که مهر تو کرده است، به او بر می‌گردانی؟». او گفت: «بله، بلکه زیادتر از باغ نیز به او می‌دهم». رسول خدا فرمود: «نه! فقط باغش را». پس جمیله باغ ثابت را به وی برگرداند و رسول خدا به ثابت فرمود: «آنچه را به تو داد، بگیر و آزادش بگذار». پس ثابت نیز چنین کرد (محدث نوری، ۱۴۰۸ق: ۳۸۶/۱۵؛ طبرسی، ۱۹۹۵: ۵۷۷/۲).

در این واقعه، هیچ‌گونه تخلفی از جانب شوهر در انجام وظایف زناشویی واقع نشده بود بلکه این ناسازگاری به دلیل بی‌علاقگی زن به شوهر و عدم وجود رابطه عاطفی ایجاد شده است. با وجود این،



بر حق طلاق محروم می‌کند و به اراده‌ی شوهر معلق می‌نماید. همچنین فرصت سوء استفاده شوهر را فراهم می‌کند و امکان اجرای خلع را بر اساس تصویری که در قرآن کریم و سنت مطهر آمده، مختل می‌کند. به نظر این عده از اندیشمندان جهان اسلام (سابق، ۱۹۶۹: ۲/۲۹۹)، یکی از جلوه‌های عدل خداوند آن است که وقتی برای مرد طلاق را قرار داد، خلع را نیز برای زن تشریح کرد؛ زیرا اگر زن متضرر از ادامه‌ی نکاح و خواستار جدایی باشد، طلاق او را نجات نمی‌دهد چرا که امر طلاق در دست او نیست.

### ۵٫۴ وجوب دفع منکر

یکی از دلایلی که در این زمینه اقامه شده امر به معروف و نهی از منکر است. بر اساس این دلیل، در هر موردی که عدم طلاق زوجه و ابقای وی بر زوجیت، موجب وقوع در حرام گردد، باید به این زندگی زناشویی خاتمه داد؛ چرا که این امر مقدمه‌ی ترک گناه و دفع منکر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق: ۷۶/۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۳۷۵؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ۳۳۱). بدین ترتیب، اگر زن هراسان از عدم اقامه‌ی حدود الهی و ترسناک از ابتلا به گناه بوده و حاضر به بذل فدیة نیز باشد اما زوج به طلاق رضایت ندهد، به ناچار باید خلع را حق زوجه محسوب نمود.

در عبارت برخی از فقها این‌گونه آمده است: «چنانچه کراهت زن از شوهر خویش به حدی باشد که وی صراحتاً یا تلویحاً به شوهر خود بگوید که اگر مرا طلاق ندهی به هیچ وجه اوامر تو را اطاعت نخواهم کرد، از جنابت تو غسل نمی‌کنم، با تو حاضر به آمیزش نمی‌شوم و کسی را به خوابگاه تو راه داده و بدون اجازه تو با دیگری همبستر می‌شوم و مرد نیز به این وضعیت واقعی زن علم داشته باشد، بر مرد واجب است که او را طلاق خلع دهد» (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۵۲۹؛ و نیز رک: ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ۳۳۱؛ حلبی، ۱۴۰۳ق: ۳۰۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۳۷۴).

به دستور قرآن کریم، اگر زن از روی بی‌علاقگی به شوهر از تمکین خودداری نماید، در این صورت باید نخست شوهرش وی را موعظه کند و اگر مطیع

از ناحیه زن ایجاد شده است، مقتضای عدالت آن است که برای زن نیز حق دوست داشتن و عشق ورزیدن قائل شویم و بپذیریم او نیز مثل مرد حق دارد از نعمت عمری که خداوند به او داده، کمال استفاده را ببرد. اگر طلاق با وجود بذل، باز هم در اختیار شوهر باشد و رضایت او برای طلاق لازم باشد این حق تامين نمی‌گردد و عدالت در حق زن اجرا نمی‌شود (بناسی، ۲۰۰۸م: ۲۳).

از سوی دیگر، در تعارض دو ضرر باید ضرر بیشتر را رها کرده و جانب ضرر کمتر گرفته شود. در طلاق خلع نیز دو ضرر وجود دارد، ضرر اول ضرر تحمیل طلاق بر زوج است و ضرر دوم بقای زوجه بر زوجیت. در این فرض واجب است ضرر اقوی - که بقای زوجه بر زوجیت است - ترک و ضرر ضعیف‌تر که تحمیل طلاق بر زوج است، ترجیح داده شود. علاوه بر این، عدم طلاق زوجه در فرض تنفر شدید، خطر وقوع ضرری بزرگتر یعنی ارتکاب خیانت از سوی زوجه و از بین رفتن حیثیت و آبروی شوهر را فراهم می‌سازد. لذا برای جلوگیری از وقوع چنین ضرری باید حکم به جدایی میان آن‌ها داد.

در ماده‌ی ۱۲۶ قانون احوال شخصیه اردن مصوب ۲۰۱۰ به همین نکته اشاره شده است. طبق ماده‌ی مذکور، هر یک از زوجین می‌توانند در صورت ادعای ضرر از طرف مقابل، تقاضای جدایی کنند. اعم از اینکه ضرر مادی باشد مانند ایذاء به فعل یا گفتار یا اینکه ضرر معنوی باشد مانند هر گونه رفتار ناپسند که اهانت و اسائه ادب نسبت به طرف مقابل محسوب شود (مستریجی، ۲۰۱۹: ۶۵). البته براساس آرای تجدیدنظر صادره از دادگاه استیناف در امان، اعمال طلاق خلع مشروط بر آن است که دعوای زن شامل اعتراف صریح او بر این باشد که از زندگی با شوهرش متنفر است و نمی‌تواند او را تحمل کند. همچنین باید اقرار کند که به دلیل نفرتش می‌ترسد که به حدود الهی عمل نکند (بریشی، ۲۰۰۹ق: ۱۶).

ناگفته نماند، طبق نظر برخی از اندیشمندان و صاحب‌نظران فقه تطبیقی (محمد الشاعر، ۲۰۱۰: ۵؛ الخشت، ۱۹۸۷: ۲۶۴) رضایت شوهر، زن را از سلطه

## ۶ قیود و شرایط

حق بودن طلاق خلع برای زوجه به طور مطلق قابل پذیرش نیست بلکه قیود و شرایطی دارد. در ادامه مواردی ذکر می‌شود که می‌توانند فرض مذکور را محدود نمایند.

### ۶٫۱ انحصار حکم به فرض ترس از

#### وقوع در معصیت

بر اساس آیه‌ی ۲۲۹ سوره بقره، در مواردی که ترس از وقوع در معصیت وجود ندارد، قبول بذل از ناحیه زوج، جایز و حلال نیست. بنابراین اعطای آن از سوی زوجه نیز وجهی نخواهد داشت و بذل آن و طلاق خلع نیز حق وی محسوب نخواهد شد (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۴۲۱/۴؛ خویی، ۱۴۱۰ق: ۳۰۵/۲). البته باید توجه داشت رابطه میان ترس از وقوع در معصیت و کراهت زوجه از زوج عموم و خصوص من وجه است ولی چون در غالب موارد ترس از وقوع در معصیت نتیجه کراهت شدید زوجه از زوج است، خلع به فرض کراهت محدود شده است. نتیجه آن‌که، علاوه بر لزوم وجود شرط ترس از وقوع در معصیت، کراهت شدید زوجه نیز باید وجود داشته باشد. در ماده‌ی ۲۰ قانون مربوط به مقررات دادرسی در احوال شخصیه مصر به همین نکته اشاره شده است. در ماده مذکور، زوجین می‌توانند بر خلع تراضی نمایند و در صورت عدم تراضی زوجه می‌تواند با طرح دعوی در دادگاه و با اسقاط کلیه حقوق مالی شرعی‌اش، درخواست طلاق خلع نماید و مهریه‌ای که از زوج گرفته را برگرداند. حکم محکمه بر طلاق خلع، منوط به آن است که دادگاه به طرفین پیشنهاد صلح دهد و زوجه، صراحتاً اقرار نماید که نسبت به زندگی با زوج کراهت شدید دارد و هیچ راهی برای استمرار زندگی ایشان وجود ندارد و می‌ترسد که در نتیجه این کراهت نتواند حدود الهی را جاری کند.

مناسب است در اینجا اضافه شود که طبق ماده-ی ۵۴ قانون احوال شخصیه یمن مصوب ۱۹۹۲، اگر زن به دلیل کراهت از شوهر تقاضای طلاق کند،

نشد از خوابگاه وی دوری نماید و اگر تاثیر نکرد، اجازه داده شده است که از طریق تنبیه بدنی وی را به انجام وظایف خویش وادار کرد. چنانچه اطاعت نمود دیگر تعدی جایز نیست و اگر باز اطاعت نکرد، باید داوری از خانواده مرد و داوری از خانواده زن برای رفع اختلاف تعیین نمود تا میان آن دو سازگاری ایجاد نماید. چنانچه توافق امکان‌پذیر نبود یعنی گمان قوی وجود داشته باشد که با ادامه‌ی زندگی زناشویی به معصیت دچار خواهند شد، در این صورت تنها راه حل موجود آن است که حاکم شرع زن را در مقابل فدیة طلاق دهد زیرا اسلام با ادامه‌ی زندگی به صورت تحمیلی و با گناه و معصیت موافق نیست.

### ۵٫۵ قیاس اولویت

دلیل دیگری که می‌توان در این زمینه بدان استناد نمود، قیاس اولویت است. توضیح آن‌که، چنانچه ادامه‌ی زندگی مشترک برای زوجه غیرقابل تحمل باشد، قاضی می‌تواند بدون رضایت زوج، حکم طلاق را صادر کند در نتیجه زوجه از تمام حقوق مالی بهره‌مند می‌شود. پس به طریق اولی در فرضی که زوجه از شدت کراهت، نسبت به زندگی با زوج از مهریه‌ی خود گذشت نموده است اما زوج به طلاق رضایت نمی‌دهد، رهایی وی از طریق طلاق خلع ممکن خواهد بود.

در برخی از نوشته‌های فقهای اهل سنت نیز از قیاس اولویت برای اثبات طلاق خلع استفاده شده است (داودی، ۲۰۱۶: ۲۲۶). براساس این تحلیل، علت انحلال نکاح با عیوبی از قبیل عنن، جنون یا جذام شوهر، جلوگیری از فحشا و به بیراهه رفتن زن بیان شده است. حال در مواردی که زوجه از شوهر کراهت دارد به‌ویژه در صورتی که کراهت به مرز تنفر برسد، طرفین در کنار یکدیگر آسایش نخواهند یافت. همچنین ممکن است پس از مدتی نیازهای جنسی زن افزایش پیدا کند و وی نتواند در مقابل فشارهای جنسی بیرونی ایستادگی کند. از این رو به طریق اولی وجود کراهت شدید برای زوجه امکان رهایی را ایجاد می‌کند.



مجرای طلاق مبارات است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق: ۱۱۲/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۱/۳۳) و به اجماع فقها بذل بیشتر از مقدار مهریه ممکن نیست (طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ۳۷۴/۱۲). همچنین در صورتی که هیچ‌کدام از زوجین از یکدیگر کراهت نداشته باشند، طلاق واقع شده طلاق خلع نیست. هرچند برخی فقها آن را طلاق به عوض دانسته‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق: ۳۷۵/۹) لکن در پذیرش آن به عنوان یک قسم مستقل از طلاق تردید است.

لازم به ذکر است ماده‌ی ۵۴ قانون خانواده الجزایر مصوب ۲۰۰۵ در این زمینه مقرر داشته است: «زوجه می‌تواند در مقابل مالی بدون رضایت زوج، خود را مطلقه به طلاق خلع نماید، زمانی که زوجین بر مقدار بذل به توافق نرسیدند قاضی به مقداری که بیشتر از مهرالمثل در زمان صدور حکم نباشد حکم می‌دهد». بر اساس این ماده، هرچند خلع حق زوجه است اما میزان بذل با توافق طرفین تعیین می‌شود و در صورت عدم توافق بر میزان بذل، حداکثری که قاضی بر اساس آن رای صادر می‌کند مهرالمثل است و نظیر طلاق مبارات که زوج نمی‌تواند بیشتر از مقدار مهریه از زوجه چیزی بگیرد در اینجا نیز قاضی نمی‌تواند بیشتر از مهرالمثل زن در زمان صدور رای، حکم صادر کند.

یکی از ایراداتی که بر این قانون وارد است این‌که ممکن است در مواردی مهرالمثل بیشتر از مهریه‌ای باشد که زن در عقد از مرد گرفته است یا برای او تعیین شده است. بنابراین در صورتی که زن بخواهد طلاق خلع بگیرد باید از خودش چیزی به آن اضافه کند تا بتواند طلاق بگیرد و این با هدف قانون‌گذار که خلع را برای تسهیل امر زوجه، حق او دانسته سازگار نیست. برعکس آن مواردی که مهرالمثل کمتر از مهرالمسمی است زن می‌تواند با وجود اینکه چیزی از مهریه برایش باقی می‌ماند درخواست خلع کند. به دلیل وجود همین اشکالات است که برخی نویسندگان پیشنهاد اصلاح ماده‌ی مذکور را از

قاضی باید علت آن را بررسی کند و در صورت اثبات، حکمی از خانواده‌ی مرد و حکمی از خانواده‌ی زن برای سازش قرار دهد. چنانچه توافق امکان‌پذیر نبود، شوهر مجبور به طلاق خواهد شد. در این فرض، زن باید مهریه را به شوهر مسترد نماید.

گفتنی است کراهت زوجه باید به حدی باشد که پیش‌بینی شود اگر شوهر او را طلاق ندهد مرتکب معصیت شده و یا ناشزه خواهد شد اما اینکه منشأ کراهت زوجه، خصوصیات ذاتی مرد باشد مانند زشتی قیافه یا گفتار و رفتار وی و یا عوارض خارجی نظیر ازدواج مجدد وی و یا ارتکاب جرم و امثال آن، تاثیری در حکم ندارد (خویی، ۱۴۱۰ق: ۳۰۷/۲؛ خمینی، بی تا: ۳۵۲/۲).

نکته‌ی مهمی که در اینجا قابل طرح است اینکه کراهت، امری درونی است و اثبات آن تنها از طریق اظهار توسط زوجه، امکان‌پذیر است و مواردی از قبیل ترک زندگی، درگیری‌های فیزیکی، عدم تمکین و امثال آن می‌تواند صرفاً اماراتی بر کراهت باشد. به همین دلیل است که دادگاه‌ها در مقام رسیدگی و صدور رای از زوجه می‌خواهند کراهتی که نسبت به شوهر دارد را صراحتاً اعلام نماید و اگر در موردی، اماراتی دال بر عدم کراهت باشد، حکم به طلاق خلع صادر نمی‌شود.<sup>۱</sup> در مقابل برخی نویسندگان (طواهریه، ۲۰۱۵: ۳۲۸) براین باورند از آنجا که در زن احساسات و عواطف غلبه دارد صرف ادعای کراهت از جانب زن نباید از او پذیرفته شود. به نظر می‌رسد این کلام به منظور کاهش طلاق در مقام عمل مفید باشد و به طور مطلق نتوان به ادعای زوجه بسنده کرد؛ زیرا هیچ‌کدام از وجوه کراهت درونی نیز فاقد مؤیدات و امارات بیرونی نیستند.

## ۶٫۲ عدم کراهت زوج از زوجه

یکی از شرایط طلاق خلع آن است که زوجه از زوج متنفر باشد ولی زوج از زوجه کراهت نداشته باشد. فرضی که زوج و زوجه هر دو از یکدیگر کراهت دارند،

۱. برای نمونه، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۸۱۸۳۸۱۰۰۰۷۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۰۹ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور.

۱. تشریح طلاق خلع در اسلام برای آن بوده که زن بتواند از وقوع در معصیت خارج شود و از زندگی دشواری که برای او به وجود آمده نجات پیدا کند.

۲. پافشاری زوجه بر طلاق به دلیل بیزاری و نفرت شدید وی از زوج از مصادیق ضرر معنوی است و یا می‌توان آن را از مصادیق عسر و حرج و شرایط دشوار روحی دانست.

۳. اینکه طلاق خلع حق زوجه باشد، مساله‌ای است که با توجه به ادله می‌توان آن را پذیرفت و تنها مانع احتمالی آن، افزایش احتمالی آمار طلاق خلع در وضعیت کنونی جامعه ایران است. در حقوق کشورهای اسلامی، برخی نویسندگان همین مانع را مهم‌ترین ایراد قانون مذکور دانسته‌اند. برای برون‌رفت از این مشکل، وظیفه دادگاه است که مدارک مثبت کراهت زوجه را بررسی نماید و تا جایی که می‌تواند در اصلاح ذات‌البین بکوشد و در نهایت حکم به طلاق دهد.

۴. ادله و اماراتی که اختیار برهم زدن پیوند زناشویی را به طور انحصاری به مرد واگذار نموده با نقض همراه است.

۵. حق بودن طلاق خلع برای زوجه به طور مطلق قابل پذیرش نیست و لذا باید در پذیرش آن به قدر متیقن اکتفا کرد. انحصار حکم به فرض ترس از عدم امکان اجرای حدود الهی، لزوم توافق طرفین بر میزان بذل، عدم کراهت زوج از زوجه و عدم وجود کراهت زوجه از ناحیه عضل زوج برخی از موارد مذکور است.

مهرالمثل به مهر المسمی داده‌اند (سعوداوی، ۲۰۱۱: ۱۷۰). برخی دیگر این قانون را موجب افزایش پدیده طلاق در جامعه دانسته و این اقدام قانون‌گذار را به صلاح ندانسته‌اند (داودی، ۲۰۱۶: ۲۳۱). همین امر در وضعیت کنونی قوانین در ایران و آمار قابل توجه طلاق موثر خواهد بود. با این همه، آنچه در حقوق کشورهای اسلامی تحت عنوان حق بودن طلاق خلع برای زوجه آمده است با اصل عدل و نفی ضرر در احکام اسلام موافق بوده و جامعه را به سوی تعالی سوق می‌دهد.

### ۶٫۳ فقدان عضل

یکی از احکامی که در قرآن مجید به آن اشاره شده است، حکم به عدم جواز تضییق، تشدید و تحت فشار قرار دادن زن توسط شوهر برای ابراء یا بازگرداندن بخشی از مهر و طلاق خلع است. مستفاد از آیه‌ی ۱۹ سوره‌ی نساء<sup>۱</sup> و ظهور نهی در حرمت، آن است که تحت فشار قراردادن زن توسط شوهر برای بخشیدن مهر حرام بوده و طلاق واقع شده نیز طلاق خلع نخواهد بود (رضوی، ۱۳۹۶: ۶۵). بنابراین اگر کراهتی که زن به واسطه آن درخواست خلع می‌کند ناشی از عضل شوهر باشد چنین طلاق، مصداق رجعی بوده و مرد نیز مالک بذل اخذ شده نخواهد بود (خمینی، بی تا: ۳۵۲/۲).

### ۷ نتیجه گیری

با امعان‌نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون حق انگاری خلع برای زوجه نتایج زیر حاصل گردید:

۱. «وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ».



## منابع

- The Holy Quran.
- Abdul Salam, Abdul Qadir, (2008). "Al-Khul'a fi Fiqh al-Islami and Qanun al-Asra", al-Ahiya Journal, Vo. 10, No 12 [In Arabic].
- Ahmad Hassan, Amjad Abdul Fattah; Musa Fallah, Hassan Fallah, (2018). "Al-Khula' Taht Al-Ein Al-Zoja", Journal of Al-Qunun and Al-Uloom al-Siyasiyah, Volume 4, No 2 [In Arabic].
- Ali Ibrahim, Harith, (2021). "The Judge Right in Divorce without the Consent of the Husband, a Study of Comparison in Islamic Jurisprudence and Law", Ain al-Shams Journal of Morals, Vol. 49, No.3. [In Arabic].
- Alkhasht, Mohammad Othman, (1987). Dalil Al-Fiqhia lel-Emreate Al-Muslim fi Al-Ibadat va Al-Moa'melat and Transactions, Cairo, Al-Qur'an Library [In Arabic].
- Al-Khonin, Abdullah bin Muhammad, (2009) Al-Khol' by the Request of a Wife for Lack of Intimacy, Riyadh, Dar Ibn Farhoun [In Arabic].
- Ardabili, Ahmed bin Mohammad, Zabdeh al-Bayan fi Akhmat al-Qur'an, Tehran, Al-Mortazawieh School [In Arabic].
- Ashqar, Omar Suleiman, (2015) Al-Vazeh fi Sharh Al-Qanun of Al-Ahval Al-Shakhsia No. 36, Jordan, Dar Al Nafais [In Arabic].
- Bahrani, Yusuf, (1984) Al-Hadaiq al-Nadrah in Akhmat al-Atrah al-Tahirah, Qom, Islamic Publications Office [In Arabic].
- Bahrul Uloom, Ezzeddin, Bohoth Al-Feqhiyyah, Qom, Al-Manar Institute. [In Arabic].
- Benassi, Shoghi, (2008). "Divorce without the Consent of the Husband in Islamic Jurisprudence and the Algerian Law of Marriage and the Law of Marriage", Algerian Journal for Legal Sciences and Economics and Politics, Vol. 45, No. 2 [In Arabic].
- Berishi, Ismail, (2009). "Al-Qada'i between Islamic Jurisprudence and the Jordanian Law of Personal Status", Al-Jordaniyah Journal in Islamic Studies, V. 5, Issue 4 [In Arabic].
- Buhuti Hanbali, Mansour, (1989). Sharh Mantahi al-Iradat al-Msami Munakt Uli al-Nahi for Shahrh al-Muntahi, Beirut, Alam al-Katb [In Arabic].
- Davodi, Karim, (2016). "Reza al-Husb fi al-Makhali'a bein Al-Sharia va Al-Qanun Algerian ", Al-Hadarah al-Islamiya Journal, Vol. 17, No. 29 [In Arabic].
- Faiz Kashani, Hilmasan, (1985). Al-Wafi, Isfahan, Amir al-Momenin Library [In Arabic].
- Faiz Kashani, Hilmasan, (1997). Al-Nakhba fi al-Hikma al-Amaliya and al-Ahakam al-Sharia, Tehran, Publishing Center of Islamic [In Arabic].
- Fazel Lankarani, Mohammad, (2004). Jame' Al-Masal, Qom, Amir al-Alam Publishing [In Arabic].
- Fazil Moqdad, Moqdad bin Abdullah, (2004). Kenz al-Irfan fi Fiqh al-Qur'an, Qom, Mortazavi Publications [In Arabic].
- Formerly, Sayyid, (1969). Fiqh al-Sunnah, Beirut, Dar al-Kitab al-Arabi [In Arabic].
- Ghazali, Mohammad, (2005). Human Rights between the Teachings of Islam and the Declaration of the United Nations, Cairo, Nahda Misr for printing, publishing [In Arabic].
- Ghitabi Hanafi, Abu Muhammad, (1420 AH). Al-Baynah fi Sharh Al-Hidayah, Beirut, Dar Al-Kutub Al-Alamiya [In Arabic].
- Hedayat Nia, Farajullah, (2011). "Examining the Limits of the Husband's Authority in Divorce", Fiqh and Family Law Journal, No.56 [In Persian]

- Hekmatnia, Mahmoud, et al., (2008). *Philosophy of Family Law: Principles and Rules*, Tehran, Public Relations of the Social Cultural Council of Women and Family (in Persian).
- Helli, Hassan bin Yusuf, (1968). *Tazkerat Al-Foqaha*, Qom, Al-Bayt Institute [In Arabic].
- Helli, Hassan bin Yusuf, (1992). *Mokhtalef Al-Shi'ites fi Al-Ahkam Al-Saria'a*, Qom, Islamic Publications Office (in Arabic).
- Hisher, Hagar, (2014). "Haq al-marah fi al-talaq", *Al-Siyaseh and Al-Qunun magazine*, issue 10 [In Arabic].
- Horr Ameli, Muhammad bin Hassan, (1988). *Vasael Al-Shi'ite Fi Tashri' Al-Masae'l Al-Shari'ah*, Qom, Al-Bayt Institute (in Arabic).
- Ibn Hajar Asqlani, Ahmed bin Ali, (2005). *Fath al-Bari fi Sharh Sahih al-Bukhari*, Riyadh, Dar al-Taiba [In Arabic].
- Ibn Hamzah, Muhammad bin Ali, (1987). *Al-Wasilah al-Nil al-Fadilah*, Qom, Ayatollah Murashi Najafi Library Publications [In Arabic].
- Ibn Hazm, Ali Ibn Ahmad, (1933). *Al-Mahalli Bal-Atar*, Egypt, Al-Muniriyeh edition [In Arabic].
- Ibn Majah, Muhammad ibn Yazid, Sunan Ibn Majah, Beirut, Revival of Al-Kitab al-Arabiya [In Arabic].
- Ibn Qudama, Abdullah bin Ahmad. *Al-Mughani*, Cairo, Al-Cairo school [In Arabic].
- Ibn Rushd, Muhammad bin Ahmad, (1995). *Be-daiat Al-Mujtahad and Nahaiat Al-Maqtasad*, Beirut, Dar al-Fekr [In Arabic].
- Ibn Zohra, Hamza bin Ali, (1996). *Ghaniyyah al-Nizwa al-Ilami al-Asul wa al-Faroo*, Qom, Institute of Imam Sadiq [In Arabic].
- Imami, Seyed Hassan, (2022). *Civil Law*, Tehran, Islamic Publications [In Persian].
- Jabai Ameli (the second martyr), Zain al-Din bin Ali, (1989). *Al-Rawza al-Bahiyyah in Sharh al-Lama' al-Damashqiyya*, Qom, Davari bookstore [In Arabic].
- Jabai Ameli (the second martyr), Zain al-Din bin Ali, (1993). *Masalak al-Afham Ela Tanqih Al-Sharai' Al-Islam*, Qom, Institute of Al-Maarif al-Islamiya [In Arabic].
- Jaziri, Abd al-Rahman, (2003). *Fiqh Ali al-Mahabh al-Araba*, Beirut, Dar al-Kutub al-Alamiya [In Arabic].
- Jozjani, Abu Othman, (1982). *Al-Tafseer Man Sunan Saeed Ibn Mansoor*, India, Dar al-Salfiyya [In Arabic].
- Kashkul, Mohammad Hassan; Saidi, Abbas, *Description of the Iraqi Personal Status Law No. 188*, Baghdad, Al-Maktabeh al-Qanuniyyah [In Arabic].
- Katouzian, Nasser, (2015). *Civil rights: Family*, Tehran, publishing company [In Persian].
- Khansari, Seyyed Ahmad, (1984). *Jame al-Madarak fi Sharh Al-Mokhtase Al-Nafi'*, Qom, Ismailian Institute [In Arabic].
- Khoei, Saydabul al-Qasim, (1989). *Minhaj al-Salehin*, Qom, Madinah Al-Alam publication [In Arabic].
- Khomeini, Seyed Ruhollah, *Tahrir al-Wasilah*, Qom, Dar Al-E'lm Press Institute [In Arabic].
- Malik bin Anas, Ibn Amer, (1994). *Al-Maduna Al-Kabari*, Beirut, Dar Al-Katb Al-Alamiya [In Arabic].
- Marafet, Mohammad Hadi, (2010). "Women in the eyes of the Qur'an and in the culture of the time of descent (2)", *Journal of Qur'anic Research*, Vol 7, No.27 [In Persian].
- Mehrpour, Hossein, (2000). "Jurisprudential Analysis of the Situation of Deceased Man and Woman in Divorce", *Nam-e-Mofid Journal*, No. 21 [In Persian].



- Mohaghegh Damad, Mustafa, (2007). Jurisprudential review of family law - marriage and its dissolution, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center [In Persian]
- Mohammad al-Shaer, Naser al-Din, (2010). "Mashrouiyyah Khul'a and Sahib al-Haq fiyyah between the text and jurisprudence and jurisprudence", Al-Jordaniyah magazine in Islamic studies, Vol.6, No.4 [In Arabic].
- Mostrihi, Mohammad Ahmad, (2019). "Al-Khl'a al-Riza'i and Al-Ahkama in Islamic Jurisprudence and the Jordanian Law of Personal Status "Comparative Study"", Journal of Studies: Islamic Sciences and Law, Vol.46, No.1 [In Arabic].
- Motahari, Morteza, Jurisprudence and Law (collection of works), Tehran, Sadra Publishing House [In Persian]
- Mughniyeh, Mohammad Javad, Fiqh al-Imam al-Sadiq, Kitab al-Talaq, Qom, Ansarian Institute [In Arabic].
- Muhaddith Nouri, Hossein bin Muhammad, (1987). Mustardak al-Wasil and Mustanbat al-Masal, Qom, Al-Al-Bait Institute [In Arabic].
- Mutawa, Amir Mohammad, (2016). Disruption between Shari'ah and Law, Egypt, Center for Research and Islamic Studies [In Arabic].
- Najafi, Mohammad Hassan, (1983). Jawaharlal Kalam in the interpretation of the laws of Islam, Beirut, Dar Ahyaya al-Tarath al-Arabi. [In Arabic].
- Qomi, Mirza Abul Qasim, (2006). Al-Mirza al-Qami's letters, Qom, Islamic Propaganda Office. [In Arabic].
- Rashidreza, Mohammad, (1990). Tafsir al-Manar, Cairo, Al-Masriyyah al-Masriyyah al-Katab [In Arabic].
- Razavi, Seyyed Mohammad; Razavi, Seyyed Ali, (2016). "The Extent of the Permissibility of Azl in the Assumption of Infidelity and its Effect on the Legal Relations of Couples", Women's Research Journal, No, 2 [In Persian]
- Sabouni, Abdurrahman, (1994). Description of the Al-Ahwal al-Al-Souri law, Damascus, Damascus community charters.
- Sanani, Abdul Razzaq, (1982). Al-Musnaf Fi Ahadith and Al-Athar, India, Majlis Al-Alami. [In Arabic].
- Sarghsi, Muhammad bin Ahmad, (1993). Al-Mas-sut, Beirut, Dar Al-Marafa. [In Arabic].
- Saudawi, Sediq, (2011). "Changes in the origin of consent according to the Algerian judicial ijthad in divorce with divorce", Journal of Research and Legal and Political Studies, Volume 1, Number 1
- Shabiri Zanjani, Seyed Moussa, (1999). Book of Marriage, Qom, Rai Pardaz Research Institute. [In Arabic].
- Shafi'i, Muhammad bin Idris, (1973). Al-Alam, Beirut, Dar al-Marafa. [In Arabic].
- Sistani, Seyed Ali, (1997). Minhaj al-Salehin, Qom, office of Hazrat Ayatollah Sistani. [In Persian]
- Sobhani Tabrizi, Jafar, (1996). Nizam al-Nakah fi al-Sharia al-Islamiyya al-Ghara, Qom, Imam Sadiq Institute. [In Persian]
- Tabarsi, Amin al-Islam, (1995). Al-Bayan Forum in Tafsir al-Qur'an, Beirut, Al-Alami Press Institute.
- Tabatabai, Mohammad Hossein, (1367). Translation of Tafsir al-Mizan, translated by Nasser Makarem Shirazi and others, Qom, Allameh Tabatabai Scientific and Cultural Foundation. [In Persian]
- Tabatabayi, Seyyed Ali, (1998). Riyad al-Masail, Qom, Al-Bayt Institute, peace be upon them. [In Persian]
- Tarihi, Fakhr al-Din, (1996). Bahrain Assembly, Tehran, Mortazavi bookstore. [In Arabic].



- Tawahrieh, Kameleh, (2015). "The Rules of Divorce in Islamic Jurisprudence and Algerian Law", Al-Ma'yar Magazine, Volume 20, No, 39 [In Arabic].
- Tousi, Mohammad bin Hassan, (1967). Al-Masut fi fiqh al-Imamiyah, Tehran, Al-Murtazawieh Library [In Arabic].
- Tousi, Muhammad bin Hassan, (1979). Al-Nahiya fi majart al-fiqh and al-fatawi, Beirut, Dar al-Kitab al-Arabi [In Arabic].
- Tousi, Muhammad bin Hassan, (1981). Al-Khalaf, Qom, Islamic Publications Office [In Arabic].
- Yazidi Tabatabayi, Seyyed Mohammad Kazem, (1414 AH). Takmela al-Arwa al-Wathqi, Qom, Davari bookstore. [In Arabic].
- Zibari, Amer Saeed, (1987). Rulings of Khula in Shari'ah al-Islamiyya, Beirut, Dar Ibn Hazm [In Arabic].
- Zilai Hanafi, Jamal al-Din, (1998). Installation of al-Raya for hadiths of al-Hidaya with the cover of Baghey al-Ma'i in Takhrij al-Zai- lei, Beirut, Al-Ryan Institute for Printing and Publishing. [In Arabic].
- Zilai Hanafi, Jamal al-Din, (1895). Explanation of the truths of the commentary of Kunz al-Daqaeq and Hashiyyah al-Shalabi, Cairo, Al-Muttabah al-Kubra Amiriyya [In Arabic].
- Zubaydi, Morteza, (1993). Taj al-Arus Man Javaher al-Qamoos, Beirut, Dar al-Fakr Publication [In Arabic].



## Original Article

# The Role of Neuterization in the Welfare of Urban Animals, Comparative Study of Iran, Europe, Latin America

Shima Arab Asadi <sup>\*1</sup>, Nafise Maktabi <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

<sup>2</sup> PhD student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.10.1](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.26226.1571)



10.22080/LPS.2023.26226.1571

### Received:

August 28, 2023

### Accepted:

October 20, 2023

### Available online:

November 28, 2023

### Keywords:

Neuterization, Animal Rights, Animal Welfare, Urban Animals, Birth Control, Free Dogs

## Abstract

Some ethicists believe that the philosophy of animal rights considers the sterilization/neuterization of animals as a violation of the principle of respect for them, and therefore Trap-Neuter Return (TNR) programs are also impermissible. Because it seems that this act violates the natural rights and freedoms of animals including the right to reproduce. This article, with descriptive-analytical method, aims to investigate the impact of neuterization on the welfare of urban animals by referring to the theoretical foundations of animal rights and welfare, while describing the laws and executive procedures in the countries under discussion. In response, the present research shows that the approach of animal welfare under certain conditions considers it justifiable to harm some animals (human or non-human) in order to prevent further harm to others. Based on the philosophy of animal rights, causing less harm to some animals to prevent more harm to others, as envisioned in TNR programs, is more compatible with considering the intrinsic value of both categories. Neutered urban animals can be accepted while they have value in their own right. The experience of European and Latin American countries also confirms this opinion. Although the methods of the pioneering countries are implemented to some extent in Iran, in Iran, TNR programs in line with animal welfare has received less attention. The purpose of this article is to investigate the legitimacy and then the impact of neuterization on the welfare of urban animals with descriptive-analytical method, while describing the laws and enforcement procedures in the countries under discussion. The method is to collect library and field materials (interview), during which the existing problems will be examined and suggestions will be made to solve them based on successful measures. As a result, first the concept of animal welfare and the related approaches, the advantages and disadvantages of neuterization will be described and then the experience of the countries in question will be discussed.

\*Corresponding Author: Shima Arab Asadi

Address: Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: [Sh.arabasadi@umz.ac.ir](mailto:Sh.arabasadi@umz.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Some ethicists believe that the philosophy of animal rights considers the sterilization/neuterization of animals as a violation of the principle of respect for them, and therefore Trap-Neuter Return (TNR) programs are also impermissible. Because it seems that this act violates the natural rights and freedoms of animals. In response, the present research shows that the approach of animal welfare under certain conditions considers it justifiable to harm some animals (human or non-human) in order to prevent further harm to others. Based on the philosophy of animal rights, causing less harm to some animals to prevent more harm to others, as envisioned in TNR programs, is more compatible with considering the intrinsic value of both categories. Neutered urban animals can be accepted while they have value in their own right. The experience of European and Latin American countries also confirms this opinion. Although the methods of the pioneering countries are implemented to some extent in Iran, in Iran, TNR programs in line with animal welfare has received less attention.

### 2. Method

The purpose of this article is to investigate the legitimacy and then the impact of neuterization on the welfare of urban animals with descriptive-analytical method, while describing the laws and enforcement procedures in the countries under discussion. The method is to collect library and field materials (through interviews), during which the existing problems will be examined and suggestions will be made to solve them, based on the successful measures taken in pioneering countries. As a result, first the concept of animal welfare and its related

approaches, the advantages and disadvantages of neuterization will be described and then the experience of the countries in question will be discussed.

### 3. Results

From the point of view of animal rights, Neuterization restricts the right of animals to reproduce. However, if there are no other reasonable options, preventing the birth of unwanted animals can better guarantee the well-being of both animal and human populations.

Of course, the use of Neuterization methods in population control should be accompanied by evidence that shows that this method is effective in the target area and is carried out with adequate veterinary standards, pain management and nursing care. The experience of the pioneering countries in the field of animal rights protection shows that nowadays sterilization has become one of the realistic and fruitful solutions for the welfare of urban animals. Comparative studies in Europe and Latin America show the effectiveness of this method in the long term.

The practical experiences of countries and the theoretical foundations of animal welfare indicate that in situations where idealism is not possible and animals are under threat, it is better to understand the current reality and look for the best solution instead of proposing idealistic ideas. In this situation, the difference between the terms animal rights and animal welfare can be understood. Reproduction is an animal's right; Neuterization is a factor to ensure the animal's well-being. In this way, the birth of animals that may die a few days after birth will be prevented, otherwise they will be sick all their life or hunger and thirst will cause their death. In fact, by neutering

an urban animal, future suffering and pain is prevented. On the other hand, by comparing extermination and Neuterization, it is easy to choose Neuterization as a more humane method.

#### **4. Conclusion**

Living animals cannot be deprived of life, but preventing the unwanted birth of animals makes these animals suffer less painful deaths. It should also be seen whether the animal can live comfortably and without pain after Neuterization. Therefore, one should not only think about preventing the increase in the population of urban animals, but also pay attention to their well-being and comfort during their lifetime. Comparative studies in Europe and Latin America show the effectiveness of this method in the long term.

Although the methods of the pioneering countries are implemented to some extent in Iran under the guidelines for controlling the population of stray dogs; However, in Iran, the Neuterization programs in line with animal welfare has received less attention. In addition, in Iran's legal system, there are no protective laws based on the welfare of animals and the criminalization of certain acts against

them. Despite the legal gap and many restrictions, several non-governmental organizations and shelters have been established in Iran, which support the rights of urban animals and strive for vaccination, treatment, Neuterization and care for them. Nevertheless, it should be noted that protecting the rights and welfare of animals in Iran requires the provision of more progressive legal and organizational arrangements, which hopefully will be realized in the near future with the efforts of the civil society and the government.

#### **Funding**

There is no financial support for this research.

#### **Authors' contribution**

The authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. The authors approved the content of the manuscript and agreed on all legal aspects of the research.

#### **Conflict of interest**

The authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper.

علمی پژوهشی

# جایگاه عقیم‌سازی در رفاه حیوانات شهری؛ بررسی تطبیقی حقوق ایران، اروپا، امریکای لاتین

شیما عرب اسدی<sup>۱\*</sup>، نفیسه مکتبی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابل‌سر، ایران.  
<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.10.1](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.26226.1571)



10.22080/LPS.2023.26226.1571

## چکیده

برخی از اخلاق‌گرایان عقیده دارند که فلسفه حقوق حیوانات، عقیم‌سازی/خنثی‌سازی حیوانات را ناقض اصل احترام به حقوق آنان می‌داند و بنابراین برنامه‌های کنترل مولید (TNR) نیز غیرمجاز هستند؛ چرا که به نظر می‌رسد این عمل ناقض حقوق و آزادی‌های طبیعی حیوانات، از جمله حق بر تولیدمثل است. مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی در صدد آن است که با استناد به مبانی نظری حقوق و رفاه حیوانات، تاثیر عقیم‌سازی در رفاه حیوانات شهری را ضمن شرح قوانین و رویه‌های اجرایی در کشورهای مورد بحث، بررسی نماید. روش گردآوری مطالب کتابخانه‌ای و میدانی (مصاحبه) است که طی آن معضلات موجود بررسی و پیشنهاداتی برای رفع آن براساس اقدامات موفقیت‌آمیز ارائه خواهد شد. بر این اساس ابتدا مفهوم حقوق و رفاه حیوانات، رویکردهای مبتنی بر آن‌ها، و مزایا و مضرات عقیم‌سازی شرح داده شده و سپس به تجربه کشورهای مورد نظر پرداخته خواهد شد. نتایج پژوهش حاضر نشان می‌دهد که رویکرد رفاه حیوانات تحت شرایط خاصی، صدمه زدن به برخی از حیوانات (انسانی یا غیرانسانی) را قابل توجیه می‌داند، تا بدین وسیله از آسیب بیشتر به دیگران جلوگیری شود. از دیدگاه رفاه حیوانات، ایجاد آسیب کمتر به برخی از حیوانات برای جلوگیری از آسیب بیشتر به دیگران، همان‌گونه که در برنامه‌های TNR پیش‌بینی شده است، با در نظر گرفتن ارزش ذاتی هر دو دسته سازگارتر است. تجربه کشورهای اروپایی و امریکای لاتین نیز تصدیق می‌نماید که عقیم‌سازی امروزه به یکی از راهکارهای واقع‌گرایانه و نتیجه‌بخش در تامین رفاه حیوانات شهری بدل شده است. در ایران، نظام‌مندی برنامه‌های کنترل مولید در راستای رفاه حیوانات کمتر مورد توجه بوده است، اگرچه در دستورالعمل کنترل جمعیت سگ‌های ولگرد ابلاغی از سوی سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور و در عملکرد داوطلبانه‌ی پناهگاه‌های حیوانات به لزوم عقیم‌سازی حیوانات توجه شده است.

تاریخ دریافت:

۰۶ شهریور ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۲۸ مهر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۰۷ آذر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

عقیم‌سازی، حقوق حیوانات، رفاه حیوانات، حیوانات شهری، کنترل مولید، سگ‌های آزاد

\* نویسنده مسئول: شیما عرب اسدی

ایمیل: [Sh.arabasadi@umz.ac.ir](mailto:Sh.arabasadi@umz.ac.ir)

آدرس: گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،

دانشگاه مازندران، بابل‌سر، ایران.

## ۱ مقدمه

حیوانات شهری حیواناتی هستند که آزادانه در سطح شهر زندگی می‌کنند مانند انواع سگ، گربه و پرندگان. این حیوانات سرگردان و بدون پناهگاه و محل سکونت معین هستند و معمولاً از زباله و پسماندها تغذیه می‌کنند و به یکی از اجزای جدایی‌ناپذیر زندگی ما انسان‌ها تبدیل شده‌اند. آن‌ها خودشان را با طبیعت زندگی شهری وفق داده و برای بقا در همین شرایط خودشان را منطبق کرده‌اند. امروزه شاهد افزایش جمعیت حیوانات شهری هستیم در حالی که این حیوانات از حداقل استانداردهای نگهداری و رفاه نیز برخوردار نیستند. (khoshyari & majdi, 2013: 7)

حیوانات شهری، می‌توانند در محیط‌های شهری، پیرامون سکونتگاه‌های انسانی زندگی و رشد کنند. برخی از این حیوانات، هم‌زیست انسان<sup>۱</sup> هستند، از نظر بوم‌شناختی با آنها مرتبط‌اند و حتی تکامل یافته‌اند تا کاملاً به زیست‌گاه‌های انسان وابسته شوند به گونه‌ای که برای مثال برخی از آنها نمی‌توانند در زمستان خارج از پناهگاه‌هایی که توسط سکونتگاه‌های انسانی ارائه می‌شوند زنده بمانند. (Aronson et al., 2014: 2). به عنوان مثال، امروزه جمعیت جهانی سگ‌ها حدود ۷۰۰ میلیون تا یک میلیارد قلاده تخمین زده می‌شود این تعداد شامل کل جمعیت سگ‌های جهان است (Belsare & Vanak, 2020: 1). از این میان، تقریباً ۷۵٪ از جمعیت سگ‌های جهان، سگ‌های بلاصاحب و آزاد هستند و بیشتر در آمریکای لاتین، آفریقا و آسیا

زندگی می‌کنند. (Mondal et al., 2023: 1) حیوانات آزاد شهری، اغلب به دلیل کمبود منابع و یا مراقبت‌های لازم برای حفظ هر یک از پنج آزادی خود، از نظر بهداشت و رفاه بسیار ضعیف هستند. به علاوه، ممکن است آنها در انتقال بیماری تهدید قابل توجهی برای سلامتی انسان باشند. پنج آزادی مذکور شامل موارد ذیل است:

۱. آزادی از گرسنگی و تشنگی، تأمین کافی آب و غذا برای حفظ سلامتی و انرژی.
  ۲. رهایی از رنج با فراهم آوردن محیط مناسب.
  ۳. رهایی از درد، آسیب و بیماری و تشخیص سریع و بهبودی.
  ۴. آزادی بیان رفتار طبیعی، فضای کافی، امکانات صحیح و نزدیکی یک گروه مناسب از نوع حیوان.
  ۵. رهایی از ترس و پریشانی، جلوگیری از رنج روحی با اطمینان از شرایط مناسب و درمان (Gena, 2017: 377).
- به عنوان مثال، رشد کنترل نشده جمعیت سگ‌ها، به عنوان یکی از بارزترین مصادیق حیوانات شهری، می‌تواند تأثیر منفی بر سلامت عمومی و همچنین مشکلات اقتصادی اجتماعی، سیاسی و رفاهی فراوانی را برای محیط زیست انسانی و طبیعی به دنبال داشته باشد (Downes et al., 2011; OIE, 2016; Salamanca et al., 2009).
- خلاصه ای از مشکلات ناشی از سگ‌های آزاد شهری در جدول ۱ آورده شده است.

<sup>1</sup> Synanthrope



جدول ۱: - مشکلات مرتبط با سگ‌های آزاد شهری (Guseva, 2013)

عامل	سگ‌ها
سلامت عمومی ۱. زئونوز - انتقال بیماری ۲. بروز گزش	- ۱۰۰ بیماری مشترک بین انسان و دام شناسایی شده است که با درجه‌های مختلف شدت در موقعیت‌های مکانی گوناگون متفاوت است. - سگ‌ها ممکن است مسئول وقوع گزش باشند. - انتقال هاری
آلودگی محیطی	- رسوب دفع در نزدیکی یا در مناطقی که مردم در آن ساکن هستند. - آلوده کننده های احتمالی ژنتیکی جمعیت وحشی
عوامل مزاحم	- سر و صدا: پارس، زوزه، تعاملات تهاجمی - بو/زیبایی‌شناسی: علامت گذاری ادرار به صورت ارضی، آلودگی مدفوع و رسوب ادرار در حین دفع در محیط.
حیات وحش	- شکار پستانداران وحشی کوچکتر
خسارت به دارایی و دام	- در نتیجه حوادث - شکار حیوانات اهلی یا دام
رفاه حیوانات	- آسیب ناشی از تصادفات رانندگی - آسیب ناشی از تقابل تهاجمی در حین رقابت برای منابع محدود - سوءتغذیه به دلیل محدود بودن منابع غذایی مناسب - حساسیت به بیماری - روش‌های غیرانسانی در اقدامات کنترل سگ‌های سرگردان - آزار و اذیت / سوءاستفاده عمدی توسط اعضای جامعه

از حیث پیشینه پژوهشی، در منابع فارسی به مسئله عقیم‌سازی حیوانات از دیدگاه حقوقی و هم-چنین زیست‌شناختی پرداخته نشده است. به‌واقع یکی از دلایل اصلی پرداختن به این موضوع، خلاء ادبیات حقوقی موجود در این خصوص بوده است. در نوشتگان فارسی به موضوع حقوق حیوانات (به-ویژه با رویکرد تطبیقی) نیز چندان پرداخته نشده است و نویسندگان حقوقی به‌رغم تغییر دیدگاه جامعه، هم‌دلی لازم را نسبت به تولید ادبیات فارسی نشان نداده‌اند؛ و یا بهتر است بگوییم این موضوع در اولویت‌های پژوهشی حقوق‌دانان و پژوهشگران حقوقی ایرانی نبوده است. عمده منابع فارسی (کتاب) در حوزه حقوق حیوانات، ناظر بر حقوق حیوانات در منابع اسلامی بوده و مقالات فارسی موجود نیز عمدتاً به حقوق حیوانات از منظر اسلام یا فقه اسلامی اختصاص دارند. در سال‌های اخیر برخی از

در نتیجه‌ی موارد گفته شده، تهیه استراتژی‌های پایدار و طولانی مدت برای مقابله موثر با کنترل جمعیت حیوانات آزاد شهری نه تنها برای محافظت از انسان در تماس با آن حیوانات بلکه برای محافظت از سلامتی و رفاه خود حیوانات نیز ضروری است (WHO/WSPA, 1990; ICAM, 2007).

تمایز در مفاهیم حقوق حیوانات و رفاه حیوانات نشان می‌دهد که حقوق حیوانات امری ثابت و مربوط به همه‌ی حیوانات است اما رفاه حیوانات با توجه به نوع حیوان و شرایط زندگی وی تعیین می-شود. به‌طورمثال یکی از حقوق مسلم حیوانات حق زاد و ولد و تولید مثل است، اما در مورد حیوانات شهری، عقیم‌سازی، به معنی حذف منابع هورمون-های کنترل کننده تولید مثل، می‌تواند یکی از راه‌های تامین رفاه این حیوانات محسوب شود.

## ۲ حقوق حیوانات

از آنجایی که هدف مقاله حاضر بررسی جایگاه عقیم‌سازی در رفاه حیوانات شهری است، ضروری است پیش از تحلیل دو متغیر اصلی پژوهش یعنی عقیم‌سازی و رفاه حیوانات شهری، مبحث حقوق حیوانات که پیش‌زمینه فهم این اثرگذاری است مورد بررسی واقع شود. لازم به ذکر است موضوع رفاه حیوانات به موازات حقوق حیوانات و باهدف شناسایی راهکارهای متکثر در رفع نیازهای زیستی و حمایتی حیوانات مطرح شده‌است. به تعبیری این دو مفهوم در عین برخورداری از پیوندی وثیق، از یکدیگر متمایزند.

تمایز در مفاهیم حقوق حیوانات و رفاه حیوانات نشان می‌دهد که حقوق حیوانات امری ثابت و مربوط به همه‌ی حیوانات است، اما رفاه حیوانات با توجه به نوع حیوان و شرایط زندگی وی تعیین می‌شود.

حقوق حیوانات مکتبی است که در آن برخی یا تمام حیوانات غیرانسانی حق دارند موجودیت خود را در اختیار داشته باشند و باید ابتدایی‌ترین منافع آنها از جمله لزوم جلوگیری از رنج در نظر گرفته شود، همانند منافع مشابه انسان. حیوانات صرفاً «موجودات» جهان نیستند، بلکه از وجود خود آگاهی دارند و آنچه برایشان پیش می‌آید برای خودشان بس مهم است. به بیانی دیگر حیوانات موضوع حیات‌اند. مهم‌ترین رویکردهای حاکم بر فلسفه حقوق حیوانات «منفعت‌گرایی» و «حق محوری» است.

### ۲،۱ رویکرد حق محور

رویکرد «حق محور»، به فلسفه وجودی یک عمل و ذاتاً ممدوح بودن آن عمل بدون توجه به پیامدهای آن می‌نگرد و در این زمینه حیوانات را موضوعات حیات قلمداد می‌کند که باید دارای حقوقی باشند. مطابق رویکرد حق محور، تفاوتی میان انسان و حیوان وجود نداشته و این‌گونه اعلام شده است که این تفاوت‌ها تنها برای سوءاستفاده انسان از

کتاب مرجع در زمینه حقوق حیوانات، از جمله کتاب آزادی حیوانات نوشته پیتیر سینگر، از زبان اصلی به فارسی ترجمه شده است. با وجود این، در رابطه با عقیم‌سازی حیوانات و بررسی این موضوع با رویکرد حقوقی-تطبیقی نوشته‌ای به زبان فارسی موجود نیست.

مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی در صد آن است که با استناد به مبانی نظری حقوق و رفاه حیوانات، تاثیر عقیم‌سازی در رفاه حیوانات شهری را ضمن شرح قوانین و رویه‌های اجرایی در کشورهای مورد بحث، بررسی نماید. روش گردآوری مطالب کتابخانه‌ای و میدانی (مصاحبه) است که طی آن معضلات موجود بررسی و پیشنهادهای برای رفع آن براساس اقدامات موفقیت‌آمیز ارائه خواهد شد. در این راستا، این پژوهش در قالب چهار بخش می‌کوشد که ابتدا مبانی نظری و سپس تاثیر عقیم‌سازی در رفاه حیوانات شهری را از خلال تجربه اجرای برنامه کنترل موالید در کشورهای اروپایی و امریکای لاتین مورد بررسی قرار دهد. به‌واقع این پژوهش درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که آیا عقیم‌سازی ناقض حقوق حیوانات شهری است یا بالعکس راهکاری در جهت تامین رفاه آنان است؟ در این راستا ابتدا مبانی نظری موجود، اعم از مفهوم حقوق حیوانات و رفاه حیوانات و رویکردهای مبتنی بر آن، به بحث و بررسی گذاشته خواهد شد. در گام بعدی تعریف عقیم‌سازی، ضرورت، مزایا و روش‌های موجود به نظر مخاطبان خواهد رسید و سپس قوانین و رویه‌های اجرایی در کشورهای پیشگام اروپایی و امریکای لاتین از دیدگاه تطبیقی مورد بررسی واقع خواهد شد. در آخر تجربه کشور ایران در حمایت از حقوق و رفاه حیوانات از نظر خواهد گذشت. طی این بررسی‌ها معضلات موجود بررسی و پیشنهادهای برای رفع آن براساس اقدامات موفقیت‌آمیز ارائه خواهد شد.



### ۳ رفاه حیوانات

رفاه حیوان، وضعیتی است که تلاش می‌کند با ناملایمات محیط پیرامون مقابله کند (Broom, 1986:142). به این ترتیب، رفاه حیوان به خصوصیت هر حیوان مرتبط است، در حالی که حمایت از حیوان، فعالیت انسانی است (Broom & Fester, 2015: 108). به نظر می‌رسد منطقی‌ترین راه برای حفظ حقوق حیوانات، رعایت آسایش و رفاه این موجودات باشد. آسایشی که نه تنها سلامت جسمی حیوان را تامین می‌کند، بلکه سلامت روحی حیوان را هم مدنظر داشته و به آن توجه ویژه دارد (Vakil, 2020: 216).

رفاه حیوانات از جمله نگرانی‌های مهم و رو به رشد جامعه جهانی است که با همه‌ی حیوانات خصوصاً حیواناتی که تحت کنترل و مالکیت انسان-ها-به هر دلیلی- هستند، در ارتباط است. حیوانات موجوداتی حساس‌اند به این معنی که می‌توانند درد و پریشانی را حس کنند، قادر به آگاهی نسبت به محیط اطراف، روابط با حیوانات دیگر و انسان‌ها هستند. رفاه حیوان به معنی مقابله او با شرایط زندگی است. یک حیوان در صورتی دارای شرایط رفاهی مطلوب است که در محیطی سالم و راحت با تغذیه کافی و امن زندگی کرده و بتواند رفتارهای ذاتی خود را بروز دهد، همچنین رفاه حیوان شرایطی است که موجب رنج، درد و پریشانی آن نشود.

#### ۳٫۱ رویکردهای مبتنی بر رفاه حیوانات

رویکردهای موجود در تعریف رفاه حیوانات شامل رویکرد احساس<sup>۱</sup>، رویکرد عملکردی<sup>۲</sup> و رویکرد زندگی طبیعی<sup>۳</sup> هستند. مطالعه این سه روش و اولویت-های آنها هنگام تعریف رفاه حیوانات، به ما در شفافیت این مفهوم یاری می‌رساند.

حیوانات خلق شده است. در این راستا، با تکیه بر ارزش ذاتی حیوانات به مثابه فرد، بر این دیدگاه تاکید شده است که حیوانات باید فی نفسه و صرف نظر از فواید مستقیم و غیرمستقیم‌شان برای انسان دارای ارزش ذاتی بوده و همانند انسان مورد توجه ملاحظات اخلاقی قرار گیرند. در نتیجه، هدف و غایت نهایی این نظام فلسفی به طور کلی، نفی و ممنوع ساختن هر گونه استفاده از حیوانات است (See: Shahbazi, 2011: 34-42).

#### ۲٫۲ رویکرد منفعت‌گرایی

بر اساس رویکرد «منفعت‌گرایی»، برای تعیین اخلاقی بودن یک عمل، باید به میزان نفع و ضرری که آن عمل به اشخاص ذی‌نفع وارد می‌سازد، توجه داشت. اگر نتیجه نهایی سودمند باشد، عمل مزبور، عملی اخلاقی است و اگر نتیجه نهایی زیان آور باشد، عمل غیراخلاقی است. منفعت‌گرایی، اساساً در صدد برقراری نوعی توازن میان منافع است. البته نخستین مسئله این است که باید به منافع همگان توجه شود. به این ترتیب رنج و درد، برای همه رنج و درد است و این مهم نیست که مخاطب مستقیم آن کیست. صرفاً میزان درد است که به تفکیک بین دو طرف می‌انجامد. درخصوص حیوانات، هر روزی که می‌گذرد احتمال تضییع حقوق حیوانات بیشتر می‌شود، زیرا بشر با حکومت ستمگرانه خویش، آنها را از حقوقی که داشتند محروم می‌سازد. در حالی که مسئله‌ی اصلی در مواجهه با حقوق حیوانات توجه به این نکته است که آنان نیز آسیب‌پذیرند. علت آن نیز برخورداری حیوانات از هوشیاری یا خودآگاهی و ظرفیت استدلال است، به طوری که مدافعان این رهیافت معتقدند حقوق اخلاقی حیوانات به هیچ وجه از حقوق انسان کمتر نیست (See: Shahbazi, 2011: 31-33).

<sup>3</sup> The natural living approach

<sup>1</sup> The feeling approach

<sup>2</sup> The functional approach



### ۳/۱/۱ رویکرد احساس

بر اساس رویکرد احساس، فقط انسان‌ها حساس نیستند، حیوانات نیز چنین قابلیت دارند. در قلمرو اخلاق حیوانات، مفهوم احساس در ارزیابی کیفیت زندگی حیوانات نقشی حیاتی دارد و به عنوان یک معیار نمی‌توان آن را نادیده گرفت، زیرا از مجموعه‌ای از عناصر اساسی مانند درد، گرسنگی، ناامیدی و غیره تشکیل شده است.

بهبزستی اصطلاحی گسترده است که حیوانات را هم از نظر جسمی و هم از نظر روحی در نظر می‌گیرد. بنابراین، هر تلاشی برای ارزیابی رفاه باید مدارک علمی موجود در مورد احساسات حیوانات را در نظر بگیرد که می‌تواند از ساختار و عملکرد و همچنین از رفتار آن‌ها ناشی شود. این رویکرد به جنبه‌های روان‌شناختی رفاه حیوانات، و همچنین احساس و عواطف به عنوان دو عنصر حیاتی در در نظر گرفتن کیفیت زندگی حیوانات اهمیت می‌دهد. دانکن می‌گوید: نه سلامتی، نه استرس و نه وضعیت جسمانی متناسب، هیچ یک لازم و کافی نیست تا بتوان نتیجه گرفت که حیوانات از رفاه خوبی برخوردار هستند. رفاه به آنچه حیوانات احساس می‌کنند وابسته است (Brambell, 1965: 209).

رویکرد احساس ادعا می‌کند بدون شک انواع خاصی از حیوانات از نظر احساس و عواطف قادر به داشتن تجربیات ذهنی هستند. این دیدگاه رفاه را به تجربه ذهنی حیوانات محدود می‌کند. به نظر می‌رسد برخی از دانشمندان امور بهداشت حیوانات این عقیده را دارند که عملکرد بیولوژیکی مناسب برای حیوانات حساس به خودی خود مهم است. بنابراین، رویکرد احساسی حالات روحی حیوانات را جدی گرفته است و از این منظر، به نوبه خود با نگرانی برای رفاه حیوانات ارتباط نزدیک دارد. با توجه به این موضوع، باید از سلامتی، فیزیولوژی، رفتار و احساسات حیوانات مراقبت شود. کیفیت زندگی حیوانات ممکن است منافع جزئی را برای حیوانات فراهم کند، اما برای محافظت کامل از رفاه آن‌ها

کافی نیست. البته از سویی دیگر، استفاده از این اصل در عمل ممکن است به عواقب غیر منطقی و نامطلوبی نیز منجر شود (Fraser, 1997: 187).

### ۳/۱/۲ رویکرد عملکردی

رویکرد عملکردی بر عملکردهای بیولوژیکی حیوانات تأکید دارد. در این زمینه، رشد، تولید مثل، بیماری‌ها، سوءتغذیه و صدمه به حیوانات عواملی حیاتی تلقی می‌شود. به گفته بروم، «رفاه [ضعیف] در شرایطی اتفاق می‌افتد که وضعیت جسمانی متناسب افت کرده و یا نشانه‌های روشنی از افت آن وجود دارد.» (Broom, 1991: 4167). مک گلون معتقد است که «یک حیوان تنها در شرایطی در رفاه ضعیفی به سر می‌برد که سیستم‌های فیزیولوژیکی تا حدی مختل شوند که بقا یا تولید مثل با خطر و مشکل مواجه شود.» (Kennedy, 1992: 331).

با موضع‌گیری در برابر رویکرد احساس، دانشمندان تجربه ذهنی را کنار گذاشته و سوالاتی را درباره کاربرد عملی آن مطرح کرده‌اند. در راستای این اعتقاد، برخی از متفکران استدلال کردند که تجربه ذهنی حیوانات را نمی‌توان از نظر علمی بررسی کرد، همچنین این امر به طور مستقیم قابل مشاهده نیست.

دانشمندان، با توجیه اعتبار رویکرد عملکردی، استدلال می‌کنند که هیچ مشکلی در مطالعه عملکرد به جای احساس وجود ندارد، زیرا این دو مفهوم از نزدیک با یکدیگر ارتباط دارند (Fraser, 1997: 187). این بحث توسط باکستر (۱۹۸۳) ارائه شده است که سعی در نشان دادن رابطه بین احساسات ذهنی حیوانات، بهره‌وری کشاورزی و «تناسب بیولوژیکی» (تناسب تولید مثل) آن‌ها داشت. وی در این رابطه می‌گوید: «شرایط زندگی توسط گرسنگی، تشنگی، ناامیدی جنسی، دل‌زدگی، و شرایط جسمی نامطلوب و بسیاری از تجربیات دیگر تعیین می‌شود.» وی همچنین اظهار داشت که تجربیات ذهنی نمایشی روان‌شناختی از ویژگی‌های زیست‌شناختی حیوانات است. وی ارتباطی بین عملکرد بیولوژیکی و احساس ذهنی ایجاد کرده است، اما آن را در رابطه با مزایای



در نهایت می‌توان گفت که رفاه واقعی حیوانات باید هم‌زمان بر هر سه عامل تأکید داشته باشد، احساس، عملکرد و زندگی طبیعی. در تعریف ایده‌آل باید بر غذای مناسب، سلامتی، آسایش، ایمنی، بیان رفتار طبیعی آن‌ها و به طور قابل قبول، آزادی از حالات روحی دردناک تأکید شود.

## ۴ عقیم‌سازی: ضرورت و روش‌ها

عقیم‌سازی<sup>۱</sup> حیوانات به روش‌های مختلفی گفته می‌شود که باعث می‌شود یک حیوان به طور دائم قدرت تولید مثل خود را از دست بدهد. منظور از عقیم‌سازی (خنثی‌سازی) حذف منابع هورمون‌های کنترل کننده تولید مثل است. به بیان ساده‌تر، سلب قابلیت تولید مثل از حیوان زنده. بر اساس رویکرد حق‌محور، حیوانات دارای ارزش ذاتی‌اند و یکی از حقوق طبیعی حیوانات شهری حق تولیدمثل است. با تکیه بر چنین رویکردی، عقیم‌سازی نیز خلاف حق حیوان و ممنوع است. بنابراین باید تمام حیوانات شهری را درمان، انگل‌زدایی و واکسینه نمود، به تامین آب و خوراک آنان پرداخت و از هرگونه آسیب و آزار آنان اجتناب نمود. مطابق رویکرد پراگماتیستی (عمل‌گرایی)<sup>۲</sup>، حیوانات قطعاً دارای حقوق هستند اما در عوض آرمان‌گرایی آنچه اکنون با امکانات و بودجه کنونی امکان‌پذیر و عملی است بهتر است اجرا شود. تامین حقوق حیوانات شهری مستلزم نیروی کار بسیار و هم‌چنین بودجه‌ی هنگفت است. افزایش جمعیت حیوانات شهری باعث افزایش تعداد حیواناتی است که از حداقل رفاه هم برخوردار نیستند. بنابراین اولویت با عقیم‌سازی حیوانات شهری موجود است که واقع‌گرایانه‌تر بوده و رفاه حیوانات شهری را تضمین می‌نماید.

نتیجه نهایی آن اثبات می‌شود. بر این اساس فلسفه پراگماتیستی از هدف‌های نظری خالی است و بیشتر به عمل توجه دارد.

بهره‌وری کشاورزی ارائه داده است (Baxter, 1983: 207).

بنابراین، هرچند رفاه حیوانات بدون در نظر گرفتن جنبه‌های روان‌شناختی موجودات حیوانی غیرممکن است؛ با این حال، برخی از استدلال‌های رویکرد عملکردی قانع‌کننده‌تر به نظر می‌رسند، زیرا سعی می‌کند هر دو جنبه ذهنی و جسمی را در دستیابی به نوع متعادل رفاه حیوانات لحاظ کند.

