

الحمد لله  
الرحمن  
الرحيم

## شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

### صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران<sup>۱</sup>

<p><b>سر دبیر:</b> سیدحسین صفایی <b>مدیرمسئول:</b> محمد درویش زاده <b>مدیر داخلی:</b> محمدهادی جواهرکلام <b>مدیر امور دانشنامه‌ای:</b> رقیه فراهانی <b>ویراستار انگلیسی:</b> احمد بیگی حبیب‌آبادی <b>ویراستار فارسی:</b> محمد تمدن</p>	<p><b>اعضای گروه دبیران (هیأت‌تحریریه) براساس مروفه الفبا:</b> ۱. محمد آشوری ۲. گودرز افتخار جهرمی ۳. محمدجواد جاوید ۴. محمد جعفر حبیب‌زاده ۵. سعید حبیبیا ۶. محمد درویش‌زاده ۷. محمد راسخ ۸. حبیب‌اله رحیمی ۹. محمدجواد شریعت‌باقری ۱۰. سیدحسین صفایی ۱۱- علی اصغر عربیان ۱۲. عباس کریمی ۱۳. حمید گوینده ۱۴. محسن محبی ۱۵. سید مصطفی محقق داماد ۱۶. حسین مهرپور ۱۷. علی مهاجری</p>
--	---



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه‌آرایی: نسیم قلی‌زاده

امور هماهنگی: مریم نعیمی، فاطمه ماستری

امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد

ناشر: داد و دانش

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱

نمابر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحیدنظری، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: [info@Lawmagazine.ir](mailto:info@Lawmagazine.ir)

نشانی سایت: [www.Lawmagazine.ir](http://www.Lawmagazine.ir)

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰/۰۰۰ ریال



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری اطلاعات  
پژوهشکده حقوق و قانون ایران  
Iranian Law and Legal Research Institute



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
انجمن علمی آئین دادرسی ایران

این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آیین دادرسی مدنی است.

۱. به‌استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ مورخ ۹۹/۱۰/۲۲ عنوان مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه. به‌شرح فوق تغییر یافت.

## راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلاً در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورد علمی نویسنده یا نویسندگان باشد.
- نویسنده یا نویسندگان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسندگان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسندگان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.

### نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی - پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسندگان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسندگان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداکثر ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوه تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.
- در تیتراژ شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتراژ اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.

- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوّب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/ صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
- مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان‌پذیر است.
- لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردبیر از طریق پست الکترونیکی [info@lawmagazine.ir](mailto:info@lawmagazine.ir) امکان‌پذیر است.

## فهرست مقالات<sup>۱</sup>

- ۷ ..... سرمقاله: از شاخه‌های قدیم تا شاخه‌های عظیم در دانش حقوق  
سیدحسین صفایی، محمد درویش‌زاده
- ۱۵..... نقدی بر ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی و پیشنهاد نظریه مسئولیت منصفانه در مورد صغار و  
مجانین (مطالعه تطبیقی)  
علیرضا آیین
- ۵۴..... معیار ارزیابی «خسارت‌های بدنی»: نظام ارزیابی مقطوع یا موردی؛ مطالعه تطبیقی در  
حقوق اسلام، ایران، فرانسه و انگلستان  
محمدهادی جواهرکلام
- ۹۳..... تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی  
محسن علیجانی، لعیانجنیدی
- ۱۱۹..... واکنش کیفری به قتل عمد در تمدن بین‌النهرین  
حمیدعلیزاده
- ۱۴۵..... نظارت فراگیر بر بازار پول با خرق حجاب شخصیت حقوقی: محدود یا سلب کردن حقوق  
سهامدار مؤثر  
مجید قربانی لاجوانی، زهرا قربانی لاجوان، جمشید قربانی لاجوان
- ۱۷۵..... وضعیت حقوقی انتقال اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی  
ایران، امریکا و اسناد حقوقی بین‌المللی  
محمدجواد معنوی عطار
- ۲۰۷..... ساز و کار «کشف دلیل» در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل  
ناصرعلی منصوریان
- ۲۳۱..... چکیده دانشنامه‌ای نشریه  
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات
- ۲۴۰.....

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسندگان.



## از شاخه‌های قدیم تا شاخه‌های عظیم در دانش حقوق<sup>۱</sup>

سیدمسین صفایی

محمّد درویش‌زاده

سرمقاله:

### یکم: اقدم و اعظم شاخه‌ها در درختواره حقوق امروز

حقوق امروز، درختواره‌ای گسترده است، با شاخه‌های اصلی و فرعی بسیار. در این میان بحث از ریشه‌دارترین، قدیمی‌ترین، با اهمیت‌ترین، با عظمت‌ترین و خلاصه تقدّم هر یک از این شاخه‌ها بر دیگری، طرفداران خود را دارد. تردیدی نیست که از نظر تاریخی حقوق مدنی به طور خاص و حقوق خصوصی به طور عام از اقدم شاخه‌های حقوق است و تقدّم تاریخی بر سایر رشته‌های حقوق دارد. پیدایش قواعد مالکیت در آغازین نقطه‌های شکل‌گیری حقوق، نشانی است بر ریشه دار بودن و قدیمی‌تر بودن این شاخه اصلی و سترگ حقوق در تمامی فرهنگ‌ها و در گستره جغرافیای جهان. پس عنوان قدیمی‌ترین و ریشه‌دارترین شاخه در درختواره حقوق از آن حقوق مدنی به طور خاص و حقوق خصوصی به طور عام است و تردیدی در آن وجود ندارد. با وجود این، سؤال از اهمیت، عظمت و اعظم شاخه‌های حقوق، می‌تواند پاسخی دیگرگونه داشته باشد و این عنوان به شاخه دیگر حقوق اختصاص یابد. به گونه‌ای که می‌توان از خطبه ۲۱۸ نهج البلاغه امیرالمؤمنین (ع) استظهار کرد که شاید حقوق عمومی بالاترین و اعظم شاخه‌های حقوق باشد. زیرا در این خطبه آمده است که «**وَ اعْظَمُ مَا افْتَرَضَ سُبْحَانَهُ مِنْ تِلْكَ الْحُقُوقِ حَقٌّ**

۱. صرفنظر از بحث‌هایی که در دانش یا فن یا هنر بودن حقوق مطرح است و صرفنظر از تداخل و یا تقابل این چهره‌های مختلف از دانش حقوق (نگاه شود به کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۳، صفحه ۳۰۰ به بعد)

الْوَالِي عَلَى الرَّعِيَّةِ وَ حَقُّ الرَّعِيَّةِ عَلَى الْوَالِي، فَرِيضَةٌ فَرَضَهَا اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِكُلِّ عَلَى كُلِّ، فَجَعَلَهَا نِظَامًا لِلْفِتْرَةِ وَ عِزًّا لِدِينِهِمْ...»<sup>۱</sup> به این معنا که «و بزرگترین حق‌ها که خدایش واجب کرده است، حق والی بر رعیت است و حق رعیت بر والی، که خدای سبحان آن را واجب نمود، و حد هر یک را به عهده دیگری واگذار فرمود و آن را موجب برقراری پیوند آنان کرد، و ارجمندی دین ایشان.»<sup>۲</sup> در واقع از این فرمایش گرانبها می‌توان استظهار کرد که عظیم‌ترین حقی که خدا از میان حقوق مختلف واجب کرده، مربوط به حقوق و روابط شهروندان و حاکمیت است. آن هم به عنوان فریضه‌ای که خدای سبحان برای هر یک بر دیگری قرار داده و آن را موجب انتظام و محبت و الفت آنان و عزت و ارجمندی دینشان قرار داده است و این اعظم الحقوق همان حقوق عمومی است. البته استنتاج این برداشت از خطبه موصوف مستلزم مقدمات عدیده است زیرا باید **اولاً**؛ مراد از «اعظم» را معادل بالاترین یا بزرگترین و با اهمیت‌ترین و امثال آن بدانیم و **ثانیاً**؛ منظور از «والی» را با دولت به طور عام و بلکه با قدرت و حاکمیت به طور اعم برابر بدانیم و **ثالثاً**؛ منظور از «رعیت» را ملت و یا حتی شهروندان بدانیم و بدیهی است که اثبات این مقدمات امر ساده‌ای نیست و مستلزم مرور قواعد خوانش از متون کهن است که در علم اصول فقه آمده است و همچنین نیازمند شناسایی دایره شمول معنایی این واژگان و تشخیص روابط جزء وارگی و هم‌معنایی و مترادف و بررسی‌های عمیق تاریخی، ادبی و تحلیلی خصوصاً تحلیل‌های هرمنوتیکی است که از دایره بحث ما خارج است. اما بنا به این فرض که از ظاهر عبارت خطبه ممکن است استنباط شود، می‌توان این احتمال را هم مطرح کرد که شاید آن دسته از فلاسفه حقوق و صاحب نظران اندیشه سیاسی که بر نقش دولت به عنوان نیروی سازنده و شکل دهنده حقوق تأکیدی بیش از حد داشته‌اند و

۱. نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶

۲. نهج البلاغه، ترجمه محمدجعفر شهیدی

قواعد حقوق را بدون پشتیبانی دولت، ناتمام و نامطمئن و نامستقر دانسته اند، نظرشان بر همین معنا از اعظم الحقوق بوده است و تأکیدشان بر آن بوده که قواعد حقوق مالکیت و ثبات و امنیت قراردادهای مستلزم یک پیش نیاز است و آن قاعده مندی و تضمین‌های قبلی در حوزه حقوق عمومی است. آنچه مسلم است اینکه پیوندی وثیق میان «**اقدام الحقوق**» و «**اعظم الحقوق**» وجود دارد که نباید از آن غافل شد. استقرار، طراوت، رشدیافتگی و توسعه اقدام الحقوق در سایه ضعف و تضعیف اعظم الحقوق که حقوق عمومی است، ممکن نخواهد بود. زیرا ارتباطی وثیق میان اقدام الحقوق و اعظم الحقوق (حقوق خصوصی و حقوق عمومی) برقرار است. و بنابراین بسیار مهم است که اعظم الحقوق همانند اقدام الحقوق از عینیت، نظم یافتگی، تبیین و تعریف لازم همانند اقدام الحقوق برخوردار باشد، آیا چنین شده است؟!

### دوم: اهم اسناد عینیت یافته اعظم الحقوق در جمهوری اسلامی ایران

در آستانه چهل و سومین سال تجربه جمهوری اسلامی، این سؤال مطرح است که حقوق عمومی به عنوان اعظم الحقوق چه وضعیتی دارد؟ چقدر رشد یافته؟ در چه اسنادی تبلور و عینیت یافته؟ و اسناد قابل ارائه و منسجم آن کدام است؟ به گمان ما گذشته از اصول قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام و برخی قوانین منسجم و مادر؛ دو سند منسجم، عینیت یافته، جامع و فراگیر در رابطه با اعظم الحقوق در سال‌های اخیر پدید آمده است که می‌توان آنها را دستاورد چهل و چند ساله جمهوری اسلامی برای تبلور و عینیت دهی به حقوق عمومی و اعظم الحقوق دانست. سند اول، منشور حقوق شهروندی است که توسط ریاست محترم جمهور در تاریخ ۲۹ آذر ۱۳۹۵ رونمایی و امضا شد و دوم سند امنیت قضایی است که در مهر ماه ۱۳۹۹ توسط ریاست محترم قوه قضائیه ابلاغ شده است. هر دو سند بر پایه اصول کلی حقوقی و اصول متعدد قانون اساسی تدوین شده و طی آنها روابط شهروندان و دولت به عنوان قدرت عمومی را سازماندهی و حقوق متقابل آنها را تبیین کرده است. نسخه اجرایی و عملی منشور حقوق شهروندی (سند اول) زمانی عینیت پیدا کرد که مفاد آن در قالب مصوبه شورای عالی اداری در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۰۹ به

تصویب رسید و قدرت اجرایی و الزام اداری پیدا کرد. این مصوبه در ۱۹ ماده و X تبصره به تصویب رسید و در چهارچوب ماده ۲۰ آیین نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان، قدرت اجرایی پیدا کرد و حسب مورد از مصادیق بندهای ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان محسوب شده است. در این مصوبه به صورت مشخص ۱۱ مصداق از حقوق شهروندی در نظام اداری مورد شناسایی قرار گرفت و هر یک از این حقوق در بندهای متعدد به صورت مشخص تبیین و توضیح داده شد. عناوین و مصادیق حقوق شهروندی در نظام اداری در ماده ۲ این مصوبه چنین شمارش شد.

۱- حق برخورداری از کرامت انسانی و رفتار محترمانه و اسلامی ۲- حق برخورداری از اعمال بی طرفانه قوانین و مقررات ۳- حق مصون بودن از تبعیض در نظام ها، فرایندها و تصمیمات اداری ۴- حق دسترسی آسان و سریع به خدمات اداری ۵- حق حفظ و رعایت حریم خصوصی همه افراد ۶- حق آگاهی به موقع از تصمیمات و فرایندهای اداری و دسترسی به اطلاعات مورد نیاز ۷- حق اظهار نظر آزاد و ارائه پیشنهاد در مورد تصمیمات و فرایندهای اداری ۸- حق مصون بودن از شروط اجحاف آمیز در توافق ها، معاملات و قراردادهای اداری ۹- حق اشخاص توان خواه در برخورداری کامل و سریع از امتیازات خاص قانونی ۱۰- حق رسیدگی به موقع و منصفانه به شکایات و اعتراضات ۱۱- حق جبران خسارات وارده در اثر قصور و یا تقصیر دستگاههای اجرایی و کارکنان آنها

در این مصوبه هر کدام از مصادیق، طی بندهای مختلف تشریح و تبیین شده است. دومین سند که در همین راستا قابل ارزیابی است، سند امنیت قضایی است که در تاریخ ۱۳۹۹/۰۷/۲۱ به مراجع قانونی ابلاغ شده است. این سند در ۳۷ ماده تهیه شده و در تاریخ ۱۳۹۹/۰۷/۱۶ به تصویب رئیس قوه قضائیه رسیده است. مستند اجرایی این سند، بند (ب) ماده ۱۲۰ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی بوده و به منظور تحقق بندهای ۶۵، ۶۶ و ۶۷ سیاستهای کلی قانون برنامه ششم توسعه به تصویب رسیده است. مجموعه این سند در ۴ بخش کلی گنجانده شده است. بخش اول به هدف و اصول امنیت قضایی اختصاص

دارد. در ماده ۱ این بخشنامه هدف از امنیت قضایی چنین تعریف شده است: «رسیدن به عدالت قضایی... که اثر آن ایجاد اعتماد شهروندان به قانون و نظام قضایی است تا در چارچوب آن، اشخاص از آسودگی خاطر و احساس امنیت در تضمین و احقاق حقوق و آزادی‌های خود برخوردار شوند». در هفت ماده بعدی، اصول امنیت قضایی چنین شمارش شده است.

۱- اصل اعتماد و انتظار مشروع ۲- اصل عطف بما سبق نشدن قوانین و مقررات و قبح عقاب بلایان

۳- اصل قانونی بودن جرم و مجازات ۴- اصل شفافیت ۵- اصل استقلال قضایی و بی طرفی ۶- اصل تمرکز بر امور قضایی ۷- اصل برابری در مقابل قانون

در بخش دوم این سند که شامل مواد ۹ تا ۱۸ شده است، «حقوق عام شهروندی» برای تحقق امنیت قضایی توصیف شده است. عناوین این حقوق نیز عبارتند از:

۱- حق دادخواهی و دسترسی به مراجع قضایی ۲- حق رسیدگی و دادرسی در مهلت معقول ۳- حق رسیدگی علنی ۴- حق بهره مندی از خدمات حقوقی ۵- حق حریم خصوصی ۶- احیای حقوق عامه ۷- قاعده تسلیط یا حق مالکیت مشروع ۸- اصل جبران خسارت ۹- حق مبارزه با فساد ۱۰- حق حمایت دیپلماتیک و کنسولی

در بخش سوم این سند، «حقوق خاص شهروندی در فرایند دادرسی» طی مواد ۱۹ تا ۳۰ توصیف شده است و اهم آنها چنین شمارش شده است.

۱- فرض عدم مسئولیت کیفری ۲- منع مطلق شکنجه و رفتارهای تحقیر آمیز ۳- اصل شخصی بودن جرم و مجازات ۴- اصل منع محاکمه مجدد ۵- حق اعتراض و تجدیدنظر خواهی ۶- منع بازداشت غیرقانونی و خودسرانه ۷- برخورداری از امکانات رفاهی و بهداشتی در طول دادرسی کیفری برای بازداشت‌شدگان ۸- حق دفاع و انتخاب وکیل ۹- حق ویژه زندانیان و محرومان از

آزادی ۱۰- حق اعاده حیثیت و باز اجتماعی شدن محکومان ۱۱- استناد به اصول کلی حقوقی  
۱۲- حقوق خاص دادرسی‌های اداری

بخش چهارم این سند نیز به بیان راهبردهای سند امنیت قضایی اختصاص یافته که به لحاظ اختصار از آن عبور می‌کنیم. به گمان ما مفاد بسیاری از آرمان‌ها و اصول کلی منعکس در قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام به موجب این اسناد، عینیت یافته و تنازل عینی پیدا کرده است و زمینه انعکاس آنها در رویه عملی و روزمره سازمان‌های قضایی و اداری فراهم شده است و به این ترتیب، زیرساختی حقوقی، اجرایی و رویه‌ای برای تحقق اعظم الحقوق حقوق عمومی به موجب این اسناد فراهم شده است.

### سوم: تأکید بر چهره دانشی و شاخه حقوق عمومی این اسناد

از آنجا که در این دو سند مهم، به ذکر عناوین و شمارش مصادیقی از امتیازات و حقوق افراد پرداخته شده است، ممکن است چهره‌ای از این اسناد تصور شود که آن را موضوعاً در شمار حقوق شخصی (Rights) یا حق‌ها، امتیازها و قدرت‌های شخصی قرار می‌دهد و مفهوم آن را از حقوق عینی و نوعی (law) متفاوت می‌کند. اما آنچه در اینجا مدنظر نویسندگان است، تأکید بر چهره دانشی و شاخه حقوق عمومی این اسناد است و از آن جهت مدنظر است که اسناد مزبور می‌تواند موجب تولید علم و توسعه دانش در حقوق عمومی شود البته پدید آمدن دو چهره از اسناد مزبور ناشی از اصل ترابط علوم و روابط متقابل معرفت‌های بشری است زیرا حقوق شخصی از حقوق نوعی ناشی شده و از آن تغذیه می‌کند اما نباید باعث شود که چهره دانشی و تأثیری که این اسناد در دانش حقوق عمومی دارند فراموش شود.

وجه دانشی و حقوق عمومی این اسناد از آن جهت باید برجسته شود که **اول**؛ احکام پیش بینی شده در این اسناد تماماً امری هستند و افراد نمی‌توانند با توافق خود از آن سر پیچی کنند و سازمان‌ها نیز نمی‌توانند با مقرراتی درون بخشی، مفاد آنها را نادیده بگیرند. **دوم**؛ مرجع تصویب کننده ابتدائاً و یکجانبه اسناد مزبور را وضع کرده و لذا مفاد آن بر اشخاص و سازمان‌ها تحمیل

می‌شود و نیاز به کسب توافق در وضع آنها نبوده است و سوم؛ از نظر هدف و غایت نیز مفاد این اسناد تماماً به دنبال منافع جامعه بوده است و چهارم؛ از نظر ضمانت اجرا نیز تخلف از آنها دارای ضمانت اجرای انتظامی بوده و موجب تخلفات اداری و مجازات‌های انتظامی است و پنجم؛ مفاد آنها بر سازمان‌های دولتی و عمومی حاکم است و رفتار آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهد و ششم؛ اسناد مزبور مفاداً با اعمال حق حاکمیت دولت ملازمه دارد و قواعد آن بدون پذیرش اقتدار عمومی و دولتی قابل تحقق و تصور نیست و هفتم؛ پیش بینی می‌شود که این اسناد مبنای طرح بسیاری از دعاوی شهروندان علیه دولت در دیوان عدالت اداری و دیگر مراجع قضایی قرار گیرند. بر این اساس دسته بندی این قواعد و مطالعه مبانی آنها و شناسایی ساختمان اصلی آنها و تحقیق در سیر تحول آنها در زمره دانش حقوق عمومی قرار می‌گیرد که همان اعظم الحقوق است که وصف آن گذشت و حتی آشنایی با این قواعد نیز تنها با شرح و تفسیر مواد آن ممکن نیست بلکه نیازمند شناخت مبانی علمی و تحلیل‌های قاعده مند و آگاهی از وضعیت آن در سایر کشورها با مطالعات تطبیقی است.

#### چهارم: رسالت پژوهشگران و دانشیان حقوق در قبال اسناد تبلور یافته اعظم الحقوق در مقایسه با منابع اقدم الحقوق

آنچه مسلم است این است که دانشمندان و پژوهشگران عرصه حقوق خصوصی با کنکاش، پژوهش و تدقیق در منابع حقوق خصوصی، ادبیات گسترده‌ای را فراهم آورده و تولید و توسعه علم بومی در زمینه اقدم الحقوق فراهم شده و زمینه فربهی، ریشه داری و گستردگی آن پدیدار شده است. اما سؤال این است که آیا اعظم الحقوق و حقوق عمومی نیز که با وجود این دو سند عینیت یافته، به گونه‌ای درخور مورد توجه، عنایت و پژوهش دانشیان حقوق و دانشمندان و نظریه پردازان حقوق واقع شده است یا خیر؟

به عبارت دیگر این سؤال مطرح است که دانشگاهیان، پژوهشگران و نظریه پردازان حقوق در قبال این اسناد پر افتخار چه وظایفی دارند؟ چه اقداماتی توسط جامعه دانشگاهی شده است؟ چه

مقدار ظرفیت‌های پژوهشی کشور در تبیین و تحلیل و ترویج این اسناد مهم مصرف شده است؟ تصویب این اسناد چه پرسشگری‌هایی را ایجاد کرده؟ و چه نتایج عینی را به دنبال داشته؟ برای تبیین و توضیح ریشه‌ها، منابع و فلسفه این اسناد، چه پژوهش‌هایی انجام شده؟ یا قابل انجام است؟ سؤال از چند و چون و چرایی و مبانی این اسناد چقدر می‌تواند مورد توجه دانشجویان حقوق باشد؟ ارزیابی پژوهشی نحوه اجرای این اسناد در سازمان‌های قضایی و اداری، چقدر مورد توجه بوده؟ چه شاخصه‌هایی از میزان تحقق یا تخلف از این اسناد در اختیار است؟ و در قبال تحقق و یا تخلف از این اسناد و آرمان‌ها چه اقداماتی می‌توان پیشنهاد کرد؟ معتقدیم جامعه حقوقی ایران برای ایفای نقش کنش‌گری حقوقی می‌بایست در پژوهش‌های خود به اعظم‌الحقوق و حقوق عمومی توجهی در خور و عنایتی ویژه کنند. احکام و بندها و مواد پیش‌بینی شده در این اسناد بایستی مورد توجه و عنایت پژوهشگران و مراکز پژوهشی و نشریه‌های علمی و پژوهشی قرار گیرد. لازم است مبانی و مصادیق مطرح شده در این اسناد به آزمایشگاه‌های پژوهشی حقوقی برده شود و برای شناسایی حسن و قبح و ردّ و نقض و تأیید و تصحیح آن تلاش پژوهشی ویژه‌ای شکل گیرد تا بدین سان زمینه قوام‌گیری اعظم‌الحقوق فراهم گردد و این مهم در پاسداری از حقوق خصوصی به عنوان اقدم‌الحقوق نیز مؤثر خواهد افتاد و قواعد مالکیت و ثبات قراردادهای از امنیت بیشتری برخوردار خواهد شد. و الاً با سست‌انگاری در حوزه مطالعات حقوق عمومی، این خطر وجود دارد که قواعد حقوق خصوصی نیز از تلاطم‌ها و آشوب‌های حقوق عمومی آسیب‌بیند و خطرات بعدی پدید آید که هرگز چنین مباد. بلکه با همتی که در دانشجویان حقوق امروز سراغ داریم، آرزومندیم که:

تا ابد معمور باد این خانه کز خاک درش / هر نفس با یاد رحمان می‌وزد بوی یمن

سرمدی

مدیر مسئول

سید حسین صفایی

محمد درویش‌زاده

## نقدی بر ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی و پیشنهاد نظریه مسئولیت منصفانه در

### مورد صغار و مجانین (مطالعه تطبیقی)

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

علیرضا آبین<sup>۱</sup>

#### چکیده:

اصولاً رویکرد غالب در نظام حقوق مسئولیت مدنی ایران و نیز نظام ضمان قهری در اسلام، رویکردی نتیجه‌گرا، اعاده‌گرا و ترمیم‌گراست که این نیز ریشه در تفکر سنتی از مفهوم عدالت دارد که مبتنی بر مقابله به مثل متوازن و برقراری مساوات محاسباتی و مساوات تناسبی است که در چهره افراطی آن سبب گرایش حداکثری به مفهوم عدالت اصلاحی می‌گردد و معیارهای مسئولیت مدنی در تمامی ساحت‌های مبانی، ارکان و آثار را مبدل به نوعی (عینی) می‌گرداند. باوجود این، حقوق مسئولیت مدنی نوین این همه افراط در حکومت معیارهای نوعی را نمی‌پسندد و صرف تأکید بر ترمیم کامل رابطه حقوقی مخدوش شده را بر نمی‌تابد؛ بلکه نیم‌نگاهی -ولو استثنائاً- به وضعیت شخصی زیان‌زننده نیز دارد که یکی از آثار آن شناسایی و ترسیم نظریه «مسئولیت منصفانه» است؛ دیدگاهی که به‌ویژه در ساحت آثار مسئولیت مدنی، اعمال بی‌چون و چرای اصل جبران کامل و فوری زیان را با تأملی جدی مواجه ساخته و معیارهای مسئولیت در این ساحت را از نوعی به شخصی مبدل ساخته است. اما پرسش این است که رویکرد مقنن ایرانی در قبال این نظریه چیست؟ در پاسخ باید گفت که برخلاف گرایش پررنگ حقوق تطبیقی در شناسایی این نظریه، اما این دیدگاه در نظام حقوق بومی چهره‌ای مبهم داشته و چندان شاهد شناسایی آن -لااقل به عنوان نظریه‌ای استثنایی- نیستیم. بنابراین در نوشتار حاضر درصدد

۱. دکتری حقوق خصوصی (گرایش فقه و حقوق خصوصی)، استادیار دانشگاه سیستان و بلوچستان.

شناسایی این نظریه در حقوق ایران هستیم و برپایه آن به نقد ماده ۱۲۱۶ ق.م. خواهیم پرداخت؛ در این میان، نگارنده اگرچه مدعی این نیست که استفاده از این تئوری در همه انواع مسئولیت - غیر از مسئولیت صغار و مجانین - جریان دارد اما دور از انتظار نیست که نظریه‌ای عمومی و نتیجه‌ای کلان از آزمایشی خرد به دست آید.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت مدنی، ماده ۱۲۱۶ ق.م.، مواد ۳، ۴ و ۷ ق.م.م.، مسئولیت منصفانه، اصل جبران کامل زیان، معیارهای شخصی و نوعی

در حقوق مسئولیت مدنی و به‌ویژه در نگاه سنتی آن، عدالت اصلاحی یا ترمیمی نقشی اساسی ایفا می‌کند (ارسطو، مترجم لطفی، ۱۳۷۸: ۱۶۸ به بعد و به‌ویژه ص ۱۷۲ به بعد).

به تعبیر یکی از نظریه‌پردازان غربی، «عدالت ترمیمی همان‌گونه که از اسمش برمی‌آید کارکردی اصلاحی دارد. عدالت ترمیمی، با اصلاح بی‌عدالتی‌ای که خواننده به خواهان وارد کرده است، به بیان رابطه‌ای (به هم پیوسته و هم بسته) میان جبران خسارت و عمل متخلفانه می‌پردازد. از دیدگاه عدالت ترمیمی، دادگاه با وضعیت تحت بررسی به مثابه فرضی به لحاظ اخلاقی بی‌طرف رفتار نمی‌کند تا سؤال کند که با در نظر گرفتن همه عوامل (شخصی و خارجی) بهترین راه‌حل برای آینده چیست؟ بلکه از آنجا که هدف دادگاه، (صرفاً) ترمیم بی‌عدالتی است که یک طرف به طرف دیگر وارد آورده است، جبران خسارت پاسخ گوی بی‌عدالتی است و تلاش می‌کند تا حد ممکن آنرا به وضع سابق بازگرداند» (وینریب، مترجم: عبداللهی، ۱۳۹۵: ۲۲۱).

بنابراین، در این نگاه، هدف مسئولیت مدنی بر مبنای مفهوم معامله یا مقابله به مثل متوازن تحلیل و توجیه می‌شود؛ پس اگر به دلیل وقوع جرم یا شبه جرمی مدنی خسارتی به بار می‌آید برقراری مساوات محاسباتی<sup>۱</sup> یا مساوات تناسبی<sup>۲</sup> اقتضا دارد که از نظر حسابی و ارزشی دقیقاً متناسب با مقدار ضرر وارد شده، جبران خسارت شود. (کریمی، آیین و شیروانی، ۱۳۹۶: ۴۳ به بعد؛ جانستون، مترجم: میرزایی، ۱۳۹۴: ۱۲۲ تا ۱۲۷). در این نوع از عدالت، تمام تمرکز بر یافتن حد وسطی دقیق میان سود و زیان است، بنابراین دادرس حکم به جبران خسارت آن هم دقیقاً به مقدار زیان وارد شده می‌دهد خواه زیان زنده فقیر باشد یا غنی، محجور باشد یا غیرمحجور، ممیز باشد یا غیرممیز.

اصل جبران کامل زیان –نیز علیرغم انتقاداتی که بر آن وارد است– (برای مطالعه تطبیقی در این- باره، ر.ک.: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ش ۲۸۶ و ۳۱۶). اصولاً ریشه در همین تلقی از عدالت اصلاحی

1. Arithmetic Equity.
2. Proportional Equity.

دارد. با تمام این اوصاف، به این اصل و مبانی توجهی آن در حقوق مسئولیت مدنی نوین به دیده تأمل نگریسته می‌شود؛ زیرا ظهور نوعی گرای حقوقی و بی‌توجهی افراطی به شرایط زیان‌زننده گاه خود می‌تواند سرآغاز بی‌عدالتی گشته و نتایج غیرمنصفانه‌ای را به بار آورد. به‌راستی، وظیفه حقوق مسئولیت مدنی در قبال این مسئله چیست؟ مثلاً در خصوص مسئولیت مدنی صغار و مجانین در یکسو زیان‌دیده‌ای قرار دارد که از بد حادثه از ناحیه مجبوری خسارت دیده است، و در سوی مقابل، صغیر یا مجنونی قرار دارد که -بنابر اختلاف محدوده سن یا مراتب و شدت و ضعف نقصان ادراکی‌اش- یا بر اعمالش کنترل مناسب، منطقی و متعارفی نداشته و یا غیرقانونی و نادرست بودن کارش را چندان درک نکرده و یا از درک مناسب عواقب یا خطرات رفتارش عاجز است. اعمال معیارهای نوعی و مادی به نفع زیان دیده خواهد بود و درمقابل، درنظر گرفتن معیارهای شخصی، جسمی، جنسیتی، فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و به‌ویژه محدوده سنی و میزان توانایی روانی نیز به نفع زیان‌زننده است. بحران پیش‌گفته، به ویژه در خصوص صغار و مجانین بی‌سرپرست و بدسرپرست به اوج خود رسیده و آموزه‌های حقوقی نمی‌تواند نسبت به آن بی‌تفاوت باشد. مجبورینی که محصول فقر، نبود سرپرست مناسب، اعتیاد والدین و... هستند. از چنین کودکی که حتی از اولیات زندگی نیز محروم است چه انتظاری می‌توان داشت، کودکی که اصولاً در میان ناهنجاری‌ها رشد کرده و هنجار او در ناهنجاری است!!! درخصوص مجانین نیز با چنین مشکلی مواجهیم؛ بسیاری از فرزندان دارای بیماری روانی محصول خانواده‌هایی‌اند که به دلیل فقر مالی، فرهنگی و آموزشی، سوءتغذیه و اضطراب‌های مادر در دوران بارداری و شیردهی، مبتلا به جنون یا سایر اختلالات روانی شدید و خفیف گردیده‌اند. چنین خانواده‌هایی قامتشان در زیر بار مخارج زندگی خم شده و حتی از پس مخارج درمان فرزند بیمارشان نیز بر نمی‌آیند.<sup>۱</sup> حال چگونه می‌توان انتظار جبران زیانهای هنگفت به‌بار آمده توسط مجبور را از چنین افرادی داشت؟

یکی از نظریه‌های معروف در حقوق مسئولیت مدنی تطبیقی برای ایجاد توازن بهینه و مطلوب میان حقوق طرفین دعوا، تئوری مسئولیت منصفانه است؛ تئوری «مسئولیت مبتنی بر

۱. جهت مطالعه درخصوص آمار ذکر شده، ر.ک.: (نشریه حقوقی - اقتصادی صور اسرافیل، ۱۳۹۶: ۸ و ۹).

عدالت و انصاف» یا نظریه «مسئولیت منصفانه» در جای جای کتب حقوق مسئولیت مدنی در نظام‌های حقوقی غربی و نیز اسناد بین‌المللی راجع به حقوق مسئولیت مدنی مطرح شده است؛ (DCFR, 2009:3532). در بسیاری از کشورهای اروپایی نیز این تئوری مورد شناسایی قرار گرفته است (DCFR, Ibid: 3300-3301. European Centre of Tort and Insurance Law, 2006, ) حتی فراتر از این، در حقوق کشورهای اسلامی نیز این تئوری پذیرفته شده است. (v.17:430-434). با وجود این، در حقوق ایران جز رگه‌هایی خفیف -آنهم با توجه- نمی‌توان ردپای پرننگی از شناسایی تئوری مسئولیت منصفانه و ترسیم ابعاد دقیق و شرایط اعمال آن را مشاهده کرد؛ بنابراین در نوشتار حاضر درصدد شناسایی این نظریه در حقوق ایران بوده و برپایه آن به نقد ماده ۱۲۱۶ ق.م. خواهیم پرداخت.

پرسش اصلی این است که طبق ماده ۱۲۱۶ ق.م. صغیر و مجنون مسئول جبران کامل و فوری خسارتند؛ اما آیا می‌توان با توجه به وضعیت زیان‌زننده محجور (از جمله شرایط اقتصادی او) حکم به مسئولیت او را تعدیل نمود؟ در راستای پاسخ بدین پرسش، مطالب نوشتار پیش‌رو را پنج قسمت سامان داده‌ایم؛ در قسمت نخست به تبیین ماهیت تئوری مزبور می‌پردازیم (شماره یک)، سپس جایگاه آنرا در سند اروپایی DCFR، نظام‌های غربی و کشورهای اسلامی تبیین نموده (شماره‌های دو تا چهار) و بعد از آن به پیشنهاد این تئوری در حقوق ایران مبتنی بر نقد ماده ۱۲۱۶ ق.م. خواهیم پرداخت (شماره پنج). در پایان این پژوهش نیز نتیجه‌گیری خواهیم نمود.

## ۱- تبیین ماهوی نظریه مسئولیت منصفانه

تئوری «مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف»<sup>۱</sup> یا نظریه «مسئولیت منصفانه» (European Centre of Tort and Insurance Law, I bid: 430, N. 24). واجد بار معنایی خاصی است؛ این تئوری

### 1. Liability According to Equity and Fairness.

واژه Equity مفید معانی چون قسط و انصاف است؛ هرگاه این واژه به تنهایی به کار رود یا در کنار واژه Justice (عدل و قسط) به کار رود اصولاً مفید معنای انصاف است که چهره شخصی‌تری نسبت به عدالت دارد و هدفش تعدیل چهره خشن

برگرفته از ایده‌ای است که به صورت گوناگون در نظام‌های حقوق غربی مطرح می‌باشد (DCFR, 3296 - 3294). این تئوری، بیانگر حالتی استثنائی<sup>۱</sup> است که مخالف اصل یا قاعده اولیه بوده و هدفش تعدیل قاعده اصلی است. همین چهره استثنائی آن، ضرورت تفسیر مضیق‌اش را ایجاد می‌کند؛ یعنی در مواردی خاص، بلکه تا حدودی نادر و منحصر به فرد<sup>۲</sup> است که می‌توان تحت شرایطی و به استناد دلایلی کاملاً واقعی<sup>۳</sup> و منطقی از اصل اولیه منحرف شده و آن را تعدیل نمود (DCFR, Ibid. 3294).

بر این اساس، هرگاه قاعده اولیه حکم به مسئولیت مدنی صغیر یا مجنون دهد، در صورت وجود شرایطی (از جمله شرایط اقتصادی طرفین، وجود یا فقدان پوشش بیمه‌ای، وجود یا فقدان سرپرست و...) استفاده از نظریه مسئولیت منصفانه می‌تواند منجر به کاهش یا معافیت کامل ایشان از مسئولیت گردد؛ یا برعکس، هرگاه قاعده اصلی دلالت بر عدم مسئولیت صغیر یا مجنون کند، تحت شرایطی می‌توان حکم به مسئولیت جزئی یا کامل ایشان داد؛ از این رو، تئوری «مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف» گاه سبب ایجاد مسئولیت مدنی بر عهده صغار و مجانین می‌گردد و گاه دیگر، سبب معافیت جزئی یا انتفاء کامل مسئولیت ایشان می‌شود زیرا فلسفه وجودی این نظریه، تعدیل قاعده اولیه است و قاعده اولیه هر چه باشد، این تئوری، انحراف از آن تلقی می‌گردد. بنابراین، این تئوری صرفاً مربوط به هریک از نظام‌های شخصی یا نوعی‌گرا به

---

عدالت صوری موجود در قاعده حقوقی در خصوص یک پرونده است (Equity and Justice). اما هر گاه این واژه در کنار واژه Fairness به کار رود یعنی ترکیب (Equity and Fairness) به نظر می‌رسد که Equity مفید معنای عدالت باشد زیرا اگر به معنای انصاف باشد، لازم می‌آید که معنای ترکیب مزبور، «انصاف و انصاف» باشد که بی‌معناست و خلاف قواعد زبان‌شناختی و اصل احترازیت قیود است. بنابراین، ترجمه ترکیب (Equity and Fairness) می‌شود «عدالت و انصاف»؛ اما به نظر می‌رسد که Equity دلالت بر نوع خاصی از عدالت دارد که غیر از Justice (و عدالت صوری) است و آن، چهره تعدیل شده عدالت صوری که همان عدالت ماهوی است که در آن وضعیت طرفین دعوا در برقراری عدالت و اجرای قاعده حقوقی در نظر گرفته می‌شود پس ترجمه قابل قبول ما از ترکیب مزبور عبارت است از «عدالت ماهوی و انصاف واجد بار اخلاقی». زیرا Fairness به ویژه در نظریه رالز به نام عدالت به مثابه انصاف، چهره اخلاقی قابل اعتنایی دارد به هر روی، در متن، عدالت و انصاف ترجمه برگزیده ماست.

1. Exception.
2. In Special, Rather Rare Individual Cases.
3. Purely Factual Reasons.

صورت منحصر به فرد نیست؛ بلکه هم نظام‌های نوعی‌گرا که قائل به عدم دخالت ویژگی‌های روانی و صغر سن در مسئولیت مدنی بوده و طرفدار مسئولیت مدنی کامل و فوری صغار و مجانبین‌اند و هم در نظام‌های شخصی‌گرا که قائل به دخالت ویژگی‌های روانی و صغر سن در مسئولیت مدنی بوده و طرفدار تعدیل مسئولیت مدنی صغار و مجانبین‌اند، از این تئوری بهره گرفته می‌شود (European Centre of Tort and Insurance Law, Op.cit.: 430-434).

## ۲- سند اروپایی طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR)

در قسمت الزامات خارج از قرارداد (کتاب ششم) از سند اروپایی «طرح چارچوب مشترک مرجع (برای حقوق خصوصی اروپا)»<sup>۱</sup> موسوم به DCFR از تئوری مسئولیت منصفانه در مسائلی چون: مسئولیت مدنی صغار (زیر ۷ سال و زیر ۱۸ سال)، مسئولیت مدنی ناتوانان یا کم‌توانان ذهنی (ماده ۳۰۱-۵)، دفاع مشروع، مداخلات خیرخواهانه و ضروری (ماده ۲۰۲-۵) استفاده شده است؛ و در تمامی این حوزه‌ها شرایط نسبتاً مشابهی برای اعمال این تئوری پیش‌بینی شده است (DCFR, Op.cit, 3532). تدوین‌کنندگان DCFR در ماده ۱۰۳-۳ (Ibid: 3292) (And see: dcf. ) 400: v.1 (2009). پس از آنکه در دو بند نخست ماده به ترتیب حکم به مسئولیت مدنی کودکان و نوجوانان ممیز زیر ۱۸ سال (بند اول) و سپس، حکم به عدم مسئولیت صغار غیرممیز زیر ۷ سال نموده‌اند (بند دوم)؛ سرانجام در بند سوم، با هدف اینکه در موارد استثنائی، بندهای ۱ و ۲ (یا به طور کامل و یا به طور جزئی) اجرا نگردند، دو استثنا را بیان کرده‌اند؛ زیرا گاه اعمال قواعد مندرج در بندهای اول و دوم ماده ۱۰۳-۳ می‌تواند به نتایج ناعادلانه‌ای<sup>۲</sup> - به ویژه با توجه به شرایط مالی طرفین دعوا - بیانجامد (DCFR, Ibid, 3292).