### ۳،۱،۳ رویکرد زندگی طبیعی

رویکرد زندگی طبیعی این دیدگاه را دارد که حیوانات باید بر اساس رفتار و نگرش طبیعی خود، خصوصاً در استفاده و رشد توانایی طبیعی سازگاری، برای زندگی بررسی شوند. از این نظر، کیلی-وورتینگتون معتقد است که «اگر ما به تکامل ایمان داشته باشیم پس از آن برای جلوگیری از رنج، لازم است که حیوان برای مدت زمانی تمام رفتارهای موجود در زیستگاه خود را انجام دهد.» (Kiley-Worthington, 1989: 323). درست است که همه حیوانات از طریق یک روند تکاملی طبیعی و در زیستگاه‌های طبیعی خود رشد کرده‌اند. با این حال، مشکل این است که عادات زندگی حیوانات طی فرایند تکامل تغییر کرده‌است. در مورد حیوانات اهلی، که قبلاً قبل از اهلی شدن از کنترل انسان آزاد بودند، دشوار است بپذیریم که اگر در یک محیط طبیعی زندگی آزادانه داشته باشند، وضعیت بهتری دارند. آن‌ها در تلاش برای سازگاری مجدد با «زیستگاه طبیعی» خود، مجبورند با دشواری‌های شدید روبرو شوند. در محیط داخلی حداقل از تغذیه، بهداشت و مراقبت برخوردارند. حیوانات اهلی به دلیل فرآیند اهلی‌سازی، از حیث مختلف با حیوانات دیگر متفاوت هستند. بنابراین، اجرای این روش منجر به افزایش رفاه برخی از حیوانات، به ویژه حیوانات خانگی نمی‌شود (Price, 1984: 32).

<sup>۱</sup> Neutering

<sup>۲</sup> مباحث نظری جریان پراگماتیسمی کم‌تر از رویکردهای دیگر است. در فلسفه ی پراگماتیسم، انطباق با واقعیت عینی از اهمیت چندانی برخوردار نیست و حقیقت هر چیز به وسیله

مشکلات فراوانی را برای محیط زیست انسانی و طبیعی به دنبال داشته باشد. لذا عقیم‌سازی به عنوان یکی از اصلی‌ترین راه‌حل‌های کنترل جمعیت حیوانات شهری و افزایش رفاه آنها در کشورهای مختلف جهان از دیرباز مورد توجه قرار گرفته است.

#### ۴/۱ ضرورت

به‌طور کلی، مزایای عقیم‌سازی ضرورت آن را توجیه می‌کند. مهم‌ترین مزیت عقیم‌سازی جلوگیری از تولید مثل ناخواسته و افزایش جمعیت حیوانات است. همچنین تولید مثل دارای خطرات بالقوه‌ی فیزیکی است که با عقیم‌سازی می‌توان مانع آن شد. به عنوان مثال، سگ‌ها در هر دو جنس نر و ماده در معرض ابتلا به بیماری باکتریایی هستند که در زمان تولید مثل، تماس با جنین سقط شده و مواد دیگر ممکن است پدیدار شود. این باکتری می‌تواند باعث بیماری در سگ و انسان شود (Carmichael, 2006: 81).

پیشگیری از بروز شایع‌ترین عارضه بارداری با عنوان دیستوکیا، که از پیشرفت طبیعی زایمان جلوگیری می‌کند (Forsberg, 2007: 49)، همچنین خطراتی که در بارداری کمتر شایع‌اند مانند توکسمی، پیچ‌خوردگی و پارگی رحم و پیلونفریت، با عقیم‌سازی امکان‌پذیر است. (Johnston, 2001: 87). پیومترا نیز یک عفونت باکتریایی است که در محیط رحم توسط چرخه‌های تکراری فحلی ایجاد می‌شود. این بیماری عفونی را نیز می‌توان با عقیم‌سازی درمان و از عود آن جلوگیری کرد. به علاوه، مسلم است که برداشتن اندام‌های تولید مثل از بروز تومور بدخیم و عوارض بعدی جلوگیری می‌نماید (Klein, 2007: 618).

کاهش بیماری پوستی، افزایش سلامتی فیزیکی و طول عمر حیوان نیز از دیگر مزایای عقیم‌سازی هستند. عقیم‌سازی همچنین باعث کاهش گازگرفتگی و کنترل بیماری‌های خواهد بود. برنامه‌های جمع‌آوری، عقیم‌سازی و رهاسازی می‌تواند در ایجاد ثبات در جمعیت، کاهش خطرات بهداشت

هدف مشترک و نهایی تمام موجودات زنده روی کره زمین این است که آنقدر زنده بمانند تا نیمی از ژن‌هایشان را به نسل بعد منتقل کنند (Abrantes, 1997: 145) در سیر تکاملی، موجودی موفق محسوب می‌شود که توانایی حفظ ژن‌های خود را داشته باشد (Krukonis, 2008: 64). حیات و زندگی موجودات زنده شامل دو دسته فعالیت می‌شود: سوخت و ساز، و تولید مثل (Abrantes, 1997: 145). به عبارتی موجودی را می‌توان زنده لقب داد که سوخت و ساز و تولید مثل او فعال باشد. هر عاملی که یکی از این دو را تهدید کند، تهدیدی برای زندگی و حیات یک موجود زنده خواهد بود. از نظر و دید تکاملی، تولیدمثل نکردن یعنی انتقال ندادن ژن‌ها به نسل بعدی، که این امر همانند مردن یک موجود زنده است. انتخاب طبیعی از ژن‌هایی حمایت می‌کند که مربوط به جثه بزرگ‌تر و قابلیت مبارزه کردن هستند نه افزایش طول عمر حیوان. لذا از نظر تکاملی، عقیم کردن حیوان به منظور افزایش طول عمر او هیچ‌گونه سودی برایش ندارد (Krukonis, 2008: 67).

در طبیعت، بهترین سناریوی تولید مثل این است که موجود زنده خیلی زود به مرحله تولید مثل برسد و تمام بچه‌هایش هم زنده بمانند؛ که البته به‌طور طبیعی این اتفاق نمی‌افتد. بنابراین شرایط محیطی در اینکه حیوان چه زمانی به مرحله تولید مثل برسد و چند بار تولید مثل کند و هر بار چند بچه به‌وجود بیاورد، تاثیر گذارند. نهایت این ارزیابی-ها در ماهی قزل آلا دیده می‌شود. این ماهی تمام انرژی خود را صرف بازگشت به زادگاه و تولید مثل می‌کند و سپس می‌میرد. یعنی در بعضی شرایط خاص محیطی حیوان ترجیح می‌دهد که به هر قیمتی که شده تولید مثل کند، حتی اگر به قیمت از دست رفتن جانش باشد. وقتی که احتمال تکثیر در آینده خیلی کم باشد، یک‌بار تولید مثل قبل از مرگ بهترین کار است (Krukonis, 2008: 75).

بدیهی است که میل طبیعی به جفت‌گیری و تولید مثل در حیوانات منجر افزایش چشم‌گیر و کنترل نشده جمعیت آنان شده و این امر می‌تواند



با وجود این، تامین چنین امکاناتی برای دولت‌ها بسیار دشوار خواهد بود و همواره جایگاه انسان در راس اولویت‌ها، مانع از تحقق این آرمان می‌شود. در نتیجه، کمبود امکانات نگاهداری از حیوانات و اولویت حق بهزیستی انسان‌ها می‌تواند موجبی برای اجرای قاعده‌ی الضرورات تبیح المحظورات؛ (ضرورت‌ها باعث مباح شدن امور ممنوعه می‌شود) باشد. در چنین شرایطی حقوقی که در سندی چون اعلامیه جهانی حقوق حیوانات<sup>۱</sup> ۱۹۷۸ تصریح شده است، به تامین حداقل رفاه حیواناتی که در تعامل با انسان‌ها هستند تنزل یافته و باعث نمایان شدن اهمیت رویکرد پراگماتیسمی می‌شود. لذا در شرایطی که امکان آرمان‌گرایی وجود نداشته و حیوانات در معرض تهدید هستند، بهتر است با توسل به قاعده‌ی حقوقی فوق، به جای طرح ایده‌های آرمانی، واقعیت کنونی را دریافت و به دنبال بهترین راه حل برای آن بود.

البته در پیروی از این دیدگاه نیز باید دید که حیوان پس از عقیم‌سازی می‌تواند با آسایش و بدون درد زندگی کند یا خیر. بنابراین نباید تنها به فکر جلوگیری از افزایش جمعیت حیوانات شهری بود، بلکه باید به رفاه و آسایش آنان پس از تولد هم توجه کافی نمود. این وظیفه، هم بر عهده شهروندان و هم دولت است. دولت موظف است با تصویب قوانین و تعیین نهاد مسئول ویژه‌ی سامان‌دهی حیوانات شهری از این حیوانات حفاظت نماید. به دلیل هم‌زیستی حیوانات شهری و شهروندان و خطر ابتلا به بیماری‌ها، برنامه‌ی منظم واکسیناسیون و درمان حیوانات شهری بیمار نیز باید در دستور کار دولت قرار گیرد.

علاوه بر ضرورت‌های بهداشتی، پزشکی و اجتماعی پیش‌گفته، استدلال دیگری که از منظر حقوقی قابل طرح است این است که باروری و تولید مثل در حیوان و انسان (به عنوان حیوان ناطق) حقی طبیعی و فطری است. اما حتی در خصوص

عمومی و بهبود وضعیت رفاه سگ‌ها مفید باشد (Jackman J, Rowan, 2007).

علاوه بر موارد بالا، یکی از عواملی که منجر به اتانازی یا حذف اجباری حیوانات از طبیعت می‌شود، عدم موفقیت در عقیم‌سازی حیوانات آزاد شهری است (Asilomar, 2004). طرفداران عقیم‌سازی معتقدند با کاهش میزان زاد و ولد، میزان مصرف به‌دنبال آن کاهش می‌یابد. به عنوان مثال، دکتر برندا گریفین در حمایت از قانونی که عقیم‌سازی قبل از واگذاری حیوانات شهری/خانگی را مجاز می‌داند، می‌نویسد: «... با توجه به محدودیت‌های مالی ویژه و منابع پناهگاه‌های حیوانات، تنها راه برای اطمینان از رفاه گربه‌ها و سگ‌های مازاد جلوگیری از حضور آنها در وهله اول است» (Griffin, 2009).

گرچه کشتار حیوانات شهری و عقیم‌سازی آنها هر دو در نگاه اول بر خلاف حقوق اولیه حیوانات است اما به نظر می‌رسد عقیم‌سازی تبدیل به روشی مرسوم برای ساماندهی حیوانات شهری شده است. در واقع همان‌گونه که مطرح شد یکی از حقوق حیوانات حق تولید مثل است که انسان‌ها حق تضییع آن را ندارند. انسان‌ها با گسترش شهرسازی و ورود به محل زندگی حیوانات باعث اهلی شدن و وابستگی این حیوانات شده و در نتیجه نسبت به حقوق آنان مسئولند.

مطابق با رویکرد حق‌محور، با دقت به وضعیت کنونی حیوانات شهری، می‌بایست انسان‌ها سرپناه مناسب، تغذیه، درمان و بهداشت حیوانات شهری را تامین نموده و از آزار و آسیب به آن‌ها به ویژه عقیم‌سازی پرهیز نمایند. این امر بودجه بسیار بالا، ظرفیت‌سازی فرهنگی و نیروی کار متخصص و هم-چنین همیاری شهروندان عادی را می‌طلبد و اجرای چنین طرحی قطعاً به بهزیستی حیوانات شهری و تضمین حقوق آنان می‌انجامد.

Declaration universelle droits de l'animal-1978

<sup>۱</sup> اعلامیه جهانی حقوق حیوانات ۱۵ اکتبر ۱۹۷۸ ترجمه دکتر علی مشهدی:

رایج نیست. بدیهی است هر تصمیمی برای خنثی کردن یک حیوان خاص باید شامل در نظر گرفتن گونه، محیط و زیست‌بوم، نیازهای اساسی، امکانات رفاهی، اهداف و انگیزه تصمیم گیرنده و همچنین خطرات و مزایای مشخص شده توسط داده‌های همه‌گیرشناسانه باشد.

عقیم‌سازی سگ‌ها و گربه‌ها کاری معمول در بیشتر کلینیک‌های دامپزشکی در سراسر جهان است. این امر معمولاً توسط جوامع، دامپزشکان و صاحبان حیوانات خانگی به عنوان بخشی از رویکرد استاندارد برای کنترل تولید مثل حیوانات خانگی در نظر گرفته می‌شود، که مزایای آن بیشتر از هزینه‌ها و خطرات ناشی از روش کار است.<sup>۲</sup> از آنجا که عقیم‌سازی ممکن است تأثیرات مثبت و منفی بر رفتار یا سلامتی یک حیوان بگذارد، بنابراین باید نتیجه‌ی تصمیم‌گیری برای عقیم‌سازی برای هر حیوان جداگانه در نظر گرفته شود (APBC, 2016).

امروزه در کشورهای پیشرفته برنامه‌های کنترل موالید، که مبتنی بر رویکردهای علمی هستند، عقیم‌سازی حیوانات را در راستای رفاه حیوانات شهری در دستور کار خود قرار داده‌اند.

### ۴٫۳ برنامه کنترل موالید در راستای رفاه حیوانات شهری

یک اصل اساسی در فلسفه‌ی حقوق حیوانات این است که صدمه زدن به موجوداتی با ارزش ذاتی، از جمله حیوانات غیرانسانی، فقط برای اینکه بتوانیم «بهترین نتایج کلی را برای همه به دنبال داشته باشیم» اشتباه است (Regan, 1983: 249). اما با وجود این گفته می‌شود که در مورد برخی از مسائل اخلاقی، مانند مسئله جمعیت بیش از حد حیوانات، این رویکرد باعث ایجاد مشکلات جدی نسبت به حیوانات خواهد شد (Boonin: 2003).

خود روش عقیم‌سازی، بلکه همچنین در طولانی مدت، بسته به جنس بیولوژیکی، سن در هنگام عقیم‌سازی، نژاد و گونه‌ی حیوان (Hart et al., 2014 ; Goh, 2016).

انسان‌ها نیز استثنائاتی وجود دارد، به طور مثال در صورت وجود یک نفع و یا مصلحت عمومی، می‌توان در زمینه حقوق مربوط به شخصیت انسان، دخالت کرد. حال که در خصوص انسان، مصلحت و نفع عمومی چنین امری را جایز می‌داند، به طریق اولی علی‌رغم اینکه باروری و تولید مثل از جمله حقوق فطری حیوان است، امکان دخالت در این حق نیز برای رعایت مصلحت و نفع جامعه میسر می‌شود.

### ۴٫۲ روش‌ها

در طبیعت، حیوانات بدون نیاز به دخالت انسان از تولید مثل ممانعت می‌کنند تا جمعیت به حدی نرسد که غذا تمام شود. وقتی یک جمعیت متشکل از چند گروه کوچک باشد، بعضی گروه‌ها هنگامی که جمعیت زیاد است از تولید مثل صرف‌نظر می‌کنند. سگ‌ها و گربه‌ها نیز گونه‌هایی از حیوانات هستند و آن‌ها نیز از همین شعور و قابلیت برخوردارند و هزاران سال است که از همین قانون تبعیت کرده‌اند. و تنها در چند دهه اخیر است که انسان به این نتیجه رسید که تعداد سگ‌ها و گربه‌ها بیشتر از حد مورد قبول او هستند و سعی در کنترل جمعیت آنان نموده است.<sup>۱</sup>

اگرچه روش‌های بدون جراحی نیز برای پیشگیری از بارداری وجود دارد، اما بطور روتین، در جراحی دامپزشکی حیوانات نر را اخته می‌کنند؛ یعنی بیضه‌های حیوان را خارج می‌کنند و در حیوان ماده هم رحم و تخمدان‌ها را از بدن خارج می‌سازند (Hedlund, 2018: 111). روش‌های دیگری نیز به شکل محدودتری، به ویژه در خصوص حیوانات داخل در پناهگاه‌ها یا حیوانات خانگی، به چشم می‌خورد که شامل روش‌های خوراکی و تزریقی است. منتها به دلیل دشواری دسترسی منظم به حیوانات شهری، هزینه‌های زیاد و نتایج ارزیابی‌های علمی، این روش‌ها حتی در کشورهای پیشگام هم چندان

<sup>۱</sup> <https://noanimaltesting.ir>

<sup>۲</sup> با این حال، شواهد علمی فزاینده‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد علی‌رغم مزایای جامعه و مالک، عقیم‌سازی حیوانات آن‌ها را به خطر می‌اندازد - نه تنها در کوتاه مدت مربوط به



دارند، اما این علاقه اساسی نیست و بنابراین نسبت به حقوق اساسی از اهمیت کمتری برخوردار است، حقوقی نظیر جلوگیری از درد و رنج بی وقفه یا گرایش به زنده ماندن (Rollin, 2006: 305).

به عنوان نمونه موفقی از اجرای برنامه‌های کنترل موالید، که عقیم‌سازی حیوانات را به عنوان راه‌حلی برای تامین رفاه آنان به لحاظ اخلاقی توجیه می‌کند، می‌توان به تجربه کشور یونان اشاره کرد که پیش از برگزاری بازی‌های المپیک ۲۰۰۴ آتن برنامه‌ای را برای ساماندهی حیوانات شهری پیش‌بینی کرد. در یونان، حیوانات شهری در تمام سطح کشور جمع‌آوری، عقیم‌سازی و واکسیناسیون و درمان دامپزشکی می‌شوند. پس از جمع‌آوری، به یک پناهگاه منتقل شده و در آنجا اگر تشخیص بر سلامت‌شان باشد، واکسیناسیون، عقیم‌سازی و پلاک‌گذاری می‌شوند و تا زمان واگذاری آنجا می‌مانند. اگر واگذاری ممکن نبود پس از تصمیم مسئولین می‌توانند به محل قبلی و طبیعی خود بازگردند که در آن محل تحت نظارت شهرداری و سازمان‌ها و اجتماعات حامی حیوانات باقی می‌مانند. در این کشور مالیاتی سالانه توسط مالکان سگ‌های خانگی به مسئولین محلی پرداخت می‌شود که درآمد این مالیات منحصراً صرف پیاده‌سازی برنامه‌های جمع‌آوری و نگهداری حیوانات شهری می‌شود. کمک هزینه‌ی نوسازی و ارتقای سطح پناهگاه‌های حیوانات شهری توسط مسئولین محلی یا سازمان‌های حامی حیوانات تامین می‌شود. همچنین شهرداری آتن تقریباً ۱٫۸ میلیون یورو برای برنامه حمایت و واگذاری حیوانات شهری اختصاص داده است (Mannhart et al., 2007: 33).

## ۵ بررسی تطبیقی

میزان عقیم‌سازی سگ‌ها و گربه‌های شهری از سال ۱۹۷۰ افزایش یافته است. این جراحی‌ها با هدف کنترل جمعیت حیوانات خانگی و بلاصاحب و مشکلات بهداشت عمومی ایجاد می‌شوند (Stubbs et al., 1993: 22). داوسون و همکاران (Dawson

با فرض اینکه برنامه‌های کنترل موالید - Trap- Neuter Return (TNR) با جلوگیری از افزایش جمعیت حیوانات شهری یا حداقل مقابله با آن‌ها، به طور موثر جمعیت آن‌ها را تثبیت می‌کند، اما آیا فلسفه‌ی حقوق حیوانات برنامه‌های TNR را محکوم می‌کند؟ در پاسخ باید گفت که فلسفه‌ی حقوق حیوانات منابعی را برای توجیه برنامه‌های TNR فراهم می‌کند که در جهت «مدیریت جمعیت حیوانات شهری» به کار می‌رود، حتی هنگامی که آسیبی را به افرادی که عقیم می‌شوند، وارد کند. گرچه اصل «احترام»، صدمه زدن به یک فرد (افراد) با ارزش ذاتی را به منظور جلوگیری از صدمه به دیگران منع می‌کند، اما فلسفه‌ی حقوق حیوانات متعهد به این عقیده است که عقیم‌سازی حیوانات شهری، تحت شرایط خاص، نه تنها مجاز، بلکه از نظر اخلاقی نیز اجباری است.

شو می‌گوید سه حق اساسی وجود دارد: حق معیشت، امنیت جسمی و آزادی. اگرچه ریگان از اصطلاح «حقوق اساسی» استفاده نمی‌کند، اما نوشته‌های او نشان می‌دهد که او نیز چیزی مشابه را در ذهن دارد. ریگان ادعا می‌کند که حقوق از سه فاکتور یا نیاز حیاتی محافظت می‌کند: حیات، جسم و آزادی‌های ما (Regan, 2003: 75).

سگ‌ها و گربه‌های شهری که توسط برنامه‌های TNR عقیم می‌شوند، از حقوق گسترده‌ای از جمله حق پرسه زدن آزادانه در محیط و حق ردیابی و شکار طعمه بهره‌مند بوده و از آن استفاده می‌کنند. اگر گربه‌ها عقیم شوند، گرچه ممکن است فرصت تولیدمثل را به گونه‌ای از دست دهند، اما این حیوانات هنوز هم می‌توانند از کیفیت زندگی خوبی برخوردار شوند، زیرا سایر فرصت‌های رضایت و رفاه برای آن‌ها باز است.

از آنجایی که برطبق استدلال فوق مسئله عقیم‌سازی با «حقوق اساسی» سروکار ندارد، بنابراین باید عقیم‌سازی را از زمره‌ی حقوق اساسی خارج دانست. گرچه این امر منکر این نیست که حیوانات شهری تمایل زیادی به فعالیت جنسی یا تولید مثل

دامپزشکی شده است. در کاتماندو، پایتخت نپال، (۲۰۱۲-۲۰۰۶) با عقیم‌سازی ۴۷٪ از سگ‌های ماده، کاهش جمعیت مشاهده شد (Kakati, 2012: 149). در شهرهای گلفو و فوئنتشولینگ بوتان جنوبی، در سال ۲۰۱۲، عقیم‌سازی ۵۶-۵۸٪ از سگ‌ها نشان داد اکثریت سگ‌هایی که آزادانه پرده می‌زنند بیمارهای پوستی دارند (Tenzin et al., 2015: 436). در داکا، بنگلادش، (۲۰۱۲-۲۰۱۳) مطالعه نشان داد که سگ‌های اخته‌شده نسبت به سگ‌های دست‌نخورده سالم‌تر بودند (Tenzin et al., 2015: 349). ناحیه شهر پینک، جیپور، هند (۱۹۹۴-۲۰۰۲)، عقیم‌سازی ۶۵٪ از ماده‌ها باعث کاهش ۲۸٪ در حجم جمعیت شد (Reece, Chawla, 2006: 292). در همین ناحیه (۲۰۱۱-۲۰۰۳) ۸۰-۷۰٪ از ماده‌ها عقیم شدند که باعث شد حدود ۵۰٪ کاهش در گازگرفتگی سگ‌ها ایجاد شود (Reece et al., 2013: 287). در جودپور، هند، (۲۰۰۷-۲۰۰۵) ۶۱/۸ - ۸۶٪/۵ عقیم‌سازی در ۶ ناحیه باعث افت جمعیت سگ‌ها شد. (Totton et al., 2010: 215).

البته مدت‌زمان موردنیاز برای رسیدن به نتیجه دل‌خواه نیز در مناطق مختلف تفاوت دارد. مطالعات روی برنامه‌های عقیم‌سازی در موقعیت‌های مختلف نشان داده است که تأثیر کلی آن‌ها بر کاهش حجم جمعیت ممکن است تا قبل از ۳۰ سال تحقق نیابد (مبتنی بر داده‌های یک پناهگاه در آمریکا) (Frank, 2004: 129). این میزان تا ۱۰ سال (برای عقیم‌سازی سگ‌های شهری در برزیل) (Dias & Baquero, 2015: 154)، و بین ۱۳ تا ۱۸ سال (برای عقیم‌سازی سگ‌های شهری در هند) تخمین زده شده است (Totton & Wandeler, 2010: 215).

در ادامه تجربه عقیم‌سازی در برخی از کشورهای پیشگام اروپایی و کشورهای آمریکای لاتین در امر حمایت از حقوق حیوانات شهری را از خلال بررسی قوانین رفاه حیوانات و رویه‌های عملی در این کشورها مورد بررسی قرار می‌دهیم.

113: 2013, et al.) معتقدند که نرخ عقیم‌سازی از ۱ تا ۴۳ درصد (Sallander et al., 2001: 71) در کشور-های مختلف بسته به متغیرهایی مانند وضعیت اجتماعی-اقتصادی، (Berthoud et al., 2011: 78) جنسیت صاحب (Glasser, 2021: 107)، جنسیت حیوان خانگی (Cocia, 2021: 107)، و درک مالک از روش‌ها و پیامدهای آن متغیر است (Dawson et al., 2013, 331).

در کشورهایی مانند ایالات متحده، استرالیا و نیوزیلند، عقیم‌سازی اکنون یک عمل قانونی و حتی اجباری است. اما در کشورهای آمریکای لاتین از جمله مکزیک، آرژانتین و شیلی مجاز است اما اجباری نیست (Pereira et al., 2018, 14). در کشورهای توسعه‌یافته مانند نروژ و آلمان، و همچنین در اسکاندیناوی، که در آن میزان حیوانات بلاصاحب و آزاد شهری کمترین میزان در جهان است، عقیم کردن سگ‌های سالم با جراحی، یک عمل غیرضروری و ممنوع است (Bowman report, 2022). اگرچه، سایر کشورهای اروپایی روش‌های جراحی را برای جلوگیری از تولید مثل حیوانات خانگی مجاز می‌دانند (Taghi poor, 2018: 91).

در مورد تأثیر برنامه‌های عقیم‌سازی با جراحی، بر جمعیت سگ‌ها در مناطق مختلف جهان می‌توان به مثال‌های زیر اشاره کرد:

در بالی، اندونزی، (۲۰۰۵-۱۹۹۸) ۵۱٪ از سگ‌های شهری عقیم شده‌اند (Jackman & Rowan, 2007: 63) همچنین در بانکوک، تایلند، (۲۰۰۲-۲۰۰۵) این تعداد کمتر از ۳۰٪ (Hemachudha, 2005: 120) و در سریلانکا، ۲۰۰۵، بین ۷۰-۹۰٪ بوده است (Jackman & Rowan, 2007: 65) که هیچ تأثیری بر جمعیت سگ‌های شهری نداشته است.

در مقابل عقیم‌سازی در ایالات متحده باعث کاهش در حجم جمعیت، ۵۰٪ کاهش در وقوع گازگرفتگی، ۷۵٪ کاهش در شکایات ناشی از بی‌رحمی با سگ‌ها و افزایش تقاضا برای خدمات



## ۵٫۱ کشورهای پیشگام اروپایی

با ماده‌ی ۱۳ معاهده‌ی اجرایی اتحادیه اروپایی (TFEU)<sup>۱</sup> و پروتکل رفاه حیوانات الحاقی به معاهده-ی آمستردام،<sup>۲</sup> حیوانات به عنوان موجودات آگاه در اتحادیه اروپا شناخته می‌شوند که شایسته برخورداری از رفاه‌اند. این بدان معنی است که آنها دارای ارزش ذاتی هستند. (Lundmark hedman et al., 2021) در اتحادیه اروپا دستورالعمل‌های متعددی<sup>۳</sup> نیز در رابطه با حقوق حیوانات وجود دارد که همگی ضامن پنج آزادی حیوانات (به شرح یادشده در مقدمه مقاله) هستند. علاوه بر این، قوانین ملی رفاه حیوانات به عنوان مثال در سوئد، نروژ، اتریش، آلمان، بریتانیا و اسپانیا بر پیشگیری از رنج حیوانات، اجتناب از پیامدهای منفی رفاهی یا آسیب رساندن به حیوانات و مراقبت مناسب تمرکز دارد (Voogt et al., 2023, 9). این امری قابل انتظار است؛ زیرا مفهوم پنج آزادی، اساس قوانین اروپایی است که کشورهای عضو اتحادیه، به موجب اسناد موسس این سازمان، ملزم به اجرای آن هستند (Lundmark et al., 2018, Von gall & Gjerris, 2017, Cock buning, 2009).

با توجه به سابقه طولانی و تجربه موفق کشورهای اروپایی در امر حمایت از حیوانات، در مبحث حاضر به بررسی دو نمونه موفق از تجربیات کشورهای اروپایی در زمینه کنترل مولید و عقیم-سازی حیوانات از مجرای قانون‌گذاری و نظارت بر اجرای صحیح این قوانین می‌پردازیم.

### ۵٫۱٫۱ هلند

اولین مقررہ‌گذاری در رابطه با رفاه حیوانات، در قانون کیفری سال ۱۸۸۶ هلند مطرح شد که

بدرفتاری با حیوانات را جرم می‌دانست. قانون اصلی هلند در مورد رفاه حیوانات، توسط پارلمان این کشور با تکیه بر ارزش ذاتی حیوانات در سال ۱۹۶۱ به تصویب رسید. به دنبال پیشرفت‌های اجتماعی و حقوقی در سطح جهان و به‌ویژه در اتحادیه اروپایی، در سال ۲۰۱۱ قانون رفاه حیوانات هلند<sup>۴</sup> به تصویب رسید. این قانون یکی از ابزارهای سیاستی است که برای محافظت از رفاه، سلامت و بهداشت عمومی حیوانات مورد استفاده قرار می‌گیرد. بسیاری از جنبه‌های قوانین و مقررات هلند در مورد رفاه حیوانات از قوانین اتحادیه اروپایی، نظیر ماده ۱۳ معاهده‌ی اجرایی اتحادیه اروپایی و دستورالعمل‌های یادشده در مبحث قبلی، سرچشمه می‌گیرد. قوانین ملی کشورهای عضو اتحادیه اروپا باید حداقل منطبق و یا سخت‌گیرانه‌تر از دستورالعمل‌های اتحادیه باشند.

به دلیل تغییر در قانون‌گذاری و برنامه‌های عقیم-سازی، کشور هلند به اولین کشوری تبدیل شده است که به هیچ وجه سگ‌های بی‌خانمان ندارد. دولت هلند برای بهبود حقوق حیوانات و محافظت از سلامتی آن‌ها قوانین سخت‌گیرانه‌تری در مورد رفاه حیوانات به اجرا گذاشته است. به‌طور خلاصه، سهل‌انگاری و بی‌رحمی نسبت به حیوان با حداکثر ۳ سال حبس قابل مجازات است. علاوه بر این، جریمه‌ای در حدود ۱۶۰۰۰ یورو یا بیشتر در انتظار مرتکب خواهد بود. رها کردن حیوان خانگی غیرقانونی است. به‌منظور رعایت قانون فوق، بخش ویژه مأمورین پلیس ایجاد شد که مسئول تحقیق در مورد بی‌توجهی به حیوانات و نجات حیوانات اهلی از موقعیت‌های خطرناک است. به‌موجب این قانون رها کردن حیوان خانگی -که از عوامل موثر در

2008/120/EC (Pigs); Directive 1999/74/EC (Laying Hens); Directive 2007/43/EC (Chickens for Meat Production); Regulation 1/2005/EC (Animal Transport); Regulation 1099/2009/EC (Killing of Animals).

<sup>4</sup> The Animal Welfare Act in the Netherlands, known as "Wet dieren" in Dutch, was adopted on May 19, 2011.

<sup>1</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, on 13 December 2007, entered into force on 1 December 2009. Article 13.

<sup>2</sup> The Protocol on Animal Welfare under the Amsterdam Treaty, on June 1997, entered into force on first May 1999.

<sup>3</sup> Directive 98/58/EC (All Farmed Animals); Directive 2008/119/EC (Calves); Directive



تمرکز داشت. این ارزیابی‌ها حاکی از تاثیرگذاری قوانین حمایت از رفاه حیوانات و برنامه‌های کنترل مولید در این کشور بوده است (Buro, 2021).

### ۵٫۱٫۲ ایتالیا

در ایتالیا مقررات بسیاری در زمینه حمایت از حیوانات وجود دارد، که برخی در قوانین کیفری و سایر آن‌ها در قوانین خاص گنجانده شده‌اند. براساس قانون کیفری ایتالیا<sup>۳</sup>، هرگونه رفتار یا عملی که علیه حیوانات انجام شود و ماهیت آن رفتار و عمل به‌گونه‌ای باشد که احساسات عمومی را جریحه‌دار نماید، قابل پیگرد جزایی است. مقررات مربوط به منع حیوان‌آزاری نیز در همین قانون برای کشتن و بدرفتاری با حیوانات، مجازات حبس و جزای نقدی در نظر گرفته است. به موجب قانون حمایت از حیوانات<sup>۴</sup> مصوب ۲۰۱۲، شهرداری نهاد صلاحیت‌دار برای حفاظت از حیوانات شهری است. ماده ۵ به ممنوعیت‌هایی مانند رها و ترک کردن حیوان، به زنجیر بستن و امثال آن تصریح کرده است.

برنامه کنترل جمعیت سگ‌های شهری برای نخستین بار به موجب قانون جامع حیوانات خانگی و پیشگیری از جمعیت سگ‌های شهری<sup>۵</sup> ایتالیا در سال ۱۹۹۱ پیش‌بینی شد. مطابق این قانون کشتن سگ‌ها و گربه‌های شهری ممنوع است مگر اینکه به بیماری صعب‌العلاجی مبتلا شده باشد که در این صورت مرگ حیوان تنها با تجویز دامپزشک مجاز است. همچنین این قانون استفاده از حیوانات شهری برای اهداف علمی را منع کرده است. سگ‌های شهری باید به وسیله علامت‌گذاری قابل شناسایی باشند. این قانون اعمال برنامه کنترل جمعیت سگ‌های شهری را نیز الزامی اعلام نمود.

افزایش جمعیت حیوانات شهری در سرتاسر جهان است- غیرقانونی است. در هر زمان کسی سگ شهری را در خیابان ببیند، سریعاً باید نهادهای کنترل حیوانات را فراخواند. آن‌ها می‌توانند مطمئن باشند که حیوان در اسرع وقت نجات یافته و تا زمانی که لازم است از آن‌ها مراقبت می‌شود.<sup>۱</sup>

در هلند به دلیل اقدامات سازنده‌ای که در این زمینه انجام شده است هیچ سگ پرتاز شهری وجود ندارد. اما گربه‌های شهری وجود دارد.<sup>۲</sup> در این کشور تنها حیوانات به شدت بیمار، آن‌هم به روش کاملاً انسانی به روش مرگ آسان کشته می‌شوند که تصمیم نهایی را در این مورد مدیریت پناهگاه و دامپزشک اتخاذ می‌نمایند. برای هیچ حیوانی به دلیل ازدیاد جمعیت مرگ آسان اعمال نمی‌شود. برای به سرپرستی گرفتن سگ‌هایی با نژاد خاص و اصیل، مالیات سنگین وضع گردیده به این ترتیب، کسانی که می‌خواهند در خانه خود سگ داشته باشند، تشویق می‌شدند یکی از حیوانات زیادی را که در پناهگاه‌ها زندگی می‌کنند، بپذیرند و با این اقدام برای محدود کردن پرورش سگ، تبدیل به تجارت شدن زندگی موجودات زنده، کم‌رنگ‌تر شد. (Bouwman, 2015: 53)

قانون حیوانات هلند از ژانویه ۲۰۱۳ تا ژوئیه ۲۰۱۴ اجرا شد. طبق ماده ۱۰، این قانون باید پس از ۵ سال بازبینی و ارزیابی شود، چرا که برنامه کنترل مولید یک برنامه طولانی‌مدت است. بنابراین قانون حیوانات هلند در سال ۲۰۱۹-۲۰۲۰ توسط یک سازمان مستقل مورد ارزیابی قرار گرفت (Berenschot, 2020). دفتر ارزیابی و تحقیقات ریسک (Buro) سازمان ایمنی مواد غذایی و محصولات مصرفی هلند (NVWA) ارزیابی و مشاوره‌ی جداگانه‌ای داشت که بر محتوای قانون

<sup>3</sup> Law n. 189 of July 20, 2004 Italian criminal code.

<sup>4</sup> friuli Venezia giulia region law 20/2012 (animal protection)

<sup>5</sup> Law n. 281 of August 14, 1991 "Framework Law for pet animals and the prevention of stray dog populations"

<sup>1</sup> why are there no stray dogs in the netherlands written by Maja Świątnicka September 4, 2019, <https://amsterdamhangout.com>

<sup>۲</sup> از سال ۲۰۰۶ تا ۲۰۰۹ تعداد سگ‌های پناه داده شده در هلند حدود ۱۰ درصد کاهش داشته و تعداد گربه‌ها حدود ۱۱ درصد افزایش داشته‌اند.



درمان، نشانه‌گذاری و رهاسازی حیوان اجرا کرد. هم-چنین واگذاری حیوانات نیز در این برنامه با الگوبرداری از قوانین ایتالیا انجام شد. در طول ده سال (متوسط عمر یک سگ شهری) به دلیل عقیم بودن حیوان و عدم امکان جایگزینی توسط سگ جوان، جمعیت کاهش یافت. این برنامه نسبت به اسکان در پناهگاه و هم‌چنین کشتار انبوه به‌صرفه‌تر است، چرا که هر چه سگ‌ها کشته شوند سگ‌های تازه متولد شده جای آن‌ها را می‌گیرند (Frizz, 2003: 33).

## ۵٫۲ آمریکای لاتین

در کشورهای آمریکای لاتین، جمعیت بیش از حد سگ‌های بلاصاحب یک مشکل جدی در رابطه با بهداشت عمومی است. در برنامه‌های عقیم‌سازی انبوه، برای مدیریت این موضوع و جلوگیری از اتانازی، به ضرورت عقیم‌سازی برای تقریباً ۴ تا ۱۰ میلیون حیوان در سال اشاره شده است. با وجود این، در کشورهای آمریکای لاتین به دلایل متعددی، از جمله زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، نرخ عقیم‌سازی پایین بوده است.

### ۵٫۲٫۱ مکزیک

کشور مکزیک، قوانین فدرالی دارد که به رفاه حیوانات می‌پردازد. قانون عمومی تعادل اکولوژیکی و حفاظت از محیط زیست مکزیک (LGEEPA)<sup>۲</sup> شامل مقرراتی برای درمان حیوانات وحشی و اهلی است. علاوه بر این، قانون فدرال سلامت حیوانات<sup>۳</sup> جنبه‌های مربوط به سلامت و رفاه حیوانات را تنظیم می‌کند، به‌ویژه از نظر مراقبت‌های دامپزشکی و کنترل بیماری‌ها. با وجود این، در قوانین فدرال مکزیک هیچ مقرره‌ی الزام‌آوری در رابطه با لزوم عقیم‌سازی حیوانات وجود ندارد. برخی از ایالت‌ها یا شهرداری‌های مکزیک ممکن است قوانین محلی‌ای

در سال ۱۹۹۴ اولین برنامه کنترل جمعیت حیوانات شهری در ایتالیا LPA<sup>۱</sup> (Lega Pro Animale Projects) توسط سازمان رفاه حیوانات این کشور آغاز شد. ۳۳۲ سگ در چهار ماه و نیم از خیابان جمع‌آوری شدند. ۲۸۷ سگ عقیم‌سازی، واکسینه و علامت‌گذاری و در نهایت رها شدند این کار در سال‌های بعدی نیز تکرار شد. در حال حاضر جمعیت سگ‌ها زیر ۸۰ قلاده است و نشان از این واقعیت دارد که گرفتن/عقیم‌سازی/بازگردانی روش موثری است. در واقع، روش‌های مذکور نشان‌گر قانونگذاری دقیق و کارآمد ایتالیا و پیش‌بینی قابلیت اجرا و تلاش نهادهای صالح در تامین بستر مناسب برای کنترل جمعیت حیوانات شهری در عین تضمین رفاه و رعایت حقوق آن‌ها است. تجربه نشان داد که برخی روش‌های مدیریتی می‌تواند در طی یک دوره زمانی، کاهش چشم‌گیری در تعداد حیوانات شهری ایجاد کند. این روش‌ها شامل جمع‌آوری، عقیم‌سازی، شناسه‌گذاری، آموزش و آگاه‌سازی عموم است (Frizz, 2003: 7).

مسئله قابل توجه دیگر جنبه مالی اجرای برنامه است. قبل از شروع برنامه LPA هزینه بسیار زیادی صرف جمع‌آوری و کشتن سگ‌ها می‌شد بدون آنکه مشکل را حل کند. سپس قانون جدید کشتن سگ-های بی‌آزار و سالم را ممنوع کرد؛ بنابراین این روش منسوخ شد. سازمان رفاه حیوانات ایتالیا، اسکان سگ‌ها و سپری کردن باقی عمرشان در پناهگاه را نپذیرفت، چرا که باعث افزایش هزینه‌ها می‌شد. هم‌چنین پناهگاه را محل مناسبی برای حیات حیوانات تلقی نمی‌کرد (Frizz, 2003: 29).

ایتالیا سامان‌دهی حیوانات شهری را از طریق انتخاب یک زیستگاه برای نگهداری، عقیم‌سازی و

<sup>۲</sup> General Law for Ecological Equilibrium and Environmental Protection (LGEEPA), 1988

<sup>۳</sup> Federal Animal Health Law, 2007

<sup>۱</sup> این برنامه با حمایت دولت توسط سازمان رفاه حیوانات در ایتالیا به منظور اجرای قوانین در زمینه کنترل جمعیت حیوانات شهری در چند منطقه به صورت آزمایشی فعالیت خود را آغاز کرد و پس از حصول نتایج مثبت و قابل توجه، هم-چنان به اجرای برنامه ادامه داد.

به دلایل پیش‌گفته، در این کشور روش ارکیکتومی<sup>۱</sup> غیرجراحی با گلوکونات روی از سال ۲۰۰۸ به عنوان یک جایگزین عملی و مقرون به صرفه، به‌ویژه در مکان‌هایی که امکانات بالینی برای انجام یک روش جراحی وجود ندارد، جهت عقیم‌سازی حیوانات شهری مورد استفاده قرار گرفته است. این تکنیک بعداً در کشورهای دیگری مانند کلمبیا، پاناما و بولیوی برای مشکل ازدیاد جمعیت سگ‌ها اتخاذ شده و مورد استفاده قرار گرفته است (Griffin, 2012: 96).

### ۵,۲,۲ شیلی

قانون ملی رفاه حیوانات شیلی که به عنوان «قانون مسئولیت مالکیت حیوانات خانگی» یا «قانون چائو پساکائو» شناخته می‌شود<sup>۲</sup> در سال ۲۰۰۹ با هدف ترویج مالکیت مسئولانه حیوانات خانگی در این کشور به تصویب رسیده است. این قانون شامل مقررات مختلفی برای رفاه حیوانات خانگی است، اما عقیم‌سازی را الزامی نمی‌داند. با وجود این، بسیاری از شهرداری‌ها در شیلی برنامه‌های محلی را برای عقیم‌سازی حیوانات به‌ویژه با هدف کنترل جمعیت سگ‌ها و گربه‌های آزاد اجرا کرده‌اند. این برنامه‌ها اغلب خدمات عقیم‌سازی رایگان یا یارانه‌ای را ارائه می‌دهند.

رویکرد عقیم‌سازی در شیلی عمدتاً مبتنی بر تشویق مشارکت داوطلبانه‌ی صاحبان حیوانات خانگی و دوست‌داران حیوانات است. در برخورد با موضوع مدیریت حیوانات آزاد شهری، مناطق محلی در شیلی اغلب عقیم‌سازی را به عنوان یک استراتژی موثر در نظر می‌گیرند. این تلاش‌ها بخشی از سیاست‌های گسترده‌تر با هدف مدیریت و کاهش جمعیت حیوانات آزاد در مناطق شهری و روستایی است. بنا به دلایل گفته‌شده، در شیلی مشکلات

داشته باشند که عقیم‌سازی حیوانات خانگی را تجویز می‌کند. با این حال، میزان الزام‌آوری و اجرای این مقررات از منطقه‌ای به منطقه دیگر متفاوت است. البته، ممکن است موارد خاصی وجود داشته باشد که در آنها عقیم‌سازی از نظر قانونی الزامی باشد؛ به‌عنوان مثال عقیم‌سازی در خصوص نژادهای خاصی از سگ‌ها، عقیم‌سازی در مناطقی خاص، یا عقیم‌سازی حیواناتی که در پناهگاه‌ها نگهداری می‌شوند. این قوانین معمولاً بخشی از تلاش‌ها برای کنترل جمعیت حیوانات شهری و ترویج مالکیت مسئولانه حیوانات خانگی است.

به عنوان نمونه‌ای از ایالت‌های مکزیکی، در یوکاتان، ۷۲,۸٪ از مردم ساکن شهرها صاحب سگ هستند، اما تنها ۳,۱٪ از این سگ‌ها عقیم شده‌اند و این عمل با نرخ کمتری نسبت به مولید سگ‌ها اتفاق می‌افتد. هنگامی که در مورد دلایل عقیم نشدن سوال شد، ۷۴,۶٪ از مالکان اظهار داشتند که این به دلیل خطرات و رنج ناشی از جراحی است. (Ortega et al., 2007, 27).

البته همان‌گونه که گفته شد، تعداد کم حیوانات عقیم‌شده در مکزیکی تحت تاثیر عوامل اجتماعی-اقتصادی نیز هست، چرا که در مناطق روستایی منابع کم است و خدمات عمومی موجود نیست. در نتیجه تنها ۱,۸ درصد از حیوانات عقیم می‌شوند. به همین دلیل، در بسیاری از مناطق، بدون هیچ‌گونه الزام قانونی، کمپین‌های عقیم‌سازی‌ای تشکیل شده است. نهادهای دولتی و یا سازمان‌های غیردولتی اغلب کلینیک‌های عقیم‌سازی و عقیم‌سازی رایگان یا کم‌هزینه‌ای را سازمان‌دهی می‌کنند تا مشارکت داوطلبانه‌ی صاحبان حیوانات خانگی یا دوست‌داران حیوانات را تسهیل کنند (Kisiel et al., 2016, 37).

<sup>2</sup> National Animal Welfare Law, known as the "Responsible Pet Ownership Law" or "Chao Pescao Law", dated 2009.

<sup>۱</sup> شامل تزریق مستقیم ماده ای به بیضه است که باعث قطع شدن اسپرماتوزن (تولید اسپرم) میشود. این روش به نسبت جراحی کمتر تهاجمی است اما می‌تواند باعث درد و تورم شود. این روش سگ نر را نابارور می‌کند اما لزوماً بر رفتار یا تولید هورمون به اندازه جراحی و اخته کردن اثر نمی‌گذارد.



انجام معاینات و مراقبت‌های بهداشتی لازم، واگذاری و عقیم‌سازی در این دستورالعمل پیش بینی شده است. گرچه این دستورالعمل جنبه حمایتی ندارد و با هدف کنترل و معدوم سازی جمعیت سگ‌های ولگرد تنظیم شده است، با این حال، هیچ یک از ترتیبات مقرر در آن اجرا نمی‌شود. به علاوه، در نظام حقوقی ایران قوانین حمایتی مبتنی بر رفاه حیوانات شهری و جرم‌انگاری برخی اعمال علیه آن‌ها نیز وجود ندارد.

با وجود خلاء قانونی و بسیاری از محدودیت‌ها، چندین سازمان مردم‌نهاد و پناهگاه در ایران تاسیس شده که به حمایت از حقوق حیوانات شهری می‌پردازند و در مورد واکسیناسیون، درمان، عقیم‌سازی و مراقبت از آن‌ها تلاش می‌نمایند. با وجود این، باید متذکر شد که فعالیت آن‌ها کافی نبوده و همچنین پناهگاه‌ها مکان مناسبی برای حیات حیوانات شهری نیستند. در ادامه با توجه به مصاحبه‌های متعدد انجام شده، به بررسی عملکرد برخی از آن‌ها در زمینه عقیم‌سازی و سپس به عملکرد شهرداری به عنوان نهاد اجرایی می‌پردازیم:

سگ‌ها در *جان پناه صبا* (صبا دیده بان طبیعت البرز) عقیم می‌شوند. تیم جان پناه صبا با یوتانایز<sup>۲</sup> مخالف است و نهایت تلاش ایشان برای حفظ حیات حیوان است. تنها مواردی که مرگ آسان انجام شده مربوط به بیماری لیشمانیوز<sup>۳</sup> بوده که در مراحل پیشرفته و غیرقابل درمان قابل انتقال به انسان است. (مصاحبه با اسکندرزاده، ۱۴۰۰).

زمین و ملک مورد استفاده در *پناهگاه مهر بابلسر* توسط شهرداری تامین شده و این ارگان برای نظافت، حراست و جمع‌آوری و زنده‌گیری حیوانات شهری نیرو و امکانات در اختیار پناهگاه قرار داده

<sup>۱</sup> جهت اجرا توسط شهرداری‌ها و دهیاری‌های تابعه به استان‌ها ایلاع گشته است.

<sup>۲</sup> مرگ آسان

<sup>۳</sup> عفونت ناشی از انگل لیشمانیا، که باعث ایجاد زخم و ضایعات پوستی می‌شود و قایل انتقال به انسان است.

ناشی از تردد آزادانه سگ‌ها و تولیدمثل کنترل نشده از سال ۲۰۱۸ تا ۲۰۲۰ افزایش یافته و ۱٫۵ میلیون دلار برای کمپین‌های عقیم‌سازی در مناطق دور افتاده یا مکان‌هایی با تعداد بالای سگ‌های بلاصاحب هزینه شده است (Garde et al., 2022). (12)

در رابطه با کشورهای آمریکای لاتین باید به این نکته توجه نمود که در اغلب کشورهای این منطقه، عقیم‌سازی حیوانات آزاد شهری قاعده‌مند و الزامی نشده است. با این حال، چندین کشور منطقه از جمله مکزیک، شیلی، برزیل و آرژانتین برنامه‌ها و سیاست‌های مختلفی را در رابطه با عقیم‌سازی حیوانات -اغلب به‌عنوان بخشی از ابتکارات گسترده‌تر در راستای رفاه حیوانات و بهداشت عمومی- اجرا کرده‌اند. بخش عمده‌ای از تلاش‌ها در این منطقه، از سوی جامعه مدنی، سازمان‌های مردم‌نهاد و نیروهای داوطلب در حال انجام است. این امر بیان‌گر ضرورت عقیم‌سازی حیوانات شهری از دیدگاه جامعه است، که با مبانی اخلاقی، حقوقی، طبیعی و بهداشتی عقیم‌سازی حیوانات هم‌راستا است. گرچه ضروری است کاهش جمعیت بیش از حد حیوانات، با آموزش مالکیت مسئولانه همراه و بر اساس یافته‌های علمی باشد.

### ۵٫۳ ایران

در حال حاضر الگوی قانونی مرتبط با حیوانات شهری در ایران، برای حمایت از حقوق و نحوه ساماندهی آن‌ها موجود نیست. تنها دستورالعمل کنترل جمعیت سگ‌های ولگرد<sup>۱</sup> در ۱۳۸۷ تنظیم شده که طبق آن شهرداری مسئول جمع‌آوری، درمان و عقیم‌سازی سگ‌های شهری می‌باشد و در صورتی که حیوانی غیرمفید باشد مرگ او باید بدون درد انجام شود. نصب قلاده و شناسنامه‌دار کردن سگ،

<sup>۱</sup> دستورالعمل کنترل سگ‌های ولگرد توسط دفتر هماهنگی خدمات شهری معاونت امور شهرداری‌های سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور تنظیم و در جلسه مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۷ به تصویب ستاد مرکزی کنترل جمعیت حیوانات ناقل بیماری به انسان رسیده است. این دستورالعمل در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۰

بوئین زهرا واقع شده و نقش مهمی در ساماندهی و جمع‌آوری سگ‌های شهری ایفا می‌کند. این مرکز به مساحت ۲ هزار متر مربع و دارای ساختمان اداری، آشپزخانه، اتاق جراحی، سالن ریکآوری و داروخانه به مساحت ۱۰۰ متر مربع است. همچنین این مرکز با حضور افراد آموزش دیده شامل دامپزشک، نیروی کارگری کارآموده و کارشناس فنی تشکیل شده است. در این کمپ سگ‌ها ابتدا معاینه می‌شوند و پس از تشخیص سلامت یا بیماری، سگ‌های سالم مراحل انگل تراپی، واکسیناسیون و عقیم‌سازی را طی می‌کنند و اگر غیر از این باشد به شیوه مرگ با ترحم کشته می‌شوند (مصاحبه با دالوندی، ۱۴۰۰).

لازم به ذکر است در تشکیلات شهرداری‌ها کمیسیونی به نام کمیسیون مبارزه با حیوانات ناقل و موذی نیز وجود دارد که با حضور فرمانداری، محیط زیست، نیروی انتظامی، شبکه بهداشت و دامپزشکی اقدام به تصمیم‌گیری در خصوص سگ‌های شهری می‌نمایند. سابق بر این سگ‌های شهری را معدوم می‌کردند اما با وجود فعالیت شبکه‌های اجتماعی و سمن‌ها و اطلاع‌رسانی گسترده این روش کم‌رنگ شده و بحث نگهداری و عقیم‌سازی حیوانات جایگزین آن شد. به این صورت که با انعقاد قرارداد با پیمانکاران به جمع‌آوری و نگهداری در کمپ می‌انجامید. اما به دلیل مشکلات مالی عظیم شهرداری‌ها این روش نیز غیرممکن جلوه می‌کرد. در نهایت با ورود استانداری‌ها به این قضیه هم‌چنان به اتلاف سگ‌های شهری ادامه داده شد. سابقاً سگ‌های شهری توسط پیمانکاران به وسیله طعمه‌های سمی یا اسلحه‌های شکاری اتلاف می‌شدند. یکی از مضرات روش طعمه‌های سمی آن بود که احتمال داشت حیوان پس از خوردن سم مفقود شده و پیمانکاران نتوانند جسد آن را معدوم سازند که این امر باعث ایجاد عفونت‌ها، بوی بد لاشه و غیره می‌شد. استفاده از اسلحه شکاری نیز خطراتی برای افراد حاضر در محل در بر داشت (مصاحبه با دالوندی، ۱۴۰۰).

است. در این پناهگاه، اولویت عقیم‌سازی با حیوانات ماده است (مصاحبه با بهزادی، ۱۴۰۰).

در *پناهگاه نجات حیوانات* همه‌ی حیوانات عقیم هستند و تنها در صورتی که قادر به زندگی خارج از پناهگاه باشند، بعد از عقیم‌سازی پلاک‌گذاری و در مکان‌های مشخصی رهاسازی شده، و هر روز یا یک روز در میان غذارسانی می‌شوند. (مصاحبه با اعظمی، ۱۴۰۰).

*پناهگاه مهر بیرجند*، سگ‌های را عقیم می‌کند آنها توسط دامپزشکی واکسن هاری دریافت می‌کنند و پلاک‌کوبی می‌شوند اما متأسفانه تا امروز اجازه رهاسازی صادر نشده است. مدیریت پناهگاه مهر بیرجند معتقد است که گرچه شهرداری همکاری لازم را به عمل می‌آورد، بهتر است این مسئولیت به اداره دامپزشکی محول شود و پیشنهاد می‌دهند که ضروری است سگ‌های هر منطقه جمع‌آوری، واکسینه و عقیم‌سازی شوند، ضد انگل دریافت کنند، پلاک‌کوبی شوند و در کمترین زمان ممکن به قلمرو خود بازگردند. همچنین برای اطلاع از آمار حیوانات، شماره پلاک‌ها باید در سیستم ثبت شود (مصاحبه با شالچین، ۱۴۰۰).

شهرداری که مطابق دستورالعمل کنترل جمعیت سگ‌های ولگرد ۱۳۸۷ نهاد مسئول تلقی می‌شود، وظیفه کنترل حیوانات شهری را بر عهده شرکت مدیریت پسماند محول کرده است. موارد متعددی از تخلف پیمانکاران در راستای این مسئولیت مشاهده شده است؛ از جمله تزریق اسید، مسموم کردن غذا، پرس در ماشین زباله، سوزاندن و... به نظر می‌رسد این اعمال نه برای انجام مسئولیت بلکه از مصادیق حیوان‌آزاری است. البته مصادیق و نمونه‌های موفق‌تری از اقدامات شهرداری‌ها نیز در ایران وجود دارد؛ از جمله سازمان مدیریت پسماند شهرداری قزوین که هم‌اکنون کنترل و نظارت دقیقی را در مورد سگ‌های شهری در سطح شهر قزوین دارد و در صورت پی بردن به بلاصاحب بودن آن‌ها، کار انتقال به کمپ حامی را انجام می‌دهد. این کمپ در مجتمع محمدآباد و در کیلومتر ۲۸ جاده قزوین-

پذیرد. مدت تفاهم نامه از تاریخ انعقاد به مدت یک سال بوده و در صورت تمایل طرفین قابل تمدید است. جمع‌آوری سگ‌های بلاصاحب از طریق زنده-گیری با استفاده از داروی ترکیبی بیهوشی و مرگ با ترحم و همچنین انتقال لاشه بر عهده پیمانکار خواهد بود.

قیمت‌های پیشنهادی به شرکت عمران و توسعه توسط شهرداری برای زنده‌گیری با داروی بیهوشی ۱۱۰ هزار تومان، زنده‌گیری و مرگ با ترحم ۱۶۰ هزار تومان، زنده‌گیری و عقیم‌سازی سگ‌های نر (جراحی)، پلاک‌گذاری) ۳۲۰ هزار تومان و زنده‌گیری و عقیم‌سازی سگ‌های ماده با عمل جراحی و سپس پلاک-گذاری ۳۷۰ هزار تومان است.

این تفاهم‌نامه به امضای مدیر کل دفتر امور شهری و شوراهای استان قزوین، نماینده دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی استان، نماینده اداره کل دامپزشکی استان، نماینده اداره کل حفاظت محیط زیست استان و شرکت عمران و توسعه شهرستان ساوجبلاغ رسید. با این وجود اجرای آن در نهایت به دلیل مشکلات مالی و کمبود بودجه، کمبود نیروی کار و مخالفت برخی از مسئولین لغو شد.

## ۶ نتیجه‌گیری

از منظر حقوق حیوانات، عقیم کردن حق تولید مثل حیوانات را محدود می‌کند. منتها اگر گزینه‌های معقول دیگری وجود نداشته باشد، جلوگیری از تولد حیوانات ناخواسته می‌تواند رفاه هر دو جمعیت حیوان و انسان را بهتر تضمین کند.

البته استفاده از روش‌های عقیم‌سازی در کنترل جمعیت باید با شواهدی همراه باشد که نشان می‌دهد این روش در منطقه مورد نظر ثمربخش است و با استانداردهای کافی دامپزشکی، مدیریت درد و مراقبت‌های پرستاری انجام می‌شود. تجربه کشورهای پیشگام در زمینه حمایت از حقوق حیوانات نشان می‌دهد که امروزه عقیم‌سازی به یکی از راهکارهای واقع‌گرایانه و نتیجه‌بخش در تامین رفاه

در حال حاضر شیوه جدید استانداری‌ها همان شیوهی اتلاف است اما با پوشش دیگری که در ملاء عام انجام نشده و منجر به واکنش‌های حامیان نشود. این شیوه موسوم به اتلاف با ترحم، سگ‌ها را با یک دارت بیهوش و به محلی دورتر منتقل کرده با تزریق آمپول‌هایی اتلاف می‌کنند. سپس لاشه‌ها را به محل پسماند انتقال داده و شرکت پسماند آن را با آهک دفن می‌کند. هزینه‌ی این روند را کارفرما (شهرداری یا مدیر خدمات شهری) پرداخت خواهد کرد (مصاحبه با دالوندی، ۱۴۰۰).

در مورد نهاد ناظر بر شهرداری در کنترل جمعیت حیوانات شهری این نکته قابل ذکر است که این نهاد اصولاً در قراردادهای شبکه بهداشت را دخالت می‌دهد گرچه به واقع نظارتی وجود نداشته و تنها اسماً در قرارداد شرکت دارد. در مورد دستمزد و هزینه‌های اجرای چنین قراردادهایی، مجموع هزینه‌های بیهوش کردن، اتلاف با ترحم، جابه‌جایی تا مرکز پسماند و همچنین محاسبه‌ی بیمه و مالیات، برای هر قلاده حدود ۲۰۰ هزار تومان است (مصاحبه با دالوندی، ۱۴۰۰).

به عنوان نمونه‌ای از نظارت بر فعالیت‌های اجرایی می‌توان به تفاهم‌نامه‌ای اشاره کرد که با نظارت وزارت کشور و استانداری قزوین با موضوع جمع‌آوری، زنده‌گیری و عقیم‌سازی سگ‌های بلاصاحب که در تیر ماه ۱۳۹۹ در دفتر امور شهری و شوراها تنظیم شده است؛ در راستای اجرای دستورالعمل کنترل جمعیت سگ‌های بلاصاحب، تفاهم‌نامه‌ای فی مابین استانداری قزوین به نمایندگی مدیر کل دفتر امور شهری و شوراهای استان قزوین و شرکت عمران و توسعه شهرستان ساوجبلاغ با مدیریت شخصی به عنوان پیمانکار منعقد گردید. طبق مواد تفاهم‌نامه‌ی مذکور، شهرداری مسئول تعیین مبلغ قرارداد، تعهد به هماهنگی با مراجع ذیصلاح، نظارت بر حسن انجام کار و تعیین محل دفن لاشه است. کلیه‌ی مراحل باید با هماهنگی دستگاه‌های ذیربط (دانشگاه علوم پزشکی، محیط زیست، دامپزشکی و غیره) صورت

قانونی و بسیاری از محدودیت‌ها، چندین سازمان مردم نهاد و پناهگاه در ایران تاسیس شده که به حمایت از حقوق حیوانات شهری می‌پردازند و در مورد واکسیناسیون، درمان، عقیم‌سازی و مراقبت از آن‌ها تلاش می‌نمایند. با وجود این، باید متذکر شد که حمایت از حقوق و رفاه حیوانات در ایران نیازمند پیش‌بینی ترتیبات قانونی و سازمانی مترقیانه‌تری است که امید است با تلاش‌های جامعه مدنی و اراده دولت در آینده‌ای نزدیک محقق شود.

همان‌گونه که گذشت، کشورهای پیشگام نیز از ابتدا بهترین روش‌ها را انتخاب نکرده‌اند، بلکه به آهستگی و با تجربه و آزمودن روش‌های مختلف توانسته‌اند مشکلات حیوانات شهری را حل و فصل نمایند. بنابراین ایران نیز قادر خواهد بود با استفاده از این تجارب موفق، در عین حمایت از رفاه حیوانات شهری، مسالهای جمعیت آنها را نیز حل و فصل نماید. بنابراین پیشنهادات مطرح شده با هدف درج در قوانین آتی و اجرای برنامه‌های کنترل موالید در ایران شامل این موارد است:

- کاهش تعداد حیوانات شهری تا سطحی قابل قبول (براساس میزان جمعیت و امکانات موجود)؛
- به‌کارگیری روش‌های عقیم‌سازی مقرون به‌صرفه‌تر (روش‌های غیرجراحی)، نظیر کشورها امریکای لاتین؛
- افزایش مالکیت مسئولانه شامل منع رهاسازی حیوانات خانگی و به‌سرپرستی گرفتن حیوانات شهری؛
- اجرای روش سه‌گانه یا برنامه‌های تله-گذاری/عقیم‌سازی و واکسیناسیون/بازگردانی؛
- پلاک‌گذاری حیوانات عقیم‌شده؛
- در نظرگرفتن مناطقی امن جهت رهاسازی و نظارت مداوم بر حیوانات عقیم‌شده؛

حیوانات شهری بدل شده است. مطالعات تطبیقی نمایانگر اثربخشی این روش در طولانی‌مدت است.

تجارب عملی کشورها و مبانی نظری رفاه حیوانات حاکی از این است که در شرایطی که امکان آرمان‌گرایی وجود نداشته و حیوانات در معرض تهدید می‌باشند، بهتر است به جای طرح ایده‌های آرمانی، واقعیت کنونی را دریافت و به‌دنبال بهترین راه‌حل برای آن بود. در این شرایط می‌توان تفاوت اصطلاح حقوق حیوانات و رفاه حیوانات را دریافت. تولید مثل حق حیوان است، عقیم‌سازی عاملی برای تامین رفاه حیوان. به این صورت که از تولد حیواناتی جلوگیری خواهد شد که امکان دارد چند روز پس از تولد از بین بروند، در غیر این‌صورت تمام طول حیات بیمار بوده یا گرسنگی و تشنگی باعث مرگ آنان می‌شود. در واقع با عقیم‌سازی حیوان شهری از ورود رنج و درد آینده پیشگیری می‌شود. از سوی دیگر با مقایسه کشتار انبوه (معدوم‌سازی) و عقیم‌سازی به راحتی می‌توان عقیم‌سازی را به عنوان روشی انسانی‌تر انتخاب نمود. نمی‌توان حیوانات زنده را از حیات محروم کرد اما جلوگیری از تولد ناخواسته حیوانات باعث می‌شود که این حیوانات مرگ‌های دردناک و پر از رنج کمتری را متحمل شوند. هم‌چنین باید دید که حیوان پس از عقیم‌سازی می‌تواند با آسایش و بدون درد زندگی کند یا خیر. بنابراین نباید تنها به فکر جلوگیری از افزایش جمعیت حیوانات شهری بود، بلکه باید به رفاه و آسایش آنان در طول مدت حیات‌شان نیز توجه نمود. این مهم از طریق ارتقای قوانین حمایت از حیوانات یا رفاه حیوانات قابل حصول است که پژوهش‌های آتی را در حوزه قانون‌گذاری می‌طلبد.