توضیح آنکه، طبق بند دوم ماده ۱۰۳-۳ DCFR، در خصوص صغار غیرممیز (زیر ۷ سال) معیار تقصیر شخصی بوده و در نتیجه خسارات توأم با تقصیر عمد یا بی‌احتیاطی کودک غیرممیز

1. Draft Common Frame of Reference for a European Private Law.
2. Unjust Results.

(زیر ۷ سال) جبران نمی‌شود؛ حال اگر به طور استثنائی مشخص گردد که به آن کودک، ارثیه هنگفتی و زود هنگامی رسیده و یا به نفع او وصیت تملیکی قابل اعتنایی گردیده و این عوامل، او را در وضعیت مالی ایده‌آلی قرار داده که به راحتی قادر به پرداخت خسارت است و در مقابل، زیان دیده در وضعیت مالی سختی قرار دارد که تحمل خسارت وارده را ندارد، در چنین حالتی، قاضی می‌تواند به استناد تئوری مسئولیت منصفانه، حکم به جبران عاقلانه خسارت<sup>۱</sup> نماید (Ibid, 3294).

در DCFR و شرح تطبیقی آن - که توسط عده‌ای از استادان بنام حقوق خصوصی اروپا انجام پذیرفته -، شرایط شناسایی مسئولیت منصفانه را امور ذیل بر شمرده‌اند که می‌باید توسط دادرس در هر پرونده بررسی و احراز گردد: (۱). اوضاع مالی طرفین در قیاس با یکدیگر (نه هر یک به تنهایی)؛ (۲). آیا در شرایط وقوع حادثه می‌توان رفتار کودکانه طبیعی و مشخص غیر زیانباری را تصویر کرد؟ زیرا چه بسا در آن شرایط، هر کودکی باشد، خواه ناخواه مرتکب فعل زیانبار گردد؛ (۳). آیا زیان دیده نیز مرتکب تقصیر شده است؟ زیرا وجود تقصیر مشارکتی<sup>۲</sup> و دخالت تقصیر زیان دیده در وقوع زیان یا شدت یافتن آن، مانعی جدی بر سر راه اعمال تئوری مسئولیت عادلانه و منصفانه است زیرا نباید زیان دیده‌ای را که مرتکب تقصیر شده، با پرداخت کامل خسارت به او تشویق نمود. ضمن اینکه تقصیر مشارکتی، خود از دفاعیات مسئولیت مدنی است که به فراخور سبب کاهش مسئولیت یا معافیت فاعل زیان می‌گردد و همین امر، اجرای تئوری استثنایی مسئولیت منصفانه را - به‌ویژه اگر سبب مسئولیت کامل زیان‌زننده غیر ممیز گردد - دشوار می‌نماید (ماده ۱۰۲-۵ DCFR) (See Ibid, 3459). (۴). بررسی اینکه آیا پوشش بیمه‌ای وجود دارد که بتوان به وسیله آن، خسارت را جبران کرد نیز از عواملی است که می‌تواند در اعمال تئوری مسئولیت منصفانه به کار آید؛ زیرا وجود پوشش بیمه‌ای نیز می‌تواند عاملی مهم در راستای ارزیابی شرایط مالی طرفین دعوا محسوب شود؛ البته اینکه کدامیک از طرفین دعوا، تحت پوشش بیمه هستند در اجرای تئوری یا کیفیت اعمال آن، می‌تواند مؤثر باشد. برای نمونه، فرض کنید

1. Reasonable reparation of damage.
2. Contributory Fault (Or negligence).

کودک زیر ۷ سالی اقدام به ایراد خسارت نماید، درحالی که وی توسط والدین خود، تحت پوشش بیمه خسارت خانواده<sup>۱</sup> یا بیمه ریسک چندگانه منزل<sup>۲</sup> قرار گرفته است؛ در چنین شرایطی، اگرچه بند دوم ماده ۳-۱۰۳ DCFR حکم به عدم مسئولیت کودک غیرمميز دارد اما اقتضای عدالت و انصاف، مسئول شناختن او توسط دادرس، و حکم به پرداخت خسارت توسط بیمه‌گر است (اهمیت چنین حکمی به‌ویژه درجایی که زیان دیده فاقد هرگونه پوشش بیمه‌ای است، دو چندان می‌گردد) (DCFR, Ibid: 3295, European center of tort and insurance law, Op.cit : 435- 438, N. 42- 53).

در خصوص مجانیین نیز تدوین‌کنندگان DCFR، جنون را نوعی دفاع تلقی کرده که سبب معافیت جزئی و کلی مجنون از مسئولیت مدنی می‌گردد؛ برای پایه، در حکمی کلی، معیار ارتکاب تقصیر در خصوص مجانیین شخصی بوده و در نتیجه شخص مبتلا به نارسایی ذهنی در هنگام ایراد زیان مسئول نیست مگر اینکه ملاحظات مربوط به عدل و انصاف، اقتضای مسئولیت کامل یا جزئی او را نماید (بند اول ماده ۳۰۱-۵) (Ibid: 3530. And see: DCFR: 2009: v.1:408). بر اساس ماده ۳۰۱-۵ DCFR، پرداخت خسارت باید معقولانه باشد و ضابطه پرداخت معقولانه، جبران مبتنی بر انصاف و عدالت (یا نظریه مسئولیت منصفانه) است؛ مقصود از پرداخت منصفانه، همان معنایی است که ذیل مسئولیت مدنی کودکان زیر ۷ سال گفتیم (DCFR, Ibid, 3531- 3532). مثلاً در پرونده‌ای جالب، شخص مبتلا به بیماری روانی اسکیزوفرنی متوجه می‌شود که چراغ موجود در آپارتمانش توسط عده‌ای خاموش شده، وی بر اثر ترس، با تفنگ شکاری خود به سوی دو مردی که نزدیک کنتور برق ایستاده‌اند، تیراندازی می‌کند و هر دو را به قتل می‌رساند؛ اما بعداً معلوم می‌شود که یکی از مقتول‌ها، پدرش و دیگری تعمیرکار یا متخصص برق<sup>۳</sup> بوده است. در اینجا طبق ماده ۳۰۱-۵ DCFR، در وهله نخست حکم به عدم مسئولیت وی می‌گردد زیرا اصولاً بیمار روانی مبتلا به اسکیزوفرنی، ادراک مناسبی از ماهیت و عواقب رفتار خود نداشته و خطاً ارتباطی او با واقعیت و دنیای پیرامون قطع است زیرا او بیش از هر چیز درگیر اوهام ذهنی خود

1. Family indemnity insurance.
2. Home Multi - Risk insurance.
3. Electrician.

می‌باشد. باوجوداین، از آنجایی که این بیمار از خانواده ثروتمندی<sup>۱</sup> بوده و ثروت شخصی زیادی داشته است، وابستگان تعمیرکار برق، دعوی مسئولیت مدنی مبتنی بر انصاف را مطرح کرده و خواهان جبران معقولانه غرامت می‌شوند. در این پرونده، دادگاه با در نظر گرفتن هزینه‌های لازم برای امرار معاش این بیمار روانی و مادرش که از نظر مالی به او وابسته بوده و عائله (نان‌خور) او قلمداد می‌شده، حکم به پرداخت خسارت مناسب و معقولانه می‌نماید (Ibid, 3532). در خصوص کودکان و نوجوانان بین ۷ تا ۱۸ سال نیز اگرچه طبق بند اول ماده ۱۰۳-۳ DCFR، اشخاص مزبور مسئولیت مدنی دارند، اما استثنائاً در مواردی می‌توان به استناد تئوری مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف، حکم به معافیت جزئی و گاه حتی کامل آنها نمود (Ibid). که دقیقاً همان شرایط پیشین ملاک اعمال تئوری مسئولیت منصفانه است.

در مجموع به نظر می‌رسد که در سند «طرح چارچوب مشترک مرجع (برای حقوق خصوصی اروپا)» شاهد پذیرش و گرایش پررنگی به نظریه مسئولیت منصفانه در حقوق مسئولیت مدنی هستیم.

### ۳- نگاهی به کیفیت شناسایی نظریه مسئولیت منصفانه در نظام‌های اروپایی

کشورهای اروپایی نیز عموماً همان شرایطی که در مورد اجرای تئوری مسئولیت منصفانه گذشت (از جمله شرایط اقتصادی طرفین دعوا، وجود یا فقدان پوشش بیمه‌ای، وجود یا فقدان سرپرست و...) را پذیرفته‌اند؛ براین اساس، این نظام‌های حقوقی از حیث شناسایی و اجرای تئوری مسئولیت منصفانه به چند دسته قابل تقسیم‌اند:

۱- در نظام حقوقی فرانسه که مسئولیت مدنی صغار و مجانین را پذیرفته است و نیز در حقوق اسپانیا که مسئولیت صغار غیرممیز و ممیز را پذیرفته اما حکم به عدم ضمان مجانین داده است،

1. Wealthy Family.

تئوری «مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف» برای تعدیل حکم اولیه پذیرفته نشده است و در نتیجه، مسئولیت منصفانه‌ی اطفال و مجانین مورد شناسایی واقع نگردیده است؛

۲- در نظام حقوقی بلژیک که حکم به عدم ضمان صغار غیرممیز و مجانین داده شده است، مسئولیت مبتنی بر عدل و انصاف صرفاً (فقط) برای افراد دارای اختلال روانی (صرف‌نظر از سن و سال آنها) پیش‌بینی شده نه برای کودکان (اعم از ممیز و غیرممیز) یا بزرگسالان دارای رشد طبیعی عقلانی؛

۳- در نظام حقوقی ایتالیا که معیار شخصی تقصیر حاکم بوده و صغار و مجانین اهلیت ضامن شدن را ندارند، طبق ماده ۲۰۴۷ قانون مدنی، به دادگاه اجازه داده شده که در شرایطی مناسب و با توجه به وضعیت مالی زیان‌دیده و سایر شرایط، حکم به مسئولیت طفل دهد، پس در صورت حصول شرایط مسئولیت مبتنی بر انصاف کودک، نباید برای جبران خسارت از سرپرست کودک که وظیفه مراقبت داشته گرامتی دریافت داشت. در این شرایط دادگاه‌ها، هم در خصوص اعمال یا عدم اعمال تئوری جبران خسارت عادلانه و منصفانه و هم در تعیین میزان غرامت، اختیار تصمیم‌گیری و آزادی عمل دارند (DCFR, Ibid, 3300).

۴- در نظام‌های حقوقی آلمان (ماده ۸۲۹ ق.م.) و یونان (ماده ۹۱۸ ق.م.)، که حکم به عدم ضمان صغار غیرممیز (زیر ۷ سال) و مجانین داده شده و نیز در نظام حقوقی اتریش (ماده ۱۳۱۰ ق.م.) که صغار زیر ۱۴ سال و مجانین مسئولیت مدنی ندارند نیز تا حدود زیادی شرایط مندرج در ماده ۱۰۳-۳ DCFR برای اعمال تئوری مسئولیت منصفانه پذیرفته شده است مثلاً در یونان، در صورت فقدان وسیله دیگری برای جبران ضرر، حکم به مسئولیت کودک بر پایه انصاف می‌شود. ارزیابی وجود یا فقدان پوشش بیمه‌ای نیز شرط دیگری در تعیین میزان جبران مبتنی بر انصاف، در حقوق یونان است. علاوه بر اینها، شرایط مالی طرفین، شدت (سنگینی)<sup>۱</sup> و ماندگاری<sup>۲</sup> آسیب (زیان) و نیز میزان رشد عقلانی فرد متخلف، وجود یا فقدان تقصیر مشارکتی از ناحیه شخص

1. Gravity.  
2. Permanece.

زیان دیده نیز از جمله معیارهایی هستند که باید حتماً روی آنها تمرکز<sup>۱</sup> نمود. بر همین پایه است- که در حقوق یونان به دادگاه‌ها اجازه داده شده است که در پرداخت کامل، جزئی یا عدم پرداخت خسارت توسط کودک تصمیم‌گیری کنند و این دایره وسیعی از آزادی عمل و اختیار است که قانونگذار به دادرس تفویض نموده است (Van Dam, 2013, N. 813-3. DCFR, Ibid, 3301).

۵- در حقوق کشورهای شمال اروپا<sup>۲</sup> نظیر سوئد، فنلاند و دانمارک نیز اگرچه معیار نوعی تقصیر حاکم بوده و اصل بر ضمان صغار و مجانین است اما کاهش مسئولیت بر پایه تئوری مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف، شناسایی شده است (DCFR, Ibid, 3301)، با وجود این، در کشورهای تابع نظام کامن‌لا نظیر انگلیس، ایرلند و اسکاتلند تئوری مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف، نه در خصوص صغار و نه در خصوص مجانین شناسایی نشده است؛<sup>۳</sup>

به هر روی، تئوری مزبور علاوه بر کشورهایی که گفتیم، در بسیاری از دیگر نظام‌های اروپایی پذیرفته شده (DCFR, Ibid: 3300-3301. European Centre of Tort and Insurance Law.op.cit:430-434)، و عده‌ای پیشنهاد داده‌اند که این تئوری باید در سایر نظام‌های حقوقی نیز شناسایی و مورد پیروی جدی قرار گیرد (DCFR, Ibid:3294. European Centre of Tort and Insurance Law:430-434).

#### ۴- عوامل مؤثر در تعیین میزان خسارت در کشورهای اسلامی

در کتب جدید حقوقی عربی، حقوقدانان عرب عوامل مؤثر در تعیین میزان خسارت را به سه دسته کلان شرایط زیان دیده، شرایط زیان زنده و شرایط (یا عوامل) خارجی مؤثر در تعیین غرامت تقسیم کرده و معتقدند که دادرس در هنگام بررسی پرونده‌های ناظر به حوزه مسئولیت ناشی از ایراد خسارت، موظف است به تمامی شرایط مزبور به مثابه یک مجموعه واحد نظر کند تا حکم به جبران خسارت او منطبق با واقع (واقع‌بینانه)، عادلانه و منصفانه باشد. در خصوص شرایط متضرر،

1. Focus.  
2. Nordic Countries.  
3. Does not recognise. DCFR, Ibid, 3301.

به ویژه سه عامل شرایط جسمانی و روحی متضرر،<sup>۱</sup> وجود یا عدم تقصیر متضرر در درمان یا کاهش زیان بعد از وقوع حادثه،<sup>۲</sup> و شرایط مالی و اجتماعی متضرر<sup>۳</sup> بررسی می‌گیرد؛ در خصوص شرایط زیان زنده، به ویژه سه عامل (درجه تقصیر و) میزان سنگینی تقصیر او،<sup>۴</sup> وضعیت مالی اش<sup>۵</sup> و وجود یا فقدان پوشش بیمه مسئولیت<sup>۶</sup> بررسی می‌گردد و در نهایت، در خصوص عوامل خارجی مؤثر در تعیین غرامت، به سه عامل میزان تأثیر نوسانات بازار مالی و پولی و تغییر قیمت،<sup>۷</sup> تأثیر قراردادهای و توافقاتی که سبب تعدیل (و گاهی تشدید) مسئولیت مدنی می‌گردند<sup>۸</sup> و تأثیر منافع و مزایایی که به مسئول حادثه یا زیان دیده عودت داده می‌شود، در تعیین مقدار غرامت<sup>۹</sup> مدنظر قرار می‌گیرد.<sup>۱۰</sup> اهمیت در نظر گرفتن این عوامل توسط دادگاه در تعیین میزان غرامت، به ویژه در نظام‌های حقوقی که مقنن چندان به صورت صریح و روشن، اقدام به تبیین ظروف مؤثر در جبران خسارت نپرداخته، دو چندان است؛ هر چند بی‌گمان ایجاد انضباط در دادرسی اقتضای این را دارد که مقنن به شکلی واضح، سیمای شرایط مؤثر در تعیین میزان غرامت و ابعاد هر یک را به روشنی ترسیم نماید (صالح عطیه الجبوری، همان، ۲۰۹ و ۱۲ و حاتم حسین، همان، ۳۴۴ و ۳۵۲).

در بسیاری از نظام‌های حقوقی عربی با بهره‌گیری از مبنای فقهی و دستاوردهای حقوق خارجی، عوامل مؤثر در تعیین خسارت به صورت صریح یا ضمنی ترسیم گردیده است که از جمله

۱. الحاله الصحيه للمتضرر.

۲. خطأ المتضرر و إهماله في العلاج.

۳. المركز المالي والاجتماعي للمتضرر.

۴. (میزان) جسامه خطأ المتضرر.

۵. المركز المالي للمسئول عن الضرر.

۶. التأمين من المسؤولية. (بیمه مسئولیت).

۷. اثر تغییر النقد.

۸. اثر الاتفاقات (ای التوافقات او العقود نظیر الصلح) المعدله للمسئوليه التقصيره.

۹. اثر المنفعه التي عادت على المسئول او المضرور في تحديد مقدار التعويض.

۱۰. ر.ک.: صالح عطیه الجبوری، ۲۰۱۳: ۲۹ به بعد، ص ۱۱۱ به بعد و ص ۱۷۵ به بعد. و ر.ک.: حاتم حسین، ۲۰۱۴: ۹۳ به بعد، ص ۲۲۷ به بعد و ص ۳۳۹ به بعد (عوارض شخصی و نوعی جبران غرامت) و ص ۳۸۶ به بعد و به ویژه ص ۴۲۷ به بعد و ص ۴۵۶ به بعد (عوارض تعدیل یا تشدید مسئولیت قراردادی و مدنی که جزء عوارض دعوی مسئولیت هستند).

آنها می‌توان این موارد را برشمرد: توجه به درجه تقصیر و وجود یا فقدان سوءنیت، وجود یا فقدان پوشش بیمه مسئولیت (اجباری یا غیراجباری)<sup>۱</sup>، توجه به وضعیت مالی زیان زننده یا مسئول جبران خسارت بر حسب اوضاع و احوال حاکم بر پرونده (نظیر مواد ۱۶۴ ق.م.جدید مصر و ماده ۱۹۱ ق.م.عراق) (حاتم حسین، پیشین، ۳۴۹ تا ۳۵۲). وجود یا فقدان قرارداد تحدید، اسقاط یا تشدید مسئولیت (صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۲۰۱ تا ۲۰۷ و حاتم حسین، پیشین، ۴۳۰ به بعد و ۴۵۶ به بعد). وجود یا فقدان رضایت زیان دیده و پذیرش خطر از ناحیه او، تقصیر مشارکتی، کاهلی در کاهش خسارت توسط زیان دیده<sup>۲</sup>، در نظر گرفتن تغییرات قیمت خسارت و زیان بر اثر نوسانات بازار مالی و پولی (نظیر تورّم و...) (حاتم حسین، پیشین، ۳۷۸ تا ۳۸۰ و صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۱۷۷ تا ۱۹۴ و ۲۱۲). در نظر گرفتن عواملی نظیر سن و سال طرفین و اینکه آیا پس از حکم به جبران خسارت، آیا زیان دیده یا زیان زننده واجد توان جسمانی، روحی، مالی و اجتماعی کافی برای سر و سامان دادن زندگی خویش هستند یا خیر؟، همچنین اینکه زیان دیده یا زیان زننده، از چه جایگاه اجتماعی و علمی برخوردار بوده و حکم به جبران بر جایگاه آنها چه تأثیری دارد نیز اهمیت دارد، اینکه آیا عده‌ای به او وابستگی اقتصادی داشته و او نان‌آور آنها بوده و آنها عائله او بوده‌اند یا خیر و آیا او احیاکننده و آبادی‌بخش زندگی سایرین است یا خیر؟ نیز در تعیین میزان خسارت بسیار مؤثرند (صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۲۱۱ و برای مطالعه مفصل ر.ک.: همان، ۸۸ به بعد و ۱۳۵ به بعد). همچنین، ویژگی‌ها، شرایط و قابلیت‌های جسمانی و سلامتی زیان دیده نیز در تعیین میزان غرامت اهمیت بسزایی دارند.<sup>۳</sup>

۱. صالح عطیه الجبوری، همان، ۲۱۰ و ۲۱۱ و ۱۵۴ تا ۱۷۱. تأثیر دادن بیمه در مقوله جبران خسارت بی‌گمان سبب ایجاد انگیزه در جامعه برای روی آوردن به فرهنگ بیمه‌ای - که نشانه‌ای از تمدن نوین است - می‌گردد.
۲. صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۵۷ تا ۸۷ (مباحث خطا زیان دیده، اهمال او در علاج، پذیرش خطر و... در اینجا مطرح است). و نیز ص ۲۱۲. مسئله قراردادهای تشدید یا تخفیف یا سقوط خسارت هم به مسئله رضایت زیان دیده مرتبط است. در این باره ر.ک.: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ش ۱۶۰.
۳. مقصود از حالت صحیه زیان دیده، وضعیت جسمی اوست، زیرا ممکن است که با توجه به وضعیت جسمی زیان دیده قبل از وقوع زیان، وی این قابلیت و استعداد را داشته باشد که بعد از ورود زیان جسمانی، علاوه بر زیان وارده، همچنین مبتلا به بعضی امراض دیگر گردد یا اینکه ایراد زیان به او سبب شود تا یک قوه را کاملاً از دست دهد مثلاً زیان دیده یک چشم

به‌طور کلی، در نظام‌های حقوقی عربی - خواه طرفدار معیارهای نوعی باشند و اصل را بر ضمان صغار و مجانین بدانند و یا اینکه طرفدار معیار شخصی باشند و اصل را بر عدم مسئولیت صغار غیرممیز و مجانین قرار دهند - گاه نصّ خاصی در مورد مسئله‌ای خاص (مثل مسئولیت مدنی صغار و مجانین)<sup>۱</sup> حکم به تأثیر شرایط پرونده در تعیین میزان غرامت داده و گاه نصّی عام، - صرف‌نظر از نوع دعوای مطرح شده و حوزه آن -، تأکید بر این مطلب دارد. و گاه نیز مانند حقوق مصر هم نص خاص (ماده ۱۶۴ ق.م. جدید) و هم نص عام (م ۱۷۰ ق.م. جدید) بر این مسئله تأکید دارند.<sup>۲</sup> بنابراین، در این نظام‌ها اصولاً دادرس موظف است مجموعه‌ای از این عوامل که هم شخصی (مربوط به شرایط مختلف طرفین دعواست) و هم موضوعی (مربوط به شرایط خارجی حاکم بر حادثه) است را در نظر گرفته و سپس مبادرت به صدور حکم نماید تا از این طریق، توازنی مطلوب میان طرفین رابطه برقرار نماید. به عنوان نمونه‌ای روشن، در حقوق مصر اگرچه حکم به عدم مسئولیت صغیر غیرممیز و مجنون غیرممیز شده اما در ماده ۱۶۴ ق.م. جدید مصر، این حکم استثنائاً تعدیل شده و دادگاه موظف است با در نظر گرفتن شرایط مالی طرفین، حکم به جبران خسارت (به‌طور کامل یا جزئی) دهد. برعکس، در حقوق عراق، طبق ماده ۱۹۱ ق.م. عراق، اگرچه حکم به مسئولیت صغار (ممیز یا غیرممیز) و مجانین داده شده اما در ماده مزبور، استثنائاً به

داشته و بواسطه حادثه زبانباری، چشم دیگرش را هم از دست داده و کاملاً نابینا گردد. البته در اینکه چنین ویژگی شخصی که سبب افزایش میزان ضرر می‌گردد تا چه حد مؤثر است، شدیداً اختلاف به چشم می‌خورد. ر.ک.: همان، ۳۰ تا ۵۶. در هر حال عده‌ای پیشنهاد داده‌اند تا وضعیت جسمانی زیان دیده قبل و بعد از ورود زیان لحاظ گردد تا مشخص شود که این وضعیت او تا چه میزان در افزایش زیان مؤثر بوده است و در نتیجه، به عنوان عواملی در تعیین خسارت لحاظ گردد چنانکه رویه قضایی و تقنینی برخی نظام‌های حقوقی آنرا به عنوان عامل مؤثر در تعیین غرامت پذیرفته‌اند (ص ۲۱۱ و ۲۱۲). برای مطالعه دقیق‌تر ر.ک.: همان، ۳۰ تا ۵۶؛ همچنین در خصوص وضعیت زیان دیده یا مجنی‌علیه در نتیجه حادثه در رویه قضایی ایران، ر.ک.: پیشینه رویه‌قضایی در ایران در ارتباط با قانون مجازات اسلامی، ۱۵۰.

۱. در خصوص مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی صغار و مجانین و به ویژه تأیید رکن معنوی تقصیر در کتب جدید حقوقی عربی و نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی ر.ک.: حاتم حسین، پیشین، ۱۲۹ تا ۱۵۲.
۲. برای مطالعه مفصل این دیدگاه‌ها و آرای قضایی ر.ک.: صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۱۳۵ تا ۱۵۳ و حاتم حسین، پیشین، ۳۴۴ به بعد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی عراق اگرچه مربوط به ضمان صغیر و مجنون است اما فقره سوم آن طی قاعده‌ای کلی، در همه دعوای مسئولیت مدنی رعایت شرایط پرونده در تعیین غرامت را لازم دانسته است. صالح عطیه الجبوری، پیشین، ۱۴۴ و ۱۴۵.

محکمه اجازه داده شده تا با در نظر گرفتن اینکه دریافت خسارت به دلیل ضعف مالی محجور مشکل است، سرپرست را ملزم به پرداخت خسارت نماید البته سرپرست پس از جبران زیان، حق رجوع به محجور را دارد زیرا او، مسئول نبوده بلکه با وصف کفیل بودن، خسارت را پرداخت کرده است مگر آنکه اثبات شود که مسئولیت به دلیل تقصیر مفروض بر عهده سرپرست بوده و او نتواند بی تقصیری خود را اثبات کند در این حالت، خودش مسئول است (م ۲۱۸ ق.م.عراق) (حاتم حسین، پیشین، ۳۴۹ تا ۳۵۲). جالب اینکه حتی در نظام‌هایی که نصّ خاص وجود دارد، برخی حقوقدانان عرب تمایل دارند تا از این حکم استثنائی، تفسیری موسع نموده و با وحدت ملاک‌گیری، حکم به تأثیر شرایط و ظروف متنوع پرورنده (به‌ویژه شرایط اقتصادی طرفین دعوا) را به کلیه دعاوی مسئولیت مدنی - غیر از موارد مسئولیت صغار و مجانین - سرایت دهند؛ برای مثال در قانون مدنی عراق اگرچه تأثیر دادن شرایط اقتصادی طرفین دعوا در حکم به پرداخت خسارت، در ذیل مسئله‌ی مسئولیت مدنی صغیر و مجنون در ماده ۱۹۱ آمده اما عده‌ای درصددند از آن، قاعده عمومی برای کلیه دعاوی مسئولیت مدنی استنباط کنند (همان، ۱۴۲ به بعد).

## ۵- تحلیل نظام حقوقی ایران و ارائه نظریه برگزیده

در ادامه مطالب، ابتدا به تبیین چالش فراروی ما در قبال مسئولیت مدنی صغار و مجانین در نظام حقوقی ایران و نیز انتقادات وارد بر ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی پرداخته و سپس به توجیه این ماده و ارائه راه‌کارهای پیشنهادی نگارنده در راستای تعدیل ماده مزبور خواهیم پرداخت.

### ۵-۱- تبیین چالش فراروی و انتقادات وارد بر ماده ۱۲۱۶ ق.م.

در نظام حقوقی ما، درخصوص ایراد خسارتی که توسط صغار یا مجانین به بار می‌آید؛ ماده ۱۲۱۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیر، مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود ضامن است». این ماده در راستای معیار نوعی و مادی و مبنای قابلیت استناد زیان به زیان‌زننده که در ماده ۳۲۸ ق.م. نیز انعکاس یافته، صغار و مجانین را واجد اهلیت ضامن شدن در قبال افعال زیانبارشان دانسته است؛ بنابراین اگر کودکی بر اثر بازی با کبریت یا وسایل آتش‌زا و خطرناک (نظیر چاقو)

به دیگری خسارت وارد آورد، برپایه ماده ۱۲۱۶ ق.م.م.سئول جبران زیان است. هرچند که وی درک کافی از محتوای رفتارش نداشته و نتواند کنترل بهینه و عاقلانه بر عملکردش را در پیش گیرد.

با وجود این، به نظر می‌رسد که تا حدّ مقدور بایستی از سخت‌گیری موجود در این ماده کاسته و تفسیری منعطف‌تر از آن ارائه دهیم، چه، در مواردی که محجور از حیث مالی توانمند بوده و یا سرپرستی دارد که به راحتی قادر به جبران زیان باشد، مسئله چندان محل تأمل نیست یا لاقلاً با تردید کمتری مواجه است، لیکن در مواردی که صغیر یا مجنون توان مالی کافی ندارد - که غالباً نیز این‌گونه است - یا جزء افراد بی‌سرپرست و یا بدسرپرست باشد نظیر کودکان کار، مسئله با بحرانی جدی مواجه می‌شود. در خصوص مجانین و بیماران روانی (که بسیاری از آنها محصول خانواده‌های ضعیفند) نیز وضعیت به همین منوال است چه از یک‌سو، این خانواده درگیر فرزندی است که مبتلا به اختلال قوای ادراکی است و گاه حتی شاید کنترل ادرار یا مدفوع خویش را ندارد و نیازمند مراقبت و هزینه است؛ و از سوی دیگر، زیان وارده توسط یک مجنون بزرگسال - نسبت به یک کودک - به جهت توانایی جسمانی بیشتری که دارد، ممکن است سنگین‌تر بوده و زیان دیده را با چالشی جدی مواجه نماید. برای مثال فرض کنید مجنونی که بر حرکاتش کنترل نداشته و به معنای واقعی کلمه از درک محتوای رفتارش عاجز بوده و خط ارتباط روانی‌اش با محیط پیرامونی کاملاً قطع است، به وسیله چاقویی اقدام به خط‌کشیدن بر روی بدنه اتومبیل بسیار گران‌قیمتی کند. حال در قبال او چه باید کرد؟! در چنین شرایطی آیا نباید به ماده ۱۲۱۶ ق.م.م. و مبانی فقهی و اصولی نظیر عدم اشتراط حکم وضعی «ضمن قهری» به عقل و بلوغ، عدم تأثیر حجر بر افعال مادی (عاملی، بی‌تا، ۷۱/۲ و ۷۲ و نیز ر.ک.: عاملی، ۱۴۱۶: ۳۷ تا ۳۹ و انصاری شیرازی، ۱۴۲۹: ۱۴۰/۴ و طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۱۱۲/۱ و طباطبایی حائری، بی‌تا، ۶۸۱ و الشیخ فقیه، ۲۰۰۶: ۱۸۵ و محمصانی مترجم: جمالی، ۱۳۳۹: ۳۰۹/۱ و هیئته کبار علماء الاسلام، ۱۴۲۹: ۲۲۵/۱ و زحیلی، ۱۴۳۳: ۲۲۷ و

۲۲۸)،<sup>۱</sup> و... به دیده تردید نگریست؟ و آیا نباید از خشکی و سختگیری بی‌وجه چنین قوانین و قواعدی کاست؟

وانگهی، آیا یکسان انگاری اصناف سه‌گانه مجبورین (یعنی صغار و مجانین و اشخاص سفیه) در ماده ۱۲۱۶ ق.م. پشتوانه‌ای منطقی دارد و آیا می‌توان سفیهی را که مکلفی عاقل بوده و اصولاً توان مالی جبران خسارت را داراست، با صغیر و مجنون در حکم به ضمان قهری یکی دانست؟؛ حتی فراتر از این، در خصوص خود صغار و مجانین نیز آیا می‌توان تمایز واقعی و عرفی صغار و مجانین ممیز از غیرممیز در نحوه تعامل و عملکرد را نادیده انگاشت؟ و آیا دادرسی چنین پرونده‌ای می‌تواند بدون توجه به ملاحظات عاطفی و اخلاقی ناظر به انصاف و عدالت ماهوی، به استناد ماده ۱۲۱۶ ق.م. حکم به جبران کامل و فوری زیان کرده و اصل جبران کامل زیان و اعاده وضع سابق را پاس دارد؟!.

## ۲-۵- شناسایی نظریه مسئولیت منصفانه؛ راه‌حلی در راستای تعدیل حکم ماده

۱۲۱۶ ق.م.

افزون بر انتقاداتی که بیان کردیم، همچنین چالش جدی فراروی، صراحت ماده ۱۲۱۶ ق.م. در حکم به مسئولیت صغیر یا مجنون نسبت به جبران کامل و فوری خسارت است!!! در خصوص تعدیل حکم ماده ۱۲۱۶ ق.م. راهکارهای متنوعی می‌توان پیشنهاد داد،<sup>۲</sup> با وجود این، آنچه این نوشتار در پی آن است، شناسایی نظریه مسئولیت منصفانه در حقوق بومی و پیشنهاد آن به مثابه راهکاری برای تعدیل ضمان صغار و مجانین است. ما در ادامه به تبیین این راهکار خواهیم پرداخت.

۱. این مطلب، در ماده ۹۶۰ مجله الاحکام نیز انعکاس یافته است.

۲. از جمله این راهکارها عبارتند از: نظریه ضمان تعلیقی (به استناد تئوری جعل تبعی احکام وضعی)، نظریه تقصیر نوعی نسبی و نظریه تقدم رتبی مسئولیت سرپرست که سخن از هریک مجالی دیگر می‌طلبد و خارج از چارچوب تعریف شده برای این نوشتار است. ر.ک: آیین، علیرضا، مسئولیت مدنی غیرممیزین (مطالعه تطبیقی)، تحت راهنمایی: صفایی، ۱۳۹۶، بخش سوم.

## ۱-۲-۵- تفسیر مواد ۳، ۴ و ۷ قانون مسئولیت مدنی

در مباحث پیشین این نوشتار با نظریه مسئولیت منصفانه و شرایط آن در اسناد اروپایی، نظام‌های غربی و اسلامی آشنا شدیم، اینک پرسش این است که آیا می‌توان این اندیشه را در حقوق بومی نیز شناسایی کرد که کمترین فایده آن تعدیل حکم به مسئولیت مدنی کامل و فوری صغار و مجانین است؟؛ در نظام حقوقی ما، عده‌ای از حقوقدانان (امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۷۵/۱-۱۷۶، ۲۰۱ و ۳۰۴ و ۳۰۵؛ یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۶۴/۱: ۱۰۹ به بعد، ش ۱۱۵ و ۱۱۶) - با الگوگیری از نظام‌های غربی - معتقدند که حکم به مسئولیت باید عادلانه و منصفانه باشد ولو اینکه منجر به جبران تمام زیان نگردد. برای این اساس، به نظرمی‌رسد که به ویژه با در نظر گرفتن مواد ۳، ۴ و ذیل ماده ۷ ق.م.م. یکی از اصول کلی حقوق تعهدات (حتی تعهدات قراردادی) این است که دادرس در تخمین میزان خسارت، به طور کلی «اوضاع و احوال قضیه» (م ۳ ق.م.م.) را لحاظ دارد؛ از جمله شرایط مالی طرفین (ذیل م ۷ ق.م.م.)<sup>۱</sup>، درجه تقصیر در آنجایی که اهمیت دارد و جبران منجر به عسرت زیان زنده گردد (بند ۲ م ۴ ق.م.م.)<sup>۲</sup>، اینکه عواقب صدمه بدنی چه خواهد شد (م ۵ ق.م.م.)<sup>۳</sup> و اموری از این قبیل که در حکم به جبران عادلانه و منصفانه دخیلند. در این خصوص یکی از استادان فقیه حقوق نیز تصریح می‌کند که به ویژه قواعد مندرج در مواد ۳ و ۴ ق.م.م.، جزء اصول کلی حقوق تعهدات بوده و حتی، موارد سه‌گانه مندرج در ماده ۴ ق.م.م.،<sup>۴</sup> که به

۱. ماده ۷: «... در صورتی که (سرپرست) مقصر و مسئول، استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد».

۲. ماده ۴: «... ۲- هر گاه وقوع خسارت ناشی از غفلتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان شود».

۳. ماده ۵: «... (در خصوص آسیب بدنی یا به سلامت) دادگاه جبران زیان را با رعایت اوضاع و احوال قضیه به طریق مستمری و یا پرداخت مبلغی دفعتاً واحده تعیین می‌نماید ... اگر در موقع صدور حکم تعیین عواقب صدمات بدنی به طور تحقیق ممکن نباشد، دادگاه از تاریخ صدور حکم تا دو سال حق تجدیدنظر نسبت به حکم خواهد داشت».

۴. ماده ۴: «دادگاه می‌تواند (یعنی می‌باید) میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد:

(۱) هر گاه پس از وقوع خسارت، واردکننده زیان به نحو مؤثری به زیان دیده کمک و مساعدت کرده باشد؛

دادرسی اجازه تخفیف در میزان غرامت را داده‌اند، حصری نبوده بلکه تمثیلی است چه، ماده ۴ تنها بیانگر برخی از مصادیق اوضاع و احوالی است که ماده ۳،<sup>۱</sup> به‌مثابه قاعده‌ای عام، به آن اشاره دارد. بنابراین، نباید صرفاً وضعیت مالی زیان‌زننده و استطاعت مالی او را در تعیین غرامت لحاظ داشت (امیری قائم مقام، پیشین، ۳۰۵/۱ و ۳۰۴، به ویژه پانوش ۳ ص ۳۰۴). بلکه، ملاک کلی، رعایت موازین عدالت و انصاف است که در آن، عوامل متعددی از جمله ملائت یا عدم ملائت زیان‌دیده و میزان تأثیر جبران در دارایی او، دارا بودن یا نبودن زیان‌زننده و توجه به تأثیر جبران بر زندگی او، وجود یا فقدان پوشش بیمه مسئولیت و غیره لحاظ گردد که همگی جزء مصادیق قاعده کلان مندرج در ماده ۳ ق.م.م. یعنی توجه قاضی به اوضاع و احوال قضیه برای تخمین و تعیین میزان غرامت یا چگونگی پرداخت آن است.

به اعتقاد نگارنده، این تفسیر، نه تنها با حقوق تطبیقی همگام‌تر است همچنین با در نظر گرفتن مأخذ اصلی قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ (از جمله مواد ۴۳، ۴۴ و ۵۴ قانون تعهدات سوئیس)<sup>۲</sup> و تحلیل‌هایی که در ادامه خواهد آمد، منطقی‌تر می‌نماید. ضمن اینکه، به‌نظر می‌آید این دیدگاه با رویه قضایی نیز هم‌خوانی دارد زیرا رویه قضایی ما نسبت به تأثیر دادن متغیرهای عینی - مؤثر بر وضعیت طرفین پرونده - بیگانه نیست چه، اندیشه‌ها و آرای قضایی

۲) هر گاه وقوع خسارت ناشی از غفلتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان شود.

۳) وقتی که زیان‌دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد.

۱. ماده ۳: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد، جبران زیان را به صورت مستمری نمی‌شود تعیین کرد مگر آنکه مدیون تأمین مقتضی برای پرداخت آن بدهد یا آن که قانون آن را تجویز نماید».

۲. در ماده ۴۴ (بند دوم) قانون تعهدات سوئیس تصریح شده که اگر زیان ناشی از فعل عمدی، تقصیر سنگین و... نباشد، قاضی باید بر پایه در نظر گرفتن وضعیت مالی بدهکار و با در نظر گرفتن عدالت، حکم به جبران عادلانه کند. و در ماده ۴۳ نیز به قاضی این حق داده شده تا بر پایه شرایط و ظروف حاکم بر دعوا از جمله درجه تقصیر و... هم میزان خسارت و هم طریقه جبران آن را تعیین کند. و از این نظر، ماده مزبور، بسیار شبیه ماده ۳ ق.م.م. ماست. برای نمونه ر.ک.: امیری قائم مقام، پیشین، ۱/ ۱۷۵ و ۱۷۶، ۲۰۱، ۳۰۴ و ۳۰۵؛ و نیز برای مطالعه حقوق سوئیس و سایر نظام‌های غربی و عربی، ر.ک.: الجبوری، پیشین، ۱۴۲ تا ۱۵۳.