گرچه روش عقیم‌سازی تا حدودی در ایران نیز ذیل دستورالعمل کنترل جمعیت سگ‌های ولگرد اجرا می‌شود؛ لکن در ایران، نظام‌مندی برنامه‌های کنترل موالید در راستای رفاه حیوانات کمتر مورد توجه بوده است. به‌علاوه، در نظام حقوقی ایران قوانین حمایتی مبتنی بر رفاه حیوانات و جرم‌انگاری برخی اعمال علیه آن‌ها نیز وجود ندارد. با وجود خلاء



- اجرای بلندمدت برنامه‌های کنترل موالید؛
- تصویب قانون خاص در رابطه با حیوان-آزاری و معدوم‌سازی حیوانات؛
- تعیین ارگان مسئول و طرح وظایف آن؛
- 
- اعطای مجوز و تامین مالی فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد و پناهگاه‌های حیوانات؛
- اجرای برنامه های آموزشی در سطوح مختلف جامعه.



## منابع

- Abrantes, R.; Rasmussen, R. (1977). *The evolution of canine social behavior*, dogwise publishing.
- Aronson, Myla F. J. ; La Sorte, Frank A. ; Nilon, Charles H. ; Katti, Madhusudan ; Goddard, Mark A.; et al. (April 2014). "[A global analysis of the impacts of urbanization on bird and plant diversity reveals key anthropogenic drivers](#)". Proceedings of the Royal Society B. 281 (1780): 20133330. [doi:10.1098/rspb.2013.3330](#). [PMC 4027400](#). [PMID 24523278](#).
- Association of Pet Behaviour Counsellors (APBC) book of companion animal behavior, by Appleby, D. (editor) (2016). London, Souvenir Press Ltd.
- Baxter, M. R. (1983). Ethology in environmental design for animal production. *Applied Animal Ethology*, 9.
- Belsare, A.; Vanak, A. (2020). Modelling the challenges of managing free-ranging dog populations, *Nature Scientific Reports* 10.
- Boonin, D. (2003). Robbing PETA to Spay Paul: Do Animal Rights Include Reproductive Rights? *Between the Species* 13(3).
- Bouwman, M. (2015). Animal sheltering in the Netherlands, Reaching out to the community, *mantra on view hotel*.
- Bowman Report. (2022) Global Desk—The Great Spay-Neuter Debate. Available online: <https://bowmanreport.com/blogs/all-articles/global-desk-the-great-spay-neuter-debate>.
- Brambell Report. (1965). Report of the technical committee to enquire into the welfare of animals kept under intensive livestock husbandry systems. London: Her Majesty's Stationery Office.
- Broom, D. M. (1991). Animal welfare: concepts and measurement. *Journal of Animal Science*, 69.
- Broom, DM.; Faster, AF. (2015). *Domestic animal behavior and welfare*, CABI.
- BuRO. (2021). Advice from BuRO on the evaluation of the animals act (Utrecht: NVWA).
- Carmichael LE. ; Greene CE. (2006). *Infectious Diseases of the Dog and Cat*. 3rd ed. Philadelphia (PA), USA. WB Saunders.
- Cocia, R.I.; Rusu, A.S. (2010). Attitudes of Romanian pet caretakers towards sterilization of their animals: Gender conflict over male, but not female, *companion animals*. *Anthrozoos* 23.
- Dawson, J.K.; Howell, T.J.; Ruby, M.B.; Bennett, P.C. (2019). Throwing the baby out with the bath water: Could widespread neutering of companion dogs cause problems at a population level? *Front. Vet. Sci*.
- Forsberg CL, Persson G. (2007). A survey of dystocia in the Boxer breed. *Acta Veterinaria Scandinavica*, 21.
- Frank J. (2004). An interactive model of human and companion animal dynamics: the ecology and economics of dog overpopulation and the human costs of addressing the problem. *Hum Ecol* 32(1).



- Fraser, D., Weary, D. M., Pajor, E. A., & Milligan, B. N. (1997). A scientific concept of animal welfare that reflects ethical concerns. *Animal Welfare* 6.
- Friz D. (2003). The Problem of Stray Animals practical and effective management methods, *The Foundation Mondo Animale Onlus Frontiers in Veterinary Science* 4.
- Garde, E.; Marín-Vial, P.; Pérez, G.E.; Sandvig, E.M. (2022). A review and analysis of the national dog population management program in Chile. *Animals* 12.
- Glasser, C.L. (2021). Attitudes toward spay/neuter in the US Population: Urban/rural, cat/dog, and demographic differences. *Anthrozoos* 34.
- Griffin, B. (2009). Revisiting the basics: The importance of sterilization – that little ounce of prevention carries weight in the battle against animal homelessness. *Animal Sheltering Magazine*.  
[http://www.animalsheltering.org/resource\\_library/magazine\\_articles/mar\\_apr\\_2009/shelter\\_medicine\\_the\\_importance\\_of\\_sterilization.html](http://www.animalsheltering.org/resource_library/magazine_articles/mar_apr_2009/shelter_medicine_the_importance_of_sterilization.html)
- Guseva, V. (2013). Dog Ownership through the Eyes of a Stray Dog: Property Rights and the Stray Dog Population. Undergraduate Honors Theses.
- International Companion Animal Management Coalition (ICAM). (2007). Humane dog population management guidance. <http://icamcoalition.org>
- Jackman J., Rowan A. (2007). Free-Roaming Dogs in Developing Countries: The Benefits of Capture, Neuter, and Return Programs. *State of the Animals*. [https://animalstudiesrepository.org/sota\\_2007/10](https://animalstudiesrepository.org/sota_2007/10)
- Jena N. P. (2017). *Animal Welfare and Animal Rights: an Examination of some Ethical Problems*, J Acad Ethics, Springer Science and Business Media Dordrecht.
- Johnston SD., Root Kustritz MV., Olson PNS. (2001). *Canine and feline theriogenology*. Philadelphia (PA), USA: WB Saunders; 2001.
- Kakati K. (2012). Street Dog Population Survey, Kathmandu, Final Report to WSPA.
- Kennedy, J. S. (1992). *The new anthropomorphism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Khoshyari Hajibaba, R., Majdi, A. (2013). "Protection of animals in Iranian laws and international documents". *Medical Law Quarterly*. 26. [in persian]
- Kiley-Worthington, M. (1989). Ecological, ethological, and ethically sound environments for animals: toward symbiosis. *Journal of Agricultural Ethics*. 2.
- Kisiel, L.M.; Jones-Bitton, A.; Sargeant, J.M.; Coe, J.B.; Flockhart, D.T.; Reynoso Palomar, A.; Canales Vargas, E.J.; Greer, A.L. (2016). Owned dog ecology and demography in Villa de Tezontepec, Hidalgo, Mexico. *Prev. Vet. Med.* 135.
- Klein, MK. (2007). *Tumors of the female reproductive system*. In: Winthrow SJ, Vail DM, editors. *Withrow and MacEwen's Small Animal Clinical Oncology*. 4th ed. St. Louis (MO), USA: WB Saunders Elsevier.

- Krukonis G., Bar, T. (2008). *evolution for dummies*. wiley publishing inc.
- Lundmark Hedman, F., Berg, C., and Stéen, M. (2021). Whose interest matters when regulating animal welfare? a Swedish case study, *Justice and food security in a changing climate*. Wageningen: Wageningen Academic Publishers.
- Mondal, R.; Protopopova, A.; Bhadra, A. (2023). The human-animal bond and at-home behaviours of adopted Indian free-ranging dogs, *Applied Animal Behaviour Science*, Volume 268.
- Ortega-Pacheco, A.; Rodriguez-Buenfil, J.C.; Bolio-Gonzalez, M.E.; Sauri-Arceo, C.H.; Jiménez-Coello, M.; Forsberg, C.L. A. (2007). Survey of dog populations in urban and rural areas of Yucatan, Mexico. *Anthrozoos* 20.
- Pereira, M.A.A.; Gonçalves, L.A.; Evangelista, M.C.; Thurler, R.S.; Campos, K.D.; Formenton, M.R.; Patricio, G.C.; Matera, J.M.; Ambrósio, A.M.; Fantoni, D.T. (2018). Postoperative pain and short-term complications after two elective sterilization techniques: Ovariohysterectomy or ovariectomy in cats. *BMC Vet. Res.* 14.
- Price, E. O. (1984). Behavioral aspects of animal domestication. *Quarterly Review Biology*, 59.
- Reece JF, Chawla SK, Hiby AR. (2013). Decline in human dog-bite cases during a street dog sterilisation programme in Jaipur, India. *Vet Rec* 172(18).
- Reece JF, Chawla SK. (2006). Control of rabies in Jaipur, India, by the sterilisation and vaccination of neighbourhood dogs. *Vet Rec* 159 (12).
- Reece, J. F, (2007). Rabies in india: an ABC approach to combating the disease in street dogs. *Vet.Rec.*161.
- Regan, Tom. (1983). *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California.
- Regan, Tom. (2003). *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Rollin, Bernard. (2006). *Animal Rights and Human Morality* (Third Edition). New York: Prometheus Books.
- Sallander, M.; Hedhammar, Å.; Rundgren, M.; Lindberg, J. (2001). Demographic data of a population of insured swedish dogs measured in a questionnaire study. *Acta Vet. Scand.* 42.
- Shahbazi, A. (2011). Animal rights; theory and practice, *Public Law Research*, Volume 14, Issue 36. [in Persian]
- Stubbs, W.; Bloomberg, M.; Scruggs, S.; Schille, V.; Senior, D. (1993). Prepubertal gonadectomy in the domestic feline: Effects on skeletal, physical, and behavioral development. *Vet. Surg.* 22.
- T. Mannhart, T. Senders, T. Hoppenbrouwers, A. (2007). Steiger A catch-neuter-release project for free-roaming dogs and cats in Rhodes, Greece: Problem analysis and effectiveness of the strategy. *Journal of American Veterinary Medical Association* [JAVMA].
- Taghipoor A. (2018). Criticism of the translation of the Council of Europe's



- law book, Critical Research. *Journal of Humanities Texts and Programs*. 50. [in persian]
- Tenzin, T., Ahmed, R., Debnath, NC., Ahmed, G., Yamage, M. (2015). Free-roaming dog population estimation and status of the dog population management and rabies control program in Dhaka City, Bangladesh. *PLoS Negl Trop Dis*. 9(5).
- Totton. SC., Wandeler, AI., Ribble, CS. (2011). Stray dog population health in Jodhpur, India in the wake of an animal birth control (ABC) program. *Preventive Veterinary Medicine* 98.
- Vakil, A. (2020). Emergence of Transnational Approaches to Animal Welfare Law, *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 50, No. 1.
- Von Gall, P., Gjerris, M. (2017). Role of joy in farm animal welfare legislation. *Soc. Anim.* 25 (2). doi: 10.1163/15685306-12341444
- Voogt, AM., Ursinus, WW., Sijm, DTHM., Bongers, JH. (2023). From the Five Freedoms to a more holistic perspective on animal welfare in the Dutch Animals Act. *Front. Anim. Sci.* 4. doi: 10.3389/fanim.2023.1026224
- World Health Organization/World Society for the Protection of Animals (WHO/WSPA) (1990): Guidelines for dog population management. WHO Document WHO/ZOON/90.165, Geneva.

Original Article

# Analysis of the ethical bases of playing the role of the victim in civil compensation with a comparative view of English and French law

Hossain Ghorbani <sup>\*1</sup>, Bijan Haji Azizi <sup>2</sup>, Mohammad Molodi <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ph.D. student in private law, Faculty of Literature and Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran.

<sup>2</sup> Professor of Law Department, Faculty of Literature and Human Sciences, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

<sup>3</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.6.7](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25520.1519)



[10.22080/LPS.2023.25520.1519](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25520.1519)

**Received:**

August 8, 2023

**Accepted:**

July 4, 2023

**Available online:**

August 22, 2023

**Keywords:**

Ethics, playing a role, compensation for objective damage, basics, the cause of the loss, the victim, fairness.

## Abstract

Morality in society is an interwoven set of religious sacredness, political beliefs, habits and customs that are used in an institutionalized manner and control human behavior within the framework of reason and logic. Compensation for the loss is one of the most important topics in the field of civil liability, and the voluntary participation of the victim in choosing the method and quality of compensation has moral justification and explanation. The approach of playing the role of the cause of damage in compensating all types of damage (material, spiritual, physical) with the acceptance and satisfaction of the victim is a secondary agreement in choosing the method and quality of objective compensation that replaces the primary damage and its crystallization is damages that can be objectively compensated. Based on the capabilities and expertise of the actor, he has losses, The desirability of objective compensation is such that in Iranian law it is considered the primary preference for compensation and in English and French law it is considered a secondary preference. In this article, with a descriptive-analytical method, moral principles such as justice, fairness, good faith, and the negation of hardship and embarrassment are studied as the moral bases of citing and preferring this approach with a comparative view of French and English law And with these moral justifications, depending on the type of damage caused, it is preferable and superior to any method and quality of compensation, including monetary methods, although this approach may not be applied in some damages.

**\*Corresponding Author:** Hossain Ghorbani

**Address:** Faculty of Literature and Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran.

**Email:** [Ghorbani\\_hossain@yahoo.com](mailto:Ghorbani_hossain@yahoo.com)



## Extended abstract

### 1. Introduction

Among the main obstacles in the way of realizing social justice are the dryness and inflexibility of legal rules in regulating social relations and the lack of moral foundations, which makes it difficult to determine the method and quality in accordance with moral principles in the compensation process. The adopted and usual methods and procedures included in the laws have faced the mentioned problem and defect in such a way that none of the methods are comprehensive and consistent with moral principles such as justice, fairness, goodwill and negation of hardship and harm. Despite this, it seems necessary to adopt a method that is more compatible with the moral principles and foundations of Iran's legal system. Today, taking into account the disadvantages of other compensation methods in different legal systems and the shortcomings of legal rules in this field, which in most cases do not lead to full compensation, the approach of participating and playing the role of the cause of loss in objective compensation is suggested according to the type of damage that can be compensated objectively. In this approach, taking into account its moral and economic context and roots and paying attention to the capacity, ability and expertise of the victim in providing satisfaction to the injured party based on the realization of full compensation, the effect of civil liability moves towards justice and efficiency and complying with the same ethical requirements in the participation of the perpetrator of the damage in compensation is also for the benefit of the victim, and in a higher step, the effect of the damage or the effect of its compensation on third parties and even

society is taken into account. and the main question in this article is which one of the moral bases justifies playing the role of the victim in compensation?

The moral foundations of playing the role of the victim are all the causes and principles justifying the adoption and acceptance of this approach with the consent of the victim, which in this article consists of justice, fairness, goodwill and negation of hardship and embarrassment, which by considering them and adopting an approach to their basis, Civil responsibility can lead people's private relationships towards achieving social justice by adopting suitable and favorable methods for the cause of loss and the victim and even society in compensation. and the discussed approach in compensating the damages that there is an objective possibility to compensate is preferable to the mandatory objective or monetary methods chosen by the judge. and this discussion has not been examined from this angle and in this way in the works of other authors, and what has been discussed about compensation is the preference or non-preference of objective or monetary methods for compensation and their effectiveness, regardless of moral principles. Previously, the article "Compensation Methods in Civil Liability" (Bijan Haji Azizi) has discussed the methods of compensation and their effectiveness in the legal system of Iran.

### 2. Methods

In order to collect resources, a library and it is analytical and descriptive in terms of analysis and inference of the collected materials. Through descriptive analysis and inductive reasoning, the topic is investigated and research results are extracted.

### 3. Conclusion

Considering the necessity of synchronizing the rules of compensation with the path of moral movement of the society and its conformity with the moral principles that originate from human reason and religious teachings; It is concluded that with the realization of civil responsibility, a religious relationship between the victim and the perpetrator of the damage is created. Expressing the ethical bases of the approach of playing the role of the cause of loss, it is a positive preference and priority over the traditional and usual methods of compensation, which in this research includes justice, fairness, goodwill and negation of hardship and embarrassment. The basis of this approach is the agreement between the perpetrator and the victim, all damages will be compensated and no damage will remain uncompensated. and on the basis of fairness, the opportunity to tolerate the

perpetrator of the loss, which is based on fairness and renouncing mistakes; Provide. good faith, which is the obligation to compensate damages honestly and without trickery and negation of difficulty and embarrassment, whose role is often in justifying the necessity of stopping the execution of the monetary compensation order.

#### Funding

There is no financial support for writing the article.

#### Authors' contribution

All authors participated in the writing of the article and each of them was responsible for a part of the work.

#### Conflict of interest

authors declared no conflict of interest

#### Acknowledgments

We appreciate and thank all the authors whose scientific works were the light of this article.

# تحلیل مبانی اخلاقی ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت مدنی با نگاهی تطبیقی به حقوق انگلیس و فرانسه

حسین قربانی<sup>۱\*</sup>، بیژن حاجی عزیزی<sup>۲</sup>، محمد مولودی<sup>۳</sup>

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.  
<sup>۲</sup> استاد گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.  
<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

[20.1001.1.24237566.1403.8.1.6.7](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25520.1519)[10.22080/LPS.2023.25520.1519](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25520.1519)

## چکیده

اخلاق در جامعه مجموعه در هم تنیده‌ای از مقدسات مذهبی، اعتقادات سیاسی، عادات و رسومی که بصورت نهادینه شده به کار گرفته شده و در چارچوب عقل و منطق رفتار انسان را کنترل می‌کند. جبران خسارت زیان‌دیده از مهمترین مباحث در حوزه ی مسئولیت مدنی بوده که مشارکت ارادی فاعل زیان در گزینش روش و کیفیت جبران دارای توجیه و تبیین اخلاقی است. رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران تمامی اقسام خسارت (مادی، معنوی، بدنی) با پذیرش و رضایت زیان‌دیده، توافقی ثانویه در گزینش روش و کیفیت جبران عینی بوده که جایگزین خسارت اولیه می‌گردد و تبلور آن در خساراتی می‌باشد که قابلیت جبران عینی بر مبنای امکانات و تخصص فاعل زیان را دارد. مطلوبیت جبران عینی به گونه‌ای است که در حقوق ایران ترجیح اولیه برای جبران خسارت و در حقوق انگلیس و فرانسه ترجیح ثانویه تلقی می‌شود. در مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی اصول اخلاقی نظیر عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج به عنوان مبانی اخلاقی استناد و ترجیح این رویکرد با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه و انگلیس مورد مطالعه قرار می‌گیرد و با این توجیهاات اخلاقی بر حسب نوع مصداق خسارت وارده، بر هر روش و کیفیتی از جبران خسارت از جمله روش‌های پولی، ارجحیت و برتری دارد هر چند ممکن است در برخی خسارات نتوان این رویکرد را به کار بست.

تاریخ دریافت:

۱۷ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۳ تیر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۳۱ مرداد ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

مبانی اخلاقی، ایفای نقش، جبران عینی خسارت، فاعل زیان، زیان‌دیده.

\* نویسنده مسئول: حسین قربانی

ایمیل: [Ghorbani\\_hossain@yahoo.com](mailto:Ghorbani_hossain@yahoo.com)

آدرس: دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.



## ۱ مقدمه

سوال اصلی در این مقاله این است که کدام یک از مبانی اخلاقی توجیه کننده ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت است؟ در تحقیق حاضر تمامی علل و اصول اخلاقی توجیه کننده استناد و پذیرش این رویکرد؛ عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج است. با این توجیهات اخلاقی، رویکرد مورد بحث در جبران خساراتی که امکان عینی برای جبران وجود دارد بر روش‌های اجباری تحمیلی عینی یا پولی گزینش شده توسط دادرس، ارجحیت دارد. انطباق این رویکرد با مبانی اخلاقی مذکور به این ترتیب است که با وصف اطلاع و اشراف فاعل زیان و زیان- دیده بر میزان خسارت وارده و روش و کیفیت جبران عینی متناسب، از یک سو تمام خسارات وارده به زیان‌دیده جبران می‌شود که عدل و انصاف را برای طرفین به ارمغان می‌آورد و از سوی دیگر با توجه به مشارکت ارادی فاعل زیان و توجه به امکانات او، ضمن مفروض بودن حسن نیت (جبران خسارت صادقانه و بدون نیرنگ)، از عسر و حرج او جلوگیری می‌شود.

در مقاله حاضر نخست مفهوم نگارندگان از رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت، بررسی می‌گردد و سپس در مباحث بعدی، انطباق رویکرد مذکور با چهار اصل اخلاقی (عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج) که از درجه‌های نفوذ اخلاق در حقوق هستند مورد مطالعه و تحلیل قرار می‌گیرد و فرضیه‌ی اولیه این است که رویکرد مورد بحث در مورد خساراتی که امکان جبران عینی آن وجود دارد، بر اصول اخلاقی مذکور انطباق بیشتری داشته و بر سایر روش‌های تحمیلی مندرج در نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلیس از جمله جبران پولی ارجحیت دارد.

از حیث سابقه، جبران خسارت از زاویه‌ی توجه به نقش فاعل زیان و انطباق آن بر مبانی اخلاقی در آثار دیگر نویسندگان بررسی نشده است و آنچه که در آثار دیگر نویسندگان مرتبط با موضوع این مقاله می‌باشد، بررسی شیوه‌های جبران عینی یا بدلی جبران خسارت و ترجیح یا عدم ترجیح هر کدام

همزیستی سالم و صحیح در یک جامعه متمدن و متعالی مستلزم تنظیم روابط اجتماعی بر مبنای اصول اخلاقی است. از اصول اولیه در اخلاق آن است که کسی نتواند به دیگری ضرری برساند و در صورت ایراد ضرر ملزم به جبران آن باشد (فردوسی پور، کاظمی گل وردی و احمری، ۱۴۰۰: ۱۶۵). بدون تردید علم حقوق مبتنی بر عرف و قواعد اخلاقی شکل گرفته است و در جامعه «حقوق قسمتی از اخلاق است که همزیستی افراد متعدد را فراهم می‌کند» (Giorgio, 2007: 51).

در فرایند جبران خسارت، تعیین روش و کیفیت جبران متناسب با مبانی و اصول اخلاقی دشوار است. شیوه‌های معمول جبران خسارت مندرج در قوانین ایران، انگلیس و فرانسه در برخی از موارد با مشکل و ایراد مذکور روبرو بوده، به گونه‌ای که به جهت عدم توجه به وضعیت زیان‌دیده و فاعل زیان، و در نظر گرفتن نسخه‌ی واحد از روش جبران برای تمام مصادیق و موارد، دارای این ایراد است که هیچ کدام از شیوه‌ها، روشی جامع و منطبق با مبانی اخلاقی (عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج) نیستند و لذا رویکرد ایفای نقش فاعل زیان به جهت انطباق با بسیاری از مبانی اخلاقی مورد توجه قرار می‌گیرد. جوهر رویکرد این است که فاعل زیان بعد از آنکه خسارتی وارد نموده و انتساب خسارت بر او اثبات یا مورد پذیرش او قرار گرفت؛ به جای انتظار برای تحمیل و اجبار به روش جبران از طرف محکمه، پیش‌قدم شده و راهکار جبران عینی خویش را در مصادیق و اقسام خسارت قابل جبران با روش عینی به زیان‌دیده اعلام می‌کند و در صورت رضایت زیان‌دیده به آن و حصول توافق بر جبران عینی توسط فاعل زیان، تحقق جبران به این روش و کیفیت مورد حکم یا اجرا می‌گیرد. هر چند ممکن است در برخی خسارات که قابلیت جبران عینی ندارد و یا در مواردی که زیان‌دیده کیفیت ارائه شده توسط فاعل زیان را نمی‌پذیرد، بحث از این رویکرد منتفی گردد.

به جبران خسارت در دعوی مسئولیت مدنی را بر عهده دارد و «اصطلاحاً جبران خسارت تعهد فاعل زیان می‌باشد نه اشخاص دیگر» (حاجی عزیزی، ۱۳۸۰: ۶۳).

توجه به نگرش نویسندگان حقوقی در انگلیس و در ایران بر کیفیت جبران خسارت؛ رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران تمامی اقسام خسارت (مادی، معنوی، بدنی) با پذیرش و رضایت زیان‌دیده متبادر می‌گردد. یعنی تعهدی ثانویه با رضایت طرفین جایگزین خسارت اولیه می‌گردد. این کیفیت جبران مورد نظر طرفین که نمود و تبلور و برجستگی آن در خساراتی می‌باشد که قابلیت جبران عینی با دخالت فاعل زیان را دارد؛ بر هر روش جبران ارجحیت و برتری دارد و برخلاف سایر موضوعات حقوقی که گاهی مبانی اخلاقی و اقتصادی در انطباق با هم نیستند؛ این رویکرد علاوه بر انطباق با مبانی اقتصادی بر مبانی اخلاقی نیز منطبق می‌باشد.

### ۳ مفهوم اخلاق

خلاق، جمع خلق به مفهوم صفت نفسانی پایدار (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۰ / ۸۸) شامل فضائل که باعث سعادت و نجات و مجاورت انسان با اهل الله می‌شود و شامل رذائل که سبب هلاک آدمی می‌شوند (نراقی، ۱۳۷۹: ۳۲). اخلاق در زندگی انسان بسیار تأثیرگذار است. و هنگامی که می‌کوشیم با ابزار عقلانی به مجموعه‌ای از معیارها برای تشخیص فعل خوب از بد برسیم، سروکار ما با گزاره‌های اخلاقی است که آمیخته با ارزش‌های انسانی است که بهتر زیستن را به انسان می‌آموزد (غفاری و باغبان زاده، ۱۳۹۶: ۱۰۴؛ رهنمایی و محمد آبادی، ۱۳۹۸: ۴۸).

در علم اخلاق راههای آراسته شدن نفس به آنها را تبیین می‌کند و تقوا اصل ارجح بر تمام اصول اخلاقی اسلام است که نماد حسن فاعلی برای سایر اصول اخلاقی است که حسن فعلی را نشان می‌دهند (جهانیان، ۲۹: ۱۳۹۲) و در آیهی «الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيُبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَ هُوَ الْعَزِيزُ الْعَلِيمُ» حسن عمل فعلی و فاعلی به عنوان هدف

بدون تحلیل مبانی اخلاقی ترجیح هر روش (با عنوان مستقل و مجزا) بوده است. از جمله سابقاً مقاله «روشهای جبران خسارت در مسئولیت مدنی» (بیژن حاجی عزیزی) به بیان شیوه‌های جبران و کارآیی آنها در نظام حقوقی ایران پرداخته است. که بر اساس نتایج به دست آمده از این مقاله در نظام حقوقی انگلیس و فرانسه، جبران پولی بر جبران عینی ارجحیت دارد و در حقوق ایران علی‌رغم اولویت جبران عینی، جبران پولی گسترده‌تری دارد. اما در مقاله حاضر اصولی چون عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج، بعنوان مبانی اخلاقی ترجیح و توجه به ایفای نقش فاعل زیان با رضایت زیان‌دیده به عنوان رویکردی مطلوب در امکان جبران عینی خسارت به عنوان یک روش و کیفیت جبرانی بررسی گردیده است.

## ۲ مفهوم رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت

در تحقیق حاضر مفهوم رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت اینست که خساراتی که امکان جبران عینی با توجه به ظرفیت یا تخصص یا امکانات فاعل زیان وجود دارد، به جای اینکه مسیر دادرسی و اجرایی طولانی پیموده شود و صدور حکم و اجرای حکم جبران خسارت به روش جبرانی تحمیلی و معین توسط محکمه مشخص گردد؛ فاعل زیان پیش‌قدم شده و کیفیت جبران عینی مورد نظر خویش را به زیان‌دیده عرضه کرده و زیان‌دیده را مجاب کند که به انجام این روش پیشنهادی فاعل زیان رضایت دهد و توافق ثانویه‌ای برای جبران خسارت میان فاعل زیان و زیان‌دیده محقق گردد و ادامه‌ی روند جبرانی بر مبنای این توافق صورت پذیرد.

در حقوق انگلیس در بحث قراردادهای نقض تعهد اولیه به یک تعهد ثانوی در مورد جبران خسارت منتهی می‌شود. که در موارد امکان، طریق اجرای عین تعهد مطلوبیت دارد (Solene, 2012: 22). به نظر عده‌ای در حقوق ایران اصولاً فاعل زیان تکلیف

جامعه باشد وگرنه عدم مطابقت قوانین با روند اخلاقی اجتماع، خطر آفرین است.» (آهنگران و احمدی، ۱۳۹۹: ۹۶) و به جرات باید گفت که حقوق بدون اخلاق، فاقد لطافت و پویایی بوده و صرفاً اطاعت از اقتدار است.

دیدگاه اخلاقی بودن حقوق، از فلسفه‌های سنتی و مهم علم حقوق و از جمله مسئولیت مدنی و بالاخص جبران خسارت محسوب می‌گردد و در تمامی دوران‌ها طرفداران همیشگی و ثابت خود را داشته است (ایمانی پیر آغاچ و روشن، ۱۴۰۰: ۶۴).

برخی عقیده دارند که اثرگذاری اخلاق در مسئولیت مدنی، به ناشایست بودن و نکوهش ضرر به عنوان رذیلت از نظر جامعه برمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۱۰-۳۱۱). بر این اساس قواعد منع اضرار به غیر و هنجارهای مرتبط با ضرورت جبران خسارت، از جمله گزاره‌های اخلاقی مبتنی بر حمایت از زیان‌دیده بوده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۲۲۵). از دیدگاه برخی نویسندگان نقش اخلاق و از جمله ارزش اخلاقی انصاف در مسائل مربوط به آثار مسئولیت مدنی از جمله در روش و کیفیت نحوه جبران خسارت یا جبران کامل خسارات بسیار برجسته و پررنگ است (بادینی، ۱۳۹۲: ۲۸-۴۱).

در نگرش اخلاقی به حقوق و بررسی مبانی اخلاقی آن، موضوعات حقوقی از جمله جبران خسارت صرفاً یک التزام اخلاقی به یک تکلیف به شمار می‌آید، لذا جبران خسارت به لحاظ جنبه‌های اخلاقی موجود در آن وظیفه فاعل زیان است.

همچنین در بررسی مسئولیت مدنی و قواعد جبران خسارت، به دلیل توسل و تمسک به جنبه‌های اخلاقی پشتوانه‌ی محکمی نسبت به سایر موضوعات وجود دارد؛ چرا که به صورت سنتی، قواعد جبران خسارت دارای وصف اخلاقی است و جبران خسارت به عنوان جلوه و نماد پسندیده بودن و نیکویی تلقی می‌گردد و صورت والایی از اجرای عدالت مطلوب به عنوان هدف مسئولیت مدنی می‌باشد.

از خلقت انسان بیان شده است (طباطبایی، ۱۳۶۰: ج ۹، ۳۵۰).

اخلاق جامعه یعنی مجموعه در هم تنیده‌ای از مقدسات مذهبی، اعتقادات سیاسی، عادات و رسومی که مردم برای رفع نیازهای خودشان اجباری کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲، ۶۲).

اخلاقی بودن یکی از مهم‌ترین ابزارها در سنجش عادلانه بودن قوانین است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۹). هر انسانی در وجدان آگاه خویش قواعد اخلاقی را محترم و اجباری می‌داند که با انطباق با بعد فطری و مشترک و حقیقی انسانها، تحقق اهداف حقوق را امکانپذیر می‌سازد (حق پرست، کاویانی و کهنوند، ۱۳۹۵: ۶۳).

نفوذ اخلاق در حقوق بیش از حد تصور است تا جایی که اخلاق می‌تواند قانونی را به صورت تکه پاره‌ی کاغذی در لابلای کتابها در آورد و یا می‌تواند قانون نانوشته‌ای را که بر دل مردم ثبت شده لازم الاجرا کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲، ۶۲).

این تحلیل به مفهوم تبدیل هنجارهای اخلاقی به قواعد حقوقی نیست، بلکه قانونگذار امری را به عنوان قانون تصویب کند که افراد جامعه و نیز دولت به عنوان مجری قانون آن امر را نیکو پسندیده تلقی می‌کنند.

هر چند نویسندگان علم اخلاق اصول متعددی را به عنوان ارزش‌های اخلاقی تعریف و تبیین کرده‌اند اما اصولی که در تحقیق حاضر به عنوان دریچه‌ی نفوذ اخلاق در تحلیل ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت مورد توجه نگارندگان است؛ عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج می‌باشد.

## ۴ پیوند مبانی اخلاقی با قواعد حقوقی جبران خسارت

همان‌طور که در نظام‌های حقوقی چون انگلیس و فرانسه، بر نقش آفرینی اخلاق در حقوق عیان است، در نظام حقوقی ایران هم به تبعیت از فقه «حرکت حقوق و قوانین باید در مسیر حرکت اخلاقی



## ۵ ارزش‌های اخلاقی مبنا در ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت

وقتی به کتاب‌ها و نوشته‌های حوزه‌ی اخلاق و سرآمد آنها، قرآن کریم در نظام حقوقی اسلام و سایر آثار حوزه‌ی اخلاق در نظام حقوقی انگلیس و فرانسه و رجوع می‌کنیم، ارزش‌های اخلاقی متعدد به عنوان هدایتگر انسان در مسیر کمال و سعادت دنیوی و اخروی عنوان گردیده است اما در این مقاله با توجه به ارتباط ارزش‌های اخلاقی عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج با ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت و مبنا قرار گرفتن در این رویکرد مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

### ۵٫۱ عدالت

بشر از آغاز تمدن خود با مفهوم عدالت آشنا و بعنوان یک مفهوم اخلاقی، برای استقرار آن در جهت همگامی با مجموعه منظم آفرینش و سیر طبیعی آن که تبلوری از عدالت است؛ تلاش کرده است<sup>۱</sup> (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ج ۲، ۲۲۱/۲۳۸). عدالت در مسئولیت مدنی، کوششی برای برقراری مجدد برابری است؛ برابری که سابقاً به واسطه‌ی فعل زیانبار یا نقل و انتقال ناروای اموال، از بین رفته است و با جبران خسارت زیان دیده و ترمیم بی-انضباطی پدید آمده مجدداً برقرار می‌شود (بادینی، ۱۳۸۴: ۹۲/۹۱).

هرچند که حقوق در قالب «قاعده» به عنوان جوهر عدالت و برابری ظاهر می‌شود اما برقراری عدالت بویژه در خصوص جبران خسارت ناشی از فعل زیان‌بار به تناسب شرایط زمانی و مکانی ورود ضرر و نیز وضعیت فاعل زیان و زیان‌دیده تغییر می-کند (راعی و شریفیان، ۱۳۹۰: ۱۱۶).

برخی نویسندگان عقیده دارند که عدالت گاهی در مفهوم «صوری»<sup>۲</sup> (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۶) و شمول یک قاعده‌ی حقوقی بر همه موضوعات و اشخاص مشمول آن، بدون توجه به کیفیت و خصوصیات و مقتضیات زمانی و مکانی (رحیمی و طرف، ۱۳۹۷: ۷۶) به کار می‌رود و گاهی در مفهوم «ماهوی»<sup>۳</sup> می‌رود؛ یعنی علاوه بر توجه به برابری در اجرا، به معنای سزاواری و توجه به محتوای قاعده نیز کاربرد دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۲).

گام نخست در استقرار عدالت اجتماعی ناشی از ورود خسارت، تصویب قانون مبتنی بر عدالت ماهوی و با توجه به تضمین مصالح مادی و معنوی هم‌ه‌ی زیان‌دیدگان و نیز فاعلین زیان به طور یکسان و با ملاحظات فردی و هماهنگ با اصول حاکم بر روابط اجتماعی بشر است؛ به ترتیبی که طرفین رابطه‌ی زیان‌بار حقوق و تکالیف متقابل را بشناسند و زیان‌دیده به نیل به آنچه سزاوار است، امیدوار و مطمئن به جبران کامل خسارت خویش باشد.

همانطور که برخی عقیده دارند که طرفین دعوی خسارت نیز با دادخواهی توقع برقراری مجدد عدالت را دارند نه اینکه صرفاً قانون اجرا گردد (بادینی و اسلامی فارسانی، ۱۳۹۲: ۳۱).

ماده‌ی ۱ قانون مسئولیت مدنی به عنوان مهمترین قانون در حوزه‌ی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و از جمله جبران خسارت، مبتنی بر مفهوم عدالت صوری است، زیرا با نگاهی گذشته نگر و بدون توجه به رفع منبع ضرر در آینده، بر جبران خسارت زیان‌دیده بصورت عام و انعطاف‌ناپذیر در اعمال بر مصادیق است (رحیمی و طرف، ۱۳۹۷: ۷۶) نقص اساسی این ماده در این است که به کیفیت توجهی نگردیده و صورتی بدون انعطاف و کاملاً خشک از جبران خسارت ارائه می‌دهد. اولین

آیه‌ی ص ۲۷. آیه‌ی ۱۰۹ از سوره‌ی یوسف، آیه‌ی ۴۴ از سوره‌ی فاطر.

<sup>۲</sup>. Formal justice

<sup>۳</sup>. Material justice

<sup>۱</sup>. رجوع کنید به آیه‌ی: «ما خلق الله السموات والارض و ما بینهما الا بالحق و اجل مسمى آیه‌ی ۱۸ از سوره‌ی روم - همچنین رک آیه‌ی ۴۴ از سوره‌ی عنکبوت آیه‌ی ۳ از سوره‌ی الرحمن آیه‌ی ۳ از سوره‌ی، تغابن آیه‌ی ۱۶ از سوره‌ی انبیاء،

مطلوبی در رویکرد مورد بحث متصور بوده و زیان- دیده معادل چیزی که از دست داده است به دست می آورد نه کمتر و نه بیشتر؛

همچنین در حقوق انگلیس زیان دیده نیز حق ندارد صرفاً بر این اساس که خسارات وارده بیشتر از پیشبینی او بوده، دعوای دیگری مطرح نماید (Owen, 2000: 16) و با تمسک به این رویکرد جبرانی، فرض بر این است که کلیه ی خسارات وارده جبران و سبب دعوا از بین رفته است و دلیلی بر طرح دعوای خسارات مازاد نیست.

با استناد و به کارگیری این رویکرد، عدالت با تحقق جبران کامل و گسترش اندیشه ی عدم تدارک جبرانی ناروا و مازاد بر خسارت، محقق می گردد. ضمن توجه به این نکته که برخلاف آنچه از مفهوم عدالت در ظاهر امر به نظر می رسد و مجازات مدنی فاعل زیان عادلانه تلقی می گردد؛ « تحقق عدالت به مفهوم مجازات مدنی و تنبیه فاعل زیان نیست» (قاسمی حامد، ۱۳۹۲: ۱۶۵).

## ۵٫۲ انصاف

انصاف در چپه اصلی نفوذ اخلاق در مسؤولیت مدنی است و در تمام قسمت های این شاخه از حقوق خصوصی و به ویژه جبران خسارت نقش به سزایی دارد و مبنای بسیاری از قواعد آن محسوب می شود.

در تمام نظریه های توجیهی مسؤولیت مدنی، انصاف یکی از راه های تلطیف قواعد خشک مسؤولیت مدنی و سازگار کردن آن با شرایط خاص طرفین دعوای مسؤولیت است (بادینی و اسلامی فارسانی، ۱۳۹۲: ۴۲/۴۳). و برای تعدیل قواعد حقوقی بر موارد خاص به کار می رود.

انصاف شبیه عدالت اما با آن متفاوت است و برخی عقیده دارند که فرق انصاف با عدالت به ویژه عدالت صوری در اینست که عدالت جنبه نوعی داشته که امکان بررسی علمی و منظم را دارد (بادینی و اسلامی فارسانی، ۱۳۹۲: ۲۷) و به نظر برخی دیگر توجه به اقتضائات انصاف منجر به عزیمت مسؤولیت مدنی از مرزهای عدالت صوری شده و

توجهی که می تواند موجب پیدایش و دخالت فاعل زیان در جبران خسارت باشد، برقراری عدالت ماهوی یا حفظ آن در جامعه است. زیرا بر مبنای عدالت ماهوی هر زیان دیده ای به میزان خسارتی که به او وارد شده است، دریافت خواهد کرد.

به نظر برخی اگر زیان دیده کمتر یا بیشتر از زیان وارده دریافت کند؛ عدالت ماهوی محقق نمی گردد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۴۲؛ محمود صالحی، ۱۳۸۸: ۱۳۶) در نتیجه برای تحقق عدالت ماهوی لازم است جبران خسارت به کیفیتی محقق گردد که اولاً ضرورتی به طرح دعوای مجدد نباشد و یک مرتبه در اولین رسیدگی تمامی خسارات وارده به زیان دیده جبران گردد. ثانیاً جبران خسارت به نحوی باشد که منجر به دارا شدن غیرعادلانه زیان دیده نگردد.

رویکرد ایفای نقش فاعل زیان با رضایت زیان دیده در جبران عینی، از دو جهت فوق موثر است و مبتنی بر عدالت ماهوی است. به این ترتیب که با توجه به این رویکرد که اساس آن نوعی توافق بین فاعل زیان و زیان دیده بر کیفیت جبران مطلوب طرفینی می باشد، فرض بر این است که با رضایت زیان دیده به کیفیت پیشنهاد شده از طرف فاعل زیان، تمامی خسارت وارده به او جبران می گردد و خسارت بدون جبران باقی نمی ماند تا مجوز درخواست یا طرح دعوای مجدد باشد. همچنین با توجه به تدارک جبران عینی در این رویکرد و وجود اراده جبران از جانب فاعل زیان، هر آنچه که از جانب فاعل زیان در تدارک جبران انجام شود، از نگاه فاعل زیان و نیز اجتماع مبتنی بر عدالت ماهوی بوده و پیدایش حس جبران ناروا برای فاعل زیان و پرداخت خسارت ناروای بیشتر به زیان دیده، منتفی می گردد.

در حقوق انگلیس نظر بر این است که تصمیم دادگاه بر جبران خسارت باید با تمامی جوانب و سطح شناخت طرفین از خسارت و کیفیت جبران باشد؛ زیرا که اطلاعاتشان از دادگاه بیشتر است و در نتیجه اعاده به وضع سابق محقق می گردد (Eisenberg and Miller, 2013: 13) و چنین



جبران خسارت در حقوق ایران<sup>۱</sup>، انگلیس و فرانسه وارد شده است و دارای قلمرو شمول چنان گسترده-ای است که تردیدی در قاعده بودن آن در جبران خسارت باقی نمی‌گذارد.

هر چند در نظام حقوقی ایران دادرس در زمان صدور رای نمی‌تواند به انصاف به عنوان منبع مستقیم استناد کند، اما با توجه به مواد ۳ و ۴ قانون مسؤلیت مدنی تعیین شیوه و

کیفیت جبران خسارت در اختیار دادرس است که می‌تواند رویکرد ایفای نقش فاعل زیان با رضایت زیان‌دیده در جبران عینی را بپذیرد. زیرا وقتی که قاضی با ستمی آشکار در اعمال شیوه‌های جبرانی خشک و بدون انعطاف مثل جبران پولی و عسر و حرج فاعل زیان روبرو شود، نباید بدون توجه به وجدان که مقتضی ملاحظه‌ی وضعیت فاعل زیان است و صرفاً بر مبنای تکلیف قانونی تصمیم‌گیری کند. برای نمونه در دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۵۵ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ شعبه‌ی ۱۸۲ دادگاه عمومی تهران، دعوای سازمان آ با خواسته‌ی مطالبه‌ی خسارت ناشی ارائه مدارک جعلی را مازاد بر میزان ضرر و زیان وارده تلقی نموده و به استناد انصاف و عدالت و به جهت اینکه فاعل زیان تاوان آن را با اخراج پرداخت کرده است؛ مردود و محکوم به بیحقی نموده است (میرشکاری، ۱۴۰۱: ۳۱۶) و در این رای که چندان مطابقتی با قواعد حقوقی ایران ندارد، قاضی صادر کننده در پرتو انصاف غرامت اضافه بر میزان واقعی خسارت وارده را ناروا و غیرقابل مطالبه می‌داند.

مدارا با فاعل زیان خطاکار و فراهم کردن فرصت جبران عینی برای وی بر مبنای گسترش صلح میان

اندیشه تساوی قواعد جبران خسارت برای همگان کنار می‌رود (بادینی، ۱۳۸۴: ۵۲۸-۵۲۴).

رعایت انصاف در جبران خسارت، عدالتی است که اقتضای نوع خسارت وارده و با توجه به وضعیت فردی و اجتماعی فاعل زیان و زیان‌دیده و کیفیت ورود زیان مجرای عملی پیدا می‌کند و گاه حتی سبب می‌شود اصل تساوی اشخاص در برابر قانون بر مبنای انصاف کنار برود.

به همین جهت در رویه‌ی قضایی به اقتضای مورد انصاف مورد استناد قضات قرار گرفته است و اجرای خشک قواعد حقوقی را گوارا نموده است. از جمله شعبه‌ی ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان کردستان در رای شماره‌ی ۱۴۰۰۴۸۳۹۰۰۰۳۸۵۴۶۵۰ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۰۶ بر مبنای انصاف، فاعل زیان دارای عمد و سوءنیت را مسئول جبران تمامی خسارات ناشی از کارافتادگی و هزینه درمان می‌داند. با این اوصاف برخی عقیده دارند علیرغم شیرین بودن انصاف، فاقد ضابطه بوده (میرشکاری، ۱۴۰۱: ۳۲۰) و به عبارتی منجر به عملگرایی سلیقه‌ایی خواهد شد.

و در پرونده‌های مربوط به دیوان دعوای ایران و آمریکا از جمله رأی سال ۲۰۱۴ در پرونده مربوط به میزان تقریبی خسارات وارده به ایران در قضیه پرونده الف - ۲۴، دعوای بین ایران - فورموست و اوپیک در ۱۹۸۸؛ دیوان با وجود رأی به نفع ایران در سال ۱۹۹۸، در سال ۲۰۱۴ اقدام به صدور رأی نهایی به نفع ایران جهت تعیین خسارت وارده با بهره‌گیری از اصل انصاف کرد (Schwebel, 2015: 369).

انصاف دارای نقش پررنگی در جبران خسارت است به گونه‌ای که ردپای آن در بسیاری از قواعد

۱۳۸۸ نسبت به بلا اثر بودن شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف کننده. برای مطالعه‌ی بیشتر رجوع کنید به: (مطیعی، انسیه و البرزی ورکی، مسعود، ۱۳۹۷). «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۲(۳)، ۱۶۲-۱۳۷.

۱. در مواد ذیل اصل انصاف به طور صریح مورد استناد قرار گرفته است. ماده‌ی ۵۷۱ قانون تجارت درباره اعاده اعتبار تاجر ورشکسته، ماده‌ی ۱۷۹ قانون دریایی ۱۳۴۳ و اصلاحیه ۱۳۹۱ نسبت به ابطال یا تغییر قرارداد غیرمنصفانه؛ ماده‌ی ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ در قسمت حقوق و تکالیف کارمندان نسبت به انجام وظایف با رعایت انصاف؛ ماده‌ی ۴۰ قانون کار ۱۳۶۹ در خصوص پرداختهای منصفانه و معقول حق السعی کارگران و ماده‌ی ۴۶ قانون حمایت از مصرف کننده

کامل خسارت محقق می‌گردد که مبتنی بر انصاف می‌باشد.» (کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ۵).

### ۵٫۳ حسن نیت

حسن نیت نهاد اخلاقی بر ترویج اصول و ارزشهای انسانی از جمله صداقت، درستی و دوری از نیرنگ در روابط اجتماعی (نقیبی، تقی زاده و باقری، ۱۳۹۳: ۳۵) و به نظر برخی فرد دارای حسن نیت نفعی مالی یا اعتباری را به دیگری می‌رساند یا ضرر مالی یا اعتباری را از دیگری دفع می‌کند (ثقفی و نیازی، ۱۴۰۰: ۵۹ به نقل از بجنوردی ۱۴۱۹ق: ۴/۱۰).

حسن نیت دارای جوهر خیرخواهی و انصاف ورزی نسبت به دیگران، دریچه‌ی دیگری از نفوذ اخلاق به جهان حقوق است که برای اثرپذیری حقوق از مفاهیم عدالت و انصاف به کار می‌رود (حاجی پور، ۱۳۹۵: ۳۰۸) و بر این اساس حقوق را به ارزش‌های مصالح و منافع ملی، پیوند می‌زند و در غالب نظام‌های حقوقی، حسن نیت برای «اخلاقی نمودن» حقوق موضوعه به کار و در انعطاف قواعد خشک حقوقی به ویژه در حیطه‌ی جبران خسارت دارای اثرگذاری عینی و عملی است. هرچند که به تعبیر برخی «اثرگذاری ملاک تشخیص حسن نیت نیست بلکه قصد نیکی و انطباق اقدام مطابق این قصد صرفه نظر از نتیجه اهمیت دارد.» (ثقفی و نیازی، ۱۴۰۰: ۶۰)

در حقوق انگلیس برخی از نویسندگان عقیده دارند که حسن نیت به یکباره به عنوان یک مفهوم اساسی در تمام نظام‌های حقوق مدنی ظاهر می‌شود، با سابقه‌ای طولانی که به حقوق روم باز می‌گردد، و در عین حال به عنوان مفهومی که ماهیت و محتوای آن نامفهوم و بحث برانگیز است. اما در تمام مصادیق خود متضاد و مخالف فرصت طلبی است (Mackaay, 2012: 105) و برخی حسن نیت را در معنای صداقت در عقیده یا هدف (Garner, 2009: 713) که اقتضای آن توجه به منافع و حقوق دیگران است و مصادیق آن به مرور زمان صورت عینی پیدا می‌کند و برخی به رفتار بر مبنای انصاف و بدون

مردم و از جمله طرفین رابطه‌ی زیان‌بار، یکی از اصول تعیین کننده اخلاق مسالمت در عصر ارتباطات جهانی است (صانع پور، ۱۳۹۸: ۱۳/۱۵). به همین جهت لازم است دادرسی تمام تلاش و مساعی خود را به اتخاذ رویکرد مورد بحث که ضمن جبران کامل خسارت زیان‌دیده، منجر به عسر و حرج فاعل زیان نگردد، ترجیح دهد و از صدور حکمی غیر منصفانه خودداری کند.

در مواردی که جبران پولی منجر به عسرت و تنگدستی فاعل زیان گردد، انصاف مقتضی آن است که جبران خسارت به کیفیتی باشد که فاعل زیان دچار عسرت و تنگدستی نگردد. همانطور که در ماده‌ی ۷ قانون مسئولیت مدنی ایران بر مبنای انصاف بوده و متذکر می‌گردد که جبران خسارت به طریقی بدون عسرت فاعل زیان باشد. با تمسک به رویکرد ایفای نقش فاعل زیان توانایی و تخصص و امکانات فاعل زیان در کیفیت جبران عینی مورد توجه قرار می‌گیرد که در این وضعیت امکان اعسار فاعل زیان منتفی می‌گردد و لذا مشخص است که این رویکرد مبتنی بر انصاف می‌باشد.

از سوی دیگر انصاف بر اینست که جبران خسارت زیان‌دیده بطور کامل محقق گردد. در این رویکرد با توجه به اینکه فاعل زیان قبل از صدور حکم دادگاه با پذیرش تقصیر خود یا انتساب خسارت به خود و یا در زمان اجرا قبل از شروع عملیات اجرایی، آمادگی خویش را برای جبران عینی خسارت با رضایت زیان‌دیده اعلام می‌کند، و با حذف مراحل متعددی از رسیدگی یا اجرای حکم، موجب تسریع در جبران خسارت می‌گردد که فاصله‌ی بین زمان جبران با زمان ورود خسارت ایجاد نمی‌شود و در نتیجه تورم که در جبران‌های پولی متصور است، محو می‌گردد و جبران کامل خسارت محقق می‌گردد.

بر همین اساس عده‌ای عنوان نموده‌اند که با توجه به اینکه در خسارات مادی، فاعل زیان قدرت خریدی را تلف کرده است نه معادل پولی اسمی آن را؛ بنابراین تنها با «رد همان قدرت خریدی که تلف گردیده (نه صرفاً پرداخت ارزش اسمی آن) جبران



پنهان کاری تعریف نموده اند (Trietle, : 273) (2003).

در حقوق فرانسه برخی حسن نیت را به دو مفهوم به کار می‌برند. از یک سو به معنای وفاداری که خود مستعد درجاتی است و از سوی دیگر به مفهوم جهل مشروع است (Bérénice, 2019: 142). در حقوق ایران «متن صریحی درخصوص حسن نیت وجود ندارد.» (حاجی پور، ۱۳۹۵: ۳۳۰). اما در مصادیق متعددی از قوعد حقوقی مورد استناد قرار گرفته است<sup>۱</sup> که خود بیانگر پذیرش حسن نیت است (صمدی و خندانی، ۱۳۹۳: ۵)؛ (عدل، ۱۳۷۳: ۱۳۰؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۱۶۰؛ صالحی راد، ۱۳۷۸: ۱۹؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۱۴).

به نظر برخی حسن نیت بعنوان مهم‌ترین اصل در نظام حقوقی رومی ژرمنی (جعفری و حیدری، ۱۳۹۶: ۳۳۰) و یکی از اصول اخلاقی مبنای تئوری تعهد به همکاری در حقوق قراردادهاست (جعفری و حیدری، ۱۳۹۶: ۳۳۰) که باید با توجه به مادهی ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، اجرای تعهد و درخواست اجرای تعهد مبتنی بر آن باشد (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۹: ۳) که به نظر برخی این مادهی مانند یک اصل کلی می‌درخشد (Bérénice, 2019: 141). بالتبع در مسئولیت مدنی با توجه به اینکه به نظر برخی اساساً فاعل زیان تکلیف به جبران خسارت در دعوای مسئولیت مدنی را بر عهده دارد و اصطلاحاً جبران خسارت تعهد فاعل زیان می‌باشد (حاجی عزیزی، ۱۳۸۰: ۶۳) در نتیجه حسن نیت به معیار ذاتی و به معیار موضوعی در رویکرد ایفای نقش فاعل زیان با رضایت زیان‌دیده در گزینش کیفیت و روش جبران عینی، محرک و مشوق پیشقدم شدن فاعل زیان در گزینش روش جبران عینی است.

حسن نیت به معیار ذاتی به عنوان مبنای این رویکرد به این مفهوم است که فاعل زیان در فرایند

جبران سوء استفاده نموده و در جهت اضرار بیشتر زیان‌دیده عمل نکند. بدین صورت که از معسر قلمداد کردن خویش به صورت عمدی و هم چنین از اهمال و قصور سنگینی که دارای اثری معادل عمد باشد، خودداری کند.

به معیار موضوعی فاعل زیان باید دارای بصیرت لازم برای تامین غرض جبران خسارت باشد. لذا زیان-دیده نباید به موارد ضروری لازم و کیفیت جبران و موانع احتمالی و احتیاطات و تدابیر لازم موثر در فرایند جبران، بی اطلاع باشد.

با توجه به اینکه جوهر چنین رویکردی توافق فاعل زیان و زیان‌دیده می‌باشد. دیگر شیوه‌های اجباری جبران خسارت مندرج در قواعد حقوقی و نظام‌های مختلف حقوقی، فاقد چنین خصیصه‌ای است و به دشواری می‌توان حسن نیت در سایر شیوه‌های جبران را یافت. چرا که ضمانت اجرایی هم بر ضرورت وجود حسن نیت در سایر شیوه‌ها و طرق جبران خسارت وجود ندارد.

حسن نیت دو بعد متمایز حمایتی و الزامی دارد (Fleming, 1961: 988/1013). اما در بررسی آن به عنوان مبنای اخلاقی رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت به این مفهوم است که جبران خسارت صادقانه و بدون نیرنگ و حيله رفتار نمایند. حسن نیت به این معنا بیانگر بعد الزامی و به عنوان تکلیف و وظیفه اخلاقی مطرح است.

مبنا قرار گرفتن حسن نیت مقتضی آن است که طرفین رابطه‌ی خسارت به این تکلیف عمومی پایبند باشند که با خیرخواهی رفتار کنند (دیلمی، ۱۳۹۷: ۹۶). به این ترتیب که فاعل زیان با گزینش شیوه‌ی جبرانی عینی با رضایت زیان‌دیده باید حسن نیت را رعایت کند و از غافلگیری زیان‌دیده بپرهیزد.

همچنین حسن نیت مقتضی آن است که فاعل زیان از سواستفاده از مقتضیات زمانی و مکانی و

تجارت و مادهی ۱۱ قانون صدور چک ۱۳۸۱ و در مادهی ۳ قانون تجارت الکترونیک از «لزوم رعایت حسن نیت» در معاملات استفاده کرده است.

<sup>۱</sup> لایحه‌ی قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۰۹/۲۷ و مادهی ۶۸۰ قانون مدنی در بحث وکالت، مواد ۳۶۳ و ۳۷۰ و ۳۷۹ و ۳۵۹ و ۳۵۲ در قانون



ماده به خلع ید و قلع بنا و مستدحذات محکوم نگردد. و بر همین مبنا شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۹/۱۲/۱۷ مورخ ۸۹۰۹۹۷۰۲۲۶۷۰۰۹۹۴ صدور حکم خلع ید و قلع و قمع بنای احداثی را بر مبنای فقدان سوءنیت فاعل زیان و آمادگی فاعل زیان برای جبران خسارت پولی و همچنین جلوگیری از ضرر بیشتر، نقض کرده است (میرشکاری، ۱۴۰۱: ۸۴۸) که این رای نمونه‌ی بارزی از استناد و توجه به انصاف و حسن نیت در رویه‌ی قضایی می‌باشد.

هر چند محتمل است در اجرای این رویکرد و در توافق فاعل زیان و زیان‌دیده بر روش و کیفیت جبران خاصی، هر کس به سود خود بیاندیشد و تلاش کند با پرداخت بهایی کم امتیازی بیشتر بگیرد؛ اما کیفیت جبران باید در محدوده و چارچوب معقول قرار گیرد و مقتضی حسن نیت آن است که با نیت نیک و سیرت پسندیده اقدام به جبران نموده و با وفاداری به عهد و گفتار و همکاری در اجرای روش جبران، هیچ یک از طرفین نباید به نحو افراطی سوء استفاده نماید (شریفی، ۱۳۸۹: ۱۳).

همانطور که فقدان حسن نیت در اجرای قراردادهای موجب باطل و بی اثر کردن اهداف یا منافع متعهد می‌شود (صمدی، خندان، ۱۳۹۳: ۵)؛ در فرایند جبران خسارت نیز فقدان حسن نیت فاعل زیان، که در روش‌های اجباری و تحمیلی جبران خسارت محتمل است، موجب بی اثر شدن کیفیت جبران؛ یا این که موجب ورود خسارتی سنگین‌تر به طرف دیگر می‌شود که این موارد با توقع زیان‌دیده از جبران خسارت و همچنین هدف تحقق جبران کامل خسارت، منافات دارد. در حالی که بنیاد و پایه‌ی استناد به رویکرد ایفای نقش فاعل زیان وجود حسن نیت فاعل زیان و تلاش نامبرده جهت جبران خسارت است.

بر همین اساس می‌توان پذیرفت که میزان اثرگذاری روش جبران تابع وجود حسن نیت است و گرنه شیوه‌ی اجباری قانونی به ویژه در خسارت معنوی راهی برای تدارک ورود خسارت بیشتر و

سایر شرایط جبران خسارت خودداری کند. در حالی که در سایر شیوه‌های جبرانی بدون وجود حسن نیت ممکن است که فاعل زیان با بررسی وضعیت موجود، در صورتی که به این نتیجه رسد که هزینه جبران عینی برای او بسیار بیشتر از دادن پول می‌شود و یا به جهت دادن پول را به مصلحت خویش بداند، ممکن است سوء استفاده نموده و خسارت زیان‌دیده را با پول جبران کند یا عمداً خویش را معسر قلمداد کند و جبران خسارت را به تأخیر بیاورد.

از سوی دیگر بر مبنای رویکرد مورد بحث، زیان‌دیده‌ی موافق با ترتیب پیشنهادی فاعل زیان، در کلیه اقدامات خویش در قالب درخواست یا دادخواست، طی فرایند دادرسی همواره حسن نیت را رعایت می‌کند و رضایت به یک شیوه جبرانی، بدون تغییر بوده و گرنه هر گونه اقدام غافلگیرانه برخلاف حسن نیت بوده و منجر به اضرار به فاعل زیان است که در سایر طرق جبران خسارت بعثت عدم ضرورت حسن نیت، معمول می‌باشد و احتمال تغییر شیوه‌ی جبرانی از طرف زیان‌دیده با استرداد دادخواست و طرح دعوی جدید امکان‌پذیر است.

به عقیده‌ی برخی از نویسندگان در حقوق انگلیس جبران خسارت به کیفیتی باشد که منتهی به دادخواهی ایذایی نشود (Corbin, 2017: 41). در این رویکرد نیز یکی از جنبه‌های و مقاصد عقلایی مبنا بودن حسن نیت با توافق طرفینی در کیفیت جبران، جلوگیری از دادخواهی ایذایی علیه طرف مقابل است و دادخواهی ایذایی حقوق فاعل زیان را در معرض خطر قرار می‌دهد که بر مبنای حسن نیت در این رویکرد نباید پذیرفته شود. همان‌طور که لایحه‌ی قانون راجع رفع تجاوز و جبران خسارات وارد به املاک مصوب ۱۳۵۸/۱۰/۲۷ در حقوق ایران بر مبنای حسن نیت جهت جلوگیری از دادخواهی ایذایی سازوکاری را پیش‌بینی کرده است که در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستدحذات غیر مجاز دراملاک مجاور، فاعل زیان فاقد سوءنیت و فاقد عمد در تجاوز، با تحقق شرایطی دیگر در این



در لسان فقها حکم یا واجب شرعی که تحمل انجام آن دشوار باشد تا زمانی که سختی و حرج باقی است، برداشته می‌شود و پس از رفع حرج باز می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۳: ۳۷۳). عسر و حرج از احکام ثانویه بوده که در تحقق آن عوامل متعددی از جمله زمان و مکان و حالت روحی و جسمی فاعل زیان با داور عرف ملاک است (کشوری، ۱۳۸۴: ۶۳).

آیات متعددی در قرآن کریم از جمله آیه‌ی شریفه ۱۸۵ سوره‌ی بقره با مفهوم «خداوند بر شما آسانی می‌خواهد و عسر را برای شما نمی‌خواهد»؛ بر این قاعده دلالت دارد (اعجازی و صفار، ۱۳۹۷: ۱۸۷-۱۷۱). این قاعده از باب لطف پروردگار بی‌همتا بر بندگان خویش با هدف تسهیل در کار افراد و جامعه وضع شده است؛ لذا مکلف مختار در استناد به آن یا عمل به تکلیف است (اعجازی، صفار، ۱۳۹۷: ۱۸۷). زیرا هدف و انگیزه جعل حکم و تکلیف اطاعت از آن است لیکن، این منظور با «تکلیف به امر غیر قابل تحمل» نقض می‌شود و در این باره تفاوتی میان احکام وضعی و تکلیفی نیست.

نقش اصلی قاعده‌ی نفی حرج نیز مانند قواعد و اصول مشابه آن، توجیه ضرورت توقف اجرای حکم جبران خسارت است که اصولاً در روش‌های جبران پولی متصور است. اما این قاعده به خودی خود ضمانت اجرای مناسب برای رفع حرج به دست نمی‌دهد، بلکه راه را برای اجتهاد و تشخیص حکم مطلوب باز می‌کند تا قواعد مفید و مناسب را با توسل به مبانی اخلاقی و اقتصادی استنباط و معرفی کنند (میرزائی و امینی، ۱۴۰۰: ۱۲۷).

در بند ۲ ماده‌ی ۴ قانون مسئولیت مدنی عسرت و تنگدستی فاعل زیان از موارد تخفیف میزان خسارت است مشروط به اینکه غفلت قابل اغماض او منجر به ورود خسارت گردیده باشد. در این ماده در ظاهر امر توجه به قواعد اخلاقی انصاف و نفی عسر و حرج با توجه به وضعیت فاعل زیان به چشم می‌خورد، اما راهکار قانونگذار با توجه به اینکه به ضرر زیان‌دیده بوده و خسارت وارده به او بصورت کامل جبران نمی‌شود و وضعیت حرجی فاعل زیان

لطمه به حیثیت معنوی خواهد بود. برای نمونه ماده‌ی ۲۳ قانون مطبوعات مصداقی از جبران عینی اجباری قانونی بدون حسن نیت می‌باشد. الزام روزنامه نگار یا رسانه به درج پاسخ به صورت مجانی در همان روزنامه، مغایر با اصل آزادی بیان در آن روزنامه بوده و روزنامه این اجبار را محدود کردن آزادی خود می‌داند و جبران ظاهری بوده و جبران حقیقی محقق نمی‌گردد.

در حقوق فرانسه به نظر برخی، حسن نیت نخبان وفاداری و اخلاق است و جنبه‌ی مثبت آن تعهد به اطلاع رسانی یا همکاری است. هر چند گاهی به دلیل ذهنی بودن آن محل انتقاد است (Bérénice, 2019: 141). اما کسی که به سوء نیت استناد کند باید آن را ثابت کند. (vanel, 1970: 9). در حقوق انگلیس هم در دادگاه‌های انصاف مدعی سوء نیت باید آن را اثبات کند (دیلمی، ۱۳۹۷: ۱۱۷).

در حقوق ایران نیز با وصف ماهیت تجربیدی و معنوی عنصر حسن نیت و صعوبت اثبات آن، همان‌طور که برخی عقیده دارند «در حقوق ایران مدعی سوء نیت که امری وجودی را ادعا می‌کند، مسئول اثبات است.» (دیلمی، ۱۳۹۷: ۱۱۵).

در رویکرد مورد بحث با توجه به پیشقدم شدن فاعل زیان و پیشنهاد روش جبران عینی متناسب با خسارت با توجه به توانایی و امکان و تخصص خود و توافق بر آن با زیان‌دیده، حسن نیت فاعل زیان مفروض می‌باشد.