زیادی وجود دارد که نشان می‌دهد قضات در هنگام جبران خسارت عوامل متنوعی را در نظر می‌گیرند از جمله: تأثیر وضعیت جسمانی زیان‌دیده قبل از زیان بر نتیجه حادثه (عبداللهی، ۱۳۹۶: ۱۵۰/۴) تأثیر درجه تقصیر در مسئولیت مدنی (همان، ۱۶۲، ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۵، ۱۵۲، ۱۴۹)، و تأثیر اهمال زیان‌دیده بر افزایش میزان زیان (همان، ۱۵۰).

بر این پایه، می‌توان گفت نظام حقوق بومی ما نیز قابلیت شناسایی نظریه «مسئولیت مدنی منصفانه» را دارا می‌باشد چراکه از صدر ماده ۳ ق.م.م. برمی‌آید که قانونگذار درصدد بوده تا موقعیت ویژه‌ای را برای دادرس ترسیم کرده و به او این امکان را دهد که حسب اوضاع و احوال پرونده اقدام به تعدیل مسئولیت مدنی نماید. برپایه این ماده: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آنرا باتوجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد...». به نظر می‌رسد که این ماده بیانگر یک امر اختیاری نیست بلکه از لحن ماده و ظهور عرفی آن برمی‌آید که قانونگذار، دادرس را موظف کرده است که اوضاع و احوال قضیه را در تعیین تکلیف پرونده دخالت دهد. با وجود این، حتی اگر تفسیر موسع از ماده ۳ ق.م.م. را نیز نپذیریم، به نظر می‌رسد که برپایه بند دوم ماده ۴ ق.م.م. می‌توان امکان تعدیل مسئولیت صغیر یا مجنون را فراهم ساخت؛ بر پایه این ماده: «دادگاه می‌تواند میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد: ۲- هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلیتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان باشد...». این ماده دو شرط غفلت قابل اغماض و عسرت زیان زنده را عامل تخفیف در میزان خسارت می‌داند. غفلت در این ماده مرادف با بی‌احتیاطی به معنای عام (تقصیر غیر عمدی) می‌باشد که برپایه تفسیری موسع، هم می‌توان آنرا به مفهوم مرسوم تقصیر یعنی تخلف هنجاری از رفتار متعارف و معقول (که از نوع تعهد به وسیله است) دانسته و هم آنرا به مفهوم تقصیر قانونی یعنی تجاوز از حدود قانونی (که از نوع تعهد به نتیجه است) بدانیم. فایده چنین تفسیری این است که این بند هم شامل ضمان ناشی از اتلاف می‌گردد و هم شامل ضمان ناشی از تسبیب. از این‌رو، ایراد زیان توسط مجبور، نوعی تقصیر (به مفهوم هنجاری یا قانونی) بوده و چون از ناحیه صغیر یا مجنون است، عرفاً قابل اغماض تلقی می‌شود. پس اگر جبران زیان منجر

به عسرت و تنگدستی وی شود - که غالباً نیز این‌گونه است - قاضی موظف به تعدیل در میزان خسارت است.

علاوه‌براین‌ها، به‌نظر می‌رسد که ذیل ماده ۷ ق.م.م. بیانگر یک قاعده کلی است. برپایه این ماده: «... در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نباشد». در اینکه بند آخر ماده ۷ ق.م.م. مفید تخفیف در جبران زیان است یا خیر؟ برخی براین عقیده‌اند که اصل بر جبران کامل خسارت است، و تخفیف در میزان خسارت جنبه استثنایی داشته و منحصر به همان موارد مصرح در ماده ۴ ق.م.م. می‌باشد؛ بنابراین مقصود قانونگذار از ذیل ماده ۷ ق.م.م. - که منطبق با قاعده نفی عسر و حرج نیز می‌باشد - این است که به مسئول پرداخت زیان، مهلت عادلانه داده شود یا پرداخت خسارت تقسیط گردد (ماده ۲۷۷ ق.م.م.) (حیاتی، ۱۳۹۲: ۲۸۹، پانوش‌ت ۱ و صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۳۵۱، ش ۲۱۹). با وجود این، به‌نظر می‌رسد که دادرسی بتواند حتی به استناد ماده ۷ ق.م.م. نیز در میزان زیان تخفیف دهد زیرا مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده برای صغیر یا مجنون در ماده ۷ ق.م.م. امری استثنایی و خلاف منطق حقوقی و مبانی فقهی می‌باشد.<sup>۱</sup> وانگهی، از حیث تحلیل حقوقی، با ایراد زیان توسط صغیر یا مجنون،

۱. توضیح آنکه، هرچند صدر ماده ۷ ق.م.م. ناظر به مسئولیت مدنی سرپرست بوده و فرضی را بیان می‌دارد که سرپرست بر اثر ارتکاب تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، زمینه ورود زیان توسط صغیر یا مجنون را فراهم آورده و عرف زیان وارده را مستند به او می‌داند (منطبق با ملاک ماده ۳۳۲ ق.م.م.). با وجود این، ماده ۷ ق.م.م. صغیر یا مجنون را بی‌نصیب از مسئولیت نگذارد، چراکه در بند دوم آن آمده در صورتی که سرپرست مقصر «استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد...». همان‌گونه که استادان حقوق به‌درستی اشاره کرده‌اند، این بند از ماده فاقد منطق حقوقی است، چه، عرف زیان وارده را مستند به سرپرست مقصر می‌داند (م ۳۳۲ ق.م.م.)، از این‌رو، تحمیل مسئولیت به صغیر و مجنون که عرفاً مسئول زیان وارده نیستند، چندان پشتوانه منطقی ندارد. لیکن قانونگذار بنا به ملاحظات اخلاقی و ناظر به عدالت و انصاف و نیز با هدف مطلوبیت اجتماعی استثنائاً حکم به مسئولیت مدنی صغیر یا مجنون نموده است چه، زیان را بر کسی تحمیل کرده که باعث آن بوده است (صفایی و رحیمی، پیشین، ۳۴۹، ش ۲۱۷ و کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۲/۲، ش ۳۵۹ و قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۷۱، ش ۲-۵۳). لیکن به‌نظر می‌رسد که حکم مندرج در بند دوم ماده ۷ ق.م.م. خلاف مبانی فقهی مسئله است زیرا فقهاء در فرضی که سرپرست مقصر باشد، ضمان را از عهده زیان‌زننده محجور برداشته و مطلقاً متوجه سرپرست مقصر می‌کنند، بنابراین اگر سرپرست توان جبران زیان نداشته باشد، باز هم ضامنی متوجه محجور نمی‌شود. برای نمونه برخی از فقیهان امامیه معتقدند که اگر لقطه (مال گمشده‌ای) توسط صغیر یا مجنونی تلف یا اتلاف شود، در فرض ارتکاب تقصیر از ناحیه ولی در نظارت بر لقطه‌ای که در تصرف صغیر یا مجنون، خود ولی (مطلقاً) مسئول جبران زیان است

سرپرست مقصر ملزم به جبران زیان می‌شود زیرا عرف خسارت را مستند به او می‌داند (م ۳۳۲ ق.م). پس وی مدیون محسوب شده و به میزان خسارت قابل پرداخت، بر دارایی منفی او افزوده شده است. از جهتی، پرداخت خسارت توسط صغیر یا مجنون صرفاً مانع از رجوع زیان دیده و سقوط حق دینی او نسبت به سرپرست می‌شود اما دین همچنان باقی است، و دلیل موجهی بر سقوط آن از ذمه سرپرست وجود ندارد. پس آنچه رخ داده تغییر طلبکار از زیان دیده به صغیر یا مجنون است، نه سقوط کامل حق دینی نسبت به بدهکار اصلی (سرپرست مقصر). در نتیجه صغیر یا مجنون حق مراجعه به سرپرست را خواهد داشت. به نظر می‌رسد که این تحلیل، از یک سو با آراء قضایی<sup>۱</sup> و حقوق تطبیقی<sup>۲</sup> همگام بوده و از دیگر سو، با جنبه استثنایی بودن حکم مندرج در بند

(اسدی حلی، بی تا، ۲۰۳/۱۷ و نیز، ر.ک.: کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۲: ۶۰۴/۴ و ۱۴۷ و نجفی، بی تا، ۲۷/۱۵) «إن ألتفا أی الطفل و المجنون شیئا منها مع تفریط الولی کان الضمان علیه، و مع عدمه یکون الضمان علیهما، فیؤدی الولی العوض من مالهما».

۱. در ذیل ماده ۷ ق.م.م. مقرر شده: «... در صورتی که (سرپرستِ مسئول و مقصر) استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر، زیان جبران خواهد شد و در هر صورت، جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عُسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد». بنابراین، صغیر یا مجنون حق مراجعه به سرپرست برای تأدیه مبلغ پرداختی را دارند در این خصوص، نظریه مشورتی به شماره ۱۹۰۷/۹۵/۷ مورخ ۹۵/۸/۱۱ موضوع پرونده به شماره ۱۲۷۴-۲۶-۹۵ به درستی تصریح می‌کند که در زمانی که سرپرست (اعم از ولی، قیم، و...) مسئولیت مالی داشته باشد، دادگاه حق اینکه در اجرای وصول محکومیت مالی ولی، اقدام به توقیف اموال و موجودی حساب‌های بانکی مولی‌علیهم کند را ندارد. زیرا محجور خودش اهلیت تمتع داشته و صرفاً اهلیت استیفاء ندارد و سرپرست از این باب برایش تعیین می‌شود تا از او محافظت و نگهداری کرده و اموالش را اداره کند. (ر.ک.: مواد ۹۵۶ و ۹۵۸، ۱۲۱۲، ۱۲۱۴ و ۱۲۱۷ ق.م.) وانگهی، طبق مواد ۳۹ و ۵۱ قانون اجرای احکام مدنی، تنها اموال محکوم علیه بابت استیفاء محکوم به و هزینه‌های اجرایی قابل توقیف است؛ مگر احراز شود که سرپرست مدیون، به قصد فرار از دین اقدام به انتقال اموال به محجور را نموده است (موضوع ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌ها مالی). بنابراین، ملاک این نظریه اشاره دارد به اینکه حتی پرداخت خسارت از دارایی محجور، سبب براءت ذمه سرپرست از مسئولیت در قبال محجور نمی‌گردد.

همچنین این ملاک که ضمان سرپرست، قابل انتقال کامل به محجور نیست از نظریه مشورتی ۳۲۲/۹۶/۷ مورخ ۹۶/۲/۱۳ موضوع پرونده شماره ۶۹-۶۸/۱-۱۵۱، نیز قابل استنباط است. چراکه، در این نظریه تصریح شده که هرگاه در حین ارتکاب جرم، شخص صغیر (یا مجنون) بوده و دیه بر عهده عاقله باشد اما عاقله در دسترس نباشد، مسئولیت عاقله زائل نمی‌شود ولو مرتکب جنایت، کبیر و ثروتمند گردد.

۲. برای نمونه برعکس فرض مزبور را در نظام حقوقی عراق شاهدیم؛ مثلاً در حقوق عراق، طبق ماده ۱۹۱ ق.م.عراق، اگرچه معیار نوعی محض پذیرفته شده و حکم به مسئولیت صغار (متمیز یا غیر متمیز) و مجانین داده شده اما در ماده مزبور، به محکمه اجازه داده شده تا با در نظر گرفتن اینکه دریافت خسارت به دلیل ضعف مالی محجور مشکل است، سرپرست را

دوم ماده ۷ ق.م.م. و نیز خلاف مبانی فقهی بودن آن و در نتیجه ضرورت تفسیر مضیق و کاربرد محدود آن و نیز حمایت توأمان از زیان دیده و زیان زننده محجور هم‌خوانی بیشتری دارد. در هر صورت جبران زیان نباید به میزانی باشد که منجر به عسرت و تنگدستی جبران‌کننده شود (ذیل ماده ۷ ق.م.م.).

## ۲-۲-۵- شرایط اعمال تئوری مسئولیت منصفانه و کیفیت تفسیر آن

براساس مطالب پیش‌گفته می‌توان گفت: حتی اگر تفسیر موسع از ماده ۳ ق.م.م. را نپذیریم، اما به‌نظر می‌آید که قانونگذار -به‌ویژه برپایه مواد ۴ و ۷ ق.م.م.- تا حد معقول و متعارفی این امکان را فراهم آورده تا با در نظر گرفتن متغیرهای نوعی حاکم بر اوضاع و احوال پرونده، از خشکی قواعد حاکم بر عدالت صورتی انعکاس یافته در ماده ۱۲۱۶ ق.م. کاست و مسئولیت مدنی صغار و مجانین را تعدیل نمود. این تفسیر پذیرش نوعی نظام منعطف برپایه کثرت‌گرایی موضوعی و مختلط را نوید می‌دهد. از این‌رو، پیشنهاد می‌شود که تا حد امکان و در محدوده‌ای متعارف و معقول، بتوان در ارزیابی قضیه به امور ذیل نیز نهایت اهتمام را داشت:

۱- ارزیابی رفتار محجور در مقایسه با رفتار متعارف همسانان او؛ ۲- وضعیت مالی طرفین و میزان تأثیر زیان وارده و جبران آن در موقعیت نوعی آن‌ها؛ ۳- ویژگی‌های فعل زیانبار از حیث آثار مخرب فردی و اجتماعی که به دنبال دارد؛ ۴- درجه و میزان تقصیر (البته در مواردی که تقصیر شرط یا رکن یا مبنای مسئولیت است)؛ ۵- وجود یا فقدان سرپرست (اعم از حقیقی یا حقوقی)؛ ۶- وجود یا فقدان پوشش بیمه مسئولیت مدنی صغیر یا مجنون یا سرپرست (اعم از بیمه اختیاری یا اجباری) و ... .

ملزم به پرداخت خسارت نماید البته سرپرست پس از جبران زیان، حق رجوع به محجور را دارد زیرا او، مسئول نبوده بلکه با وصف کفیل بودن، خسارت را پرداخت کرده است مگر آنکه اثبات شود که مسئولیت به دلیل تقصیر مفروض بر عهده سرپرست بوده و او نتواند بی‌تقصیری خود را اثبات کند در این حالت، خودش مسئول است (م ۲۱۸ ق.م.عراق). (ر.ک: حاتم حسین، پیشین، ۳۴۹ تا ۳۵۲).

گفتنی است که ملاک‌های پیشنهادی که برشمردیم به هیچ وجه جنبه حصری نداشته بلکه از باب تمثیل و پیشنهاد می‌باشد؛ زیرا این وظیفه قانونگذار است که به شناسایی این ملاک‌ها و تصریح به آنها اقدام نماید تا در محدوده اراده او، ملاکات محدّد و مشخص گردند و از تفاسیر شخصی و تشتت آرا جلوگیری شود؛ به‌ویژه اینکه در نظام مسئولیت مدنی، به جهت چهره پررنگ‌تر نظم عمومی، باید با احتیاط بیشتری گام نهاد و در استفاده از این معیارها محتاط بود و ضمن پاسداشت اصل جبران زیان، جانب تعدیل متعارف و معقول آن‌را نیز مراعات داشت. همچنین، در فرض تعیین ملاکات قانونی توسط قانونگذار نیز باید توجه داشت که چون تئوری مسئولیت منصفانه اصولاً خلاف اصل است، همین مطلب ضرورت تفسیر مضیق آن را در محدوده اراده مقنن ایجاب می‌کند.

ممکن است این ایراد مطرح شود که دادن اختیارات زیاد به دادرس و بازگذارن دست او در پرونده، خود عامل تشتت آرای قضایی و سوء استفاده‌های جدی می‌شود. در پاسخ می‌توان گفت: آری، این ایراد وارد است، باوجوداین، به‌نظر می‌رسد که بنابر نظریه پیشنهادی، چون اصل جبران کامل زیان وارده توسط مجبورین همچنان حاکم است، بنابراین، دادرس تنها در فرضی می‌تواند اصل مزبور را تعدیل بخشد که با نظر کارشناس یا دلیل متقن قانونی و حقوقی و در محدوده اراده قانونگذار همراه باشد. به‌بیانی‌دیگر، این یک واقعیت فلسفی است که اصولاً دادرس یا حقوقدان بنابر آنچه که خود عادلانه و منصفانه می‌پندارد (که نوعی اشراق یا شهود قضایی است)، اقدام به ترکیب داده‌های موضوعی و حکمی و نیز تفسیر قوانین می‌کند؛ بنابراین، امکان سوء استفاده یا تفسیر شخصی همواره وجود دارد، به‌همین جهت مراجع قضایی و نظارتی بالاتری وجود دارند که امکان نقض رأی بدوی را فراهم می‌آورد. در محل بحث نیز اصل اولیه بر مسئولیت مدنی کلیه مجبورین است (ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا)، و تعدیل آن توسط دادرس نیازمند به تجویز قانونگذار یا در محدوده اصول و قواعد حقوقی بوده و ارائه دلایلی منطقی و متقن از سوی دادرس را می‌طلبد. وانگهی، اگر ایراد مزبور را وارد بدانیم، ضمن اینکه باید آن‌را به مواد ۳ و ۴ ق.م.ا نیز وارد دانست زیرا در این مواد نیز اختیارات زیادی -درخصوص ارزیابی و کیفیت جبران زیان و میزان آن- به دادرس داده شده است. از این‌رو، برخلاف عقیده برخی نویسندگان جوان که تخطی از اصل جبران

کامل خسارت به سوی جبران معقول و منصفانه ضرر - در راستای تلطیف و هر چه منعطف‌تر کردن قواعد حاکم‌بر جبران زیان -، را نه یک استثنا، بلکه باید یک اصل یا قاعده تلقی کنند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که پذیرش تئوری مسئولیت مبتنی بر انصاف و عدالت را باید یک استثنا دانست که تنها تحت شرایط خاص قانونی قابل اعمال می‌باشد و این مهم، با حقوق بومی ما که اصل را بر جبران کامل زیان می‌داند و نیز حقوق تطبیقی همخوان‌تر است؛ بنابراین استفاده از این تئوری جنبه استثنائی دارد یعنی در مواردی خاص، بلکه تا حدودی نادر و منحصر به فرد<sup>۲</sup> است که می‌توان تحت شرایطی و به استناد دلایلی کاملاً واقعی<sup>۳</sup> و منطقی از اصل جبران زیان منحرف شده و آن را تعدیل نمود (DCFR, Op.Cit.3294). همین چهره استثنایی، نشان می‌دهد که در اعمال تئوری مزبور دست دادرس چندان باز نیست بلکه ضرورتاً تفسیر آن باید مضیق و در محدوده اراده مٌصرح مقنن باشد.

وانگهی، عده‌ای برای دفع ایراد مزبور - مبنی بر امکان سوء استفاده دادرس - بر این عقیده‌اند که در جبران عادلانه، منصفانه و معقولانه خسارت نباید دست دادرس را باز گذارد بلکه می‌توان با ارائه یک معیار نوعی، قاضی را موظف به احراز این معیار نمود؛ این معیار، ضابطه تعیین مسئولیت عادلانه و منصفانه است؛ در این ضابطه، به جای تمرکز بر فاعل زیان، سمت و سوی تمرکز، بر زیان دیده است بدین صورت که وضعیت زیان دیده با یک انسان متعارف در همان شرایط مقایسه می‌شود تا بررسی گردد که آیا انسانی متعارف در اوضاع و احوالی که طرفین دعوا

۱. «به نظر می‌رسد که ضرورت منصفانه و معقول بودن احکام جبران خسارت، قاعده است نه استثنا». وی ضابطه آنرا نه در دسترس قاضی، بلکه یک معیار نوعی می‌داند بدین صورت که وضعیت زیان دیده با یک انسان متعارف در همان شرایط مقایسه می‌شود. یعنی باید دید که آیا انسانی متعارف در اوضاع و احوالی که طرفین دعوا در آن قرار دارند، تقاضای جبران کامل ضرر را می‌کند یا خیر؟

وی، صدر ماده ۳، مواد ۴ و ۷ ق.م.م را مواد پراکنده‌ای می‌داند که می‌توان قاعده جبران خسارت معقول و منصفانه را از آنها استنباط نمود؛ به ویژه اینکه قانون تعهدات سوئیس که مأخذ اصلی قانون مسئولیت مدنی ماست زیرا در مواد متعددی از اصطلاحات «به نحو منصفانه»، «غرامت منصفانه»، «اقتضای انصاف» و... استفاده نموده است (ر.ک: یزدانیان، ۱۳۹۵: ش ۱۱۵ و ۱۱۶، ص ۲۷۶ تا ۲۸۱).

2. In Special, Rather Rare Individual Cases.  
3. Purely Factual Reasons.

در آن قرار دارند (با توجه به میزان زیان، وضعیت مالی طرفین و...) تقاضای جبران کامل زیان را می‌کند یا خیر؟ این ضابطه‌ی نوعی از یک‌سو، آزادی عمل دادرس برای جبران عادلانه و منصفانه خسارت را تا حدود زیادی محدود می‌کند و از دیگرسو، ملاکی منسجم و قابل ترسیم عرضه می‌دارد. (یزدانیان، پیشین، ش ۱۱۵، ۲۷۶/۱ و ۲۷۷). با وجود این، چنین ضابطه‌ای در اسناد و نظام‌های اروپایی (OP. Cit, 3294 - 3295; European Center of Tort and Insurance Law, OP. Cit, 435- 438, N. 42- 53)، مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ بلکه آنچه ظاهراً قابل استنباط می‌باشد، این است که اختیار و آزادی دادرس در احراز شرایط اعمال تئوری مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف، زیاد است؛ نهایتاً اینکه برای کنترل رفتار قاضی، کوشش شده تا شرایط مُحدّد و معینی برای اجرای تئوری، توسط قانونگذاران پیشنهاد گردد و اصل، بر تفسیر مضیق در محدوده اراده قانونگذار گردد. برای نمونه در نظام حقوقی حاکم بر کشور سوئد (که مبتنی بر نظریه تقصیر است)، بیشترین حدّ اعمال معیارهای نوعی مشاهده می‌شود؛ از این‌رو، معیار تحقق تقصیر را تخلف از رفتار انسانی معقول و متعارف در شرایط حادثه قرار داده و برپایه آن رفتار صغیر یا مجنون را با هنجارهای رفتاری یک فرد بزرگسال معقول و متعارف در شرایط حادثه می‌سنجند (European Center of Tort and Insurance Law, Ibid, 428, N. 17). با وجود این، نوعی نظام «مسئولیت مبتنی بر انصاف» (Ibid: 430, N. 24). در راستای تعدیل مسئولیت مدنی صغار پیش‌بینی شده و به دادرس این اختیار داده شده که با در نظر گرفتن متغیرهایی نظیر سن و میزان پیشرفت صغیر<sup>۱</sup>، شاخصه‌ها و ویژگی‌های فعل زیانبار<sup>۲</sup>، عقلانیت (معقول بودن تعدیل یا جبران خسارت)<sup>۳</sup>، وجود بیمه مسئولیت و... مسئولیت مدنی وی را تعدیل کرده و به جای دریافت تمامی خسارت، میزانی منصفانه از آن دریافت گردد (European Center of Tort and Insurance Law, OP. Cit, 431, N. 28).

1. Age and development of the minor.
2. Charcter of The damaging act.
3. The reaspnable ness.

این رویه، در نظام‌هایی که گرایش به معیار شخصی داشته و عدم مسئولیت مدنی صغار غیرممیز و مجانین را پذیرفته‌اند نیز قابل مشاهده است که نمونه آن در حقوق مصر و حقوق آلمان مشاهده می‌شود. در حقوق آلمان اصولاً مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است که تشخیص آن برپایه معیارهای نوعی و انتزاعی استوار می‌باشد. با وجود این، هنگامی که به مسئله مسئولیت مدنی صغار غیرممیز و مجانین می‌رسیم، به‌ناگاه معیارها از نوعی به شخصی بدل شده و مقررات خاصی پیش‌بینی شده است. در حقوق آلمان، کودک زیر هفت سال (و در سوانح رانندگی زیر ۱۰ سال) (European Center of Tort and Insurance Law, OP. Cit, 425, N. 7). تحت هیچ شرایطی مسئول فعل زیانباری که انجام داده نمی‌باشد. همچنین بیمار روانی که قادر به درک محتوای نادرست، ناهنجار و غیرقانونی رفتارش نباشد و نیز قادر به ارتکاب تقصیر عمد یا غیرعمد نیست، در قبال رفتار زیانبارش مسئول شناخته نمی‌شود. منتهی در فرض اخیر، بار اثبات جنون و اختلال مشاعر بر عهده مدعی‌علیه (خوانده) است (Van Dam, OP. Cit, 273 – 276, N. 813-3).

با تمام این اوصاف، حقوق آلمان این نظریه را تعدیل بخشیده و برای دادرسی این امکان را فراهم آورده که برپایه برخی متغیرها نظیر شرایط مالی طرفین دعوا،<sup>۱</sup> وجود پوشش بیمه اجباری یا اختیاری<sup>۲</sup> برای مسئولیت سرپرست یا فرد غیرممیز، درجه تقصیر از حیث شدت و ضعف،<sup>۳</sup> وجود پوشش بیمه شخص ثالث در سوانح رانندگی و... نوعی «مسئولیت مبتنی بر انصاف»<sup>۴</sup> در نظر بگیرد. و براساس آن فرد غیرممیز را مکلف به جبران میزانی منصفانه از خسارت نماید چه، دادرسی می‌داند که اقامه دعوا علیه کسانی است که به دلیل ضعف قوای دماغی (و حتی جسمی) قادر به ادراک محتوای رفتار و نیز کنترل عاقلانه آن نیستند (European Center of Tort and Insurance Law, OP. Cit, 433, N. 33-37).

1. The financial conditions of the parties.
2. The existence of liability insurance covering the damage caused by child... mandatory or voluntary.
3. The degree of fault of the child.
4. Liability in Equity.

در پایان می‌توان گفت: تفسیر ارائه شده از مواد ۳، ۴ و ۷ ق.م.م. و شناسایی و پیشنهاد تئوری مسئولیت منصفانه در حقوق ایران، نه تنها ارائه دورنمایی از حقوق مطلوب (آنچه باید باشد) را به دست می‌دهد، همچنین امکان تعدیل مسئولیت مدنی صغار و مجانین در حقوق موجود (آنچه هست) را نیز فراهم می‌آورد. به‌ویژه اینکه هم‌گامی آن با دستاوردهای حقوق تطبیقی گواه این مطلب است که در نظام‌های پیشرفته حقوقی و اسناد اروپایی نیز راهکار مزبور - با عنوان مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف - جوابگو بوده زیرا حتی در نظام‌هایی که - همانند ایران - گرایش به نوعی‌گرایی داشته و مسئولیت مدنی صغار و مجانین را پذیرفته‌اند، برای دادرسی این امکان پیش‌بینی شده که در مسئولیت مدنی این افراد تعدیلی مناسب اعمال نمایند. وانگهی، به‌نظر می‌رسد که حوزه حقوق مسئولیت مدنی، حوزه تعقل است و نه تعبد (جهت مطالعه ماهیت و مواضع دقیق تعقل‌گرایی و تعبد‌گرایی در حقوق و فقه، ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ش ۵۲ تا ۹۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ش ۱۶۰ و ۱۶۱ و به‌ویژه ش ۱۶۲ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۶۶ و ۶۷ ش ۱۲۰ تا ۱۲۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ش ۲۴۷ تا ۲۵۱؛ آیین، ۱۳۹۸: ۱۰۱ به بعد)، و این مهم، مجال مصلحت‌سنجی و استفاده از بنیاد عقلایی در سطح جهانی و تجربیات سایرین را فراهم می‌آورد.

به نظر می‌رسد که نگاه‌های مادی‌گرایانه و اعمال ضمانت‌اجراهای رابطه محور صرف و گاه افراطی در فلسفه حقوق مدنی و تبلور عدالت اصلاحی و به تبع آن، عدالت صوری در حقوق مسئولیت مدنی، رفته رفته فرض قانونی یکسان انگاری همگان و رفتار برابر با اشخاص قرار گرفته در وضعیت‌های نابرابر را پدید آورد؛ این نگاه خاص اگرچه به نفع زیان‌دیده بود اما، عدالت ماهوی آنرا بر نمی‌تابد زیرا این رفتار نابرابر با اشخاص نابرابر است که عدالت ماهوی داعیه‌دار آن می‌باشد؛ همین نگاه برخاسته از عدالت ماهوی، رفته رفته اندیشه‌ای را در حقوق نوین مسئولیت مدنی پدیدار ساخت به نام نظریه «مسئولیت مبتنی بر عدالت و انصاف» و به تعبیری دیگر، تئوری «مسئولیت منصفانه» که غایت تعریف شده برای آن، رفتار مناسب قواعد حقوقی با وضعیت واقعی اشخاص بود؛ به گمان نگارنده - و برخلاف دیدگاه عده‌ای - این تئوری اگرچه برای تعدیل نگاه مادی‌گرا و خشنونت عدالت اصلاحی پدید آمد اما نتوانست تفوق کامل یافته و مبدل به اصل یا قاعده‌ای کلان شود بلکه همچنان چهره‌ای استثنایی داشته و تخصیص یا حاشیه‌ای بر اندیشه ترمیم‌گرا و اعاده‌گرای عدالت اصلاحی قلمداد می‌شود. بر این پایه، فارغ از حقوق تطبیقی،<sup>۱</sup> در حقوق بومی می‌توان پیشنهاد داد که قانونگذار اصل کلی جبران زیان توسط زیان‌زننده محجور در ماده ۱۲۱۶ ق.م. را حفظ نماید (عدالت صوری) اما این امکان را نیز فراهم آورد که با توجه به ویژگی‌های بارز زیان‌زننده که در موقعیت وی از حیث میزان پاسخ‌گویی او در قبال زیان دیده

۱. بسیاری از اسناد و نظام‌های غربی که در مواردی طرفدار معیار شخصی بوده‌اند و اصل را بر عدم مسئولیت صغار غیرممیز و مجانبین نهاده‌اند (نظیر سند DCFR، بلژیک، ایتالیا، آلمان، اتریش و یونان) و یا نظام‌هایی که در مواردی طرفدار معیار نوعی هستند و اصل را بر مسئولیت صغار و مجانبین نهاده‌اند (نظیر سوئد)، با پذیرش تئوری مسئولیت منصفانه (یا تئوری جبران خسارت بر پایه عدالت و انصاف)، کوشیده‌اند تا دیدگاه اولیه خود را تحت شرایطی تعدیل کنند؛ با وجود این، نظام‌هایی هستند که تئوری مزبور را مورد شناسایی قرار نداده‌اند (نظیر فرانسه، اسپانیا و نیز نظام‌های کامن لا نظیر انگلیس، ایرلند و اسکاتلند). همچنین، در نظام‌های حقوقی عربی - با بهره‌گیری از مبانی فقهی و دستاوردهای حقوق تطبیقی - عوامل مؤثری در تعیین میزان غرامت پرداختی ترسیم گردیده است. برای نمونه، در خصوص تأثیر شرایط مالی زیان‌زننده در بسیاری از نظام‌های حقوقی عربی، -چه در آنهایی که معیار شخصی را در خصوص غیرممیزین پذیرفته‌اند نظیر مصر (ماده ۱۶۴ ق.م.جدید) و الجزایر (ماده ۱۳۱ ق.م.)؛ و چه در آنهایی که معیار نوعی را در خصوص محجورین پذیرفته‌اند مانند عراق (ماده ۱۹۱ ق.م.)- تصریح شده که شرایط متنوعی از جمله وضعیت اقتصادی طرفین در تعیین غرامت مؤثر می‌باشد.

بسیار مؤثر است (نظیر ارزیابی نحوه فعالیتش با توجه به ضعف قوای دماغی و سن او، وجود یا فقدان توان مالی، وجود یا فقدان سرپرست، وجود یا فقدان پوشش بیمه‌ای و...) آن اصل کلی تعدیل شود (عدالت ماهوی). به نظر می‌رسد که راه شناسایی چنین نظریه‌ای در حقوق بومی ارائه تفسیری مناسب از مواد ۳، ۴ و ۷ ق.م.م. است.<sup>۱</sup> البته که این تعدیل، چهره‌ای استثنایی داشته و تنها در محدوده اراده مُصرَح و ملاکات مُعین و مدنظر قانونگذار باید تفسیری مضیق گردد. فلسفه این تفسیر مضیق علاوه بر مطالبی که گذشت، در ابهام مفهومی و مصداقی مضامینی چون عدالت و انصاف نیز نهفته است زیرا این دو، مضمون بسیار کلی و گاه مبهم بوده و مبتلا به شبهه مفهومی و مصداقیه می‌باشند، بنابراین احراز شرایطی که ذکر شد، برای اعمال تئوری مسئولیت عادلانه و منصفانه ضروری است زیرا ضابطه این است که جبران یا عدم جبران تمام یا قسمتی از خسارت - به استناد تئوری مزبور - جنبه استثنایی داشته و باید واجد توجیه واقعی و عاقلانه (یا معقولانه‌ای) باشد.

مطلب مهم پایانی که باید متذکر آن شد این است که گاه استفاده از نظریه مسئولیت منصفانه تابعی از نوع خسارت وارده نیز می‌باشد یعنی در پاره‌ای موارد حتی اگر شرایط اجرای تئوری مزبور نباشد اما گاه نوع، اهمیت و حساسیت خسارت وارده ایجاب می‌کند که از تئوری مزبور بهره گرفته

۱. به نظر می‌رسد که راه شناسایی نظریه مسئولیت منصفانه در حقوق ایران این است که ذیل ماده ۷ در راستای صدر ماده ۳ و به‌ویژه بند دوم ماده ۴ ق.م.م. تفسیر شود، در ماده ۳ ق.م.م. قانونگذار دادگاه را موظف کرده که در تعیین میزان زیان، طریقه و کیفیت جبران آن اوضاع و احوال حاکم بر پرونده را در نظر بگیرد، در ماده ۴ نیز دادگاه موظف شده در میزان زیان تخفیف دهد که یکی از موارد آن عسرت جبران‌کننده (به همراه تقصیر قابل اغماض) است. این تحلیل هنگامی تقویت می‌شود که بدانیم لسان ذیل ماده ۷ نیز تا حدود زیادی همسان سیاق بند دوم ماده ۴ است، زیرا قانونگذار مقرر داشته که جبران زیان نباید موجب عسرت جبران‌کننده باشد. بنابراین امکان تخفیف میزان خسارت دور از منطقی نخواهد بود. وانگهی، ای بسا بتوان گفت که قانونگذار در ماده ۱ ق.م.م. (به عنوان بنیادین‌ترین ماده قانون مسئولیت مدنی) تنها بر اصل جبران زیان تأکید کرده نه جبران کامل زیان، و آلاً مواد ۳ و ۴ ق.م.م. نقض غرض می‌نمود. به هر روی، این تحلیل علاوه بر اینکه با حقوق تطبیقی همگام است، همچنین به نظر می‌رسد که با برخی مبانی فقهی<sup>۱</sup> نیز همخوانی دارد. به‌ویژه اینکه اعمال این تفسیر در خصوص مجانبین و صغار فقیر یا بی‌سرپرست و بدسرپرست نیز می‌تواند بسیار کارگشا باشد. برای مشاهده نحوه حل تعارض لاضرر و لاجرح که این موضوع بر مسئله عسرت و تنگدستی در جبران زیان تأثیر دارد (ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۷۴ به بعد؛ مؤسسه دائره‌معارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۳: ۳۸۴/۲۵ و مؤسسه دائره‌معارف الفقه الاسلامی ۱۴۳۱: ۷۸/۲۵ به بعد).

شود؛ برای نمونه در برخی از اندیشه‌های خارجی، در مواردی که معیار تقصیر شخصی است و اصل بر عدم ضمان صغار غیرممیز و مجانین باشد اما در جمله‌ای از خسارات ویژه، حتی اگر این توجیه عاقلانه و شرایط جبران خسارت عادلانه و منصفانه نباشد، باز هم باید حکم به جبران تمام یا قسمتی از خسارت نمود. برای نمونه، هرگاه زیان، جزء آسیب‌های غیراقتصادی<sup>۱</sup> باشد یعنی خسارت شدید یا زیاد جسمانی بوده و سلامتی زیان دیده را به مخاطره افکند، در این حالت حتی اگر شرایط مسئولیت مبتنی بر انصاف و عدالت هم نباشد، باز هم اهمیت نوع خسارت، دادرس را ملزم به جبران خواهد نمود (DCFR, Op.Cit, P.3295). مثلاً فرض کنید که چند کودک غیرممیز، با پرتاب سنگ به اتاق خواب همسایه، سبب ترس او و سقوطش از طبقه دوم تختخواب بر روی زمین شوند و وی، در اثر این سقوط ناگهانی دچار شکستگی شدید در ناحیه دست و پا گردد؛ در این حالت، حتی اگر اصل بر عدم ضمان غیرممیزین باشد می‌توان حکم به پرداخت خسارت نمود حتی اگر سایر شرایط مسئولیت منصفانه موجود نباشد.

---

1. NON- Economic Losees.

## منابع و مأخذ:

## الف- منابع فارسی:

۱. آیین، علیرضا، (۱۳۹۸)، درآمدی بر روش شناسی حقوقی دکتر جعفری لنگرودی: مندرج در مجموعه مقالات همایش تجلیل از مقام علمی استاد جعفری لنگرودی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲. ارسطو، (۱۳۷۸)، اخلاق نیکوماخوس، (مترجم: محمدحسن لطفی)، تهران، انتشارات طرح نو.
۳. امیری قائم مقام، عبدالمجید، (۱۳۸۵)، حقوق تعهدات: کلیات حقوق تعهدات- وقایع حقوقی، ج ۱، چاپ سوم، نشر میزان، تهران.
۴. جانستون، دیوید، (۱۳۹۴)، فلسفه حقوق: مفهوم عدالت در گستره تاریخی، مترجم: علیرضا میرزایی، انتشارات راه نوین، تهران.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۹)، تربیت محقق: حقوقی- فلسفی- ادبی- عرفانی- اجتماعی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۸)، دروس حقوق سیاسی: حقوق تطبیقی- تاریخ حقوق سیاسی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، رنسانس فلسفه: فلسفه وجود اعتباری (بنیاد عقدشناسی و قواعد عمومی قراردادها)، ج ۴، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۹. حیاتی، علی عباس، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۰. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌ا...، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت.

۱۱. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌ا...، (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی تطبیقی، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش.

۱۲. قاسمزاده، سیدمرتضی، (۱۳۹۵)، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ دهم، ویراست ۴، تهران، نشر میزان.

۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت‌های خاص و مختلط، ج ۲، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۱۴. کریمی، عباس؛ آبین، علیرضا و شیروانی، خدیجه، (۱۳۹۶)، نظریه عمومی عدالت در علم حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر با همکاری انتشارات دکتر عباس کریمی.

۱۵. محمصانی، صبحی، (۱۳۳۹)، النظریات العامه للموجبات والعقود (قوانین فقه اسلامی در التزامات و عقود با مقایسه با قوانین جدید)، مترجم: جمال الدین جمالی (محلالتی)، ج ۱، چاپ موسوی، تهران.

۱۶. پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با قانون مجازات اسلامی، (۱۳۹۶)، به کوشش: افشین عبداللهی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ج ۴، چاپ اول، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

۱۷. «اقتصادی صور اسرافیل»، (۱۳۹۶)، نشریه حقوقی، سال سوم، شماره ۸۶.

۱۸. وینیب، ارنست جی، شکل‌گرایی حقوقی: مندرج در کتاب راهنمای بلک ول برای فلسفه حقوق (مقاله هشتم مکاتب معاصر فلسفه حقوق)، گردآورنده: دنیس پترسن، مترجم: عبداللهی، سیدمحمدعلی، (۱۳۹۵)، با ویراستاری محمدمهدی ذوالقدری، چاپ اول، تهران، انتشارات ترجمان علوم انسانی.

۱۹. یزدانیان، علیرضا، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی - حقوق تعهدات: قواعد عمومی مسئولیت مدنی (با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه)، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

## ب- منابع عربی:

۲۰. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، (بی تا)، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۷، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۱. انصاری شیرازی، قدرت... و جمعی از پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار، (۱۴۲۹ق)، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، ج ۴، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
۲۲. حاتم حسین، فرهاد، (۲۰۱۴)، عوارض المسئولیه المدنیه: دراسه تحلیلیه مقارنه، چاپ اول، بیروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۳. زحیلی، وهبه، (۱۴۳۳ق)، نظریه الضمان أو احکام المسئولیه المدنیه و الجنایه فی الفقه الاسلامی (دراسه مقارنه)، چاپ نهم، دمشق، دارالفکر.
۲۴. الشیخ فقیه، ادريس صالح، (۲۰۰۶)، القواعد و الضوابط الفقهیه فی نظریه الضمان: دراسه فقهیه تحلیلیه، جامعه الاردنیه، اردن.
۲۵. صالح عطیه الجبوری، ابراهیم، (۲۰۱۳)، العوامل المؤثره فی تقدير التعویض عن الفعل الضار: دراسه مقارنه، چاپ اول، بیروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقیه.
۲۶. طباطبایی حائری، سیدمحمد مجاهد، (بی تا)، کتاب المناهل، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، (۱۴۲۹ق)، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق: عباس محمد آل سباع القطیفی، ج ۱، چاپ دوم، قم، مؤسسه طیبه لاحیاء التراث.
۲۸. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۶ق)، تمهید القواعد الاصولیه والعربیه، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۹. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (بی تا)، القواعد والفوائد (تحقیق وتصحیح: سید عبدالهادی حکیم)، ج ۲، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید (مکتبه مفید).
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۵ق)، ثلاث رسائل، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.

٣١. كاشف الغطاء نجفی، جعفر بن خضر مالکی، (١٤٢٢ق)، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (ط - الحديثه)، ج٤، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
٣٢. مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، (١٤٣٣ق)، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، ج ٢٥، چاپ اول، قم، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی.
٣٣. مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی، (١٤٣١ق)، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، ج ١٥، چاپ اول، قم، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی.
٣٤. نجفی، محمد حسن، (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج١٥، چاپ هفتم، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی.
٣٥. هیئته کبار علماء الاسلام، الموسوعه الفقهیه (الموسوعه الكويتیه)، (١٤٢٩ق)، ج ١، کویته - پاکستان، مکتبه رشیدیہ.

### ج- منابع لاتین:

1. Van Dam, (2013), Cees, European Tort Law, 2nd ed., London, Oxford university press.
2. European Centre of Tort and Insurance Law, (2006), Children in Tort Law: Children as Tort Feasors, printed in Germany, springer Wien Newyork, Vol. 17.
3. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), (2009) , Prepared by: the Study Group on a European Civil Code & the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Edited by :Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölkeand Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll .E book ed of: sellier: european law publishers, Munich (Germany).
4. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law :DCFR, (2009), sellier: european law publishers, Munich (Germany), vol.1.

## A Critique of Article 1216 of Iranian Civil Code and A Proposal for the Theory of a Fair Responsibility for Minors and the Mentally ill (A Comparative Study)

Alireza Abin<sup>1</sup>

### Abstract

Basically, the dominant approach in the Iranian civil liability law system and the non-contractual liability system in Islam is a consequentialist, restorationist and rectificationist approach, which is also rooted in the traditional thinking of the concept of justice, that is based on balanced retaliation and establishment of arithmetic equity and proportional equity, and in its extreme form causes a maximum tendency towards the concept of corrective justice and transforms the criteria of civil liability in all fundamental areas, elements and effects into an objective criteria. Nevertheless, the new civil liability law does not accept these extremes in the application of objective criteria and does not tolerate mere emphases on full rectification of the damaged legal relationship, but also glances - albeit exceptionally – at the personal situation of an injurer, one of the effects of which is to identify and formulate the theory of "fair responsibility"; a view that has seriously challenged the application of the principle of indisputable, full, and immediate compensation in the field of civil liability effects and has transformed the criteria of liability in this area from an objective to a subjective one. But the question is, what is the approach of the Iranian legislature towards this theory? In response, it should be mentioned that contrary to the strong tendency of comparative law in identifying this theory, but this view has a vague face in the system of aboriginal law and we do not see much recognition of it - at least as an exceptional theory.

<sup>1</sup>. PhD in Private Law (Jurisprudence and Private Law), Assistant Professor, Sistan and Baluchestan University. (Email: Alireza.abin@chmail.ir)

Therefore, in the present article, we seek to identify this theory in Iranian law and based on that we will critique Article 1216 of the Civil Code; Therefore, in the present article, an attempt was made to recognize this theory in Iran's law, and investigate Article 1216 of Iranian Civil Code accordingly. In the meantime, although the author does not claim that the application of this theory applies to all types of liability, except for the liability of minors and the mentally ill, but it is not unreasonable to expect general theories and broad results from a case study.

**KeyWords:** *civil liability, Article 1216 of Civil Code, Articles 3,4, and 7 of Civil Liability Code, Fair responsibility, Principle of full compensation, Subjective and objective criteria.*



# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌های مقاله

## منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. ارسطو، اخلاق نیکوماخوس، (مترجم: محمدحسن لطفی)، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۲. امیری قائم‌مقام، عبدالمجید، حقوق تعهدات: کلیات حقوق تعهدات - و فایع حقوقی، ج ۱، چاپ سوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵ هـ.ش.
۳. جانستون، دیوید، فلسفه حقوق: مفهوم عدالت در گستره تاریخی، مترجم: علیرضا میرزایی، انتشارات راه نوین، تهران، ۱۳۹۴ هـ.ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تربیت محقق: حقوقی-فلسفی - ادبی-عرفانی - اجتماعی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۹ هـ.ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دروس حقوق سیاسی: حقوق تطبیقی - تاریخ حقوق سیاسی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸ هـ.ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رنسانس فلسفه: فلسفه وجود اعتباری (بنیاد عقدشناسی و قواعد عمومی قراردادها)، ج ۴، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶ هـ.ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴ هـ.ش.
۸. حیاتی، علی‌عباس، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲ هـ.ش.
۹. صفایی، سیدحسین و حبیبی... رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲ هـ.ش.
۱۰. صفایی، سیدحسین و حبیبی... رحیمی، مسئولیت مدنی تطبیقی، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۷ هـ.ش.
۱۱. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ دهم، ویراست ۴، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵ هـ.ش.
۱۲. ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت‌های خاص و مختلط، ج ۲، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
۱۳. کریمی، عباس، علیرضا آیین و خدیجه شیروانی، نظریه عمومی عدالت در علم حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر با همکاری انتشارات دکتر عباس کریمی، ۱۳۹۶ هـ.ش.
۱۴. محمصانی، صبحی، النظریات العامه للموجبات والعقود (قوانین فقه اسلامی در التزامات و عقود با مقایسه با قوانین جدید)، مترجم: جمال الدین جمالی (محلالتی)، ج ۱، چاپ موسوی، تهران، ۱۳۳۹ هـ.ش.
۱۵. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی - حقوق تعهدات: قواعد عمومی مسئولیت مدنی (با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه)، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵.

## کد مقاله

LAW-2103-1058 (R3)

## دانشنامه‌های مرتبط

مسئولیت مدنی

## مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. مسئولیت مدنی
۲. مسئولیت منصفانه
۳. اصل جبران کامل زیان
۴. معیارهای شخصی و نوعی

## مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. تبیین ماهوی نظریه مسئولیت منصفانه
۲. سند اروپایی طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR)
۳. نظریه مسئولیت منصفانه در نظام‌های اروپایی
۴. عوامل مؤثر در تعیین میزان خسارت در کشورهای اسلامی
۵. انتقادات وارد بر ماده ۱۲۱۶ ق.م.
۶. نظریه مسئولیت منصفانه؛ راه-حلی در راستای تعدیل حکم ماده ۱۲۱۶ ق.م.
۷. شرایط اعمال تئوری مسئولیت منصفانه و کیفیت تفسیر آن

## قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی
۲. مواد ۳، ۴ و ۷ قانون مسئولیت مدنی

# معیار ارزیابی «خسارت‌های بدنی»: نظام ارزیابی مقطوع یا موردی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، فرانسه و انگلستان

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمد‌هادی جواهرکلام<sup>۱</sup>

## چکیده

در این مقاله، معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی به صورت تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، فرانسه و انگلستان مورد بررسی قرار گرفته است. سؤال بنیادین این بود که برای تقویم خسارت‌های بدنی، آیا باید نظام ارزیابی مقطوع پذیرفته شود یا نظام ارزیابی موردی، و کدام یک کارایی بیشتری دارد و هدف مسئولیت مدنی را بهتر تأمین می‌کند؟ با روش تحقیق توصیفی-تحلیلی و با مطالعه در نظام‌های حقوقی مختلف، این نتیجه حاصل شد که در حقوق فرانسه و انگلستان از نظام ارزیابی موردی برای تقویم خسارت‌های بدنی استفاده می‌شود و حقوق اسلام و ایران نظام ارزیابی مقطوع را برای تقویم این گونه خسارت‌ها پذیرفته است. با وجود این، مطالعه انواع زیان‌های قابل جبران در خسارت‌های بدنی و تحلیل حقوقی مسئله نشان می‌دهد که در این زمینه، باید بین «خسارت بدنی به معنای خاص» (اتلاف نفس یا عضو یا منافع) و «زیان‌های مالی و غیرمالی ناشی از خسارت بدنی» (خسارت‌های مادی و معنوی ناشی از صدمه بدنی) تفاوت گذاشت و در قسم نخست، نظام ارزیابی مقطوع و در نوع دوم، نظام ارزیابی موردی برای تقویم خسارت‌های بدنی پذیرفته شود.

**کلیدواژه‌ها:** دیه، خسارت بدنی، خسارت مادی، خسارت معنوی، نظام ارزیابی مقطوع، نظام

ارزیابی موردی.

۱. دکترای تخصصی، استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

خسارت بدنی در نوشته حاضر، معادل «جنایت» در حقوق اسلامی به کار می‌رود. جنایت در لغت، به معنای گناه و جرمی است که مستوجب عقاب و قصاص در دنیا و آخرت می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۵۴؛ ابن اثیر (جزری)، بی‌تا: ۳۰۹؛ حسینی حنفی، ۱۴۱۴: ۲۹۴). در اصطلاح فقهی، جنایت اسم فعل و عملی است که در شرع تحریم شده است، خواه بر نفس واقع شود یا بر مال و غیر آن. اما اکثر فقها واژه جنایت را بر اعمالی اطلاق می‌کنند که بر نفس یا اعضای انسان واقع می‌شود، مانند قتل، ضرب، جرح و سقط جنین (عوده، ۱۴۱۹: ۸۹). بر این اساس، فقیهان جنایت را به معنای صدمه رساندن به بدن انسان دانسته‌اند، خواه کلی باشد یا جزئی، که از قسم اول، به «جنایت نفس» و از دومی به «جنایت طرف» (یا اطراف) یاد می‌شود. همچنین، در لسان فقها به جنایت نوع اول، قتل و به جنایت نوع دوم، جرح گفته می‌شود (طریحی، ۱۴۱۶: ۹۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۳۹۵؛ عبدالرحمان، بی‌تا: ۵۴۲؛ ابوجیب، ۱۴۰۸: ۷). برخی از فقهای معاصر نیز از خسارت مزبور با عنوان «إضرار البدنی» یا «ضرر البدنی» یاد کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۳۴۸). به این ترتیب، خسارت بدنی یا جنایت، عملی است که شخصی به صورت عمدی یا غیرعمدی، مباشر یا سبب ایجاد آن باشد و باعث ایراد ضرر به جسم یا جان انسانی شود. «دیه» نیز در فقه اسلامی و حقوق ایران، وسیله‌ای است برای جبران خسارت زیان‌دیده (مجنی‌علیه)؛ که می‌توان معادل «غرامت» یا «جبران خسارت» را برای آن به کار برد (برای تفصیل بحث و دیدن ماهیت مدنی و جبرانی دیه، ر.ک.: جواهر کلام، ۱۳۹۸: ۹۵-۱۱۱؛ و برای دیدن مفهوم خسارت و غرامت، ر.ک.: صفایی و رحیمی ۱۳۹۷ (ب): ش ۶۱).

اما پرسش اساسی آن است که معیار ارزیابی خسارت بدنی چیست: آیا از حیث تحلیلی و با دید فراقانونی، خسارت‌های بدنی باید به صورت مقطوع و برای تمام انسان‌ها به شکل یکسانی ارزیابی شود، یا به صورت موردی و بر اساس شرایط ویژه زیان‌دیده معین؟ کدام یک از روش‌های ارزیابی خسارت بدنی، با هدف و کارکرد مسئولیت مدنی سازگارتر است و خسارت زیان‌دیده را بهتر جبران می‌کند؟ راهکار نظام‌های حقوقی پیشرفته در این زمینه چیست و حقوق اسلام و ایران کدام

راه حل را پذیرفته‌اند؟ آیا می‌توان بین اقسام مختلف خسارت‌های بدنی در این زمینه تفاوت گذاشت و تفسیر تازه‌ای از معیار ارزیابی خسارت بدنی در حقوق اسلام و ایران ارائه داد؟

امروزه در حقوق بسیاری از کشورها با استناد به اصل جبران کامل خسارات، از روش ارزیابی «موردی» یا «شخصی»<sup>۱</sup> برای تقویم و جبران خسارت‌های بدنی دفاع می‌شود. در این دیدگاه، پس از وقوع حادثه، به ارزیابی خسارت‌های وارده پرداخته می‌شود (دیدگاه پسینی).<sup>۲</sup> در مقابل، در برخی از نظام‌ها از روش ارزیابی «مقطوع» و «نوعی»<sup>۳</sup> برای تقویم صدمات جسمانی استفاده می‌گردد. بر مبنای این نگرش، پیش از وقوع حادثه، میزان خسارت قابل جبران به صورت مقطوع تعیین می‌شود (دیدگاه پیشینی).<sup>۴</sup>

برای اینکه ببینیم کدام یک از این شیوه‌ها مطلوب‌تر است و کارایی بیشتری داشته و هدف مسئولیت مدنی را بهتر برآورده می‌کند، ابتدا «معیار ارزیابی» خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و انگلستان مورد مطالعه قرار می‌گیرد (مبحث نخست). آنگاه به بررسی موضوع در حقوق اسلام و ایران می‌پردازیم (مبحث دوم). در نهایت، تحلیل منتخب با تأکید بر تمایز بین انواع خسارت‌های بدنی قابل جبران، ارائه خواهد شد (مبحث سوم).

## مبحث نخست: معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و

### انگلستان

در حقوق فرانسه و انگلستان، از نظام ارزیابی موردی برای تقویم خسارت‌های بدنی استفاده می‌شود. در حقوق این کشورها، برای ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی ناشی از خسارت‌های بدنی (بند دوم)، به اصل جبران کامل خسارت‌ها استناد شده است (بند نخست).

1. In Concreto.
2. Ex post.
3. In Abstracto.
4. Ex Ante.

## بند نخست: استناد به اصل جبران کامل خسارت‌ها

از نظر تاریخی، در حقوق روم قدیم و حقوق اقوام مسلط بر اروپا، برای جبران خسارت بدنی مبالغ از پیش تعیین شده‌ای با توجه به شدت و نوع خسارت وارد شده، پیش‌بینی شده بود که با کارکرد دیه در فقه اسلام شباهت بسیاری داشت، و به زیان‌دیده یا خانواده متوفی پرداخت می‌شد (ادریس، ۱۳۷۲: ۴۹ به بعد؛ گرجی، ۱۳۸۰: ۲۰ به بعد). ولی در حقوق جدید کشورهای غربی، تعیین مبلغ ثابت و معین برای جبران صدمات جسمانی منتفی شده و نظام ارزیابی موردی جبران خسارت با توجه به سن و جنسیت و ویژگی‌های زیان‌دیده و موقعیت شغلی و اجتماعی او پذیرفته شده است و این کارشناس است که با توجه به اوضاع و احوال شخصی قربانی و موقعیت شغلی و حرفه‌ای او و با در نظر گرفتن تمام زبان‌های مالی و غیرمالی وارد شده به مصدوم، اقدام به ارزیابی و تعیین میزان خسارت وارده می‌کند (Viney et Jourdain, 2001: n° 252.; Mazeaud, 1991: n° 409; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 61 et s.; Le Tourneau, et Cadirt, 2002: n° 760 et (s.; McGregore, 1972: Sh. 9; Viney et Jourdain, 1998: n° 125 et 146).

در حقوق انگلستان، گرچه جدول‌هایی برای ارزیابی خسارت بدنی پیش‌بینی شده و ممکن است این تصور را ایجاد کند که وجود چنین جدول‌هایی، معیار ارزیابی خسارت بدنی در حقوق این کشور را به حقوق اسلام و نهاد دیه نزدیک می‌کند، اما باید توجه داشت که در این جداول نیز وضعیت زیان‌دیده خاص و موقعیت قبلی و درآمد او از معیارهای اساسی ارزیابی خسارت بدنی است. این موضوع در حقوق فرانسه نیز صادق است (Voire: Lambert-Faivre et Porchy-Simon, (Munkman, 1973: 207 & ss.; McGregore, 1972: 428-430). (2016: n° 61 et s.;

در حقوق فرانسه، جبران موردی خسارات بدنی مستند به «اصل جبران کامل خسارت» است. دیوان عالی کشور فرانسه به طور مرتب تأیید کرده است که ویژگی مسئولیت مدنی این است که تا حد امکان، تعادل بر هم خورده به دلیل خسارت را دوباره برقرار سازد و قربانی را دوباره در

۱. جهت مشاهده جدول‌هایی در حقوق انگلیس برای تعیین صدمات بدنی، موسوم به «Ogden tables»، ر.ک.:

(Munkman, 1973: 207 & ss.; Marquesinis, and Others 2005: 119 & ss.; Ward & Thornton, 2009: 2-6, 17-18 & 29-32; Stephenson, 200: 606.)

وضعیتی قرار دهد که در صورت رخ ندادن فعل زیانبار، در آن وضعیت بود. بنابراین، مسئول باید تمام خسارت متحمل شده توسط قربانی را جبران کند. از این رو، در پرونده «گورلی» در مورد دعوی جبران خسارت بدنی چنین اظهار نظر شده است: «قاعده عمومی و کلی که باید در خصوص ارزیابی خسارت اعمال شود... این است که دادگاه باید برای جبران خسارت زیان دیده به مبلغی حکم صادر نماید که او را در همان موقعیتی قرار دهد که اگر خسارتی نمی‌دید در آن وضعیت قرار داشت» ( Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 31; Tunc, 1971: No. 166; ) (Lambert-Faivre, 2000: 163 et ss. ماده یک قطعنامه شماره ۷۵-۷ مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۵ شورای اروپا هم این به این اصل تصریح کرده است: «شخصی که متحمل خسارتی می‌شود، حق دریافت جبران خسارت را دارد، به این معنی که این فرد دوباره باید در وضعیتی قرار بگیرد که تا حد امکان نزدیک به وضعیتی است که اگر واقعه زیان بار رخ نداده بود، در آن قرار می‌گرفت. ۲- غرامتی که خسارت را جبران می‌کند، براساس ارزش خسارت در روز محاکمه، محاسبه می‌شود...». همچنین، شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور به موجب دو رأی در تاریخ ۱۹ ژوئن ۲۰۰۳، تأکید کرد که «عامل زیان موظف به جبران تمام تبعات زیانبار خسارت است» (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: no 32).

اصل جبران کامل خسارت در حوزه زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی، با توجه به طبیعت این قسم از زیان‌ها که جنبه اقتصادی و مالی دارند و قابل ارزیابی به پول هستند، به راحتی پذیرفته شده و بر «مشخصه جبران‌کننده جبران خسارت مالی» تأکید شده است، چرا که تمام خسارت‌های مالی بدون مشکل خاصی می‌توانند با پول جبران شوند. در واقع، پول، تدبیر عادی اقتصادی است و ویژگی جبران‌کننده خسارت (خسارت قابل جبران) در اینجا به خوبی پذیرفته شده است. اصل جبران کامل خسارت مالی، مستلزم این است که تمامی زیان‌های متحمل شده توسط قربانی، از جمله تمام مخارج و هزینه‌هایی که در اثر حادثه صرف شده و از دست دادن

۱. برای مطالعه موضوع در حقوق ایالات متحده آمریکا، که دارای دو نظام ارزیابی موردی (سیستم حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از خطا) و مقطوع (سیستم مبتنی بر قواعد و مقررات مدون توسط نهادهای مستقل قانونگذاری) برای جبران خسارت بدنی است، ر.ک.: (Dobbs, 1993: 421-445؛ جیبیا و صالحی‌فر، ۱۳۹۲: ۶۵ به بعد).

درآمدهای شغلی و حق الوکاله و کیل و امثال آنها دقیقاً صورت‌برداری شوند. اما در حوزه زیان‌های معنوی ناشی از خسارت بدنی، تأکید بر «مشخصه رضایت‌بخش جبران خسارات غیرمالی» است، چرا که «جبران» خسارت جبران‌ناپذیر غیرممکن است: حقیقتاً ارزش یک معلولیت، فلج، نابینایی و رنج چقدر است؟ در اینجا، پول هیچ چیز را جبران نمی‌کند، بلکه تنها راه پرداخت جبران خسارت رضایت‌بخش به قربانی است. این مشخصه رضایت‌بخش برای قربانی دارای مؤلفه‌های مهمی است، که مهم‌ترین آنها شناخت و احترام به شأن و شخصیت انسان است که در اثر عوارض ناتوان‌کننده حادثه، شأن او تحت تأثیر قرار گرفته است. از این رو، شخصیت انسانی در صورت مطالبه خسارت وارد بر تمامیت جسمی مورد احترام قرار می‌گیرد. این امر به رسمیت شناختن رنج او است که نه انکار می‌شود و نه پنهان، بلکه در ورای به عهده گرفتن مسئولیت توسط مراکز سلامتی، رسماً مورد احترام واقع می‌شود. این امر به طور خلاصه به رسمیت شناختن «شخصیت» او، جسم و روح او در تمام هویت و فردیت تقلیل‌ناپذیر وی نسبت به هر فرد دیگر است. «از لحاظ مادی‌تر، این جبران خسارت رضایت‌بخش به قربانی اجازه می‌دهد که برای خود سرگرمی‌ها یا خوشی‌هایی مطابق با سلیق و شخصیت خود تهیه کند؛ خوشبختی‌های کوچک برای فراموش کردن روزهای بد. در این بررسی انسان‌دوستانه جبران خسارات شخصی غیرمالی، مفهوم «جبران کامل خسارت» در مقابل هرگونه ارزیابی معینی قرار می‌گیرد که تقلیل‌ناپذیری شخص قربانی نسبت به فرد دیگر را در این ارزیابی تنزل یافته، انکار می‌کند» (Lambert-Faivre et Porchy, 2016: n° 33-34; Viney et Jourdain, 1998: n° 146-147; Tunc, 1971: No. 166).

از اصل جبران کامل خسارت (همه خسارت‌ها باید جبران شود) و اصل جبرانی خسارت (فقط به میزان خساراتی که واقعاً وارده شده، غرامت داده می‌شود و نه بیشتر از آن)، اصل ارزیابی ملموس خسارات پدید آمده است. در حقیقت، نتیجه اینکه «تمام خسارت» و «فقط خسارت» باید جبران گردد، شخصی کردن شدید جبران خسارت است، هم در تعیین خسارات متحمل شده و هم در ارزیابی آنها. ارزیابی ملموس خسارت، در مقابل هر ارزیابی انتزاعی تعیین‌شده قرار می‌گیرد. بنابراین، قضات دادگاه نخستین باید از مراجعه به قواعد از پیش تعیین‌شده برای توجیه رأی خود اجتناب کنند. دیوان عالی کشور دائماً اختیار آزاد قضات دادگاه نخستین را یادآوری کرده است

### بند دوم: ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی در خسارت‌های بدنی

بر اساس آنچه گفته شد، معلوم می‌گردد که در حقوق فرانسه و انگلستان، برای ارزیابی و جبران خسارت‌های بدنی، از نظام ارزیابی موردی استفاده می‌شود نه نظام ارزیابی مقطوع، و اگر هم مبلغ از پیش تعیین‌شده‌ای وجود دارد، این مبلغ شناور است و دست قضات در تعیین میزان آن باز است. در حقوق این کشورها، با توجه به آنکه خسارت بدنی متشکل از زیان‌های مادی و معنوی است، در پی وارد آمدن هر گونه صدمه بدنی، به ارزیابی موردی آنها پرداخته می‌شود.

در حال حاضر، در نظام حقوقی فرانسه، خسارت مالی و معنوی ناشی از صدمات بدنی بر اساس طرح‌ها و جداولی که به ویژه در چند سال اخیر توسط قضات یا مؤسسات خصوصی تهیه شده، ارزیابی و تقویم می‌گردد. البته استفاده از این جدول‌ها برای قضات فرانسوی الزام‌آور نیست و دست آنها در تعیین غرامت باز خواهد بود؛ هرچند در عمل غالباً از این جداول استفاده می‌شود. یکی از این جدول‌ها، توسط گروه کاری به ریاست پروفیسور لامبر-فور با نام شورای ملی کمک به قربانیان تهیه گردیده که در ژوئن ۲۰۰۳ به وزارت دادگستری و در ژوئیه ۲۰۰۵ به گروه کاری به ریاست دنتیل‌هاک تقدیم شد و توسط گروه اخیر تأیید شده است. جدولی به ریاست ژان‌پیر دنتیل‌هاک، قاضی اسبق شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه، تهیه گردیده که در سال ۲۰۰۵ به موجب کمیته‌ای مأموریت یافتند انواع خسارت‌های بدنی و میزان خسارت قابل جبران را تعیین نمایند. این جدول که به نام طراح آن، به «فهرست دنتیل‌هاک» معروف است، امروزه به موجب بخشنامه‌ای از سوی وزیر دادگستری فرانسه به قضات این کشور توصیه شده است و

۱. البته لامبر-فور اختیار آزاد دادگاه‌ها در ارزیابی خسارت بدنی را به دلیل آنکه اجازه فرار از هر کنترلی توسط دیوان عالی کشور را می‌دهد و مانع از هرگونه اتحاد روبه‌ها می‌شود و باعث می‌شود تا ناهماهنگی‌های گاه غیرقابل توجیهی بین سطوح جبران خسارت انجام شده توسط محاکم مختلف باقی بماند، مورد انتقاد قرار داده است؛ هر چند از وجود مقیاس از پیش تعیین شده برای ارزیابی میزان خسارت بدنی نیز انتقاد می‌کند، چون کاملاً برخلاف ارزیابی ملموس خسارت است (ش ۳۷).

قضات هم غالباً به آن رجوع می‌کنند. شورای دولتی فرانسه نیز با الهام از این جدول، فهرست متفاوتی تهیه کرده است ( Lambert-Faivre et Porchy-Simon: p. 393-400; Auxéméry, 2017: 393-400; Lambert-Faivre et Porchy-Simon: p. 45; XV et n° 45; صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (ب): ۹۴).

در حقوق فرانسه بر اساس جدول دنتیل‌هاک، اقسام مختلف زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی به صورت جزئی و دقیق مشخص شده است. در این جدول، «خسارت مالی موقت» زیان‌دیده اصلی از «خسارت مالی دائمی» او جدا شده است؛ هرچند برخی از نویسندگان از این روش انتقاد

۱. توضیح آنکه از سال ۲۰۰۳، دو گروه کاری به منظور توضیح شیوه جبران خسارت بدنی تحت رهبری دولت گرد هم آمدند. گروه اول که در سال ۲۰۰۲-۲۰۰۳ در چارچوب شورای ملی حمایت از قربانیان تاسیس شده بود، گروه کاری تحت ریاست پروفیسور ایوان لامبر - فور را فراهم آورد، که مسئول تفکر درمورد جبران آسیب بدنی بود. این گروه به «برنامه دعوا به نفع قربانیان» پاسخ می‌داد که توسط م. پرن، وزیر دادگستری، در هیأت وزرا در تاریخ ۱۸ سپتامبر ۲۰۰۲ ارائه شده بود، که هدف آن جستجوی «شیوه‌های جبران خسارت قربانی به شکل عادلانه‌تر و واضح‌تر» بود، و می‌بایست «با ایجاد تمایز دقیق خسارات مطلقاً شخصی مربوط به قربانی، خساراتی که سازمان‌های تأمین اجتماعی می‌توانند نسبت به آن رجوع کنند» هدایت می‌شد. به علاوه، برنامه پیشنهادی به گروه، تمرکز فکر خود «با هدف منتهی شدن به لوایح نظام قانونی یا مقرراتی» بود. گروه کاری دوم، تحت ریاست جی. پ. دنتیل‌هاک، توسط ن. گدج اجرا شد، که در آن زمان وزیر مشاور در حقوق قربانیان بود، که از رئیس دیوان عالی کشور، در ابتدای سال ۲۰۰۵، درخواست کرده بود تا یک گروه کاری را به منظور مبادرت به «ایجاد جدول نام‌گذاری عناوین خسارات بدنی منسجم، مبتنی بر یک تمایز واضح بین خسارات اقتصادی و غیراقتصادی» تشکیل بدهد. این دو گروه کاری، گزارش خود را به ترتیب در اکتبر ۲۰۰۳ و ژوئیه ۲۰۰۵ صادر کردند، که نتایج نسبتاً یکسانی را پذیرفتند. هر دو گزارش دارای یک جدول نام‌گذاری جدید عناوین خسارات قابل جبران بودند، مبتنی بر تمایز دوگانه خسارات مالی و غیرمالی از یک طرف، و خسارات موقت و دائمی از طرف دیگر. یکی از ابداعات اصلی این جدول‌های نام‌گذاری، به رسمیت شناختن مشخصه غیرمالی نقص عملکردی موقت و دائمی است. از این گذشته، این دو گروه، استقلال برخی از خسارات معنوی، مثل آسیب جنسی، را به رسمیت می‌شناسند (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: no 45). در بخشنامه ۲۲ فوریه ۲۰۰۷ مربوط به اجرای قانون ۲۱ دسامبر ۲۰۰۶، وزارت دادگستری از دادستان‌ها تقاضا کرد که جدول نام‌گذاری «دنتیل‌هاک» مراجعه کنند، و دیوان عالی کشور امروزه اجرای وسیع آن را اعمال می‌کند. اتحادیه فرانسوی شرکت‌های بیمه نیز به اجراکنندگان این جدول ملحق شد و صندوق‌های جبران خسارت گوناگونی، مثل اداره ملی جبران خسارت حوادث پزشکی هم از آن استفاده می‌کنند. به این ترتیب، این اتحادیه یک سیستم بسیار واضحی از بخش‌های خسارات را براساس ماهیت مالی یا غیرمالی آنها اعمال می‌کند و یک پیشرفت مهم متدولوژیکی را تحقق بخشید که می‌بایست توسط قانونگذار تصویب می‌شد. با این حال، شورای دولتی با تأخیر آن هم به شکلی ناقص به این جدول نام‌گذاری ملحق شد. در واقع، دادگاه عالی اداری با توجه به این که معرفی انجام شده توسط جدول نام‌گذاری دنتیل‌هاک بسیار پیچیده بود، در رأی ۴ ژوئن ۲۰۰۷ معروف به «رأی لازیه»، از یک جدول نام‌گذاری متفاوت حمایت کرد. با وجود این، شورای دولتی از پایان سال ۲۰۱۳ و به شکل خاص از زمان صدور دو رأی ۷ اکتبر و ۱۶ دسامبر ۲۰۱۳ دیدگاه خود را اصلاح کرد و پذیرفت که قاضی اداری از این پس می‌تواند از جدول نام‌گذاری دنتیل‌هاک استفاده کند، بدون این که الزامی به استفاده از جدول مزبور داشته باشد (Ibid, no 47-48).

کرده و معتقدند مناسب‌تر است که «خسارت فعلی» از «خسارت آتی» جدا گردد ( Ibid, n° 158, p. 143-144). عمده خسارات مالی ناشی از زیان بدنی در جدول دنتیل‌هاک عبارت است از: ۱- مخارج پزشکی فعلی و آینده؛ شامل هزینه‌های گوناگون جراحی، پزشکی و پیراپزشکی، مخارج بستری شدن، توان‌بخشی، عضو مصنوعی و موارد مشابه؛ و نیز تمام مخارجی که هزینه‌کرد آنها طبق نظر پزشک و برای مدتی که او مشخص کرده، قطعی یا قابل پیش‌بینی هستند. ۲- ازکارافتادگی اعم از موقت و دائم؛ شامل از دست دادن منافع شغلی فعلی و آینده؛ تبعات شغلی مالی یا اقتصادی، نظیر از دست دادن فرصت شغلی و شانس ترقی، مخارج تعیین دوباره پایه کارمند، مخارج تعلیم و تغییر منصب و از دست دادن حقوق بازنشستگی؛ و تبعات شغلی غیرمالی، مانند افزایش سختی شغل و آسیب ناشی از ضرورت ترک شغل؛ آسیب تحصیلی (دوران مدرسه)، دانشگاهی یا آموزشی. ۳- مخارج مرتبط با وابستگی؛ شامل نیاز زیان‌دیده به حضور دایم یک شخص ثالث برای انجام فعالیت‌های روزانه و امور عادی زندگی‌اش مانند لباس پوشیدن، غذا خوردن، بلند شدن، به رختخواب رفتن، شستشو و نظایر آن و نیز تهیه مسکن و وسیله نقلیه سازگار شده با وضعیت فرد معلول؛ ۴- خسارت‌های مالی زیان‌دیدگان غیرمستقیم؛ شامل هزینه‌ها و مخارجی که آنها تحمل می‌کنند، مانند هزینه‌های سفر و اقامت نزدیکان بر بالین قربانی در طول مدت بیماری یا به خاطر فوت او، هزینه‌های تشییع جنازه و تدفین و بازگرداندن احتمالی جنازه به کشور خود؛ و از دست دادن یا کاهش درآمدهای نزدیکان ( Ibid, n° 161-194, p. 145-170, et n° 248-259, p. 228-237; Lambert-Faivre, 2000: 174 et ss, et 285 et ss).

همچنین، در جدول دنتیل‌هاک طیف وسیعی از خسارت‌های معنوی ناشی از زیان بدنی به صورت دقیق شمارش شده و ضرر غیرمالی موقت، دائم و متغیر از یکدیگر تفکیک گشته است.

**الف- «خسارت‌های غیرمالی موقت»** شامل سه بخش زیر است: ۱- نقص عملکردی موقت؛ تا مدت‌ها برای کسی که دچار معلولیت شده، اصطلاح ازکارافتادگی رایج بود و غالباً به خسارت مالی ناشی از صدمه بدنی (محرومیت از اشتغال و درآمد) محدود می‌شد. ولی در جدول دنتیل‌هاک خسارت‌های غیرمالی ناشی از ناتوانی شغلی و ازکارافتادگی، از جنبه مالی آن جدا شد و اصطلاح

نقص عملکردی موقت<sup>۱</sup> برای جبران طیف وسیعی از خسارت‌های غیراقتصادی، جایگزین «از کارافتادگی کامل موقت» گردید. بر اساس رأی شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۲۸ مه ۲۰۰۹، نقص عملکردی موقت شامل «ناتوانی عملکردی کامل یا جزئی، همچنین زمان بستری و از دست دادن کیفیت زندگی و لذت‌های معمولی زندگی عادی در طول آسیب تروماتیک»<sup>۲</sup> است. ۲- رنج‌های متحمل‌شده؛ شامل تمام رنج‌های جسمی و روحی از جمله هراس از مرگ. ۳- خسارت موقت زیبایی؛ شامل ضررهای وارد به بعد جسمی زیان‌دیده.

ب- «خسارت‌های غیرمالی دایم» نیز به چند بخش تقسیم شده است: ۱- نقص عملکردی دایمی؛ مطابق رأی ۱۸ مه ۲۰۰۹ دیوان عالی کشور ناظر به «ضررهای وارده به عملکردهای فیزیولوژیکی، از دست رفتن کیفیت زندگی و اختلال‌های ایجاد شده در شرایط زندگی شخصی، خانوادگی و اجتماعی زیان‌دیده» برای دوره بعد از ثبات وضعیت جسمی است. ۲- خسارت عدم بهره‌مندی از رفاه؛ ناظر به ناتوانی زیان‌دیده از ادامه انجام فعالیت منظم خاص ورزشی یا تفریحی. ۳- خسارت جنسی؛ شامل آسیب ریخت‌شناسی به اندام‌های جنسی، از دست دادن تمایل و قدرت تولید مثل یا نازایی. ۴- آسیب زیبایی؛ به معنای تمام خسارت‌های وارد بر ظاهر جسمی زیان‌دیده که می‌تواند نگاه زیانباری را که دیگران نسبت به زیان‌دیده دارند جبران نماید. ۵- آسیب تشکیل خانواده؛ که شامل جبران از دست دادن امید امکان ازدواج یا تشکیل خانواده و امید اداره یک زندگی خانوادگی می‌شود.

ج- «خسارت‌های غیرمالی متغیر»؛ ناظر بر بیماری‌هایی مانند ایدز و هپاتیت سی که غالباً به صورت تحول آرام رخ می‌دهند و شامل تمام اختلالات جسمی وارده نظیر کاهش امید به زندگی، عدم قطعیت در مورد آینده، هراس از رنج‌های احتمالی جسمی و روحی، انزوا، اختلالات ایجاد شده در زندگی خانوادگی و اجتماعی، آسیب جنسی و تولید مثل خواهد بود.

1. Le déficit fonctionnel temporaire (DFT).

۲. هر نوع ضربه، جراحت، شوک آسیب و حادثه وارد شده بر بدن در علم پزشکی تروما محسوب می‌شود؛ مشروط بر اینکه از خارج به بدن وارد شود (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: no 160).

۵- خسارت‌های غیرمالی زیاندیدگان غیرمستقیم؛ در صورت فوت زیان‌دیده اصلی شامل خسارت عاطفی (در اثر از دست دادن یک عزیز مانند پدر، مادر، همسر، فرزند) و خسارت همراهی (در اثر مشاهده معلولیت شدید زیان‌دیده مستقیم یا کاهش عمر او و به عبارت دیگر، دیدن رنج یکی از نزدیکان) می‌شود. در فرض بقای زیان‌دیده اصلی نیز این زیان شامل خسارت عاطفی (با مشاهده درد و رنج قربانی مستقیم) و خسارت‌های غیرمالی خاص و استثنایی (با هدف جبران زیان ناشی از تغییر در شرایط زندگی که نزدیکان قربانی مستقیم در طول بقای فرد معلول، قربانی این تغییر می‌شوند) می‌گردد (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 198-226, p. 173-199, et n° 260-269, p.237-243; Daligand; Loriferne; Reynaud et Roche, 1989: 55 et ss.; Lambert-Faivre, 1998: 545 et ss.; Lambert-Faivre, 2000: 210 et ss, et 295 et ss.

در حقوق انگلیس نیز زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی شامل زیان ناشی از محروم ماندن از نیروی کار و از دست دادن درآمد فعلی و آینده، هزینه‌های پزشکی و درمان و محل سکونت سازگار شده و نیاز به امکانات لازم جهت انجام امور روزمره، و نیز زیان‌های مالی بازتابی وارده به نزدیکان و خویشان (از دست دادن درآمد توسط خانواده و افراد تحت تکفل زیان‌دیده اصلی) می‌گردد (Stephenson, 2000: 592 & s.; Markesinis, and Others, 2005: 116-138; Van Dam, 2006: 326; Cooke, 2009: 514 & 518-522; Bobb-Semple and Others, 2006: 79-80; Rogers, Winfield & Jolowicz, 1994: 685-690).

همچنین، در حقوق این کشور، خسارت‌های غیرمالی ناشی از صدمات بدنی، شامل تحمل درد و رنج به شکل اختلالات عصبی و روانی، از دست دادن مواهب زندگی مانند تمتع جنسی، شانس ازدواج در آینده، از دست دادن زندگی طبیعی و به کما رفتن یا دچار زندگی نباتی شدن و نیز خسارت انعکاسی خویشاوندان نزدیک متوفی (خسارت عاطفی و شوک عصبی به واسطه فوت نزدیکان و اشخاص مورد علاقه زیان‌دیده) می‌شود (Markesinis, and Others, 2005: 45-59; Harpwood, 2009: 447-451; Stephenson, 2000: 619 & s.; Van Dam, 2006: 329-330; Rogers, Winfield & Jolowicz, 1994: 648; Cooke, 2009: 514 & 522-523).

## مبحث دوم: معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام و

### ایران

اینک می‌خواهیم بدانیم که در حقوق اسلام و ایران برای ارزیابی خسارت‌های بدنی از چه ضابطه‌ای استفاده می‌شود: آیا ارزیابی زیان بدنی به صورت مقطوع و از پیش تعیین شده است یا در هر مورد به صورت موردی و شخصی تعیین می‌شود؟ برای این منظور، معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام (بند نخست) و حقوق ایران (بند دوم) به صورت جداگانه مطالعه می‌شود.

#### بند نخست: معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام

در حقوق اسلام برای جبران خسارت بدنی، دیه تعیین گردیده است که میزان آن از پیش مشخص بوده و برای افراد مختلف، یکسان است. به عنوان مثال، شارع مقدس برای قتل غیر عمد مرد مسلمان، ۱۰۰ شتر به عنوان دیه معین نموده است، صرف نظر از سن، شغل، موقعیت فردی، شغلی و اجتماعی زیان‌دیده. همچنین، برای بسیاری از اعضای بدن (اعضای ظاهری) دیه مشخص شده است و در مواردی که دیه تعیین نشده، ارزش یا حکومت به نظر حاکم تعیین می‌گردد. بنابراین، می‌توان گفت که شارع مقدس برای جبران خسارت‌های بدنی، نظام ارزیابی مقطوع را بنیان نهاده است. (برای تفصیل بحث، ر.ک.: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۱۵۱ به بعد).