## ۵/۴ نفی عسر و حرج

ریشه‌ی اخلاق علاوه بر عقل بشری در آموزه‌های دینی پدیدار است و حقوق بدون اخلاق در جامعه خطرناک است (آهنگران و احمدی، ۱۳۹۹: ۹۰) در نتیجه یکی از آموزه‌های دینی و فقهی مبنای قواعد حقوقی، قاعده‌ی فقهی نفی عسر و حرج است. به این مفهوم که تکلیف جبران خسارت به شیوه‌های مرسوم و معمول از جمله روش پولی، در صورت دشوار شدن اجرای آن، متوقف گردد.

حتی اگر سابقاً فاعل زیان تاجر بوده و ورشکسته اعلام گردیده باشد، بر اساس مادهی ۴۱۸ قانون تجارت ایران امکان پرداخت پولی خسارت وارده را ندارد و زیان‌دیده باید وارد گرمای فاعل زیان شود که نیل به غرامت را با تاخیر فراوان و تا زمان تمکن مالی او غیرممکن می‌سازد که این تاخیر خود خسارت جدیدی تحت عنوان خسارت تورم به زیان‌دیده است و جبران کامل خسارت محقق نمی‌گردد که زیان‌دیده این ترتیب را منصفانه تلقی نخواهد کرد. اما بر مبنای این رویکرد فاعل زیان با داشتن تخصص مرتبط با جبران خسارت، برای اعاده وضع زیان‌دیده به حالت سابق با جبران عینی و عملی خویش، امکان و توان جبران را بدون مانع قانونی فراهم می‌کند، زیرا در امور مالی خویش دخالت نمی‌کند. برای نمونه فاعل زبانی که موجب تخریب دیوار همسایه گردیده است و خود بنای ماهری می‌باشد که با رضایت زیان‌دیده در برهه‌ی زمانی مورد توافق طرفین نیروی کار را برای جبران خسارت در اختیار زیان‌دیده قرار می‌دهد و دیوار را بازسازی می‌کند.

هر چند این موضوع در مادهی ۳۲۹ قانون مدنی بعنوان راهکار اجباری و تحمیلی قانونی پیش بینی شده است، اما قابل توجه است کیفیت اجرا و جبران خسارت از طریق بازسازی بین حالتی که فاعل زیان با حکم الزام آور مجبور به بازسازی می‌شود با حالتی که فاعل زیان با ابتکار خویش بر مبنای حسن نیت پیشقدم در بازسازی می‌شود (رویکرد مورد بحث) فرسنگ‌ها فاصله وجود دارد و تحقق جبران کامل خسارت زیان‌دیده وضعیت متفاوتی دارد.

## ۶ نتیجه گیری

اخلاقی بودن یکی از مهم ترین معیارهای ارزیابی قوانین وبالخص قواعد جبران خسارت در تشخیص مقبولیت عام و تحقق عدالت اجتماعی بر مبنای این قواعد است. از اصول اولیه در اخلاق آن است که کسی نتواند به دیگری ضرری برساند و در صورت ایراد ضرر ملزم به جبران آن باشد. بنابراین با تحقق مسئولیت مدنی، رابطه دینی بین زیان‌دیده و فاعل

به زیان‌دیده تحمیل می‌گردد؛ مطابق انصاف نبوده و برخلاف قاعده‌ی لاضرر است و لذا ضرورت توجه به رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در مصادیقی از جبران خسارت ضروری به نظر می‌رسد. هر چند قابل تامل است که در همه‌ی مصادیق این رویکرد قابل بحث نیست.

رویکرد ایفای نقش فاعل زیان در جبران خسارت با رضایت زیان‌دیده، در جبران عینی آن دسته از خساراتی که امکان آن وجود دارد، از جمله اندیشه‌های جدید در روش‌های جبران خسارت است که قاعده‌مند شدن آن بر مبنای نفی عسر و حرج فاعل زیان مورد پیشنهاد است. این رویکرد با ترتیب مورد توافق طرفین راهگشا در جبران کامل خسارت بدون عسرت و تنگدستی فاعل زیان و در جهت جبران کامل خسارت زیان‌دیده می‌باشد. زیرا هرچند که اضرار به دیگران نارواست، اما در مقابل و بر مبنای قواعد اخلاقی در گزینش روش جبرانی، با وصف پذیرش اصل جبران کامل خسارت زیان‌دیده، نباید موجب عسرت فاعل زیان گردد.

همان‌طور که در غالب نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه و انگلیس نیز جبران کامل خسارت و بازگردانی تعادل از بین رفته، اصل اولیه است؛ به این موضوع هم باید توجه گردد که فاعل زبانی که پس انداز و سرمایه‌ای برای جبران این تعهد قانونی ناخواسته را در اختیار ندارد، نباید دچار عسر و حرج گردد.

با توجه به این رویکرد، کیفیت و روش جبران عینی تابع ابتکار و تخصص و تمکن فاعل زیان در گزینش روش با رضایت زیان‌دیده است و به تناسب توانایی خویش امکان انجام آن را دارد و روش خاصی بر فاعل زیان به صورت قهری تحمیل نمی‌گردد که منجر به عسرت فاعل زیان گردد.

بنابراین بدون منتهی شدن به عسر و حرج فاعل زیان، در درجه‌ی نخست ریشه‌ی ضرر از بین می‌رود و تا حد امکان وضع زیان‌دیده به صورت پیشین خود برگردانده می‌شود (نیک فرجام، ۱۳۹۲: ۱۱۵).



زیان به وجود می‌آید و زیان‌دیده با مراجعه مستقیم و بدون طرح دعوا و یا با طرح دعوی مسئولیت مدنی، حق درخواست جبران خسارت از فاعل زیان را دارد.

شیوه‌های معمول عینی و بدلی جبران خسارت مندرج در قوانین ایران، انگلیس و فرانسه به جهت عدم توجه به وضعیت زیان‌دیده و فاعل زیان، روشی جامع و منطبق با تمامی مبانی اخلاقی (عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج) نبوده و لذا پیشنهاد می‌گردد رویکرد ایفای نقش فاعل زیان به جهت انطباق با مبانی اخلاقی مذکور در مصادیقی که امکان جبران عینی با دخالت فاعل زیان وجود دارد، مورد توجه قرار گیرد.

بر مبنای این رویکرد فاعل زیان نیز به جای انتظار برای تحمیل و اجبار به روش جبران از طرف محکمه، پیشقدم شده و راهکار عینی خویش را در مصادیق و اقسام خسارت قابل جبران با روش عینی به زیان‌دیده اعلام می‌کند و در صورت رضایت زیان‌دیده به آن و حصول توافق بر جبران عینی توسط فاعل زیان، تحقق جبران به این روش و کیفیت مورد حکم یا اجرا قرا می‌گیرد.

در تحقیق حاضر تمامی علل و اصول اخلاقی توجیه‌کننده‌ی استناد و پذیرش این رویکرد؛ عدالت، انصاف، حسن نیت و نفی عسر و حرج است. با این توجیهات اخلاقی، رویکرد مورد بحث در جبران خساراتی که امکان عینی برای جبران وجود دارد بر

روش‌های اجباری تحمیلی عینی یا پولی‌گزینش شده توسط دادرس، ارجحیت دارد. انطباق این رویکرد با مبانی اخلاقی مذکور به این ترتیب است که با این رویکرد که اساس آن نوعی توافق بین فاعل زیان و زیان‌دیده بر کیفیت جبران مطلوب طرفینی می‌باشد، بدون تبعیض بر همه‌ی اشخاصی که در دامنه آن قرار می‌گیرند، شامل می‌شود و با وصف اطلاع و اشراف فاعل زیان و زیان‌دیده بر میزان خسارت وارده و روش و کیفیت جبران عینی متناسب، محتوای آن نیز در کانون توجه قرار دارد که هر زیان‌دیده‌ای به میزان خسارت وارده، غرامت دریافت کند و همچنین کل خسارات وارده به او جبران گردد که مبتنی بر عدالت و انصاف است.

و از سوی دیگر با توجه به مشارکت ارادی فاعل زیان در فرایند جبران و توجه به امکانات او، حسن نیت او به مفهوم جبران خسارت صادقانه و بدون نیرنگ و با هدف حقیقی جبران مفروض بوده و با توجه به توانایی و تخصص و امکانات فاعل زیان در این رویکرد، منتهی به عسرت و تنگدستی فاعل زیان نخواهد شد.

پیشنهاد می‌گردد که با توجه به استواری رویکرد ایفای نقش فاعل زیان با رضایت زیان‌دیده بر مبانی اخلاقی مردم‌پسند چون عدل و انصاف و حسن نیت و نفی عسر و حرج؛ احکام و شرایط استناد به این روش به عنوان شیوه‌ای مطلوب و مبتنی بر توجه به وضعیت فاعل زیان و زیان‌دیده و نوع خسارت وارده در قانون مسئولیت مدنی وارد گردد.

## منابع

- Adl, Mustafa. (1994). Civil rights, first edition, Tehran, Bahrul Uloom Publications. [In Persian]
- Ahangaran Mohammad Rasool and Amir Ahmadi (2019), "Introduction to the basics of the relationship between law and ethics in fuzzy logic: interaction or conflict". Journal of Ethics, year 10(40), 71-96. [In Persian]
- Amiran Bakshaish, Isa and Bariklo, Alireza (2013). "The concept of compensation principle in insurance rights". Parliament and Strategy Magazine, 21 (80) (2013), 169-193. [In Persian]
- Ansari, Morteza. (1996). Maksab, Tabriz, Alahat publishing. [In Persian]
- Asghari Aghmashedi, Fakhruddin and Hamidreza Abui, (2009), "Good faith in the execution of contracts in British and Iranian law". Private Law Studies Quarterly 40(2), 1-20. [In Persian]
- Badini, Hassan and Islami Farsani, Ali. (2012). "The role of fairness in civil responsibility", comparative law researches, 17 (3), 25-45. [In Persian]
- Badini, Hassan. (2005). Philosophy of civil responsibility, first edition, Tehran, publishing company. [In Persian]
- Bariklo, Alireza. (2022). Civil responsibility, 10th edition, Tehran, Mizan publishing house. [In Persian]
- Bérénice, Bertier-Lestrade. (2019), La bonne foi dans la réforme française des contrats, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 141-160
- Corbin, Arthur. (2013). Corbin on Contracts, Breach, By Joseph M. Perillo, Volume 10, USA, Lexis Nexis.
- Deilmi, Ahmad. (2017). "The nature and basis of the rule of good faith and ways to prove it". Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws, 5(3), 118-91. [In Persian]
- Del Vaccio, Giorgio. (2007). The Philosophy of Law, Translated by Javad Vahedi, Tehran, Maysan Publishing.
- Eisenberg Theodore and Geoffrey P Miller. (2013). "Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts", New York: University Law and Economics Working. 29-69  
(DOI:[10.2139/ssrn.2241654](https://doi.org/10.2139/ssrn.2241654))
- Ejazi, Seyyed Mojtabi and Mohammad Javad Saffar (2017), "Comparative study of hardship and hardship in the principles of international commercial contracts with its jurisprudence in Iranian law". Fiqh and History of Civilization, 4(3), 187-171. [In Persian]
- Ferdosipour, Mohammad and Kazemi Golvardi, Mohammadreza and Ahmari, Mohammadreza. (2021). "Ethical approach of compensation for moral damage caused by dementia in jurisprudence and legal subjects of Iran" Ethical researches, 11(4). 161-178. [In Persian]
- Fleming, R.W. (1962). "The obligation to Bargain in Good", [Dedman School of Law](https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4125&context=smulr), [Law Journals](https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4125&context=smulr), [SMU Law Review](https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4125&context=smulr), 16(1), 43-56.  
(<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4125&context=smulr>)



- Ghaffari, Mohammad Hadi and Baghbanzad, Mohammad Reza. (2016). "Ethical indicators in Razavi's debates", *Ethical Research Journal*, 10(35), 103-122. [In Persian]
- Ghasemi Hamed, Abbas, Khosravi Farsani, Ali and Aghababaei, Fahima. (2012). "Punitive damages in Iranian law". *Judicial Law Journal*, 77(81), 187-161. [In Persian]
- Ghasemi, Mohsen. (2010). "The role of predictability of damage in contractual and coercive civil liability", *Scientific Quarterly of International Legal Research*, 3(7), 133-92. [In Persian]
- Ghesmati Tabrizi, Ali. (2014). "Principle of full compensation for losses" *Fiqh Studies*, 7(13). [In Persian]
- Gurbanpour, Amir Mahdi. (2006). "Fault and causal relationship in the civil liability system", *Judiciary Journal*, (14). (In Persian)
- Haji Azizi, Bijan. (2010). "Methods of compensation in civil liability", *Scientific-Research Monthly of Shahid University* 9(36), 72-63. [In Persian]
- Hajipour, Morteza. (2012). *Obligatory good faith in Imami jurisprudence, Islamic Jurisprudence and Law Quarterly*, 4 (7), 31-68. [In Persian]
- Hajipour, Morteza. (2015). "Good faith in concluding a contract; With an emphasis on the Convention on the International Sale of Goods", *International Legal Journal* 33 (54), 338-307. [In Persian]
- Haqparast, Shaaban, Korosh Kaviani. and Kahvand, Hamed. (2015). "The moral goal of the legal rule; A comparative approach in the theory of Western law and Islamic law", *Comparative Research of Islamic and Western Law*, 3(4), 49-72. [In Persian]
- Hector, Fix-fierro,(2003). *courts, Justice and Efficiency A Socio - Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon. (<http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/43953/1/21.pdf>)
- Ibn Manzoor, Muhammad bin Makram (1984), *Lasan al-Arab*. Qom, Adab Al-Hawza Publishing House. [In Persian]
- Imani Pir Aghaj, Alireza and Roshan, Mohammad. (2021). "Ethical-Obligatory Perspective or Instrumental Perspective in Contract Law: An Economic Analysis", *Journal of Legal Research*, 24(94), 59-84. [In Persian]
- Jafari, Ali. Heydari, Ali Murad. (2016). "Measuring the possibility of catching the jurisprudential rule of good intention". *Fiqh and Fundamentals of Islamic Law*, 50 (2), 344-329. [In Persian]
- Jahanian, Nasser. (2012). "Ethical foundations of economic security". *Islamic Economics Quarterly*, 13(52), 32-5. [In Persian]
- Karimi, Abbas and Javaherkalam, Mohammad Hadi. (2019). *Analysis of unanimous decision No. 733 of the General Board of the Supreme Court; Emphasizing the nature of money and distinguishing between devaluation of money, damage of late payment and damage caused by price increase*. *Encyclopedia of Economic Law*, 27(17), 1-24. [In Persian]

- Kashvari, Isa. (2004). Application of jurisprudence rules in law, Tehran, Nasrghiath. [In Persian]
- Katouzian, Nasser. (1997). Law and justice, criticism and opinion, third year, numbers 3 and 2. [In Persian]
- Katouzian, Nasser. (2000). A step towards justice, Nasser Katouzian's collection of essays, second volume, first edition, Tehran, Tehran University School of Law and Political Science Publications, [In Persian]
- Katouzian, Nasser. (2007). Obligations outside the contract (forced guarantee), volume 1, Tehran, University of Tehran. [In Persian]
- Katouzian, Nasser. (2004), Introduction to the science of law and the legal system of Iran, 43rd edition, Tehran, publishing company. [In Persian]
- Kilini, Muhammad bin Yaqub. (1988). Kafi, Tehran, Darul Kitab al-Islamiya, third volume, second edition. [In Arabic]
- lambert-Faivre et Porchy,yvonne et Porchy-simon, stephonie.(2016).Droit du dommage corporel.systemes dindemisation.8.(en.paris.Dalloz)
- Lezgi, Mohsen, Saber, Hossein and Jalali, Seyyed Mohsen. (2021) "Evaluation of the moral responsibility and duties of the government towards responsibilities outside of the will". Ethical research, 11(4). 222-197. [In Persian]
- Mackaay, Ejan. (2012).« Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis»Vrank en vrij - Liber amicorum Boudewijn Bouckaert, Jef De Mot (ed.), Brugge, die Keure - Juridische Uitgaven, 2012, 105-134.
- Mirshkari, Abbas. (2022) practical treatise on civil responsibility, fourth edition, Tehran, publishing company. [In Persian]
- Mirzaei, Iqbal Ali and Amini, Azita. (2021). "Difficulty and difficulty in contracts and their effects in Iranian law based on legal principles", Specialized Quarterly Journal of Jurisprudence and Usul Studies, 4(2). 115-136. [In Persian]
- Mohammad Rezaei, Mehdi and Mohammad Rezaei, Mohammad. (2013). "Investigating the basics of utilitarian ethical philosophy in the organization (comparison of the utilitarian ethical system with the organization's global ethical code)", Ethical Research, 5(1). 57-72 [In Persian]
- Mousavi, Seyed Ibrahim. (2001). "The Rule of Negation, Asr and Harj", Judicial Legal Journal, 65(34), 33-49. [In Persian]
- Naji, Mullasaleh Abdul Jabbar. (1975). The principle of Hasan al Niyyah in the execution of contracts, Baghdad: Dar al-Rasalah for printing. [In Arabic]
- Naqibi, Seyyed Abulqasem. Taghizadeh, Ebrahim and Bagheri, Abbas. (2013). "The place of goodwill in Imami jurisprudence", Research Journal of Islamic Law, 11(1). 57-33. [In Persian]
- Naraghi, Mohammad Mahdi. (2000). Jame Al-Saadat, Qom, Ismailian Institute. [In Persian]
- Newman, M.Ralph,(1964). "La nature de l'equiteendroitness", Revue internationale dedroit compare 16(2).
- Nik Farjam, Zahra (2012). "Compensation for moral damage in jurisprudence



- and law". Jurisprudential foundations of Islamic law, Islamic jurisprudence and law research paper, 6 (11), 105-127. [In Persian]
- Rahimi, Habibullah and Taraf, Fatemeh. (2017) "Investigating the characteristics of desirable justice in the first article of Iran's civil liability law in comparison with John Rawls' theory of distributive justice" Private Law Research Quarterly, 7th year, 25th issue: 59-88. [In Persian]
- Rahmani, Hossein and Karimi Mohamadabadi, Hassan. (2018). Comparing the moral system of "Islam" and "Tao", Marafat Adyan, 10(3). 45-62. [In Persian]
- Richard, Owen, (2000). Essential Tort Law, third edition, London. Sydney, Canvendish Publication.
- Sadeghi Alireza, Niknejad, Javad and Hosseini Moghadam, Seyed Hassan. (2021). "An analysis of the legislator's economic point of view regarding some rules regarding compensation for property damage". Quarterly Journal of Excellence in Law, 12 (2), 28-49. [In Persian]
- Safai Seyed Hossein and Rahimi, Habibullah (2014). Civil liability (requirements outside of the contract), Tehran, Samit publication. [In Persian]
- Safai, Hossein and Rahimi, Habibullah. (2009). Civil liability. Requirements outside the contract, Volume 3, Tehran, Semit. [In Persian]
- Salehi Rad, Mohammad. (1999). "Good faith in the execution of contracts and its effects", Legal Journal of Justice, (26), 116-83. [In Persian]
- Samadi, Siddiqa and Khandani, Seyed Pedram. (2013). "Good faith of the subject of the harmful act", International Legal Research, 7(24), 1-28. [In Persian]
- Sanepour, Maryam. (2018). "Principles of "peaceful ethics" focusing on the words of Imam Ali (peace be upon him). Alavi Research Journal, 10(2). 1-24. [In Persian]
- Schwebel, Stephen, (2015). "International Decision: The latest award from the IRAN-UNITED STATES claims tribunal: The line between approbation of damages and ruling Ex Aequo et Bono", American Journal of International Law 109 A.J.L.L.
- Sharifi, Seyed Elhamuddin, Safari, Nahid. (2010). "Comparative study of the effect of hardship (asr and haraj) in the principles of European contract law (PECL), the principles of international commercial contracts (Unidura) and Iranian law", Nameh Mofid, (79), 3-24. [In Persian]
- Solene, Rowan (2012), Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford: Oxford University Press.
- Suzanchi, Hossein. (2018). The possibility and solutions of realizing religious science, Tehran, Research Institute of Cultural and Social Studies, Ministry of Science, Research and Technology. [In Persian]
- Tabatabaei, Mohammad Hossein. (1981), translation of Tafsir al-Mizan, translated by Seyed Mohammad Baqir Mousavi Hamdani, volume 19, Islamic Publications Office, Qom. Iran. [In Persian]





- Thaghafi, Maryam and Niazi, Abbas (2021), "Comparative study of the possibility of civil liability litigation of a benefactor in jurisprudence and common law", *Comparative Law Quarterly* 8(2). 57-74 [In Persian]
- Treitel Guenter, (2003), *The Law of Contract*, 3 ed, London, Sweet & Maxwell.
- Tusi, Khwaja Nasiruddin. (2008). *Akhlaq Naseri*, edited by Abdul Hadi Judi, Tehran, Behzad. [In Persian]
- Vanel, Marguerite. (1970). *Bonne foi*, Encyclopédie Juridique, 2<sup>o</sup> Édition, Tome 1, Pierre Raynaud, Paris, Dalloz.
- Yousefzadeh, Ahmed, Sokhnoor, Mehdi and Rostamzadeh Moal, Soroush. (2017). "Judicial adjustment of the contract based on its economic imbalance in law, Iran, American law and international documents", *scientific-research quarterly of Danesh Civil Law*, 7(2). [In Persian]

Original Article

# Refusal to Adjudication due to the Judge's Recuse Comparative Study in French Law

Hassan Mohseni <sup>\*1</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.7.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25332.1503)



[10.22080/LPS.2023.25332.1503](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25332.1503)

**Received:**

April 20, 2023

**Accepted:**

June 19, 2023

**Available online:**

July 12, 2023

**Keywords:**

Causes of Recuse the judge, Refusal to adjudication, Independence of the court, impartiality of the judge, Guarantees

## Abstract

When someone exercises his right of action and the proceedings begin, any interruption and obstruction in this work has a negative effect and is prohibited. Despite this, the reasons for recuse the judge, which is rooted in the two principles of the impartiality of the judge and the independence of the court, in some way create an obstacle in the process of proceedings, so the incorrect implementation of that can affect the right to action by sending the case to other judges or courts in which the litigants to be felt upset about the proceedings that he does not consider himself recused. These recuse causes, which are contained in the law, if they are implemented in accordance with those principles, there will be a kind of balance in the implementation of the principles, which will not interfere with litigation, nor invalidate the proceedings and the judgment. With this definition, not including a direction in the form of recuse to the judge does not prevent it from being presented as a defense in the process of complaining about the reviewing of the decision, which is a new point of view in this article. Also, the six unification decisions of the Supreme Court, which have been issued regarding the clarification of hard cases of recuse and the effect of refusal to adjudication, although it has been able to solve the ambiguities of the laws to a large extent, it does not answer all the questions surrounding these aspects and shortcomings remain. Some unification decisions of the Supreme Court, while important, do not have a solution regarding the implementation of the principles of neutrality and independence, and others have been issued due to the misuse of the judges recuse. While comparative studies can provide useful approaches to reform laws and regulations. In this article, an attempt has been made to use comparative law for better application of procedural rules.

**\*Corresponding Author:** Hassan Mohseni

**Address:** Department of Private and Islamic Law,  
Faculty of Law and Political Science, University of  
Tehran, Tehran, Iran.

**Email:** [Hmohseny@ut.ac.ir](mailto:Hmohseny@ut.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

By exercising the right to action, the refusal of the judge to adjudicating about a case is not in accordance with the principle, because the right to action as a part of the procedure, leads to the initiation of the proceedings and the judge is placed in the bond resulting from the initiation of the proceedings, and to this proceeding to the extent of deny of justice gets a job. With this definition, maintaining a safe distance between the judge and the parties is a guarantee of the accuracy of the proceedings and the process of reaching a decision. Normally, this guarantee is studied in procedural law under the title "principle of judicial impartiality" or "principle of court independence". These two principles under the title of recuse of the judge cause the rejection of the judge in certain ways. The basis of this authorization and its exclusivity, as well as finding a solution for cases that do not fall under these causes, but have an effect in the proceedings and judgment, as well as the effect of the refusal order that is issued from the perspective of the parties, the judge, the other judge, and even the other court, have been studied in the article. The new theory in this article is that in a restrictive system in terms of recuse, the judge's departure from the neutrality and independence of the court can be invoked as a defense in the review of the decision.

### 2. Methods

The method of studying in this article is the jurisprudence of the country's highest judicial authority, the Supreme Court and the opinions of doctrine and a comparative study in French law.

### 3. Results

Limiting the ways of recuse of the judge is rooted in the country's historical political and social view. Also, the basis of these causes of recuse are the two principles of independence and impartiality. Many examples of the judge's recuse are challenging. The Supreme Court has sometimes issued judgments and procedural limitations in order to prevent abuse by the litigants or judges. An order to refuse to adjudication is a decision that is imposed on the judge and other judges and the parties. It will result in the transfer of jurisdiction and will take the case not from the judge but from the trial court. Although six unification judgments of supreme court have been issued regarding the judge's recuse, they still need to be conceptually and empirically updated.

### 4. Conclusion

In the implementation of procedural rules, there is a need for a kind of balance that can be achieved by knowing the basics of procedural rules and principles. The correct and balanced issuance of the decision to refuse adjudication due to the recuse of the judge has two benefits: it guarantees the exercise of the right of action and enforces the principles of impartiality and independence of the court.

In this research, a new theory has been proposed about the aspects that are not presented in the form of the judge's recuse ; if an aspect is not an exemple of legal cause for recuse a judge, it does not prevent litigants from presenting it as a defense in the way of complaining about the decision.

Another effect of such a study is that the recuse of judge can be studied in the light of these principles. Some are the

guarantors of neutrality and some are the providers of independence.

Unification judgment No. 828 of Supreme court, which is the best and most recent, was issued under the influence of the misuse of the recuse of the judge, rather than paying attention to these principles, while the comparative study showed that the guarantee can be used for the prevention of abuse.

The effects of decision of refusal, being imposed on the judge and another judge and another judicial authority in the assumption that the decision to refuse adjudication is also in line with the fundamental principles of impartiality and independence, and the three unification judgments that have been issued in this regard have been able to have judicial

interpretation for the deficiency of laws in implementation.

Another benefit of this study is that it shows that the challenging issues of procedural rules need to be updated from time to time (conceptual and exemplary) in every legal system.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

This article is written by one author and his contribution is 100%.

### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest

### **Acknowledgments**

I thank the General Assembly of the Supreme Court for issuing unification judgments with legal aspects.

علمی پژوهشی

# امتناع از رسیدگی به جهت رد دادرس با نگاهی تطبیقی در حقوق فرانسه

حسن محسنی<sup>\*۱</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.17.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25332.1503)



[10.22080/LPS.2023.25332.1503](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25332.1503)

## چکیده

هنگامی که کسی حق دادخواهی خود را اعمال می‌کند و رسیدگی آغاز می‌شود، هر گونه وقفه و مانعیت در این کار تا مرز واکنش استنکاف از احقاق حق، بازخورد دارد و ممنوع است. با وجود این، جهات رد دادرس که ریشه در دو اصل بی‌طرفی دادرس و استقلال دادگاه دارد، به نوعی در فرایند رسیدگی مانعیتی پدید می‌آورد که اجرای نادرست آن می‌تواند حق دادخواهی را با ارسال بی‌مورد پرونده به دادرسان و دادگاه‌های دیگر متاثر نماید یا این که متداعیین را نسبت به دادرسی که خود را مردود نمی‌دانند، دل‌چرکین کند. این جهات که در قانون، شمارشان محصور شده، اگر با رعایت اصول مرقوم اجرا شوند، نوعی تعادل و توازن در اجرای اصول به وجود خواهد آمد که نه مخل دادخواهی است و نه موجب بی‌اعتباری دادرسی و رای. با این وصف، نگنجیدن یک جهت در قالب ایراد رد دادرس، مانع طرح آن به شکل دفاع در فرایند طرق شکایت برای نقض رای نیست که دیدگاهی نو در این مقاله است. همچنین، شش رای وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور که درباره شناخت مصادیق رد و اثر قرار امتناع از رسیدگی صادر شده، گرچه توانسته است تا حد زیادی ابهامات قوانین را مرتفع کند، به هم‌هی پرسش‌های پیرامون این جهات و آن قرار پاسخ نمی‌دهد و کاستی‌ها باقی است. برخی رای‌های وحدت رویه در عین اهمیت، درباره‌ی اجرای اصول بی‌طرفی و استقلال، راهکاری ندارند و برخی دیگر، متاثر از سوء استفاده از ایراد رد دادرس صادر شده‌اند. حال آنکه مطالعات تطبیقی می‌تواند رهیافت‌های سودمندی برای اصلاح قوانین و مقررات و نگرش‌ها به دست دهد. در این مقاله کوشش شده است که از آورده‌ی حقوق تطبیقی برای کاربست بهتر قوانین آیین دادرسی بهره برده شود.

تاریخ دریافت:

۳۱ فروردین ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۲۹ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۳۱ تیر ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

جهات رد دادرس؛ قرار امتناع از رسیدگی؛ استقلال دادگاه؛ بی‌طرفی دادرس؛ ضمانت اجرا.

\* نویسنده مسئول: حسن محسنی

ایمیل: [Hmohseny@ut.ac.ir](mailto:Hmohseny@ut.ac.ir)

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

## ۱ مقدمه

به ویژه این که تضمین اجرای این اصول، در قوانین طرفین به شکل «ایراد» یا «مانع» با همه ماهیتی که ایراد آیین دادرسی یا مانع رسیدگی دارد، ظهور می‌یابد و از نگاه دادرسی، ضمانت به سان یک تکلیف که وی «سرخود» حق استناد بدان را دارد، تبلور می‌یابد. دادخواه برای این که این دادرسی به دعوایش رسیدگی نکند و دادرسی برای این که به این دعوا رسیدگی نکند ممکن است خود را در پشت این اصل‌ها پنهان کنند که یکی از چالش‌های قرار امتناع از رسیدگی است.

از سوی دیگر، قانونگذار ایرانی همچون مقنن فرانسوی کوشیده است اصل را بر صلاحیت دادرسی در رسیدگی بگذارد و موارد امتناع را به طور استثنایی در قانون بیاورد. این چالش میان اصل و استثناء همواره در هنگام تشخیص مورد اجرای اصل و استثنای آن، بیش از پیش خود را نشان می‌دهد. این که آیا یک جهت ادعا شده، دقیقاً مصداق همان حکم مقنن است یا نیست، بارها و بارها در دادرسی جدی برای دادگستری پدید آورده است تا جایی که عالی‌ترین مرجع قضایی کشور، تا کنون شش رای وحدت رویه در این باره صادر نموده است که سه مورد آن درباره جهت رد دادرسی است و سه مورد دیگر، راجع به اثر عمل قضایی پی‌آمد پذیرش آن جهت، یعنی قرار امتناع از رسیدگی است.

اثر استناد یا پذیرش جهت رد یا اثر قبول آن و حتی سکوت در قبال آن، در کنار اثر قرار امتناع از رسیدگی بر همان دادرسی و دیگر دادرسان و سرانجام شیوه رویارویی دادگاه‌ها باهم، از دیگر موضوعات چالشی این قرار است که پیرامون آن کمتر نوشته شده است.

اینجاست که شناخت مصادیق جهت رد دادرسی در کنار پژوهش پیرامون چرایی حصری بودن جهت و تبیین آثار آن بر دادرسی صادر کننده و دادرسی دوم با نگاهی به حقوق تطبیقی اهمیت خود را بیش از پیش نشان می‌دهد و ضرورت چنین مطالعه‌ای را هویدا می‌کند به ویژه این که دیوان عالی کشور در رای شماره ۱۳۱۹/۴/۱۱-۱۰۳۷ خود، مقررات قانون

با اعمال حق دادخواهی، امتناع یا خودداری دادرسی از رسیدگی، کاری موافق اصل نیست چه، حق دادخواهی به عنوان بخشی از آیین دادرسی، موجب آغاز شدن رسیدگی می‌شود و دادرسی در پیوند ناشی از آغاز رسیدگی قرار می‌گیرد و به این رسیدگی تا سر حد استنکاف از احقاق حق، اشتغال می‌یابد. با این وصف، حفظ فاصله مطمئن میان دادرسی و طرفین، در حالی که وی بر بالای مثلث پیوند ناشی از آغاز شدن رسیدگی و حتی بیرون از آن جای دارد، ضامن درستی رسیدگی و فرایند رسیدن به رای است و به طور معمول، این تضمین در حقوق دادرسی زیر عنوان «اصل بی طرفی دادرسی» یا «اصل استقلال دادگاه» مطالعه می‌شود.

اگر به امتناع و یا خودداری دادرسی از رسیدگی از دریچه‌ی این اصول نگریسته شود نه تنها این کار به دور از موازین نیست که در مدار آنها است. پس، می‌شود گفت که در برخورد میان حق دادخواهی با اصل بی طرفی دادرسی یا استقلال دادگاه، امتناع از رسیدگی، بدان معنا که این کار خللی در حق دادخواهی پدید نمی‌آورد، در راستای این اصول و اجرای موافق اصول آن حق در بستر آیین دادرسی است.

با وجود این، همه‌ی سخن بر سر چگونگی این کار است؛ به بیان دیگر، اصول بالا گفته را چگونه باید اجرا نمود که مانع اجرای حق دادخواهی نشود و با اجرای این حق، اصول کنار نرود. مرز باریکی میان اجرای درست حق دادخواهی و آن اصول هست. همچنین، گاه تضمین حفظ فاصله مطمئن میان دادرسی و طرفین با اجرای اصول بالا گفته، از هدف خود دور شده و دادخواهان می‌کوشند در لوای اجرای این اصول، مانع رسیدگی و یا مانع تحقق یا تداوم صلاحیت دادرسی برای این کار شوند. به دیگر سخن، همواره هر یک از طرفین و دادرسی در یافتن مصداق فرضی که باید چنین امتناعی کرد، دچار ابهام و سرگردانی و یا حتی متهم به سوء استفاده می‌شوند



رد دادرسی نباشد، به استناد این اصول امکان پرداختن بدان در فرایند بازنگری رای در دادگاه بالاتر یا بازگشایی پرونده در همان دادگاه و نقض رای به سان یک جهت دفاعی وجود دارد. بر این اساس، در این مقاله کوشش می‌شود در دو بخش به جهات رد دادرسی و اثر آن بر همان دادرسی و طرفین و دیگر دادرسان در حقوق ایران و فرانسه پرداخته شود.

## ۲ شناخت جهات رد دادرسی

در اینجا طی دو بخش، نخست به مفهوم حصری و شمارش شده بودن جهات رد و سپس به بررسی جهات و مصادیق آن خواهیم پرداخت.

### ۲.۱ شمارش شده بودن جهات رد

#### دادرسی در راستای حق دادخواهی

در همه نظام‌های حقوقی نگاه به جهت رد، نگاهی حصری نیست. حتی ممکن است درون یک نظام حقوقی، در دادرسی‌های قضایی جهاتی شمارش شده پیش بینی شود و در داورها، به خلاف آن رفتار شود. در شیوه مواجهه حصری با جهات رد، اصل با صلاحیت قاضی است و استثنائاً مواردی در قانون پیش بینی می‌شود که بر بنیاد آن می‌توان قاضی را رد کرد یا این که اگر وی خود چنان جهتی را در خویش ببیند، از رسیدگی امتناع می‌کند.

بر این اساس، در صدر ماده‌ی ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «دادرسی در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع نموده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند» و همچنین در صدر ماده‌ی ۳۴۱ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز مقرر شده است: «رد دادرسی مجاز نیست مگر به جهاتی که قانون معین نموده است»<sup>۱</sup>. گرچه حکم ماده‌ی ۹۱ گویایی ماده‌ی ۳۴۱ مرقوم را از جهت صراحت شمارش شده بودن موارد رد ندارد و نیز گرچه بر بنیاد اصول تفسیری فقه مانند قراین و اماراتی که فحوای منحصر وازگان را هویدا می‌کند و یا به کار نبردن وازگانی همچون

آیین دادرسی مدنی درباره رد دادرسی را «از مواد عمومی و شامل کلیه دادگاه‌های دادگستری اعم از مدنی و کیفری و عمومی و اختصاصی» دانسته است (بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ۶۹) و این پژوهش می‌کوشد به این عمومیت، که در حقوق تطبیقی نیز مقبولیت دارد (Fricero, 2013: 1-26)، توجه نماید.

از جهت گستره‌ی موضوعی پژوهش باید نوشت که گرچه در حقوق آیین دادرسی مدنی ایران، اینک قرار امتناع از رسیدگی در سه مورد صادر می‌شود؛ رد دادرسی (مواد ۹۱ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) و امر مرتبط و سبق طرح دعوا (بند ۲ ماده ۸۴ ناظر بر ماده‌ی ۸۹ آن قانون) و قاضی مجتهد موضوع تبصره-۱ ماده‌ی ۳ این قانون، ولی نا گفته پیداست که این مقاله به قرار امتناعی می‌پردازد که در اجرای اصل بی طرفی قاضی یا استقلال دادگاه صادر می‌شود و دیگر موارد صدور این قرار گرچه از نگاه برخی آثار، دارای شباهت با اثر آن قرار در رد دادرسی است، به علت جدایی مبنای صدور، به نوشته‌ای دیگر واگذار می‌کند.

پرسش‌های این مقاله، در چهار دسته کلی قرار می‌گیرد: پرسش‌های مربوط به شمارش شده بودن جهات رد و ضمانت اجرای عامل خروج بی‌طرفی و نفی استقلال در نظام قضایی ایران که از جهات برشمرده شده نیست و پرسش‌های ناظر بر مصادیق دشوار جهت رد و سومی پرسش‌های مربوط به اثر قرار امتناع از رسیدگی بر خود دادرسی و سرانجام همین اثر بر دادرسی و تبعاً دادگاه دیگر.

فرضیه‌ی نگارنده بر این بنیاد استوار است که آنچه در قرار امتناع به سبب جهات رد پیش از پیش باید مورد توجه قرار بگیرد شناخت مبنای این روش ایراد به دادرسی است. به بیان دیگر، این اصل استقلال و بی‌طرفی است که همه مسایل این قرار به دورش می‌چرخد و حتی اگر موردی از جهات ایراد

<sup>۱</sup> . در همه موارد ترجمه کد آیین دادرسی مدنی از: (محسنی، ۱۴۰۱).

دور کرده در جلب دادرسان مساعدی تلاش نمایند - اما دادرسان برای این که در بین آنان هستند عناصری که عادت به محافظه کاری دارند و بی میل نیستند از مداخله در دعاوی که اصحاب آن اشخاص متنفذ و متشبث باشند پرهیز نمایند و این تمایل ممکن است به جایی برسد که دادرسان هر یک نسبت به دعوایی محظورات و جهات رد تراشیده کنار بروند و امر قضاوت دچار تعطیل و اختلال بشود در صورتی که ما می‌دانیم که بنابر مصالح اجتماعی اصولاً کسی که سمت دادرسی را قبول کرده در حدود قواعد صلاحیت مکلف به دادرسی است. دادرسی برای اول تکلیف است نه حق.» (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۲۶۹).

این تایید دکترونی گرچه جایگزین ماده‌ی ۲۱۰ نسخ شده نمی‌شود و بایسته بود این حکم در قانون کنونی تکرار می‌شد، در کنار شناخت علل آن همچنان موید چنین دیدگاهی در حقوق دادرسی ایران است.

در کنار این تایید، رای‌ی از دادگاه عالی انتظامی قضاات هست که چنین حکم نموده است: «آقای رئیس دادگاه کیفری یک که بدون وجود جهات رد قانونی از رسیدگی امتناع و پرونده را به شعبه دیگری داده است مرتکب تخلف گردیده است» (دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۷۲/۹/۲۲-۱۶۵ محکمه‌ی عالی انتظامی قضاات). با این وصف، در توجیه قانونی این حصر می‌توان به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که از استنکاف از احقاق حق سخن گفته و ماده‌ی ۳۹۱ آن قانون که از ممنوعیت اخذ پرونده از یک شعبه پس از ارجاع به عنوان قاعده کلی سخن می‌گوید، استناد کرد؛ استناداتی که بار دیگر جلوه روشنی از حق دادخواهی را نشان می‌دهد؛ حقی که تنها برای خواهان نیست که برای خوانده نیز وجود دارد.

«مانند و از قبیل» در این ماده که نشانه‌های تمثیلی بودن حکم است، می‌شود حصری بودن موارد موضوع حکم ماده‌ی ۹۱ را برداشت نمود، حصری دانستن موارد رد، حتی بی‌نیاز از این اصول لفظی، با توجه به فلسفه‌ی حق دادخواهی و اصل شایستگی دادرس، برداشتی قابل دفاع است. چه، دادخواهی بر بنیاد هر یک از سه نظریه شناخته شده‌ی مبنای آن - دادخواهی به مثابه تضمین شنیده شدن سخنان دادخواه در دستگاه قضایی یا دادخواهی به عنوان حق رسیدن به رای ماهیتی یا دادخواهی همچون ادعایی برای چاره جویی قضایی - (Blomeyer, 1982: 6-7)، این شایستگی را برای دادرس و این انتظار را برای دادخواه ایجاد می‌کند که جز در موارد معین قانونی که لاجرم محصور است، نتوان او را رد کرد و کنار گذاشت و یا او نیز نتواند خودش را مشمول رد ببیند و کنار برود. این چنین است که دیدگاه حصری بودن نزد دکترونی حقوقی، با وجود نیامدن ماده‌ی ۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در قانون کنونی، تقریباً هیچ مخالفی ندارد (صدرزاده افشار، ۱۳۸۵: ۳۳۴؛ شمس، ۱۳۸۸: ۱۹؛ بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵: ۲۷۴؛ کریمی، ۱۳۸۶: ۲۰۹؛ یوسف زاده، ۱۳۹۱: ۳۱۲) با بیان این که این موارد بر اساس غلبه آمده است؛ (افتخارچهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۴۱) با بیان این که موارد این ایراد مضیق است؛ ابهری، ۱۳۹۳: ۵۳؛ با بیان این که جهات رد شش مورد است؛ و نهرینی، ۱۳۹۸: ۴۵۰).

برخی استادان در توجیه این وضعیت نگاشته اند: «موارد رد در قانون به طور حصر معین شده و قابل قیاس نیست و مخصوصاً قانون نهی کرده است که دادرس در غیر آن موارد رد را قبول کرده یا از رسیدگی امتناع نماید. علت این نهی آن است؛ اگر چنین نهی نبود ممکن بود از قاعده‌ی رد دادرس هم اصحاب دعوی و هم دادرسان سوء استفاده کنند؛ اصحاب دعوا به منظور این که دادرسان سخت و موشکاف را از رسیدگی به دعوای وسوسه دار خود

۱. دادرس نمی‌تواند در غیر موارد مذکور در ماده ۲۰۸ رد را قبول کرده یا از رسیدگی امتناع نماید.





چنین به دیدگان می‌رسد که هدف این نگرش به رد دادرسی، تضمین هر چه بیشتر اصل بی‌طرفی است؛ اصلی که به باور برخی در یک نظام قضایی شرط همه یا هیچ به شمار می‌آید بدین معنا که یا نظام قضایی بی طرف است و به این شکل موجودیت دارد و یا این که نظام قضایی ناقص بی-طرفی است که در این صورت، اساساً نظام قضایی نیست (Frison-Roche, 1999: 53). با این وصف، حتی در حقوق فرانسه برخی نویسندگان نوشته‌اند که با استناد بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر<sup>۳</sup>، می‌شود به مصادیقی از رد دست یازید بی آن که در فهرست حصری ماده ۱۱۱-۶ کد سازماندهی قضایی باشد و تنها تفاوت در این است که مصادیق این ماده به طور خودکار اعمال می‌شود ولی، در فرض استناد به بند ۱ ماده ۱ مرقوم، مدعی وجود علت رد غیرمصرح، باید جانبداری قاضی را اثبات کند (Amrani-Mekki & Strickler, 2014: 447). استادان دیگر باور دارند که فهرست موضوع ماده ۱۱۱-۶ کد مرقوم، در حقوق داخلی اعتبار دارد و ریشه دار در این ضرورت است که به ادعای هر شخص باید در دادگاه مستقل و بی‌طرف رسیدگی شود. از این رو، بر بنیاد رای‌های از دیوان عالی کشور فرانسه که به تجویز بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صادر شده‌اند (Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 avr. 1998; Cass 2<sup>ème</sup> civ., 2 mai 2004)، آورده‌اند که ماده ۳۴۱ کد آیین دادرسی مدنی الزاماً موجب تحقق و تبلور کامل اصل بی‌طرفی در همه مراجع قضایی نمی‌شود و امکان مطرح نمودن مصادیق دیگر برای اثبات جانبداری، هست (Cadiet & Jeuland, 2020: 634-5).

این که کدام نگاه به جهات رد مقبول تر است؛ نگاه حصری یا تمثیلی، بی توجه به بسترهای تاریخی و اجتماعی هر نظام حقوقی قابل ارزیابی نیست. در

این نگاه در تازه‌ترین رای وحدت رویه‌ای که در این باره صادر شده به روشنی پیدا است؛ هیات عمومی دیوان عالی کشور در بخشی از رای شماره ۸۲۸ - ۱۴۰۱/۱۱/۱۱ آورده است: «جهات رد جنبه استثنایی دارد و در موارد تردید، مطابق اصل، دادرسی مکلف به رسیدگی است». این که دادرسی، تکلیف به رسیدگی دارد هم از نگاه شخص وی، سیمایی از ممنوعیت استنکاف از احقاق حق را به نمایش می‌گذارد و هم از منظر دادگاهی که پرونده بدان ارجاع شده، یادآور حکم ماده ۳۹۱ بالا گفته است. همچنین است بازتاب این سخن در رای وحدت رویه شماره ۱۳۶۸/۱/۲۹-۵۲۴ آن هیات عمومی که حکم کرده است: «جهت رد دادرسی در امور جزایی در ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده است».

با وجود این، آن چنان که گفته شد، در برخی نظام‌ها چنین حصری به این شدت در قوانین و رویه دیده نمی‌شود. برای نمونه در حقوق ایالات متحده آمریکا، وفق شرط «دادرسی درست»<sup>۱</sup> که در قانون اساسی این کشور آمده، قضات در دو مورد رد<sup>۲</sup> می‌شوند: آنگاه که قاضی نفع مالی در عوائد دعوا دارد و آنگاه که این احتمال قوی هست که قاضی جانبدار باشد (Amtdt5.4.5.4.6 Impartial Decision). در این موارد، لازم نیست اثبات شود که قاضی جانبدار است و همین که چنین احتمالی وجود دارد، موجب رد دادرسی است برای نمونه، دیوان عالی ایالات متحده در پرونده (Caperton v. A. T. Massey Coal Co. (08-22)) انتخاب قضات ۳ میلیون دلار هزینه شده با وجود این که احراز شد که دلیلی برای خروج قاضی از بی-طرفی در دست نیست، حکم نمود که وی باید رد شود (Friedentahl et ali, 2013: 1250).

délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle....

<sup>1</sup>. Due Process

<sup>2</sup>. Recuse

<sup>3</sup>. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un

باری، اصل بی‌طرفی با وجود نیامدن در قانون اساسی، همچنان از حقوق اساسی اصحاب دعوا است و صرفاً در این فرض، در جریان رسیدگی، ضمانت اجرای آیین دادرسی، به سان حق دادخواهان برای ایراد<sup>۱</sup> ندارد و این ضمانت اجرا نسبت به رای دادگاه و تقاضای نقض آن، قابل بررسی است.

تفاوت حق طرفین در ایراد رد دادرسی یا تکلیف شخص اخیر در این کار با امکان تذر رعایت اصل بی‌طرفی و استقلال در مواردی که مشمول جهات رد دادرسی نیست یا خواستن نقض رای از مراجع بالاتر در این است که در فرض جهات رد، نیازی به اثبات این نیست که قاضی در حقیقت از بی‌طرفی خارج شده یا استقلال خود را از دست داده است (ممکن است در عین وجود این جهات، قضات همچنان دارای این اوصاف و ای بسا سختگیرتر هم باشند) ولی در فرض مواردی که مشمول جهات نیست، نقض این اصول باید با دلایل اثبات شود. ایراد رد به شمار نیامدن موارد ادعایی هر یک از طرفین برای رد دادرسی، مانع طرح آن در هنگام درخواست نقض رای نیست.

بر این بنیاد، نقدی که بر رای‌های وحدت رویه شماره ۵۱۷ و ۵۲۴ و ۸۲۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور می‌شود وارد کرد این است که گرچه پیرامون مصادیق جهات رد صادر شده و اظهارنظر دادگاه در مقام نقض قرار منع تعقیب یا تنفیذ یا عدم تنفیذ نظر دادگاه پایین‌تر در مقام اعاده دادرسی خواستن از دیوان عالی یا صرف شکایت کیفری از قاضی را مصداق جهات برشمرده شده ندانسته، درباره‌ی این که اگر موردی خارج از جهات رد باشد آیا باز این احتمال وجود دارد که دادرسی از بی‌طرفی یا استقلال دور شود یا خیر و روش طرح آن، چیزی نگفته است. به باور نگارنده، حتی اگر موردی از جهات رد نباشد،

نظامی که دادرسان با رای مردم برگزیده می‌شوند، همچون نظام ایالات متحده آمریکا، این نیاز بیش از نظام‌هایی که قضات آن منصوب هستند، احساس شده است. به باور نگارنده، درست به همین سبب است که نه در قانون آیین دادرسی مدنی و نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصادیقی برای رد داور پیش‌بینی نشده و به طور کلی به امکان رد داور ظرف ده روز (ماده‌ی ۴۷۱) یا جرح وی بنا بر اوضاع و احوال موجودی که باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود و یا اینکه واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است، نباشد اشاره شده است (ماده‌ی ۱۲) (ر.ک: جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۹؛ کاکاوند، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

می‌توان چنین گفت که چون اصل بی‌طرفی دادرسی و استقلال دادگاه مبنای پذیرش رد دادرسی در مقابل حق دادخواهی است، پیش‌بینی موارد معین برای رد دادرسی در قانون مانع آن نیست که هر یک از طرفین در اموری که خارج از موارد مورد اشاره مقنن است، همچنان اجرای این اصول را از دادگاه یا از مراجع بالاتر که در مقام طرق شکایت به دادخواهی متداعیین رسیدگی می‌کنند، نقض این اصول را که بی‌تردید موجب بی‌اعتباری رای است (بند ۳ ماده‌ی ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی)، بخواهند. چرا که گرچه قانون اساسی بر خلاف تصریح به اصل استقلال دادگاه- که مستظهر به اصل استقلال قوه‌ی قضاییه (اصل ۱۵۶) می‌باشد- به شیوه‌ای بس شگفت آور، هیچ اشاره‌ای به اصل بی‌طرفی دادرسی ننموده است، این وضعیت، موجب زوال ارزش حقوق اساسی اصل بی‌طرفی نمی‌شود، آنچنان که در بند ۴ ماده‌ی ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ به «خروج از بی‌طرفی در انجام وظایف قضایی» به عنوان یکی از تخلفات انتظامی قضات اشاره شده است و این متن در همان سال به تایید شورای نگهبان قانون اساسی رسیده است.

در جریان رسیدگی به صورت طاری مطرح می‌شود و هدف آن امری مربوط به رسیدگی و جریان آن است (ملک‌تبار فیروزجایی، ۱۳۹۹: ۱۹۶).

<sup>۱</sup> پژوهشگران در راه تمییز ایراد از دفاعیات و دیگر درخواست‌ها نوشته‌اند: ایراد آیین دادرسی درخواستی متضمن ادعایی آیینیک برای وصول به نتایج و مزایایی خاص است که

همچنان امکان پیگیری نقض اصل بی‌طرفی و استقلال برای اصحاب دعوا هست.

## ۲،۲ جهات رد دادرس و مصادیق آن

بر بنیاد شیوه‌هایی که در بالا بدان پرداخته شد، هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه جهات رد دادرس در قانون آمده است با این تفاوت که در حقوق ما در هر یک از قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری، این جهات پیش بینی شده که اندک تفاوت‌هایی در آن‌ها دیده می‌شود و در حقوق فرانسه، این جهات در قانون سازماندهی قضایی (ماده‌ی ال ۱۱۱-۶) آمده و در نتیجه، در هر دو نوع آیین دادرسی، یکسان است.

گرچه جهات رد در هر دو قانون تنها شش مورد است ولی در آیین دادرسی کیفری بسته به نیاز فرایند کیفری، برخی جهات نه تنها میان دادرس و طرفین دعوا نباید وجود داشته باشد که بایسته است میان او و شریک یا معاون جرم نیز نباشد (بندهای الف و پ ماده‌ی ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری). همچنین در قانون اخیر، برخی رویه‌های قضایی درست پیرامون اظهارنظر سابق در متن قانون بازتاب داشته است (مانند بند ت و تبصره‌ی ماده‌ی مرقوم).

به هر روی، در ماده‌ی ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی این جهات چنین آمده است:

الف- قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از هر طبقه بین دادرس با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد.

ب- دادرس قیم یا مخدوم یکی از طرفین باشد و یا یکی از طرفین مباشر یا متکفل امور دادرس یا همسر او باشد.

ج- دادرس یا همسر یا فرزند او، وارث یکی از اصحاب دعوا باشد.

د- دادرس سابقاً در موضوع دعوای اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهارنظر کرده باشد.

ه- بین دادرس و یکی از طرفین و یا همسر یا فرزند او دعوای حقوقی یا جزایی مطرح باشد و یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد.

و- دادرس یا همسر یا فرزند او دارای نفع شخصی در موضوع مطروح باشند.

اگر بی‌طرفی به معنای نفی جانبداری دادرس با معیار شخصی باشد و اگر استقلال را بتوان به وابسته نبودن دادگاه به طرفین با سنجهی نوعی قلمداد کرد اولی را باید در ضمیر دورنی دادرس ریشه دار دانست دومی را متجلی در نمودهای بیرونی دید (ر.ک: غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۷۰-۷۹). قانونگذار فرانسوی نیز به این حالات درونی و بیرونی توجه نموده و اولی را به وجدان دادرس<sup>۱</sup> و دومی را به تقاضای طرفین موکول کرده است<sup>۲</sup>. بر این اساس، آنچه در ماده‌ی ۹۱ آمده را می‌توان ذیل این دو اصل بررسی کرد:

وراثت و وجود دعوای جاری یا پیشین حقوقی یا جزایی و نفع شخصی (بندهای ج و ه و و او) را می‌شود نمونه‌هایی از عوامل موثر در **بی‌طرفی** دانست و قیومت و رابطه خادم و مخدومی و مباشرت و تکفل امور و قرابت و اظهارنظر سابق را نشانه‌هایی از فقدان استقلال تلقی کرد (بندهای الف و ب و دال).

وراثت میان دادرس یا همسر یا فرزند او با اصحاب دعوا در حقیقت، وراثت آتی و بالقوه است نه وراثت موجود که با مرگ یکی برای دیگری اتفاق

<sup>۱</sup> ماده‌ی ۳۳۹: «ادارسی که شخصا جهت ردی در خود می‌بیند یا وجداناً برای خود تکلیف امتناع تصور می‌نماید جایگاه خود را به دادرس دیگری که رئیس آن مرجع قضایی مربوط تعیین می‌کند می‌دهد».

<sup>۲</sup> ماده‌ی ال. ۱-۷۳۱ کد سازمان دهی قضایی «جز در مورد مقررات خاص برخی مراجع قضایی، رد دادرس را در موارد زیر می‌توان تقاضا نمود: ...».

در: کریم زاده، ۱۳۸۶: ۹۲-۱۹۱)، در تبصره‌ی ماده‌ی ۳۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری چنین تصریح گردید که «شکایت انتظامی از جهات رد دادرسی محسوب نمی‌شود». با وجود این، غیر از مفهوم دعوای مدنی و کیفری، آنچه در این بند از ماده‌ی چالش برانگیز شده این حکم مقنن است که مقصود از این که «دعوای حقوقی یا جزایی مطرح باشد» چیست؟ شعبه‌ی ۱ دیوان عالی کشور در رای شماره‌ی ۱۱۴۴-۱۳۲۵/۷/۳ به ویژه درباره شکایت کیفری چنین حکم کرده است: «صرف شکایت جزایی یکی از اصحاب دعوا از دادرسی مورد را مشمول [این بند] نمی‌نماید». با وجود این، کار اختلاف دادگاه‌ها و رای-ها به هیات عمومی دیوان عالی کشور کشیده می‌شود و این هیات در رای وحدت رویه‌ی قضایی شماره ۸۲۸-۱۴۰۱/۱۱/۱۱ حکم می‌نماید: «نظر به اینکه اولاً، طبق ماده‌ی ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، بدون دلیل کافی برای توجه اتهام نمی‌توان کسی را به عنوان متهم احضار کرد. ثانیاً، وفق مواد ۳۹ و ۴۰ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰، تعقیب قاضی، در جرایم عمدی، منوط به تعلیق وی از سمت قضایی به وسیله دادگاه عالی انتظامی قضات و در جرایم غیر عمدی منوط به تجویز دادستان انتظامی قضات است. ثالثاً، جهات رد، جنبه استثنایی دارد و در موارد تردید، مطابق اصل، دادرسی، مکلف به رسیدگی است. بنابراین، صرف شکایت کیفری از قاضی رسیدگی‌کننده به معنای «مطرح بودن دعوای کیفری» بین او و شاکی نیست تا به استناد بند «ث» ماده‌ی ۴۲۱ قانون صدرالذکر، موجب رد دادرسی شود...».

مهمترین نقد بر این رای، آن است که رد دادرسی را موخر بر امکان احضار او یا فراهم بودن شرایط تعلیق او به تجویز دادستان انتظامی قضات می‌داند در حالی که باید پرسید رد قاضی تعلیق شده چه ارزشی دارد و اقدامات قاضی تا زمان احضار وی در یک پرونده، چه اعتبار و اثری دارد؟ آیا باطل است یا این که موثر است؟ رای وحدت رویه به این پرسش‌ها

افتاده و درست به همین علت است که در بند ۲ ماده‌ی ال ۶-۱۱۱ کد سازماندهی قضایی فرانسه عبارت «ورثه‌ی مفروض» یا «بالقوه» آمده است. ورثه‌ی بالقوه یعنی کسی که مستعد ارث بردن از طرف مقابل است که امری مربوط به آینده و وضعیت پس از مرگ است. یعنی همین که یکی از طرفین یا دادرسی بمیرد، آن یکی وارث او است. بر این اساس، این مطالعه به ما نشان می‌دهد که مقنن فرانسوی در تبیین موضوع توفیق بیشتری داشته است. وانگهی در همین بند مقنن فرانسوی به مصادیق دیگری که شبیه وراثت بالقوه یا مفروض است، اشاره می‌کند که جای آن در قانون آیین دادرسی مدنی ایران خالی است: «اگر خود یا شریک زندگی‌اش، طلبکار، مدیون، ورثه‌ی مفروض یا متهم یکی از طرفین باشد».

این که دعوای حقوقی یا جزایی مطرح باشد و یا در سابق مطرح بوده و از تاریخ صدور حکم قطعی دو سال نگذشته باشد، دیگر جهت رد دادرسی است که بیشترین چالش را در ادوار قانونگذاری و رویه‌ی قضایی داشته است. صرف نظر از اشکال نگارشی این بند که بهتر بود چنین نگاشته می‌شد: «بین دادرسی یا همسر یا فرزند او و یکی از طرفین ...» تا این شبهه پدید نیاید که ضمیر او به دادرسی برمی‌گردد یا طرفین را نیز در برمی‌گیرد، به هر روی، چنین به دیده می‌آید که به قرینه بند ج که این اشکال را ندارد، ضمیر او که ضمیر ملکی است به دادرسی معطوف است؛ یعنی میان دادرسی یا همسر یا فرزند دادرسی و یکی از طرفین چنان دعوایی نباشد.

از جهت قانونی وقتی که دادگاه‌ها درباره شکایت انتظامی از قاضی دچار اختلاف بودند و شعبه‌ی ۸ دیوان عالی کشور در رای شماره‌ی ۱۰۵۶ مورخ ۱۳۲۷/۶/۳۱ خود حکم نموده بود که «از هیچ راهی استفاده نمی‌شود که مقصود از دعوی مدنی مفهومی است که شامل شکایت اداری نیز بشود» (متین، ۱۳۳۵: ۲۲۷. همچنین بنگرید: رای‌های شماره ۱۰۷-۱۳۸۰/۳/۱۹ و ۱۳۸۰/۸/۵-۶۹۳ و ۱۳۸۰/۸/۱۵-۷۴۵ همگی برای شعبه‌ی ۳ دادگاه عالی انتظامی قضات

برابر ماده‌ی ۶-۳۶۶ کد آیین دادرسی مدنی، از رسیدگی امتناع کند. پ

وانگهی، در حقوق این کشور دوستی و دشمنی آشکار میان دادرس و هر یک طرفین دعوا نیز در بند ۸ ماده‌ی ال ۱۱۱-۶ کد سازماندهی قضایی فرانسه آمده است که در حقوق ایران با هیچ یک از بندهای ماده‌ی ۹۱ سازگاری ندارد مگر این که بتوان دشمنی را در قالب وجود دعوا به شرح همین بند تلقی کرد. شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه نیز در رای مورخ ۵ ژانویه ۲۰۱۷، دوستی در شبکه‌های اجتماعی را مصداق دوستی بند ۸ ندانسته است (Cadiet & Jeuland, 2020: 634) که امروزه با توجه به گسترش این شبکه‌ها، جای سخن دارد.

پیرامون نفع شخصی در موضوع مطروح باید گفت که مقصود از نفع هر گونه نفع و فایده مادی یا معنوی است و هدف از تاکید بر شخصی بودن نفع نیز درست همان مطالبی است که درباره نفع در دادخواهی گفته شده؛ یعنی نفع مستقیم و بلاواسطه (محسنی، ۱۳۹۸: ۲۵۳-۶۳). به این معنا، از آن جا که هیچ کس نمی‌تواند قاضی منافع خود باشد، اگر دادرس یا همسر یا فرزند وی آنچنان منافی در دعوی مطرح شده داشته باشند که اگر رای صادر شود مستقیماً و بی واسطه در حقوق ایشان اثر دارد، مورد از موارد رد است. گویا بر همین بنیاد است که برخی استادان، سهامدار بودن دادرس در شرکت طرف دعوا نزد خود را از موارد رد به اعتبار جدایی شخصیت حقوقی ندانسته‌اند (شمس، ۱۳۸۸: ۲۳) با این حال، شعبه‌ی اول دادگاه عالی انتظامی قضاات در دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۴۰ - ۱۳۷۴/۸/۲۹ قاضی هیأت موضوع ماده‌ی ۵۶ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل‌ها و مراتع را که دوستدار یا به تعبیر خودش سختگیر و حساس به جنگل و مرتع و صید غیرمجاز بوده و سپس در دادگاه رای همان هیأت را تایید کرده، متخلف شناخته است. گرچه علت تخلف، نقض بند دیگری (اظهارنظر سابق) اعلام شده است با این حال، شاید نتوان این قاضی را ذینفع شخصی در دعوی

پاسخی نمی‌دهد و ذهن پژوهنده را درگیر این چالش می‌کند که ارزش بی‌طرفی دادرس چیست. این رای که به نوعی واکنشی به شکایات اصحاب دعوا از قضاات بوده است، تفسیری که از مطرح بودن دعوا می‌کند آن دعوایی است که موجب احضار قاضی یا در جرائم عمدی موجب تعلیق وی به تجویز دادستان انتظامی شود؛ نظری که به دشواری از متن قانون برداشت شدنی است. وانگهی، چنین به دیده می‌رسد که هیأت عمومی دیوان عالی در این رای بسی از مقوله سوء استفاده از ایراد رد متاثر بوده است و تفسیری که به دست داده بیشتر به دنبال بستن این روزه است. فرانسویان برای تدبیر این کاربرد نادرست رد دادرس، ضمانت اجرای جریمه مدنی را پیشنهاد کرده‌اند که بسی بسیار، بازدارنده و تنبیهی است: «اگر درخواست رد یا احاله به جهت سوءظن موجه رد شود، درخواست‌کننده را می‌شود به جریمه‌ی مدنی حداکثر ۱۰۰۰۰ یورو جز ضرر و زیانی که ادعا شدنی است محکوم نمود» (ماده‌ی ۳۴۸ کد آیین دادرسی مدنی). مطالعه تطبیقی، اینک چنین رهیافتی را به مقنن پیشنهاد می‌کند تا مرز میان استفاده و سوء استفاده متعادل شود.

قانونگذار فرانسوی در بند ۳ ماده‌ی مرقوم پیرامون همین جهت چنین آورده است: «اگر میان او یا شریک زندگی‌اش و یکی از طرفین یا شریک زندگی وی، دادرسی‌ای در جریان بوده یا باشد»، حکمی که میان انواع دادرسی تفکیک نمی‌کند و به مطرح بودن یا شدن دادرسی یا صدور رای از گذشته هیچ نمی‌پردازد که نشان دهنده میزان سخت‌گیری بیشتر در این زمینه است شعبه‌ی دوم دیوان عالی کشور فرانسه در رای ۶ دسامبر خود صرف درخواست تجویز مطالبه‌ی خسارت از قاضی که در سنت فرانسوی (Prise à partie) نامیده می‌شود را مشمول بند ۳ بالا گفته ندانسته است (Cadiet & Jeuland, 2020: 634)؛ بدیهی است با تجویز که طی شرایطی از سوی رییس دادگاه پژوهش انجام می‌شود، آن دادرس باید به محض اطلاع از تجویز،

در درجه اول از طبقه سوم و درجه اولاد آن‌ها در درجه دوم از آن طبقه است» (ماده‌ی ۱۰۳۱ قانون مدنی).

با این وصف آمیختن طبقه و درجه در حقوق ایران موجب شده تا تصور شود در هر طبقه درجاتی همچون درجه در حقوق فرانسه وجود دارد. پس، پسر عموی قاضی که در طبقه سوم قرار دارد از نگاه قانون مدنی، در درجه دوم محسوب می‌شود و مشمول رد دادرسی است ولی، اگر مفهوم درجه در حقوق فرانسه در نظر گرفته شود، چنین نسبتی در درجه چهارم خواهد بود و بیرون از جهات رد.

این مساله در برخی موارد بغرنج می‌شود و رویه‌ی دادگاه‌ها در این باره چندان روشن نیست. برای نمونه، درباره باجناق یا شوهر خواهر زن یا هم ریش قاضی، شعبه‌ی اول دادگاه عالی انتظامی قضات، به موجب رای شماره‌ی ۱۳۷۱/۸/۱۳-۱۷۳ مورد را از جهات رد اعلام کرده است (کریم زاده، ۱۳۸۰: ۴۷۹-۸۰) در حالی خویشی وی با همسر قاضی در هیچ طبقه‌ای از طبقات ارث نمی‌گنجد و به خلاف خواهر همسر قاضی که قانوناً در حکم خواهر قاضی است (ماده‌ی ۱۰۳۳ قانون مدنی)، شوهر خواهر همسر دادرسی قابل درجه بندی در طبقه‌ای نیست.

بند دیگر ماده‌ی ۹۱ یعنی «دادرس سابقاً در موضوع دعوی اقامه شده به عنوان دادرسی یا داور یا کارشناس یا گواه اظهارنظر کرده باشد» از دیگر جهات بسیار چالش‌برانگیز این ماده است تا جایی که آرای پرشماری در این باره صادر شده است. شعبه‌ی ۴ دیوان عالی کشور، دخالت در مقدمات حکم را اظهار عقیده ندانسته و شعبه‌ی ۳ نیز در دو رای اظهار عقیده در اطراف و جهات دعوا و حتی تامین خواسته را چنین ندانسته و شعبه‌ی ۸ آن حکم کرده است که قرار رد دعوا نیز اینگونه نیست (متین، ۱۳۳۵: ۲۲۷-۸). همچنین، اظهارنظر درباره‌ی صلاحیت و حل اختلاف را این دیوان موجب رد نمی‌داند (بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ۶۹)، چراکه به درستی گفته‌اند صلاحیت دادگاه مقدم بر صلاحیت دادرسی است (نوبخت، ۱۳۸۵: ۷۸).

مطروحه دانست، بی‌گمان چون دوست‌دار محیط زیست است و ذینفع بدین معنا خواهد بود. در حقوق فرانسه نیز همین حکم در بند ۱ ماده‌ی ال ۷۳۱-۱ کد مرقوم آمده است: «اگر خود شخصاً یا شریک زندگی‌اش نفعی شخصی در اختلاف داشته باشند».

مصادیق استقلال دادگاه در ماده‌ی ۹۱ نیز به دنبال تامین استقلال قاضی در حکم و موضوع مقرر شده‌اند برای نمونه این که اگر «دادرس قییم یا مخدوم یکی از طرفین باشد و یا یکی از طرفین مباشر یا متکفل امور دادرسی یا همسر او باشد» یا «قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم از هر طبقه بین دادرسی با یکی از اصحاب دعوا وجود داشته باشد»، از این جهت موجب رد است که وابستگی دادرسی طرفین و بالعکس را نشان می‌دهد. این بندها در حقوق فرانسه طی سه بند جدا مقرر شده است: اگر خود یا شریک زندگی‌اش اولیا یا خویشاوند یکی از طرفین یا شریک زندگی او تا درجه‌ی چهارم باشد و اگر دادرسی یا شریک زندگی‌اش مسئول اداره‌ی اموال یکی از طرفین باشد و اگر نوعی رابطه‌ی تبعیت میان دادرسی یا شریک زندگی‌اش و یکی از طرفین یا شریک زندگی وی وجود داشته باشد (بندهای ۳ و ۶ و ۷ ماده‌ی ال ۱۱۱-۶). تفاوت نگاه ایرانی و فرانسوی به ارث، که اولی نظام طبقه و درجه را پذیرفته و دومی نظام درجه را، در این متون قانونی دیده می‌شود.

بر اساس نظام درجه، پیوند میان نسب‌ها در دوری یا نزدیکی به جامع انساب سنجیده می‌شود و درحالی که این معیار در ماده‌ی ۱۰۳۲ قانون مدنی «الاقرب فالاقرب»، است: «در هر طبقه درجات قرب وبعد قرابت نسبی بعده نسل‌ها در آن طبقه معین می‌گردد مثلاً در طبقه اول قرابت پدر و مادر با اولاد در درجه اول و نسبت به اولاد اولاد در درجه دوم خواهد بود و هکذا در طبقه دوم قرابت برادر و خواهر و جد و جده در درجه اول از طبقه دوم و اولاد برادر و خواهر و جد پدر در درجه دوم از طبقه دوم خواهد بود و در طبقه سوم قرابت عمو و دایی و عمه و خاله



کننده قرار دستور موقت می‌تواند در ماهیت نیز رای صادر کند (مواد ۳۱۷ و ۳۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی).

وانگهی، لزوم ماهوی بودن اظهارنظر سابق دادرسی نیز چندان راهگشا و موافق نیاز تامین استقلال قضایی نیست آنچنان که برابر رای شماره ۵۱۷ بالا، قابل تعقیب دانستن که چنین ویژگی دارد، از جهات رد دانسته نشده است. از این روست که دیوان عالی کشور در رای قدیمی دو شرط «کاملاً موثر در رای نهایی بودن» و در «ماهیت قضیه بودن» را معیار دانسته است (حکم شماره ۱۳۴۵۲/۹۲۹ مورخ ۱۳۱۶/۴/۲۸ به نقل از: بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ۷۰). چنین به دیدگان می‌رسد که مقنن باید میان نیاز تامین استقلال و بسنده کردن به حداقل‌های استقلال یکی را برگزیند؛ مطالعه تطبیقی نشان می‌دهد که هرگونه اظهارنظر مانع است که آن را می‌توان مقید به تاثیر کامل در رای نهایی کرد (برای مطالعه موارد اختلاف برانگیز دیگر: محسنی، والایی و طاهری لسکوکلایه، ۱۴۰۱: ۷۴-۱۶۰).

افزون بر این، یکی از جهات رد در حقوق فرانسه «تعارض منافع» است که در حقوق ما مصداقی برای آن دیده نمی‌شود. برابر ماده ۱۸ قانون ۱۸ نوامبر ۲۰۱۶ پیرامون نوسازی دادگستری قرن بیست و یکم<sup>۱</sup>: «تعارض منافع به وضعیتی گفته می‌شود که ناشی از مداخله نفع عمومی و منافع عمومی یا خصوصی باشد که ماهیتاً بر اجرای مستقل و بی طرف و نوعی عملکرد اثرگذار باشد یا این که چنین به نظر آید که این گونه اثر گذاری دارد»<sup>۲</sup>. بر این بنیاد، اگر مساله‌ی تعارض منافع مطرح شود، قاضی فرانسوی را می‌شود همچون دیگر مصادیق رد نمود (Cadiet & Jeuland, 2020: 634) ولی، در حقوق ایران برای این مصداق حکمی وجود ندارد و اگر

مطالعه‌ی آرای وحدت رویه قضایی شماره‌ی ۵۱۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ و ۵۲۴ به تاریخ ۱۳۶۸/۱/۲۹ نیز مفید همین معناست؛ در رای نخست آمده است: «نظر دادرسی دادگاه کیفری بر قابل تعقیب دانستن متهم که ضمن رسیدگی به شکایت از قرار منع پیگرد ابراز شود اظهار عقیده در موضوع اتهام محسوب نبوده و از موارد رد دادرسی نمی‌باشد». همچنین در رای دوم هیات عمومی دیوان گفته است: «جهت رد دادرسی در امور جزایی در ماده‌ی ۳۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده و رسیدگی دیوان عالی کشور مبنی بر تنفیذ یا عدم تنفیذ نظر دادگاه کیفری ۱ با هیچ یک از جهات مزبور تطبیق نمی‌کند تا مجوز رد دادرسی برای رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی باشد اظهار عقیده در موضوع دعوی هم که به شرح بند ۷ ماده‌ی ۲۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی از موارد رد دادرسی محسوب شده منصرف از این مورد است زیرا در اعاده دادرسی مسائلی عنوان می‌شود که قبلاً مطرح نشده و سابقه رسیدگی ندارد». با وجود این، به دست دادن معیاری که در همه موارد گویا باشد، شاید چندان شدنی نباشد گرچه مقنن در بند ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲، نوع اظهارنظر را «ماهوی» دانسته است. این جهت در حقوق فرانسه به شکل عام‌تر پیش بینی شده است: «اگر سابقاً در آن پرونده به عنوان دادرسی، داور یا مشاور یکی از طرفین دخالت داشته است» و ای بسا، تامین استقلال قاضی چنین رویکردی را ایجاب نماید. حتی در حقوق این کشور، قاضی رسیدگی امور فوری نمی‌تواند در ماهیت همان پرونده اظهارنظر کند و اساساً این قاضی از قضات ماهوی جدا است. هیات عمومی دیوان عالی کشور فرانسه نیز در رای شماره‌ی ۹۴-۱۷۰۹ مورخ ۶ نوامبر ۱۹۹۸ خود بر این امر برای رعایت بی‌طرفی تاکید کرده است (Goyet, 2001: 328) و این در حالی است که در حقوق ایران همچنان قاضی صادر

térêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

<sup>1</sup>. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a été promulguée le 18 novembre 2016.

<sup>2</sup>. Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des in-

تبعیت خود دادرسی صادر کننده از آن است که مانع عدول از قرار می‌شود؛ امری که مورد تاکید شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات بوده است (کریم زاده، ۱۳۷۸: ۲۷۵؛ همچنین حکم شماره‌ی ۴۴۴۴ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۹ به نقل از: شهیدی، ۱۳۴۰: ۱۵۶). همچنین، از منظر قابلیت شکایت، شعبه‌ی ۳ دیوان عالی کشور نیز در رای این قرار را قابل فرجام ندانسته است (متین، ۱۳۳۵: ۲۲۷) که در حقیقت مثالی برای همه‌ی طرق شکایت است.

اثر دیگر قرار امتناع از رسیدگی این است که تا زمانی که صادر نشده است، دادرسی دارای صلاحیت است. از این رو، مخالفت با جهت رد، نیازمند اتخاذ تصمیمی نیست. با این وصف، در قانون آیین دادرسی کیفری برابر ماده‌ی ۴۲۳، آمده است که «هرگاه دادرسی ایراد رد را قبول نکند، مکلف است ظرف سه روز قرار رد ایراد را صادر کند و به رسیدگی ادامه دهد. قرار مذکور ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض در مرجع صالح است. به این اعتراض خارج از نوبت رسیدگی می‌شود». این حکم جدید تقنینی با وجود همه مزایایی که دارد، در قانون آیین دادرسی مدنی قابل اجرا نیست و اگر کسی بخواهد به رد جهت رد در دعوای مدنی متعرض شود باید، آن چنانکه برخی استادان نوشته‌اند، آن را در جریان طرق شکایت از رای مطرح کند (شمس، ۱۳۸۸: ۲۷).

با وجود این، قانون آیین دادرسی کیفری همچون قانون آیین دادرسی مدنی درباره سکوت دادرسی، نسبت به جهت رد اعلامی هر یک از طرفین حکمی ندارد. در این باره، مسکوت گذاردن درخواست رد، وجاهت قانونی ندارد چرا که برابر صدر ماده‌ی ۹۱، دادرسی باید در موارد قانونی از رسیدگی امتناع کند

پیرامون افزایش حقوق اعضای هیات علمی و قضات را ابطال نمود و این کار را در رای دیگر به شکایت شماری از قضات دیوان عالی کشور (بدون ذکر نام) درباره مستثنی شدن اعضای هیئت علمی شاغل و بازنشسته دانشگاه‌ها از سقف حقوق و مزایا ورود کرد و مصوبه مربوط را ابطال نمود (دادنامه‌ی شماره ۱۲۱۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۶). در همه این موارد، اگر گفته شود فرض تعارض منافع قضات این هیات عمومی مطرح شدنی است چه راهکاری برای آن هست.

نظریه غیرحصری بودن جهات به شرح بالا پذیرفته نشود، امکان استناد بدان نیست.<sup>۱</sup>

### ۳ آثار قرار امتناع از رسیدگی

اثر قرار امتناع از رسیدگی از دو جهت قابل بررسی است؛ از نگاه دادرسی صادر کننده‌ی قرار و از نگاه دادرسی که پرونده به او در پی این قرار ارجاع می‌شود.

#### ۳/۱ دادرسی صادر کننده و قرار امتناع از رسیدگی

قانون آیین دادرسی مدنی درباره‌ی وجوه مختلفی از اثر قرار امتناع از رسیدگی، حکمی ندارد جز این که «در مورد ماده‌ی (۹۱) دادرسی پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرسی یا دادرسان دیگر دادگاه محول می‌نماید» (ماده‌ی ۹۲). این ماده که درباره مقطع پس از صدور قرار در فرض قبول جهت رد است، همچنین پیرامون رد یا مخالفت با آن جهت حکمی ندارد. به بیان دیگر، اگر دادرسی که رد شده است خود را مردود نداند، آیا باید تصمیمی بگیرد و مخالفت خود را بیان کند؟ سکوت وی (یعنی نه موافقت کند و نه مخالفت) در این باره چه معنا دارد؟ آیا دادرسی که جهت رد را پذیرفته می‌تواند از تصمیم خود عدول کند؟

در حقوق فرانسه برابر ماده ۳۴۷ کد آیین دادرسی مدنی آمده است که «چنانچه درخواست رد پذیرفته شود، فرایند جایگزین نمودن دادرسی آغاز می‌شود». پس نخستین اثر قرار امتناع از رسیدگی،

<sup>۱</sup> شاید آوردن این مثال از دیوان عدالت اداری بی‌فایده نباشد. هیات عمومی این دیوان در رای ۱۸۴۲ مورخ ۲۷ آذر ۱۳۹۷ خود، دستور العمل یک دانشگاه درباره شیوه پذیرش دانشجوی دکتری را ابطال کرد یا این که در رای شماره‌ی ۸۳۹ مورخ ۱۳۹۸ امرداد آن هیات عمومی، نویسنده مسئول بودن استاد راهنما در مقالات علمی- پژوهشی مستخرج از رساله دکتری به شرح آیین نامه یک دانشگاه را ابطال نمود یا این که برابر رای شماره‌ی ۵۱۶-۵۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۴ مصوبه هیات وزیران





دادرسی که قاضی یا مرجع قضایی پیش از تصمیم پذیرش ایراد رد یا احاله به جهت سوء ظن موجه انجام داده که به آگاهی وی نرسیده است قابل تعرض نیستند. با وجود این، صرف نظر از تاریخ آن، تصمیمی که دادرس صادر می‌کند یا مرجع قضایی که تمام یا بخشی از اصل دعوا را حل و فصل می‌کند یا این که بدون حل و فصل اصل دعوا، این تصمیم به طور موقتی لازم الاجرا است، صادر نشده به شمار می‌آید». بر بنیاد این تحلیل، اعمال و تصمیمات قاضی تا قبل از رد باید معتبر باشند و دادرس صادر کننده قرار امتناع از رسیدگی نمی‌تواند ضمن صدور این قرار، تصمیمات پیشین خود را نقض کند یا از آن‌ها عدول نماید. پس اگر دادرس پیش از رد، درباره صلاحیت دادگاه یا درباره یکی از اقدامات تامینی یا موقتی یا پیرامون ماهیت پرونده دست به اقدامات یا تحقیقاتی بزند، این اقدامات معتبر هستند ولی آیا برای دادرس دیگری که به پرونده رسیدگی می‌کند نیز اعتبار و الزام دارند؟ در این باره و مسائل پیرامون اثر قرار امتناع از رسیدگی نسبت به دادرس دیگر در بند آتی سخن خواهیم گفت.

## ۳٫۲ اثر قرار امتناع از رسیدگی بر دادرس دیگر

در باره اثر این قرار بر دادرس دیگر نیز مقنن در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی به این بسنده نموده است که «دادرس پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرس یا دادرسان دیگر دادگاه محول می‌نماید. چنانچه دادگاه فاقد دادرس به تعداد کافی باشد، پرونده را برای تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس شعبه اول ارسال می‌دارد و در صورتی که دادگاه فاقد شعبه دیگر باشد، پرونده را به نزدیکترین دادگاه هم‌عرض ارسال می‌نماید». از این ماده می‌شود دریافت که محول شدن رسیدگی به دادرسان دیگر دادگاه، موجب تحمیل قرار به آنان می‌شود؛ امری که در ماده ۳۴۷ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه بدان تصریح شده است: «این تصمیم به طرفین و قاضی مورد احاله تحمیل می‌شود».

و این تکلیف که شکل ایجابی آن قرار امتناع است در شکل سلبی فرض سکوت را همچون مخالفت در بر می‌گیرد. وانگهی، به محض طرح درخواست رد یا پی بردن قاضی بدان، وی در وضعیت سوء ظن موجه قرار می‌گیرد که باید تعیین تکلیف شود. نفی سکوت در این باره با تکلیف وی برابر ماده ۹۱ سازگار است. بدیهی است که اگر دادرس نسبت به جهت رد سکوت کند، همچون مخالفت با آن، به این امر در جریان طرق شکایت از رای می‌توان تعرض کرد.

بر این سخن باید فرض موردی را که جهت رد پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی از بین رفته است، افزود. زوال جهت رد، موجب اعاده پرونده به قاضی یا دادگاه نمی‌شود؛ امری که به وضوح در رای وحدت رویه شماره ۷۳۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۹۳/۸/۲۰ آمده است: «در مواردی که دادرس دادگاه به سبب وجود یکی از جهات رد، قرار امتناع از رسیدگی صادر می‌نماید و به علت نبودن دادرس و یا شعبه دیگر، پرونده به نزدیکترین دادگاه هم‌عرض ارجاع می‌گردد؛ تغییر دادرس صادرکننده قرار امتناع از رسیدگی با توجه به ملاک ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و لحاظ رأی وحدت رویه شماره ۱۳۵۲/۳/۳۰-۳۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور نافی صلاحیت دادگاه مرجوع‌الیه نخواهد بود؛ بر این اساس رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل به اکثریت آراء صحیح و منطبق با قانون تشخیص می‌گردد». بر این اساس، می‌شود ادعا کرد که هیچ موجبی برای بازگشت از قرار امتناع از رسیدگی نیست» (ر.ک: محسنی، ۱۳۹۵: ۴۳۳-۷۱).

پرسش دیگر این است که اگر قرار امتناع از رسیدگی صادر شود و پرونده به دادرس دیگری ارجاع گردد، اعمال و تصمیمات دادرس مردود چه ارزش و اعتباری دارد؟ در این باره نیز قانونگذار ایرانی به خلاف مقنن فرانسوی حکمی پیش بینی ننموده است. در فراز پایانی ماده ۳۴۷ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه چنین آمده است: «اعمال آیین

رامسر در حوزه‌ی استان دیگری است. در این فرض دادرس ارسال کننده پرونده باید آن را به نزدیک ترین دادگاه استان خود ارسال نماید هر چند که این دادگاه دورتر از دادگستری شهرستان رامسر باشد.

اگر گفته شد که قرار امتناع از رسیدگی به دادرس صادر کننده و طرفین و قاضی تحمیل می‌شود، سخنی که در این جا باید بررسی شود این است که اگر نتیجه قرار امتناع از رسیدگی، به جای تغییر دادرس، موجب تغییر مرجع رسیدگی شود آیا همچنان این قرار به دادرس مرجع قضایی نزدیک نیز تحمیل می‌شود یا این که او حق دارد با دادگاه صادر کننده اختلاف کند و برای نمونه نزدیک‌تر بودن یا نبودن را به چالش بکشد؟

قانون آیین دادرسی مدنی ایران در این باره حکمی ندارد ولی در کد آیین دادرسی مدنی فرانسه این فرض ذیل عنوان احاله آمده است: «در فرض احاله به مرجع دیگر برابر ماده‌ی ۸۲ عمل می‌شود» (ماده‌ی ۳۴۷ کد آیین دادرسی مدنی). تفاوت احاله پرونده با قرار عدم صلاحیت و قرار امتناع این است که در فرض اول، به خلاف فرض دوم امکان اختلاف نیست و مرجعی که رسیدگی به پرونده به او محول شده است، باید به دعوا رسیدگی کند بر این اساس، حکم احاله نتیجتاً، به اثر قرار امتناع از رسیدگی بر دادرس دیگر شبیه می‌شود. قانون گذار فرانسوی در همین راستا وفق ماده‌ی ۸۲ آورده است: «در فرض ارسال به مرجع قضایی معین شده، مدیر دفتر پرونده را، در صورت تجدیدنظرخواهی نشدن در مهلت، به همراه نسخه‌ای از تصمیم احاله به آن مرجع ارسال می‌کند. با وصول پرونده، مدیردفتر مرجع قضایی معین شده، طرفین را به هر وسیله‌ای دعوت می‌کند تا رسیدگی را پیگیری کنند و در صورت اقتضا، وکیلی را ظرف مهلتی که با این اختاریه آغاز می‌شود، منصوب نمایند». به بیان دیگر، با تحقق احاله، طرفین باید به مرجع قضایی جدید دعوت شوند و این احاله آنچنان که در جای دیگری آمده، قانونا موجب اعطای صلاحیت به مرجع قضایی جدید می‌شود (محسنی، ۱۳۹۵: ۴۳۳-۷۱).

تحمیل تصمیم به دادرس دیگر موجب آن است که وی نتواند با آن مخالفت کند و این مهمترین اثر چنین قراری است زیرا این فایده را دارد که مانع مخالفت قضات دیگر با امتناع وی می‌شود حتی اگر این قاضی، مسولیت توزیع پرونده‌ها را همچون رییس دادگستری داشته باشد. در همین راستا، شعبه‌ی ۱۴ دیوان عالی کشور در دادنامه‌ی ۱۴۰۰۰۶۲۹۰۰۰۰۴۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ در فرضی که رییس دادگستری با قرار امتناع از رسیدگی صادر شده مخالفت کرده، حکم نموده است که «اعتراض فرجامی فرجام خواسته نسبت به دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۹۰۰۰۱۶۹۳ مورخ ۹۹/۱۲/۱۴ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی الشتر وارد و درخور پذیرش است؛ زیرا اولاً: قرار امتناع از رسیدگی صادره از قاضی محترم دادگاه صادر کننده رای فرجام خواسته به درستی و مطابق با موازین قانونی صادر شده است و نظریه رییس دادگستری سلسله ذیل قرار مزبور به اینکه مورد از موارد امتناع نبوده و دادرس را ملزم به رسیدگی و صدور حکم نموده است» (محسنی، والایی و طاهری لسکوکلایه، ۱۴۰۱: ۱۶۰-۷۴).

همچنین وفق ماده‌ی ۹۲ قانون مرقوم، چنانچه دادگاه فاقد دادرس به تعداد کافی باشد، پرونده را برای تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر نزد رییس شعبه اول ارسال می‌دارد و در صورتی که دادگاه فاقد شعبه دیگر باشد، پرونده را به نزدیکترین دادگاه هم‌عرض ارسال می‌نماید و مقصود از نزدیک ترین دادگاه هم‌عرض برابر رای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۸۳۷ - ۱۳۳۵/۱۰/۱۰ «... نزدیک ترین دادگاه در هر مورد با رعایت تشکیلات وزارت دادگستری و حوزه بندی قضایی آن دادگاه می‌باشد». پس، نزدیک ترین دادگاه هم‌عرض را باید با توجه به حوزه بندی قضایی تشکیلات دادگستری در نظر گرفت از این رو، اگر نزدیکترین دادگاه دادگستری شهرستان رودسر در گیلان به علت پیوستگی شهرهای رامسر و چابکسر به هم باشد، شهرستان رامسر در مازندران باشد، امکان ارسال پرونده به رامسر نیست چرا که بر اساس حوزه‌بندی قضایی،



دادرس جدید دو حالت دارند: یا دادرس جدید را باید به تبع تبعیت وی از قرار امتناع از رسیدگی ملتزم به اعمال و تصمیمات و تحقیقات او دانست یا این که به وی اجازه داد با آن‌ها به موجب تصمیمی موجه و مستدل مخالفت کند و اعمال و تصمیمات و تحقیقات مورد نظر خود را انجام بدهد. به باور نگارنده، پذیرش تبعیت درباره تحقیقات و ارزش و اعتبار آن، به خلاف تصمیمات و اعمال، دشوار باشد چرا که اصولاً هیچ دادرسی را نمی‌توان ملتزم به نتیجه تحقیقات دادرس دیگر دانست به ویژه این که این تحقیقات هنوز به رای پایانی منتهی نشده است. بر این اساس، چنین به دیدگان می‌رسد که دادرس جدید می‌تواند با رعایت اثر و اعتبار هر یک از تحقیقات و دلایل اثباتی، نهایتاً مسیر اثباتی قانونی مورد توجه خود را نیز پی بگیرد یا این که تحلیل دیگری در مقام ارزیابی دلایل و تحقیقات دادرس قبلی داشته باشد اما، به اعمال و تصمیمات وی در پرونده ملتزم است مگر این که این تصمیمات و اعمال از اقدامات در حال انجام مقدماتی و اعدادی باشد که با استدلال و توجیه برابر اصل ۱۶۶ قانون اساسی قابل عدول هستند.

#### ۴ نتیجه

در اجرای قواعد آیین دادرسی، نیاز به نوعی تعادل است که با شناخت مبانی قواعد و اصول آیین دادرسی شدنی است. صدور صحیح و متعادل قرار امتناع از رسیدگی به سبب رد دادرس، دو فایده دارد: هم ضامن اعمال حق دادخواهی است و هم مجری اصول بی‌طرفی و استقلال دادگاه است. بر این بنیاد، نظام‌های حقوقی را می‌شود به نظام‌هایی که تمایل به حصری دانستن جهات رد دادرس دارند و نظام‌هایی که به طور کلی هر گونه سوء ظن به دادرس را موجب رد می‌دانند بخش کرد. مزیت محصور دانستن جهات رد، در پیشگیری از سوء استفاده دادخواهان و کاربست نادرست دادرس است و مزیت نگرش دوم، حساسیت بیشتر در اجرای اصول بی‌طرفی و استقلال می‌باشد.

مدلول رای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۰ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۳۰ نیز موید همین معنا در حقوق ایران است؛ در این پرونده‌ی وحدت رویه، دادگاه عمومی رودسر که دارای دو عضو بوده در مقام رسیدگی پژوهشی نسبت به رای دادگاه صلح رودسر در دو پرونده به لحاظ امتناع یکی از دادرسان از رسیدگی به علت سابقه‌ی اظهارنظر قضایی و این که حسب مقررات لایحه‌ی قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی ادامه رسیدگی با یک نفر دادرس قانونی نبوده، پرونده را در اجرای ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ (ماده ۹۲ کنونی) به دادگاه عمومی لنگرود که نزدیک‌ترین دادگاه بوده فرستاده است. دادگاه اخیر نیز از خود نفی صلاحیت نموده و با تحقق اختلاف در صلاحیت، پرونده‌ها به دادگاه عمومی رشت ارسال و یکی از آن‌ها به شعبه‌ی دوم و دیگری به شعبه سوم ارجاع گردیده است. شعبه دوم با تایید صلاحیت دادگاه عمومی لنگرود حل اختلاف کرده ولی شعبه‌ی سوم صلاحیت رودسر را تایید نموده است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این باره چنین رای داده است:

«بنا به مستنبط از ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی که عیناً نقل می‌شود «هرگاه دادرسی رد را قبول کرد یا خود امتناع از رسیدگی نمود پرونده به شعبه دیگر همان دادگاه ارجاع و اگر شعبه دیگری نباشد به کارمند علی‌البدل و اگر کارمند علی‌البدل نباشد به نزدیکترین دادگاه رجوع می‌شود» در مورد بحث رأی شعبه دوم دادگاه عمومی رشت که با اعلام صلاحیت دادگاه لنگرود حل اختلاف نموده است صحیح و مطابق موازین قانونی است».

از این رای می‌شود دریافت که از نظر دیوان عالی کشور، همین که دادگاه رودسر پرونده را به لنگرود ارسال نموده، این دادگاه حق اختلاف نداشته و باید رسیدگی می‌نموده است. امروز این نظر نیز قابل دفاع است.

اینک درباره‌ی پرسش آخر بند پیشین باید گفت که تصمیمات و اقدامات دادرس پیشین تا پیش از قرار امتناع از رسیدگی که معتبر تلقی می‌شوند، برای

باید پذیرفت که سه رای وحدت رویه قضایی دیوان عالی کشور در مصداق جهات با وجود اهمیت، چندان توجهی به ضمانت اجرای موردی که از جهات نیست ولی می‌تواند ناقض بی‌طرفی و استقلال باشد ندارد برای نمونه رای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۸۲۸ که سرآمد و تازه‌ترین است، به گمان نگارنده بیشتر تحت تاثیر سوء استفاده از ایراد رد دادرس صادر شده است تا توجه به این اصول حال آنکه مطالعه تطبیقی نشان داد که برای پیشگیری و تدبیر و سیاست سوء استفاده می‌توان از ضمانت اجرای مالی استفاده کرد.

آثار عدول ناپذیری، تحمیل شدن بر دادرس و دادرس دیگر و مرجع قضایی دیگر در فرض احاله شدن قرار امتناع از رسیدگی نیز در راستای اصول بنیادین بی‌طرفی و استقلال است و سه رای وحدت رویه‌ای که در این باره صادر شده به بهترین شکل، توانسته است با تفسیر قضایی شایسته، کاستی قوانین را در اجرا جبران کند. به باور نگارنده این آثار نیز، در راستای توازن و تعادل بیشتر میان اصول مرقوم و حق دادخواهی قابل ارزیابی هستند.

یافته‌ی دیگر این مطالعه آن است که نشان می‌دهد موضوعات چالش برانگیز قوانین آیین دادرسی، هر از چندگاهی نیازمند به روز رسانی محتوایی (مفهومی و مصداقی) در هر نظام حقوقی هستند. این روزآمدی گاه نتیجه تحولات قانونی است آنچنان که در قانون آیین دادرسی کیفری می‌بینیم و گاه نتیجه صدور رای‌های وحدت رویه قضایی است که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت.

در این پژوهش نظریه‌ای نو پیرامون جهاتی که به شکل رد دادرس مطرح نمی‌شوند مطرح شده است و آن این است که قرار نگرفتن یک جهت در کالبد ایراد، مانع طرح آن به شکل دفاع در طرق شکایت از رای نیست. فرق این شیوه با ایراد رد دادرس آن است که در دومی نیازی به اثبات نتیجه جهت رد در دادرس نیست و دادرسان نوعاً در این موارد باید امتناع کنند ولی در شیوه اول، خروج ایشان از بی‌طرفی یا نقض استقلال دادگاه باید با دلیل ثابت نشود. این نظریه، به دنبال موازنه و تعادل بیشتر میان اصول دادخواهی و بی‌طرفی و استقلال است. به ویژه آن که برخی مصادیق نوی جهات رد مانند «تعارض منافع» که در حقوق فرانسه آمده و در حقوق ایران ردی از آن نیست، با همین نگرش قابل استناد خواهد بود.

یافته دیگر چنین مطالعه‌ای آن است که جهات رد را می‌شود در پرتو این اصول مطالعه کرد. برخی ضامن بی‌طرفی و برخی تامین کننده استقلال هستند. گرچه پیرامون مصادیق بسیار چالشی جهات رد تا کنون سه رای وحدت رویه قضایی صادر شده و تا حدی محدوده و مواضع برخی بندها روشن شده گرچه مطالعه حاضر نشان می‌دهد که حتی ساده‌ترین جهات رد باز می‌تواند چالش برانگیز باشد و این، گویا دلیل دیگری است برای توجیه درستی رویکرد نظام‌های حقوقی که به جای بیان جهات مصرح، روی به سوی معیارها کلی ظن به دادرس گشوده‌اند یا این که در موارد غیر مصرح، به اصول کلی بی‌طرفی و استقلال استناد نموده‌اند.



## منابع

- Abhari, Hamid, (2013), Civil Procedure Code (3), Babolsar, Mazandaran. **[In Persian]**
- Amrani-Mekki et Yves Strickler, (2014), *Proédure civile*, Paris, Puf. Beheshti, Mohammad Javad and Nader Mardani, (2015), *Civil Procedure*, Tehran, Mizan, Volume 2. **[In Persian]**
- Blomeyer, Ared, (1982), *Civil Procedure*, Chapter 4: Types of Relief Available (Judicial Remedies), The Hague, London, Boston.
- Boroujerdi Abdeh, Mohammad, (2012), *Judicial-Legal principles extracted from the Rulings of the Supreme Court of the country*, Part II, Tehran, Raham. **[In Persian]**
- Cadiet, Loïc et Emmanuel Jeuland, (2020), *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec.
- Fricero, Natalie, *Récusation et abstention des juges: analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité*, NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 40 (Dossier: LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL: TROIS ANS DE QPC) - JUIN 2013, pp. 1-26.
- Friedenthal, Jack H., Arthur R. Miller, John E. Sexton & Helen Hershkoff, (2013), *Civil Procedure, Cases and Materials*, USA: West, 11th Edition.
- Frison-Roche, Marie-Anne, 1999, *L'impartialité du juge*, Recueil Dalloz, 6° Chaier Chronique, pp. 53-57.
- Ghamami, Majid and Hassan Mohseni, (2016), *Transnational Civil Procedure*, Tehran, Enteshar Co., fifth edition. **[In Persian]**
- Goyet, Charles, (2001), *Remarques sur l'impartialité du tribunal*, Recueil Dalloz, p. 328.
- Iftikhar Jahormi, Goudarz and Mostafa Elsan, (2019), *Civil Procedure*, Tehran, Mizan, Volume 3. **[In Persian]**
- Joneidi, Laiya, (1999), *Comparative Review of International Commercial Arbitration Law*, with foreword by Dr. Seyed Hossein Safaei, Tehran, Faculty of Law and Political Sciences. **[In Persian]**
- Kakavand, Mohammad, (2019), *Recuse of Arbitrators of the Iran-United States Claims Arbitration Court*, Tehran, Shahr-danesh, third edition. **[In Persian]**
- Karimi, Abbas, (2008), *Civil Procedure*, Tehran, Majd. **[In Persian]**
- Karimzadeh, Ahmad, (2008), *Disciplinary supervision in the judicial system*, Tehran, the official newspaper of the country, volume 3. **[In Persian]**
- Karimzadeh, Ahmad, (2008), *Supreme Disciplinary Court Judges' Opinions in Criminal Matters*, Second Collection, Tehran Mizan. **[In Persian]**
- Karimzadeh, Ahmed, (1999), *Disciplinary supervision in the judicial system*, Tehran, official newspaper, volume 2. **[In Persian]**
- Malektbar Firouzjaei, Hadi, (2018), *General Rules of Procedural Plea*, Tehran, Enteshar Co. **[In Persian]**
- Mateen, Ahmad, (2011), *Judicial procedure collection, criminal part*, Tehran, Raham. **[In Persian]**

- Mateen, Ahmad, (2013), Judicial Procedure Collection, civil part, Tehran, Hashemi. **[In Persian]**
- Matin Daftari, Ahmad, (1999), Civil and Commercial Procedures, Tehran, Majd, Volume 2. **[In Persian]**
- Mohseni, Dr. Hassan, (2015), Transferring jurisdiction of the court with an order to refuse the trial (in the light of the unification decision No. 735 of the Supreme Court), in: A selection of legal thoughts dedicated to Professor Mr. Dr. Hassan Ali Dorodian, by Laia Junidi and Alireza Masoudi, Tehran, Athakh Publishing Company, p. 443-471. **[In Persian]**
- Mohseni, Hassan, (2022), French civil procedure code, Tehran, Enteshar Co. **[In Persian]**
- Mohseni, Hassan, (2019), Organizing The Civil Procedure, According to the Cooperation Theory & in Framework of Principles of Procedure, Tehran, Enteshar Co. **[In Persian]**
- Mohseni, Hassan, (2019), Interest in Litigation (Iranian & French Legal Doctrine and Case Law), Journal of Legal Studies, Vol. 11, No. 1, [10.22099/JLS.2019.5240](https://doi.org/10.22099/JLS.2019.5240), P. 237-266. **[In Persian]**
- Mohseni, Hassan, Mohammad Valai, and Nilofar Taheri Leskoklaye, (2022), The Problem of a Previous Opinion Expressed in a Case of Disqualification of a Judge; Confirmation of the validity of an auction: Procedural or Substantive Opinion (A Critique and Review of Judgment No. 140006290000446311, September 14, 2021 Made by Branch 14 of the Supreme Court), Analysis of Judicial Decisions Journal, No. 1, No. 1, [10.22034/ANALYSIS.2022.253297](https://doi.org/10.22034/ANALYSIS.2022.253297), p. 160-174. **[In Persian]**
- Nahreini, Fereydoun, (2018), Civil Procedure, lawsuits, conditions for filing and hearing it, Tehran, Ganj Danesh, volume 2. **[In Persian]**
- Nobakht, Youssef, (2015), Judicial Thoughts, Tehran, Book Tek. **[In Persian]**
- Sadrzadeh Afshar, Dr. Seyed Mohsen, (2015), Civil and Commercial Procedures, Allameh Tabatabai Academic Jihad, Ninth edition. **[In Persian]**
- Shahidi, Moussa, (1982), "legal-criminal-administrative-lawyers affairs" judicial standards of the Supreme Disciplinary Court in terms of administrative violations, Tehran, Scientific. **[In Persian]**
- Shams, Dr. Abdullah, (2008). Civil Procedure, Tehran, Darak, 20th edition, volume 2. **[In Persian]**
- Unification Judgments of the General Board of the Supreme Court (from 1944 to 2021), (2022), Tehran, Office of Unification Judgments of the Supreme Court. **[In Persian]**
- Yousefzadeh, Morteza, (2011), Civil Procedure, Tehran, Enteshar Co. **[In Persian]**

## Original Article

# Determination of the enforcement mechanism of Article 75 of the Iranian Constitution, By comparing the implementation of a similar principle in the French legal system

Elahe Marandi \*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social Sciences and Economics, Alzahra University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.8.9](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24453.1419)



10.22080/LPS.2023.24453.1419

### Received:

October 31, 2022

### Accepted:

January 7, 2023

### Available online:

February 7, 2023

### Keywords:

Article 40 of the French Constitution, Article 75 of the Iranian Constitution, Parliamentary jurisdiction, Proposal, Budget proposal

## Abstract

Legislation under the Constitution of the Islamic Republic of Iran (Article 71) and France (Article 34) lies within the jurisdiction of the legislature. However, under the constitution, this right of legislation has important restrictions. Article 75 of Iranian Constitution and Article 40 of the French Constitution formulate the most important restrictions. This constitutional principle does not allow the Legislature to pass proposals and suggestions that will reduce public income or increase public expenditure. In past years, many questions about the role of the Islamic Consultative Assembly in the implementation of Article 75 have been raised and led to conflict and disputes between parliament, the Guardian Council and Executive Power. However, in France clear rules and proper mechanism in this regard has been devised which prevent the occurrence of such problems. Examining the French approach can prepare the ground for removing ambiguities in the Article 75 of the Iranian constitution. Considering the necessity of the comparative study on the Article 75, the central aim of this paper is to study the mechanism followed in implementing Article 40 of the French Constitution. This study shows that the French legal system has provided certain rules that determines the parliamentary jurisdiction by using expert opinion and thus does not allow the proposals which are in conflict with the Article 40 to be presented in the Parliament.

\*Corresponding Author: Elahe Marandi

Address: Faculty of Social Sciences and Economics,  
Alzahra University, Tehran, Iran

Email: [e.marandi@alzahra.ac.ir](mailto:e.marandi@alzahra.ac.ir)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Article 75 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran states: "Legal projects and proposals and amendments made by the representatives regarding the legal bills and reducing the public income or an increase in public spending is done if it can be proposed in the parliament, in which the way to compensate for the decrease in income or to secure new spending is also known.

The above principle is one of the ways to limit the general legislative authority of the parliament, thus it does not allow the parliamentarians to present and propose proposals that reduce public income or increase public expenditure without identifying a specific source for its provision.

Despite the clear statement of the mentioned principle, the experience of forty years of its implementation shows that this issue has been a point of disagreement between the parliament and the government on the one hand and with the Guardian Council on the other hand. As the survey shows, quantitatively, the majority of objections from the Guardian Council to the approvals of the Islamic Council were related to the non-observance of this principle. What is foreseen in Iran's legislative system regarding the authority for investigation and implementation of this principle is in the internal regulations of the Islamic Council in Article 140, which in the case of Article 75, has a mandated authority in this regard for the head of the parliament, that the collection of all To refer the ordinary plans and bills that are submitted to the parliament to the relevant commissions in compliance with the seventy-fifth (75)

article of the constitution. It can be seen that the planned process was not effective and there is a need to revise this process.

A comparative study of Article 75 of the Constitution with the corresponding principles in the constitutions of different countries shows that among the constitutions of the countries, this issue is addressed in Article 40 of the French Constitution, although in the constitutions of some other countries such as Germany and England There is also similar to Article 75 of Iran's Constitution, but the very close similarity of Article 40 of the French Constitution with Article 75 of Iran's Constitution and the closeness of Iran's legal and legislative system to the French system made the authors in this research, considering the importance and necessity Dealing with this issue to examine the limits of competence and performance of the legislature in implementing the principle of 40 A.H. France, and in this way, by examining the experiences and the legal mechanism adopted in French law, a step can be taken to provide a suitable mechanism to solve the problems created in the implementation of Article 75 of the Iranian Constitution and to realize the general policies of the legislative system.

### 2. Methods

This qualitative research was conducted through the descriptive-analytical approach and the library method was used to collect the needed information.

### 3. Results

According to the review of the French legal system in the implementation of Article 40 of the French Constitution, it can be seen that the root of the problems of Article 75 of the Constitution of the Republic of Iran is based on the lack of anticipation of the review authorities of the proposed plans in terms of the contradiction with Article 75.



From their plan in the open floor of the parliament and on the other hand, it is not paying attention to the necessity of getting the opinion of experts in the field of identifying the contradiction with the mentioned principle. If it is seen in French law, the speaker of the parliament is in the last stage of diagnosis and inspection, while in the Iranian legal system, the speaker of the parliament is considered as the only diagnostic authority.

#### **4. Conclusion**

The prediction of the speaker of the parliament as the only inspector to refine plans that are contrary to principle 75, considering his lack of expertise in this regard and considering the prevailing political atmosphere in the parliament at the time of presenting the plans, provides the basis for the correct implementation of the principle. The experience of the implementation of Article 40 of the French Constitution shows that the implementation mechanisms of the principle should be arranged in such a way

that the process of refining the plans before entering the public floor of the parliament. It seems that the existing structures of the Iranian legislature can be improved by amending the internal regulations of the parliament and the law on the implementation of the eighty-fifth and one hundred and thirty-eighth articles of the Islamic Republic of Iran regarding the responsibilities of the Speaker of the Islamic Council approved on 1989. Be responsive to the needs of experts to review plans and proposals before planning in the public arena.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

All parts of the paper at all levels are prepared by the author

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest

#### **Acknowledgments**

The authors appreciate all the scientific consultants in this paper

علمی پژوهشی

# تعیین ساز و کار اجرایی اصل ۷۵ قانون اساسی ایران با مقایسه‌ی اجرای اصل مشابه در نظام حقوقی فرانسه

الهه مرندی<sup>\*</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا، تهران، ایران.

[20.1001.1.24237566.1403.8.1.8.9](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24453.1419)

[10.22080/LPS.2023.24453.1419](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.24453.1419)

## چکیده

به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی ایران صلاحیت عام قانونگذاری به مجلس شورای اسلامی اختصاص یافته است. این صلاحیت عام به موجب اصول مختلف محدود گردیده است که از جمله آنها محدودیت مندرج در اصل ۷۵ قانون اساسی می باشد. چنین وضعی در نظام حقوقی فرانسه در اصول ۳۴ و ۴۰ قانون اساسی دیده می شود. به موجب اصل ۷۵ قانون اساسی ایران و اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه طرح و پیشنهادی که منجر به کاهش درآمد عمومی یا افزایش هزینه عمومی می گردد اجازه طرح در مجلس را ندارد. حوزه عملکرد مجلس شورای اسلامی ایران در اجرای اصل ۷۵ قانون اساسی در طول سالیان پس از تصویب قانون اساسی، همواره محل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان از یک سو و مجلس و قوهی مجریه از سوی دیگر بوده است. ضرورت اصلاح ساختار موجود موجب گردید تا رهبری معظم انقلاب در ذیل بند ۱۱ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری ابلاغی مهرماه ۱۳۹۸، ضرورت تعیین ساز و کار و کاری از سوی مجلس شورای اسلامی برای تشخیص قابلیت طرح پیشنهادات نمایندگان در مجلس (موضوع اصل ۷۵ قانون اساسی) قبل از تسلیم و اعلام وصول طرح را مطرح نمایند. نظر به پیش بینی سازوکار مناسب در نظام حقوقی فرانسه در پژوهشی توصیفی-تحلیلی به روش کتابخانه‌ای به بررسی ساز و کار رفع چالش‌های اصل ۷۵ بر اساس دستاوردهای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه پرداخته شد. یافته‌های پژوهش بیانگر آن است که ساختارهای موجود قوهی مقننه ایران می‌تواند با اصلاح آئین‌نامه داخلی مجلس و قانون نحوه اجرای اصل هشتاد و پنجم و یکصد و سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسوولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۲۶ پاسخگوی نیاز کارشناسی بررسی طرح‌ها و پیشنهادات قبل از طرح در صحن علنی باشد.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱ آبان ۰۹

تاریخ پذیرش:

۱۷ دی ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۸ بهمن ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

اصل ۷۵ قانون اساسی ایران، اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه، افزایش هزینه‌های عمومی، کاهش درآمد عمومی، محدودیت قانونگذاری.

\* نویسنده مسئول: الهه مرندی

آدرس: دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا، تهران، ایمیل: [E.marandi@alzahra.ac.ir](mailto:E.marandi@alzahra.ac.ir) ایران

## ۱ مقدمه

های دارای بار مالی بدون تامین منابع لازم برای آن یا عدم تعیین روش جبران آن، دولت را مکلف به اجرای قانونی می نماید که با قانون بودجه در تعارض است. از یک سو اجرای قانون مصوب مجلس، دولت را با تخطی از قانون بودجه مواجه می سازد و از سوی دیگر عدم اجرای قانون مصوب مجلس در راستای اجرای قانون بودجه، دولت را محکوم به عدم اجرای قانون می نماید. از همین رو قانونگذار اساسی با تصویب اصل ۷۵ سعی در جلوگیری از بروز مشکلات برای دولت به عنوان متولی اصلی اداره امور کشور نموده است.

علیرغم بیان روشن اصل مذکور، تجربه‌ی چهل ساله اجرای آن، نمایانگر آن است که این موضوع محل اختلاف مجلس از یک سو با دولت و از سوی دیگر با شورای نگهبان بوده است (رستمی، ۱۳۹۵: ۲).

بررسی‌ها نشان می‌دهد بیشترین ایرادات از نظر کمی از طرف شورای نگهبان به مصوبات مجلس شورای اسلامی، نسبت به عدم رعایت این اصل بوده است (مزارعی، ۱۳۹۰: ۱۱۴) که منجر به اظهار نظر تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در رابطه با اصل مذکور گردیده است.<sup>۲</sup> نمونه‌ی برجسته این اختلافات را در مناقشه میان دولت دهم با مجلس وقت شاهد بوده‌ایم که در پی نامه‌های رئیس جمهور وقت به ریاست هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوا که حاوی طرح مشکلات موجود و تقاضای رفع آنها در خصوص اصل ۷۵ قانون اساسی بود، این هیئت، نظر خود را در طی نامه‌ای به مقام معظم رهبری ارائه مینماید و تقاضای استفسار از شورای نگهبان در خصوص دو مورد ذیل می‌گردد: ۱- در مواردی که طرح‌های قانونی و پیشنهادهای اصلاحاتی که نمایندگان مجلس شورای اسلامی در خصوص

اصل هفتاد و پنج قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: « طرح‌های قانونی و پیشنهادهای و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه عمومی می‌انجامد، در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه‌ی جدید نیز معلوم شده باشد». اصل فوق از جمله طرق محدود کننده‌ی صلاحیت عام قانونگذاری مجلس است بدین صورت که به نمایندگان مجلس اجازه ارائه و طرح پیشنهادهای که موجب کاهش درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌ی عمومی می‌گردد بدون اینکه منبع مشخصی را برای تأمین آن مشخص نمایند، نمی‌دهد. این محدودیت که برخی حقوقدانان آن را مهم‌ترین محدودیت قانونی مجلس درباره رسیدگی و تصویب قانون بودجه همانند سایر قوانین می‌دانند (رستمی، ۱۳۹۰: ۲۴۶؛ هاشمی، ۱۳۸۱: ۲۰۳)، ریشه در مباحث مطرح در حوزه مالییه عمومی دارد که با بحث بودجه عمومی، نظم مالی دولت و سیاست‌های مدیریت عمومی که توسط دولت اجرا می‌شود ارتباط دارد و در بررسی مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی ملاحظه می‌گردد، هدف از تدوین این اصل جلوگیری از ایجاد خلل در مدیریت مالی کشور از طریق تصویب طرح‌های دارای بار مالی می‌باشد.<sup>۱</sup>

به بیان دیگر توجه به محدودیت منابع مالی دولت موجب گردیده است تا جهت جلوگیری از ایجاد تکلیف فراتر از توان دولت، پیشنهادهای و اصلاحات نمایندگان مجلس نسبت به لوایح دولتی مقید به عدم تقلیل درآمد عمومی یا عدم افزایش هزینه عمومی گردد. روشن است که تصویب طرح

۱ - لازم به ذکر است این مبنا در در اجلاس خبرگان بررسی نهایی ق.ا.ج.ا.ا، در جلسه تصویب این اصل از سوی نایب رئیس جلسه، نیز مطرح گردیده است. برای مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه رجوع شود به: صورت مشروح مذاکرات مجلس

۲ - برای مطالعه‌ی در خصوص جایگاه اظهار نظر مشورتی شورای نگهبان رجوع شود به وکیل و عسگری، ۱۳۸۳: ۳۲۱ و همچنین به حبیب زاده، ۱۳۸۷: ۱۸۵.

۱ - لازم به ذکر است این مبنا در در اجلاس خبرگان بررسی نهایی ق.ا.ج.ا.ا، در جلسه تصویب این اصل از سوی نایب رئیس جلسه، نیز مطرح گردیده است. برای مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه رجوع شود به: صورت مشروح مذاکرات مجلس

اجازه طرح در مجلس پیشنهاداتی است که شرایط مندرج در اصل ۷۵ را دارا نمی باشند که با اصرار مجلس و مخالفت شورای نگهبان مواجه می شوند و نهایتاً به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع می گردند.

بخش عمده مشکلات فوق الذکر ناظر بر عدم پیش بینی سازوکار مناسب در بررسی طرح ها جهت انطباق با اصل ۷۵ قبل از ورود به صحن مجلس می باشد. چنانچه ملاحظه می گردد آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در ماده ۱۴۰ در مورد اصل ۷۵، صلاحیتی تکلیفی در این خصوص برای ریاست مجلس مقرر داشته است مبنی بر اینکه وصول کلیه طرح ها و لوایح عادی را که به مجلس تقدیم می شود با رعایت اصل هفتاد و پنجم (۷۵) قانون اساسی به کمیسیون های مربوطه ارجاع نماید (جلالی، ۱۳۹۳: ۷۳).

حکم فوق بررسی تطبیق طرح ها با اصل ۷۵ را بر عهده رئیس مجلس شورای اسلامی قرار داده است که با توجه به اینکه ماهیت این بررسی امری تخصصی و کارشناسی است، این سازوکار نتوانسته است در اجرای اصل مذکور موثر واقع شود و نیازمند بازنگری جدی و اتخاذ تدابیر جدید جهت پالایش طرح ها پیش از ورود به صحن مجلس می باشد.

مطالب فوق بیانگر آن است که ابهامات مطرح در خصوص اصل ۷۵ قانون اساسی اشکالات فراوانی را در نظام قانونگذاری ایران ایجاد نموده است. رهبری معظم انقلاب در ذیل بند ۱۱ سیاست های کلی نظام قانون گذاری ابلاغی مهرماه ۱۳۹۸، ضرورت تعیین ساز و کار از سوی مجلس شورای اسلامی برای تشخیص قابلیت طرح پیشنهادات نمایندگان در مجلس (موضوع اصل ۷۵ قانون اساسی) قبل از تسلیم و اعلام وصول طرح را بیان می نمایند و قوای سه گانه مکلف گردیدند تا اقدامات را زمانبندی و پیشرفتها را گزارش نمایند.

در راستای بررسی راه حل رفع مشکلات اجرایی اصل ۷۵ بهره گیری از تجربیات سایر کشورها در این

لوایح قانونی عنوان می کنند، به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه های عمومی می انجامد، آیا درج عباراتی مانند «از محل صرفه جویی»، «پیش بینی در بودجه سنواتی»، «از محل اعتبارات مصوب مربوط»، «از محل اعتبارات مصوب دستگاه» و «از محل حساب ذخیره ارزی» به عنوان طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید، قابل قبول است یا خیر؟ ۲- اگر شورای نگهبان به استناد اموری مانند: معلوم نشدن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید؛ غیر قابل تحقق و صوری بودن طریق پیش بینی شده؛ کافی نبودن طریق پیش بینی شده برای جبران کامل کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید؛ مقبول نبودن درج عباراتی مانند آنچه در بند (۱) فوق ذکر شد، برای جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید مصوبه مجلس را مغایر اصل (۷۵) قانون اساسی بشناسد، آیا مصوبه ی مزبور از باب اصرار مجلس بر مصوبه خود با در نظر گرفتن مصلحت نظام (اصل ۱۱۲ قانون اساسی)، قابل ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام است یا خیر؟».

مقام معظم رهبری در پاسخ اعلام می فرمایند که: «شورای محترم نگهبان؛ مقتضی است نظریه تفسیری در دو مورد مندرج در نامه از سوی آن شورای محترم اعلام گردد».

با وصول نامه ی رئیس دفتر مقام معظم رهبری به شورای نگهبان، بررسی تفسیر اصل ۷۵ قانون اساسی در دستور جلسات شورای نگهبان قرار گرفت و نظریه ی تفسیری شورای نگهبان در این خصوص صادر گردید که با توجه به اینکه در خصوص برخی از سوالات مطروحه شورا به نظر تفسیری نمی رسد، نظریه تفسیری مذکور تا حدودی ابهامات راجع به اجرای اصل ۷۵ را مرتفع کرده است.

مفاد استفساریه فوق الذکر بیانگر آن است که عمده ی مشکلات مربوط به اجرای اصل ۷۵ ناظر دو مورد می باشد. مورد اول مربوط به طرق پیشنهادی نمایندگان درباره جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید است که نیازمند بررسی کارشناسان متخصص در امور مالی و بودجه ای است و مورد دوم ناظر به

با توجه به پرسش های فوق روشن است که نوع این تحقیق توصیفی و تحلیلی است. فرضیهی ارائه شده به پرسش اصلی پژوهش عبارت است از آن است که تجربه اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه بیانگر آن است که سازوکارهای اجرایی اصل بایستی به گونه ای تدارک دیده شود تا عمل پالایش طرحها قبل از ورود طرح به صحن علنی مجلس باشد. به نظر می رسد ساختارهای موجود قوهی مقننه ایران می تواند با اصلاح برخ از قوانین پاسخگوی نیاز کارشناسی بررسی طرح ها و پیشنهادات قبل از طرح در صحن علنی باشد.

در رابطه با موضوع این پژوهش تا کنون کتاب یا مقاله ای به چاپ نرسیده است ولیکن در رابطه با حدود صلاحیت قوهی مقننه در راستای اجرای اصل ۷۵ قانون اساسی ولی رستمی و الهه مرندی در مقاله ای با عنوان «بررسی و تحلیل اصل ۷۵ قانون اساسی و محدودیت قانونگذاری مجلس» که در سال ۱۳۹۵ در فصلنامهی دانش حقوق عمومی به چاپ رسیده است به بررسی و تحلیل اصل مذکور پرداخته اند. نتیجه پژوهش مذکور بیانگر آن است که نمایندگان مجلس حق پیشنهاد طرحهای مخالف اصل مذکور را ندارند لکن با توجه به فقدان قانون در صورت تصویب و ایراد شورای نگهبان، با عنایت به نظر تفسیری شورا، چنین مصوبه ای قابل ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نمی باشد.

همچنین محمد جلالی و محمدقاسم تنگستانی در سال ۱۳۹۳ در فصلنامهی دانش حقوق عمومی طی مقاله ای با عنوان «نگاهی به اصل ۷۵ قانون اساسی با تأکید بر آرا و نظرهای شورای نگهبان» به بررسی نظرهای تفسیری و مشورتی و آرای شورای نگهبان در تطبیق مصوبات مجلس با اصل ۷۵ قانون اساسی تا دورهی هشتم قانونگذاری پرداخته اند. در این مقاله بیان گردیده است که شورای نگهبان علاوه بر اعلام مغایرت طرحها و پیشنهادهای قانونی

خصوص ضروری به نظر می رسد. بررسی تطبیقی اصل ۷۵ قانون اساسی با اصول متناظر در قوانین اساسی کشورهای مختلف، نشان می دهد که اصل ۷۵ قانون اساسی ایران شباهت بالایی با اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه دارد؛ به موجب اصل مذکور پیشنهادها و اصلاحیه هایی که از طرف اعضای پارلمان ارائه میشود، چنانچه تصویب آنها سبب کاهش درآمد عمومی و ایجاد و یا افزایش هزینه های عمومی گردد، قابل پذیرش نمی باشد.

گرچه در قانون اساسی برخی کشورهای دیگر نظیر آلمان<sup>۱</sup> و انگلستان (جلالی، ۱۳۹۴: ۴۸۲) نیز مشابه اصل ۷۵ قانون اساسی ایران وجود دارد ولی شباهت بسیار نزدیک اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه با اصل ۷۵ قانون اساسی ایران و نزدیکی نظام حقوقی و قانونگذاری ایران به نظام فرانسوی باعث گردید تا نویسنده در این پژوهش، با توجه به اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع به بررسی حدود صلاحیت و عملکرد پارلمان فرانسه در اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی این کشور بپردازد و بدین طریق با بررسی تجربیات و ساز و کار قانونی اتخاذ شده در حقوق فرانسه در جهت ارائه ساز و کار مناسب برای رفع مشکلات ایجاد شده در اجرای اصل ۷۵ قانون اساسی ایران و تحقق سیاستهای کلی نظام قانونگذاری گامی برداشته شود.

سوال اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه ارائه ی سازوکار اجرایی قانون اساسی فرانسه برای رفع چالش های اصل ۷۵ قانون اساسی ایران در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چگونه ارزیابی می شود؟ برای پاسخ به این پرسش لازم است ابتدا به دو پرسش پاسخ داده شود که دستاوردهای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه برای رفع چالش های اصل ۷۵ قانون اساسی ایران چیست؟ و ساز و کار اجرایی قانون اساسی فرانسه در مورد مذکور چیست؟

دولت فدرال هستند. این الزام درباره قوانینی که شامل یا مستلزم کاهش درآمدها هستند نیز کاربرد دارد.

۱ - مادهی ۱۱۳ قانون اساسی آلمان بیان می دارد: قوانینی که هزینه های بودجه پیشنهادی دولت فدرال را افزایش می دهند یا مستلزم هزینه های جدیدی می باشند نیازمند جلب موافقت

قانون اساسی، نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات مبتنی بر تطبیق دو نظام حقوقی پرداخته خواهد شد.

## ۲ سازوکارهای پارلمان فرانسه در اجرای اصل چهارم قانون اساسی

در ابتدا بایستی به این مسئله پرداخته شود که آیا اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه محدودکننده‌ی اختیار قانونگذاری نمایندگان مجلس است؟ اگر پاسخ مثبت است، چه سازوکاری در حقوق فرانسه برای اجرای این محدودیت پیش بینی شده است؟

اصل ۳۴ قانون اساسی فرانسه در بیان صلاحیت عام قانونگذاری مجلس بیان می‌دارد: «قانون توسط پارلمان تصویب می‌گردد».

صلاحیت فوق به موجب اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه محدود گردیده است<sup>۱</sup>: «طرح‌ها و پیشنهادات اصلاحی ارائه شده توسط اعضای پارلمان مجاز و قابل قبول نخواهد بود زمانی که اجرای آن‌ها سبب کاهش منابع<sup>۲</sup> عمومی یا ایجاد یا افزایش هزینه‌های عمومی گردد». بنابراین در پاسخ به پرسش اول بایستی بیان داشت که، اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه به عنوان محدودیتی در خصوص حق ابتکار عمل نمایندگان در خصوص اقدامات مالی، شناخته می‌شود (Gicquel, 1998: 2) که یکی از اجزای تشکیل دهنده «پارلمانتاریسم عقلانی»<sup>۳</sup> که از

نمایندگان که به افزایش هزینه‌ی عمومی یا کاهش درآمد عمومی بدون پیش‌بینی محل تأمین آن‌ها منجر شده باشد، مواردی که طریق پیش‌بینی شده «کفایت» افزایش هزینه‌ها یا کسری درآمدها را نمی‌کند نیز مورد ایراد قرار داده است. با عنایت به تجربه‌ی عدم اجرای برخی از قوانین به سبب عدم تأمین منابع مالی مربوط، شورای مزبور با اعلام مغایرت طرق مرسوم که در برخی پیشنهادات مطرح می‌شد (مانند از محل صرفه‌جویی و...) که جنبه‌ی واقعی نداشت، سعی در انطباق هرچه بیشتر فرایند قانونگذاری با اصول مربوط قانون اساسی و پشتوانه‌های نظری آن داشته است.

مطالعه دو مقاله‌ی مزبور به خوبی بیانگر ابهامات چالش‌های اصل ۷۵ و ضرورت انجام پژوهشی تطبیقی در راستای مطالعه راهکارهای مورد استفاده در سایر کشورها است که این پژوهش برآن است تا با انجام پژوهشی تطبیقی به بیان سازوکارهای تدبیر شده در حقوق فرانسه بپردازد.

در این پژوهش ابتدا به بررسی ساز و کارهای پیش‌بینی شده در نظام حقوقی فرانسه در اجرای اصل چهارم قانون اساسی این کشور پرداخته خواهد شد. این سازوکارها مبتنی بر پایش چند مرحله‌ای می‌باشد که در مرحله قبل از مطرح کردن طرح‌ها در مجلس و پس از طرح کردن و تصویب می‌باشد و پس از آن دایره‌ی شمول اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه، آسیب‌شناسی سازوکار اجرایی اصل ۷۵

ثباتی جنگ الجزایر متولد شد. ژنرال دو گل که برای تشکیل دولت جدید فراخوانده شده بود، برای خاتمه دادن به این بی‌ثباتی در ۱۹۵۸ قانون اساسی را به فراندوم گذاشت که بنا بر آن اعضای پارلمان با محدودیت حیطه قانون، خلاء چارچوب محدود پارلمان، اعطای اختیارات ویژه به رئیس‌جمهور و به خصوص برخورداری از حق مسلم انحلال مجمع ملی مواجه شدند. در واقع حتی فراندوم نیز خود عاملی برای به حاشیه راندن پارلمان بود. سپس اقداماتی در جهت عقلانی کردن پارلمان از سوی دولت انجام شد که از اهداف عمده‌ی آن قدرتمند کردن دولت در برابر پارلمان است. برای این منظور دولت ابزارهای مختلفی را به کار می‌گیرد مانند عدم پذیرش اصلاحیه‌هایی که از حیطه قانون خارج است یا فرآیند غیرقانونی خواندن اقداماتی که به قوه‌ی مقننه مربوط می

<sup>۱</sup> - Private Members' Bills and amendments introduced by Members of Parliament shall not be admissible where their enactment would result in either a diminution of public revenue or the creation or increase of any public expenditure

<sup>۲</sup> - در ترجمه‌های فارسی موجود از قانون اساسی فرانسه عبارت «درآمدهای عمومی» به جای منابع عمومی به کار رفته است. در حالی که در نسخه‌ی فرانسوی زبان منتشره در سایت پارلمان فرانسه عبارت Ressources publiques به کار رفته است که بیانگر «منابع» است.

<sup>۳</sup> - Rationalized parliamentarism به معنای کاستن اختیارات پارلمان و افزایش اختیارات قوه‌ی مجریه در جهت برقراری موازنه قوا است. جمهوری پنجم از بحران سیاسی و بی

## ۲،۱ در مرحله قبل از ارائه طرح ها و لوائح در پارلمان

در این مرحله، طرح‌ها و پیشنهادات نمایندگان نسبت به لوائح دولت توسط دو مرجع بررسی می‌شوند؛ به بیان دیگر سازوکاری پیش بینی گردیده است که نسبت به طرح‌های پیشنهادی نمایندگان قبل از طرح در نشست عمومی و نیز نسبت به پیشنهاداتی که نسبت به لوائح دولت در کمیسیون‌های دائمی مجلس مطرح می‌شود کنترل و پالایش صورت پذیرد.