از فواید اصلی این نظام، ساده بودن ارزیابی خسارت بدنی و جلوگیری از پیدایش اختلاف بین محاکم در زمینه میزان غرامت پرداختنی است. به ویژه آنکه، همچنان که در حقوق فرانسه دیدیم، اگر میزان غرامت در خسارت بدنی از قبل مشخص نشود، با توجه به اینکه معیارهای روشن و واضحی برای ارزیابی میزان خسارت بدنی وارده وجود ندارد، در نهایت اختلاف رویه بین دادگاه‌ها جای وحدت رویه را می‌گیرد و عدالت واقعی فراخوانده نمی‌شود؛ و چه بسا برابری همه در برابر قانون و قابل پیش‌بینی بودن احکام نقض می‌شود. افزون بر آن، مشخص نشدن میزان خسارت از

قبل، کنترل دادگاه‌های عالی بر معیار انتخابی دادگاه تالی را در زمینه ارزیابی خسارت، دشوار و گاه غیرممکن می‌سازد.

فایده مهم دیگر ارزیابی مقطوع خسارت بدنی، قابل جبران شناختن خسارت‌هایی است که در صورت عدم تعیین آنها از سوی شارع، چه بسا قابل جبران شمرده نمی‌شدند؛ همچنان که در حقوق غرب، تا یکی دو قرن پیش بسیاری از خسارت‌های ناشی از صدمات جسمانی جبران نمی‌شد و در حال حاضر نیز صرفاً زیان‌های مالی و معنوی ناشی از خسارت بدنی جبران می‌گردد و صدمه به نفس و عضو در بسیاری از موارد جبران نشده باقی می‌ماند. در حقیقت، در نظام حقوقی کامن‌لا تا قرن ۱۹ میلادی، خسارت ناشی از صدمات جسمانی و مرگ جبران نمی‌شد و از این تاریخ به بعد بود که حقوقدانان در صدد تدارک قواعدی برآمدند که این‌گونه خسارات را جبران نمایند (Dobbs, 1993: 423). در حقوق فرانسه نیز، تا اواخر قرن بیستم میلادی، خسارت‌ها را به خسارت‌های مادی (یا مالی) و خسارت‌های معنوی (یا غیرمالی) تقسیم می‌کردند و خسارت‌های بدنی در عرض آنها قرار نمی‌گرفت. معیار اصلی تقسیم ضرر در این کشورها، «ضرر مادی» و «ضرر معنوی» بود و خسارت وارد بر بدن هم به ناچار در یکی از این دو گروه قرار می‌گرفت (Voir: Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016, n° 249 et 234; Koziol, 2006: 28-29; ۱۳۹۵: ۶۴۵، ۶۵۳ و ۶۷۶). امروزه هم به ویژه در فرض فوت زیان‌دیده اصلی، جبران خسارت تنها شامل هزینه‌های معالجه و درمان قبل از فوت و نیز خسارت مادی و معنوی بازماندگان می‌شود و اتلاف نفس بدون جبران باقی می‌ماند (Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 249 et 234; Koziol, 2006: 28-29; جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۱۱۵-۱۱۷ و ۱۶۷).

به این ترتیب، به نظر می‌رسد که نظام ارزیابی مقطوع خسارت بدنی در فقه اسلامی، از نقاط قوت آن تلقی می‌شود، نه ضعف آن. منتها باید معلوم کرد که دپه کدام یک از خسارت‌ها را جبران می‌کند تا بهتر بتوان نظام ارزیابی مقطوع خسارت بدنی در فقه اسلامی را ارزیابی کرد (در این باره، ر.ک.: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۱۷۳-۲۵۹). در قسمت نظر برگزیده در این باره بیشتر سخن خواهیم گفت.

## بند دوم: معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق ایران

در حقوق ایران با تصویب قانون مسئولیت مدنی، قانونگذار با تبعیت از حقوق غرب، به ویژه حقوق سوئیس، نظام ارزیابی موردی جبران خسارت بدنی را در مواد ۵ و ۶ پذیرفت. ولی پس از انقلاب اسلامی به تبع فقه اسلام، نظام ارزیابی مقطوع خسارت بدنی برای نخستین بار در قانون دیات مورد پذیرش قرار گرفت. در آخرین تحولات نیز قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به پیروی از متون فقهی، برای بسیاری از صدمات جسمانی دیه تعیین کرده و برای اعضای که دیه مقدری برای آنها پیش‌بینی نشده، ارزش شناخته است.

با وجود این، بسیاری از حقوقدانان به دلیل آنکه زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی (مانند هزینه‌های درمان و معطل ماندن از کار) و زیان‌های معنوی ناشی از خسارت بدنی (مانند درد و رنج جسمی و روحی، از دست دادن زیبایی و غم و اندوه ناشی از مرگ عزیزان) را هم مشمول دیه می‌دانند و با توجه به اینکه این گونه خسارت‌ها از فردی به فرد دیگر تفاوت می‌کند، نظام ارزیابی خسارت مقطوع را مورد انتقاد قرار داده و معتقدند که جبران خسارت بدنی باید بر مبنای کارشناسی باشد؛ به این معنا که میزان خسارت‌های مالی و غیرمالی ناشی از صدمه جسمانی باید دقیقاً محاسبه شود و طبق اصل جبران کامل خسارت، حکم به جبران آنها شود (برای نمونه، در این باره، ر.ک.: مهرپور، ۱۳۷۹: ۲۸۰-۲۸۱؛ ایازری، ۱۳۸۸: ۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۴؛ حبیبی و صالحی‌فر، ۱۳۹۲: ۶۴؛ قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۴۴؛ و برای مطالعه پیرامون اصل اخیر، ر.ک.: یوسفی، ۱۳۹۵: ۳۳ به بعد؛ قسمتی تبریزی، همان، ۱۳۵-۱۷۴). برخی نیز گفته‌اند با توجه به اینکه تشخیص مصادیق و مقادیر مفاهیم و معیارهای کلی به عرف واگذار شده، در مسئله دیه هم مقدار مال مورد حکم بدون تأثیر جنسیت مجنی‌علیه، موکول به نظر اهل اجتهاد و تابع شرایط و اوضاع و احوال عصر وقوع جنایت است (امیدی و رستمی، ۱۳۸۹: ۵۲)؛ و برای ملاحظه بحث مفصل در زمینه ارزیابی خسارت، ر.ک.: خدابخشی، ۱۳۹۶: ۱۸۸ به بعد).

از همین‌رو، برخی از استادان حقوق مسئولیت مدنی تصریح کرده‌اند: «برابر داشتن ریاضی همه کسانی که لباس زیبای آدمی را به تن دارند عین ستم است و تظاهر به عدالت. عدالت واقعی نهادن هر چیزی بر جای سزاوار آن است و شناختن جای سزاوار با چشم بسته میسر نمی‌شود و لازمه آن رعایت همه شئون و شرایط است. چگونه می‌توان خسارت شکستن دست جراح یا

هنرمندی را با بیکاره‌ای دغل برابر داشت و دم از عدالتخواهی زد؟ آیا به واقع انسان‌ها در پیشگاه قانون همچون اموال مثلی ارزشی برابر دارند و شرف و تقوی و علم و وضع اجتماعی آنان به حساب نمی‌آید؟ آیا می‌توان بر شاهکار جهان خلقت و جانی که حق بر او دمیده بهای مالی گذارد و نقصی را که بر این مجموعه متفکر و فعال وارد شده است با «ارش» وارد بر اشیا و حیوان قیاس کرد؟ آیا باور نداری که دیه در مجموعه کنونی ارزش‌های اخلاقی رنگ و مفهوم دیگری پیدا کرده است که باید آن را به اجتهادی دیگر بیابی و سنت مورد احترام خود را جلایی تازه بخشی تا گرد پیری بر چهره آن احساس نشود؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۶-۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۰۲-۳۰۳؛ و نیز ر.ک.: قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۵۳).

برخی دیگر از استادان نیز گفته‌اند: «امروزه «اصل جبران کامل خسارت» اقتضا می‌کند تا خسارت زیان‌دیده کاملاً جبران شود و وی تا حد امکان به وضعیت قبل از وقوع حادثه زیانبار برگردانده شود. اجرای این اصل مستلزم این است که دادگاه در هر مورد میزان خسارت وارد شده به زیان‌دیده‌ای خاص را ارزیابی و واردکننده زیان را به پرداخت آن محکوم نماید. اهمیت این قاعده تا جایی است که در بسیاری از تعریف‌های ارایه شده توسط حقوقدانان کامن‌لا از مسئولیت مدنی این نکته که مسئولیت مدنی عبارت است از «اقامه دعوا برای جبران خسارت تقویم نشده»<sup>۱</sup> یافت می‌شود... در پاسخ به این پرسش که آیا مقطوع بودن دیه مغایر «اصل جبران کامل خسارت» است یا نه، باید موارد لزوم پرداخت دیه را به دو دسته تقسیم کرد: در مواردی که دیه باید توسط بیت‌المال یا عاقله پرداخت شود، مقطوع بودن دیه مغایر اصل یادشده نیست، زیرا... در این موارد پرداخت دیه مبتنی بر عدالت توزیعی و تعاون و همیاری اجتماعی است و هدف، نه برگرداندن زیان‌دیده به وضعیت قبلی، بلکه کاهش آثار ناگوار ضرر از طریق توزیع آن در بین اعضای جامعه یا گروه خاصی است. در واقع «اصل لزوم جبران کامل خسارت» جزو اصول حقوق خصوصی است و جبران خسارت از طریق حقوق عمومی از این اصل تبعیت نمی‌کند و در طرح‌های جبران خسارت مبتنی بر حقوق عمومی و تأمین اجتماعی، میزان خسارت قابل پرداخت

۱. برای ملاحظه این تعریف در کامن‌لا، ر.ک.: (Harpwood, 2009: 5; Harpwood, 2000: 1-5).

بستگی به سرمایه و منابعی دارد که با توجه به وضعیت اقتصادی جامعه و گروه‌هایی که ضرر باید بین آنان توزیع شود، می‌توان به این امر اختصاص داد. اما در مواردی که واردکننده زیان شخصاً مکلف به پرداخت دیه است، چون پرداخت دیه نوعی ضمانت اجرای مدنی و جزو حقوق خصوصی است، مقطوع بودن دیه و قابل مطالبه نبودن خسارت مازاد بر آن، در صورتی که تمام ضررها را جبران نکند، مغایر «اصل جبران کامل خسارت» است، زیرا این اصل لازم می‌داند زیان‌دیده به وضعیت قبلی برگردانده شود، در حالی که در بیشتر موارد، یکسان بودن صدمه بدنی دلیل بر یکسان بودن میزان خسارت وارد شده نیست؛ برای مثال، میزان خسارتی که از مرگ یا قطع شدن دست افراد به بار می‌آید، در همه موارد به یک اندازه نیست: ممکن است کسی در نتیجه قطع شدن دستش از درآمد ۵ میلیون ریال در ماه محروم شود و دیگری از یک میلیون ریال؛ یا به دلایل مختلف، میزان هزینه‌های پزشکی آن دو متفاوت باشد. همچنین، ممکن است، در نتیجه مرگ کسی، به دلیل زیاد بودن بازماندگان خردسال تحت تکفلش، خسارت هنگفتی به بار آید، اما زیان ناشی از مرگ دیگری که تنها یک بازمانده در شرف رسیدن به سن رشد دارد، در مقایسه با آن، ناچیز باشد. علاوه بر این، مقطوع بودن دیه ممکن است در مواردی منجر به پرداخت مبلغی بیش از خسارت واقعی شود» (بادینی، ۱۳۸۴: ش ۱۵۲).

برخی از محققان در تأیید همین دیدگاه، به نظریه عدالت ارسطو استناد کرده و گفته‌اند: «آیا عدالت در این است که به همه غرامت یکسانی داده شود یا به هر کس متناسب با ارزش خسارت وارده غرامت پرداخت شود. برای مثال، در برخورد با مرگ کسی که به واسطه صلاحیت‌ها و شایستگی‌های خود در طول زندگی، سالانه یک میلیارد ریال درآمد داشته، و بیکاره‌ای که هیچ درآمدی در سال ندارد، باید یکسان برخورد نمود؟». ایشان در ادامه به تقسیم عدالت از منظر ارسطو می‌پردازد که عدالت را در دو سطح عدالت عددی و عدالت ارزشی به رسمیت می‌شناسد و می‌افزاید: این عقیده قوی و خالی از اشکال است، «اما ظاهراً در فقه و به پیروی از آن حقوق مسئولیت مدنی ایران، حداقل در مواردی که به ضرب و جرح یا مرگ افراد می‌انجامد، این موضوع مورد توجه قرار نگرفته است...» (حبیبی و صالحی‌فر، ۱۳۹۲: ۹۰).

همچنین، گفته شده است: «خسارت از کار افتادگی ناشی از شکستگی استخوان پا یا دست برای ورزشکار حرفه‌ای یا هنرمند، به قیمت از دست دادن کار و منبع درآمد او به طور دائم یا طولانی مدت است، در صورتی که همین خسارت برای معلم یا وکیل ممکن است هیچ گونه از کار افتادگی و خسارت تلف منافع کاری در پی نداشته باشد؛ حال آنکه مابه‌ازای تعیین شده برای خسارت در مورد همه آنها یکسان است» (بابایی، ۱۳۸۹: ۹).

برخی از فقها نیز برای رد این ادعا که هزینه‌های درمان و معالجه داخل در دیه است، بر اساس همین تفکر استدلال کرده و گفته‌اند: «چگونه می‌توان پذیرفت که هزینه‌های درمان نیز در اندازه‌های گوناگون شرعی دیه و ارش مورد نظر بوده است، با این که این هزینه‌ها در روزگاران مختلف و سرزمین‌های گوناگون، تفاوت بسیار دارد و بلکه در یک دوره به تناسب پیشرفت و عقب‌ماندگی علمی و ابزارهای پزشکی، اختلاف چشمگیری در این هزینه‌ها به بار می‌آورد. بنابراین باید پذیرفت که اندازه‌های شرعی دیه و ارش، خسارتی است مالی که در برابر خود زخم، شکستگی یا آسیب به بزه‌دیده داده می‌شود، چنانکه در زبان روایات نیز، به روشنی گفته شده و هرگز زیانهای دیگر رسیده به بزه‌دیده، مورد توجه نبوده و هر یک از زیان‌های دیگر حکم ویژه خود را داراست» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۱۷۰-۱۶۹).

این دیدگاه در آرای قضایی نیز منعکس شده و به استناد اصل جبران کامل خسارت، به جبران همه زیان‌های مادی و معنوی ناشی از خسارت بدنی علاوه بر دیه حکم شده است. برای نمونه، دادنامه شماره ۸۶۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۴ صادره از شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران، چنین مقرر کرده است: «در خصوص دادخواست خواهان ث.ی. به طرفیت خوانده ع.ز. به خواسته محکومیت خوانده به مبلغ ۶۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال... به دلالت دادنامه شماره ۹۰۰۰۰۱۸۲ مورخه ۹۰/۲/۲۰ صادره از شعبه ۱۰۲۹ دادگاه عمومی جزایی تهران، گواهی پزشکی قانونی، قبوض پرداختی، صورت‌حساب بیمارستان که مربوط به تسبیب خوانده در وقوع تصادف با خواهان بوده و مثبت پرداخت هزینه‌های درمانی و غیردرمانی ناشی از تصادف است دادگاه با توجه به رأی استنادی و اینکه فلسفه دیه جبران خسارات وارده به مصدوم یا زیان‌دیده است از شعبه صادرکننده

رأی کیفری استعلام نموده تا معین شود میزان دیه پرداختی به خواهان چقدر بوده است؟ پاسخ  
 اصل شده دیه پرداختی را به مبلغ ۳۵/۷۷۵/۰۰۰ ریال اعلام نموده و به این ترتیب با توجه به  
 مدارک ارایه شده از جانب خواهان و اینکه هیچ‌گونه ضرری نباید جبران نشده باقی بماند دفاعیات  
 خوانده و جهات قانونی در مورد مازاد خسارات که جبران نشده، وارد نیست...» و دعوای خواهان را  
 ثابت دانسته و خوانده را محکوم به پرداخت مابه‌التفاوت دیه و خسارت‌های مادی نموده است. این  
 استدلال که در خسارات بدنی «هیچ‌گونه ضرری نباید جبران نشده باقی بماند» در دادنامه‌های  
 شماره ۰۸۲۹- ۸۸/۹/۲۸ و شماره ۸۸۰۱۰۹۱ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی تهران  
 تأیید شده است. شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران هم در دادنامه شماره  
 ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۰۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۸ اظهار داشته است: «مطابق قانون مسئولیت مدنی که  
 منطبق با قاعده فقهی لاضرر می‌باشد، باید هر زبانی جبران گردد و نظریه مشورتی شماره  
 ۷/۷۵۰۱ مورخ ۷۷/۱۰/۱۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در تقویت همین تفکر می‌باشد».

افزون بر آن، شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی تهران به موجب دادنامه شماره ۹۸۱ - ۱۳۹۰/۱۲/۱۵،  
 برای توجیه قابلیت جبران زیان‌های مادی در کنار دیه، به اصل جبران کامل خسارت روی آورده و  
 چنین رأی داده است: «اگر دیه را ناظر بر خسارات مادی تلقی نمائیم و زیان‌دیده حق مطالبه  
 خسارت به جز دیه را نداشته باشد و همه افراد جامعه از حیث میزان خسارت مساوی تلقی گردند  
 (به جز استثنائاتی که شرع مقدس در باب دیه وارد نموده) باعث می‌گردد که با واقعیت‌های جامعه  
 سازگاری نداشته و از این حیث، ادعای کامل بودن اسلام زیر سؤال قرار گیرد. لذا به جهت  
 جلوگیری از ایراد فوق می‌توان ادعا نمود که دیه ملازمه‌ای با جبران خسارات مادی نداشته بلکه  
 ناظر بر درد و رنجی است که شخص مصدوم متحمل شده و یا حداکثر اینکه ناظر بر خسارت  
 معنوی است... امروزه نمی‌توان منافع تمام اشخاص را مساوی تلقی نمود گرچه طبقات کارگران،  
 هنرمندان و سایر آحاد جامعه از حیث کرامت انسانی مساوی و همه در برابر قانون مساوی‌اند اما  
 بدیهی است ایراد صدماتی که به آنان وارد می‌شود مساوی نبوده و نمی‌توان به عنوان مثال به  
 جهت تساوی بعد معنوی انسانیت منافع دست یک هنرمند را با منافع دست پزشکی حاذق و ماهر  
 مساوی تلقی نمود. پس بر مبنای قاعده عدالت و انصاف خسارات خود را دریافت دارد. از آن

گذشته، مقنن چه در مقام اولویت عبودیت و چه بر اساس عدالت، صرفاً می‌تواند حکم بر جبران خسارت نماید و نمی‌تواند در مصادیق متعدد میزان خسارت واحدی را فرض نماید. قاعده لطف نیز چنین اجازه‌ای را به وی نداده و اگر در باب دیه، واحدی در نظر گرفته به جهت این است که اصولاً امکان تعیین آستانه تحمل درد و رنج افراد با توجه به علم پزشکی امروز به صورت عمومی نبوده لذا شارع مقدس به جهت سهولت امر استثنائاً در باب دیه میزان خسارت را از قبل تعیین نموده است... ادله دیه منصرف از ادله مطالبه سایر خسارات است و اصولاً حکم دیه خواه به عنوان حکم امضایی یا حکم تأسیسی توجهی به سایر خسارات نداشته و کاربرد هر یک از ادله در جای خود قابل اجرا و میزان خسارات قابل مطالبه است...».

## مبحث سوم: تحلیل منتخب در زمینه معیار ارزیابی خسارت‌های

### بدنی

جهت ارائه نظر برگزیده در خصوص مقطوع یا موردی بودن نظام ارزیابی خسارت‌های بدنی، ابتدا باید انواع ضرر قابل جبران در صدمات جسمانی معلوم شود. در حقیقت، با مشخص شدن انواع خسارت‌هایی که در پی ایراد صدمه بدنی، به مجنی‌علیه وارد می‌شود (بند نخست)، ساده‌تر می‌توان به ارزیابی مقطوع یا موردی هر یک از اقسام زیان‌های بدنی پرداخت (بند دوم).

### بند نخست: انواع ضرر قابل جبران در خسارت‌های بدنی (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، فرانسه و انگلستان)

در اینکه خسارت بدنی، شامل چه زیان‌هایی می‌شود، و به عبارت دیگر، کدام دسته از خسارت‌ها در پی صدمه بدنی ایجاد می‌شوند، اتفاق نظر وجود ندارد. چنان‌که گفتیم، در حقوق فرانسه، خسارت بدنی را مخلوطی از زیان‌های مادی و معنوی می‌دانند که در اثر صدمه به بدن (اعم از فوت یا غیر آن) به وجود می‌آید ( Mazeaud, 1991: n° 409; Carbonnier, 1998: n° 206; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 155, p. 141; Viney et Jourdain, 1998: n° 250 et Flour et Aubert, 2009: n° 134; Lambert-Faivre, 2000: 162 et ss. در حقوق ما نیز غالب

استادان حقوق، خسارت را به مادی و معنوی تقسیم نموده و زیان بدنی را ترکیبی از ضرر مادی و معنوی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۹۹؛ کاظمی، ۱۳۹۵: ۶۴۳؛ وحدتی شبیری، ۱۳۹۰: ۲۵۷). البته برخی از صاحب‌نظران، خسارت بدنی (یا جسمانی) را در عرض خسارت مادی و معنوی و به عنوان قسم سومی از خسارت مطالعه نموده‌اند؛ ولی در نهایت ضرر بدنی را ترکیبی از زیان‌های مادی و معنوی شمرده‌اند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (الف): ش ۶۱، ۷۲ و ۸۳؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (ب): ۴۸، ۵۹ و ۶۷؛ آخوندی، ۱۳۹۷: ۲۳۹ به بعد؛ آشوری، ۱۳۷۶: ۳۰۲ به بعد؛ قسمتی تبریزی، ۱۳۹۴: ۱۴۹). به نظر می‌رسد در کنار خسارت‌های مالی (مادی) و معنوی ناشی از خسارت بدنی، صرف از دست دادن نفس یا عضو یا منافع نیز ضرر محسوب می‌شود. از این رو، شایسته است زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی (الف)، زیان‌های معنوی ناشی از خسارت بدنی (ب) و اتلاف نفس یا عضو یا منافع (ج) در ادامه مورد مطالعه قرار گیرد.

### الف- زیان‌های مالی (مادی) ناشی از خسارت بدنی

در حقوق ایران، استادان حقوق مدنی، به تبع حقوقدانان غربی، خسارت‌های مالی ناشی از زیان بدنی (یا آسیب جسمانی) را غالباً بدین صورت تقسیم کرده‌اند: ۱- هزینه‌های معالجه و درمان، ۲- افزایش هزینه‌های زندگی (یا هزینه‌های معیشت و نگهداری زیان‌دیده)، ۳- ازکارافتادگی دایم یا موقت (محرومیت از اشتغال) و از دست دادن درآمد، ۴- هزینه‌های تجهیز متوفی و کفن و دفن او؛ هر چند برخی از نویسندگان از خسارت اقتصادی از دست دادن درآمد خانواده و افراد واجب‌النفقه نیز سخن گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۹۹؛ بادینی، ۱۳۸۸: ۴۶۵؛ کاظمی، ۱۳۹۵: ۶۴۳-۶۴۴؛ بابایی، ۱۳۸۸: ۱۳).

در حقوق فرانسه و انگلستان نیز، چنانکه پیش از این دیدیم، خسارت‌های مالی ناشی از زیان‌های بدنی عمدتاً شامل هزینه‌های درمان و مخارج پزشکی و پیراپزشکی، و محل سکونت سازگار شده و نیاز به امکانات لازم جهت انجام امور روزمره، ازکارافتادگی و از دست دادن درآمد فعلی و آینده (یا از دست دادن منافع شغلی و نیروی کار)، مخارج مرتبط با وابستگی زیان‌دیده به شخص دیگر و خسارت انعکاسی به زیان‌دیدگان غیرمستقیم (یعنی زیان‌های مالی بازتابی وارده به

نزدیکان و خویشان مانند از دست دادن درآمد توسط خانواده و افراد تحت تکفل زیان‌دیده اصلی) می‌شود ( Malaurie et Aynès, 20017: n° 246; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 158, p. 143-144; Viney et Jourdain, 1998: n° 252; Carbonnier, 1998: n° 207; Le Roye, 1970: n° 22; Viney et Jourdain, 2001: n° 110; Lambert-Faivre, 2000: 174 et ss; Stephenson, 2000: 592 & s.; Cooke, 2009: 514 & 518-522; Rogers, Winfield & Jolowicz, 1994: 685-690; Markesinis, and Others, 2005: 116-138; Van Dam, 2006: 326; Bobb-Semple and Others, 2006: 79-80).

بنابراین، در حقوق ما در اینکه زیان‌های مالی ناشی از صدمه بدنی «وجود دارند» و «محقق شده‌اند»، و به عبارت دیگر، در پی صدمه به جسم و جان انسان، خسارت مالی «وارد می‌شود»، تردیدی وجود ندارد؛ بلکه تمام تردید در آن است که این‌گونه خسارت‌ها در خود دیده لحاظ شده و پرداخت دیده، این خسارت‌ها را نیز جبران می‌کند یا اینکه دیده زیان‌های مالی ناشی از خسارت بدنی را پوشش نمی‌دهد و جبران آنها تابع قواعد عمومی است. در این نوشتار امکان پرداختن به این موضوع وجود ندارد و تنها اشاره می‌شود که در جای خود، با استناد به منابع فقهی و دیدگاه فقهای امامیه، دکترین حقوقی و رویه قضایی اثبات کرده‌ایم که دیده خسارت‌های مادی ناشی از صدمه بدنی را پوشش نمی‌دهد و از این رو، می‌توان طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی (ضمان قهری ناشی از اتلاف و تسبیب)، خسارت‌های مالی ناشی از صدمه جسمانی را مطالبه کرد (برای تفصیل بحث، ر.ک.: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۲۰۳ به بعد). برای اثبات این امر، می‌توان به برخی از روایات، بنای عقلا، قاعده تسبیب، و نیز مواد ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی استناد کرد (برای ملاحظه بحث مفصل، ر.ک.: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۲۱۲-۲۲۳؛ و برای تأیید این نظر در فقه امامیه، ر.ک.: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۳۳۲-۳۳۳ و ۳۶۰-۳۶۵؛ صانعی، ۱۳۸۵: ۶۰؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۱۶۶-۱۷۰؛ صانعی، ۱۳۸۸: ۲۵۶-۲۵۷، ۲۵۹، ۲۶۱-۲۶۲، ۲۶۶، ۲۷۳-۲۷۵ و ۲۸۱-۲۸۳؛ صانعی، ۱۳۸۴: ۲۲۸؛ صانعی، ۱۳۸۲: ۳۳۴؛ صانعی، ۱۳۸۷: ۳۸۲؛ و در فقه اهل سنت، ر.ک.: فتحی بهنسی، ۱۴۰۳: ۴۸؛ ابوهیف، ۱۹۳۲: ۱۴۱؛ و نیز ر.ک.: ادريس، ۱۳۷۲: ۳۴۱، ۳۴۴-۳۴۵ و ۳۶۶). از مفهوم مخالف تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز چنین بر می‌آید که قانونگذار بین منافع ممکن‌الحصول (شامل سلب قدرت کار کردن و از دست دادن درآمد زیان‌دیده و افراد تحت تکفل وی) از یک طرف و سایر خسارت‌های مالی (مانند هزینه‌های معالجه و درمان، افزایش هزینه‌های زندگی زیان‌دیده و هزینه‌های تجهیز متوفی و کفن و دفن او)

از طرف دیگر تفاوت گذاشته و تنها جمع دیه و منافع ممکن‌الحصول را مجاز نشمرده است. بنابراین، سایر خسارت‌های مالی ناشی از آسیب بدنی، به ویژه هزینه‌های پزشکی، در کنار دیه قابل مطالبه است، خواه زیان‌های مالی یادشده مازاد بر دیه باشد یا کمتر از آن؛ زیرا مقنن در مقام بیان بوده و جمع ضررهای مالی ناشی از خسارت بدنی (غیر از منافع ممکن‌الحصول) و دیه را منع نکرده است (جهت مشاهده تفصیل بحث، ر.ک.: جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۲۵۲-۲۵۶).

### ب- زیان‌های معنوی (غیرمالی) ناشی از خسارت بدنی

در حقوق ایران، نویسندگان و دکترین حقوقی خسارت معنوی ناشی از صدمات بدنی را غالباً شامل موارد زیر دانسته‌اند: ۱- درد و رنج (درد جسمی و رنج روحی)، ۲- از دست دادن زیبایی، ۳- محرومیت از لذت‌های مشروع دنیایی، ۴- زیان‌های عاطفی یا لطمه به عواطف و احساسات که غالباً در اثر از دست دادن یکی از عزیزان یا معلولیت و نقص عضو یکی از آنان بر خویشان و نزدیکان او وارد می‌شود (بادینی، ۱۳۸۸: ۴۶۵؛ کاظمی، ۱۳۹۵: ۶۴۶-۶۴۵؛ بابایی، ۱۳۸۹: ۱۰).

در حقوق فرانسه و انگلستان نیز، همان‌طور که گذشت، ضرر معنوی (زیان شخصی یا غیراقتصادی یا غیرمالی) که در اثر خسارت بدنی به وجود می‌آید، بسیار وسیع و متنوع است و چنانکه گفته شد، شامل خسارت‌های زیر می‌شود: ۱- رنج‌های متحمل شده جسمی یا روحی (به ویژه تحمل درد و رنج به شکل اختلالات عصبی و روانی)، ۲- آسیب عدم بهره‌مندی از رفاه یا آسیب به کیفیت یا لذت زندگی؛ آسیب زیبایی و آسیب جنسی (از دست دادن مواهب زندگی مانند تمتع جنسی، شانس ازدواج در آینده، از دست دادن زندگی طبیعی و به کما رفتن یا دچار زندگی نباتی شدن)، ۳- خسارت‌های غیرمالی زیاندیدگان غیرمستقیم، مانند زیان‌های عاطفی نزدیکان متوفی (یا خسارت انعکاسی خویشاوندان نزدیک متوفی مثل خسارت عاطفی و شوک عصبی به

واسطه فوت نزدیکان و اشخاص مورد علاقه زیان‌دیده) (Viney et Jourdain, 1998: n° 261-268; Malaurie et Aynès, 2017: n° 246; Lambert-Faivre, 1998: 545 et ss.; Lambert-Faivre et Porchy-Simon, 2016: n° 195, p. 171; Carbonnier, 1998: n° 207; Lambert-Faivre, 2000: 210 et ss; Harpwood, 2009: 447-451; Stephenson, 2000: 619 & s.; Van Dam, 2006: 329-330; Rogers; Winfield & Jolowicz, 1994: 648; Markesinis, and Others, 2005: 45-59; Cooke, 2009: 514 & 522-523).

به این ترتیب، در اثر ایراد خسارت بدنی، امکان دارد خسارت معنوی به زیان‌دیده اصلی یا ورثه و اطرافیان او وارد شود. در خصوص قابل مطالبه بودن خسارت‌های معنوی ناشی از صدمه بدنی، پیش از این به تفصیل سخن گفته‌ایم (جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۲۰۳ به بعد، و ۲۲۳ به بعد) و در این مجال امکان پرداختن به آن وجود ندارد. تنها اشاره می‌شود که با استناد به بنای عقلا و قواعد عام ضمان و به استناد دیدگاه برخی از فقهای معاصر و فتاوی گروهی از فقهای متقدم و با تمسک به برخی از مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (مانند مواد ۳۳۱ و ۶۶۱) و نیز با تکیه بر دکترین حقوقی و رویه قضایی، می‌توان مطالبه خسارت معنوی ناشی از صدمه بدنی را در کنار دیه پذیرفت (جواهرکلام، ۱۳۹۸: ۲۲۳-۲۴۱؛ و در تأیید این دیدگاه، ر.ک.: صاعی، ۱۳۸۸: ۲۶۱-۲۶۲، ۳۳۳-۳۳۵، ۲۵۹، ۲۷۳-۲۷۵ و ۲۸۲-۲۸۳؛ مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۷: ۲۵؛ بهجت، ۱۴۲۸: ج ۴/۴۹۵ و ۵۱۴، و ج ۳/۴۵۴-۴۵۳؛ منتظری، بی‌تا: ج ۱/۲۸۱، و ج ۳/۴۹۱؛ صاعی، ۱۳۸۴: ۲۲۸؛ سراج، ۱۴۱۴: ۱۵۸؛ نیز ر.ک.: ادریس، ۱۳۷۲: ۳۲۶؛ و برای مشاهده طرفداران دیگر این دیدگاه در کشورهای عربی که بر اساس برخی از متون قدیمی فقهی، درد و رنج را قابل جبران دانسته‌اند، ر.ک.: کاظمی، ۱۳۹۵: ۶۷۲-۶۷۳).

### ج - اتلاف نفس یا نقص عضو یا منافع

صرف نظر از پیامدهای مالی و غیرمالی ناشی از خسارت بدنی (یعنی ضررهای مادی و معنوی ناشی از خسارت بدنی)، صرف اتلاف نفس یا عضو یا منافع به خودی خود ضرر به حساب می‌آید. از همین روست که بسیاری از فرهنگ‌نویسان و واژه‌شناسان همانند فقها و حقوقدانان، صدمه به جان و اتلاف نفس یا ایراد جرح به بدن را ضرر محسوب کرده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷: ج ۱/۳۰۹، و ج ۲/۴۳۴؛ نائینی، ۱۳۳۷: ۱۹۹؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۸۰؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۰۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۴: ۵۵؛ الخفیف، ۱۹۷۱: ۴۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۸۹۱۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (الف): ۶۱؛ امامی، ۱۳۸۴: ۵۷۵ و ۵۷۶). افزون بر آن، همچنان که فقیهان و استادان حقوق گفته‌اند، خسارت یا ضرر حقیقت عرفی دارد (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۸۰؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۳۴۸؛ مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۱۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۹۷؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (الف): ۶۱)، نه حقیقت شرعی یا متشرعه، و عرف نیز از بین بردن نفس یا عضو و یا منافع عضو را ضرر به شمار می‌آورد.

ذکر مثال‌هایی به روشن شدن موضوع کمک می‌کند. تصور نمایید که شخصی چشم دیگری را کور می‌کند. در این صورت، زیان‌دیده دیگر نمی‌تواند دنیا را ببیند، نمی‌تواند به کارهای شخصی‌اش بپردازد، نمی‌تواند از مناظر طبیعی و پارک‌ها استفاده کند، نمی‌تواند به صورت طبیعی بخواند یا بنویسد یا فیلم ببیند، و به طور خلاصه، از موهبت بینایی محروم می‌شود. همچنین، شخصی که دستش در اثر بی‌احتیاطی یا عمد دیگری قطع شده است، دیگر دست ندارد، نمی‌تواند بنویسد، نمی‌تواند رانندگی کند، توان دفاع از خود را از دست می‌دهد و نظایر آن. صرف ندیدن یا دست نداشتن خود ضرر است، زیرا چنین شخصی دیگر آن انسان کامل نیست و از بخشی از مواهب حیات محروم شده است.<sup>۱</sup> افزون بر زوال بینایی یا فقدان دست، شخص نابینا یا بی‌دست ممکن است خسارت‌های مادی یا معنوی هم ببیند. مثلاً شخص نابینا باید برای معالجه و مداوای چشمش هزینه پزشکی و جراحی بپردازد، کاری که انجام می‌داد (مانند رانندگی در آژانس یا جراحی یا نقاشی)، دیگر نمی‌تواند انجام دهد و از درآمد آن محروم می‌شود. اینها خسارت‌های مالی ناشی از خسارت بدنی هستند. علاوه بر خسارت اقتصادی مزبور، ممکن است زیان‌دیده متحمل خسارت غیرمالی یا معنوی هم بشود. برای مثال، فرد نابینا نمی‌تواند صورت پدر و مادر و طفل یا همسرش را ببیند یا بزرگ شدن فرزندانش را نظاره کند و به خاطر علاقه شدید به والدین یا فرزندان و همسر و ناتوانی در رؤیت سیمای آنها از درون عمیقاً رنج بکشد و حتی دچار بیماری روحی شود یا ورزشکاری که به فوتبال یا تنیس می‌پرداخت، دیگر نمی‌تواند مسابقه دهد و دچار افسردگی یا اختلال عصبی گردد.

باید توجه داشت که صرف از دست دادن نفس یا عضو یا منافع با خسارت معنوی ناشی از خسارت بدنی یکسان نیست. به عبارت دیگر، نباید تصور کرد که هر خسارت بدنی به ناچار خسارت معنوی هم در پی دارد. برای نمونه، خسارت وارد بر موی صورت یا ناخن زیان‌دیده ممکن

۱. به همین دلیل، برخی از نویسندگان عربی گفته‌اند: اگر هر یک از اعضا یا منافع آن که قوام انسان به آنها بستگی دارد از بین برود، یا زیبایی مقصود به طور کلی در انسان زایل شود، دیه واجب می‌شود، زیرا موقعی که منفعت یکی از اعضا از بین رفت، دیگر نفس به طور کلی تلف شده است، چرا که شرف و کرامت انستن به زیبایی او بستگی دارد (شیخ نظام، ۱۴۱۱: ۲۶؛ ادریس، ۱۳۷۲: ۳۴۹-۳۵۰).

است هیچ‌گونه خسارت معنوی در پی نداشته باشد، ولی در هر حال نقص بر بدن او وارد شده است و او را از بخشی از مواهب حیات محروم کرده است و از این رو، باید جبران گردد. همین‌طور، خسارت وارد بر میت به دلیل فقدان درک و شخصیت برای او، متضمن خسارت معنوی برای وی نیست؛ در حالی که شارع مقدس برای آن هم دیه تعیین کرده است. به ویژه آنکه اگر گفته شود که هر خسارت بدنی، سبب ورود خسارت معنوی می‌شود، و به عبارت دیگر، از دست دادن نفس و عضو و منفعت از مصادیق خسارت معنوی به شمار می‌آیند، این گفته با این ایراد مواجه می‌شود که با توجه به اینکه زیان معنوی از فردی به فرد دیگر تفاوت می‌کند، باید میزان غرامتی که بابت جبران آن داده می‌شود، بر حسب سن و جنسیت و موقعیت شغلی و اجتماعی زیان‌دیده تفاوت کند؛ در حالی که شارع مقدس غرامت یکسانی را برای آنها در نظر گرفته است. برای نمونه، نایبنا کردن یا اسید پاشیدن روی دختری که در سن ازدواج است، با نایبنا کردن یا پاشیدن اسید روی یک پیرمرد یا پیرزنی که در سن مرگ قرار دارد، ضرر یکسانی را ایجاد نمی‌کند. در حالی که مطابق دیدگاهی که هر ضرر بدنی را متضمن زیان معنوی می‌داند، دیه شامل جبران زیان معنوی در شکل اتلاف نفس و عضو و منفعت هم می‌شود. این حکم با توجه به آنکه شارع در زبان‌های با مقادیر مختلف نمی‌تواند حکم به پرداخت غرامت یکسانی بدهد، قابل ایراد است. این خود نشان می‌دهد که نباید پذیرفت که اتلاف نفس و عضو و منفعت مشمول عنوان خسارت معنوی است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه مهم به دست می‌آید که در حقوق غرب خسارتی که به خود نفس یا عضو یا منافع آن وارد می‌آید، غالباً نادیده گرفته می‌شود و عموماً به جبران خسارت‌های مادی و معنوی ناشی از خسارت بدنی پرداخته شده است. این امر به ویژه در فرض فوت زیان‌دیده اصلی آشکار می‌شود که جبران خسارت صرفاً شامل هزینه‌های معالجه قبل از فوت و نیز خسارت

مادی و معنوی بازماندگان می‌گردد و اتلاف نفس بدون جبران می‌ماند.<sup>۱</sup> این در حالی است که صرف از دست دادن نفس یا عضو یا منافع نیز ضرر محسوب می‌شود و باید جبران شود.

بند دوم: ارزیابی مقطوع یا موردی هر یک از اقسام زیان‌های بدنی

از حیث تحلیلی و نظری، برای پاسخ به این پرسش که ارزیابی خسارت بدنی بهتر است مقطوع باشد یا موردی و کدام یک از این دو معیار، هدف و رسالت مسئولیت مدنی را بهتر تأمین می‌کند، به نظر می‌رسد که باید بین اقسام مختلف خسارت‌هایی که در اثر صدمه بدنی ایجاد می‌شوند، تفاوت گذاشت:

۱- در خسارت وارد به جان و تن آدمی، یعنی اتلاف نفس یا نقص عضو یا منافع (خسارت بدنی به معنای خاص)، نظام ارزیابی مقطوع مطلوب‌تر است، زیرا همه انسان‌ها از این جهت که نفس و اعضایی دارند، با هم برابرند و از همین رو، می‌توان برای جبران خسارت بدنی تمام آنها از نظام ارزیابی مقطوع و ثابت بهره برد. به همین دلیل است که شارع مقدس «دیه» را که مبلغ مقطوعی برای خسارت‌های بدنی است، صرف‌نظر از ویژگی‌ها و خصوصیت‌های فردی زیاندیدگان، برای تمام مجنی‌علیهم به یک شکل مقرر کرده است.

۲- در زیان‌های مادی و معنوی ناشی از خسارت بدنی، نظام ارزیابی موردی هدف قواعد مسئولیت مدنی را بهتر تأمین می‌کند، چرا که هر انسانی در این زمینه برای خود عالمی دارد. در حقیقت، تمام انسان‌ها بما هو انسان، از این جهت که زنده‌اند و حیاتی دارند و از این جهت که دارای اعضا و منافی هستند، با هم مساوی و برابرند. از همین رو، صدمه به دست هر انسانی صرف‌نظر از عواقب مالی و غیرمالی آن، خسارت یکسانی را ایجاد می‌کند و از این رو، باید غرامت

۱. در تأیید این دیدگاه، ر.ک.: ( Lambert-Faivre et Porchy-Simon 2016: no 249 et 234; Koziol, 2006: ) و در حقوق امریکا، ر.ک.: (Dobbs, 2009: 463)، و در تأیید این استنباط در حقوق ایران، ر.ک.: کاظمی، ۱۳۹۵: ۶۴۵، ۶۵۳ و ۶۷۶؛ باریکلو، ۱۳۸۲: ۱۵؛ و نیز ر.ک.: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷ (الف): ۸۵. البته در حقوق فرانسه، در سطح دکترین اختلاف‌نظرهایی در قابلیت جبران صرف فوت (از دست دادن نفس) وجود دارد؛ ولی در جدول دنتیل‌هاک که مبنای کارگروه رویه قضایی است، به این قسم از ضرر، فارغ از پیامدهای مالی و معنوی آن اشاره‌ای نشده است.

یکسانی را نیز دریافت کند. بر عکس، هر انسانی ممکن است از دست خود استفاده خاصی کند: یکی جراح است و یکی عکاس، دیگری بنّاست و آن یکی والیالیست یا وزنه‌بردار و دیگری تنیس‌باز و غیره. خسارت‌هایی که در اثر قطع دست به هر یک از اینها وارد می‌شود، به یک اندازه نیست. بنابراین، نمی‌توان غرامت یکسانی را برای تمام آنها در نظر گرفت؛ و گرنه احتمال اینکه اصل جبران کامل خسارت نقض شود و تمامی خسارات زیان‌دیده جبران نگردد، یا زیان‌دیده از قواعد مسئولیت مدنی منتفع شود و مبلغی بیشتر از خسارت متحمل شده دریافت دارد، بسیار محتمل است. این امر در مورد خسارت‌های معنوی ناشی از آسیب بدنی نیز صادق است: تعیین مبلغ واحد و یکسان برای از دست دادن زیبایی و غم و اندوه ناشی از مرگ نزدیکان و محروم ماندن از لذت‌ها، بدون در نظر گرفتن سن زیان‌دیده،<sup>۱</sup> میزان علاقه و احساس واقعی بین مجنی‌علیه و زیان‌دیده در ضررهای انعکاسی،<sup>۲</sup> و حتی بدون توجه به مکانی که زیان‌دیده در آن زندگی می‌کند،<sup>۳</sup> خسارت واقعی را نشان نمی‌دهد.

ذکر این نکته هم اهمیت دارد که آنچه بیشتر انتقادهای وارد بر نظام مقطوع ارزیابی خسارت بدنی را در حقوق ما برانگیخته است، کفاف ندادن مبلغ از پیش تعیین شده (دیه) برای جبران خسارت‌های بدنی است. امروزه عوامل مختلف سبب شده است که مبلغ دیه تعیین شده سالانه برای جبران همه خسارت‌های بدنی ناچیز جلوه کند: اول از همه، اقدام قوه قضاییه در تقویم ارزش شتر به عنوان مقیاس تعیین میزان دیه، بدون توجه به قیمت واقعی آن در بازار، قابل انتقاد است، زیرا در حال حاضر نیز قیمت صد شتر بسیار بیشتر از مبلغ دیه‌ای است که هر ساله از سوی

- 
۱. اینکه زیان‌دیده دختر بچه است یا دختر دم‌بخت یا پیرزن علیل و دم‌مرگ، میزان خسارت وارده متفاوت است. به همین دلیل، در حقوق فرانسه تصریح شده است که خسارت ناشی از زشت شدن چهره یک کودک بیشتر از خسارت مردی سالخورده است (Le Tourneau, 2002: no 682).
  ۲. بدون تردید در اثر مرگ معشوقی که طرفین در سن جوانی و نزدیک به ازدواج هستند، نسبت به مرگ معشوقی که در سن پیری قرار دارند خسارت بیشتری وارد می‌شود.
  ۳. اینکه یک بچه به دلیل صدمه بدنی در یک منطقه محروم نتواند بازی کند، نسبت به کسی که انواع بازی‌ها و شهر بازی‌ها و تفریحات در نزدیکی او قرار دارد، زبان کمتری می‌بیند.

قوه قضاییه به دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود.<sup>۱</sup> افزون بر آن، افزایش هزینه‌های پزشکی و تفاوت در سطح درآمد افراد هم باعث شده است که امروزه مبلغ دیه در مقایسه با آنها بسیار کمتر باشد.<sup>۲</sup> این در حالی است که صد شتر یا دویست گاو یا هزار گوسفند در زمان صدر اسلام، ارزش بسیار بالایی داشته و خسارت مصدوم یا خانواده متوفی را به بهترین شکل ممکن تضمین می‌کرده است. از همین رو، در زمان هارون الرشید دیه کامل (ده هزار درهم) مخارج سی ساله یک خانواده معمولی را تأمین می‌کرده است (شفیعی سروستانی و همکاران، ۱۳۷۶: ۳۱۱-۳۱۲). در حالی که دیه ناشی از قتل انسان (در سال ۱۳۹۸ به مبلغ ۲۷۰ میلیون تومان و در سال ۱۳۹۹ به مبلغ ۳۳۰ میلیون تومان) از قیمت یک خودروی معمولی هم کمتر است!

پایین بودن نرخ دیه در کشور ما، حتی در مقایسه با سایر کشورهای اسلامی، سبب رواج بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در جامعه شده است و به همین دلیل است که متأسفانه کشور ما در حوادث کار و حوادث رانندگی، جزء رتبه‌های اول در دنیا قرار دارد! پس، میزان فعلی دیه، نه تنها با واقعیت‌های موجود تطبیق نمی‌کند، بلکه هدف بازدارندگی مسئولیت مدنی را هم تأمین نمی‌کند و بر مبنای تحلیل اقتصادی (به ویژه روش هزینه-فایده) هم قابل انتقاد است، چرا که عامل زیان با تحلیل رفتار خود بر مبنای هزینه-فایده، دلیلی بر رعایت احتیاط بیشتر در رفتار خود نمی‌بیند و پرداخت خسارت را جانشین احتیاط می‌کند، زیرا پرداخت خسارت ناچیز برای او به صرفه‌تر است تا رعایت احتیاط و مراقبت بیشتر در رفتار خود.

۱. برای نمونه، با اینکه دیه سال ۱۳۹۸، مبلغ ۲۷۰ میلیون تومان تعیین شده است، ولی دادستان سابق تهران (جعفری دولت‌آبادی) به موجب مصاحبه‌ای اعلام کرد که «اگر می‌خواستیم به قیمت واقعی عمل کنیم، قیمت دیه به بالای ۵۰۰ میلیون تومان می‌رسید؛ در صورتی که قیمت دیه را امسال ۲۷۰ میلیون تومان اعلام کردیم».
۲. از همین رو، برخی از استادان گفته‌اند: «در گذشته و در طب سنتی، امکان انجام جراحی‌های پیچیده، پیوند اعضا، استفاده از داروهای شیمیایی و ژنتیکی، وسایل کمک پزشکی (پروتز و اورتز) و... وجود نداشته و همانند امروز علم پزشکی تخصصی و فنی نبوده، از این رو هزینه‌های پزشکی نیز محدود بوده است. اما، در حال حاضر، با توجه به اینکه بسیاری از صدمات قابل‌معالجه و درمان هستند، مصدومان ناچارند بخش زیادی از دیه را صرف هزینه‌های پزشکی کنند... در زمان ما، با توجه به تنوع مشاغل و تخصص‌ها، سطح درآمد افراد تفاوت زیادی با یکدیگر دارد، به همین دلیل دیه تعیین شده ممکن است در موردی خاص خسارات مربوط به کارافتادگی فردی را که درآمد پایینی دارد جبران کند، اما برای جبران خسارت فرد دیگری که تخصص و درآمد بالایی دارد، کافی نباشد» (بادینی، ۱۳۸۸: ۴۶۷-۴۶۸).

بنابراین، حتی اگر نظام ارزیابی موردی برای تقویم زبان‌های مادی و معنوی ناشی از خسارت بدنی مورد پذیرش قرار نگیرد و همچنان اصرار بر نظام ارزیابی مقطوع برای تقویم همه خسارت‌های مربوط با صدمات جسمانی باشد، لازم است مبلغ دیه با زیان واقعی وارد شده برابری کند. برای نیل به این هدف، با توجه به اینکه امروزه بر خلاف جزیره العرب، شتر نقشی در زندگی افراد جامعه ندارد (نه گوشت و شیر آن کارایی سابق را دارد و نه برای حمل و نقل از این حیوان استفاده می‌شود) و به همین دلیل ارزش شتر نسبت به گذشته با تنزل فاحشی روبه‌رو شده است، ضرورت دارد که قیمت گاو یا گوسفند برای تعیین دیه سالانه ملاک عمل قرار گیرد. در این صورت، میزان دیه نفس ممکن است بالغ بر دو میلیارد تومان (در سال ۱۳۹۹) شود، که خسارت زیان‌دیدگان را به نحو مؤثرتری جبران می‌کند. این دیدگاه با توجه به اینکه از دیدگاه فقهای معاصر، شتر به عنوان مقیاس تعیین دیه خصوصیتی ندارد و سایر اقلام دیه بدل شتر محسوب نمی‌شوند و شتر نیز ملاک ارزیابی سایر اقلام نبوده و امروزه ارزش خود را تا حد زیادی از دست داده است، بیشتر تقویت می‌گردد.<sup>۱</sup>

۱. برای ملاحظه نقش شتر در زندگی اعراب قبل و بعد از بعثت و تغییر مالیت آن در اعصار بعدی و به ویژه رابطه اقلام شش‌گانه با یکدیگر از حیث اصل و بدلیت، ر.ک.: (الزرقاء، ۱۴۰۹: ۶۷-۷۸؛ گرجی، ۱۳۸۰: ۲۴؛ تیموری، ۱۳۷۹: ۱۲۶-۱۲۸؛ رحمانی، ۱۳۸۶: ۱۶-۲۹؛ تیموری، ۱۳۷۹: ۱۲۳-۱۴۶، بادینی، ۱۳۸۸: ۴۶۷-۴۶۸).

در اثر ایراد صدمه بدنی، خسارت‌های متفاوت و گوناگونی به جسم و جان زیان‌دیده (مجنی‌علیه) وارد می‌شود و طیف گسترده‌ای از خسارت‌های قابل مطالبه را مطرح می‌کند. در حقوق فرانسه و انگلستان، زیان‌های قابل مطالبه در اثر ایراد خسارت بدنی را به «خسارت‌های مادی» (مانند هزینه‌های درمان و معالجه و از دست دادن درآمد و خسارت‌های مالی زیان‌دیدگان غیرمستقیم) و «خسارت‌های معنوی» (نظیر تحمل درد و رنج جسمی و روحی و از دست دادن مواهب حیات و زیبایی و تمتع جنسی و فرزندآوری و خسارت‌های غیرمالی زیان‌دیدگان غیرمستقیم) محدود می‌کنند و برای ارزیابی خسارت‌های بدنی، اعم از زیاندهای مالی و غیرمالی، از نظام ارزیابی موردی استفاده می‌نمایند. در مقابل، در حقوق اسلام، از خسارت بدنی با عنوان «جنایت» یاد می‌شود و برای ارزیابی و جبران آن، از «دیه» استفاده می‌گردد که ارزیابی مقطوع و ثابت برای تمام زیان‌های است. این شیوه، که از زمان تصویب قانون دیات و پس از پیروزی انقلاب اسلامی وارد حقوق ایران هم شده است، مورد انتقاد بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته و آنان همانند حقوق غرب، خواهان ارزیابی موردی برای خسارت‌های بدنی هستند.

با وجود این، به نظر می‌رسد که افزون بر زیان‌های مالی و معنوی ناشی از صدمه بدنی، صرف از بین بردن حیات (اتلاف نفس) و تلف کردن عضو یا زایل کردن منافع اعضا نیز خسارت محسوب می‌شود و قابل جبران است؛ همچنان‌که بسیاری از فقهای امامیه بدان تصریح کرده‌اند. از این رو، برای ارزیابی خسارت بدنی به معنای خاص (اتلاف نفس یا عضو یا منافع)، با توجه به برابری تمام انسان‌ها در برخورداری از حق حیات و سلامت و تمامیت جسمانی خود، ارزیابی مقطوع خسارت با موضوع ضرر و هدف و کارکرد مسئولیت مدنی سازگارتر است و به همین دلیل، دیدگاه حقوق اسلام در این زمینه، بر راه‌حل نظام‌های حقوقی غربی ترجیح و برتری دارد. در مقابل، برای ارزیابی خسارت‌های مادی و معنوی ناشی از صدمه بدنی (آسیب جسمانی)، بر مبنای دیدگاهی که آنها را در کنار دیه قابل مطالبه می‌داند، از آنجا که این قسم از خسارت‌ها از فردی به فرد دیگر (با توجه به وضعیت زیان‌دیده، شغل و درآمد او، عواطف و احساسات متضرر و درجه وابستگی افراد به یکدیگر) متفاوت است، نظام ارزیابی موردی بهتر می‌تواند هدف مسئولیت مدنی را محقق سازد.

## الف - منابع فارسی:

## کتاب

۱. آخوندی، محمود، (۱۳۶۷)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، چ ۲، تهران، جهاد دانشگاهی.
۲. آشوری، محمد، (۱۳۷۶)، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، چ ۲، تهران، سمت.
۳. ادريس، احمد عوض، (۱۳۷۲)، دیه، ترجمه علیرضا فیض، چ ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴. امامی، سیدحسین، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۲۶، تهران، اسلامیه.
۵. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چ ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، تهران، گنج دانش.
۷. جواهرکلام، محمدهادی، (۱۳۹۸)، مبانی جبران خسارت‌های بدنی، رساله دکترا، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، با راهنمایی دکتر عباس کریمی.
۸. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۶)، حقوق بیمه و مسئولیت مدنی، چ ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۹. شفیعی سروستانی، ابراهیم، و همکاران، (۱۳۷۶)، قانون دیات و مقتضیات زمان، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری.
۱۰. صانعی، یوسف، (۱۳۸۸)، استفتائات قضایی، جلد یکم: کلیات قضا - جزائیات، قم، پرتو خورشید.
۱۱. صانعی، یوسف، (۱۳۸۴)، استفتائات قضایی، ج ۲، چ ۲، تهران، میزان.
۱۲. صانعی، یوسف، (۱۳۷۷)، توضیح المسائل، چ ۱۷، بی‌نا، بی‌جا.
۱۳. صانعی، یوسف، (۱۳۸۵)، فقه و زندگی (۲)، برابری قصاص (زن و مرد و مسلمان و غیرمسلمان)، تدوین: مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین، چ ۵، قم، میثم تمار.

۱۴. صانعی، یوسف، (۱۳۸۷)، مجمع المسائل، استفتائات (استفتائات)، ج ۳، چ ۲، قم، میثم تمار.
۱۵. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۷ الف)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چ ۱۱، تهران، سمت.
۱۶. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۷ ب)، مسئولیت مدنی تطبیقی، چ ۱، تهران، شهر دانش.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، ج ۱: قواعد عمومی، چ ۷، تهران، دانشگاه تهران.
۱۸. گرجی، ابوالقاسم با همکاری دیگران، (۱۳۸۰) دیات، چ ۱، تهران، دانشگاه تهران.
۱۹. مرعشی نجفی، سیدمحمدحسن، (۱۴۲۷)، دیدگاه‌های نو در حقوق، ج ۲، چ ۲، تهران، میزان.
۲۰. منتظری، حسین‌علی، (بی‌تا)، رساله استفتاءات، ج ۱، ۲ و ۳، قم، بی‌نا.
۲۱. مهرپور، حسین، (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن، تهران، اطلاعات.
۲۲. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، (۱۴۱۹)، بایسته‌های فقه جزا، تهران، میزان - دادگستر، ۱۴۱۹.
۲۳. یوسفی، علی، (۱۳۹۵)، اصل جبران کامل خسارت در حقوق مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی دکتر منصور امینی، دانشگاه شهید بهشتی.

## مقالات

۲۴. امیدی، جلیل و رستمی، سهیلا، (۱۳۸۹)، «دیه زن: رویارویی دو دیدگاه در فقه اهل سنت»، فصلنامه حقوق، ش ۴، ص ۳۹-۵۶.
۲۵. ایازی، سیدمحمدعلی، (۱۳۸۸)، «بررسی نظریه مشهور در تفاوت دیه زن و مرد»، بانوان شیعه، ش ۲۱، ص ۲۹-۷۰.
۲۶. بابایی، ایرج، (۱۳۸۹)، «جبران خسارات ناشی از صدمات بدنی در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۲۸، ص ۱-۳۰.

۲۷. بادینی، حسن، (۱۳۸۸)، «نظام جبران خسارت بدنی در حقوق ایران: بررسی کاستی‌ها و ارائه گزینه‌هایی برای تحول»، مندرج در: بر منهج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، به سعی دکتر حسن جعفری تبار، چ ۱، تهران، دانشگاه تهران.
۲۸. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۲)، «جبران خسارت بدنی در فقه اسلامی»، الهیات و معارف اسلامی (مطالعات اسلامی)، ش ۶۱، ص ۱۳-۳۹.
۲۹. تیموری، خیرالله، (۱۳۷۸)، «تنقیح ملاک تعیین میزان دیه (۱)»، پژوهشنامه متین، ش ۴ و ۳، ص ۱۲۵-۱۴۶.
۳۰. تیموری، خیرالله، (۱۳۷۹)، «رهیافتی بر تبیین ملاک میزان دیه»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۳۱، ص ۱۲۳-۱۴۶.
۳۱. حبیبیا، سعید و صالحی فر، علیرضا، (۱۳۹۲)، «رویکردهای جبران خسارت ناشی از خطاها مرگ‌آفرین؛ مطالعه تطبیقی در حقوق مسئولیت مدنی ایران و ایالات متحده امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱، ص ۶۳-۹۸.
۳۲. رحمانی، محمد، (۱۳۸۶)، «مقادیر دیه و شیوه تعیین آن از منظر فریقین»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی، ش ۲۱، ص ۳-۲۳.
۳۳. قسمتی تبریزی، علی، (۱۳۹۴)، «اصل جبران کامل خسارت»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۳، ص ۱۳۵-۱۷۴.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، «ماهیت و قلمرو دیه: زیان ناشی از جرم»، مجله کانون وکلا، ش ۶-۷، سال ۷۱-۷۲؛ مندرج در کتاب توجیه و نقد رویه قضایی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۳۰۱-۳۱۶.
۳۵. کاظمی، محمود، (۱۳۹۵)، «شیوه جبران زیان‌های جسمانی در حقوق اسلام و نظام‌های حقوقی جدید»، مندرج در: حقوق؛ جانمایه بقای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد دکتر سیدعزت‌الله عراقی)، جمعی از نویسندگان به کوشش امیرحسین رنجبریان، چ ۲، تهران، سمت.
۳۶. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، (۱۳۷۷)، اطلاع‌رسانی دیدگاه‌های فقهی ۲، پیوند اعضا، تهران.

۳۷. وحدتی شبیری، سیدحسن، (۱۳۹۰)، «مبنا و قلمرو خسارت مازاد بر دیه»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ش ۸۷/۱، ص ۲۶۸-۲۴۷.

### ب- منابع عربی:

۳۸. ابن منظور، جمال الدین، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۱۴، ۳، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.

۳۹. ابوجیب، سعدی، (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقہی لغۀ و اصطلاحا، ج ۲، دمشق، دار الفکر.

۴۰. ابوہیف، علی صادق، (۱۹۳۲)، الدیة فی الشریعة و تطبیقاتها فی قوانین و عادات مصر الحدیثہ، قاہرہ، بی نا.

۴۱. بہجت، محمدتقی، (۱۴۲۸ق)، استفتاءات، ج ۴، قم: دفتر حضرت آیة اللہ بہجت.

۴۲. جزری (ابن اثیر)، مبارک (بی تا)، النہایة فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۱، قم، مؤسسہ مطبوعاتی اسماعیلیان.

۴۳. حسینی حنفی، سید محمدمرتضی، (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، ج ۱۹، ۱، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۴۴. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقہیة، ج ۱ و ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۴۵. الخفیف، شیخ علی، (۱۹۷۱)، الضمان فی الفقہ الإسلامی، معهد البحوث و دراسات العربیة.

۴۶. راغب اصفہانی، حسین، (۱۴۱۲ق)، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان - سوریه، دارالعلم - دار الشامیة.

۴۷. روحانی، سیدصادق، (۱۴۱۲ق)، فقہ الصادق (ع)، ج ۱۸، قم، دار الکتب - مدرسہ امام صادق (ع).

۴۸. الزرقاء، مصطفی أحمد، (۱۴۰۹ق)، «دیة النفس الشرعیة کیف نقدرها فی هذه العصر»،

المجمع الفقہی الإسلامی، العدد ۳، ص ۶۷-۷۸.

۴۹. سراج، محمد احمد، (۱۴۱۴ق)، ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى، بيروت، مؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع.
۵۰. شيخ نظام و جماعه من العلماء الهند، (۱۴۱۱ق)، الفتاوى الهندية، ج ۶، بيروت، دار الفكر.
۵۱. صانعى، يوسف، (۱۳۸۲)، منتخب الأحكام، انتشارات ميثم تمار.
۵۲. طريحي، فخرالدين، (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، ج ۱، ۳، تهران، مرتضوى.
۵۳. عبدالرحمان، محمود، (بى تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيّه، ج ۱، بى جا، بى نا.
۵۴. عوده، عبدالقادر، (۱۴۱۹ق)، التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، ج ۱، ۴، بيروت، مؤسسّه الرسالّه.
۵۵. فتحى بهنسى، احمد، (۱۴۰۳ق)، العقوبه فى الفقه الإسلامى، ج ۲، بيروت، دار الرائد العربى.
۵۶. گلپايگانى، سيدمحمد رضا، (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فى أحكام الحدود، ج ۱، قم، دار القرآن الكريم.
۵۷. مكارم شيرازى، ناصر، (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهيّه، ج ۱، ۳، قم، مدرسه امام امير المؤمنين (ع).
۵۸. نائينى، ميرزا محمدحسين، (۱۳۷۳)، رساله فى قاعده نفي الضرر، ضميمه كتاب منيه الطالب، مقرر: موسى خوانسارى، تهران، المكتبه المحمديه.
۵۹. نراقى، مولى احمد، (۱۴۱۷ق)، عوائد الأيام، قم: دفتر تبليغات اسلامى.
۶۰. هاشمى شاهرودى، سيد محمود، (۱۴۲۳ق)، قراءات فقهيّه معاصره، ج ۲، قم، مؤسسّه دائره المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (ع).

### ج - منابع فرانسوى:

61. Auxéméry, Yann, (2017), "L'évaluation du dommage psychique en droit commun", Annal Médico Psychologique, Volume 175, Issue 4, pp. 393-400.
62. Brun, Philippe, (2005), Responsabilité civile extracontractuelle, Litec.

63. Carbonnier, Jean, (1998), Droit civil, t. 4, Les obligation, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France.

64. Daligand, Liliane; Loriferne, Dominique; Reynaud, Charles-André; et Roche, Louise, (1989), L'évaluation du Dommage corporel, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Masson.

65. Flour, Jacques; et Aubert, Jean-Luc, (2009), Les obligations, t. 2, par: Eric Savaux, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey.

66. Lambert-Faivre, Yvonne, (1998), "L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques", Les Cahiers de droit, Vol. 39, No 2-3, p. 537-569.

67. Lambert-Faivre, Yvonne, (2000), Droit du Dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz.

68. Lambert-Faivre, Yvonne; et Porchy-Simon, Stéphonie, (2016), Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz.

69. Le Roye, Max, (1970), L'évaluation du prejudice corporel, Librairies Techniques.

70. Le Tourneau, Philippe; et Cadirt, Lois, (2002), Droit de la responsabilité et des contrats, paris, Dalloz.

71. Malaurie, Philippe; et Aynès, Laurent, (2017), Droit des obligations, par: Philippe Stoffel-Munck, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J..

72. Mazeaud, Henry, Leon et Jean, (1991), Leçons de droit civil, obligation, théorie générale, par: François Chabas, Paris, Montchestien.

73. Viney, Geneviève; et Jourdain, Patrice, (1998), Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, Sous la direction Jacques Ghestin, 2<sup>e</sup> éd, Paris, L.G.D.J..

74. Viney, Geneviève; et Jourdain, Patrice, (2001), Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, L.G.D.J..

#### د- منابع انگلیسی:

75. Barrie, Peter, (2005), Personal Injury Law: Liability, Compensation and Procedure, Oxford university press, 2<sup>nd</sup>.

76. Bobb-Semple, Colin, and Others, (2006-2007), Remedies, Oxford University Press.

77. Cooke, John, (2009), Law of Tort (Foundation Studies in Law Series), 9<sup>th</sup> ed., London, Pearson Longman.

78. Dobbs, B. Dan, (1993), Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution, 2<sup>nd</sup> ed., Minnesota, West Pub. Co..

79. Harpwood, Vivienne, (2009), Modern Tort Law, 7<sup>th</sup> ed., London & New York, Routledge-Cavendish.

80. Harpwood, Vivienne, (2000), Principles of Tort Law, 4<sup>th</sup> ed., London - Sydney, Cavendish Publishing Limited.

81. Koziol, Helmut, (2006), "Wrongful Death – Basic Questions", in: European Tort Law, Helmut Koziol & Barbara C. Steininger (eds.), New York, Springer Wien.

82. Markesinis, Basil; Coester, Michael; Guido, Alpa; and Ullstein, Augustus, (2005), Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, A comparative Outline, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

83. McGregor, Harvey, (1972), "Personal Injury and Death", in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts, Edited by: André Tunc.

84. Munkman, John, (1973), Damages for Personal Injuries and Death, 5<sup>th</sup> ed., London, Butterworths.,

85. Rogers, W. V. H.; Winfield, Percy Henry; and Jolowicz, John Anthony, (1994), Winfield and Jolowicz on Tort, 14<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell.

86. Stephenson, Graham, (2000), Sourcebook on Torts, 2<sup>nd</sup> ed., London – Sydney, Cavendish Publishing Limited.

87. Tunc, André, (1971), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts, Introduction.

88. Van Dam, Cees, (2006), European Tort Law, 1<sup>st</sup> ed., Oxford University Press.

89. Ward, John O., and Thornton, Robert J., (2009), Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue, 1<sup>st</sup> ed., United Kingdom, Emerald Group Publishing Limited.

## Evaluation Criteria "Corporal Injury"; Fixed or Case Evaluation System; A Comparative Study in Islamic, Iranian, French and English Law

Mohammad Hadi Javaher kalam<sup>1</sup>

### Abstract

In this article, the criterion for assessing corporal injury has been comparatively examined in Islamic, Iranian, French and English law. The fundamental question is, for the evaluation of corporal injury, should a fixed assessment system or a case by case system be adopted, and which one is more efficient and better serves the purpose of civil liability? By a descriptive-analytical research method and by studying in different legal systems, it was concluded that in French and English law, a case evaluation system is used to evaluate corporal injuries and Islamic and Iranian law has accepted a fixed evaluation system to evaluate such injuries. However, the study of the types of compensable damages in corporal injuries and legal analysis of the issue shows that in this context we should differentiate between "corporal injury specifically" (loss of life or limb or senses), and "financial and non-financial losses arising out of corporal injuries (material and moral damages caused by corporal injury). In regard to the first type, a fixed evaluation system and concerning the second type, the case evaluation system for the evaluation of corporal injuries should be accepted.

**Keywords:** *Blood Money, Corporal Injury, Material Damage, Moral Damage, Fixed Evaluation System, Case Evaluation System.*

---

1. Assistant Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, (Email: dr.javaherkalam@yahoo.com)

# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

## منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. امامی، سیدحسن، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، ج ۱، ج ۲۶، تهران، اسلامیه.
۲. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسؤولیت مدنی، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳. جواهرکلام، محمدهادی، (۱۳۹۸)، مبانی جبران خسارت‌های بدنی، رساله دکترا، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، با راهنمایی دکتر عباس کریمی.
۴. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۶)، حقوق بیمه و مسؤولیت مدنی، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. صاعی، یوسف، (۱۳۸۷)، مجمع المسائل، استفتائات (استفتائات)، ج ۳، ج ۲، قم، میثم تمار.
۶. صفایی، سیدحسین؛ و رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۷)، الف)، مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، ج ۱۱، تهران، سمت.
۷. صفایی، سیدحسین؛ و رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۷)، ب)، مسؤولیت مدنی تطبیقی، ج ۱، تهران، شهر دانش.
۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد، مسؤولیت مدنی، ج ۱: قواعد عمومی، ج ۷، تهران، دانشگاه تهران.
۹. گرجی، ابوالقاسم؛ با همکاری دیگران، (۱۳۸۰) دیات، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران.
۱۰. مرعشی نجفی، سیدمحمدحسن، (۱۴۲۷)، دیدگاه‌های نو در حقوق، ج ۲، ج ۲، تهران، میزان.
۱۱. مهرپور، حسین، (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن، تهران، اطلاعات.
۱۲. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، (۱۴۱۹)، بایسته‌های فقه جزا، تهران، میزان - دادگستر، ۱۴۱۹.
۱۳. بایایی، ایرج، (۱۳۸۹)، «جبران خسارات ناشی از صدمات بدنی در حقوق مسؤولیت مدنی ایران»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۲۸، ص ۱-۳۰.
۱۴. بادینی، حسن، (۱۳۸۸)، «نظام جبران خسارت بدنی در حقوق ایران: بررسی کاستی‌ها و ارائه گزینه‌هایی برای تحول»، مندرج در: بر منهج عدل: مقالات اهداشده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، به سعی دکتر حسن جعفری تبار، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران.
۱۵. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۲)، «جبران خسارت بدنی در فقه اسلامی»، الهیات و معارف اسلامی (مطالعات اسلامی)، ش ۶۱، ص ۱۳-۳۹.
۱۶. حبیبی، سعید؛ و صالحی‌فر، علیرضا، (۱۳۹۲)، «رویکردهای جبران خسارت ناشی از خطاها مرگ‌آفرین: مطالعه تطبیقی در حقوق مسؤولیت مدنی ایران و ایالات متحده امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱، ص ۶۳-۹۸.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، «هاهیت و قلمرو دیه: زیان ناشی از جرم»، مجله کانون وکلا، ش ۶-۷، سال ۷۱-۷۲؛ مندرج در کتاب توجیه و نقد رویه قضایی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۳۰۱-۳۱۶.

## کد مقاله

LAW-2102-1047 (R1)

## دانشنامه‌های مرتبط

۱. دیات
۲. حقوق بیمه
۳. اجرای احکام کیفری

## مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. دیه
۲. خسارت بدنی
۳. خسارت مادی
۴. خسارت معنوی
۵. نظام ارزیابی مقطوع

## مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و انگلستان
۲. استناد به اصل جبران کامل خسارت‌ها
۳. ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی در خسارت‌های بدنی
۴. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام
۵. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق ایران
۶. تحلیل منتخب در زمینه معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی
۷. انواع ضرر قابل جبران در خسارت‌های بدنی

## قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۵ قانون مسؤولیت مدنی
۲. ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی
۳. ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
۴. ماده ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

## تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

ممسّن علیجانی\*

لجیا جنیدی<sup>۱</sup>

### چکیده

در مبحث تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت بخش عمومی و خصوصی (PPP) هدف، تحقیق در مورد چگونگی تخصیص ریسک در این قراردادهاست. با بررسی منابع مرتبط پس از توضیح مفهوم مشارکت عمومی و خصوصی و اقسام آن، ریسک و مفاهیم مشابه، انواع ریسک و روش‌های شناسایی و ارزیابی آنها مورد بحث قرار گرفت و سپس به بحث تخصیص ریسک و مفاهیم مشابه برای مدیریت ریسک و شروط استاندارد تخصیص ریسک پرداخته شد، آنگاه به فلسفه تخصیص ریسک و اهداف آن، اصول حاکم بر تخصیص ریسک پرداخته شد و محدودیت‌هایی که در این خصوص وجود دارد از جمله مسائلی است که در این مقاله مورد توجه قرار گرفته‌اند، روشن شدن اینکه هر کدام از این بخش‌ها کدام ریسک را بر عهده می‌گیرد از اصول تخصیص ریسک است با این حال تخصیص مانع این نیست که در راستای کاهش ریسک با هم مساعدت کنند.

**کلیدواژه‌ها:** مشارکت بخش عمومی و خصوصی، الگوهای مشارکت، شناسایی ریسک، انواع

ریسک، مدیریت ریسک، تخصیص ریسک.

\*. دکترای تخصصی، استادیار دانشگاه شهیدچمران اهواز (نویسنده مسئول) Email: mohsen.aliyani64@gmail.com

۱. دکترای تخصصی، دانشیار دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی Email: ljoneydi@yahoo.com

تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی موضوعی است که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد. امروزه در اکثر کشورها به خصوص کشورهای در حال توسعه برای انجام پروژه‌های زیرساختی مشارکت بین بخش عمومی و بخش خصوصی ضرورتی اجتناب ناپذیر است و ذات پروژه‌های زیرساختی توأم با ریسک‌های متفاوتی می‌باشد که مطابق زمان، مکان و الگوهای مورد استفاده تغییر می‌کنند. بنابراین یکی از عناصر اساسی که در هر مشارکت باید به روشنی تعیین تکلیف گردد بحث تخصیص ریسک و تعیین کردن طرف یا طرفین عهده دار ریسک و راهکارهای مقابله با آن است که بحثی کاملاً حقوقی و مشمول حقوق قراردادهاست. پرسش‌هایی در این زمینه مطرح می‌شود مانند: منظور از ریسک دقیقاً چه عاملی است؟ ریسک‌های عمده‌ای که هر پروژه با آنها مواجه می‌شود کدامند؟ تخصیص ریسک، هدف و فلسفه تخصیص آن چیست؟ به این منظور انجام پژوهشی برای پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها لازم به نظر می‌رسید. در ارتباط با این بحث نوشته‌های پراکنده‌ای از جمله پایان‌نامه و مقالاتی نگاشته شده مثل مقاله ریسک استفاده از قراردادهای مشارکت عمومی خصوصی در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات و روش مدیریت آن (اثر علیرضا عالی پناه و مرجان بهمنی در مجله حقوق خصوصی ۱۳۹۸) که هر کدام در قسمت‌هایی به بخشی از این موضوعات پرداخته ولی هیچ یک به طور ویژه به بررسی تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت نپرداخته‌اند. نگارنده ابتدا مفهوم مشارکت بخش عمومی و خصوصی سپس معنای ریسک و مفاهیم نزدیک به آن را بررسی می‌کند و تا حد امکان سعی بر تمیز ریسک از مفاهیم مشابه دارد در ادامه فهرستی از ریسک‌هایی که ممکن است یک پروژه‌ی زیر ساختی با آن مواجه شود ارائه می‌نماید، آنگاه پس از مطالعه روش‌های شناسایی و ارزیابی ریسک‌ها، چرخه مدیریت ریسک را تجزیه و تحلیل می‌کند. به همین ترتیب موضوع تخصیص ریسک، مفهوم آن و راه‌کارهای مشابه تخصیص ریسک مانند کاهش ریسک، اجتناب از ریسک، بیمه ریسک، تسهیم و پذیرش ریسک را مورد بحث قرار می‌دهد. فلسفه تخصیص ریسک از ارکان اصلی تحقیق می‌باشد که به آن پرداخته می‌شود و در پی آن هدف از تخصیص

ریسک مورد بررسی قرار می‌گیرد. اصول حاکم بر تخصیص ریسک، منظور از تخصیص بهینه ریسک و شروط استاندارد تخصیص ریسک در قراردادهای موضوع آخرین بحث است.

## ۲- قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی و تبیین جایگاه ریسک

### در آنها

#### ۲-۱- مفهوم مشارکت عمومی و خصوصی و الگوهای رایج آن در حقوق ایران

##### ۲-۱-۱- مفهوم مشارکت عمومی و خصوصی:

امروزه اکثر کشورهای جهان نیازمبرم به ارائه خدمات عمومی بهتر دارند، با رشد اقتصادی و زیاد شدن جمعیت، تقاضا برای این خدمات بیشتر می‌شود اما در بسیاری از کشورها خیلی از این زیرساخت‌ها فاقد سرمایه‌گذاری کافی و منظم برای ارائه آنها هستند و دولت‌ها به جای سپردن همه مسئولیت‌ها به بخش خصوصی راه‌حل میانه‌ای برگزیده‌اند، که مقبولیت جهانی دارد و به نام مشارکت عمومی و خصوصی شناخته شده است (United Nation, 2012:4) به گونه‌ای که نه ملی شدن صورت گیرد و نه دارایی‌ها و خدمات خصوصی‌سازی می‌شوند (Richard Webb and Bernard, 2002:5). با این حال تعریف واحدی از مشارکت عمومی و خصوصی تاکنون به عمل نیامده و اتفاق نظری در این خصوص وجود ندارد. ساواس PPP را این‌گونه تعریف می‌کند: هر نوع ساز و کاری بین دولت و بخش خصوصی که در آن خدمات عمومی به طور کامل یا بخشی از آن به وسیله ی بخش خصوصی انجام می‌شوند (Savas, 2000:4).<sup>۱</sup> تعریف کمیسیون اروپایی از مشارکت این است: ساز و کاری میان دو یا چند طرف که در راستای هدفی مشترک و یا همسو توافق می‌کنند و در آن پاسخ‌گویی، سرمایه‌گذاری، مسئولیت و پذیرش ریسک و منافع مشترک

1 -Savas, for example, defines a public-private partnership “as any arrangement between government and the private sector in which partially or traditionally public activities are performed by the private sector”

وجود دارد.<sup>۱</sup> شورای کانادایی PPP اعتقاد دارد این توافق، مشارکت در سرمایه‌گذاری بین بخش عمومی و بخش خصوصی است که مبنای آن پاسخ‌گویی هر یک از طرفین (بر اساس تخصصش) به نیازهای عمومی مشخص شده، از طریق تخصیص مناسب ریسک، منابع و درآمدها باشد.<sup>۲</sup> در حقوق ایران با توجه به اینکه نص قانونی «مشارکت عمومی و خصوصی» را تعریف نکرده، برای روشن شدن این موضوع دکتترین حقوقی تعاریفی ارائه داده است، از جمله: مشارکت عمومی\_خصوصی به روش‌هایی اطلاق می‌شود که بخش عمومی با مشارکت دادن بخش خصوصی نسبت به اجرای طرح‌های زیربنایی و رفاهی اقدام می‌کند. در این روش‌ها دولت یا یک نهاد دولتی طرح مربوط به رفاه عمومی را به بخش خصوصی می‌سپارد تا ضمن تامین منابع مالی آن نسبت به ساخت، بازسازی یا نوسازی آن اقدام کند و سپس آن را برای مدتی مورد بهره‌برداری قرار دهد (شیروی، ۱۳۹۴: ۳۶). اندیشمند دیگری معتقد است مشارکت بخش عمومی و خصوصی روشی است که از طریق آن خدمات عمومی در یک کشور با بهره‌مندی از توانایی‌ها و تخصص‌های بخش عمومی و خصوصی اداره می‌شود (غمامی، ۱۳۹۳: ۷۹) ویژگی‌های اصلی مشارکت در زیر ساخت‌ها که از همه تعاریف موجود بر می‌آیند به شرح ذیل است:

شخص خصوصی با تمهیدات بلندمدت در زیرساخت‌های عمومی سرمایه‌گذاری می‌کند. خدمات اصلی را به دولت یا به جامعه از ناحیه دولت ارائه می‌دهد، دولت مسئولیت ارائه خدمات اصلی را برای خود نگه می‌دارد و پرداخت به بخش خصوصی به استمرار ارائه خدمات مطابق استانداردهای اجرایی مورد توافق وابسته است (Richard, 2002:2) در حقیقت ویژگی بارز مشارکت این است که چندین مرحله و کار ویژه‌ی پروژه را در یک توافق جمع می‌کند (International Bank, 2014:14).