طرح‌هایی که نمایندگان پیشنهاد می‌دهند ابتداً به هیات رئیسه<sup>۳</sup> یا کمیته‌ی منتخب هیات رئیسه که از اعضای خود هیات رئیسه<sup>۴</sup> انتخاب می‌شوند ارجاع می‌شود. بنابراین اولین مرجع صالح برای بررسی در این مرحله، هیات رئیسه یا کمیته‌ای منتخب از طرف هیات رئیسه می‌باشد. به موجب بند ۱ ماده‌ی ۸۹ آیین‌نامه‌ی داخلی پارلمان<sup>۵</sup>، ارزیابی و تشخیص پذیرش طرح‌ها به هیات رئیسه یا کمیته منتخب هیات رئیسه پارلمان واگذار گردیده است که در صورتی که تشخیص دهند این طرح‌ها منجر به نتایج تعیین شده در اصل ۴۰ می‌شوند، آنها را رد نمایند. مرجع دوم روسای کمیسیون‌های اصلی پارلمان هستند. پالایش پیشنهادات نمایندگان در کمیسیون‌ها<sup>۶</sup> در راستای تطبیق با اصل ۴۰ قانون اساسی توسط روسای کمیسیون‌ها صورت

اجزای نهادهای جمهوری پنجم است، می‌باشد. (Huber, 1996: 45-30)

بر اساس تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه<sup>۱</sup>، اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی نیازمند بررسی اصولی و نظام‌مند پذیرش طرح‌ها و پیشنهادات اصلاحی است که پیش از اعلان طرح‌ها و پیشنهادات و قبل از آن که منتشر یا توزیع شود یا مورد بحث قرار گیرند بایستی انجام شود.

توجه به این تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه نشان می‌دهد که به چه میزان بررسی طرح‌ها و پیشنهادات نمایندگان در اجرای اصل مزبور («پیش» از مطرح شدن آن‌ها در صحن علنی مجلس ضروری می‌باشد. نکته‌ای که در حقوق ایران در اجرای اصل ۷۵ قانون اساسی نادیده گرفته شده است. به عبارت دیگر شاه کلید اساسی در اجرای اصل ۷۵ قانون اساسی، جلوگیری از مطرح شدن طرح‌هایی که مغایر اصل ۷۵ قانون اساسی هستند، پیش از مطرح شدن در صحن علنی مجلس است.

سازوکار اجرایی اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه در آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای ملی فرانسه بیان گردیده است. به موجب آیین‌نامه‌ی مذکور فرآیندهایی تدارک دیده شده است تا در دو مرحله قبل و بعد از طرح کردن<sup>۲</sup> پیشنهادات و طرح‌ها در صحن مجلس طرح‌های مغایر با اصل مذکور کنار گذاشته شوند.

شوند اما از نظر موضوع دولتی هستند. با این وجود اقدامات مذکور به ندرت به کار گرفته می‌شوند.

<sup>۱</sup> - Constitutional Council, decision n°2009-581 DC of June 25, 2009

<sup>۲</sup> - Tabling

<sup>۳</sup> - The Bureau of the House

<sup>۴</sup> - هیات رئیسه از ۲۲ عضو تشکیل شده است که عبارتند از رئیس، ۶ نایب رئیس، ۳ کارپرداز و ۱۲ منشی که تحت نظر رئیس مجلس به اداره و تنظیم امور داخلی و فعالیت‌های مجلس ملی می‌پردازند. رئیس هیات رئیسه همان رئیس مجلس است که برای یک دوره پنج ساله قانونگذاری با رأی مخفی انتخاب می‌شود. هیات رئیسه صلاحیت تشخیص قابل وصول بودن طرح‌ها از حیث مالی - به هنگام ارائه آنها را داراست.

<sup>۵</sup> - Rules of Procedure of the National Assembly

<sup>۶</sup> - Committee

<sup>۷</sup> - لازم به ذکر است که به موجب قانون اساسی فرانسه تعداد کمیته‌های (کمیسیون) دائمی پارلمانی در هر یک از دو مجلس قوه‌ی مقننه به هشت کمیسیون محدود شده است. (اصل ۴۳). آیین‌نامه‌ی داخلی تفصیلی هر مجلس که از جایگاه قانون برخوردار است، ترکیب و شیوه‌ی انتصاب اعضای هر یک از کمیسیون‌های دائمی یا ویژه را تعیین می‌کند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به لاینرت، ۱۳۸۹: ۵۶. هیچ نماینده‌ای نمیتواند در بیش از یک کمیسیون دائمی عضویت داشته باشد. در آغاز دوره قانونگذاری و نیز آغاز هر نشست عادی؛ مجلس به تناسب تعداد اعضای هر گروه و مطابق پیشنهاد رئیس گروه، اعضای کمیسیون‌ها را از بین اعضای گروه‌ها انتخاب می‌کند. هر کمیسیون برای اداره امور



کمیسیون مالی یا مخبر کمیسیون مذکور یا يك عضو منتخب از کمیسیون مالی تصمیم بگیرد که معمولاً نظر رییس کمیسیون مالی را می پذیرد. لازم به ذکر است در این مرحله چنانچه رئیس پارلمان به نظر قطعی نرسد این اختیار را دارد که موضوع را به هیات رئیسه پارلمان ارجاع دهد.

شایان ذکر است محدودیت‌های اعمال شده در اصل ۴۰ قانون اساسی در «هر لحظه‌ای» از روند قانونگذاری نسبت به طرح‌های ارائه شده از سوی نمایندگان و نیز پیشنهادهای که نسبت به لوایح مطرح می‌کنند، قابل اعمال است. بدین ترتیب که در سراسر فرایند قانونگذاری دولت و هر یک از نمایندگان پارلمان امکان اعلام مغایرت طرح یا پیشنهاد اصلاحی را با اصل ۴۰ قانون اساسی دارند.

همچنین امکان کنترل نسبت به اصلاحاتی که در کمیسیون‌ها نسبت به اسنادی که به آنها ارجاع داده شده است وجود دارد، مسئولیت تصمیم‌گیری در این مورد با رییس کمیسیون مالی یا مخبر یا يك نفر منتخب کمیسیون مالی است تا در خصوص عدم پذیرش چنین پیشنهادهای تصمیم‌گیری نماید (Cavana, 2011: 280).

حال اگر با وجود چنین مراحل تشخیصی، همچنان طرح یا پیشنهادی بر خلاف اصل ۴۰ قانون اساسی مورد تصویب قرار گیرد، در صورتی که جزء قوانین بنیادین باشد یا بنابر تقاضای مقامات مندرج در قانون اساسی درخواست بررسی آن شود<sup>۴</sup>، شورای قانون اساسی فرانسه که وظیفه مطابقت مصوبات پارلمان با قانون اساسی را بر عهده دارد، مانع از قانونی شدن چنین مصوبه‌ای خواهد شد.<sup>۵</sup> بدین

مطابقت قوانین با قانون اساسی می نماید. ۱- در خصوص قوانین بنیادین ۲- بنا بر درخواست برخی از مقامات برا مطاع بیشتر در این زمینه رجوع کنید به رفسنجانی مقدم، ۱۳۸۳: ۵۲.

۵ - اصل ۶۱ ق.ا. فرانسه: قوانین خاص قبل از تصویب و همچنین آیین‌نامه‌های داخلی مجلسین قبل از اجرا باید به شورای قانون اساسی ارسال شود تا مطابقت آنها با قانون اساسی اعلام گردد. در مورد قوانین عادی نیز رییس جمهور، نخست وزیر، رییس مجلس شورای ملی، رییس مجلس سنا و

می پذیرد. اصلاحاتی که نمایندگان در کمیسیون‌ها ارائه می‌دهند چنانچه با اصل ۴۰ قانون اساسی مغایرت داشته باشد رد می‌شود. به موجب بند ۲ ماده ۸۹ آیین نامه داخلی مجلس، پیشنهادهای که در کمیسیون مطرح می‌شود به وسیله رییس کمیسیون بررسی می‌شود و در صورتی که ابهام در تشخیص موضوع وجود داشته باشد توسط هیات رئیسه<sup>۱</sup> کمیسیون بررسی می‌شود. رییس کمیسیون ممکن است در صورت نیاز با رییس کمیسیون مالی، اقتصاد عمومی و نظارت بر بودجه<sup>۲</sup> مجلس یا مخبر کمیسیون مالی<sup>۳</sup> یا کمیته منتخب از اعضای کمیسیون مالی که برای این منظور انتخاب شده اند در این خصوص مشورت نماید.

## ۲،۲ بررسی در مرحله پس از طرح در پارلمان

در خصوص روش اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه در این مرحله، بایستی بیان داشت که رییس پارلمان مرجع اصلی تشخیص در این مرحله یعنی هنگام ارائه‌ی پیشنهادهای و اصلاحیه‌ها نسبت به لوایح می‌باشد و منابع پیش بینی شده در پیشنهادهای را کنترل می‌کند. به موجب بند ۳ ماده- ۸۹ آیین‌نامه داخلی، رییس پارلمان، مطرح نمودن یک پیشنهاد اصلاحی را در نشست عمومی مجلس، زمانی که به وضوح مشخص است که این طرح موجب کاهش درآمد عمومی یا ایجاد و افزایش هزینه عمومی می‌گردد، رد می‌کند. لازم به ذکر است که رییس پارلمان در صورتی که در خصوص موضوع تردید داشته باشد، می‌تواند پس از مشورت با رییس

خود يك هیات رئیسه انتخاب می‌کند که شامل يك رئیس، سه یا چهار نایب رئیس و سه یا چهار منشی است. کمیسیون مالی علاوه بر این اعضا به انتخاب يك مخبر کل اقدام می‌کند.

<sup>1</sup> - Bureau

<sup>2</sup> - Finance, General Economy and Budgetary Monitoring Committee

<sup>3</sup> - The General Rapporteur of the Finance, General Economy and Budgetary Monitoring Committee

<sup>۴</sup> - لازم به ذکر است که به موجب قانون اساسی فرانسه در دو صورت شورای قانون اساسی فرانسه، اقدام به بررسی و



اجتماعی مصوب ۲۰۰۵، به وضوح بیان شده و شرایط حاکم بر اجرای اصل ۴۰ بیان گردیده است.

### ۳ ساز و کارهای حقوقی اصل چهلیم قانون اساسی فرانسه مبتنی بر تحلیل مفاهیم «منابع» و «هزینه»

اصل چهلیم قانون اساسی فرانسه در برگزیده‌ی مفاهیمی است که در عرصه‌ی عمل نیازمند تبیین و تعیین چارچوب مشخص است. منابع عمومی و هزینه‌های عمومی دو مفهومی هستند که در ادامه‌ی بحث به بیان خصوصیات و معنای آنها در نظام حقوقی فرانسه پرداخته می‌شود.

#### ۳/۱ ممنوعیت نسبی کاهش منابع عمومی

به کار بردن شکل جمع واژه «منابع» در اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه، امکان ایجاد تعادل در دست دادن یک شکل از درآمد با افزایش شکل دیگری از درآمد را فراهم می‌سازد. در حقوق فرانسه از این متعادل کردن تحت عنوان «تضمین» یاد شده است که موجب مقید ساختن پذیرش طرح‌ها و پیشنهادهای از سوی نمایندگان می‌شود که منجر به کاهش درآمد می‌شود. «متعادل کردن» بایستی به گونه‌ای باشد که آن مقام یا نهادی را که متحمل از دست دادن درآمد می‌شود از محل دیگری از منابع بهره‌مند سازد. به عنوان مثال متعادل کردن به این شکل که از دست دادن درآمد دولت با یک افزایش در مالیات به وسیله واحدهای محلی جبران شود، امکان پذیر نیست. در عین حال، «تضمین» نیز باید به صورت «واقعی» باشد و درآمدی که به وسیله آن تضمین ایجاد می‌شود در شرایط واقعی دریافت شود

ترتیب مشخص گردید که در حقوق فرانسه، طرح‌ها و پیشنهادات نمایندگان در چندین مرحله مورد بررسی قرار می‌گیرد تا در صورت تشخیص مغایرت با اصل ۴۰ قانون اساسی، از مطرح شدن آن در نشست عمومی مجلس ممانعت به عمل آید.

علی‌رغم پالایش در مرحله پیش از بررسی طرح‌ها و لوایح در نشست عمومی مجلس، اگر پیشنهادی، برای ارائه در نشست عمومی مطرح گردد توسط رییس مجلس قابل رد کردن و کنار گذاشتن دارد. نکته قابل توجه آن است که با توجه به تخصصی بودن تشخیص این موضوع، در قانون تصریح شده است که در صورتی که هریک از مقاماتی که تصمیم‌گیری بر عهده‌ی آنها گذاشته شده است، دچار شک و تردید در تشخیص موضوع شوند، از نظر مشورتی رییس، مخبر یا کمیته منتخب کمیسیون مالی به عنوان متخصص استفاده می‌شود و همانگونه که بیان گردید معمولاً نظر رییس کمیسیون مالی پذیرفته می‌شود. در این جا لازم است به این نکته توجه شود که در دکتترین حقوقی فرانسه به طور مفصل به بحث پیرامون معنا و مفهوم عبارات «کاهش درآمدهای عمومی» و «افزایش یا ایجاد هزینه‌های عمومی» پرداخته شده است. از آنجا که مباحث مذکور از حوصله این پژوهش خارج و نیازمند نگاهی کارشناسانه و عمیق است، صرفاً به ذکر جزئیاتی متناسب با مباحث مربوط به اصل ۷۵ قانون اساسی ایران بسنده می‌شود.

در حوزه‌ی اجرایی اصل ۴۰ ق.ا. فرانسه، از ممنوعیت نسبی کاهش منابع عمومی و ممنوعیت مطلق افزایش یا ایجاد هزینه‌های عمومی یاد شده است. این مسأله‌ی در قانون ارگانیک امور مالی مصوب ۲۰۰۱ که چارچوب قانونی قوانین مالی را تعیین می‌کند و نیز قانون ارگانیک تأمین مالی تأمین

به موضوع رسیدگی نماید. معذالک در صورت فوریت مدت مزبور بر اساس درخواست دولت به ۸ روز تقلیل می‌یابد. در صورت ارجاع قانون به شورای قانون اساسی مهلت مقرر جهت امضا به حالت تعلیق در می‌آید.

یا ۶۰ تن از نمایندگان مجلس و یا ۶۰ تن از سناتورها قبل از امضا قوانین می‌توانند تقاضای ارجاع آنها را به شورای قانون اساسی بنمایند. در موارد پیش بینی شده در دو بند فوق، شورای قانون اساسی باید ظرف یک ماه تشکیل جلسه داده و



که می‌تواند شامل ایجاد یک مالیات جدید یا افزایش در نرخ مالیات موجود در همان سطح از دست دادن درآمد باشد تا تعادل ایجاد شود (Cavana, 2011: 280).

بنابراین با توجه به مشکلاتی که در حقوق ایران در خصوص تعریف «منبع مالی» و مرجع تشخیص آن وجود دارد، به نظر می‌رسد با قراردادن ملاک‌ها و معیارهایی نظیر آنچه که در حقوق فرانسه در خصوص منابع و هزینه‌ها وجود دارد، دیگر مشکلاتی در این خصوص بروز نخواهد کرد.

با توجه به ملاک‌های مطرح شده در خصوص منابع در اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه، منابعی که در حقوق ایران در خصوص منبع بودن آن‌ها تردید وجود دارد مانند «از محل صرفه جویی»، «از صندوق ذخیره ارزی» به دلیل نداشتن ویژگی‌های فوق منبع تلقی نمی‌شود. توضیح اینکه عبارت انتهایی اصل ۷۵ قانون اساسی ایران بیان می‌دارد: «... در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد». از این رو چنانچه طریق افزایش هزینه یا جبران کاهش درآمد در طرح پیشنهادی از سوی نمایندگان مجلس مشخص نشده باشد مغایر با اصل ۷۵ قانون اساسی خواهد بود. چنانچه ملاحظه می‌گردد شورای نگهبان ویژگی پایدار بودن منبع را شرط دانسته به گونه‌ای که منبع مذکور در طول دوره اجرا مستمر و پایان ناپذیر باشد در غیر این

جدید مذکور در اصل (۷۵) قانون اساسی محسوب نمی‌گردد. درج عبارت «پیش‌بینی در بودجه سنواتی»، بدون تأمین منبع، طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید مذکور در اصل (۷۵) قانون اساسی محسوب نمی‌گردد. درج عبارت‌های «از محل اعتبارات مصوب مربوط» و «از محل اعتبارات مصوب دستگاه»، اگر مستلزم بار مالی جدید بوده، طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید مذکور در اصل (۷۵) قانون اساسی محسوب نمی‌گردد. در خصوص امکان درج عبارت «از محل حساب ذخیره ارزی» به عنوان طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید شورای نگهبان در این خصوص، به نظر تفسیری نرسید.

که می‌تواند شامل ایجاد یک مالیات جدید یا افزایش در نرخ مالیات موجود در همان سطح از دست دادن درآمد باشد تا تعادل ایجاد شود (Cavana, 2011: 280).

## ۳٫۲ ممنوعیت مطلق افزایش هزینه های عمومی

بر اساس این اصل، ایجاد یا افزایش هر شکلی از هزینه نمی‌تواند به وسیله افزایش درآمد یا کاهش در سایر هزینه‌ها تضمین شود.

در توضیح اشکال مختلف «هزینه»، بایستی بیان داشت که هزینه مطرح در اصل ۴۰ قانون اساسی شامل هر نوع هزینه مستقیم، معین، قطعی و همچنین هزینه‌های بالقوه می‌شود. بنابراین هر نوع پیشنهاد اصلاحی که امکان هزینه کردن را ایجاد نماید، غیر قابل قبول خواهد بود. بنابر این روشن است که اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه به نحو وسیعی در خصوص هزینه‌ها سختگیر است در حالی که در رابطه با ابتکار عمل پارلمان در خصوص درآمدها کمتر ایجاد محدودیت می‌کند (Cavana, 2011: 290).

با توجه به توضیحات فوق روشن است که در حقوق فرانسه با مشخص نمودن معنا و مفهوم «منابع»، برخلاف حقوق ایران، از بروز سوالات و ابهامات در تشخیص منابع، جلوگیری شده است و با برشمردن خصوصیات برای منابع چون واقعی، عینی و در شرایط واقعی قابل دریافت بودن

۱ - چنانچه در مقدمه‌ی مقاله بیان شد به دلیل ابهامات راجع به مرادی که نمایندگان مجلس به عنوان طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید در طرح‌های قانونی و پیشنهادها و اصلاحاتشان ارائه می‌دهند، شورای نگهبان طی یک اظهار نظر تفسیری به شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۹۷۴۹، ۱۳۹۱/۱۲/۲۳ در خصوص اصل هفتاد و پنجم قانون اساسی، موضوع در جلسات متعدد شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و در خصوص هر یک از مصادیق منابع پیشنهاد شده از سوی نمایندگان نظر شورای نگهبان بدین ترتیب بیان گردید: «و درج عبارت «از محل صرفه‌جویی»، به نحو مطلق و برای مدت نامحدود و بدون تعیین محل ... اگر مستلزم بار مالی جدید بوده، طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه

فرانسه از روش محدودیت کسری بودجه در بررسی پیشنهادات نمایندگان نسبت به لایحه بودجه استفاده می‌کند. در این روش مجلس نمی‌تواند ارقام لایحه بودجه را به نحوی تغییر دهد که موجب ایجاد کسری بودجه یا افزایش کسری بودجه نسبت به لایحه دولت شود (Cavana, 2011: 281).

بنابراین مجلس نمی‌تواند رقم کل هزینه‌ها را افزایش یا درآمدهای بودجه‌ای را کاهش دهد. این محدودیت که ریشه در اصل ۴۰ قانون اساسی دارد به مجلس اجازه نمی‌دهد هیچ‌گونه اصلاحیه‌ای (برای هیچ قانونی) را تصویب کند که به ایجاد هزینه‌های جدید، افزایش کل هزینه‌های دولت یا کاهش درآمدها بینجامد. مجلس تنها می‌تواند ترکیب هزینه‌های پیشنهادی بودجه دولت را با تغییر میزان اعتبارات برنامه‌ها در چارچوب مأموریت‌ها تغییر دهد. به عبارت دیگر، بحث درباره بودجه تنها به گفت و گوهای کلامی محدود است و نقش پارلمان به ثبت تصمیمات دولت محدود گردیده است (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۱: ۳۵). حتی اگر مجلس اصلاحیه‌هایی را پیشنهاد دهد به موجب یکی دیگر از ترتیبات قانون اساسی، دولت می‌تواند بر بودجه مورد نظر خویش اصرار بورزد (مواد ۴۰-۴۹ قانون ارگانیک بودجه). نمایندگان هنگامی می‌توانند قانون بودجه‌ای را بازبینی کنند که تعادل میان

درآمدها و هزینه‌های عمومی برهم نخورد و ارتباط میان ماده‌ی اصلاحی یا افزوده شده به قلمرو بودجه وجود داشته باشد؛ یعنی مواد پیشنهادی در قلمرو بودجه باشد یا به بهبود کنترل (پارلمانی، اداری یا

نمی‌تواند پیش نویس قانون بودجه را ابتدا به مجلس سنا ارائه کند.

۳ - قانون اصلی فرآیند‌های بودجه‌ای قانون ارگانیک بودجه مصوب سال ۲۰۰۱ است. این قانون اصول مرتبط با محتوا، تدوین، تصویب و گزارش لوایح بودجه سالیانه کشور را تعیین می‌کند. لازم به ذکر است که سلسله مراتب قوانین در حقوق فرانسه بدین ترتیب است: قانون اساسی، قانون ارگانیک، قانون عادی، احکام و فرمان‌های رییس جمهور، نخست وزیر، وزرا.

صورت منبع از سوی شورای نگهبان به عنوان منبع مالی تشخیص داده نمی‌شود (رستمی، ۱۳۹۵: ۸).

«واقعی بودن» منبع اعلام شده از سوی مجلس از جمله دیگر قیودی است که از سوی شورای نگهبان در خصوص منابع اعلامی از سوی مجلس ضروری است.<sup>۱</sup>

## ۴ دایره شمول اصل ۴۰ ق.ا. فرانسه

حال سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا این اصل لایحه‌ی بودجه سالانه دولت را نیز در بر می‌گیرد یا خیر؟

بر پایه‌ی قانون اساسی فرانسه در زمینه‌ی بودجه‌ی دولتی اختیارات گسترده‌ای را به قوه‌ی مجریه تفویض شده است (لاینت، ۱۳۸۹: ۴۵). در حقوق فرانسه تهیه‌ی پیش نویس بودجه بر عهده‌ی قوه‌ی مجریه است و بررسی و تصویب آن بر عهده‌ی قوه‌ی مقننه<sup>۲</sup> می‌باشد.

فرانسه از جمله کشورهایی است که در آن تعادل نسبی در خصوص حدود اختیارات دولت نسبت به پیش نویس بودجه و حدود اختیارات پارلمان در تغییر پیش نویس بودجه دارد (بهداری جهرمی و همکاران، ۱۴۰۰: ۵).

به موجب ماده‌ی ۳۹ قانون ارگانیک بودجه<sup>۳</sup>، قوانین بودجه سالیانه باید توسط دولت پیشنهاد شوند، نه مجلس و به موجب قانون اساسی ۱۹۵۸ نقش مجلس در موضوع‌های بودجه‌ای، به تغییر ترکیب هزینه‌ها محدود می‌شود. به بیان دیگر در

۱ - اظهار نظر تفسیری مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۳ شورای نگهبان

۲ - به موجب قانون اساسی ۱۹۸۵ فرانسه، قوه‌ی مقننه از دو مجلس تشکیل شده است که شامل مجلس شورای ملی (پارلمان) که به طور مستقیم انتخاب می‌شوند و مجلس سنا که نمایندگان آن به صورت غیر مستقیم انتخاب می‌شوند. هر دو مجلس بر اساس قانون ارگانیک واحدی فعالیت می‌کنند. به موجب قانون اساسی پیش نویس بودجه سالیانه باید در ابتدا در مجلس شورای ملی به بحث گذارده شود و دولت



صلاحیت ساماندهی و مدیریت امور مالی و بودجه- ای قوه مجریه است. علیرغم اهمیتی که این محدودیت در حفظ نظم مالی دولت دارد، در نظام حقوقی ایران ضعف سازوکارهای قانونی در اجرای این اصل، عملاً موجب می‌گردد طرح‌های مغایر با اصل ۷۵ در مجلس تصویب گردند یا در صورت اعلام مغایرت از سوی شورای نگهبان با اصرار مجلس موضوع به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع و نهایتاً تصویب گردد.

تصویب طرح‌های مغایر با اصل ۷۵ در عمل موجب می‌گردد تا دولت‌ها در اجرای قانون مصوب مجلس که دارای منبع پیش بینی شده نمی‌باشد از قانون بودجه سالانه کشور تخطی نماید و یا اینکه از اجرای قانون مذکور سرباز زند که خود اقدام غیرقانونی دیگری تلقی می‌گردد. شایان ذکر است در صورت عدم همسویی مجلس و دولت ارائه‌ی طرح- های مالی زیاد از سوی مجلس می‌تواند مانع از توجه دولت به سیاست‌های اعلامی خودش بشود و دولت را در نیل به وعده‌هایش ناکام بگذارد.

اقدام شورای نگهبان در ارائه‌ی نظر تفسیری مبنی بر غیر قانونی بودن ارجاع مصوبات مغایر با اصل ۷۵ به مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز مانع تصویب و ارجاع چنین طرح‌هایی به مجمع نگردیده و مشکل در این زمینه همچنان باقی است (نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۹۷۴۹ مورخ ۹۱/۱۲/۲۳). لذا ضروری است در کنار سازوکارهای موجود که تنها رئیس مجلس را به عنوان مقام تطبیق دهنده‌ی طرح‌ها با اصل ۷۵ پیش بینی کرده است با استفاده از ظرفیت نهادهای موجود در ساختار قوه‌ی مقننه با اصلاح قوانین موجود اقدام

همچنین رجوع شود به نظریه‌ی شماره: ۷۸/۲۱/۵۱۴۶ تاریخ: ۱۳۷۸/۵/۲۴ که بیان می‌دارد: نظر به اینکه عبارت هرگونه اصلاحات در قانون بودجه کلی است باید مصادیق آن مشخص گردد تا پاسخ روشن داده شود. تغییر در ارقام بودجه به نحوی که در کل بودجه تأثیر بگذارد به وسیله طرح قانونی با توجه به اصل ۵۲ قانون اساسی امکان‌پذیر نیست.

قضایی) بودجه بینجامد. از همین روست که بر اساس آیین‌نامه‌ی داخلی پارلمان رئیس هر کمیسیون یا رئیس مجلس با راهنمایی رئیس کمیسیون بودجه می‌تواند در هر زمان از فرایند تصویب لایحه‌ی بودجه، پیشنهادی را که تعادل بودجه‌ای را کاهش دهد، چه از سوی دولت باشد و چه نمایندگان، رد کند. اگر مواد پیشنهادی چنین مشکلی نداشت با درخواست نمایندگان به بحث و رأی گذاشته می‌شود و اگر نمایندگان بودجه‌ای بودن آن را نپذیرند، پیشنهاد کنار گذاشته می‌شود (شجاعی ارانی، ۱۴۰۱: ۲۴۳).

از این روی در حقوق فرانسه، به صراحت، محدودیت اعمال شده در اصل ۴۰ قانون اساسی بر لایحه‌ی بودجه سالیانه نیز تسری می‌یابد و بدین ترتیب مانع از بروز مشکلاتی در خصوص حدود صلاحیت مجلس در بررسی لایحه بودجه و اختلاف میان قوای مقننه و مجریه در این خصوص گردیده- اند. لازم به ذکر است عدم توجه به این مساله در حقوق ایران و عدم صراحت قانونی در شمول یا عدم شمول اصل ۷۵ قانون اساسی ایران نسبت به لایحه‌ی بودجه، موجب بروز اختلافات اساسی میان قوای مقننه و مجریه گردیده و موضوع همچنان لاینحل باقی مانده است.<sup>۱</sup>

## ۵ آسیب‌شناسی فقدان سازوکار اجرایی اصل ۷۵ قانون اساسی ایران

اصل ۷۵ قانون اساسی ایران و اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه اصولی مهم در محدود نمودن صلاحیت تقنینی مجلس شورا در راستای حفظ

<sup>۱</sup> - در این خصوص می‌توان به نظریات تفسیری شورای نگهبان اشاره نمود:

نظریه‌ی تفسیری شماره ۹۲/۳۰/۵۰۰۰۲، ۱۳۹۲/۱/۳۱، در خصوص اصل پنجاه و دوم قانون اساسی: در خصوص سؤال اول، تغییر در ارقام بودجه به نحوی که شاکله بودجه را تغییر دهد، امکان‌پذیر نیست و نتیجتاً خلاف اصل ۵۲ قانون اساسی می‌باشد، درمورد سؤال دوم این شورا به نظر تفسیری نرسید.

تدوین و تصویب قانون «اصول بودجه گذاری» مشابه قانون ارگانیک بودجه یا قانون ارگانیک امور مالی در فرانسه صورت پذیرد.

با اصلاح قانون آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی هیات زیر نظر هیات رئیسه مجلس به عنوان اولین مرجع صالح در مقام تطبیق، نظیر نهاد مشابه در نظام حقوقی فرانسه یعنی هیات نمایندگان دفتر پارلمان فرانسه پیش بینی شود و ارزیابی و تشخیص پذیرش طرح‌ها به آن هیأت واگذار گردد که در صورت تشخیص عدم انطباق طرح با حکم اصل ۷۵ قانون اساسی آنها را رد نمایند.

با اصلاح آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس رئیس کمیسیون‌های تخصصی مجلس به عنوان مرجع دوم در خصوص پیشنهادهاتی که در کمیسیون‌های تخصصی مطرح می‌شود، تعیین و مقرر گردد پیشنهادهاتی که در کمیسیون مطرح می‌شود بوسیله رئیس کمیسیون مورد بررسی قرار گیرد و در صورتی که ابهام در تشخیص موضوع وجود داشته باشد توسط هیأت پیشنهادی در بند فوق‌الذکر بررسی گردد. رئیس کمیسیون در صورت نیاز با رئیس کمیسیون برنامه و بودجه مجلس در این خصوص مشورت نماید.

با اصلاح آیین‌نامه‌ی مجلس مقرر گردد در خصوص پیشنهادهات نمایندگان که در صحن مجلس مطرح می‌گردد و مغایر اصل ۷۵ قانون اساسی رئیس مجلس وظیفه رد پیشنهادهات را داشته باشد و در موارد تردید با رئیس کمیسیون برنامه و بودجه مشورت نماید.

با اصلاح آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس مقرر گردد که در فرآیند رسیدگی و پیش از تصویب طرح، دولت و هر یک از نمایندگان مجلس امکان ایراد در خصوص اجرای اصل ۷۵ را داشته باشد. در این خصوص مسئولیت تصمیم‌گیری با رئیس کمیسیون برنامه و بودجه خواهد بود.

به پیش‌بینی مراجع مختلفی در مرحله‌ی قبل از ایراد طرح در صحن علنی مجلس گردد.

## ۶ نتیجه

با توجه به بررسی نظام حقوقی فرانسه در اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه به نظر می‌رسد ریشه‌ی مشکلات اصل ۷۵ قانون اساسی ایران از يك سو مبتنی بر عدم پیش‌بینی مراجع بررسی کننده‌ی طرح‌های پیشنهادی از لحاظ مغایرت با اصل ۷۵ پیش از طرح آنها در صحن علنی مجلس و از سوی دیگر عدم توجه به لزوم اخذ نظر متخصصان در زمینه‌ی تشخیص مغایرت با اصل مذکور می‌باشد. چنانچه در حقوق فرانسه ملاحظه می‌گردد رئیس مجلس در آخرین مرحله تشخیص و ممیزی قرار دارد درحالی که در نظام حقوقی ایران رئیس مجلس به عنوان تنها مقام تشخیص دهنده‌ی مغایرت طرح با اصل ۷۵ پیش‌بینی شده است. پیش‌بینی رئیس مجلس به عنوان تنها ممیز پالایش طرح‌های مغایر با اصل ۷۵ با توجه به عدم تخصص ایشان در این خصوص و نظر به فضای سیاسی حاکم در مجلس در زمان ارائه‌ی طرح‌ها زمینه عدم اجرای صحیح اصل را فراهم می‌سازد. تجربه اجرای اصل ۴۰ قانون اساسی فرانسه بیانگر آن است که سازوکارهای اجرایی اصل بایستی به گونه‌ای تدارک دیده شود تا عمل پالایش طرح‌ها قبل از ورود طرح به صحن علنی مجلس باشد. به نظر می‌رسد ساختارهای موجود قوه‌ی مقننه ایران می‌تواند با اصلاح آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس و قانون نحوه اجرای اصل هشتاد و پنجم و یکصد و سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه‌ی با مسوولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۲۶ پاسخگوی نیاز کارشناسی بررسی طرح‌ها و پیشنهادهات قبل از طرح در صحن علنی باشد.

لذا با توجه به مراجع قانونی پیش‌بینی شده در حقوق فرانسه در مرحله قبل از ورود طرح‌ها به صحن مجلس و بعد از آن در مقام مقایسه با ساختارهای قانونی موجود پیشنهاد می‌گردد:



## منابع

- Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. (1985). vol.2. General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council. **[In Persian]**
- Bahadri Jahormi, A., & Kodkhodamoradi, K., & Farahani, M. S. (2021). Analysis of the inclusion or non-inclusion of Article 75 of the Constitution in relation to the budget bill. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 28(19), 39-110. doi: 10.22067/lowecon.2022.41771. **[In Persian]**
- Gicquel, Jean. (1998). Les rapports entre le parlement et le gouvernement dans la Constitution de 1958, Constitutional Court question No.۹. concerning the Constitution at 40 years.
- Guardian Council, interpretive theory. No. ۹۱/۳۰/۴۹۷۴۹۱۲.۹۱/۲۳/ **[In Persian]**
- Habibzadeh, T., & Nikoguftarsafa, H. (2008). References for the Interpretation of the Constitution in Iran and America. *Research Journal of Islamic Sciences*, 9(27), 155-193. **[In Persian]**
- Hashemi, S. M. (2002). *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*. Vol. 2. Mizan Publication. Tehran **[In Persian]**
- Huber, John D (1996). *Rationalizing Parliament, Legislative Institutions, and Party Politics in France*. Cambridge University Press. Cambridge.
- Islamic Council Research Center. (2013). *The evolving role of laws in the budget process*, translated by Afshin Khakbaz. Program and Budget Studies Office of the Islamic Council Research Center. **[In Persian]**
- Jalali, M., & Mohajeri, M. (2014). Comparative analysis of the competences of the Speaker of the Parliament in the legal system of Iran, Britain and France. *Journal of Comparative Law Studies*. 6(2), 490-469. **[In Persian]**
- Jalali, M., & Tangestani, M. Q. (2013). A look at Article 57 of the Constitution according to the votes and opinions of the Guardian Council. *Knowledge Quarterly of Public Law*, 3(10), 90-69. **[In Persian]**
- Leinert, Y (2009). *Budgeting in the world: legal framework of budgeting systems (a case study of some member countries of the Organization for Economic Cooperation and Development)*. Program and Budget Studies Office of the Research Center of the Islamic Council. **[In Persian]**
- Mazareei, G (2013). Structuralism in the Guardian Council's interpretations of the Constitution of J.A. *Legal Information Quarterly*, 7(26), 109-143. **[In Persian]**
- Mc Cavana, D. (2011). *The National Assembly in The French Institutions*. Assemblée nationale – Service des affaires internationales et de défense 33, rue Saint-Dominique – 75355 Paris Cedex 07.
- National Assembly. *Financial Inadmissibility: (2011) Article 40 of the Constitution*, File n 395.
- Rostami, V. (1390). *Public Finance*. Mizan Publication. **[In Persian]**
- Rostami, V., & Marandi, E. (2016). Review and Analysis of Article 75 of the Constitution and Limitation of Parliament Legislation. *Knowledge Quarterly of Public Law*, 5(14), 1-21. **[In Persian]**



Rafsanjani Moghadam, H. (2004). Comparative study of the Guardian Council (Iran) and the Constitutional Council (France). *Misbah*, 13(53), 33-68. **[In Persian]**

Shojaei Erani, S. (2022). The realm of budget laws in France. *Comparative law studies*, 13(1), ۲۳۷-۲۵۶. **[In Persian]**

The general policies of the legislative system. (2018). notified by the Supreme Leader. **[In Persian]**

Vakil, A.S., & Asgari, P. (2004). Constitution in the current legal system. Majd Publication. Tehran. **[In Persian]**

## Original Article

# A comparative study of the civil liability of the cause of damage against the bystander of a harmful incident in American law and its design in Iranian law

Abbas Mirshekari <sup>\*1</sup>, Zahra Takhshid <sup>2</sup>, Mona Abdi <sup>3</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

<sup>2</sup> Assistant Professor of Law, Sturm College of Law, University of Denver, U.S.A.

<sup>3</sup> Ph. D in private law, Faculty of law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.2.7.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25403.1508)



[10.22080/LPS.2023.25403.1508](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25403.1508)

### Received:

May 5, 2023

### Accepted:

July 4, 2023

### Available online:

November 18, 2023

### Keywords:

Damages, Civil Liability, Infliction of Emotional Distress, Bystanders Liability, Foreseeability, Methods of valuation and calculation.

## Abstract

Imagine that A has witnessed an incident in which B injures or kills C. It is undoubtedly painful to witness, but does it also follow that one can recover damages for suffering emotional distress as the result of witnessing the accident? The recognition of the tort of negligent infliction of emotional harm, also known as NIED, has been one of the ways that tort law has attempted to provide a remedy for the emotionally injured. Nevertheless, the relatively new tort has raised many questions. In the U.S. legal system, different criteria have been proposed over the years to allow for NIED liability. For example, the impact rule and the zone of danger have been amongst the most popular. This Article focuses on the latest exception which is the bystander liability and its evolution. It is the liability to a person who witnesses a person being injured or killed due to the carelessness of another person. This Article compares the U.S. common law precedent with Iran's civil liability regime and concludes that bystander emotional harm can also be recognized as a valid cause of action for redressing this type of emotional harm in the Iranian legal system. Bystander liability comes with the caveat of close relationship between the bystander and the injured individual. As such, this requirement should be based on the norms of the community that may differ from one another.

\*Corresponding Author: Abbas Mirshekari

Address: Department of Private and Islamic Law,  
Faculty of Law and Political Science, University of  
Tehran, Tehran, Iran.

Email: [Mirshekariabbas1@ut.ac.ir](mailto:Mirshekariabbas1@ut.ac.ir)





## Extended Abstract

### 1. Introduction

Imagine that A has witnessed an incident in which B injures C. It is undoubtedly painful to witness, but does it also follow that one can recover damages for suffering emotional distress as the result of witnessing an accident? The limits of recovering emotional harm is an issue that has often been the subject of debates. Indeed, each of us may witness a tragic accident in our lifetime, an accident that did not happen to us personally and harmed the life and health of another person, but unconsciously harmed our soul and spirit as well. For example, imagine a mother standing on her balcony to watch her children cross the street. Suddenly, a high-speed car hits the children. Also, sometimes the bystander of the incident may not have any family relationship with the main victim, but as soon as he/she saw the injury to a human being, he/she suffered emotional damage.

The main doubt starts from the point that it seems in these examples, no danger threatens the bystanders, so can the emotional distress caused by witnessing another harm be considered a loss? even if it can be analyzed as a loss, considering the necessity of foreseeability for claiming the loss, does the presence of the bystander at the scene of the accident and his/her loss be foreseeable for Tortfeasor? the recognition of the tort of negligent infliction of emotional harm has thus raised many questions.

### 2. Methods:

This Article focuses on the study of liability to bystander with comparative-analytical method. It compares and describes the U.S. common law precedent with that of Iran's civil liability regime then it analyzes

whether this type of moral damage can be considered compensable in Iran's legal system, and if possible, with what arguments it can be considered and recognized.

### 3. Findings:

Findings of this research show that in the American legal system, after proposing various criteria such as the impact rule, danger zone, the bystanders rule and foreseeability, immediate witness of close relatives and the ambulance rule, finally, the responsibility of the cause of damage to the bystanders who had a close relationship with the main victim, it has been accepted under the conditions that, of course, nowadays, the criterion for identifying a close relationship with the victim is custom in most of the United States. For example, in some more recent cases, the courts have accepted that the betrothal relationship can be practically equivalent to a marital relationship, and the courts have declared that although the two persons in betrothal relationship are not legally married, but the witness and the victim have a stable, fundamental and mutual relationship. However, in the Restatement (third) of torts, it is suggested that the courts consider the culture and customs of the society to determine the close family relationship.

In Iran's legal system, considering the acceptance of compensability for moral damages and also the recognition of the right to health (both body and mental health) by the legislator in Article 1 of the Civil Responsibility Code, there is no doubt for the acceptance of compensability of moral damages caused by witnessing a harmful incident. Among the criteria proposed in the American legal system, it seems that the most appropriate criterion for this type of damage is "foreseeability"

of the presence of a bystander who had a close relationship with the injured person and who was affected by his mental and emotional health as a result of witnessing the incident. Regarding the family relationship (close relatives), it is necessary to refer to the customary criteria and not limit this concept to the relatives in the inheritance classes, also regarding the concept of witnessing, it is not limited to seeing and can include any kind of understanding, including hearing. Hence, according to the civil responsibility system of Iranian law, there will be no obstacle for accepting this kind of moral damage and issuing a judgement for compensating the bystanders.

#### **4. Conclusion:**

This research concludes that bystander emotional harm should also be recognized

as a valid cause of action for redressing the harm in Iran. The caveat of close relationship between the bystander and the injured individual should also be based on the norms of the community.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

علمی پژوهشی

# مطالعه‌ی تطبیقی مسئولیت مدنی عامل زیان در برابر تماشاگر حادثه‌ی زینبار در حقوق امریکا و طرح آن در حقوق ایران

عباس میرشکاری<sup>۱\*</sup>، زهرا تخشید<sup>۲</sup>، مونا عبدی<sup>۳</sup>

۱ استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه دنور، امریکا.

۳ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.2.7.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25403.1508)



[10.22080/LPS.2023.25403.1508](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25403.1508)

## چکیده

با پیشرفت حقوق مسئولیت مدنی در آمریکا و توسعه خسارات قابل جبران به ویژه طی سال‌های اخیر، یکی از مصادیق خسارات معنوی که به لحاظ عملی در پرونده‌های بسیاری مورد توجه قرار گرفت، قابلیت جبران خسارات روحی ناشی از تماشای حوادث ناگوار بود. فرض کنید الف شاهد وقوع حادثه‌ای بوده که در آن، ب به ج زبانی را از روی عمد یا بی‌احتیاطی وارد می‌کند. دیدن آسیب هم‌نوع، بی‌گمان سخت و دردناک است اما پرسش این است که آیا الف به عنوان تماشاگر می‌تواند به خاطر تماشای این صحنه و ناراحتی که در او ایجاد شده، از عامل زیان مطالبه خسارت کند؟ در نظام حقوقی آمریکا، پس از طرح معیارهای مختلف از جمله قاعده‌ی ضربه، محدوده‌ی خطر، خسارت روحی تماشاگر و قابلیت پیش‌بینی، مشاهده‌ی آنی خویشاوندان نزدیک و قاعده آمبولانس، سرانجام، مسئولیت عامل زیان نسبت به تماشاگری که رابطه‌ی نزدیک با زیان‌دیده اصلی داشته، با شرایطی پذیرفته شده است که البته امروزه معیار تشخیص رابطه نزدیک با زیان‌دیده در اکثر ایالات آمریکا، عرف است. در نظام حقوقی ایران نیز، به نظر می‌رسد صرف تماشای آسیب دیدن دیگری، زیان نباشد اما آنگاه که با زیان‌دیده اصلی، از پیش، عرفاً رابطه‌ای محکم و قابل اعتنا داشته‌ایم، ناراحتی ناشی از تماشای آسیب او، به عنوان زیان قابل تحلیل است. این پاسخ با تأکید بر عرف، به عنوان معیار تحقق زیان قابل تأیید است. به هر روی، در مقاله پیش‌رو، تلاش می‌شود پاسخ پرسش یاد شده، در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا ارائه شود و استدلال‌هایی در مورد قابلیت پذیرش این نوع خسارات در نظام حقوقی ایران ارائه گردد.

تاریخ دریافت:

۱۵ اردیبهشت ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۳ تیر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۲۷ آبان ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

مسئولیت مدنی، خسارت، زیان روحی، تماشاگر حادثه، قابلیت پیش‌بینی ضرر، شیوه‌های ارزیابی و محاسبه.

\* نویسنده مسئول: عباس میرشکاری

ایمیل: [Mirshekariabbas1@ut.ac.ir](mailto:Mirshekariabbas1@ut.ac.ir)

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

## ۱ مقدمه

ممکن است هریک از ما در طول عمر خویش شاهد حادثه تلخی باشیم، حادثه‌ای که شخصاً برای ما اتفاق نیفتاده و جان و سلامتی شخص دیگری را لطمه زده اما ناخودآگاه به روح و روان ما نیز آسیب وارد کرده است. برای نمونه، مادری را تصور کنید که در بالکن خانه خویش می‌ایستد تا شاهد عبور فرزندانش از عرض خیابان باشد. ناگهان خودرویی با سرعت بالا با کودکان برخورد می‌کند. همچنین، گاه ممکن است تماشاگر حادثه هیچ رابطه خویشاوندی با قربانی اصلی نداشته باشد، اما همین که ورود آسیب به هم‌نوعش را دیده دچار آسیب روحی شود. حال، جای این پرسش است که آیا در این موارد تماشاگر حادثه می‌تواند علیه عامل زیان بابت آسیب روحی که بر اثر تماشای حادثه دیده، طرح دعوا کند؟ آیا این آسیب روحی زیان قابل جبران در نظام مسئولیت مدنی است؟

تردید اصلی از این‌جا آغاز می‌شود که به نظر می‌رسد در این مثال‌ها هیچ‌گونه خطری تماشاگر را تهدید نمی‌کند، در این صورت آیا آسیب روحی در اثر تماشای صرف ضرر دیگری را می‌توان زیان شمرد؟ اگر هم بتوان آن‌را به‌عنوان زیان تحلیل کرد، با توجه به لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان به‌عنوان یکی از شرایط زیان قابل مطالبه، آیا وجود تماشاگر در صحنه وقوع حادثه و ایراد زیان به او، برای عامل زیان، قابل پیش‌بینی بوده است؟ به‌علاوه، اگر اصل مسئولیت عامل زیان در برابر تماشاگر پذیرفته شود، جای این سوال اساسی است که در چه حالت‌ها و با چه شرایطی تماشاگر مستحق این است که از عامل ورود زیان، خسارت بگیرد: آیا هر تماشاگری مستحق دریافت غرامت از عامل زیان است یا آن‌که باید برحسب رابطه تماشاگر و زیان‌دیده‌ی اصلی، قائل به تفاوت شد؟

در نظام حقوق مسئولیت مدنی آمریکا، این مسئله از دیرباز هم در رویه قضایی و هم در ادبیات

حقوقی مطرح شده است.<sup>۱</sup> از این رو، مطالعه‌ی تطبیقی این نظام حقوقی می‌تواند راهکار مناسبی را برای نظام حقوقی ما تأمین کند. در این نظام حقوقی، میان ایراد عمدی و غیرعمدی زیان روحی تفاوت می‌گذارند (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 49). چنان‌که خواهیم دید در فرض ایراد عمدی ورود زیان روحی، سخت‌گیری کمتری برای پذیرش مسئولیت عامل زیان وجود دارد. با این‌حال، در صورت ایراد زیان غیرعمدی، با توجه به شرایط ورود زیان روحی ضابطه‌های مختلفی در طول تاریخ مطرح شد. برخی از دادگاه‌ها، تنها تماشاگرانی را سزاوار غرامت برای زیان روحی می‌دیدند که زیان روحی وارده به او، ناشی از آسیب بدنی باشد. برخی دیگر، عنوان کردند که کسانی مستحق گرفتن خسارت هستند که در منطقه خطر قرار داشته باشند، یعنی اگرچه خود آسیب بدنی ندیده‌اند اما با درجه بالایی، احتمال آسیب دیدن آن‌ها وجود داشته است. برخی نیز معیار قابلیت پیش‌بینی را برای عامل زیان درپیش گرفته‌اند و درنهایت نیز، آخرین ضابطه بر قرار شد که به موجب آن، تنها خویشاوند نزدیک قربانی، حق دارد به خاطر تماشای زیان او، مطالبه خسارت کند.<sup>۲</sup>

در ادبیات حقوقی ایران، این مسئله به‌صورت خاص، مورد بررسی قرار نگرفته است، درحالی‌که به نظر می‌رسد تحلیل آن بتواند از لحاظ عملی، به دادگاه‌ها در روش برخورد با این مسئله، کمک کند. به‌علاوه، ادبیات حقوقی نیز، در نحوه اعمال قواعد عمومی مسئولیت مدنی در یک موقعیت ویژه غنی‌تر خواهد شد. بدین‌گونه می‌توان به درک دقیق‌تری از مفهوم زیان و شرایط زیان قابل مطالبه رسید، افزون بر این، با توجه به این‌که زیان مورد ادعا از سوی تماشاگر، زیان معنوی است، موقعیت این‌گونه زیان در نظام حقوقی ما، تقویت خواهد شد. برهمین اساس، در این مقاله ابتدا نظام حقوق مسئولیت مدنی آمریکا در این حوزه‌ی مطالعه خواهد شد و در بخش دوم این نوع خسارت و امکان‌سنجی مطالبه

<sup>2</sup> Webb v. Francis J. Lewald Coal Co., (Cal. 1931).

<sup>1</sup> Restatement (First) of Torts § 46 (1934).



آن در نظام حقوقی ایران مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

## ۲ نظام حقوقی آمریکا

با توجه به این که زیان مورد ادعا از سوی تماشاگر، زیان معنوی است، لازم است ابتدا رویکرد کلی نظام حقوقی آمریکا نسبت به زیان معنوی مطالعه شود. سپس، با توجه به عمد یا غیرعمد بودن ایراد زیان، امکان مطالبه آن از سوی تماشاگران مرور خواهد شد.

### ۲/۱ رویکرد کلی نظام حقوقی آمریکا به زیان معنوی

دادگاه‌های آمریکا در مسیر شناسایی نفع حقوقی مستقل برای اشخاص جهت جبران زیان‌های معنوی بسیار کند عمل کرده‌اند. این دادگاه‌ها هیچ وقت آن‌گونه که از زیان مالی حمایت می‌کردند، از اشخاصی که زیان معنوی دیده بودند، حمایت نمی‌کردند. (Keefe, 2002: 363) در توجیه این رویکرد به دلایل مختلفی استناد می‌شد. (Nolan & Ursin, 1982: 583, 604) برخی از دادگاه‌ها، زیان‌های روحی را ذهنی و به سختی قابل اثبات می‌دانستند. آنها بر این باور بودند که این نوع از زیان‌ها، تجسم خارجی و عینی ندارند، برای همین نمی‌توان به آسانی و البته به‌دقت، آنها را احراز کرد. از همین رو معتقد بودند که چاره‌ای نیست جز آن که به اظهار خود زیان‌دیده یا ظاهر امر اعتماد کنیم، که ممکن است این امر مطابق با واقعیت نباشد. (Keefe, 2002: 363)

به‌علاوه، زیان‌های معنوی، عمدتاً جزئی و موقت معرفی می‌شدند. در واقع، برخلاف زیان‌های مالی که ثبات دارند، زیان‌های معنوی به خودی‌خود و در اثر گذر زمان بهبود می‌یابند. بنابراین، به اعتقاد برخی، این نوع از زیان‌ها، شایسته توجه نظام حقوقی نیستند. (Givelber, 1982: 42, 44, 45) همچنین، گفته می‌شد که زیان معنوی بیش از آن که معلول رفتار عامل زیان باشد، معلول روحیه حساس و

شکننده زیان‌دیده است. از این روی، این دسته از دادگاه‌ها رابطه‌ی سببیت میان تقصیر خواننده و زیان روحی قربانی را ضعیف می‌دانستند. برخی دیگر نیز به مرحله جبران خسارت توجه می‌کردند: در خسارت معنوی بیم این وجود دارد که به‌جای آن که خسارت براساس ماهیت عمل عامل زیان تعیین شود، براساس حساس بودن روحیه شاکی تعیین شود. همچنین، دادگاه‌ها اعتقاد داشتند که پذیرش این نوع از زیان، افراد را با مسئولیت‌های غیرقابل پیش‌بینی روبه‌رو خواهد کرد. -Keeton, 1984: 45 (55) جدا از این‌ها، برخی از دادگاه‌ها نگران این بودند که با پذیرش این نوع از زیان با سیلی از دعاوی روبه‌رو شوند. (Marlowe, 1988: 781, 784)

با این حال، اندک‌اندک دادگاه‌ها اجازه پذیرش دعاوی زیان‌های معنوی را دادند. البته در صورتی که در قالب‌های شناخته شده برای اقامه دعوا در کامن‌لا جای بگیرد. مثلاً لازم بود تا شخص متحمل زیان بدنی شده باشد تا بتواند زیان معنوی‌اش را مطالبه کند یا از قالب‌هایی مانند مسئولیت مدنی به دلیل ضرب و شتم و یا ایجاد ترس به دلیل نزدیکی خطر ضرب و شتم، حبس غیرموجه، بدگویی و توهین برای جبران صدمات به شخصیت فرد استفاده شد. (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 696) اما این قالب‌ها توانایی جبران تمام صدمات روحی را نداشتند. به‌علاوه، زیان معنوی به‌صورت مستقل مورد توجه قرار نمی‌گرفتند. در نتیجه، این رویکرد محدود نسبت به زیان معنوی، مورد نقد نویسندگان حقوقی قرار گرفت (Magruder, 1936: 1036). با توجه به همین نکات بود که رویه‌ی قضایی نیز، به سمت پذیرش زیان معنوی تغییر مسیر داد. این تغییر، به‌طور خاص در مصداق زیان تماشاگران حادثه، قابل ملاحظه است که در ادامه بدان می‌پردازیم.

از این مقررات در مورد خسارات روحی وارده به تماشاگران نیز استفاده می‌شد.

## ۲،۳ ایراد صدمه روحی در اثر خطای بی‌احتیاطی<sup>۶</sup>

به مرور زمان در نیمه دوم قرن بیستم، نظام کامن‌لا در آمریکا یک گام فراتر نهاد و به آرامی ایراد صدمه روحی در اثر بی‌احتیاطی را نیز به‌عنوان یکی از اسباب مسئولیت مدنی در شرایط خاص پذیرفت. سوال اصلی این بود که «آیا رابطه خواننده و خواهان در دعوی ایراد صدمه‌ی روحی بر اثر بی‌احتیاطی شامل نوعی تعهد به مراقبت از حال روحی<sup>۷</sup> دیگری بوده است؟» (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 776). در صورتی که پاسخ مثبت باشد این پرسش را به دنبال دارد که آیا می‌توان دامنه‌ی این روابط را به رابطه میان عامل زیان و تماشاگر حادثه نیز تسری داد یا خیر؟ با توجه به رویکرد نه چندان مثبت نظام حقوقی آمریکا به زیان معنوی، پذیرش مسئولیت مدنی عامل زیان به‌خاطر ایراد زیان معنوی تماشاگران به دشواری انجام گرفت. در این مسیر، معیارهایی برای مسئولیت مدنی عامل زیان در رویه‌ی قضایی پذیرفته شد که در بندهای آتی به آن‌ها پرداخته خواهد شد.

## ۲،۳،۱ قاعده ضربه<sup>۸</sup>

در فرضی که زیانی به‌صورت غیرعمد وارد شده و فردی تماشاگر این اتفاق بوده، دادگاه‌ها در ابتدا به «قاعده ضربه» متوسل می‌شدند. براساس این قاعده، در صورتی دعوی تماشاگر برای مطالبه زیان معنوی پذیرفته می‌شد که وی می‌توانست نشان دهد که خواننده برخوردی حتی به‌صورت بسیار جزئی با خواهان داشته باشد.<sup>۹</sup> برای مثال، دادگاهی در نیویورک زنی را که به‌دلیل حمله گروهی از اسب‌ها دچار سقط جنین شده بود مستحق جبران خسارت

## ۲،۲ مسئولیت مدنی ناشی از ایراد صدمه روحی<sup>۱</sup>

دادگاه‌های تلاش کردند تا قالب مستقلاً را برای مسئولیت مدنی ناشی از ایراد زیان معنوی به‌رسمیت بشناسند. در این مسیر و در گام نخست، مسئولیت مدنی به دلیل ورود خسارت عمدی روحی در برابر عمل تکان‌دهنده و هولناک خواننده پذیرفته شد. این نوع از مسئولیت مدنی رفته‌رفته به‌عنوان «مسئولیت مدنی به دلیل ورود عمدی صدمه روحی»<sup>۲</sup> شناخته شد. برخی از دادگاه‌ها نیز، از آن با عنوان مسئولیت مدنی عمل هولناک نام بردند.<sup>۳</sup> براساس این نوع از مسئولیت مدنی، فرد زمانی می‌تواند به‌دلیل ایراد صدمه روحی مسئول شناخته شود که: «۱. عمل وی هولناک بوده باشد. ۲. فرد عمل مربوطه را به‌منظور ایراد صدمه روحی به‌دیگری انجام داده به‌گونه‌ای که در نهایت به نوعی به صدمه جسمی نیز منجر گردد، ۳. عمل مربوطه در عالم واقع نیز صدمه روحی را به دیگری وارد می‌نماید.» (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 698).

بازتیین اول مسئولیت مدنی<sup>۴</sup> نیز، این نوع از مسئولیت را در ضمیمه‌ای که در سال ۱۹۴۸ بدان اضافه شد به‌رسمیت شناخت (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 703) و بازتیین‌های دوم و سوم مسئولیت مدنی نیز این مسئولیت را با قید عمل شدید و هولناک به‌رسمیت شناختند. بازتیین سوم مسئولیت مدنی در این راستا مقرر می‌دارد: «فردی که با عملی شدید و هولناک به عمد و یا با بی‌احتیاطی سنگین آسیب شدید روحی را به دیگری وارد می‌دارد مسئول جبران خسارت روحی است و اگر آسیب روحی سبب آسیب جسمی نیز شود مسئول جبران خسارت جسمی نیز می‌باشد».<sup>۵</sup>

<sup>۵</sup> Restatement (Third) of Torts § 46 (2012).

<sup>۶</sup> Negligent Infliction of Emotional Distress.

<sup>۷</sup> Emotional wellbeing

<sup>۸</sup> Impact rule

<sup>۹</sup> Webb v. Francis J. Lewald Coal Co., (Cal. 1931)

<sup>۱</sup> Infliction of Emotional Distress.

<sup>۲</sup> Intentional Infliction of Emotional Distress.

<sup>۳</sup> The "outrageous" tort.

<sup>۴</sup> Restatement (First) of Torts § 46 (1934).



### ۲،۳،۲ محدوده خطر<sup>۳</sup>

با نسخ قاعده‌ی ضربه، دادگاه‌ها از قاعده دیگری به نام «منطقه‌ی خطر» استفاده کردند تا استحقاق شخص برای مطالبه خسارت معنوی اثبات شود.<sup>۴</sup> براساس این قاعده، برای طرح دعوی مطالبه غرامت بابت استرس روحی نیازی به ورود زیان بدنی نیست اما شخص باید نشان دهد که در محل وقوع حادثه حضور داشته و به‌همین دلیل، در معرض خطر بوده است. براساس این قاعده، جبران خسارت کسانی که تهدید به آسیب فیزیکی شده‌اند اما عملاً و واقعاً آسیب بدنی ندیده‌اند، شدنی است.<sup>۵</sup> در این راستا دادگاه می‌پرسد که آیا «زیان‌دیده در نتیجه بی‌احتیاطی خوانده در معرض خطر جدی صدمه فیزیکی قرار گرفته یا خیر؟» (Goldberg & Zipursky, 2012: 131). بی‌احتیاطی راننده نزدیک بوده با ماشین اصابت کند، هرچند در نهایت اصابت نکرده، اما عابر در اثر این تجربه دچار آسیب روحی شده، در اینجا می‌توان گفت که وی در محدوده خطر وجود داشته است. در نتیجه عابر می‌تواند با تکیه بر این معیار برای جبران خسارت معنوی خود اقدام به طرح دعوا کند. این قاعده، در واقع، شکل تعدیل شده‌ی همان قاعده ضربه است: در قاعده‌ی ضربه، زیان‌دیده باید نشان می‌داد که به صورت بالفعل هر چند جزئی، زیان بدنی دیده اما براساس قاعده‌ی محدوده‌ی خطر، خواهان باید نشان می‌داد که بالقوه در معرض آسیب قرار داشته و احتمال ورود آسیب بدنی به او بالا بوده به‌نحوی که تنها در اثر خوش‌شانسی، آسیب ندیده است. (Flora, 2011-21012: 28). اما همین تهدید کافی است که بتواند مطالبه خسارت کند (Keefe, 2002: 363). برای مثال در پرونده‌ی<sup>۶</sup> دادگاه اعلام داشت که راننده‌ی موتورسیکلتی که سبب وقوع

ندانست، زیرا اسب‌ها با وی هیچ برخوردی نداشتند.<sup>۱</sup> به موجب این قاعده، زیان‌دیده باید اثبات می‌کرد که در نتیجه تماشای حادثه زیان‌بار، آسیب بدنی دیده و به همین دلیل، متحمل آسیب روحی نیز شده است.<sup>۲</sup> یا آن‌که هم‌زمان با واقعه‌ای که باعث آسیب روانی وی شده، آسیب فیزیکی نیز دیده است (Clark, 2001: 903, 920). در بازتیین دوم مسئولیت مدنی نیز، بر این نکته تاکید شده بود که بدون آسیب فیزیکی دعوی مطالبه غرامت برای استرس روحی مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد (Herring, 1983: 87, 492-497). دادگاه‌ها بر این باور بودند که از آنجایی که زیان معنوی برخلاف زیان مادی، تجسم خارجی ندارد، احتمال این‌که خواهان به تحمل چنین زبانی وانمود نماید زیاد است، برای همین، در صورتی دعوی وی را می‌پذیرفتند که می‌توانست اثر فیزیکی حادثه را بر روی خویش اثبات کند. محدودیت دانش روان‌شناسی در تشخیص درستی یا نادرستی ادعای خواهان نیز بر رواج این قاعده موثر بود. (Segal, 1995: 10)

با توجه به ناعادلانه بودن آثار اجرای این معیار، در اعتبار قاعده یاد شده، تردید ایجاد شد (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016: 774-775). به‌علاوه، به مرور و با عمق یافتن مطالعات روان‌شناسی و رواج استفاده از داده‌های این علم از قلمروی استفاده از قاعده ضربه کاسته شد (Segal, 1995: 69). براین اساس، امروزه، تقریباً، می‌توان گفت که این قاعده نسخ شده است. هرچند به‌طورکلی از بین نرفته و در برخی از ایالت‌ها، مانند ایالات فلوریدا و ایندیانا به‌صورت محدود وجود دارد (Krejci, 2015: 267, 269).

1978); Robb v. Pennsylvania R.R., (Del. 1965); Williams v. Baker, (D.C. App. 1990).

5. Hambrook v. Stokes Bros., (C.A. 1925).

1. Mitchell v. Rochester Ry. Co., 45 N.E. 345 (N.Y. 1896),

Shuamber v. Henderson, 1991, Reynolds v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.,

3. Danger zone.

4. Consolidated Rail Corp. v. Gottshall, (1994); Keck v. Jackson, (Ariz. 1979); Towns v. Anderson, (Colo.

## ۲،۳،۳ معیار خسارت روحی تماشاگر حادثه و قابلیت پیش‌بینی

مهم‌ترین تحول ابتدایی در زمینه‌ی گسترش مسئولیت مدنی به جبران خسارت روحی تماشاگر حادثه با پرونده دیلین علیه لگ در سال ۱۹۶۸ در کالیفرنیا صورت گرفت<sup>۳</sup> که زمینه را برای معرفی یک قاعده تازه فراهم کرد. در این پرونده، شاکی مادری بود که از دور، شاهد گذر دو دخترش از عرض خیابان بود که ناگهان، خودرویی با یکی از این دو، تصادف کرد و او را کشت. با طرح دعوی مطالبه‌ی خسارت معنوی از سوی یکی از دخترها و مادر علیه راننده خودرو، دادگاه نخستین، به قاعده منطقه خطر استناد کرد و به خسارت خواهر رأی داد اما معتقد بود که مادر، دور از منطقه خطر بوده پس حقی برای طرح دعوا نخواهد داشت.

با اعتراض مادر به رای صادره و ارجاع پرونده به دیوان عالی ایالت کالیفرنیا، دیوان اعمال قاعده منطقه‌ی خطر را در شرایط این پرونده نپذیرفت و اعلام کرد که رد این دعاوی از ترس طرح دعاوی فراوان، ناعادلانه است (Keefe, 2002: 363). دیوان عالی، سه پرسش اصلی جهت ارائه‌ی معیاری جدید برای جبران خسارت روحی تماشاگر حادثه مطرح کرد، پرسش‌هایی که یافتن پاسخ آن را به دادگاه‌های پایین‌تر سپرد. به اعتقاد دیوان، برای تشخیص استحقاق فرد برای مطالبه‌ی زیان روحی در این‌گونه از پرونده‌ها و تحلیل قابلیت پیش‌بینی ضرر باید دید که آیا خواهان نزدیک صحنه تصادف مستقر بوده یا خیر، (۲) آیا شوک از درک حسی و نزدیک حادثه ایجاد شده یا خیر و (۳) آیا شاکی و قربانی در ارتباط نزدیک خویشاوندی با یکدیگر بوده‌اند یا خیر. به باور دیوان، پاسخ این پرسش‌ها می‌تواند مشخص کند که آیا خواننده وظیفه‌ی معقولی نسبت به تماشاگر داشته یا خیر.<sup>۴</sup> بدین ترتیب، دیوان عالی

تصادف شده، در خصوص شوکی که به تماشاگران کنار بزرگراه وارد شده، مسئول نیست، زیرا آن‌ها در مکانی امن قرار داشته و حادثه آن‌ها را تهدید نمی‌کند. اگر چنین مسئولیتی برای خواننده، پذیرفته شود لازمه‌اش گسترش مسئولیت او در برابر همه ساکنان روی زمین است که علی‌الاصول پذیرفته شده نیست.

دادگاه‌ها در توجیه این قاعده، تصریح می‌کنند که عامل زیان تنها نسبت به آن دسته از افرادی وظیفه و بالتبع، مسئولیت دارد که ورود زیان به آن‌ها قابل پیش‌بینی باشد. تماشاگری که خارج از منطقه خطر باشد، برای عامل زیان قابل پیش‌بینی نیست. برای همین، او نسبت به چنین تماشاگری مسئولیت ندارد.<sup>۱</sup> به بیان دیگر، مسئولیت نمی‌تواند به‌زیانی گسترش یابد که خیلی دور از قلمروی رفتار عامل زیان باشد (Kircher, 2007: 791).

اندک‌اندک رویه‌ی قضایی متوجه نقصان‌های این ضابطه شد. اگر فردی در منطقه خطر قرار نداشته اما همچنان در اثر تماشای حادثه دچار آسیب روحی شده باشد، آیا باید او را از امکان جبران خسارت روحی به صرف عدم حضور در محدوده خطر باز داشت؟ صرف‌نظر از آن‌که امنیت تماشاگر در معرض خطر قرار گرفته یا خیر، او به‌دلیل تماشای ورود آسیب، متحمل رنج روحی شده، بنابراین، چگونه می‌توان رنج روحی او را به‌دلیل این‌که در منطقه خطر قرار نداشته و یا قرار داشته اما خطری او را تهدید نمی‌کرده، نادیده گرفت. با وجود این نقد، برای سال‌های متمادی، دادگاه‌ها به این نتیجه می‌رسیدند که خواننده وظیفه‌ای در برابر تماشاگری که دور از منطقه خطر قرار داشته، ندارد، زیرا خواننده نمی‌توانسته به‌طور معقولی پیش‌بینی کند که تقصیرش نسبت به قربانی مستقیم، سبب آسیب به تماشاگر می‌شود.<sup>۲</sup>

<sup>2</sup>. Waube v. Warrington, (Wis. 1935), overruled by Bowen v. Lumbermens Mut. Casualty Co., (Wisc. 1994)

<sup>3</sup>. Dillon v. Legg 441 P.2d 912 (Cal. 1968).

<sup>4</sup>. Dillon v. Legg, (Cal. 1968).

<sup>1</sup>. Tobin v. Grossman, (N.Y. App. Div. 1969), Waldrip v. McGarity, (Ark. 1980); Slaton v. Vansickle, (Okla. 1994); Litton v. Cann, (Cir. Ct. 1998)





تنها با دیدن آنی خود حادثه است که می‌توان گفت حادثه سبب آسیب به قربانی شده است. در این پرونده دیوان عالی دیگر تأکیدی بر قابلیت پیش‌بینی ضرر نداشت و سه سوال مطرح شده توسط پرونده دلیلی را معیار تشخیص امکان جبران خسارت برای تماشاگر حادثه دانست. بدین ترتیب تنها در صورت حصول این سه شرط امکان جبران خسارت برای تماشاگر حادثه وجود دارد: ۱. رابطه نزدیک با مجروح اصلی حادثه ۲. حضور همزمان در محل حادثه و درک همزمان از وقوع حادثه ۳. وقوع آسیب روحی بیش از آنچه به یک فرد بی‌طرف (بدون وجود رابطه) وارد می‌شود.

در این مسیر، در تفسیر بند اول یعنی رابطه نزدیک در برخی از پرونده‌ها، دادگاه‌ها تأکید داشتند که اگر میان خواهان و قربانی رابطه قانونی شناخته شده وجود نداشته باشد، شخص نمی‌تواند محق به جبران خسارت باشد.<sup>۴</sup> در یک پرونده، قاضی اعلام داشت که باید رابطه‌ی خانوادگی زناشویی یا نزدیکی میان قربانی و خواهان وجود داشته باشد، رابطه‌ای که دادگاه آن را به «زن و شوهر، والدین و کودک، پدربزرگ و مادر بزرگ با نوه، برادر و خواهر و آن‌هایی که از لحاظ قانونی در موقعیت پدر و مادر قرار می‌گیرند»، محدود می‌دانست.<sup>۵</sup>

با همین رویکرد، دادگاه‌ها، موارد عدیده‌ای را از شمار رابطه نزدیک خارج دانسته‌اند. برای نمونه، رابطه نامزدها،<sup>۶</sup> پسر عمو،<sup>۷</sup> عمه،<sup>۸</sup> خواهرزاده و برادرزاده‌ها،<sup>۹</sup> دوست صمیمی<sup>۱۰</sup> و زوجینی که بدون ازدواج با هم زندگی می‌کنند، از شمول رابطه‌ی

کالیفرنیا، اعلام کرد که معیار قابلیت پیش‌بینی برای جلوگیری از سیل دعوای بی‌پایه و اساس و یا توسط اشخاص دور کافی است،<sup>۱</sup> زیرا یکی از ارکان لازم در مسئولیت مدنی ناشی از بی‌احتیاطی وجود وظیفه احتیاط در برابر دیگران است. یکی از راهکارهای تشخیص این مسئولیت، معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر است که برای اعمال این معیار، دادگاه می‌پرسد: «آیا یک فرد با قوه تشخیص عادی متوجه می‌شود که اگر عمل مورد نظر را بدون توجه به سلامت جسمی دیگران انجام دهد عمل وی ریسک قابل‌توجهی به سلامت جسمی افرادی که در جایگاه خواهان (زیان‌دیده) قرار دارند، وارد خواهد کرد؟» (Goldberg & Sebok & Zipursky, 2016).

در صورتی که پاسخ این پرسش، مثبت باشد به معنای آن است که ضرر قابل پیش‌بینی بوده و در نتیجه خواننده، وظیفه رعایت احتیاط را داشته و با نقض آن مرتکب بی‌احتیاطی شده است. بدین ترتیب، عامل زیان نسبت به تماشاگرانی مسئولیت خواهد داشت که حضورشان قابل پیش‌بینی بوده است.

### ۲،۳،۴ معیار مشاهده آنی خویشاوند نزدیک<sup>۲</sup>

محدوده‌ی معیار تماشاگر حادثه و قابلیت پیش‌بینی در پرونده تینگ علیه لاکویزا مشخص‌تر شد.<sup>۳</sup> در این پرونده، خواهان مادر کودکی بود که از نزدیک حادثه را ندید اما خواهر کودک آسیب‌دیده بلافاصله پس از حادثه به مادر اطلاع داد و مادر لحظاتی پس از حادثه به مکان تصادف رسید و کودکش را پس از وقوع حادثه در صحنه دید. مادر علیه لاکویزا، طرح دعوا نمود. دادگاه، دعوای وی را برای مطالبه خسارت روحی نپذیرفت، زیرا تنها زمانی مطالبه خسارت وارد است که خواهان در صحنه در زمان وقوع حادثه حاضر بوده و حادثه را دیده باشد. به باور دادگاه،

<sup>6</sup> . Milberger v. KBHL, LLC, (D. Haw. 2007).

<sup>7</sup> . Blanyar v. Pagnottie Enterprises, Inc., (Pa. Super. Ct. 1996).

<sup>8</sup> . Trombetta v. Conkling, (N.Y. 1993).

<sup>9</sup> . Bettis v. Islamic Republic of Iran, (D.C. Cir. 2003).

<sup>10</sup> . Carlson v. Ill. Farmers Ins. Co., (Minn. Ct. App. 1994).

<sup>11</sup> . Milberger v. KBHL, LLC, (D. Haw. 2007).

<sup>1</sup> . Dillon v. Legg 441 P.2d 912, pg 922 (Cal. 1968). (Foreseeability requirement for duty.)

<sup>2</sup> . The bystander rule

<sup>3</sup> . Thing v. La Chusa, 771 P.2d 814 (Cal. 1989).

<sup>4</sup> . Elden v. Sheldon, (Cal. 1988)

<sup>5</sup> . Ramirez v. Armstrong. 1983.

اما اگر خواهان حادثه را نه دیده و نه مستقیماً شنیده باشد ولی از ناحیه دیگران برای او نقل شده باشد، حقی برای مطالبه خسارت ندارد.<sup>۴</sup> در بازتیین سوم مسئولیت مدنی نیز، امکان جبران خسارت به دلیل آسیب روحی به تماشاگری که وقوع حادثه‌ای را به یک شخص نزدیک در خانواده به‌طور هم‌زمان توسط حس بینایی و شنوایی مشاهده می‌کند به رسمیت شناخته شده است.<sup>۵</sup>

البته باید توجه داشت که این شرط نیز به‌صورت مطلق باقی نماند، بلکه رویه‌ی قضایی، تلاش کرد تا با معرفی استثناءها، این شرط را به‌صورت منصفانه‌تری اجرا کند. در یک پرونده، پسر خواهان در پارک آسیب می‌بیند، مادر در صحنه نبوده اما بلافاصله با تلفن مستخدم به محل حادثه می‌آید، با طرح دعوی او به‌خواسته‌ی مطالبه خسارت روحی، دادگاه اعلام کرد با این‌که شاکی نه حادثه را دیده و نه صدای آن را شنیده، بنابراین، درکی از حادثه نداشته اما دادگاه تمایل دارد تا «قاعده‌ی آمبولانس» را درپیش بگیرد، براین‌اساس، اگر خواهان، مستقیماً در صحنه نبوده اما به سرعت و به فاصله مدت کوتاه و قبل از این‌که نیروهای درمانی به صحنه برسند، به صحنه آمده، می‌تواند مطالبه خسارت کند.<sup>۶</sup> برای همین، دادگاه نتیجه گرفت که مادر با وجود آن‌که بعد از حادثه آمده اما حق دارد تا مطالبه غرامت کند.

اکنون معیار مشاهده‌ی خویشاوندان نزدیک بیشترین استقبال را برای مسئولیت مدنی نسبت به تماشاگران میان دادگاه‌های آمریکا در ایالات مختلف دارد هرچند جزئیات اعمال آن از ایالتی به ایالت دیگر ممکن است متفاوت است.<sup>۷</sup> برای مثال

نزدیک خارج دانسته شدند.<sup>۱</sup> در پرونده‌ی دیگری،<sup>۲</sup> خواهان با قربانی هنوز ازدواج نکرده بود اما نامزد کرده بودند و برای مراسم عروسی آماده می‌شدند. با وقوع تصادف، خواهان که از نزدیک شاهد حادثه بود، متحمل رنج روحی شد و تحت مداوا قرار گرفت. دادگاه، دعوی او را برای مطالبه خسارت رد کرد به این دلیل که این دو رابطه خویشاوندی نداشته‌اند اما دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که رابطه‌ی نامزدی، می‌تواند در عمل معادل رابطه خانوادگی باشد، دیوان عالی نیز رای دادگاه تجدیدنظر را تایید کرد. دیوان اعلام کرد که اگرچه این دو با هم قانوناً ازدواج نکرده‌اند اما شاهد و قربانی، با هم یک رابطه ثابت، با دوام، اساسی و متقابل داشته‌اند (Sampedro, 1996: 1086). به هر روی، در قسمت توضیحات بازتیین سوم مسئولیت مدنی آمریکا، پیشنهاد شده تا دادگاه‌ها برای تعیین رابطه نزدیک خانواده، فرهنگ و عرف جامعه را در نظر گیرند.

در راستای تفسیر بند دوم یعنی درک آنی و همزمان حادثه دادگاه‌ها ابتدا بر این نکته تاکید داشتند که شخص باید حادثه را با چشم دیده باشد، بنابراین، صرف این‌که صدای حادثه را شنیده باشد یا این‌که دیگران به او درباره حادثه بگویند، برای مطالبه خسارت کافی نیست (Kestin, 1996: 512). با این‌حال، در مراحل بعدی، تلاش کردند بر درک حسی حادثه تاکید کنند. حادثه، لزوماً از طریق دیدن درک نمی‌شود، بلکه ممکن است با شنیدن صدا نیز، درک شود. در پرونده‌ای، خواهان صدای فریاد برادرش را که دچار برق گرفتگی شد، شنید. با وجود آن‌که خواهان، خود حادثه را ندیده بود، دادگاه حق او را برای مطالبه خسارت به رسمیت شناخت.<sup>۳</sup>

(Ariz. 1989); Bird v. Saenz, (Cal. 2002); Clohessy v. Bachelor, (Conn.1996); Kelley v. Kokua Sales & Supply, (Haw. 1975); Smith v. Toney, (Ind. 2007); Moore v. Eckman, (Iowa 2009); Cameron v. Pepin, (Me. 1992); Wargelin v. Sisters of Mercy Health Corp., (Mich. Ct. App. 1986); Engler v. Ill. Farmers Ins. Co., (Minn. 2005); Ill. Cent. R.R. Co. v. Hawkins, (Miss. 2002); Treichel v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., (Mont. 1997);

1. Milberger v. KBHL, LLC, (D. Haw. 2007).

2. Dunphy v. Gregor I, 617 A.2d 1248, 1250 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1992).

3. Acosta v. Castle Construction, Inc., 1994).

4. Mazzagatti v. Everingham, (Pa. 1986)

5. Restatement (Third) of Torts, op.cit, § 48 (2012).

6. Gabaldon v. Jay-Bi Property Management, Inc. (1996).

7 Tommy's Elbow Room v. Kavorkian, (Alaska 1986); Pierce v. Casas Adobes Baptist Church,



او قابل انتساب است، صرف‌نظر از این‌که عملش در یکی از قالب‌های معین و از پیش‌ساخته‌شده جای می‌گیرد یا خیر (عاملی، ۱۳۳۸: ۶۷-۷۹). در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در مواد مختلف به این انتساب زیان به عامل زیان اشاره شده است.<sup>۴</sup> براین‌اساس، در بحث حاضر کافی است که بتوان زیان تماشاگر از تماشای واقعه زیان‌بار را به عامل زیان منتسب نمود.

با توجه به این نکته، در نظام حقوقی ایران، سه تردید اصلی در زمینه قابلیت جبران زیان معنوی تماشاگران حادثه زیان‌بار وجود دارد. تردید نخست، این است که آیا تماشای آسیب به دیگری را می‌توان زیان تلقی کرد؟ تردید دوم نیز به قابلیت پیش‌بینی حضور تماشاگر از سوی عامل زیان مربوط می‌شود و در نهایت تردید سوم به نحوه‌ی سنجش و ارزیابی این زیان و طریقه جبران آن اشاره دارد. در این بند، به این تردیدها پرداخته می‌شود، با این حال، لازم است همانند نظام حقوقی آمریکا، با توجه به تردیدهایی که در نظام حقوقی ما، درباره قابلیت جبران زیان معنوی وجود دارد، ابتدا، به امکان یا عدم امکان جبران خسارت معنوی نیز پرداخته شود.

### ۳/۱ امکان یا عدم امکان جبران خسارت معنوی

در نظام حقوقی ایران نیز، همچون نظام حقوقی آمریکا، درباره لزوم یا عدم لزوم جبران زیان معنوی، تردیدهایی جدی وجود داشته است و همان ایراداتی که در نظام حقوقی آمریکا پیرامون خسارات معنوی وجود داشت در این نظام حقوقی نیز مطرح شد اما با وجود فراز و فرودهای زیادی که بر سر راه قابلیت جبران خسارات معنوی وجود داشت، اندک‌اندک

یا در ماده‌ی ۴۹۵ این قانون اشاره شده است: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد ضامن دیه است مگر ...»  
همچنین در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۴ قانون مجازات اسلامی آمده است: «چنان‌چه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارد شده احراز شود دیه و خسارت قابل مطالبه است ...»

ایالت نیویورک تنها دعوی از این دسته را مجاز می‌شمارد که خانواده نزدیک در محدوده خطر حضور داشته باشند.<sup>۱</sup> بازتیین سوم مسئولیت مدنی آمریکا نیز با ذکر پرونده‌های مربوط به ۲۹ ایالت، معیار مشاهده‌ی آنی حادثه به خانواده نزدیک را معیار منتخب دانسته و کمی آن‌را گسترده‌تر از پرونده لگ علیه لاکویزا کرده است. بدین ترتیب طبق بازتیین سوم مسئولیت مدنی آمریکا دعوی خسارت به دلیل آسیب روحی تماشاگرانی قابل جبران است که به‌طور هم‌زمان از طریق مشاهده و یا شنیدن صدا شاهد حادثه‌ای باشند که منجر به آسیب جسمی به یکی از نزدیکان خود گردد.<sup>۲</sup> این بازتیین معیار تفسیر این‌که چه کسی «نزدیک» محسوب می‌شود را نیز به عهده‌ی دادگاه‌ها گذاشته تا با در نظر داشتن عرف زمان معیاری عملی را برای آن‌چه خانواده محسوب می‌شود، انتخاب کنند.<sup>۳</sup>

### ۳ نظام حقوقی ایران

یکی از دغدغه‌های اصلی در نظام حقوقی آمریکا، شناسایی قالبی بود که به موجب آن، امکان طرح دعوی مسئولیت مدنی از سوی تماشاگر حادثه زیان‌بار به رسمیت شناخته شده باشد. اما این دغدغه در نظام حقوقی ایران، چندان قابل توجه نیست، زیرا اگرچه قانون مدنی، قالب‌های مشخصی را برای تحقق ضمان قهری در ماده‌ی ۳۰۷ ذکر می‌کند، اما در قانون مسئولیت مدنی، سعی شد نظام حقوق مسئولیت مدنی از قالب‌ها رها شده و بدون آن‌که نیاز به عناوین تعیین‌شده‌ای برای مسئولیت باشد، امکان صدور حکم به مسئولیت مدنی عامل زیان پیش‌بینی شود. به بیان دیگر، این قانون شخص را مسئول هرگونه زبانی می‌داند که به

<sup>۱</sup> Tobin v. Grossman, 249 N.E.2d 419 (N.Y. 1969).  
<sup>۲</sup> Restatement (Third) of Torts, op.cit, § 48 (2012).  
<sup>۳</sup> Ibid, § 48 comment f. (2012).  
<sup>۴</sup> از جمله در ماده‌ی ۴۹۲ این قانون آمده است: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آن‌که به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌های انجام شود.»

قاعدتا، ممنوعیت جمع دیه و خسارت معنوی، قابل تعمیم به فرض زیان تماشاگران نیست.

## ۳٫۲ تردید اصل وقوع زیان تماشاگران

تردید اصلی در جبران زیان تماشاگران از این جا آغاز می‌شود که براساس ماده یک ق.م.م. باید به «حقی که به موجب قانون برای افراد شناخته شده»، لطمه وارد شود تا برای لطمه‌زننده، مسئولیت مدنی ایجاد شود. با توجه به این ماده و ضرورت شناخت حق توسط قانون و نظر به این که حقی قانونی برای تماشاگران در قوانین کنونی با این عنوان به رسمیت شناخته نشده، می‌توان در اصل وقوع زیان تردید کرد. با این حال، حقیقت این است که آنچه با تماشای یک رویداد ناگوار برای تماشاگر محقق می‌گردد ورود آسیب به سلامت روحی و روانی اوست و سلامتی در همین ماده‌ی یک ق.م.م. به عنوان موضوع زیان توسط قانون‌گذار صراحتاً به رسمیت شناخته شده است؛ بدیهی است که سلامتی در این ماده اعم است از سلامتی جسمی و روحی و نکته مهم در تشخیص این نوع زیان این است که باید شدت اثرگذاری بر تماشاگر تا حدی باشد که بتوان ادعا کرد سلامتی روحی و روانی او آسیب دیده است. در غیر این صورت به صرف تحقق اثرات موقتی و زودگذر بر تماشاگر، نمی‌توان آنچه محقق گشته را ضرر قابل جبران تشخیص داد. به علاوه، نباید از یاد برد که ملاک اصلی برای تحقق زیان، عرف است، این معیار هم در فقه<sup>۴</sup> و هم در ادبیات حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۲) پذیرفته شده است.

گاهی ممکن است در برابر وقوع حوادث ساده‌ای همچون افتادن دیگری به خنده بیفتیم یا از کنار آن

تردیدها از میان رفت. نویسندگان بر امکان مطالبه زیان معنوی پافشاری کردند؛ در نظریات رسمی نیز تصریح شد: «مقررات مربوط به مطالبه ضرر و زیان مادی و معنوی (نیز) نسخ نشده و اصل ۱۷۱ قانون اساسی هم به این قبیل خسارات تصریح کرده است».<sup>۱</sup> دادگاه‌ها نیز به سمت پذیرش مطالبه زیان معنوی رفتند.<sup>۲</sup> در ادامه، قانون‌گذار نیز در ماده‌ی ۲۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ و ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز زیان‌های معنوی را به رسمیت شناخت.

در نهایت، با این روند کلی، به نظر می‌رسد در نظام حقوقی کنونی، باید اصل را بر قابلیت مطالبه زیان معنوی گذاشت. این اصل، طبیعتاً در مصداق زیان معنوی تماشاگران حادثه زیان‌بار نیز، قابل اعمال است، با این حال، با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، ممکن است تردید شود که در فرض زیان معنوی تماشاگر، به زیان‌دیده اصلی آسیب بدنی وارد شده و طبیعتاً، باید به وی دیه پرداخت شود، با توجه به این نکته و از آنجا که به موجب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۳</sup> زیان معنوی با دیه قابل جمع نیست، در نتیجه، تماشاگر نمی‌تواند به خاطر آسیبی که از طریق دیدن حادثه متحمل شده، مطالبه خسارت معنوی کند. به نظر می‌رسد باید در درستی این نتیجه، تردید کرد. ماده یاد شده، ناظر به این است که زیان‌دیده واحد نمی‌تواند افزون بر دیه، خسارت معنوی مطالبه کند، درحالی‌که در فرض مورد گفتگو، بحث بر سر این است که شخصی جدا از زیان‌دیده اصلی، زیان معنوی‌اش را مطالبه می‌کند. بنابراین،

مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود.»<sup>۴</sup> «أَنَّ الضَّرْرَ عِبَارَةٌ عَنْ فَوْتِ مَا يَجِدُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ نَفْسِهِ وَ عَرْضِهِ وَ مَالِهِ وَ جَوَارِحِهِ، فَإِذَا نَقَصَ مَالَهُ وَ طَرَفَ مِنْ اطْرَافِهِ بِالْإِتْلَافِ أَوْ التَّلْفِ أَوْ زَهَقَ رُوحَهُ أَوْ هَتَكَ عَرْضَهُ بِالْإِخْتِيارِ أَوْ بِدُونِهِ، يُقَالُ: إِنَّهُ تَضَرَّرَ بِهِ، بَلْ يَعْذُ عَرَفًا عَدَمَ نَفْعٍ بَعْدَ تَمَامِيَةِ الْمُقْتَضَى لَهُ، مِنَ الضَّرْرِ إِيضًا.»، نائینی، ۱۴۱۸: ۱۲.

۱. نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۵۹۴۷ به تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۳؛ به نقل از: غلامرضا شهری، نظریات اداره حقوقی از سال ۵۷ تا ۷۱، ج. ۱، ص. ۲۳.  
۲. برای مشاهده نمونه‌هایی از این آراء ر.ک: (پروین، ۱۳۸۲: ۱۲۰) و (میرشکاری، ۱۳۹۹: ۷۵ به بعد).  
۳. تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات



دیده است یا خیر. البته طبیعتاً، رابطه‌ای که بر مبنای غیراخلاقی و نامشروع بنا شده باشد، به صاحبان رابطه اجازه اقامه دعوا را نخواهد داد.

### ۳/۳ پیش‌بینی

در خصوص معیارهای ارائه شده برای احراز ورود خسارت بر تماشاگر که در نظام حقوقی ایالات متحده در قسمت پیشین به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت، به نظر می‌رسد که قاعده ضربه معیار مناسبی برای به‌کارگیری در نظام حقوقی ایران نباشد، زیرا همان‌طور که اشاره گردید براساس تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۴ ق.آ.د.ک در صورت ورود آسیب فیزیکی به تماشاگر، او صرفاً می‌تواند دیه مطالبه نماید و امکان مطالبه خسارات معنوی وجود نخواهد داشت. بنابراین در صورت اعمال این قاعده دیگر امکان جبران خسارت معنوی ناشی از تماشای رویداد زیان‌بار وجود نخواهد داشت. معیارهای دیگر از جمله حضور تماشاگر در منطقه خطر یا مشاهده آنی خویشاوندان نزدیک نیز قابل طرح در معیار قابلیت پیش‌بینی هستند: بدین توضیح که یکی از مواردی که ورود آسیب به تماشاگر را برای عامل زیان قابل پیش‌بینی می‌سازد حضور در صحنه حادثه و مشاهده‌ی آنی این رویداد و نیز وجود رابطه‌ی خویشی نزدیک با زیان‌دیده اصلی است. بنابراین شاید بتوان ادعا کرد که مناسب‌ترین و کاربردی‌ترین معیار برای ارزیابی این نوع خسارت در شرایط کنونی نظام حقوقی ایران همان معیار قابلیت پیش‌بینی برای عامل زیان است.

همان‌طور که می‌دانیم، عامل زیان تنها مسئول خساراتی است که برای او یا حداقل در دید عرف قابل پیش‌بینی باشد. درباره‌ی لزوم این ویژگی اختلاف است اما در حقوق ایران قابل پیش‌بینی بودن خسارت را به دو دلیل در مسئولیت‌های غیرقراردادی شرط دانسته‌اند: اول این‌که در دید عرف آنچه بر حسب سیر طبیعی و متعارف امور از خطای شخص به بار می‌آید منسوب به اوست پس قابل پیش‌بینی بودن خسارت شرط احراز رابطه‌ی سببیت میان فعل زیان‌زننده و وقوع خسارت است

بگذریم، اما این واکنش تنها در برابر اتفاقات ساده قابل درک است و نمی‌توان آن را واکنش اصلی و غالب افراد از دیدن آسیب دیگران تلقی کرد. انسان متعارف، با دیدن به درد آمدن دیگری، قرارش را از دست می‌دهد و ناراحت می‌شود اما برای این‌که این ناراحتی، از دست دادن سلامتی تلقی شود لازم است که پیوند و رابطه‌ای میان زیان‌دیده و تماشاگر وجود داشته باشد و این رابطه تا حدی نزدیک باشد که بتوان از دید یک انسان متعارف ادعا کرد که تماشای آسیب دیدن او بر سلامت روحی و روانی تماشاگر اثر داشته است. به‌علاوه، تماشاگر باید ثابت کند که با زیان‌دیده اصلی چنان رابطه‌ای داشته که از تماشای لطمه دیدن او دچار آسیب روحی شده است. بدین ترتیب، صرف تماشای آسیب دیگری، زیان قابل جبران در نظام مسئولیت مدنی نیست، این اتفاق، زمانی زیان قابل جبران تلقی خواهد شد که ثابت شود میان تماشاگر و زیان‌دیده اصلی، رابطه‌ای از پیش موجود بوده است. مسلماً، مصداق برجسته و اصلی این رابطه، ارتباط خویشاوندی است. خویشاوندان، بیشترین علاقه و علقه را به یکدیگر دارند. بنابراین، بدیهی است که تماشای آسیب همدیگر برای آن‌ها دشوار است. طبیعتاً، هرچه رابطه خویشاوندی نزدیک‌تر باشد، احتمال وقوع زیان بیشتر است. با این‌حال، نباید خویشاوندی را در چارچوب قواعد ارث دید. در واقع، ممکن است فردی با توجه به این‌که در طبقه‌ای دورتر قرار دارد، جزء وراث بالفعل شخص قرار نگیرد، اما از دیدن حادثه زیان‌باری که متوجه او شده، آسیب ببیند. جدا از این، نباید رابطه را محدود به رابطه خویشاوندی دانست. ممکن است شخص به دلیل رابطه‌ای مانند استاد و شاگردی، نامزدی و... از دیدن آسیب او، دچار زیان شود. بی‌تردید، در این فروض هم، باید به شخص اجازه مطالبه خسارت را داد. در واقع، علاقه و محبت، حقی نیست که قانون بتواند آن‌را اداره کند. برهمین اساس، قاضی باید خود را در جای تماشاگر حادثه گذاشته و تصور کند که به‌عنوان یک انسان متعارف، با توجه به پیوندی که با زیان‌دیده اصلی داشته، آیا از دیدن رنج او، زیان

نمی‌تواند به این بهانه که زیان‌دیده و یا اندازه زیان  
برایش قابل پیش‌بینی نبوده از مسئولیت رهایی  
یابد.

حال، با توجه به این مقدمه، باید دید که آیا زیان  
تماشاگر برای عامل زیان قابل پیش‌بینی بوده است  
یا خیر؟ در واقع، حضور خویشاوندان زیان‌دیده  
اصلی در محل وقوع حادثه، عمدتاً به ندرت و از روی  
اتفاق می‌باشد و کمتر می‌توان از آن به عنوان حادثه  
قابل پیش‌بینی یاد کرد.

با این حال، حقیقت این است که برای کسی که  
سبب تصادف در یک خیابان می‌شود، نوعاً حضور  
آدم‌های دیگر و تماشای حادثه از سوی آن‌ها قابل  
پیش‌بینی است، آنچه قابل پیش‌بینی نیست این  
است که خویشاوند زیان‌دیده اصلی نیز، در میان  
تماشاگران باشد. بنابراین، بحث، بیش از آن‌که دائر  
مدار قابلیت پیش‌بینی اصل وقوع زیان باشد، بر سر  
پیش‌بینی حضور شخص تماشاگر واجد شرایط در  
محل حادثه است.

با توجه به این‌که اصولاً نویسندگان حقوقی  
ضابطه مناسب برای تشخیص قابلیت پیش‌بینی را  
معیار نوعی و تشخیص عرف مطرح کرده‌اند (فهمی،  
۱۳۸۴: ۵۱) در این خصوص نیز باید به داوری عرف  
رجوع نمود: به عنوان نمونه حضور والدین یا شخص  
مورد اعتماد و دارای خویشاوندی نزدیک با کودکان  
امری است که برای هر انسان متعارفی در جامعه  
قابل پیش‌بینی است؛ بنابراین اگر در خیابان  
حادثه‌ای برای کودکی رخ دهد حضور تماشاگری با  
رابطه خویشاوندی بسیار نزدیک با او امری قابل  
پیش‌بینی برای عامل زیان خواهد بود. همچنین در  
برخی مکان‌هایی که به‌طور متعارف افراد با خویشان  
خود حضور دارند مانند بیمارستان یا محیط اطراف  
آن و ... این معیار قابلیت پیش‌بینی نوعی وجود  
خواهد داشت.

و دوم این‌که ممکن است در تحقق تقصیر و  
چگونگی سنگینی و سبکی آن موثر باشد پس اگر  
زیانی برای یک انسان متعارف قابل پیش‌بینی نبوده  
تقصیر نیست و برای مرتکب مسئولیت ایجاد  
نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۹ و ۳۰۰). براساس  
همین دو معیار اصلی ارائه شده برای این شرط  
می‌توان در بحث زیان وارده بر تماشاگر نیز استدلال  
نمود در صورتی رابطه‌ی سببیت میان فعل زیانبار و  
وقوع خسارت بر تماشاگر وجود خواهد داشت که  
حضور تماشاگری با رابطه‌ی خویشاوندی نزدیک در  
محل حادثه برای عامل زیان قابل پیش‌بینی بوده  
باشد. در صورت قابلیت پیش‌بینی چنین امری رابطه  
سببیت میان زیان وارده بر تماشاگر و فعل زیانبار  
عامل زیان و نیز به تعبیر دیگر، تقصیر عامل زیان  
احراز خواهد شد.

در فقه نیز فقها در آثار خود<sup>۱</sup> به صورت جزئی و  
مصادیقی راجع به این مسئله سخن گفته‌اند و  
غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارت را سبب معافیت  
مرتکب فعل زیانبار دانسته‌اند. از جمله آن‌ها در  
مصدق روشن کردن آتش به قدر نیاز است که اگر  
اتفاقاً شعله‌ور شود و باعث ایجاد خسارت به جان و  
مال دیگری گردد روشن‌کننده به خاطر غیرقابل  
پیش‌بینی بودن این خسارت ضامن نخواهد بود  
(قاسمی، ۱۳۸۹: ۱۲۲-۱۲۳). قابل مطالبه نبودن  
خسارات غیرقابل پیش‌بینی از مواد مختلف قانون  
مجازات اسلامی کنونی از جمله مواد ۵۱۶، ۵۱۷، ۵۱۸  
و ۵۲۱ آن نیز قابل استنباط است.

با این حال، طبیعی است که نیازی به قابلیت  
پیش‌بینی میزان زیان نیست؛ زیرا اهمیت پیش‌بینی  
ضرر به دلیل اثری است که در تحقق تقصیر و  
انتساب عرفی ضرر به فعل زیانبار دارد و پیش‌بینی  
میزان ضرر و اهمیت آن در قلمرو ضمان مرتکب اثری  
ندارد (فهمی، ۱۳۸۴: ۵۴). ایراد زیان به هر کسی به  
هر اندازه‌ای ممنوع است؛ برای همین، عامل زیان

۱. الخميني، ۱۳۹۲: ۵۶۶ - ۵۶۷؛ شهيد الثاني ۱۳۸۶: ۲۵۹؛  
الخوئي، بی‌تا: ۱۴۷؛ الشيخ الطوسي، ۱۳۸۷: ۱۰۲ - ۱۰۳؛ ابن  
إدریس الحلي، ۱۴۱۰: ۴۹۴؛ المحقق الحلي، ۱۴۰۸: ۷۶۳.



در نتیجه با توجه به نوع زیان مشمول استثنای دوم نخواهد شد و برای انتساب آسیب وارده به تماشاگران همچنان قابلیت پیش‌بینی این زیان شرط خواهد بود.

### ۳،۴ نحوه ارزیابی و جبران زیان

پس رفع تردیدها پیرامون اصل وقوع زیان وارده به تماشاگران یک حادثه ناگوار و مباحث پیرامون احراز شرط قابلیت پیش‌بینی این زیان برای عامل آن در نظام حقوقی ایران نوبت به بررسی نحوه‌ی ارزیابی و محاسبه چنین خسارتی و در مرحله بعد نحوه‌ی جبران آن می‌رسد.

در ارتباط با ارزیابی و محاسبه این نوع خسارات، با توجه به این‌که یکی از مصادیق خسارات معنوی هستند و اصولاً خسارات معنوی به واسطه ماهیت کاملاً غیرمادی و شخصی بودنشان یکی از دشوارترین انواع خسارات در مرحله ارزیابی و محاسبه محسوب می‌شوند، نمی‌توان روش‌های یکسان و واحدی را برای همه موارد در نظر گرفت و لازم است در هر پرونده خاص کلیه‌ی عواملی را که در میزان خسارت و اثرگذاری آن بر زیان‌دیدگان دخیل است، مدنظر قرار داد. با این وجود پژوهشگران حوزه ارزیابی خسارات در سال‌های اخیر در تلاش هستند تا با استفاده از شاخصه‌های مختلفی که در ارتباط با طبقه‌بندی، حدود و شدت زیان، ویژگی‌های زیان‌دیده و زیان‌زننده، سطح و کیفیت زندگی فردی و اجتماعی و برخی از دیگر عوامل و نیز با استفاده از ابزارهای روان‌سنجی<sup>۱</sup> به ارزیابی نسبتاً دقیق‌تری از میزان خسارت وارده دست یابند. ابزارهای روان‌سنجی در واقع اسناد نظارتی‌ای محسوب می‌شوند که برای ارزیابی خلق و خوی فردی اشخاص و نیز اوضاع و احوال جاری و اخیر زندگی آن‌ها به کار می‌رود که مهم‌ترین مزیت استفاده از آن‌ها در قالب ارجاع به کارشناسان متخصص حوزه اعصاب و روان، توجه به ویژگی‌های شخصی زیان‌دیده و سیر تغییرات حاصله پس از وقوع زیان و همچنین

نکته دیگری که در بحث شرط قابلیت پیش‌بینی مطرح می‌شود استثنائات این قاعده است که عمدتاً در دو مورد زیان‌های عمدی و آسیب‌های بدنی مطرح شده است: بدین معنا که در این دو مورد قابلیت پیش‌بینی زیان از سوی عامل زیان اهمیتی ندارد و در هر حال عامل زیان مکلف به جبران خسارات وارده خواهد بود (غمامی، ۱۴۰۱: ۱۴۶). در مورد بررسی این استثنائات در بحث تماشاگر صرفاً می‌توان استثنای اول را پذیرفت. بنابراین در مواردی که فردی عمداً به دیگری آسیب می‌رساند قابلیت پیش‌بینی این امر که آیا فردی از خویشاوندان نزدیک او در محل حادثه حضور دارد یا خیر اهمیتی را از دست می‌دهد و در موارد ورود آسیب‌های عمدی در هر حال عامل زیان در برابر تماشاگران این حادثه که دارای رابطه به حد کافی نزدیک با زیان‌دیده هستند و از تماشای این حادثه سلامتی روحی خود را از دست داده‌اند، مسئول خواهد بود اعم از این‌که حضور آن‌ها را در محل حادثه پیش‌بینی می‌کرده است یا خیر اما پذیرش استثنای دوم در بحث تماشاگر دشوار است؛ زیرا این استثنا برای ورود آسیب بدنی به شخص زیان‌دیده‌ی اصلی مطرح شده است و در مورد جبران خسارات وارده بر زیان‌دیده‌ی اصلی نیازی به احراز قابلیت پیش‌بینی خسارت نیست و تمامی عواقب آسیب‌هایی بدنی (از جمله درد و رنج روحی ناشی از آسیب) را شامل می‌شود، اما در مورد آسیب‌های وارده به تماشاگران که از نوع زیان معنوی است شرایط عمومی و ضروری از جمله شرط قابلیت پیش‌بینی زیان همچنان بر اعتبار خود باقی است و باید احراز گردد. بنابراین اگر در اثر حادثه زیان‌بار آسیب‌های بدنی ولو شدید در زیان‌دیده‌ی اصلی ایجاد گردد برای مطالبه‌ی زیان معنوی ناشی از تماشای این صحنه برای تماشاگران باید شرط قابلیت پیش‌بینی خسارت احراز گردد و این مورد از موارد استثنائات مطرح شده نخواهد بود چراکه نوع زیان وارده بر تماشاگران در این فرض از نوع خسارات معنوی است نه بدنی و جسمانی

<sup>1</sup> Psychometric instruments.

ناگوار براساس این که شدت و نوع آسیب وارده در کدام طبقه قرار می‌گیرد، میزان خسارت تقویم می‌شود. مهم‌ترین مزیت این روش که سبب کاربرد و شهرت بیشتر آن شده است نوعی‌تر بودن نحوه ارزیابی است که با جمع‌آوری داده‌های زیاد و متنوع از افراد مختلف جامعه طبقه‌بندی‌ها و امتیازدهی‌ها انجام می‌شود؛ در نتیجه این طبقات و امتیاز بندی‌ها منعکس‌کننده‌ی خصوصیات نوعی مردم یک جامعه -البته در گروه‌های مشابه هم- از بعد روحی و روانی است. (Liarena, 2018: 103). بنابراین برای قضات در ارزیابی اطمینان بیشتری ایجاد می‌کند. در عین حال قضات نتیجه ارزیابی کارشناسان مربوطه را با در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص هر پرونده تعدیل می‌کنند.

پس از ارزیابی میزان و شدت جراحات وارده نوبت به نحوه جبران آسیب‌های وارده می‌رسد. به‌طور کلی در ارتباط با شیوه‌های جبرانی خسارات معنوی، ۴ روش اصلی و شناخته شده مطرح می‌شود که به ترتیب اولویت عبارتند از: ۱. اعاده وضع یا بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت پیش از وقوع زیان ۲. پرداخت غرامت یا جبران خسارت از راه دادن معادل ۳. خسارات اسمی و ۴ خسارات تنبیهی (Lawson, 1980: 5).

اگر در پرونده‌ای امکان اعاده‌ی وضع روحی فرد آسیب‌دیده به حالت قبل از ورود آسیب وجود داشته باشد، مثلاً با پرداخت هزینه‌های درمانی و جلسات مشاوره، مصرف داروهای خاص، رفتن به سفر یا فعالیت‌های ورزشی یا تفریحی دیگر، انجام فعالیت‌های خیریه یا عام‌المنفعه برای تسلی روحی زیان‌دیده، اعلام رسمی عذرخواهی و ... انتخاب این روش‌ها براساس نظرات کارشناسان و متخصصان و با در نظر گرفتن نوع حادثه و ویژگی‌های زیان‌دیده و زنده‌مرحج خواهد بود. در مرحله بعد و در صورت عدم امکان اعاده‌ی وضع روحی زیان‌دیده به حالت قبل، پرداخت معادل خسارت براساس میزان و

سهولت، سادگی، سرعت و دقت در ارزیابی و تحلیل رفتار زیان‌دیدگان است (عبدی، ۱۴۰۱: ۴۹۴-۴۹۸). سه مورد از رایج‌ترین این ابزارها به‌طور خاص در زیان‌های معنوی و روحی بسیار مورد توجه قرار گرفته است ۱. روش تحلیل و مقایسه وضعیت خلق و خوی (POMS)<sup>۱</sup> ۲. روش منطقه‌ی بهینه‌ی عملکرد فرد (IZOF)<sup>۲</sup> و ۳. روش نمره‌دهی نمایی براساس شدت جراحات (EISS)<sup>۳</sup> است. (Liarena, 2018: 102-103). روش اول براساس یک پرسشنامه ۶۵ آیتمی از وضعیت روحی و حالات خلق و خوی شامل میزان تنش، عصبانیت، افسردگی، توانایی و قدرت، گنجی و خستگی و ... زیان‌دیده قبل و بعد از وقوع حادثه مورد ارزیابی متخصص قرار می‌گیرد و براساس آن میزان و شدت آسیب وارده و اثراتی که بر زندگی و فعالیت زیان‌دیده داشته است، به‌دست می‌آید. در روش دوم سطوح حداقل و حداکثر فعالیت یا عملکرد و یا شاخص‌های عاطفی و رفتاری هر شخص مورد بررسی قرار می‌گیرد هرچقدر نتایج ارزیابی‌ها نشان دهد که زیان‌دیده از نقطه بهینه فعالیت یا عملکرد روزانه خود دورتر شده است به میزان بیشتری از زیان‌های معنوی رای داده می‌شود. این روش به ویژگی‌های خاص زیان‌دیده توجه دارد اما روشی بسیار وقت‌گیر و هزینه‌بر خواهد بود که در بسیاری از مواد اطلاعات جزئی از وضعیت زیان‌دیده قبل از وقوع زیان در دسترس نیست در نتیجه زیاد مورد استقبال قضات قرار نگرفته است (Liarena, 2018: 102). در روش سوم که روش بسیار ساده‌تر و رایج‌تری است و به‌نظر می‌رسد در بحث آسیب وارده به تماشاگران نیز به‌نحو کارآمدتری می‌تواند میزان و شدت آسیب وارده را ارزیابی نماید، به‌جای توجه به ویژگی‌های فردی و سابقه‌ی وضعیت روحی و روانی شخص، بر خود آسیب و شدت آن تمرکز می‌شود و شدت جراحات وارده براساس تروماهای تجربه شده توسط اشخاص مختلف طبقه‌بندی می‌شود و به هر طبقه امتیاز یا نمره‌ای اختصاص داده می‌شود. بعد از ورود حادثه

۳. Exponential injury severity score (EISS).

۱. Profile of mood states (POMS).

۲. Individual zone optimal functioning (IZOF).





اوضاع و احوال هر قضیه تعیین خواهد کرد...» این اختیار به لحاظ قانونی به قضات داده شده است که در ارتباط با نحوه‌ی ارزیابی و طریقه جبران با در نظر گرفتن شرایط هر پرونده خاص مناسب‌ترین روش‌ها انتخاب شود؛ لذا می‌توان با اختیار حاصله از این ماده و با استفاده از مطالعات تطبیقی و تجربیات دیگر کشورها این پیشنهاد را داد که برای ارزیابی میزان آسیب وارده به تماشاگران، از روش نمردهی نمایی براساس شدت جراحات (به‌واسطه مزایایی که توضیح داده شد) استفاده نمود و برای نحوه‌ی جبران، استفاده از شیوه‌هایی که امکان اعاده‌ی وضعیت روحی فرد آسیب‌دیده به حالت قبل از زیان را فراهم آورد، در اولویت خواهد بود.

#### ۴ نتیجه‌گیری

گاهی در زندگی اتفاق می‌افتد که با صحنه ناخوشایندی از وقوع حوادث ناگوار روبه‌رو می‌شویم که تماشای آن اثر منفی زیادی بر سلامت روحی و روانی ما خواهد گذاشت. سوالی که در این خصوص در میان نویسندگان حقوق مسئولیت مدنی مطرح شد این بود که آیا می‌توان خسارات و آسیب‌های روحی ناشی از تماشای این‌گونه حوادث را از عامل زیان مطالبه کرد؟ علی‌رغم مخالفت‌هایی که در خصوص پذیرش خسارات معنوی و حدود و مصادیق آن در نظام حقوقی آمریکا وجود داشت رفته رفته

شدت آسیب وارده مدنظر محاکم قرار خواهد گرفت. در برخی از موارد این شیوه امکان‌پذیر یا مناسب نیست یا میزان ضرر قابل توجه نبوده یا قابل اثبات نیست در این‌گونه موارد به‌منظور اعلام محق بودن خواهان و محکومیت خوانده، محاکم در کامن‌لا مبلغی بسیار ناچیز که از لحاظ مالی ارزش قابل توجهی ندارد را به نحو سمبلیک به نفع زیان‌دیده تعیین می‌نمایند. در مواردی که ایراد آسیب، عمدی یا توأم با سوء نیت بوده باشد نیز محاکم کامن‌لا در کنار خسارت جبرانی تعیینی، خسارت تنبیهی را نیز برای مجازات مرتکب و ایجاد بازدارندگی از چنین رفتارهایی مورد حکم قرار می‌دهند (Lawson, 1980: 5).

در نظام حقوقی ایران درخصوص نحوه‌ی ارزیابی و نیز جبران آسیب‌های روحی وارده به زیان‌دیدگان مطالب صریحی در قوانین درج نشده است. در رویه‌ی قضایی ایران، از دو روش، بیشتر استفاده می‌شود: یکی عذرخواهی<sup>۱</sup> و دیگری، پرداخت پول<sup>۲</sup> که در غالب موارد بدون تصریح به این‌که چگونه به چنین میزانی رسیده‌اند، حکم می‌نمایند. در ماده‌ی ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بر امکان استفاده از این دو روش تاکید شده است. با توجه به این‌که براساس ماده‌ی ۳ ق.م.م: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به

فوق با احراز تاخیر در پرواز هواپیما ... حکم به الزام شرکت هواپیمایی ... به عذر خواهی از خواهان ... در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار همزمان با درج حکم در آن روزنامه صادر و اعلام می‌نماید...»

<sup>۲</sup> . به عنوان نمونه دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۰۲۹ تاریخ ۱۳۹۱/۱/۷ از سوی شعبه‌ی ۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران مندرج در پرونده‌ی کلاسه ۸۷۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۱۲۹۷ چنین صادر می‌شود: «... آقای دکتر س.ز. در تشخیص بیماری هموفیلی آقای محمدمهدی دچار اشتباه تشخیص گردیده است ... دادگاه به استناد مواد ۲۱ و ۲۰ قانون مسوولیت مدنی خوانده را به پرداخت پنج درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت خسارات معنوی محکوم و اعلام می‌دارد.»

<sup>۱</sup> . برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۹۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۶ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، از الزام به عذرخواهی و درج در روزنامه به عنوان شیوه جبران خسارت معنوی استفاده کرده است.

در دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۹۰۰۲۰۰ به تاریخ ۸۹/۳/۱۸ صادره از سوی شعبه‌ی ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران مندرج در پرونده‌ی کلاسه ۳۲۶/۲۹/۸۸ چنین آمده است: «... لذا این دادگاه با احراز ورود خسارت معنوی به خواهان از این حیث مستنداً به مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسوولیت مدنی حکم بر الزام خوانده به عذرخواهی از نامبرده با درج در یکی از جراید کثیرالانتشار صادر و اعلام می‌نماید...». شعبه‌ی ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به موجب دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۸۰۹۹۷۷۵۷۶۱۰۱۳۷۶ از همین روش استفاده کرده و به شرح ذیل رای داده است: «... لذا دادگاه نظر به مراتب

قرار گرفته است. این معیار از یک سو با شرایط عمومی مطالبه‌ی خسارت که یکی از آن‌ها قابلیت پیش‌بینی است هماهنگ می‌باشد و در نظام حقوقی ما هم براساس مواد مختلف ق.م.ا و دیگر قوانین مورد پذیرش واقع شده است و از طرف دیگر معیاری نسبتاً جامع است که معیارهای دیگر از جمله مشاهده‌آنی خویشاوندان نزدیک و حضور در محدود خطر را نیز در بر می‌گیرد. در خصوص رابطه خویشاوندی نیز باید به معیار عرفی مراجعه نمود و خویشاوندی مورد نیاز در طبقات ارث محدود نمود همچنین در خصوص مفهوم تماشا که در نظام حقوقی امریکا محدود به دیدن نیست و هر نوع درک کردن از جمله شنیدن را می‌تواند در بر گیرد، به نظر می‌رسد که می‌بایست این تحلیل را پذیرفت تا افرادی را که دارای بینایی نیستند شامل شود. بدین صورت طبق نظام مسئولیت مدنی حقوق ایران نیز مانعی بر سر راه پذیرش این نوع خسارات روحی تماشاگر حادثه و صدور رأی بر لزوم جبران آن با توجه به مجموع مطالب مطرح شده، وجود نخواهد داشت. از میان روش‌های مختلف جبران این خسارت نیز رای دادن به شیوه‌هایی که تا حد امکان وضعیت روحی زیان‌دیده را به قبل از وقوع حادثه بازگرداند، نسبت به شیوه‌هایی چون صرف اعلام عذرخواهی یا پرداخت مستقیم مبلغی پول بدون توجیه چرایی میزان آن، مرجح خواهد بود. این روش‌های اعاده‌ای وضعیت روحی به‌ویژه با توسعه علوم روان‌شناسی در سال‌های اخیر توسعه یافته و از تنوع زیادی نیز برخوردار است که در هر پرونده خاص با در نظر گرفتن شرایط خاص همان پرونده قابل را دادن است.

رویه قضائی این کشور به سمت پذیرش قابل جبران بودن خسارات معنوی و مصادیق مختلف آن حرکت نمود که یکی از این مصادیق خسارت وارده ناشی از تماشای حادثه زیان‌بار بود. مهم‌ترین مانع بر سر راه قابلیت جبران این نوع خسارات معیار ارزیابی آن بود. در این راستا معیارهای مختلفی شامل «قاعده-ی ضربه»، «محدوده‌ی خطر»، «قابلیت پیش‌بینی» ارائه شد. نظری که در سال‌های اخیر برای قابلیت جبران خسارت روحی تماشاگر حادثه بیشتر مورد پذیرش قرار گرفته است، مشاهده‌ی آنی خویشاوندان نزدیک است. «خویشاوندی» را نباید به معنای محدود خود در بحث ارث محدود نمود و «مشاهده» را هم نباید به معنای مضیق «دیدن با چشم» محدود کرد بلکه برای تشخیص هر دو مفهوم، معیار عرفی ملاک عمل خواهد بود.

در نظام حقوقی ایران نیز باتوجه به پذیرش قابلیت جبران خسارات معنوی و همچنین به رسمیت شناختن حق بر سلامتی توسط قانون‌گذار در ماده‌ی ۱ ق.م.م.تردیدی پیرامون پذیرش قابلیت جبران خسارات معنوی ناشی از تماشای یک حادثه زیان‌بار باقی نمی‌ماند اما آنچه بیشتر مورد تردید و ابهام قرار دارد معیار مناسب برای ارزیابی این نوع خسارات است. از میان معیارهای مطرح شده در نظام حقوقی امریکا، قاعده ضربه به واسطه‌ی منع جمع میان دیه و خسارت معنوی نمی‌تواند معیار مناسبی در نظام حقوقی ایران باشد و به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین معیار برای این نوع خسارت «قابلیت پیش‌بینی» حضور تماشاگری است که رابطه نزدیک با فرد آسیب‌دیده داشته و در اثر تماشای حادثه، سلامت روحی و روانی او تحت تاثیر



## منابع

- Abdi, Mona, (2022), Uncertain Damages in the Unites States Legal System and Re-thinking in Iranian Legal System, Tehran: Entesharco, 1<sup>st</sup> edition. [In Persian]
- Akhoundi, Mahmoud, (2003) Criminal procedural code, Vol: 1, Tehran, Samt pub. [In Persian]
- Bell, Peter A, (1984), The Bell Tolls: Toward Full Tort Recovery for Psychic Injury, University of Florida Law Review, 36(32).
- Bojnourdi, Mirza Hassan, (1998), Alghavaed-ol-feghhiyeh, Vol: 1, Hadi pub [In Arabic]
- Clark, Andy, (2001), "Interested Adults" with Conflicts of Interest at Juvenile Interrogations: Applying the Close Relationship Standard of Emotional Distress, University of Chicago Law Review, vol: 68.
- Fahimi, Aziz-allah, Foreseeability of loss in Civil Responsibility, (2004), Law Views Quarterly, Vol: 34,35.
- Flora, Colin E, (2011-2012), Special Relationship Bystander Test: A Rataln Alternative to the Closely Related Requirement of Negligent Infliction of Emotional Distress for Bystanders, Rutgers Law Record, The Internet Journal of Rutgers School of Law, 39.
- Ghamami, Majid, (2022), Foreseeability of loss in Civil Responsibility, Enteshar co. Tehran [In Persian]
- Ghasemi, Mohsen, (2010), The Role of Foresee ability of Loss in Contractual and non-contractual liability, International Legal Research Journal, Vol: 7. [In Persian]
- Givelber, Daniel, (1982), The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct, Columbia Law Review, vol: 82.
- Goldberg, John and Anthony Sebok, and Benjamin Zipursky, (2016) Tort Law Responsibilities and Redress, Wolters Kluwer; 4<sup>th</sup> edition.
- Goldberg, John c. p. & Benjamin C. Zipursky, (2012), The Oxford Introductions to U.S. Law Torts, Oxfords University Press.
- Helli, Ebn-e- Edris, Alsaraer, (1989), Vol: 2, Islamic publication institute. [In Arabic]
- Herring, Terri Krivosha, Note, (1983), Administering the Tort of Negligent Infliction of Mental Distress: A Synthesis, 4 Cardozo Law Review, vol: 4.
- Katouzian, Nasser, (1998), non-contractual liability (civil liability), Tehran publication institute, 8<sup>th</sup> edition. [In Persian]
- Keefe, Lauren, (2002), Tort Law - New Mexico Limits Recovery of Negligent Infliction of Emotional Distress to Sudden, Traumatic Accidents - Fernandez v. Walgreen Hastings Co., New Mexico Law Review, 30(2).
- Keeton, W. Page, (1984), Prosser and Keeton on the Law of Torts, West pub, 5<sup>th</sup> ed.
- Kestin, Howard H. (1996), The Bystander's Cause of Action for Emotional Injury: Reflections on the Relational Eligibility Standard, Seton Hall Law Review, vol: 26.
- Khoee, Abolghasem, (without date), Menhaj-ol-salehin, Vol: 2, Khoee-ol-Eslamiyeh Institute. Qom [In Persian]
- Givelber, Daniel, (1982), The Right to Minimum Social Decency and the Limits of



- Khomeini, Seyed Ruhollah, (2013), Tahrir-ol-vasileh, Vol: 2, Imam Khomeini Editing and Publishing Institute. [In Persian]
- Kircher, John J, (2007), The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, Marquette Law Review, 90(4).
- Krejci, Stephan, (2015), Is General Negligence the New Exception to the Florida Impact Rule? Florida A& M University Law Review, 10(2).
- Lawson, F.H, (1980), Remedies of English Law, London: Butterworth, 2<sup>nd</sup> edition.
- Liarena, Zharama, (2018), The Implementation of moral Damages Based on Calculation Exponential Injury Severity Score for Procedural Torts, U.s-China Law Review, 15 (2).
- Magruder, Calvert, (1936), Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts, Harvard Law Review, vol: 49.
- Marlowe, Douglas B, (1988), Comment, Negligent Infliction of Mental Distress: A Jurisdictional Survey of Existing Limitation Devices and Proposal Based on an Analysis of Objective Versus Subjective Indices of Distress, Villanova Law Review, 33(5).
- Mir Shekari, Abbas, (2020), A practical treatise on civil responsibility, Entesharco, Tehran. 3<sup>rd</sup> edition. [In Persian]
- Mohaghegh Helli, (1987), Sharaye-ol-eslam, Vol: 4, Esmaeelian pub. [In Persian]
- Najafi Khansari, Mousa, (1997), Maniat-ol-taleb, Vol: 2 & 3, Islamic publication institute. [In Arabic]
- Nolan, Virginia E. & Edmund Ursin, (1982), Negligent Infliction of Emotional Distress: Coherence Emerging from Chaos, Hastings Law Journal, 33(3).
- Parvin, Farhad, (2003), Moral Damages in Iranian Legal system, Ghoghnoos pub. [In Persian]
- Prosser, William L, (1939), Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort Law, Michigan Law Review, 37(6).
- Shahid Sani, (1991), Sharh-e-lomee, Vol: 10, The Islamic Publication Office of Qom Seminary. [In Arabic]
- Sampedro, David, (1996), When Living as Husband and Wife Isn't Enough: Reevaluating Dillon's Close Reakation-ship Test in Light of Dunphy v. Gregor, Stetson Law Review, Vol. XXV.
- Segal, Lester E., (1995), Recovery for Direct Negligent Infliction of Emotional Distress: The Impact Rule, or a Better Idea? Florida Bar Journal, vol: 69.
- Tousi, Sheikh Mohammad Hasan, (2008), Al-mabsout, Vol: 3, Maktabat-ol-mor-tazavieh publication. [In Arabic]

Original Article

## A Reflection on the Concept of relativity of Fault in Contracts with a Comparative Study in English and French law

Alireza Yazdanian<sup>1</sup>, Noora Ehsangar<sup>\*2</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor of private law at Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

<sup>2</sup> Ph.D. in private law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.9.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25662.1534)



[10.22080/LPS.2023.25662.1534](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25662.1534)

**Received:**

June 24, 2023

**Accepted:**

July 22, 2023

**Available online:**

August 10, 2023

**Keywords:**

Contract, Obligation, Relativity of fault, Third party, Liability.

### Abstract

The principle of "the effect "relative effect of the contract" or the principle of "relativity of contracts" is a well-known principle in the law of obligations, which is recognized as the principle in all Legal systems. Based on this principle, the obligations of the contract are the responsibility of the parties to the contract, and the benefits belong to the parties, and it does not create obligations for third parties. Also, third parties cannot expect profit from the contract. However, the principle of relativity of fault in terms of the effect of breach of contractual obligation on the rights of third parties is apparently contrary to the fact that this question can be raised, if obligations are violated in a contract and damage is caused to a person or third parties, is this breach of contract by the parties to the contract as a fault can be invoked? In French law, the discussion of the relativity of contractual fault is raised, and in English law, the examination of some opinions shows the tendency of this legal system to raise this issue, which is raised in this article with a comparative study of Iranian law. It seems that contractual fault has a relative concept and despite the principle of relativity of the contract, there is an advantage for the third party to rely on breach of contractual obligation to claim damages.

**\*Corresponding Author:** Noora Ehsangar

**Address:** Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

**Email:** [Noora\\_ehsangar@yahoo.com](mailto:Noora_ehsangar@yahoo.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The increasing expansion of contracts in social relations has caused the effects of some of them are not limited to the parties of the contract despite the principle of "privity of contract. It is possible for the party or parties of the contract to intentionally or negligently violate their contractual obligations and cause damage to the third party. In this regard, a fault committed by one party of the contract and considered a contractual fault of the other party cause damage to third parties. The argument that the violation of a contractual obligation towards a third party is considered a legal occurrence that the third party can invoke as a harmful act to claim damages from the breaching obligee has been raised under the idea of privity of contractual fault

Comparatively, in French law, this idea has been raised at the doctrine level, and this doctrinal idea has been affected by the judicial procedure. In English law, despite not specifying the idea of the privity of contractual fault, there are several cases regarding the possibility of citing the third party's violation of contractual obligations to claim damages, which led to the prediction of the conditions for claiming damages by the third party. In Iranian law, due to the newness of the idea of the privity of contractual fault, not only it has not been mentioned in jurisprudential texts, but also it has not been proposed in legal works except for a few, and it has not been observed any independent text that fully examines its concept and effects.

This manuscript seeks to answer these questions: Is the third party able to invoke the contractual fault between the parties in the case of tort law?

Is the type of contractual obligations of the parties (**Obligation of Result and Mean**) in relation to the third party also effective in terms of proving the harmful act element?

In case of intentional breach of contract, is this fault towards the third party also considered intentional?

### 2. Methodology

In this article, to obtain the results, a descriptive-analytical method with comparative study has been used to analyze the data obtained through the study of the available sources.

### 3. Findings

Contrary to privity of contract, which implies that the third party has no interest in the contract, but based on the idea of privity of contractual fault, sometimes the contract can have the advantage for the third party that breach of contract or contractual fault can be a reason for the third party to demand damages, and in **Obligation of Result** cases does not require proof of separate fault. The idea that has been emphasized by doctrine and judicial practice in France, and in order to protect the victim, the burden of proving fault has been removed from its shoulders.

### 4. Conclusion

The origin of the concept of privity of contractual fault is French law. In English law, without specifying this idea, some cases include its provisions. The principle of privity of fault in terms of the impact of breach of contractual obligation on the rights of third parties is apparently against the principle of privity of contract, according to which, for the injured third party, it provides the possibility of invoking breach of contractual obligation in the sense that the breach of contractual obligation by one of the parties of the

contract can be considered as a legal occurrence and one of the elements of tort law for the benefit of the third party, and the third party can demand damages without the need to prove separate fault.

In English law, the acceptance of the responsibility of the obligee of the contract who performed the subject of the contract negligently towards third parties depends on the existence of duty of care, breach of duty as a result of negligent behavior, loss and causal relationship between negligence and loss. By using the legal results obtained in the studied legal systems and in the implementation position, it was determined that on the one hand, the duty of care is the special establishment of the common law. The sum of the first and second pillars can be called fault in comparison to the legal systems of Iran and France, that the standard expected from the behavior and performance of the defendant in English law, as in the legal systems of Iran and France, is a reasonable and conventional person. On the other hand, the last three pillars are equivalent to the conditions of responsibility in French and Iranian law.

It seems that the effect of the type of contractual obligations towards the third

party in terms of the burden of proof in the civil liability lawsuit is such that if the third party suffers a loss due to the violation of the contractual In order to facilitate the realization of the harmful act, In order to facilitate the realization of the harmful act, the third party can rely on the type of contractual obligation according to **Obligation of Result and Mean**, and the intentional violation of the obligation towards the third party can also be considered intentional. Since the claim for damages caused to a third party due to breach of contractual obligation is always a matter of dispute and in Iranian law, in many cases, the law is silent and the judicial procedure has not dealt with it much, by using comparative law, it can be considered the capacity to accept the idea of privity of contractual fault in the laws of this country and consider it reasonable and in line with the needs of the society.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

Authors contributed equally to the preparation of the manuscript.

### **Conflict of interest**

Authors declare no conflict of interest.

علمی پژوهشی

# تاملی در مفهوم نسبیت تقصیر در قراردادهای با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و فرانسه

علیرضا یزدانیان<sup>۱</sup>، نورا احسانگر<sup>۲\*</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.  
<sup>۲</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.



[20.1001.1.24237566.1403.8.1.9.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25662.1534)



[10.22080/LPS.2023.25662.1534](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25662.1534)

## چکیده

اصل «اثر نسبی قرارداد» یا اصل «نسبیت قراردادها» اصلی معروف در حقوق تعهدات بوده که در همه نظام‌های حقوقی، اصلی شناخته شده است. بر مبنای این اصل، تعهدات قرارداد بر ذمه‌ی طرفین عقد بوده و منافع نیز متعلق به طرفین است و تعهدی برای اشخاص ثالث ایجاد نمی‌کند. همچنانکه اشخاص ثالث نمی‌توانند انتظار سودی از قرارداد داشته باشند. اما اصل نسبیت تقصیر از حیث تاثیر نقض تعهد قراردادی بر حقوق اشخاص ثالث گویا اصلی خلاف این جهت است که این سوال قابل طرح است، اگر در قراردادی، تعهدات نقض شود و به شخص یا اشخاص ثالث خسارتی وارد آید، آیا این نقض پیمان از سوی طرفین قرارداد به عنوان یک تقصیر قابل استناد است؟ در حقوق فرانسه بحث نسبیت تقصیر قراردادی مطرح شده و در حقوق انگلستان بررسی برخی از آراء، نشان‌دهنده تمایل این نظام حقوقی به طرح این مساله است که در این مقاله با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران طرح می‌شود. به نظر می‌رسد تقصیر قراردادی، مفهومی نسبی دارد و به‌رغم اصل نسبیت قرارداد، این مزیت برای ثالث وجود دارد که به نقض تعهد قراردادی برای مطالبه خسارت استناد کند.