1-The European Commission: A partnership is an arrangement between two or more parties who have agreed to work cooperatively toward shared and/or compatible objectives and in which there is shared authority and responsibility; joint investment of resources; shared liability or risk taking and ideally mutual benefits

2 -The Canadian Council for Public Private Partnerships: PPP is a cooperative venture between the public and private sectors, built on the expertise of each partner that best meets clearly defined public needs through the appropriate allocation of risks resources and rewards.

بنابراین می‌توان گفت: مشارکت عمومی خصوصی ساز و کاری دراز مدت است که مطابق آن بخش عمومی و بخش خصوصی برانجام تمام یا برخی از مراحل ارائه خدمت یا کالای عمومی توافق می‌کنند به طوری که مسئولیت اصلی بر ارائه خدمات در قبال مردم همچنان بر عهده بخش عمومی باقی می‌ماند ولی از منابع مالی، تخصص و تجربه مدیریتی بخش خصوصی استفاده می‌شود و معمولاً پرداخت دستمزد به بخش خصوصی منوط به انجام کارمطابق معیارهای مورد توافق است و شیوه تخصیص منابع مالی، منافع و ریسک‌ها نیز مشخص می‌گردد.

۲-۱-۲: در حقوق ایران در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی با اعمال اصلاحات تا ۱۳۹۷، مقررات پراکنده دیگری در حوزه‌ی صنعت آب و برق، قسمتی از قوانین برنامه توسعه به این امر اختصاص داده شده ولی مهم‌ترین منبع حقوقی فعلی در این زمینه لایحه مشارکت عمومی خصوصی مصوب دی ماه ۱۳۹۵ است؛ بر اساس ماده ۱۲ این لایحه روش‌های مشارکت بر اساس تسهیم ریسک بین طرفین، مسئولیت‌ها و وظایف و نحوه بازگشت سرمایه طرف خصوصی تعیین می‌شوند و شامل روش‌های شناخته شده از جمله ساخت، بهره‌برداری و انتقال ساخت (BOT) بهره‌برداری، پرداخت اجاره به طرف عمومی و انتقال (BOLT)؛ تجهیز و بازسازی، بهره‌برداری، پرداخت اجاره به طرف عمومی و انتقال (ROLT)؛ ساخت، پرداخت اجاره به طرف خصوصی، انتقال (BLT)؛ ساخت، مالکیت و بهره‌برداری (BOO)؛ بهره‌برداری و پرداخت اجاره به طرف عمومی (OL)؛ تجهیز و بازسازی، مالکیت و بهره‌برداری (ROO)؛ مدیریت بهره‌برداری و نگهداری (O&M) تجهیز و بازسازی، بهره‌برداری و انتقال (ROT)؛ انتقال، بهره‌برداری و انتقال (TOT)؛ سرمایه‌گذاری مشترک براساس قاعده آورده‌ها و تقسیم محصول به نسبت سهم‌الشرکه (Joint Venture) بیع متقابل (Buy Back) و یا سایر روش‌ها متناسب با نوع پروژه می‌باشد.

## ۲-۲- معنای ریسک و مفاهیم مشابه:

### ۲-۲-۱- معنای ریسک:

ریسک عبارت است از عدم اطمینان در خصوص نتیجه، اتفاق یا ضرر و شانس ورود صدمه، خسارت یا ضرر؛ (Black's Law Dictionary 8th ed. 2004: 4135) و در اینجا یعنی احتمال وقوع رویدادی که در صورت وقوع بر یکی از اهداف پروژه تاثیر داشته و موجب بروز زیان یا از دست دادن منافع احتمالی می‌گردد (اسدی ۱۳۹۲: ۵۳) و باعث می‌شود شرایط واقعی پروژه از شرایطی که هنگام پیش‌بینی هزینه‌ها و منافع فرض شده است متفاوت باشد. ماهیت ریسک‌ها در پروژه‌های مختلف، متفاوت هستند و برای هر پروژه‌ای برخی از ریسک‌ها محتمل‌تر از سایر ریسک‌ها هستند (EUROPEAN COMMISSION 2003 :50-51&Kaplan ,2014: 7).

### ۲-۲-۲- ریسک و مفاهیم مشابه:

از مفاهیم مشابه ریسک می‌توان به عدم قطعیت و شانس اشاره کرد که ذیلاً توضیح داده می‌شوند:

**عدم قطعیت:**<sup>۱</sup> عدم قطعیت عبارت است از نداشتن دانش و آگاهی نسبت به وقوع یک رویداد و زمانی وجود دارد که میزان احتمال وقوع پیامدهای مثبت یا منفی نامعلوم بوده و احتمال وقوع و توزیع پیامدهای احتمالی آن غیرقابل تخمین و غیرقابل کمی کردن بوده و قابل کنترل به وسیله عوامل پروژه نمی‌باشد (اسدی ۱۳۹۲: ۵۴). برخلاف ریسک، در عدم اطمینان تخمین زدن نتایج آینده تنها یک تصور خام هستند چرا که موضوع کاملاً منحصر به فرد بوده و موقعیت مشابهی وجود ندارد تا بتوان احتمالی از آن استنباط کرد، مانند عدم امکان پیش‌بینی رخداد ۱۱ سپتامبر (Kalpana 2014:9).

شانس<sup>۱</sup>: ریسک واقعه یا شرایط غیرقطعی است که در صورت وقوع بر اهداف پروژه اثر منفی می‌گذارد اما شانس یا فرصت واقعه یا شرایط غیرقطعی است که در صورت وقوع بر اهداف پروژه اثر مثبت خواهد داشت (اسدی ۱۳۹۲: ۵۵).

## ۲-۳- طبقه‌بندی ریسک‌ها:

به منظور سهولت در مطالعه ریسک‌ها را تقسیم بندی می‌کنیم:

### ۲-۳-۱- ریسک فنی<sup>۲</sup>:

احتمال عدم دستیابی پروژه به اهداف آن در خصوص اجرا، هزینه و برنامه تعیین شده به دلیل بروز مشکل در تکنولوژی را ریسک فنی می‌گویند (John, 2007:7). توصیف اشتباه مشخصات محصول که بنیان تعهدات قراردادی را تشکیل می‌دهند نیز در این دسته جای می‌گیرد (Elisabetta 2013: 11). اشکال در برنامه‌ریزی و ساخت و ساز که علت آن می‌تواند مدیریت ناکافی هزینه، تجربه‌ی ناکافی ساخت و ساز، شرایط بد آب و هوایی و مکانی، تاخیر در اخذ اجازه‌ها و مصوبات، قصور شرکا بخش خصوصی در اجرا، دسترس نبودن زمین یا در دسترس نبودن به موقع باشد نیز از جمله ریسک‌های فنی است (Elisabetta, 2013:11).

### ۲-۳-۲- ریسک‌های تجاری<sup>۳</sup>:

ریسک تجاری شامل «ریسک‌های فعالیت‌های بازرگانی مانند حمل و نقل، میزان تعرفه و عوارض گمرکی، مسائل موجود در بازاریابی، اعتبار اسنادی، بیمه، واردات و صادرات و غیره می‌باشد» (ابراهیمی، ۱۳۹۱، زیرنویس شماره: ۱۹۴) یکی دیگر از اساسی‌ترین این ریسک‌ها مواجه شدن با کمبود تقاضا است. در برخی کشورها مشکل در تامین مالی پروژه را نیز ریسک تجاری می‌دانند، که حاصل عدم مواظبت از جریان درآمدی و هزینه‌ها مالی و اثر مهم آن فقدان جاذبه

1 - Opportunity

2 - Technical Risk

3 - Commercial Risk

برای سرمایه‌گذاران است و زمانی رخ می‌دهد که سرمایه‌گذاران از تامین مالی و درآمدی خرسند نباشند (Nur Alkaf, 2011: 8).

### ۲-۳-۳- ریسک اقتصادی و مالی:

ریسک اقتصادی به شرایطی مانند نرخ تورم، قیمت مواد اولیه، نرخ مبادله ارز، قیمت کالا و سهام و غیره در کشور محل اجرای پروژه اطلاق می‌شود که موجب متضرر شدن سرمایه‌گذاران یا محروم شدن آنان از سود مورد انتظار می‌گردد (اسدی، ۱۳۹۲: ۷۵). یکی از چهره‌های این ریسک، دچار شدن بخش خصوصی به مشکلات مالی است به نحوی که مانع انجام فعالیت‌هایش مطابق با شروط قرارداد PPP گردد و این ریسک به بخش عمومی تحمیل می‌شود (U.S departments of transportation 2012:3-9).

### ۴-۳-۲- ریسک فورس ماژور:

رویدادهای فورس ماژور عموماً حوادثی هستند خارج از کنترل طرفین و به طور سنتی دو نوع بوده است. الف: قوهی قهریه<sup>۱</sup> ب: رویدادهای سیاسی (Department of Treasury and Finance 2001: 151)

الف: قوهی قهریه (ریسک طبیعی): «ریسک‌های طبیعی معمولاً موضوع شرط فورس ماژور در قراردادها است و تحت پوشش بیمه‌های مختلف، خسارات ناشی از آنها جبران می‌گردد» (مهاجری ۱۳۸۹: ۳).

ب: ریسک سیاسی: ریسک سیاسی عبارت از تهدید پروژه به واسطه‌ی فعل یا ترک فعل دولت می‌باشد و معلول تغییرات در شرایط اقتصادی بازاریست. انقلاب، جنگ، مصادره، ملی کردن و لغو امتیاز سرمایه‌گذار از بارزترین نمونه‌های ریسک سیاسی می‌باشند (اسدی، ۱۳۹۲: ۶۶). یک چهره آن نیز ریسک مقررات گذاری است (Elisabetta 2013: 11).

### ۲-۴-۱- روش‌های شناسایی و ارزیابی ریسک:

شناسایی ریسک مهم‌ترین مسئله در مدیریت ریسک است به همین منظور مدیران پروژه باید توجه ویژه‌ای به این موضوع داشته و در اولین اقدام به تشکیل تیم شناسایی ریسک پروژه مبادرت ورزند (هاشمی، ۱۳۸۷: ۱). تکنیک‌های مختلف شناسایی ریسک‌های پروژه به اختصار معرفی می‌شوند:

۲-۴-۱-۱- مدل تفسل<sup>۱</sup>: مدل تفسل روش کاملی جهت شناسایی ریسک‌های پروژه بوده که شامل موضوعات فنی، اقتصادی، بازرگانی، محیطی و حقوقی است (ابراهیمی، ۱۳۹۱، زیرنویس شماره: ۱۹۴). این مدل یکی از ابزارهای جامع تخصیص ریسک است که تفصیل آن از قلمرو موضوع این مقاله خارج است.

۲-۴-۱-۲- هم‌اندیشی یا طوفان فکری<sup>۲</sup>: یک روش حل مسئله است که طی آن تلاش می‌شود از طریق جمع‌آوری لیستی از ایده‌های اعضا راه‌حلی برای یک مشکل خاص پیدا شود (اسدی، لیدا، ۱۳۹۲: ۶۲).

۲-۴-۱-۳- روش دلفی: دلفی یک روش کیفی ارزیابی، مرکب از دانش و نظرات کارشناسان در راستای رسیدن به اجماع در خصوص یک مسئله پیچیده است (Danuta, 2014: 331).

۲-۴-۱-۴- چک لیست: چک لیست ارائه شده برای شناسایی ریسک‌های پروژه بر مبنای اطلاعات پروژه‌های مشابه و سوابق موجود و سایر منابع اطلاعاتی تهیه می‌شود. استفاده از این روش در مورد پروژه‌های منحصر به فرد یا غیراستاندارد کارایی نخواهد داشت (اسدی، ۱۳۹۲: ۶۲).

۱. چرخه حیات قرارداد در مدیریت تفسلی به مراحل طراحی، تشکیل، اجرا، کنترل و بستن قرارداد تقسیم می‌شود.  
Tefccel: Technical-Economical-Financial-Contractual-Commercial-Environmental-Legal  
2. Brain Storm

## ۲-۴-۲- چرخه‌ی مدیریت ریسک:

ریسک‌های پروژه باید در طول پروژه شناسایی ارزیابی و مدیریت شوند، مدیریت ریسک نیاز به نهادی عمومی دارد که به طور فعالانه به موانع بالقوه‌ای که ممکن است مانع موفقیت پروژه شوند بپردازد و از فرصت‌ها نیز برای افزایش موفقیت یا ذخیره هزینه‌ها استفاده کند (U. S. :1-2; departments of transportation, 2012). مدیریت ریسک یک فرایند برای تمام دوره پروژه و شامل چند مرحله است:

۲-۴-۲-۱- معین کردن خدمات اساسی<sup>۱</sup> که باید توسط دولت تدارک دیده شوند و ریسک آنها نمی‌تواند به بخش خصوصی منتقل شود (Kalpana,2014: 18).

۲-۴-۲-۲- شناسایی ریسک یعنی فرایند شناسایی تمام ریسک‌های مرتبط با پروژه (Department of Treasury and Finance, 2001: 16) که شامل ریسک‌های عمومی و ریسک‌های ویژه‌ی پروژه می‌شود، شناسایی ریسک‌هایی که دولت بهتر قادر به مدیریت آنهاست و ریسک‌هایی که انتقال آنها به دوش بخش خصوصی بهینه نیست (Kalpana,201:18).

۲-۴-۲-۳- ارزیابی ریسک یعنی تعیین کردن احتمال رخ دادن ریسک‌های شناسایی شده و حجم اثر آنها در صورت بروز (Department of Treasury and Finance, 2001: 16).

۲-۴-۲-۴- معلوم کردن اینکه آیا هیچ یک از ریسک‌های باقی مانده به خاطر شرایط بازار یا عوامل خاص مربوط به پروژه باید به اشتراک گذاشته شود (Kalpana,2014: 18).

۲-۴-۲-۵- تخصیص ریسک به یکی از طرفین قرارداد یا توافق بر مکانیزم خاصی برای مبارزه با ریسک (Kalpana,2014: 16).

۲-۴-۲-۶- کاهش ریسک: تلاش برای کاهش احتمال رخ دادن ریسک و کاهش آثار آن برای مسئول ریسک (Kalpana,2014: 16).



### ۳- تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت

#### ۳-۱- مفهوم شناسی:

تخصیص ریسک یکی از مهم‌ترین عوامل موفقیت پروژه‌ی مشارکت بخش عمومی و خصوصی است چرا که از طریق این فرایند ریسک‌ها شناسایی، تجزیه و تحلیل و تخصیص داده شده و از تهدید پروژه توسط ریسک‌ها جلوگیری می‌شود.

#### ۳-۱-۱- مفهوم تخصیص ریسک:

واژه تخصیص به معنای خاص کردن و ضدتعمیم است و تخصیص دادن به معنای مخصوص گردانیدن چیزی برای امری می‌باشد (دهخدا، ۱۴/۴۶۹) تخصیص ریسک در زمینه مشارکت عمومی و خصوصی به معنای تصمیم‌گیری در این مورد است که کدام یک از طرفین قرارداد هزینه‌های حاصل از تغییرات محصولات پروژه به واسطه عوامل ریسک را متحمل می‌شود یا سود حاصل از تغییرات محصولات پروژه به واسطه عوامل ریسک را برداشت می‌کند. تخصیص مناسب ریسک یکی از راه‌های اصلی است که از طریق آن مشارکت عمومی و خصوصی می‌تواند به ارزش‌آفرینی منابع دست پیدا کند (International Bank for Reconstruction, 2014: 149). به موجب فرایند تخصیص ریسک تعیین می‌شود که کدام یک از طرفین پروژه باید مسئولیت ریسک خاصی را بر عهده بگیرند. اختصاص دادن ریسک به طرفی که توانایی تحمل آثار مالی وقوع آن را نداشته باشد امری عبث و بیهوده است و تخصیص آن به فرد نامناسب کل ساختار پروژه را در معرض ریسک قرار می‌دهد (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۶). فایده اصلی انتقال ریسک این است که برای بخش خصوصی ایجاد انگیزه می‌کند تا به موقع خدمات مقرون به صرفه و با کیفیت بالا ارائه دهد. اگر وضعیت هیچ‌کدام از طرفین طوری نباشد که ریسک را تحت کنترل داشته باشند برای تخصیص

باید دید آیا با توجه قیمت پیشنهادی از طرف بخش خصوصی و آثار ریسک، برای دولت معقول است که آن هزینه را بپردازد (Kalpana, 2014:17-18).

### ۳-۱-۲- مفاهیم مشابه تخصیص ریسک

۳-۱-۲-۱- انتقال ریسک: انتقال ریسک از روش‌های مدیریت و کنترل ریسک است که از بحران و وخامت ریسک نمی‌کاهد بلکه صرفاً آن را به شخص دیگری منتقل می‌نماید. مانند انتقال ریسک از بیمه‌گذار به بیمه‌گر (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۷).

۳-۱-۲-۲- اجتناب از ریسک: اجتناب از ریسک به معنای عدم پذیرش ریسک است و در واقع ریسک‌های پروژه یا شرایط ایجاد آنها را حذف و از ایجاد و تاثیر آنها بر پروژه جلوگیری می‌نماید (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۷). مفهوم دیگر اجتناب از ریسک این است که بخش عمومی و خصوصی با حذف منبع ریسک وارد مشارکت شده یا اساساً از ورود به پروژه‌هایی که ریسک بالایی دارند اجتناب می‌نمایند. مثلاً به منظور اجتناب از ریسک محدودیت‌های گمرکی از کالای مشابه داخل استفاده می‌شود (غمامی، ۱۳۹۳: ۷۹۵).

۳-۱-۲-۳- تسهیم ریسک<sup>۱</sup>: شریک شدن همه افراد شرکت کننده در پروژه از جمله وام دهنده و حامیان در بر عهده گرفتن ریسک‌های آن را تسهیم می‌گویند (اسدی، ۱۳۹۲: ۵۸).

۳-۱-۲-۴- کاهش ریسک: کاهش ریسک روشی است که برای کاهش احتمال وقوع ریسک و یا عواقب ناشی از وقوع آن به کار می‌رود (غمامی، ۱۳۹۳: ۷۹۷).

۳-۱-۲-۵- پذیرش ریسک<sup>۲</sup>: ریسک‌های کوچک در راستای صرفه و صلاح اقتصادی و افزایش کارایی پروژه و با قدرت اثرگذاری ناچیز پذیرفته شده و برنامه‌ریزی پروژه جهت رویارویی با آنها تغییر نمی‌یابد و حفظ می‌شود (اسدی، ۱۳۹۲: ۶۰).

1 -risk sharing, risk distribution  
2.Risk acceptance or Risk Retention

نخستین تکلیف در طرح پروژه، شناسایی همه ریسک‌ها و چگونگی مدیریت آنها برای به حداقل رساندن تهدید آنها برای پروژه است (Department of Treasury and Finance, 2001:16). بهترین ویژگی مشارکت عمومی و خصوصی شناسایی ریسک مربوط به هر یک از اجزای پروژه و تخصیص عامل آن به بخش عمومی، بخش خصوصی یا هر دوی آنهاست. ارزش آفرینی منابع نیز مبتنی بر تخصیص عامل ریسک به طرفی می‌باشد که به بهترین نحو قادر به مدیریت ریسک و در پی آن حداقل کردن هزینه‌ها و بهبود بخشیدن کارایی است (Richard, 2002:6). با این وجود در نظام‌های حقوقی متفاوت فلسفه‌ی تخصیص ریسک متفاوت می‌شود به عنوان نمونه در استرالیا فلسفه‌ی تخصیص ریسک این است که دولت خود را از ریسک مربوط به دارایی آزاد می‌کند و خدمات آماده را تحویل می‌گیرد، اگر خدمتی تحویل نشود دولت چیزی نمی‌پردازد و اگر خدمات مطابق با استانداردهای مشخص شده نباشند پرداخت‌ها کاهش می‌یابند. در این سیستم دولت انگیزه قوی دارد که با شخص واحدی قرارداد ببندد که به‌طور کامل برای تمامی خدمات پاسخگوی دولت باشد. از نقطه‌نظر دولت چنانچه همه چرخه قرارداد با یک طرف منعقد شود به آن شخص قوی‌ترین انگیزه ممکن در راستای کارآمد کردن مراحل طراحی، ساخت و بهره‌برداری را می‌دهد (Department of Treasury and Finance, 2001:12). مسائل تخصیص از این جهت که انگیزه‌های افراد دخیل در پروژه برای ارائه خدمات عمومی مورد نیاز استفاده‌کنندگان را تحت تاثیر قرار می‌دهند نیز مهم هستند (Renda, 2006: 5). اگر ریسک به طور نامناسب به بخش خصوصی تخصیص داده شود باید هزینه اضافی<sup>۱</sup> به دولت یا مصرف‌کنندگان بار شود (Hayford, 2006: 75-96). بنابراین اهم اهداف تخصیص ریسک شامل کاهش هزینه‌های زمان طولانی پروژه از طریق انتقال ریسک به طرفی که بهترین قابلیت را برای مدیریت آن با روشی به صرفه دارد، ایجاد انگیزه برای طرفین جهت مدیریت ریسک و از آن طریق ارتقای سود و کاهش هزینه‌ی پروژه (Elisabetta, 2007: 20). ایجاد انگیزه برای پیمانکار که پروژه را به موقع و با استانداردهای لازم و

---

1. excess premiums

هزینه‌های برآورد شده فراهم کند؛ بهبود کیفیت خدمات و افزایش درآمد از طریق اجرای کارآمدتر؛ هزینه ثابت و قابل پیش‌بینی است (EUROPEAN COMMISSION, 2003: 50-51).

### ۳-۳- تخصیص ریسک و شروط استاندارد

#### ۳-۳-۱- اصول تخصیص ریسک:

برای دستیابی به توزیع بهینه، قواعد مهم و تثبیت شده‌ای وجود دارد بر اساس آنها ریسک باید به کسی تخصیص داده شود که: آگاهی کامل در باب ریسک‌هایی که بر عهده می‌گیرد به دست آورده است، بیشترین توانایی (تخصص و اقتدار) برای مدیریت ریسک به طور کارآمد و موثر، توانایی و منابع مقابله با ریسک و ریسک‌پذیری لازم برای پذیرش ریسک را داشته باشد میل لازم<sup>۱</sup> به پذیرش ریسک را داراست و به او شانس دریافت هزینه لازم برای پذیرش ریسک داده شده باشد (Loosemore, 2006: 5). (این طرف لزوماً کسی نیست که بیشترین تاثیر بر احتمال رخداد ناسازگار و توان جلوگیری از آن را دارد) البته باید این نکته را نیز در نظر داشت که منظور از داشتن توانایی مقابله این است که در مقایسه با طرف مقابل هزینه به نسبت کمتری متحمل شود.

#### ۳-۳-۲- تخصیص بهینه ریسک و شرط استاندارد:

۳-۳-۲-۱- تخصیص بهینه ریسک از طریق تخصیص ریسک‌های خاص به کسانی که در بهترین موقعیت برای کنترل آن ریسک‌ها قراردارند در پی به حداقل رساندن هزینه‌ها و ریسک‌های پروژه است. مبنای این نظریه است که شخصی که در عالی‌ترین موقعیت برای کنترل ریسک قرار دارد بهترین فرصت را برای کاهش احتمال رخ دادن ریسک و کنترل آثار ریسک، در صورت رخ دادن، در اختیار دارد. تخصیص ریسک برای شخص مسئول انگیزه‌ای ایجاد می‌کند که از توانایی خود برای جلوگیری یا کاهش ریسک و از ظرفیت خود برای منافع شرکت استفاده می‌کند (Department of Treasury and Finance, 2001: 17). اگر از تخصیص بهینه ریسک صرف‌نظر

1. necessary risk appetite

شود دولت ممکن است با هزینه بیشتری برای ریسک مواجه شود که بیشتر از حد لازم باشد و انتقال ریسک را واهی کند (Andreas, 2008: 355). طرفی که ریسک را بر عهده می‌گیرد باید بهترین دسترسی را به ابزارهای مصون‌سازی؛ بیشترین توانایی را برای تجزیه ریسک (انتقال‌های جزئی) داشته باشد و ریسک را با کمترین هزینه بر عهده بگیرد (Andreas, 2008: 355). هنگامی که پیش‌بینی ریسک مشکل باشد و انتقال آن به پیمانکار باعث اضافه پرداخت (بار مالی زیاد) و کم شدن اعتبار<sup>۱</sup> پروژه شود تسهیم<sup>۲</sup> برخی ریسک‌ها می‌تواند مناسب باشد (Elisabetta, 2013: 13). می‌توان گفت تخصیص ریسک مناسب بین بخش عمومی و بخش خصوصی یعنی اینکه ریسک باید به طرفی تخصیص داده شود که با توجه به منفعت عمومی و ویژگی‌های پروژه بیشترین توانایی را برای مدیریت ریسک با هزینه کمتر داشته باشد.

### ۳-۳-۲- شروط استاندارد تخصیص ریسک در قراردادها

در این قسمت به نوعی حاصل پژوهش که میتواند در شروط ضمن عقد درج گردد ارائه می‌شود. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که در این حوزه در حقوق ایران به جهت نبودن موضوع روبه قضایی قابل اعتنایی مستقر نشده است.

۳-۳-۲-۱- **تخصیص ریسک فنی:** در قراردادهای استاندارد همه‌ی ریسک‌های طراحی، ساخت و بهره‌برداری به وسیله‌ی بخش خصوصی (پیمانکار) تقبل می‌شوند مگر اینکه با دولت در مورد باز پس‌گیری آنها توافق نمایند. بنابراین عمده تمهیدات مربوط به پروژه نه توسط دولت که توسط بخش خصوصی یا پیمانکاران فرعی برای کاهش ریسک‌هایی که بر عهده دارند برقرار می‌شوند (Department of Treasury and Finance, 2001: 155). ریسک ساختار را می‌توان براین اساس که بخش خصوصی واجد شرایط بهتری برای مدیریت ساختار است به بخش خصوصی تحمیل کرد. این امر به معنای لزوم تخصیص مسئولیت و حقوق نسبت به همه تصمیمات مرتبط با ساختار است (International Bank for Reconstruction, 2014: 147). اما در مواردی مانند ریسک

1 - unbankable

2 - sharing



مالی در پایان قرارداد برای تشویق شخص خصوصی ایجاد کند تا سرمایه‌گذاری‌های لازم برای تحویل دادن اموال با شرایط مناسب به بخش عمومی را به عمل آورد.

### ۳-۲-۲-۴- تخصیص ریسک فورس ماژور (قوه قهریه-ریسک سیاسی): ریسک‌های

طبیعی معمولاً موضوع شرط فورس ماژور در قراردادها بوده و تحت پوشش بیمه‌های مختلف خسارات ناشی از آنها جبران می‌گردد (مهاجری، ۱۳۸۹:۳). ریسک سیاسی نمی‌تواند از طریق قرارداد مشارکت منتقل شوند بخش خصوصی همیشه متحمل این ریسک‌ها می‌شود بخصوص جایی که دولت قرارداد را انکار می‌کند یا از اموال بخش خصوصی سلب مالکیت نماید. نهادهای بین‌المللی مانند آژانس تضمین سرمایه‌گذاری بین‌المللی<sup>۱</sup> از طریق فراهم کردن بیمه ریسک سیاسی به کاهش این ریسک‌ها کمک می‌کنند (International Bank for Reconstruction, 2014:151). دولت می‌تواند با در نظر گرفتن منفعت خود و مشروط به این‌که بخش خصوصی اقدامات کاهش‌دهنده مناسب انجام داده باشد مدت زمان قرارداد را به اندازه دوره فورس ماژور گسترش دهد تا بخش خصوصی دوباره به وضعیت قبل از فورس ماژور برگردد (Department of Treasury and Finance, 2001:153).

1 -Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

## نتیجه‌گیری:

امروزه استفاده از منابع مالی، تخصص و تجربه مدیریتی بخش خصوصی برای تهیه زیر ساخت‌های عمومی ضرورتی اجتناب ناپذیر است و قالب رایج برای پاسخگویی به این ضرورت مشارکت عمومی و خصوصی است. از سویی طبیعت پروژه‌های مشارکت عمومی و خصوصی ریسک‌هایی برای طرفین مشارکت به همراه دارد که باید با آگاهی به این ریسک‌ها وارد مشارکت شوند و شروط ضمن عقد را تنظیم نمایند، یکی از بزرگ‌ترین مشکلات مدیران پروژه‌ها، شناسایی و نحوه برخورد با ریسک‌ها می‌باشد. نخستین تکلیف در طرح پروژه شناسایی همه ریسک‌ها و مدیریت آنها برای به حداقل رساندن تهدید آنها برای پروژه است، تکنیک‌های مختلفی برای شناسایی ریسک‌های پروژه وجود دارد که مطابق آنها ریسک‌ها باید در طول پروژه شناسایی، ارزیابی و مدیریت شوند. تخصیص ریسک به عنوان یکی از کارکردهای اساسی مدیریت ریسک مهم‌ترین عامل موفقیت پروژه‌ی مشارکت بخش عمومی و خصوصی است؛ چرا که از این طریق ریسک‌ها شناسایی، تجزیه و تحلیل و تخصیص داده شده و از تهدید پروژه توسط ریسک‌ها جلوگیری می‌شود. تخصیص ریسک در زمینه مشارکت عمومی و خصوصی معنای تصمیم‌گیری در این مورد است که کدام یک از طرفین قرارداد هزینه‌های حاصل از تغییرات محصولات پروژه به واسطه عوامل ریسک را متحمل می‌شود یا سود حاصل از تغییرات محصولات پروژه به واسطه عوامل ریسک را برداشت می‌کند. با وجود اینکه هر دو بخش عمومی و خصوصی در به حداقل رساندن تمامی ریسک‌های پروژه سود دارند و باید بدون توجه به اینکه به لحاظ شکلی کدام طرف ریسک را عهده‌دار شده است در این زمینه همکاری کنند این نکته که کدام یک از طرفین مسئولیت مالی ریسک را در صورت رخ دادن بر عهده می‌گیرد باید در قرارداد به روشنی مشخص شود (بخصوص در حقوق ایران که تجربه مشارکت عمومی و خصوصی اندک و رویه قضایی در این خصوص برای تفسیر قراردادها شکل نگرفته است). تخصیص بهینه ریسک از طریق تخصیص ریسک‌های خاص به کسانی که در بهترین موقعیت برای کنترل آن ریسک‌ها قرار دارند در پی به حداقل رساندن هزینه‌ها و ریسک‌های پروژه است. برای دستیابی به توزیع بهینه

قواعد مهمی وجود دارد بر این قواعد ریسک باید به کسی تخصیص داده شود که آگاهی کامل در باب ریسک‌هایی که بر عهده می‌گیرد به دست آورده است، بیشترین توانایی را برای مدیریت ریسک به‌طور کارآمد و موثر داشته باشد، ریسک‌پذیری لازم و توانایی و منابع مقابله با ریسک، اشتیاق لازم به پذیرش ریسک را دارا بوده بهترین دسترسی را به ابزارهای ایمن‌سازی؛ بیشترین توانایی را برای تجزیه ریسک داشته باشد، ریسک را با کمترین هزینه بر عهده بگیرد و به او شانس دریافت هزینه لازم برای پذیرش ریسک داده شده باشد.

## منابع و مأخذ:

الف: منابع فارسی:

## کتب

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه- مجلس شورای ملی - جلد ۱۴
۲. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۴)، قراردادهای بی او تی. تنظیم، ساختار و قوانین حاکم، نشر میزان.

## مقالات

۳. ابراهیمی سید نصرالله، حمیدرضا هاشمی نسب و محمد مهدی مرتهب، (۱۳۹۱)، «کاربرد مدل تفسل در مدیریت شرکت‌های تجاری پروژه‌های صنعت نفت و گاز ایران»، هشتمین کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه.
۴. توسلی جهرمی، منوچهر، (۱۳۸۱) «قراردادهای بین‌المللی، ساخت، بهره برداری و انتقال»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵.
۵. غمامی، مجید، (۱۳۹۳)، «مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها از دیدگاه حقوق موضوعه ایران»، یادنامه استاد دکتر کاتوزیان، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی تبریز.
۶. هاشمی، علیرضا، (۱۳۸۷)، «اهمیت و مشکلات شناسایی ریسک در پروژه‌ها»، مجموعه مقالات اولین کنگره ملی توسعه نظام پیمانکاری در صنعت نفت.

## پایان نامه‌ها

۷. اسدی، لیدا، (۱۳۹۲-۱۳۹۱)، روش‌های حقوقی تخصیص ریسک در قراردادهای BOT، پایان نامه کارشناسی حقوق تجاری اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۸. مهاجری، انسبه، (۱۳۸۹)، بررسی ریسک‌های غیرتجاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و روشهای حقوقی کاهش آنها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

**Books**

9. Black's Law Dictionary 8th ed. 2004.p.4135
10. Department of Treasury and Finance (DTF) 2001 Partnerships Victoria Guidance Material, Practitioners' Guide. Department of Treasury and Finance: State of Victoria, Design in PPPs: Checklist, World Bank, Washington, D.C.
11. EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY- GUIDELINES FOR SUCCESSFUL PUBLIC – PRIVATE PARTNERSHIPS, MARCH 2003
12. Handbook for Integrating Risk Analysis in the Economic Analysis of Projects (2002) Published by the Manila, Philippines May
13. International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank (2014)-Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0
14. Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo & Mercedes Vallez, Best Practices on Contract Design in PPPs: Checklist, World Bank, Washington, D.C.
15. Irwin, Timothy C, Government Guarantees (2007) : Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects, World Bank, Washington, D.C.
16. John O'Neill, Nitin Thakur and Alan Duus (2007) 'Technical Risk Assessment: a Practitioner's Guide Defence Science and Technology Organization
17. Kaplan Gopalan IAS, 2014, RISK AND CONTRACT DESIGN IN PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP., Ph.D. IIMB.
18. Kerf, M. et al. "Concessions for infrastructure: a guide to their design and award", Paper No. 399,

19. Nigel Rayner- Anneli ,Lagman-Martin Keith Ward(2002) ERD TECHNICAL NOTE SERIES NO. 2ECONOMICS AND RESEARCH DEPARTMENT, ECONOMICS AND RESEARCH DEPARTMENT.
20. Organization for Economic Co-Operation and Development (2008) Public-Private-Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money, Paris.
21. Richard Webb and Bernard Pulle, (2002) Public Private Partnerships: An Introduction, Economics, Commerce and Industrial Relations Group, Published by the Department of the Parliamentary Library.
22. Savas, E. S(2000). Privatization and Public-Private Partnerships. New York: Chatham House.
23. U.S departments of transportation departments of transportation Federal Highway Administration. (2012) Risk Assessment for Public-Private Partnerships.
24. UNIDO (1996) Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects( Vienna united nations Austria).
25. UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE(2012)capacity-building public private services TRAINING MODULE INTRODUCTION TO PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS
26. WALKERC.and Smith A. Privatized infrastructure .(1995) the Build-Operate –Transfer Approach ,Thomas Telfonl,London.
27. Xiao-Hua JIN and Hemanta DOLOI (2010)Risk Allocation in Public-Private Partnership Projects – An Innovative Model with an Intelligent Approach, Faculty of Architecture Building and Planning The University of Melbourne Parkville, Victoria Australia.
28. Zitron, J. (2006). Public-private partnership projects: Towards a model of contractor bidding decision-making. Journal of Purchasing & Supply Management, Vol. 12, no. 2.

29. A. Ng, Martin Loosemore 2006 -Risk allocation in the private provision of public infrastructure, Faculty of the Built Environment, University of New South Wales, Sydney.( 66-76)
30. Andreas Wibowo' Sherif Mohamed. 2008 Perceived Risk Allocation in Public-Private-Partnered (PPP) Water Supply Projects in Indonesia First International Conference on Construction in Developing Countries (ICCIDC-I) "Advancing and Integrating Construction Education, Research & Practice August 4-5, Karachi, Pakistan .p.(349-356)
31. Bing, Li, A. Akintoye, P.J. Edwards & C. Hardcastle (2005) The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK, International Journal of Project Management.p.(25-35)
32. Danuta Szpilko ,(2014), the use of Delphi method in the process of building a tourism development strategy in the region, Bialystok University of Technology, Faculty of Management, Poland.p(328-346)
33. Elisabetta Iossa, Giancarlo Spagnolo and Mercedes Vellez-The Risks and Tricks in Public-Private Partnerships-Working Paper n. 64. The Center for Research on Energy and Environmental Economics and Policy at Bocconi University, December 2013.p (1-31)
34. Hayford, O. (2006) successfully allocating risk and negotiating a PPP Contract. In Proceedings of 6th Annual National Private Public Partnerships Australia.(18-29)
35. Marques, R.; Berg, S. (2009) Revisiting the strengths and limitations of regulatory contracts in infrastructure industries. PURC Working Paper 14, University of Florida, Gainesville. Forthcoming in Journal of Infrastructure Systems.p.(1-21)
36. Nur Alkaf Abd Karim-2011-RISK ALLOCATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) PROJECT: A REVIEW ON RISK FACTORS International Journal of Sustainable Construction Engineering & Technology,p(8-16)

37. Renda, A, and L. Schrefler. (2006). Public-Private Partnerships. Models and Trends in the European Union, Report presented to the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection.(1.15)
38. Richard Webb and Bernard Pulle, (2002) Public Private Partnerships: An Introduction, Economics, Commerce and Industrial Relations Group - Published by the Department of the Parliamentary Library.(1-36)



## Risk Allocation in Contracts of Public Private Partnership

Mohsen Alijani<sup>1</sup>

Laya Joneydi<sup>2</sup>

### Abstract

In the case of risk allocation in public-private partnership (PPP), the aim is to investigate how risk is allocated in these contracts. After explaining the concept of public and private partnership and its types, by examining related sources, risk and similar concepts, types of risks and methods of identifying and evaluating them were discussed. Then, risk allocation and similar concepts for risk management and standard terms of risk allocation were discussed. Then, the philosophy of risk allocation and its goals, the principles governing risk allocation were discussed, and the limitations that exist in this regard are among the issues that have been considered in this article, clarifying which of these sections taking risk is one of the principles of risk allocation. However, allocation does not prevent them from helping each other reduce risk.

**KeyWords:** *Public private partnership, Partnership patterns, Risk identification, Type of risk, Risk management, Risk allocation.*

1. Shahid chamran university of ahvaz, (mohsen.aliyani64@gmail.com)

2. tehran university. faculty of law and political science, (Email: ljoneydi@yahoo.com)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استناد در پرونده علمی

۱. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۴). قراردادهای بی او تی. تنظیم، ساختار و قوانین حاکم. نشر میزان.

۲. ابراهیمی سید نصرالله، حمیدرضا هاشمی نسب و محمد مهدی مرتیبه، (۱۳۹۱). کاربرد مدل نفسل در مدیریت شرکت های تجاری پروژه های صنعت نفت و گاز ایران، هشتمین کنفرانس بین المللی مدیریت پروژه.

۳. توسلی جهرمی، منوچهر، (۱۳۸۱) «قراردادهای بین المللی، ساخت، بهره برداری و انتقال»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵.

۴. غمامی، مجید، (۱۳۹۳). «مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت ها از دیدگاه حقوق موضوعه ایران»، یادنامه استاد دکتر کاتوزیان، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی تبریز.

۵. هاشمی، علیرضا، (۱۳۸۷). «اهمیت و مشکلات شناسایی ریسک در پروژه ها»، مجموعه مقالات اولین کنگره ملی توسعه نظام پیمانکاری در صنعت نفت.

۶. اسدی، لیدا، (۱۳۹۲-۱۳۹۱). روش های حقوقی تخصیص ریسک در قراردادهای BOT.