تاریخ دریافت:

۳۰ تیر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۳۱ تیر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۱۹ مرداد ۱۴۰۲

کلیدواژه‌ها:

قرارداد، تعهد، نسبیت تقصیر، شخص ثالث، مسئولیت.

\* نویسنده مسئول: نورا احسانگر

آدرس: دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایمیل: [Noora\\_ehsangar@yahoo.com](mailto:Noora_ehsangar@yahoo.com)

ایران.



## ۱ مقدمه

نسبیت تقصیر قراردادی قابل طرح است، این پرسش‌ها را به ذهن متبادر می‌کند که آیا شخص ثالث قابلیت استناد به تقصیر قراردادی مطرح بین طرفین قرارداد را در دعوای مسئولیت مدنی دارد؟ آیا نوع تعهدات قراردادی طرفین به ویژه تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه بودن تعهدات قراردادی، صرفاً در روابط طرفین قرارداد تاثیرگذار است یا شخص ثالث حین اثبات عنصر فعل زیان‌بار به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی می‌تواند با احراز نوع تعهد به آن استناد نماید؟ همچنین آیا نقض عمدی و غیرعمدی قرارداد، در توصیف تقصیر نسبت به ثالث به عمدی و غیرعمد تاثیر دارد یا خیر؟ به عبارتی در صورت نقض عمدی قرارداد، آیا این تقصیر نسبت به ثالث نیز عمدی محسوب می‌شود؟

از نظر تطبیقی در حقوق فرانسه این ایده در سطح دکترین مطرح شده و این ایده دکترینی (Jourdain, 2001:893) بر رویه قضائی بی-تاثیر نبوده است. (Pellicier, 2023: 1) دیوان عالی فرانسه در رای ۶ اکتبر ۲۰۰۶ به این نکته تصریح کرد که «شخص ثالث قرارداد ممکن است بر اساس مسئولیت غیرقراردادی به نقض قرارداد استناد کند در صورتی که این نقض موجب خسارت او شده باشد»<sup>۲</sup> و چنین ایده‌ای در ۱۳ ژانویه ۲۰۲۰ در دیوان عالی فرانسه<sup>۳</sup> تکرار شد. در حقوق انگلیس، به‌رغم عدم تصریح به ایده‌ی نسبیت تقصیر قراردادی، آرای متعددی در خصوص امکان استناد شخص ثالث به نقض تعهدات قراردادی جهت مطالبه زیان‌های وارده وجود دارد که حسب نوع ضرر، نوع تعهد، نوع رابطه و... منتهی به نتایج متفاوتی شده است (Deakin & Markesini, 2019; Peel, 2015:1238).

گسترش روز افزون قراردادها در روابط اجتماعی سبب گردیده، آثار برخی از آنها، محدود به طرفین قرارداد نباشد و نقض برخی تعهدات قراردادی علاوه بر طرفین قرارداد، حقوق اشخاص ثالث را متاثر نماید. در چنین قراردادهایی با آثار فراقراردادی، طرفین قرارداد اعم از شخص حرفه‌ای یا عادی، علاوه بر تعهدات قراردادی، مطابق تکلیف عام مراقبت و احتیاط باید به تکالیف عرفی و قانونی خود عمل کرده و تمسک به اصل نسبی بودن قراردادها، مجوز نادیده انگاشتن حقوق ثالث نبوده و همواره مراعات حقوق ثالثی که به نحوی از انحا متاثر از تعهدات قراردادی می‌گردد در قالب قاعده عام عدم اضرار به غیر، به صورت تکالیف عرفی و قانونی در کنار تعهد قراردادی بر عهده طرفین قرارداد است.

در فرض مساله، تاثیر قرارداد بر اشخاص ثالث بیشتر در حالت نقض قرارداد رخ می‌دهد. ممکن است طرف یا طرفین قرارداد با نقض عامدانه یا سهل‌انگارانه تعهد قراردادی خود، سبب ورود ضرر به ثالث شوند.<sup>۱</sup> در این راستا تقصیری که یک طرف قرارداد مرتکب شده و نسبت به وی تقصیر قراردادی محسوب می‌گردد، سبب ورود خسارت به اشخاص ثالث می‌شود.

از این روی، با توجه به اینکه مسئولیت مدنی طرف قرارداد در مقابل ثالث، تابع مسئولیت قهری است، نقض تعهد قراردادی نسبت به ثالث می‌تواند یک واقعه حقوقی محسوب شود که ثالث به عنوان فعل زیان‌بار برای مطالبه‌ی خسارت از متعهد ناقض به آن استناد کند. این امر که تحت عنوان ایده

۱. برای مثال اشتباه حسابدار در محاسبه دارایی شرکت، سبب ورود ضرر به طرف‌های معامله با شرکت گردد.

۲ Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, N° de pourvoi : 05-13.255, Publié au bulletin, Bull. 2006, Ass. plén, n° 9, p. 23: «Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage».

۳. Cour de cassation, Assemblée plénière, 13 janvier 2020, 17-19.963, Publié au bulletin, N° de pourvoi : 17-19.963, « que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

قراردادی باشد (Deakin & Markesini, 2019; Peel, 2015:1238). یعنی اگر به تعهدات قراردادی عمل نشود، در واقع قاعده عام عدم اضرار نیز نقض شده است، بر اساس ایده نسبیت تقصیر قراردادی در حقوق تعهدات، تقصیر متعهد در برابر ثالث باید با توجه به موقعیت ویژه‌ای که قرارداد ایجاد می‌کند بررسی شود. بدین معنا که در شناسایی تقصیر متعهد در برابر ثالث، نمی‌توان تعهدات قراردادی را نادیده گرفت چراکه قرارداد، وضعیت حقوقی جدیدی را ایجاد می‌کند و تعهداتی را برای طرفین به وجود می‌آورد که در شناسایی نقض تعهد عام مراقبت در انجام تعهدات قراردادی موثر است.

بنابراین مفهوم نسبیت تقصیر را می‌توان چنین بیان کرد که: «در صورتی که عدم انجام تعهدات قراردادی، سبب زیان متعهدله شود، تقصیر قراردادی محسوب می‌گردد و اگر سبب خسارت شخص ثالث گردد در رابطه با زیان‌دیده، تقصیر غیرقراردادی به حساب می‌آید» (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۱۷).

ثمره‌ی طرح مسئله این است دعوی ثالث علیه فاعل زیان طبق قواعد عمومی مسئولیت قهری و بدون لحاظ قرارداد مستلزم اثبات تقصیر فاعل و قابلیت استناد خسارت به رفتار خوانده است اما در صورت امکان استناد ثالث به نقض تعهد قراردادی، اگر تعهد مندرج در قرارداد، تعهد به نتیجه باشد، صرف عدم انجام تعهد، می‌تواند تقصیر باشد و اثبات رفتار خلاف سلوک انسان متعارف، نیاز نیست (این امر از مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی (ق.م) بر می‌آید که مواد مزبور از مواد ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ قانون

قراردادی و قهری اگرچه در یک معنا، هر دو تعهد به جبران ضرر وارده به دیگری هستند، اما از جهاتی متفاوت می‌باشند. در حقوق تعهدات، مسئولیت مدنی قهری منوط به وجود یک تعهد و الزام است که مصنوع قانون، عرف و آداب و رسوم بوده و ارادی نمی‌باشد و از قبل بر افراد تحمیل شده که این امر در حقوق انگلیس تحت عنوان وظیفه مراقبت و در حقوق ایران و فرانسه به عنوان تکالیف قانونی (قاعده عام عدم اضرار به غیر) بحث شده است.

در حقوق ایران به دلیل نو پیدا بودن ایده نسبیت تقصیر قراردادی، نه تنها در متون فقهی اشاره‌ای به آن نشده بلکه در آثار حقوقی نیز جز انگشت‌شمار، طرح نگردیده است و نگاشته‌ای مستقل که به بررسی مفهوم و آثار آن به‌طور کامل پرداخته باشد، مشاهده نشده است.

در این نوشتار که به شیوه توصیفی-تحلیلی به رشته تحریر درآمده، ضمن بیان مفهوم ایده‌ی نسبیت تقصیر قراردادی و کارکرد آن، به بررسی رویکرد حقوق انگلیس و فرانسه با تطبیق آن بر حقوق ایران پرداخته شده است.

## ۲ مفهوم ایده نسبیت تقصیر قراردادی

ایده‌ی نسبیت تقصیر قراردادی در خصوص تاثیر رابطه‌ی قراردادی بر مسئولیت مدنی طرف قرارداد در مقابل اشخاص ثالث و امکان استناد شخص ثالث به نقض تعهد و تقصیر قراردادی متعهد است. معمولاً متعهد علاوه بر تعهدات قراردادی که در قالب بندها و شروط عقد می‌گنجد، دارای تکالیف عرفی و قانونی<sup>۱</sup> در برابر ثالث نیز می‌باشد که در چارچوب قاعده‌ی عام عدم اضرار به غیر قرار می‌گیرد. بنابراین مساله قابل طرح این است که آیا شخص ثالث به جای استناد به صرف نقض تکالیف عرفی و قانونی مطابق قواعد عمومی مسئولیت قهری، می‌تواند با اثبات نقض تعهدات قراردادی توسط متعهد قرارداد، یعنی نقض بندها و شروط خاص قرارداد، تقصیر متعهد را به‌عنوان یک شخص حرفه‌ای اثبات کند؟ در پاسخ می‌توان گفت از آنجاکه نقض تکالیف عرفی و قانونی در مواردی می‌تواند ناشی از نقض تعهدات

۱. پذیرش این امر دور از ذهن نیست که نقض تعهد قراردادی می‌تواند همزمان نقض تکالیف قانونی و از موجبات مسئولیت قهری نیز تلقی گردد و برای ثالث قابل استناد باشد. چرا که در روابط اجتماعی، تعهدات اشخاص، محصور به تعهدات قراردادی نیست و شهروندان دارای وظایف و الزامات دیگری نیز هستند که ریشه در اراده انشائی آنها ندارد و از طرف قانونگذار بر آنها تحمیل شده تا از این رهگذر به رفتارهای اجتماعی افراد، نظم بخشیده شود. از همین‌رو مسئولیت مدنی

تقصیر غیرقراردادی و از موجبات مسئولیت قهری تلقی شود. اما این امر که آیا نوع تعهد طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر حسب به وسیله و یا به نتیجه بودن تعهد، صرفاً محدود به روابط آنها است یا ثالث نیز امکان استناد به آن را در مسئولیت قهری دارد، نیازمند بررسی است. از آنجاکه از نقض تعهد قراردادی ممکن است به شخص یا اشخاص ثالث ضرر وارد شود، بدو لازم است شرطیت تقصیر در مسئولیت قراردادی جهت احراز تقصیر قراردادی و به عبارتی تحقق تخلف مورد بررسی قرار گیرد و سپس تاثیر نوع تعهدات قراردادی از حیث تعهد به-وسیله و یا نتیجه، بر احراز فعل زیان‌بار تبیین گردد.

### ۳/۱ تحلیل شرطیت تقصیر در مسئولیت قراردادی

بسیاری از حقوقدانان انگلیسی معتقدند که در مسئولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، اثبات

Article 1218 Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Dernière modification du texte le 09 octobre 2016 - Document généré le 28 octobre 2016 - Copyright (C) 2007-2016 Legifrance Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

Article 1351 L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

<sup>3</sup>. Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, N° de pourvoi : 05-13.255, Publié au bulletin, Bull. 2006, Ass. plén, n 9, p. 23: «Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage».

مدنی فرانسه (ق.م.ف) مصوب ۱۸۰۴ فرانسه<sup>۱</sup> اقتباس شده‌اند که در اصلاحات سال ۲۰۱۶ ماده‌ی ۱۱۴۷ به مواد ۱۲۱۷، ۱-۱۲۳۱ و ماده‌ی ۱۱۴۸ به مواد ۱۲۱۸ و ۱۳۵۱ تغییر یافته‌اند<sup>۲</sup>.

رویه‌ی قضایی فرانسه در این موارد با تکیه بر اصل قابلیت استناد قرارداد در رابطه با اشخاص ثالث چنین مقرر کرده است که اشخاص ثالث می-توانند به عدم اجرای قرارداد استناد کرده و تقصیر مزبور برای آنها، تقصیر غیرقراردادی است<sup>۳</sup>.

### ۳ تاثیر نوع تعهد قراردادی (تعهد به وسیله و تعهد به-نتیجه) بر مسئولیت قهری

بر پایه ایده‌ی نسبت تقصیر قراردادی، آنچه در روابط قراردادی طرفین، نقض عهد و تقصیر محسوب می‌گردد ممکن است در ارتباط با ثالث نیز

<sup>1</sup>. **Art. 1147** Créé par: Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Le débiteur est condamné, s'il y lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

**Art. 1148** Créé par : Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

<sup>2</sup>. Article 1217 La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : -refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; -poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; -solliciter une réduction du prix ; -provoquer la résolution du contrat ; -demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

Article 1231-1 Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.



در حقوق ایران در رابطه با شرطیت تقصیر در مسئولیت قراردادی به طور کلی دو نظر وجود دارد:

۱- عده‌ای بر این باورند که در مسئولیت قراردادی، تقصیر شرط نیست (مسئولیت مطلق) و در توجیه آن آورده‌اند: «با توجه به اینکه قانون مدنی در مبحث مسئولیت قراردادی از تقصیر متعهد سخنی به میان نیاورده و در مقابل موارد معافیت متعهد را برشمرده، بنابراین در حقوق ایران، تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی شرط نیست» (عدل، ۱۳۸۵: ۱۳۴). این نظر از این جهت قابل نقد است که هرچند در قانون مدنی در مقررات مربوط به مسئولیت قراردادی بحثی از تقصیر نشده، اما به عهدشکنی اشاره شده است که می‌توان عمل قابل سرزنش را از آن استنباط نمود. حال آنکه در مسئولیت مطلق، تقصیر و خطا شرط نیست. در حقوق انگلیس نیز این نظر پذیرفته شده است و حتی اثبات بی‌تقصیری متعهد جهت رهایی وی از مسئولیت کفایت نمی‌کند (Treitel, 2003: 337). همچنان که در فرانسه اثبات فقدان تقصیر کفایت نمی‌کند و برای رهایی از مسئولیت لازم است متعهد، فورس ماژور را به اثبات رساند (Benabant, 2016: 300).

۲- عده‌ای دیگر قائل به شرطیت تقصیر در مسئولیت قراردادی هستند که در این خصوص، دو نظر ارائه شده است:

نظر اول اینکه نقض عهد به عبارتی صرف عدم انجام تعهد، تقصیر است خواه عدم انجام از روی عمد باشد خواه با اهمال و مسامحه. در نتیجه زیان‌دیده (متعهدله) نیازی به اثبات تقصیر ندارد، اما فاعل فعل زیان‌بار (متعهد) برای رهایی از مسئولیت باید علت خارجی را به اثبات برساند (یزدانیان،

تقصیر متعهد شرط نیست و صرف اثبات اجرا نشدن برای مسئولیت کافی است<sup>۱</sup>. از این نوع مسئولیت به مسئولیت محض یا مطلق<sup>۲</sup> تعبیر می‌شود که در مقابل مسئولیت ناشی از اهمال و سهل‌انگاری<sup>۳</sup> قرار دارد. بنابراین طبق این نوع از مسئولیت، اثبات حسن نیت و عدم ارتکاب تقصیر، شخص را از مسئولیت مبری نمی‌کند. چنانکه در مورد تعمیرکار، پیمانکار ساختمان و تولیدکنندگان کالا نیز به همین شیوه رفتار می‌شود. البته طبق قانون تهیه‌ی کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲، شخصی که در جریان یک عمل تجاری، خدماتی ارائه می‌کند به طور ضمنی متعهد است مراقبت معقول و در حد متعارف را اعمال نماید. از این مقرر، نویسندگان حقوقی انگلیس، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را استنباط کرده‌اند. نتیجه اینکه از نظر حقوقدانان انگلیسی اصولاً مسئولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، یک مسئولیت بدون تقصیر به‌شمار می‌رود و صرفاً قوه قاهره، متعهد را از مسئولیت مبری می‌کند<sup>۴</sup> (Treitel, 1984: 75 & 259).

در حقوق فرانسه نیز این ایده‌ی مطرح شده که مسئولیت قراردادی، مسئولیتی مطلق است و نیازمند اثبات تقصیر نمی‌باشد (Du Chambon, 28: 2014). این در حالی است که علی‌رغم ظهور تئوری‌های متعدد در حقوق فرانسه هنوز تئوری تقصیر به عنوان تئوری بنیادین نقشی در حد قانون اساسی دارد (Jourdain, 2011: 4). با وجود این، حق به جانب اندیشمندانی است که در مسئولیت مدنی قراردادی معتقد به لزوم تقصیر هستند هر چند احراز تقصیر در قراردادها تابع حکم واحدی نیست و حسب نوع تعهد یعنی تعهد به نتیجه یا وسیله متمایز است (Carbillac, 2016: 141).

به بیماری تیفوئید مبتلا شد، چنین استدلال شد که فروشنده، قرارداد را نقض کرده است، هرچند که تمام احتیاط‌های لازم را برای اطمینان پیدا کردن از سالم بودن شیر، به‌کار بسته است و به این ترتیب فروشنده محکوم گردید.

<sup>۱</sup> مسئولیت خریدار به پرداخت ثمن و فروشنده به تحویل مبیع در صورت نقض تعهد، محض است (Peel, 2015: 1511).

<sup>۲</sup> Strict Liability

<sup>۳</sup> Tort of negligence

<sup>۴</sup> به عنوان نمونه در پرونده Forst v. Aylesbury co. Ltd. که خریدار شیر آلوده به میکروب تیفوئید در اثر نوشیدن آن

## ۳،۲ تاثیر نوع تعهد قراردادی بر احراز فعل زیان‌بار

در حقوق انگلیس در مواردی که موضوع قرارداد، تامین کالا باشد، تعهد تامین‌کننده به تامین کالا، تعهد به نتیجه است (Peel, 2015: 1513). با تصویب قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب سال ۱۹۸۷، مسئولیت تولیدکننده بر مبنای مسئولیت محض قرار گرفت. مطابق این مبنا صرف وجود رابطه‌ی سببیت میان عیب کالا و ضرر برای تحقق مسئولیت کافی است و وجود رابطه‌ی قراردادی میان خواهان و خوانده و یا اثبات بی‌احتیاطی خوانده لازم نمی‌باشد.

در مواردی که قرارداد صرفاً برای ارائه خدمات باشد، مسئولیت اغلب مبتنی بر تقصیر است. تعهد شرکت‌های خدماتی یا تعمیراتی، تعهد به وسیله است و فقط وظایف مراقبتی را اعمال خواهند کرد. بنابراین قاعده کلی این است که قراردادهایی که بر اساس آن خدمات توسط افراد حرفه‌ای (مانند وکیل، معمار، حسابدار یا پزشک) ارائه می‌شود، فقط وظایف مراقبتی را بر آنها تحمیل می‌کند. گاهی شخصی که خدمات را ارائه می‌کند، به وضوح حصول نتیجه را تضمین نمی‌کند. این امر به ویژه در مورد وکیلی که برای طرح دعوی اقدام می‌کند واضح است، زیرا یکی از طرفین به طور اجتناب‌ناپذیر باید ضرر کند. همچنین است در مورد پزشک زیرا فردی که درمان پزشکی را ارائه می‌دهد معمولاً تضمین‌کننده موفقیت در آن نیست. تمام کاری که این افراد متعهد می‌شوند انجام خدمات وعده داده شده با دقت و مهارت متعارف است. همین امر در مورد معمار نیز صدق می‌کند تا جایی که او نظارت بر کار دیگران یا تامین مصالح توسط آنها را بر عهده می‌گیرد. در انجام این وظیفه نمی‌توان از او انتظار داشت که عملی بیشتر از مراقبت و مهارت حرفه‌ای متعارف، انجام دهد. اما در جایی که یک معمار نه در مورد نظارت، بلکه در مورد طراحی، مرتکب خطا

(۱۳۹۵: ۱۲۴ و ۱۲۶). به عقیده این عده از حقوقدانان: «تقصیر قراردادی همان عهدشکنی است و در حقیقت این دو مفهوم با همدیگر خلط شده‌اند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۶۰) و در توجیه آن آورده‌اند: «در قواعد مربوط به مسئولیت قراردادی نامی از تقصیر به معنای مرسوم خود برده نشده و همه جا سخن از نقض عهد است. به اضافه، اثبات بی‌تقصیری متعهد، آثار عهدشکنی را از بین نمی‌برد. او باید ثابت کند که حادثه خارجی و احترازناپذیر مانع از وفای به عهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.)» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۶۵). بنابراین باید پذیرفت که عدم اجرای تعهد در نظر قانونگذار، خود، تقصیر است مشروط بر اینکه منسوب به متعهد باشد.

نظر دوم اینکه نقض عهد، تقصیر نمی‌باشد و فقط اماره بر تقصیر است. زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر ندارد اما فاعل فعل زیان‌بار برای رهایی از مسئولیت باید خلاف این اماره یعنی بی‌تقصیری را با اثبات انجام امور متعارف ثابت نماید (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۱۲۴ و ۱۲۶).

در حقوق ایران ظاهر مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م. مخالف نظر اخیر است. زیرا اگر نقض عهد، اماره تقصیر به‌شمار رود، نباید اماره‌ای خلاف‌ناپذیر باشد، بلکه باید اثبات خلاف آن یعنی اثبات بی‌تقصیری یا اثبات عدم ارتکاب تقصیر ممکن باشد (طبق ماده‌ی ۱۳۱۲ ق.م.) ولی ظاهر این مواد حاکی از این است که اثبات بی‌تقصیری سودی ندارد مگر علت خارجی ثابت شود (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۱۲۴ و ۱۲۶؛ Colin, 1935: 183). پذیرش این نظر از آن جهت است که چنانچه معیار احراز تقصیر، عدم رفتار به مانند یک انسان متعارف باشد هر انسان متعارفی که پیمان می‌بندد به مفاد آن ملتزم است. لذا عهدشکنی و تخلف از قرارداد، خود تقصیر محسوب می‌شود. در حقوق فرانسه نیز همین تفسیر ارائه شده و عدم انجام تعهد خود تقصیر است نه اماره بر تقصیر (Jourdain, 2011: 16).



از نوع وسیله دانسته‌اند، دو فرض طرح گردیده است:

اگر تعهد قراردادی، تعهد به نتیجه باشد، مسئولیت محض حرفه‌ای در برابر ثالث به معنای تضمین نتیجه نیست که هر عدم دسترسی به نتیجه‌ای، ایجاد مسئولیت کند. در این مورد اثبات عیب خدمت مستلزم شناسایی موضوع قرارداد حرفه‌ای با طرف قرارداد و تعیین خدمت تعهد شده توسط حرفه‌ای است. نقض این تعهد برابر با عیب خدمت است که در عین حال که تقصیر قراردادی محسوب می‌شود به دلیل عیب خدمت می‌تواند از موجبات مسئولیت قهری نیز باشد که ثالث در فرض متحمل شدن زیان، امکان استناد به آن را بدون نیاز به اثبات تقصیر مدنی جهت مطالبه خسارت پیدا می‌کند.<sup>۲</sup>

اگر تعهد قراردادی، تعهد به وسیله باشد، اثبات عیب خدمت مستلزم تجاوز حرفه‌ای از رفتار یک هم حرفه‌ای متعارف است. با توجه به اینکه وفق ماده‌ی ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، نقض تعهدات قانونی و عرفی نیز عیب خدمت است چون این تعهدات جزئی از همان تعهدات قراردادی بوده، در این فرض، نقض تعهد، هم به معنای عیب خدمت و هم تقصیر قراردادی است و وجه تمایزی بین آنها وجود ندارد. لذا مسئولیت حرفه‌ای در تعهد به وسیله با مسئولیت مبتنی بر تقصیر همخوانی دارد (بادینی و صرفی، ۱۳۹۷: ۳۹ و ۴۳). در فرانسه

می‌شود، موقعیت متفاوت است<sup>۱</sup> (Peel, 2015: 1514).

در اینجا به وضوح نسبیت تقصیر قراردادی مشهود است. به عنوان مثال رابطه بیمار و پزشک اصولاً نوعی رابطه قراردادی تلقی می‌شود که تعهدات قراردادی فراوانی ممکن است برای طرفین به ویژه برای پزشک به همراه داشته باشد. در این موارد با تقصیر پزشک و وارد شدن خسارت به بیمار، خود بیمار و یا خویشاوندان وی می‌توانند مطالبه خسارت وارد شده بر بیمار را کنند و این نوع مسئولیت تابع مقررات مسئولیت مدنی قراردادی است. اما در مواردی خویشاوندان، خسارت وارد شده بر بیمار را مطالبه نمی‌کنند بلکه خواهان جبران خسارتی هستند که بر خود آنها وارد شده است. مانند موردی که بر اثر تقصیر پزشک، پدری فوت کند و خویشاوندان، جبران خسارتی را مطالبه کنند که بر اثر فراق به ایشان وارد شده و در این راه به تقصیر پزشک استناد می‌کنند. به تعبیری زیان دیده به تقصیر ارتکاب یافته در قرارداد دیگران استناد می‌کند.

همان گونه که گفته شد در حقوق ایران بعضی از تعهدات قراردادی از نوع تعهد به نتیجه و برخی از نوع تعهد به وسیله است. همچنان که در فرانسه چنین تفکیکی بین تعهدات وجود دارد (Le Tourneau, 1998: 448). با لحاظ اینکه در مورد موضوع خدماتی، تعهدات حرفه‌ای در برابر عموم را

<sup>۱</sup> عجیب است که ایجاد این مسئولیت به وجود تعهد دیگری (یعنی به تامین مواد) بستگی داشته باشد که در رابطه با آنها تخلفی نبوده است (Peel, 2015: 1541).

<sup>۲</sup> برای مثال شخصی برای تعمیر بخاری، قراردادی با تعمیرکار منعقد می‌نماید اما تعمیر به صورت ناقص صورت می‌گیرد و در نتیجه، بخاری منفجر می‌گردد و به زن نطفه‌چی (شخص ثالث) که به خانه شخص آمده بود زیان وارد می‌شود یا سوزن‌بانی که وظیفه خود را مبنی بر تغییر سوزن انجام نمی‌دهد و بر اثر آن، قطار تصادف نموده و به اشخاص ثالث زیان وارد می‌شود.

<sup>۱</sup> از این دیدگاه حمایت قابل توجهی وجود دارد که معمار با طراحی یک سازه، «ضمانت مطلق» می‌دهد که برای مشتری خود مناسب است. بر این اساس، شخصی که در یک حرفه یا تجارت متعهد به طراحی و عرضه کالایی می‌شود، در قبال نقص آن کالا به طور کامل مسئول شناخته شده است. در واقع، برخی آرا حاکی از آن است که مسئولیت فقط در مواردی محض است که قرارداد، حاوی یک عنصر «تامین» و همچنین «خدمات» باشد. اما این محدودیت در وقوع مسئولیت محض ممکن است مورد تردید قرار گیرد. در برخی از نظریات مرتبط، هیچ نقصی در اجزاء یا مواد اولیه ادعا نشده است و در صورتی که خواننده به تنهایی مسئول نقص در خدمات باشد،

اشاره‌ای به قصد و عمل ارادی نیست و صرف عمل خلاف احتیاط و رفتار انسان متعارف حتی اگر ناشی از سهل‌انگاری و بی‌توجهی باشد، تقصیر محسوب شده است (بابایی، ۱۳۸۱: ۶۲؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱۶۴ و ۱۶۸) و ماده ۳۲۸ ق.م در ضمان نسبت به از بین بردن عین و منفعت نیز فرقی میان عمد و غیرعمد قائل نگردیده است. اگرچه قانونگذار به صورت حصری این افعال را احصا ننموده اما ملاک احراز تقصیر، تجاوز از تکالیف یا تعهد است و این تکلیف و تعهد گاهی به وسیله قانون یا قرارداد تعیین می‌گردد و گاه با ارجاع به انسان متعارف و محتاط. لذا لزومی به عمدی بودن تقصیر نیست اما قصد نتیجه و فعل (اضرار عمدی) و نقض مقررات و ارتکاب تخلف، خود تقصیر است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۹۳).

فایده‌ی این تقسیم در حقوق انگلیس، آن است که قبج عمل شخصی که به صورت عمدی به دیگری زیان می‌زند این اقتضا را دارد تا میزان مسئولیت او با شخصی که صرفاً مرتکب تقصیر جزئی می‌شود متفاوت باشد. زیان‌زننده عمد مکلف است کلیه ضررهای حاصل از عمل خود را حتی اگر ضرر صرفاً اقتصادی باشد جبران نماید. بر همین اساس یکی از استثنائات اصل قابل جبران بودن ضرر اقتصادی در حقوق انگلیس، تحمیل عامدانه ضرر اقتصادی است. نمود دیگری از این منطبق در شرط قابل پیش‌بینی بودن ضرر وجود دارد. در حقوق انگلیس قابل پیش‌بینی بودن ضرر یکی از شرایط ضرر قابل جبران است. اما با این وجود، زیان‌زننده عمد، مسئول جبران خسارات غیرقابل پیش‌بینی ناشی از عمل خود نیز می‌باشد. در حقوق فرانسه نیز در موارد عمد، ضرورت قابلیت پیش‌بینی منتفی است و این امر نه تنها در دکتترین (Carbillac, 2016: 148) بلکه در ماده‌ی ۱-۱۲۳۱ ق.م.ف نیز مورد تصریح قرار گرفته است.<sup>۱</sup> همچنین شرط عدم مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر عمدی موثر نیست. این مهم

نیز اثبات تقصیر در تعهدات به وسیله لازم است (Du Chambon, 2014: 47).

بنابراین نوع تعهدات قراردادی علاوه بر روابط طرفین قرارداد، می‌تواند بر تکلیف ثالث در اثبات عنصر فعل زیان‌بار از طریق سهولت در اثبات تخلف موثر باشد.

## ۴ تاثیر عنصر روانی زیان‌زننده بر مسئولیت

یکی از موضوعات قابل طرح در ایده نسبت تقصیر، تاثیر نقض عمدی و غیرعمدی تعهد قراردادی در توصیف تقصیر نسبت به ثالث است که آیا در صورت نقض عمدی قرارداد، این تقصیر نسبت به ثالث نیز عمدی محسوب می‌شود یا خیر؟

در حقوق انگلیس، ظهور مسئولیت بدون تقصیر در قالب مسئولیت محض، در مفهوم خطای مدنی نیز تحولاتی ایجاد نمود. در تعریف کنونی از مفهوم خطای مدنی نزد حقوقدانان معاصر کامن‌لا، خطای مدنی را نقض تکلیفی می‌دانند که اثر و پیامد آن، تجاوز به یکی از حقوق مورد احترام افراد باشد و در واقع هم نقض تکلیف و هم نقض حق، در تعریف نهایی از مفهوم خطای مدنی در کامن‌لا مشاهده می‌شود. ظهور مسئولیت محض در قرن بیستم موجب افزایش کثرت در مبانی مسئولیت مدنی در کامن‌لا گردید. تا پیش از آن، مسئولیت مدنی یا بر مبنای خطاهای عمدی بود یا مبتنی بر بی‌احتیاطی. ولی نظریه مسئولیت محض بر پایه نفی عنصر روانی (عمد یا بی‌احتیاطی) پدیدار گشت (Birks, 2000: 31).

در حقوق ایران در مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م، تخلف از رفتار متعارف و یا مأذون (قانونی یا قراردادی) که به صورت فعل (تعدي) و یا ترک فعل (تفریط) صورت می‌گیرد به عنوان تقصیر معرفی شده و در آن،

ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

<sup>1</sup>- Article 1231-3 Dernière modification du texte le 09 octobre 2016 - Document généré le 28 octobre 2016 - Copyright (C) 2007-2016 Legifrance Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui



## ۵ امکان استناد ثالث به تقصیر قراردادی در دعوی مسئولیت مدنی

همانطور که گذشت اگر ثالث بخواهد با توسل به قواعد عمومی مسئولیت قهری و بدون لحاظ قرارداد، علیه فاعل زیان، طرح دعوا کند، باید تقصیر فاعل را طبق قواعد عام، به اثبات رساند. اما اگر بتواند به نقض تعهد قراردادی استناد کند، این ثمره را دارد که اگر تعهد مندرج در قرارداد، تعهد به نتیجه باشد، صرف عدم انجام تعهد، می‌تواند تقصیر باشد و نیازی نیست برای احراز فعل زیان‌بار، رفتار خلاف سلوک انسان متعارف به اثبات رسد. بر این اساس رویکرد حقوق کشورهای موضوع تطبیق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۵/۱ رویکرد حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس با انعقاد برخی از قراردادها ممکن است به لحاظ نوع رابطه‌ای که ایجاد می‌شود برای یکی از طرفین قرارداد، وظیفه مراقبت نسبت به اشخاص ثالث به وجود آید. نقض این وظیفه به شخص ثالث این امکان را می‌دهد که طرف قرارداد را به جهت بی‌احتیاطی تحت تعقیب قرار دهد. در شماری از آرا، مشاوران حرفه‌ای به علت بی‌احتیاطی در اجرای قرارداد در مقابل کسانی غیر از مراجعان بی‌واسطه خود، از باب مسئولیت مدنی مسئول شناخته شده‌اند و در مواردی این امکان به ثالث داده شده است تا به عدم مراقبت شخص حرفه‌ای در انجام تعهدات قراردادی استناد کند و خسارت وارده به خود را مطالبه نماید.

در این نظام حقوقی هر بی‌احتیاطی موجب مسئولیت مدنی نیست. اثبات مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی مستلزم احراز سه شرط است: وجود تکلیف احتیاط و مراقبت، نقض تکلیف مراقبت و

نشان‌دهنده‌ی نقش عمد در تعیین قلمرو مسئولیت است. اصولاً با بالاتر رفتن درجات تقصیر<sup>۱</sup>، تمایل به توسعه قلمرو خسارت قابل جبران نیز بالاتر می‌رود (Bussani, 2003 : 9).

در حقوق ایران نیز از تبصره‌ی ماده‌ی ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، بند ۲ ماده‌ی ۴ قانون مسئولیت مدنی و ماده‌ی ۶۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری تأثیر عمد در قلمرو خسارت قابل جبران قابل ملاحظه است. چراکه از جمله اهداف مسئولیت مدنی، بازدارندگی از ایراد خسارت به دیگران و رعایت نُرْم‌های رفتاری و احترام نهادن به حقوق، تمامیت جسمانی و اموال دیگران است.

از آنجاکه قابلیت انتساب روانی در نظام حقوقی ایران و انگلیس، عنصر تقصیر محسوب نمی‌شود و صرف‌نظر از شرایط جسمی و روحی خطاکار، باید رفتار وی با رفتار انسان متعارفی که معیار تمیز خطاست، قیاس شود، در پاسخ به این سوال که آیا نقض عمدی قرارداد در برابر متعهدله می‌تواند به نوعی تقصیر عمدی در برابر ثالث نیز به حساب آید یا نه، می‌توان گفت در عمد، فاعل نه تنها اراده بر فعل دارد بلکه تحقق نتیجه را نیز اراده کرده است. متعهد با اراده خواستار این بوده تا نتیجه زیان‌بار برای متعهدله محقق شود. از آنجاکه پیش‌بینی زیان- دیده از شرایط مسولیت مدنی نیست، به نظر می‌رسد فعل زیان‌بار عمدی می‌تواند در مورد ثالث هم عمد به حساب آید. البته منوط به این که عرفاً بتوان بین نقض عهد عمدی و ورود خسارت به ثالث رابطه‌ی سببیت احراز نمود.

<sup>۱</sup> جهت مطالعه در مورد درجات تقصیر مراجعه شود به:

(صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹: ۱؛ بادینی، عرب اسدی و غفاری، ۱۴۰۲: ۱۷۲).



;Harpwood, 2009: (Bermingham, 2014:16)  
112).

در حقوق انگلیس به‌رغم تلاش برای ارائه‌ی ملاک کلی و معین، در عمل دادگاه‌ها در ترسیم وظایف مراقبت در برابر ضرر ناشی از سهل‌انگاری، محتاط بوده و بیشتر متمایل به اتخاذ رویکرد بررسی هر پرونده به‌صورت موردی هستند (Peel, 2020: 907; Burrows, 2016: 249. Gergen, 2006: 749).

در حقوق انگلیس با تصویب قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب سال ۱۹۸۷ که از اول مارس ۱۹۸۸ اجرا شد، همسو با دستورالعمل اتحادیه اروپا مصوب سال ۱۹۸۵، بسیاری از قواعد سنتی به‌جهت عدم سازگاری با نیازهای جامعه و عدالت، تغییر پیدا کرد و پاره‌ای از قواعد قراردادی از حوزه مسئولیت قراردادی خارج شد و در عرصه مسئولیت مدنی غیرقراردادی مطرح شد. در مورد امکان استناد ثالث به تقصیر قراردادی، در نظام عرضه‌ی کالا به جامعه-ی مصرف‌کنندگان، مسئولیت محض عرضه‌کنندگان کالا به عرضه‌کالای سالم از رابطه قراردادی فراتر رفته و به مسئولیت در برابر اشخاص ثالث تصریح شده است. (Hodges, 1993: 677) بنابراین اگر در نتیجه عیب کالا، خسارتی به ثالث وارد شود، وی با اثبات عیب کالا، امکان مطالبه خسارت را دارد و نیازی به اثبات تقصیر نمی‌باشد (Stephenson, 2000: 393).<sup>۳</sup> در این مورد نیز به نوعی گستره نسبی تقصیر قراردادی قابل مشاهده است.

ذکر این نکته مهم است که حتی در مواردی که مسئولیت مدنی موجب جبران می‌شود، همیشه ناشی از عواقب یک فعل یا ترک فعل ناشی از سهل‌انگاری است و نه صرف عدم انجام. (ترک فعل محض) امتناع ساده از اجرای قرارداد هرگز موجب

ورود ضرر (Van Boom, 2004: 11). مجموع دو عنصر اول و دوم را می‌توان در مقایسه نظام حقوقی ایران و فرانسه، تقصیر نامید.

برای آنکه روشن شود خواننده، این وظیفه را نقض کرده یا خیر، از یک‌سو به عنوان یک مساله حکمی و قانونی باید معلوم شود فردی در موقعیت و اوضاع و احوال خواننده، چگونه می‌بایست رفتار کند و چه انتظاری از او می‌رفته و از سوی دیگر به-عنوان مساله موضوعی بررسی شود که آیا عملکرد خواننده برخلاف انتظار بوده یا خیر<sup>۱</sup> (Harpwood, 2009: 129). در واقع یک قاعده یا حکم کلی و واحد که مؤید اصل تقصیر باشد وجود ندارد و از بررسی موردی خطاهای مدنی و قوانین مختلف می‌توان به‌وجود اصل مذکور پی برد. (Wacks, 2015: 47) در این راستا از جمع بعضی از آرای قضات انگلیس<sup>۲</sup> چنین برمی‌آید که خواهان برای احراز وجود تکلیف احتیاط و مراقبت باید سه شرط قابل پیش‌بینی بودن ضرر، رابطه سببیت نزدیک، منصفانه و متعارف بودن تحمیل تکلیف مراقبت بر خواننده را اثبات نماید (Deakin & Markesinis, 2019: 83). تصمیم‌گیری پیرامون وجود یا عدم وجود تکلیف مراقبت، وابسته به سیاست‌گذاری نظام حقوقی است. یکی از قضات در پرونده هدلی برن، بیان نمود: «میزان گستردگی قلمروی تکلیف مراقبت در بی‌احتیاطی، اساساً می‌بایست براساس ارزیابی دادگاه از مقتضیات اجتماعی برای جلوگیری از بی-دقتی دیگران تعیین شود». به‌عبارتی شرایط اخیرالذکر، مفاهیمی انعطاف‌پذیر، مبهم و تا حدی عاری از صراحت هستند که به‌عنوان ابزاری راهگشا برای دادگاه‌ها، جهت اعمال نتایجی مورد استفاده قرار می‌گیرند که از نظر آنها صحیح است و از طرح دعاوی بی‌شمار جلوگیری می‌نماید

به یکی از اعضای خانواده زیان برسد. مطابق قانون بیع مصوب ۱۸۹۳ و حتی قانون مصوب ۱۹۷۹، تنها طرف قرارداد می‌تواند طبق تعهد ایمنی فروشنده به وی مراجعه کرده و مطالبه خسارت کند اما طرف زیان‌دیده برای مطالبه خسارت باید از طریق مسئولیت غیرقراردادی مطالبه خسارت کند.

<sup>۱</sup> معیار مقایسه رفتار خواننده و انتظار از نحوه رفتار و عملکرد او در حقوق انگلیس، همانند نظام حقوقی ایران و نظام فعلی فرانسه، انسان معقول و متعارف است.

<sup>۲</sup> Hedley Byrne v Heller and Partners (1964)

<sup>۳</sup> به‌عنوان مثال ممکن است در یک کالایی که توسط یکی از اعضای خانواده خریداری شده به خود خریدار زیان نرسد ولی



طرح است. در این نهاد حقوقی متعهد یک قرارداد، اجرای تعهدات قراردادی خود را با قرارداد یا بدون قرارداد به شخص ثالثی واگذار می‌کند و شخص ثالث با عدم اجرای تعهدات سبب خسارت متعهدله قرارداد اول می‌گردد. در این مورد متعهدله قرارداد می‌تواند به متعهدله خود مراجعه کرده و مطالبه خسارت نماید. در این صورت اگر بین متعهد و ثالث قرارداد نباشد متعهدله در واقع به عدم اجرای قرارداد توسط متعهدله استناد کرده و بدون نیاز به اثبات تقصیر مطالبه خسارت می‌نماید. اگر هم ثالث با فعل زیان بار خود سبب ورود خسارت شده باشد در مقابل متعهدله، مسئولیت مدنی غیرقراردادی دارد. اما اگر متعهد بر مبنای قرارداد بین خود و ثالث اجرای تعهدات را به وی سپرده باشد، عدم اجرا توسط ثالث نوعی تقصیر قراردادی است که متعهدله قرارداد اول می‌تواند به آن استناد نماید (Saint & Jean, 2013: 48). در حقوق ایران نیز همین نظر قالب پذیرش است و ماده‌ی ۳۸۸ قانون تجارت (ق.ت) با این ایده قابل توجیه است. ماده‌ی ۳۸۸ ق.ت مقرر می‌دارد: «متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل واقع شده اعم از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل‌کننده دیگری را مأمور کرده باشد بدیهی است که در صورت اخیر حق رجوع او به متصدی حمل و نقلی که از جانب او مأمور شده محفوظ است». نکته دیگر این‌که در مورد امکان استناد ثالث به تقصیر قراردادی در حقوق فرانسه نظر مساعدی وجود دارد (Jourdain, 2001:893). چنانچه به نظر دکتترین، ثالث امکان استناد به نقض قرارداد را دارد و متعهد می‌تواند در برابر ثالث محکوم به جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی شود.<sup>۲</sup> (Malaurie et al., 2016: 322).

جبران خسارت شخص ثالث از طریق مسئولیت مدنی نمی‌شود (Stone, 2017: 149). هدف مسئولیت مدنی این نمی‌باشد که برخلاف قرارداد، خسارتی پرداخت شود زیرا در آن صورت امکان استفاده از مسئولیت مدنی به‌عنوان راهی برای دور زدن نسبیّت قرارداد، بسیار گسترش می‌یافت (Stone, 2017: 148).

در نتیجه در جایی که موضوع قرارداد با سهل‌انگاری انجام شده و موجب ضرر شخص ثالث می‌شود، شخص ثالث با رعایت شرایطی که ذکر شد می‌تواند به دلیل سهل‌انگاری اقامه دعوا کند به ویژه در مواردی که عملکرد سهل‌انگارانه باعث آسیب فیزیکی به ثالث یا دارایی او شده باشد. به‌عنوان مثال، با فرض وجود یک رابطه قراردادی بین «ج» و شرکت «الف» در رابطه با کالا، شرکت «الف» و شرکت «ب» قراردادی منعقد می‌کنند که براساس آن شرکت «ب» تعهد قراردادی پیدا می‌کند کالاهای متعلق به «ج» را به محل وی حمل کند. شرکت «ب» کالا را با سهل‌انگاری بارگیری می‌کند و کالا در حمل و نقل آسیب می‌بیند. در این شرایط، «ج» به‌راحتی می‌تواند علیه شرکت «الف» به دلیل نقض قرارداد طرح دعوا کند و شرکت «الف» نیز می‌تواند به شرکت «ب» مراجعه کند. اما اینکه آیا «ج» می‌تواند مستقیماً علیه شرکت «ب» طرح دعوا کند، پاسخ مثبت به‌نظر می‌رسد، مشروط بر اینکه «ج» در آن زمان در واقع مالک کالا باشد. شرکت «ب» معمولاً در رابطه با کالاها نسبت به «ج» تکلیف به مراقبت دارد. (Stone, 2017:146).

## ۵٫۲ رویکرد حقوق فرانسه

نسبت به مساله‌ای که اخیراً مطرح شد، در حقوق فرانسه این مساله تحت عنوان نهاد جدید «مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از فعل غیر»<sup>۱</sup> قابل

envers l'utilisateur avec lequel il n'a pourtant pas contracté ; le locataire peut engager la responsabilité du constructeur de l'immeuble. Ici encore, ce qu'invoque la victime est une faute ; pour l'établir, il faut tenir compte du contrat et des obligations contractuelles violées ».

<sup>1</sup> La responsabilité contractuelle de fait d'autrui

<sup>2</sup> « Inversement, l'un des contractants peut être condamné envers un tiers à réparer les conséquences de la violation du contrat : le fabricant d'un produit dangereux engage sa responsabilité

### ۵٫۳ رویکرد حقوق ایران

در رابطه با امکان اقامه دعوا توسط ثالث متضرر از نقض تعهد قراردادی علیه متعهد ناقض جهت مطالبه خسارت، برخی معتقدند ثالث به جهت فقدان رابطه قراردادی با ناقض تعهد، امکان رجوع به متعهد و مطالبه خسارت از وی را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۶۳) و برخی دیگر به دلیل اینکه تعهدی به نفع ثالث مقرر نگردیده قائل به عدم امکان رجوع به متعهد هستند (شهیدی، ۱۳۹۸، ۳۰۸). در بررسی نظر اخیر می‌توان گفت چنانچه مقصود نفی مسئولیت قراردادی متعهد در مقابل ثالث باشد می‌توان قائل به پذیرش آن نظر شد، اما اگر مقصود نفی هرگونه مسئولیت متعهد در مقابل ثالث باشد نظر مذکور قابل پذیرش نیست. زیرا اضرار به غیر، براساس مبانی مسئولیت مدنی قابل تعقیب است. در واقع هر شخصی به دیگری زبانی وارد نماید و مجوزی برای ورود زیان نداشته باشد ممکن است حسب مورد براساس قواعد، مسئول قلمداد گردد. در برخی از قوانین نیز به مسئولیت ناقض تعهد در قبال ثالث زیان‌دیده، تصریح گردیده است.<sup>۱</sup>

وظیفه‌ی مراقبت، تاسیس خاص حقوق کامن‌لا است. در حقوق ایران تعهد به مراقبت از لحاظ نظری، مستقلاً مورد واکاوی قرار نگرفته اما در عمل همواره به عنوان یکی از عوامل موثر در شناسایی مهارت حرفه‌ای مورد توجه بوده است (بادینی، عرب اسدی و غفاری، ۱۴۰۲: ۱۷۲).

با توجه به تعریف ارائه‌شده از تقصیر توسط دکترین، می‌توان به این امر قائل بود که تقصیر

موضوع مسئولیت قراردادی واجد مفهومی متفاوت از تقصیر غیرقراردادی نبوده و در هر دو مورد، تقصیر عبارت است از فعل خلاف رفتار انسان متعارف بدون آنکه نیاز به اهلیت و تمیز باشد (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۱۳). به عبارتی یک قاعده‌ی رفتاری از انسانی متعارف، ملاک تقصیر است یعنی انسانی نوعی و انتزاعی. جامعه برای سلوک و رفتار شهروندان قواعدی را به‌طور صریح یا ضمنی تعیین می‌کند که تجاوز از آنها تقصیر به‌شمار می‌آید (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹ الف: ۱۴۸؛ امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۸۹).

مثال شایع، در رابطه با تقصیرهای شغلی و حرفه‌ای است که صاحبان حرف هنگام انجام حرفه خود، عمداً یا سهواً مرتکب می‌شوند. معیار انسان متعارف در مورد صاحبان حرف به جهت وجود دانش و تخصص، قیاس رفتار آنها با رفتار متعارف یک شخص متخصص در آن حرفه است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۹ الف: ۱۵۵؛ ظفری و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۰۵) بنابراین می‌توان گفت تقصیر در این مفهوم در برابر متعهدله خاص قرارداد و اشخاص ثالث مفهومی یکسان می‌یابد و ثالث و متعهدله می‌توانند برای مطالبه خسارت به چنین مفهومی از تقصیر به-نحو یکسانی استناد کنند.

بر این مبنا، اگر موضوع قرارداد، ارائه‌ی خدمت باشد مطابق ماده‌ی ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان<sup>۲</sup>، تعهد حرفه‌ای به تحویل خدمت سالم، محصور به خریدار خدمت نبوده و در مقابل تمام اشخاص ثالث، این تکلیف وجود دارد (هاشمی،

۱. طبق ماده‌ی ۱۵۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، بازرسی یا بازرسان با شرکت قرارداد دارند و در برابر شرکت متعهد هستند. حال اگر بازرسی، تعهدات خود را مبنی بر انجام بازرسی در شرکت انجام نداده یا به خوبی انجام ندهد ممکن است به اشخاص ثالثی که با اعتماد بر گزارش‌های بازرسان با شرکت قرارداد منعقد می‌نمایند زیان وارد گردد. به همین دلیل نیز مقنن مسئولیت بازرسی را در برابر اشخاص ثالث مقرر نموده است.

۲. کلیه‌ی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسوول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه‌شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند.

۱. طبق ماده‌ی ۱۵۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، بازرسی یا بازرسان با شرکت قرارداد دارند و در برابر شرکت متعهد هستند. حال اگر بازرسی، تعهدات خود را مبنی بر انجام بازرسی در شرکت انجام نداده یا به خوبی انجام ندهد ممکن است به اشخاص ثالثی که با اعتماد بر گزارش‌های بازرسان با شرکت قرارداد منعقد می‌نمایند زیان وارد گردد. به همین دلیل نیز مقنن مسئولیت بازرسی را در برابر اشخاص ثالث مقرر نموده است.

طبق قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵، عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در قبال خسارات



در حقوق انگلیس، پذیرش مسئولیت متعهد قراردادی که موضوع قرارداد را با سهل‌انگاری انجام داده در مقابل اشخاص ثالث، منوط به وجود تکلیف مراقبت، نقض تکلیف در نتیجه رفتار غیرمحتاطانه، ضرر و رابطه سببیت بین بی‌احتیاطی خواننده و ضرر وارده گردیده است. با استفاده از نتایج حقوقی به‌دست آمده در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه و در مقام تطبیق، مشخص گردید از یک‌سو وظیفه مراقبت، تاسیس خاص حقوق کامن‌لا است. مجموع دو رکن اول و دوم را می‌توان در مقایسه با نظام حقوقی ایران و فرانسه، تقصیر نامید که معیار مقایسه رفتار خواننده و انتظار از نحوه رفتار و عملکرد او در حقوق انگلیس، همانند نظام حقوقی ایران و نظام فعلی فرانسه، انسان معقول و متعارف است. از سوی دیگر سه رکن اخیر، معادل شرایط مسئولیت در حقوق فرانسه و ایران است.

به نظر می‌رسد تاثیر نوع تعهدات قراردادی نسبت به ثالث از حیث بار اثباتی در دعوای مسئولیت قهری است بدین‌نحو که اگر از نقض تعهد قراردادی زیانی به ثالث وارد شود، ثالث به‌منظور سهولت در احراز فعل زیان‌بار می‌تواند به نوع تعهد قراردادی حسب تعهد به‌وسیله یا به‌نتیجه استناد کند. در این راستا با احراز رابطه سببیت بین نقض عهد و ورود خسارت به ثالث، نقض تعهد عمدی در برابر ثالث نیز می‌تواند عمد محسوب گردد. از آنجا که مطالبه خسارت وارده به ثالث ناشی از نقض تعهد قراردادی همواره محل اختلاف است و در حقوق ایران در بسیاری از موارد قانون، ساکت بوده و رویه قضایی هم کمتر به آن پرداخته است با بهره‌گیری از حقوق تطبیقی می‌توان به ظرفیت پذیرش ایده نسبیت تقصیر قراردادی در حقوق این کشور قائل بود و آن را معقول و منطبق با نیازهای جامعه دانست.

۱۳۸۹: ۷۲) چراکه خدمات حرفه‌ای، امری مستقل از تعهدات قراردادی متعهد نیست و عیب خدمات حرفه‌ای می‌تواند برابر با عدم انجام تعهدات قراردادی است و در صورت تخلف از آن، برای اثبات عیب خدمت، ثالث باید نقض تعهدات قراردادی، قانونی و یا عرفی را اثبات نماید که به این مهم در برخی قوانین تصریح شده است.<sup>۱</sup> چنانچه موضوع قرارداد، تولید و عرضه کالا باشد، در حقوق ایران به‌مانند انگلیس، مسئولیت محض عرضه‌کنندگان و تولیدکنندگان کالا از روابط قراردادی فراتر رفته و به مسئولیت در برابر اشخاص ثالث نیز تسری یافته است. بنابراین با ورود خسارت به ثالث ناشی از عیب کالا، اثبات تقصیر عرضه‌کننده و تولیدکننده در فرآیند تولید نیازی نیست و احراز عیب کالا کفایت می‌کند (بادینی و صرفی، ۱۳۹۷: ۴۰ و ۲۷).

## ۶ نتیجه

خاستگاه طرح نسبیت تقصیر قراردادی، حقوق فرانسه است. در حقوق انگلیس بدون تصریح به این ایده، برخی از آراء، دربردارنده مفاد آن می‌باشد. اصل نسبیت تقصیر از حیث تاثیر نقض تعهد قراردادی بر حقوق اشخاص ثالث ظاهراً اصلی خلاف اصل نسبیت قرارداد است که بر اساس آن، برای ثالث زیان‌دیده، امکان استناد به نقض تعهد قراردادی را فراهم می‌کند بدین‌نحوکه در فرض ورود ضرر به ثالث ناشی از نقض تعهدات قراردادی، ثالث جهت احراز فعل زیان‌بار به عنوان یکی از ارکان مسئولیت مدنی می‌تواند به نقض تعهد قراردادی استناد کند مشروط بر آنکه تعهد مذکور همزمان از تعهدات قانونی و یا عرفی نیز باشد. لذا نقض تعهد قراردادی توسط یکی از طرفین قرارداد می‌تواند به سود ثالث به‌عنوان واقعه‌ی حقوقی و از ارکان مسئولیت قهری تلقی شود و ثالث بتواند بدون نیاز به اثبات تقصیر جداگانه، مطالبه خسارت نماید.

<sup>۱</sup> ماده‌ی ۵۴ قانون تعزیرات، ماده ۶۷ قانون نظام صنفی، ماده‌ی ۹ قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها و ماده‌ی ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو.





## منابع

- Adel, Mustafa, (1995), *Civil Law*, Qazvin: Taha Publications. **[In Persian]**
- Amiri Qaim Maqam, Abdul Majid (2016) *Laws of Obligations*, Tehran: Mizan Publishing. **[In Persian]**
- Babaei, Iraj, (2001), Investigate civil rights element error responsibility in Iran, *Public Law Research Quarterly*, Vol. 4, pp. 49-91. **[In Persian]**
- Badini, Hassan; Arab Asadi, Taha; Ghafari, Amir, (1402), A Critical Appraisal of Effects of Different Levels of Negligence on Liability of Tortfeasors Under Iranian Law: A comparative Study, *Journal of Legal Studies*, Vol.15, pp. 167-200. **[In Persian]**
- Badini, Hassan; Sarfi, Majid, (2017), The Consideration of Possibility of Third Party's invocation To professional Contractual Commitments in the Civil Liability Dispute, *Comparative Law Review*, Vol. 9, pp. 25-46. **[In Persian]**
- Benabant , Alain, (2016) *Droit civil ,Les obligations*, 15.é.éd, Librairie général de droit et de jurisprudence, Montchrestien.
- Bermingham, V., Hodgson, J. & Watson, S. (2014). *Nutshells: Tort*. Sweet & Maxwell.
- Birks, P., (2000), Rights, wrongs, and remedies, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(1), pp. 1-37.
- Burrows, A. (2016). *A restatement of the English Law of Contract*. Oxford University Press.
- Bussani, M., Palmer, V. V., & Parisi, F., (2003), Liability for pure financial loss in Europe: An economic restatement. *Am. J. Comp. L.*, 51, 113.
- Cabrillac, R. (2016). *Droit des obligations*. 12é.éd. Dalloz.
- Colin, A. (1935). *Cours élémentaire de droit civil français* (Vol. 2).8é. éd. Paris. Librairie Dalloz.
- Deakin, S., & Markesinis, B. (2019). *Markesinis and Deakin's tort law*. Oxford University Press.
- Du Chambon, P. M. (2014). *Régime de la réparation : action en réparation. Les modes de preuve*". *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*. Fasc. 223.
- Gergen, M. P., (2006), the ambit of negligence liability for pure economic loss, *Ariz. L. Rev.*, 48, 749.
- Harpwood, V. H. (2009). *Modern Tort Law*. 7<sup>th</sup>ed. Routledge.
- Hashemi, Seyyed Ahmed Ali, (2009), *Domain of civil responsibility*, Tehran. Imam Sadiq University. **[In Persian]**
- Hodges, C. J. (Ed.). (1993). *Product liability: European laws and practice*. Sweet & Maxwell UK.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (2009), *Encyclopaedia of Civil and Business Laws: Laws of Obligations and Contracts*, Tehran: Ganj Danesh. **[In Persian]**
- Jourdain, P. (2001). *Relativité de la faute délictuelle : la complicité d'adultère n'est pas à elle seule une faute à l'égard de l'époux trompé*. *Revue trimestrielle de droit civil*, 893.
- Jourdain, P. (2011). *DROIT À RÉPARATION, Responsabilité fondée sur la faute, Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes*.

- Jourdain, P. (2011). DROIT À RÉPARATION, Responsabilité fondée sur la faute, Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes.
- Juris Classeur Responsabilité civile et Assurances, Fasc 120, 10.
- Katouzian, Nasser, (2014), Civil Law, General Rules of Contracts, Tehran: Publishing Company. **[In Persian]**
- Katouzian, Nasser, (2018), Introductory course of civil law: legal application of contract-performance, Tehran: Publishing Company. **[In Persian]**
- Le Tourneau, P., Cadiet, L. (1998). Droit de la responsabilité. 1é.éd. Dalloz.
- Malaurie, P., Aynès, L., & Stoffel-Munck, P. (2016). Droit civil, Les obligations, 8 é.éd, Editions juridiques associées, Dé-frenois.
- Peel, E. & Treitel, G. H. (2015). The law of contract. London: Sweet & Maxwell.
- Peel, Edwin. (2020). the Law of Contract: 15<sup>th</sup>ed. Sweet & Maxwell.
- [Pellier](#)le(Jean-Denis). (2023). L'identité des fautes contractuelle et délictuelle : la Cour de cassation persiste et signe. Dalloz.
- Qasim-zadeh, Syed Morteza, (2015), Civil law-obligations and civil liability non-contractual, Tehran: Mizan publication. **[In Persian]**
- Safai, Seyyed Hossein; Rahimi, Habibullah, (2018), Civil liability (Non-Contractual Obligations), Tehran: Samit Publications. **[In Persian]**
- Safai, Seyyed Hossein; Rahimi, Habibullah, (2018), Comparative Civil Liability, Tehran: Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research. **[In Persian]**
- Saint-Pau, Jean-Christophe, (2013). DROIT à REPARATION Conditions de la responsabilité contractuelle Fait générateur Inexécution imputable au débiteur, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances.
- Shahidi, Mehdi, (2018), Civil law: effects of contracts and obligations, Tehran: Majd Publications. **[In Persian]**
- Stephenson, G. (2000). Sourcebook on Tort Law 2/e. Cavendish Publishing.
- Stone, R. & Devenney, J. (2017). The modern law of contract. Routledge.
- Treitel, G. H. (1984). An outline of the law of contract.
- Treitel, G. H. (2003). The Law of Contract: 11<sup>th</sup>ed. London. Thomson Sweet & Maxwell.
- Van Boom, W. H. (2004). Pure Economic Loss-A Comparative Perspective.
- Wacks, R. (2015). Law: A very short introduction (Vol. 180). Oxford University Press.
- Yazdanian, Alireza, (2016), Civil law, law of obligations, general rules of civil liability with a comparative study in French law, Tehran: Mizan Publishing. **[In Persian]**
- Yazdanian, Alireza, (2018), Concept and effects of notice for performance (Mise en demeure) in law of obligations with Comparative Study in French Law, Journal of Legal Studies, Vol. 11, pp. 207-242. **[In Persian]**
- Zafari, Majdeh; Shahbazi Nia, Morteza; Abdali, Mehrzad; Sharifi, Seyyed El-hamuddin, (1402), Analysis of Conditionality or Preventiveness of Fault in Iranian and American contractual liability, Journal of Legal Studies, Vol. 15, pp. 201-228. **[In Persian]**

# *Journal of Comparative Law*

**Publisher:** *University of Mazandaran*

**Director-in-Charge:** *Dr. Javad Taghizadeh*

**Editor-in-Chief :** *Dr. Hamid Abhari*

**Internal Manager:** *Dr. Seyyed Hasan Hosseini Moghaddam*

**Executive Director:** *Ehsan Nemati*

## **Editorial Board:**

Dr. Hamid Abhari, Professor University of Mazandaran  
Dr. Mohsen Izanlou, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Abdul Reza Javan Jafari, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad  
Dr. Mehrab Darabpour, Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Abolhasan Shakri, professor University of Mazandaran  
Dr. Ebrahim Shaareyan Sattari, Professor University of Tabriz  
Dr. Bijan Abbasi, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Mohsen Abdulahi, Associate Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Sattar Azizi, professor of Bo ali Sina University  
Dr. Kyomarth Kalantari, professor at University of Mazandaran  
Dr. Homayoun Mafi, Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services  
Dr. Sam Mohammadi, Professor University of Mazandaran  
Dr. Pejman Mohammadi, Professor of Tarbiat Modares University  
Dr. Ali Mashhadi, Associate Professor of Qom University  
Dr. Alireza Yazdani, Associate Professor University of Isfahan

## **Editors:**

- *Dr. Nazila Taghavi* (English) :::: *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

**Frequency:** *Quarterly*

**Print ISSN:** *2423-7566*

**Online ISSN:** *2770-2821*

**Printing and Binding:** *Katibeh Printing Co*

**Address:** *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

**Email:** [pajohesh.l-p@umz.ac.ir](mailto:pajohesh.l-p@umz.ac.ir)

**TeleFax:** *+981135302104*

**Web page:** [www.lps.journals.umz.ac.ir](http://www.lps.journals.umz.ac.ir)

**This journal is following of Committee on Publication Ethics (COPE) and complies with the highest ethical standards in accordance with ethical laws.**





*Journal of Comparative Law*

**Vol. 8 .... No. 1 .... 2024**

**University Of Mazandaran**



Scientific Association of  
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

# COMPARATIVE LAW QUARTERLY

## Articles



**\*A comparative study of the model of legal response to the phenomenon of working children in Iranian and American law**

Seyed Hesam Bordbar; Farhad Allahverdi

**\* A comparative study of the nature of legal relations assumed in the provision of another contract in the laws of Iran and England\***

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi; Atefe Zabihi

**\* Establishing right to Khul' divorce for wife (A comparative study in Islamic jurisprudence, Iran law and some Islamic Jurisdictions)**

Seyyed Mohammad Razavi; Ebrahim Javanmard; Hamid Miri; Sara Alizdeh Ardebili

**\* Challenges to fair access to vaccines and medicines in the TRIPS Agreement with a view to Iranian Law**

Omolbanin Ramzanzadeh

**\* The Role of Neuterization in The Welfare of Urban Animals, Comparative Study of Iran, Europe, Latin America**

Shima Arab Asadi; Nafise Maktabi

**\* Analysis of the ethical bases of playing the role of the victim in civil compensation with a comparative view of English and French law**

Hossain Ghorbani; Bijan Haji Azizi; Mohammad Molodi

**\* Refusal to Adjudication due to the Judge's Recuse Comparative Study in French Law**

Hassan Mohseni

**\* Determination of the enforcement mechanism of Article 75 of the Iranian Constitution, By comparing the implementation of a similar principle in the French legal system**

Elahe Marandi

**\* Comparative Study of Tortfeasor, s Civil Liability to Bystander in the U.S Legal system and Bringing it up in Iranian Legal System**

Abbas Mirshekari; Zahra Takhshid; Mona Abdi

**\* A Reflection on the Concept of Privity of Fault in Contracts with a Comparative Study in English and French law**

Alireza Yazdanian; Noora Ehsangar



Journal of Comparative Law



Volume 8, Issue 1 - Serial Number 13, April 2024