پایان نامه کارشناسی حقوق تجاری اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۷. مهاجری، انسیه، (۱۳۸۹). بررسی ریسکهای غیرتجاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و روشهای حقوقی کاهش آنها. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

کد مقاله

LAW-2012-1023 (R3)

دانشنامه‌های مرتبط

۱- حقوق اقتصادی ۲- حقوق تجارت

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱- مشارکت بخش عمومی و خصوصی ۲- الگوهای مشارکت ۳- شناسایی ریسک ۴- انواع ریسک ۵- مدیریت ریسک ۶- تخصیص ریسک

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی ۲. جایگاه ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی ۳. مفهوم مشارکت عمومی و خصوصی ۴. الگوهای رایج آن در حقوق ایران ۵. معنای ریسک و مفاهیم مشابه ۶. طبقه‌بندی ریسک‌ها ۷. ریسک فنی ۸. ریسکهای تجاری ۹. ریسک اقتصادی و مالی ۱۰. ریسک فورس ماژور قوه قهریه (ریسک طبیعی) ۱۱. ریسک سیاسی ۱۲. مدیریت ریسک ۱۳. روش های شناسایی و ارزیابی ریسک ۱۴. مدل نفسل ۱۵. چرخه مدیریت ریسک ۱۶. تخصیص ریسک ۱۷. شروط استاندارد تخصیص بهینه ریسک ۱۸. شروط استاندارد تخصیص ریسک در قراردادهای ۱۹. تخصیص ریسک فنی ۲۰. تخصیص ریسک تجاری ۲۱. تخصیص ریسک اقتصادی ۲۲. تخصیص ریسک فورس ماژور (قوه قهریه) - ۲۳. ریسک سیاسی

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ۲. ماده ۱۲ لایحه مشارکت عمومی خصوصی مصوب دی ماه ۱۳۹۵

## واکنش کیفری به قتل عمد در تمدن بین‌النهرین

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

حمید علیزاده<sup>۱</sup>

### چکیده

تمدن بین‌النهرین کلیدی‌ترین تمدن مدون بشری است. در این تمدن کهن با وسیع‌تر شدن جامعه مدنی برای حفظ حکومت و نظم جامعه، مجموعه قوانین مدونی برای اولین بار در طول دوران حیات بشر تدوین گردید. در این قانون‌نامه‌ها، مجموعه جرایمی با مجازات خاص معین شد. قتل دیگری به نحو عمد با مجازات کیفرمرگ که یکی از این جرایم با اهمیت و اساسی بود، برای اولین بار رابطه خاصی بین بزه‌دیده، جرم و بزه‌کار را شکل داد. زیرا مبتنی بر انتقام و سازگاری با طبیعت انسان بود. در ابتدای مقررات قتل، مجازات کیفر مرگ و سپس مجازات قصاص به عنوان مجازات اصلی این جرم تعیین شد. اما با پدیدار شدن روابط اجتماعی و تاسیس نهاد اصل ارزش‌گذاری، شکل‌گیری داد و ستد، یعنی رابطه بدهکار و طلبکار قانون خسارت مالی یا فدیة وارد مجموعه قوانین کیفری شد. لذا اولین مجازات قتل عمد، کیفرمرگ، قصاص و سپس فدیة مقرر شد، هر چند در تقدم و تاخر این دو اختلاف نظر وجود دارد. این قانون‌نامه‌ها از نارسایی‌ها و تبعیض‌های اساسی رنج می‌برد، اما به دلیل آنکه از اولین قانون‌نامه‌های بشر به شمار می‌آیند، پیشرفت عظیمی در قانون‌گذاری تلقی می‌شوند. از این رو در این مقاله به بررسی مجازات قتل عمد که از مهم‌ترین و چالشی‌ترین جرایم بشر نه تنها در ادوار گذشته، بلکه در جامعه امروز نیز به شمار می‌آید در تمدن بین‌النهرین می‌پردازیم.

**کلیدواژه‌ها:** مجازات‌ها، قتل عمد، قصاص، فدیة، قانون‌نامه‌ها، تمدن بین‌النهرین.

بررسی تاریخ مقررات حقوق کیفری درخصوص جرایم درعصرهای متفاوت موجب شناخت کامل و درک نحوه شکل‌گیری آنها و بررسی پشتوانه مبانی و شالوده‌های اساسی و بررسی تحولات آنها است. تحولاتی که روز به روز از تاریخ خود درس عبرت گرفته و با توسعه آن مقررات و دانش‌افزایی موجب کامل نمودن نارسایی‌ها و چالش‌ها و رفع ابهام‌ها برای جامعه مدنی است. از سوئی مطالعات حقوق کیفری، ثبات و استمرار برخی از جرایم مانند قتل را برای ما نمایان می‌کند. جرم و مجازات از جمله اموری است که همواره از همان ابتدای خلقت انسان وجود داشته است و انسان تا عصر کنونی نیز با آن دست و پنجه نرم می‌کند. اولین قتل عمد بنا بر گواه تاریخ پسران آدم بودند. در این جنایت، قایل هابیل را به قتل رساند (مجلسی، ۱۳۶۲: ۲۳۰). از این رو مسئله قتل عمد مسئله امروزی نیست بلکه به قدمت خود انسان بر می‌گردد. در این نوشتار که در ادامه بیان می‌شود در خصوص مقررات قتل عمد در تمدن بین‌النهرین بحث خواهد شد. بین النهرین، به معنای واقعی کلمه سرزمین بین رودخانه‌ها، بین دجله و فرات، عمدتاً در عراق کنونی قرار دارد (Ellickson and Thorland, 1995: 328). تمدنی که به دلیل وجود مجموعه قوانین آن، از اهمیت مهمی برخوردار است. در این مجموعه قوانین مقرراتی در خصوص قتل عمد و مجازات آنها بیان شده است. قتل همواره در طول تاریخ انسان از اهمیت مهمی برخوردار بوده است و از جمله جرایمی است که همیشه با واکنش‌های شدیدی همراه بوده است. بشر برای حق حیات انسان همواره حرمت خاصی قائل است، از این رو است که خداوند در قرآن کریم کشتن یک شخص را به مثابه کشتن همه انسان‌ها تلقی کرده است (مائده، آیه، ۳۲). بنابراین، سلب حیات دیگری به نحو عمدی و نحوه کیفر جانی در طول تاریخ همواره محل چالش بوده است. زیرا قتل، انسان را از عزیزترین دارایی وی، یعنی حق حیات، محروم می‌سازد و تنها جرمی است که صدمه ناشی از آن غیرقابل جبران است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۸: ۱۹) بشر برای انواع جرایم و مجازات آنها، با طبقه‌بندی جرایم مبنای کیفر را معین می‌کند. این اصل اساسی که امروزه لازمه حقوق کیفری است تناسب بین جرم و مجازات (منتسکیو، ۱۳۹۱: ۳۰۵)، نامیده می‌شود، موجب می‌شود با توجه به



شدت و آثار جرم مجازات خاصی تعیین گردد. در تمدن‌های بین‌النهرین برای مواجهه با قتل عمد مقررات کیفر مرگ، قصاص، خسارت مالی و نحوه اجرای کیفر در نظر گرفته شده است. اما اینکه برای اولین بار چه قانونی بر چه مبنای برای مجازات قصاص یا خسارت مالی مقرر گردید یا اینکه اعمال کیفر قصاص و خسارت مالی یا به نحو کلی کیفردهی قاتل بر چه توجیه‌های در آن زمان استوار بوده است؟ یا کدام کیفر، قصاص یا فدیة، بر دیگری مقدم یا متاخر است؟

مورخین بر این عقیده هستند حقوق کیفری برای رسیدن به مرحله تکامل خود پنج مرحله را پشت سر گذاشته است؛ ۱- عدم دولت و مسئله انتقام‌گیری خصوصی. ۲- پدیدار شدن قانون قصاص. ۳- خرید قصاص (خسارت مالی یا فدیة). ۴- تحمیل دیة. ۵- جنبه عمومی جرم (اشرافی و ایروانیان، ۱۳۹۷: ۱۴۱-۱۴۰). از این‌رو در دوره اول تا مدت‌ها جرم و مجازات تابع قانون خاصی نبوده است، بلکه با گذشت زمان و ایجاد تعاون اجتماعی رفته‌رفته قواعدی به وجود آمد (صبوری‌پور و خلیل‌زاده، ۱۳۹۷: ۲۲۸). برخی نیز بیان نموده‌اند که قدمت حقوق به اندازه قدمت جامعه جمعی است (Westbrook, 2003: 1). بدین معنا که در همان جوامع ابتدایی نیز مقرراتی وجود داشته است. لیکن از زمان ابداع خط مقررات حقوقی قابل مطالعه است. بر این اساس حدود ۵۰۰ سال بعد از ابداع خط، فرامین حقوقی به وجود آمده‌اند (Wilcke, 2007: 20). با این وجود به نظر می‌رسد آنچه در آن زمان مهم بوده است (قبل از ابداع خط و مطالعه فرامین حقوقی) بحث انتقام و شکل ابتدایی اجرای حق افراد بوده است هر چند این فرضیه مبتنی بر حدس و گمان است چه بسا مقررات پیشرفته‌ای قبل از ابداع خط وجود داشته است، اما به دلیل عدم کتابت ثبت نشده‌اند یا به صورت شفاهی نسل به نسل منتقل شده‌اند و بعدها به صورت نوشتار در آمده‌اند. از این رو اگر تعدی نسبت به افراد یا جامعه صورت می‌گرفت، ریش سفیدان قبیله با انتقام جمعی از آنها به تعدی‌ها پاسخ می‌دادند. لذا اصل شخصی بودن مجازات‌ها و اصل فردی بودن مجازات‌ها کاملاً مخدوش بوده است. بنابراین پس از گذر از دوره انتقام خصوص مجازات قتل عمد در ابتدا مبتنی بر اصل قصاص به مثل بود، اما رفته به رفته کیفرهای عینی از میان رفت و تاوان مالی (فدیة) جای آن را گرفت (دورانت، ۱۳۷۸: ۱۹۶).

حق حیات از اساسی‌ترین حقوق انسان‌ها است و برخی آن را شدیدترین صدمه بدنی به دلیل صدمه نهایی بودن، دانسته‌اند. از سوئی بررسی مجازات قتل عمد در نگاه تاریخی نیز حائز اهمیت است. زیرا این مقرر (مجازات قصاص) هنوز هم در کشورهای به مانند (ایران) و تا قرن ۱۸ به جرئت می‌توان گفت در اکثر کشورهای دنیا به عنوان مجازات اصلی قتل عمد اجرا می‌شود. از طرفی دیگر این سؤال به ذهن انسان نقش می‌بندد که آیا قانون کیفر مرگ و قصاص که در اولین مقرره‌های بشر (بنداول قانون‌نامه اور-نمو<sup>۱</sup>، بند ۴۲ قانون‌نامه لیپیت -ایشتار<sup>۲</sup> و ماده ۱۹۶ و ۱۹۷ در خصوص قصاص عضو از قانون‌نامه حمورابی<sup>۳</sup>) وجود داشته و تا عصر کنونی نیز اجرا می‌شود بر چه مبنای استوار است. از این‌رو، در این نوشتار برای درک این جرم از منظر تاریخ حقوق کیفری به بحث مجازات قتل عمد در تمدن‌های بین‌النهرین پرداخته می‌شود، تا به درک بهتر ریشه‌های شکل‌گیری مجازات قتل عمد در اولین قانون‌نامه‌های بشر و تاثیر آن بر حقوق کیفری بیانجامد. لذا در ابتدا به شناختی کلی از مهم‌ترین قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین پرداخته شده و سپس مبنای کیفر دهی قتل عمد مورد تحلیل قرار گرفته است. در ادامه شرایط قتل عمد و مجازات‌های مقرر در این تمدن‌ها مورد واکاوی قرار گرفته است.

## ۱- قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین

در ابتدا لازم است از مهم‌ترین قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین که شامل اور- نمو، لیپیت- ایشتار، اشنونا، هیتی‌ها، حمورابی و آشوری<sup>۴</sup> (نجفی‌ابرنادادی و بادامچی، ۱۳۹۴: ۲۲) است از منظر تاریخی برای درکی کامل از قلمرو و قواعد کلی آن مقررات شناخت کلی وجود داشته باشد. مضمون این قانون‌نامه‌ها مجموعه‌ای از قواعد و مقررات حقوقی است که غالب آنها مقررات

1. Ur-Namma.
2. Lipit-Ishtar.
3. Hammurabi.
4. Eshnunna.
5. Hittites.
6. Assyri.

روزمره و غیرمذهبی است. بدین معنا که حقوق عرفی را بیان می‌نمایند و مقررات آنها توصیفی است. در ادامه این قانون‌نامه‌ها مورد تحلیل قرار گرفته‌اند است.

### ۱-۱. قانون‌نامه اور-نمو و لیپیت -ایشتار

تا سال ۱۹۵۲ م. عقیده بر این بود که قانون اشنونا کهن‌ترین قانون مدون جهان بود (داس، ۱۳۸۰: ۸۳). اما در سال ۱۹۵۲ م. قانون‌نامه اور-نمو کشف و ترجمه شد که مربوط به پادشاه سومری به سال ۲۰۹۵-۲۱۱۲ ق.م است. این قانون به عنوان کهن‌ترین لوحه قوانین شناخته می‌شود (فرج‌زاده، ۱۳۹۴: ۴۵). از این قانون‌نامه تنها بخشی از مقدمه و برخی بندهای آن باقی مانده است. در این قانون‌نامه مجازات‌های مرگ بیشتر مورد توجه است (بند ۱، ۲ و ۶). با این وجود بندهای باقی مانده از آن مانند (بند ۱۳، ۲۸) به خسارت مالی اختصاص دارد. این قانون‌نامه تنها قانون‌نامه‌ای است که به صورت صریح و روشن به مجازات قتل پرداخته است. در بند اول این قانون‌نامه مقرر گردیده: اگر مردی مرتکب قتل شود، باید آن مرد را بکشند (ازدجینی، ۱۳۹۵، ۷). از این رو، مجازات قتل در این قانون‌نامه کیفر مرگ است. اما به صورت صریح معلوم نیست که چه نوع قتلی را مد نظر دارد. آیا هر قتلی براساس این ماده مستوجب مرگ است.

قانون لیپیت -ایشتار: این فرمان مربوط به (۱۹۲۴-۱۹۳۴) قبل از میلاد مسیح است. نام این قانون از نام پادشاه شهر ایسین<sup>۱</sup> گرفته شده است که یک مقدمه و چندین بند از آن باقی مانده است (Roth, 1995: 23). مقدمه این قانون مشتمل است به خودستایی پادشاه درباره لطف و کرمش نسبت به شهروندان سومر و خود را احیاگر عدالت و نظم اجتماعی می‌داند. این فرمان بیشتر مربوط به امور مدنی و قوانین کار، روزمره است و درخصوص مقررات کیفری تنها در بند اول و سوم مقرر داشته: اگر کسی زنی را مضروب نماید و اگر او بمیرد آن مرد کشته می‌شود. البته در توضیح این بند بیان شده که مربوط به غیر شوهر است که به زن تجاوز کند و زن بمیرد آنگاه او

1. Isin.

گشته می‌شود (Ibid:35). بنابراین در این فرمان در خصوص مجازات قتل عمد کیفر مرگ را در نظر گرفته است. لیبیت -ایشتار و قانون دوره آشوری در زمینه مقررات کیفری کمتر مورد توجه است.

## ۲-۱. قانون نامه اشوننا

قانون نامه اشوننا متعلق به یکی از پادشاهان اشوننا به نام ددوشا<sup>۱</sup> است که تاریخ تقریبی آن به سال ۱۷۷۰ قبل از میلاد است (داس، ۱۳۸۰: ۸۳). این قانون نامه راجع به مقرراتی در خصوص مسئولیت مدنی و کیفری است. بندهای این مقررات به مسائل کشاورزی، حقوق کار، اجاره قایق و گاریچی، سرقت، جراحات جسمانی، موجبات ضمان، امانت، جرایم جنسی و دربند ۲۶ این قانون نامه در خصوص ازاله بکارت، مجازات اعدام در نظر گرفته است. از سوئی دیگر در بند ۴۸ این ماده مقرر داشته رسیدگی به دعوایی که مستوجب مجازات مرگ باشد تنها در صلاحیت پادشاه است. اما در این قانون نامه همان طور که بیان شد تنها در خصوص ازاله بکارت مجازات مرگ در نظر گرفته است. از این رو به دلیل مهم بودن دعوی که مجازات آنها در این قانون نامه مرگ است انحصار رسیدگی به پادشاه است که یک مزیت مهم به شمار می‌آید. در خصوص مجازات قتل عمد ماده ۴۴ و ۲۳ به مرگ دیگری اشاره کرده‌اند. اما اینکه آیا مجازات قتل عمد یا به نحو کلی کشتن دیگری آیا مشمول بند ۴۸ می‌شود یا خیر؟ دو نظر را می‌توان بیان نمود. ۱- اینکه به دلیل اهمیت سلب حیات دیگری و محترم شمردن نفس انسان همواره در طول تاریخ این نظر تقویت می‌شود که کشتن دیگری مشمول بند ۴۸، یعنی مجازات مرگ می‌شود. ۲- دوم اینکه با توجه به عدم پذیرش قصاص که در بندهای ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷ که در خصوص گاز گرفتن بینی، شکستن دست، انگشت، پا و قتل در جریان منازعه تنها خسارت مالی یا همان دیه در نظر گرفته شده است. از این رو این نظر تقویت می‌شود که قصاص در خصوص اعضا و نفس در نظر گرفته نشده است. با این وجود ماده ۴۸ جرایم که مستحق مرگ باشد را تنها در صلاحیت پادشاه دانسته است که تنها در ماده ۲۴ این قانون به کیفر مرگ اشاره کرده است. بنابر ماده ۴۴

1. Dadusha.

اگر کسی همسر یا فرزند مرد عامی (نه برده) را به عنوان تامین خواسته بگیرد و منجر به مرگ آنها شود، شخص به مرگ محکوم است. به نظر می‌رسد، که این قتل، قتل عمد باشد. زیرا به صورت متعارف این نوع قتل، قتل عمد محسوب می‌شود. اما ماده ۲۳ نیز در خصوص حبس کردن زن برده و مرگ او تنها مجازات به الزام تحویل دو برده به صاحب برده کرده است. بنابراین، مجازات قتل عمد در قانون اشوننا در خصوص افراد عامی کیفر مرگ و در خصوص بردگان الزام به تحویل دو برده است.

### ۱-۳- قانون نامه حمورابی<sup>۱</sup>

یکی از مهم‌ترین قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین، قانون نامه حمورابی است. قانونی که مبتنی بر مذهب یا فرامین پادشاه نیست، بلکه متکی بر عرف و عادت و رعایت منافع جمعی تدوین شده است. برخی بیان نموده‌اند، «این قانون بزرگ به مدت پانزده قرن با همه‌ی تغییراتی که در کشور پیش می‌آمد نافذ بود، فقط در پاره‌ای از اوضاع و احوال تغییرات جزئی در آن داده می‌شد» (دورانت، ۱۳۷۸: ۱۹۶/۱). به عقیده برخی مجموعه قوانین حمورابی با توجه به زمان تدوین آن یکی از شاهکارهای تقنینی است (میلانی، ۱۳۸۷: ۱۶۲). با این وجود برخی بیان نموده‌اند که به دلیل شباهت قانون حمورابی به قانون اشوننا معتقدند که قانون حمورابی از قانون اشوننا بر گرفته است (Mieroop, 2007: 109). برخی دیگر قانون حمورابی را بر گرفته از قانون اور-نمو دانسته‌اند (امین، ۱۳۸۲: ۹۲). این مجموعه قوانین مشتمل بر ۲۸۰ ماده است. این قانون‌نامه در خصوص اتهام به قتل، قصاص عضو، شهادت کذب، خسارت مالی، دیه اعضا بدن، سرقت، اجاره‌بها، برده‌داری، اجرت کارگران، جرایم جنسی، احکام پزشکی، معماری و مقررات مربوط به کشاورزی و وسایل آن است. از این رو این قانون‌نامه مشتمل بر قوانین مدنی، تجاری و کیفری است. از سوئی در خصوص جرایم توسط قضات یا مامورین پادشاه نیز جرم‌انگاری صورت گرفته است. درحوزه

۱. مربوط به سال ۱۷۹۲ تا ۱۷۵۰ ق.م. است.

جرایم کیفری مقررات متعددی وضع شده است که در ادامه نوشتار درمورد قتل عمد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۴-۱. قانون نامه هیتی‌ها

از میان تمدن‌های کهن و اقوام باستانی، تمدن هیتی‌ها یکی از برجسته‌ترین تمدن‌های شناخته شده‌ای است که در بررسی و مطالعه تاریخ این اقوام بدان بر می‌خوریم. این قانون نامه به سال ۱۵۰۰ تا ۱۶۵۰ ق.م است (Roth, 1995: 213). در این رژیم حقوقی طبقه‌بندی خاص هیتی نیز مشهود است که برطبق این طبقه‌بندی و جنسیت بزه‌کار یا بزه‌دیده تعیین میزان مجازات مجرمان صورت می‌گرفت. قانون نامه‌ی هیتیایی شامل دویست بند است که بندهای ۱۱۴ تا ۱۱۸ و ۱۳۳ تا ۱۴۱ نیز مخدوش شده است. مقررات این قانون نامه مربوط به سرقت و فرار برده‌ها (مواد ۱۹ تا ۲۴)، سرقت حیوانات (مواد ۵۷ تا ۹۲)، قتل (مواد ۱ تا ۶) و صدمات بدنی (مواد ۷ تا ۱۸)، جرایم جنسی (مواد ۱۸۷ تا ۲۰۰)، ازدواج (مواد ۲۶ تا ۳۶)، اجرت و دستمزد (مواد ۱۲۱ تا ۱۴۴) و مقررات کشاورزی و کارگری است. در خصوص مقررات کیفری و قتل عمد در مواد ابتدایی این قانون نامه به نحو صریح مقرر گردیده است، اما در این قانون قصاص نفس و عضو وجود ندارد، بلکه دیده برقصاص مقدم است. در ادامه بیشتر مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

#### ۲. مبنای کیفردهی مجازات قتل عمد

خاستگاه کیفر درپیشا تاریخ در دوره پارینه‌سنگی ریشه دارد که از رهگذر سازمان اجتماعی یا جمعی بودن نشئت گرفت. در این دوره، بزرگ قبیله با مشخص کردن مجرم یا عدم مجرم دانستن شخص قدرت و مشروعیت لازم برای کیفر را نیز در دست داشت. کیفر بخش جدایی‌ناپذیر هر نظریه حقوق جنایی است. کیفر عبارت است از وارد کردن درد و رنج به مجرم برای انجام جرم (هالوی، ۱۳۹۳: ۹). این تعریف مبتنی براندیشه‌های سزاده است. سزاگرایی کهن‌ترین بینش در پاسخ به جرم و توجیه کیفر محسوب می‌شود (اکبری و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۲). از این رو، قانون دادن مجوز اعمال کیفر بر مجرم به شخص زیان‌دیده، تجلی ابتدایی انتقام در بیشتر جامعه‌های انسانی در جهان باستان

بود (هالوی، ۱۳۹۳: ۳۲). این تجلی انتقام حتی در جامعه عصر کنونی نیز وجود دارد. برای نمونه دارزدن، خون‌خواهی که بر مفهوم انتقام استوارند هنوز مشروع می‌انگارند (Donna, 1980: 409). به نظر می‌رسد با توسعه جامعه انسانی، حق انتقام و نحوه اجرای آن محدود و این حق در حقوق جنایی کنونی به دولت‌ها محول شد. اما اینکه آیا نظریه انتقام بخش جدایی‌ناپذیر کیفر در قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین است قابل دفاع است. زیرا از مواد قانونی این قانون‌نامه‌ها که اجرای مجازات را به زه‌دیده محول کرده از خصایص اصلی نظریه انتقام به شمار می‌آید.

در حقوق آغازین بین‌النهرین کیفرهای متعددی وجود داشت. علاوه بر کیفر اعدام خسارت مالی جزو اصلی مجازات در این تمدن‌هاست. کیفر اعدام مرسوم‌ترین کیفر بود که با غرق کردن، آتش زدن، به سیخ کشیدن اجرا می‌شد. از این رو قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین باستان دوگونه کیفر را پذیرفته بودند؛ ۱- کیفرهای جسم‌بنیاد. ۲- کیفرهای مالی. در خصوص قتل عمد در قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین بیشتر گرایش به مجازات جسم‌بنیاد، کیفر مرگ یا قصاص است. مجازات قصاص افزون بر کارکرد ساختی خود که همانا پاک کردن جامعه از پلیدی و ناپاکی است کارکرد دیگری دارد که همانا مشخص نمودن شدت جرم از منظر جامعه است. هر چه تنفر جامعه از جرم بیشتر باشد مجازات آن نیز سنگین‌تر است. اعمال کیفر کارکرد طبیعی واکنش انسان به جرم در تمدن بین‌النهرین است. اصل اجرای عدالت نیز حاکی از این است که انتقام می‌بایست با صدمه متناسب باشد (Westbrook, 1988: 51)، که در حقوق امروزی تحت عنوان اصل تناسب جرم و مجازات شناخته شده است. از این رو قاعده قصاص متناسب با صدمه عمل می‌کرد. لذا به همین دلیل مورد پذیرش قرار گرفت. از سوی دیگر قصاص نه تنها انتقام را قاعده‌مند کرد، بلکه حق مجازات کردن و نحوه آن را مشخص نمود.

در قانون‌نامه‌های بین‌النهرین، سزادهی به عنوان مبنای گسترده و اصلی کیفردهی شناخته می‌شود. این برداشت از قاعده‌های ساده که در ماده ۲۰۰ (دندان در مقابل دندان) و ماده ۱۹۶ (چشم در مقابل چشم) قانون‌مهورابی قابل استنتاج است. اما در قانون‌نامه سومری استفاده از جبران خسارت را بر سزادهی جسمی برتری می‌دادند (هالوی، ۱۳۹۳: ۳۳). قانون‌نامه اشونونا سزادهی

جسمی را به عنوان کیفر مشروع به طور کامل رد می‌کرد (Yaron, 1998: 262-264). به نظر می‌رسد که قانون‌نامه اشوننا حتی از قانون‌نامه حمورابی که قبل‌تر از آن است پیشرفته‌تر است. زیرا جنبه سزادهی آن کمتر است. اما برخی سزادهی را مفهومی پیشرفته‌تر می‌دانند، زیرا معتقداند عدالت کیفری را بازتاب می‌دهد (Finkelstein, 1961: 98). اما به نظر می‌رسد سزادهی که همان جنبه حس انتقام است داشته مثبتی برای حقوق کیفری در بر نداشته باشد. زیرا رویکرد سزادهی گذشته‌نگر است.

به نظر می‌رسد، در بطن تاریخ انسان و شکل‌گیری روابط اجتماعی و ایجاد حقوق یا تدوین مجموعه قوانین کیفری (قانون‌نامه‌ها) میل انسان به قربانی کردن و تقدس آن موجب شکل‌گیری قانون قصاص و تقدس وجودی آن شده است. یا به دیگر سخن، کیفر مرگ با طبیعت انسانی سازگار است (بروکس، ۱۳۹۵: ۲۴۶). از سوی با شکل‌گیری روابط داد و ستد و اصل ارزش‌گذاری بر مبنای روابط تجاری فدیة نیز به مقررات کیفری در خصوص مجازات قتل عمد یا قتل به نحو کلی اضافه شد. از این‌رو، با توجه به مقررات کیفری در قانون‌نامه‌های بین‌النهرین به عنوان اولین قوانین مدون بشر، ابتدا مجازات کیفر مرگ و قصاص پذیرفته شد و سپس رفته‌رفته با توسعه روابط اجتماعی و کم‌رنگ‌شدن تعصبات انسان و شکل‌گیری روابط تجاری و اصل ارزش‌گذاری و کم‌رنگ‌شدن قانون قصاص به دلیل مجازات شدید و عدم پاسخ‌گویی به نیاز انسان که از دوره انتقام بر مبنای کیفر مرگ گذشته بود، و پر رنگ‌شدن ارزش جان انسان مقررات فدیة در کنار قصاص تثبیت شد.

### ۳- شرایط قتل عمد

در همه نظام‌های حقوقی شرایط و اوضاع و احوالی برای عمد شمردن قتل دیگری لحاظ نموده‌اند. این امر در قانون‌های باستان دور نمانده است که در ذیل به آنها می‌پردازیم.

در قانون نامه اشنونا مقررہ صریحی در خصوص قتل عمد وجود ندارد. اما از نحوه بیان ماده ۲۴ و ماده ۴۷ قانون اشنونا این گونه به ذهن می‌رسد که اگر کسی موجب مرگ دیگری از روی عمد شود، مستوجب کیفر مرگ است. از این رو، در قانون اشنونا با توجه به ماده ۲۴ و ۴۷، مجازات قتل دیگری کیفر مرگ است. اما با این وجود، ماده ۲۳ قانون اشنونا در خصوص مرگ کنیز در حالی که دیگری او را حبس کرده است، مجازات کیفر مرگ را در نظر نگرفته است، بلکه شخص را ملزم به پرداخت دوکنیز کرده است (راس، ۱۳۸۰: ۹). بنابراین به نظر می‌رسد، تمایز طبقاتی علت این امر باشد. زیرا در ماده ۲۴ نیز در صورتی که همسر یا فرزند دیگری را به عنوان تامین خواسته بگیرد و موجب مرگ آنها شود، کیفر مرگ در نظر گرفته است.

بند یک قانون نامه اور- نمو مقرر داشته است: که اگر کسی دیگری را به قتل برساند، او کشته می‌شود. در مواد باقی مانده از این قانون در خصوص عمد یا غیر عمد بودن قتل سخنی به میان نیامده است. از این رو، به نظر می‌رسد، که با توجه به اطلاق این ماده صرف کشتن دیگری را مستوجب قصاص دانسته است. اما از سویی با توجه به دیگر مواد که به صورت عقلایی وضع شده است این نتیجه حاصل می‌شود که تفاوت بین جرم قتل عمدی و غیر عمدی وجود دارد و در خصوص جرم قتل غیر عمدی خسارت مالی در نظر گرفته است. قانون لیبیت - ایشتار در خصوص طبقه بندی قتل و به طور کلی در خصوص قتل ساکت است.

در قانون نامه هیتی‌ها مواد ۱ تا ۶ به قتل مجرمانه اختصاص دارد. در این قانون سه نوع قتل مطرح شده است، قتل عمد با سبق تصمیم (ماده ۵)، قتل عمد بدون سبق تصمیم (مواد ۱ و ۲) و قتل غیر عمدی (مواد ۳ و ۴). قتل با عنوان کشتن دیگری بیان شده که حاکی از ارادی بودن است، چرا که در ماده‌ی دیگر، قتل در حین منازعه اشاره شده که بیانگر نوعی قتل خفیف تر و با سبق تصمیم نیست. ماده ۱ و ۲ این قانون به قتل از روی عصبانیت که به نظر می‌رسد که با توجه به ماده ۳ و ۴ که به قتل از روی تصادف اشاره کرده منظور همان قتل عمدی است. اما باید توجه داشت که عنصر ذهنی جرم مورد توجه قرار می‌گیرد، یعنی اینکه آیا عمدی بوده است یا سهل-

انگاری همین تمایز توسط یک شاهد دردادگاه انجام می‌شود. ماده ۳ و ۴ قانون نامه هیتی‌ها به قتل از روی تصادف اشاره کرده است که منظور همان قتل غیرعمدی است. از این رو در این قانون تفاوت بین قتل عمد و غیرعمد مطرح شده است.

از مواد باقی مانده از قانون نامه حمورابی در خصوص مبحث قتل عمد مقرر خاصی به چشم نمی‌خورد. با این وجود در ماده ۲۰۷ این قانون به واژه عمد اشاره شده است. ماده ۲۰۷ مقرر داشته: اگر کتک خورده در اثر شدت ضربات بمیرد، چنانچه کشنده سوگند بخورد که کارش عمدی نبوده و کشته شده، فرزند انسان آزادی باشد، ۳۰ شکل تاوان دهد (Roth, 1995: 38). بنابراین بر اساس این ماده اگر شخص سوگند نخورد که ضربات او غیرعمدی نبوده، قتل او عمدی است. اما اینکه مفهوم دقیق عمد در قانون نامه حمورابی در چه معنایی است روشن نیست. اما در ماده ۲۰۶ از سبق تصمیم یا قصد قبلی (نجفی‌ابرنادادی و بادامچی، ۱۳۹۴: ۲۲۱)، برای جرح استفاده کرده است. از این عبارت می‌توان برداشت کرد که اگر فردی با سبق تصمیم که همانا عمد در فعل و نتیجه است دیگری را بکشد قتل عمد تحقق یافته است.

### ۳-۲- هم کفو بودن

در زندگی ابتدایی به دلیل انحصار زندگی در احتیاجات روزمره و عدم وجود قدرت‌های مرکزی و زندگی به نحو جمعی در صورت وقوع جرایم به مانند قتل، قبایل به نحو جمعی اقدام به اعمال مجازات می‌نمودند. اما با قدرت گرفتن قدرت‌های مرکزی مجموعه قوانینی شکل گرفت. از این رو، برای جرایم مختلف نیز مقررات خاص معین شد. در خصوص اعمال مجازات‌ها با توجه به طبقه‌بندی اجتماعی جامعه آن زمان افراد از حقوق مساوی برخوردار نبودند. بر این اساس تفاوت معناداری بین افراد وجود داشت. در قانون نامه اور-نمو تفاوت بین برده و دیگر اشخاص تنها در خصوص ازدواج مطرح شده است. اما با توجه به رایج بودن بردگی و مواد مربوط به ازدواج در خصوص قصاص نیز برابری افراد در قتل برای اجرای قصاص ملاک بوده است. قانون لیپیت-ایشتار در خصوص هم کفو بودن یا طبقه‌بندی اجتماعی ساکت است. برخی بیان نموده‌اند، در قانون اشنونا تمایز طبقاتی در خصوص مجازات وجود ندارد (بادامچی، ۱۳۸۲: ۳۲۲). لیکن با توجه به

ماده ۲۳ قانون اشنونا در خصوص مرگ کنیز در حالی که دیگری او را حبس کرده است، مجازات کیفرمرگ را در نظر نگرفته است، از سویی در ماده ۲۴ کیفر مرگ برای مجازات قتل در نظر گرفته است. لذا براین اساس علت تفاوت این نگرش تنها، می‌تواند تمایز طبقاتی باشد. زیرا به کنیز اشاره مستقیم کرده است، نه افراد آزاد.

در قانون‌نامه حمورابی به نحو صریح در خصوص شرط هم‌کفو بودن و اجرای مجازات قصاص در مواد ۱۹۸ و ۲۰۰ و ۲۰۳ بیان شده است. از این رو، اگر شخصی از طبقه پایین‌تر از خودش را بکشد یا به عکس، مقررات قصاص اعمال نمی‌شود، بلکه تنها خسارت مالی پرداخت می‌شود. براین اساس، در قانون‌نامه حمورابی اصل تساوی افراد در مقابل قانون رعایت نشده است. ماده ۱۹۸ مقرر داشته: اگر کسی چشم شخصی از عوام را از بین ببرد تنها یک مینا نقره بدهد و مقررات قصاص اعمال نمی‌شود (رازانی، ۱۳۷۹: ۷۸). این مقرر در خصوص قتل نیز حاکم بود. در قانون هیتی‌ها در خصوص تساوی افراد در مقابل قانون با توجه به مواد این قانون‌نامه مانند ماده ۱۱ و ۱۰ که تفاوت بین برده و شخص آزاد را مطرح کرده است به نحوی که اگر پای مرد آزاد را بشکند ۲۰ نقره خسارت مالی، اما اگر پای برده را بشکند ۱۰ نقره که نصف پای مرد آزاد است باید پرداخت کند. از سوئی آنچه در خصوص مقررات قتل عمد که در مواد ابتدایی (مواد ۱ تا ۶) آمده است برای قصاص قاتل در خصوص آزاد یا برده بودن مقرر خاصی وجود دارد.

#### ۴- مجازات‌های قتل عمد

جرم قتل و مجازات آن همواره در طول تاریخ فراز و نشیب‌های زیادی را طی کرده و تحولات گسترده‌ی را پشت‌سر گذاشته است. در برخی مواقع جرم قتل مستوجب شدیدترین مجازات بوده و در برخی مواقع تنها خسارت مالی یا حبس در نظر گرفته شده است. زمانی که برای اولین بار به قانون‌نامه‌های کهن توجه می‌شود همواره بحث قتل به دلیل اهمیت و حساسیت به آن، نقش-آفرینی می‌کند. به روشنی قابل درک است که در قوانین کهن به موضوع قتل و مجازات آن پرداخته‌اند. در ادامه مجازات‌های در نظر گرفته شده تمدن بین‌النهرین می‌پردازیم.

قصاص مجازاتی به مثل خود است اما نه دقیقا با همان شیوه. به دیگر سخن قصاص کیفری است که به جانی همان رنجی با همان ماهیت و شدتی که بر بزه‌دیده انجام داده، اعمال می‌نماید (Cardascia, 1979: 171). در خصوص بحث تاریخی که آیا مقرر مرگ برای قتل در نظر گرفته شده در ماهیت قصاص قابل گنجایش هست یا خیر؟ اختلاف نظر فاحشی وجود دارد. برخی کیفر مرگ را همان قصاص می‌دانند. مانند کلیما<sup>۱</sup> (Klima, 1956: 7)، هاس<sup>۲</sup> و کارداسیا<sup>۳</sup>، اما برخی دیگر به این عقیده اعتقاد ندارد (نجفی‌ابرنادادی و بادامچی، ۱۳۹۴: ۱۱۷). اما به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت کیفر مرگ قصاص به مثابه اعدام یا نظایر آن ظاهر می‌شود.

در خصوص تقدم قصاص بر دیه، با توجه به متن قانون‌نامه اور-نمو که کیفر مرگ را در نظر گرفته، اگر کیفر مرگ را به مثابه قصاص در نظر بگیریم که در بالا نیز اشاره شد که ماهیت قصاص همان مقابله به مثل است، قصاص بر دیه مقدم است. زیرا ماده ۱ این قانون کشتن دیگری را مستحق کیفر مرگ می‌داند. اما اگر کیفر مرگ را به مثابه قصاص در نظر نگیریم دیه بر قصاص مقدم است. زیرا در قانون اشوننا در ماده ۲۳ غرامت در نظر گرفته است.

اما در خصوص قصاص و دیه در اعضا با توجه به متن قانون‌نامه‌ها، دیه بر قصاص مقدم است. زیرا در کهن‌ترین قانون‌نامه بشر (اور-نمو) در خصوص اعضای بدن خسارت مالی یا فدیه در نظر گرفته است (مواد ۱۸ و ۱۹ این قانون).

مطابق ماده ۲۴ قانون اشوننا که دو نوع قتل در نظر گرفته است که هر دو مستوجب دو نوع مجازات است. اگر شخص از عوام باشد مجازات اعدام (ماده ۲۴)، اما اگر شخص از برده‌گان باشد تنها شخص ملزم به تحویل کنیز است (ماده ۲۳). در قانون‌نامه اور-نمو در ماده ۱ مقرر گردیده اگر دیگری را بکشد کشته می‌شود. براین اساس مجازات قتل دیگری کیفر مرگ است.

1. Klima.  
2. Haase.  
3. Cardascia.

در بند ۱ و ۲ قانون لیبیت- ایشتار مقرر شده اگر کسی زنی را مضروب کند (بند ۱)، و اگر آن زن بمیرد مرد کشته خواهد شد (نجفی ابرندآبادی و بادامچی، ۱۳۹۴: ۸۱). براین اساس مجازات قتل عمد در این قانون نامه کیفر مرگ است.

در قانون نامه هیتی‌ها در خصوص حکم قتل مقرر داشته: اگر کسی مرتکب قتل شود، هرچه ولی دم بگوید همان است. اگر بگوید بمیرد کشته می‌شود و اگر بگوید فدیة بدهد، بایدجانی پرداخت کند (Hoffman, 1984: 52). اما از مواد قانونی این‌گونه استنباط می‌شود که در قانون هیتی-ها تنها در موادی که مقرر داشته کشتن دیگری را مستحق قصاص یا به نحو کلی کیفر مرگ ندانسته است و تفاوتی در مجازات بین قتل عمد و غیرعمد بیان کرده است. اگر قتل غیرعمد باشد دو نفر جایگزین قربانی می‌شود و اگر قتل عمد باشد چهار نفر جایگزین قربانی می‌شود. اما در اعضا تنها به مجازات مالی بسنده شده است. اما از طرفی در اعضای بدن در ماده ۷ به نحو صریح بین از بین بردن چشم دیگری از روی عمد و تصادف تفاوت قائل شده است. به نحوی که کورکردن چشم از روی عمد ۴۰ نقره و از روی تصادف ۲۰ نقره است. لذا در قانون نامه هیتی‌ها مجازات کیفر مرگ یا قصاص نه در نفس و اعضای پذیرفته نشده است. از این رو، در قانون هیتی‌ها گرایش به مجازات مالی است، درحالی که این قانون نسبت به قانون حمورابی جدیدتر است، اندیشه سزادهی در آن به ندرت مشاهده می‌شود و فدیة برقصاص مقدم است.

از سوئی دیگر براساس منابع تاریخی برای مجازات قتل با سبق تصمیم (قتل عمد) در محاکمه قتل شهر نیپور گزارش شده است (به نقل از نجفی ابرندآبادی و بادامچی، ۱۳۹۴: ۱۷۷، Jacobsen, 195: 1970)، مجازات آن کیفر مرگ است.

در مورد قتل نفس از قانون حمورابی چنین استنباط می‌شود که در سنت، قصاص خون مقتول بر عهده‌ی وارث یا نزدیک‌ترین خویشاوند است نه دولت و علاوه بر این انتقام گیرنده در دیده‌ی قانون بی‌گناه شناخته می‌شود (حیدری و خاکسارآرانی، ۱۳۹۳: ۱۲۶). با توجه به این که قصاص به مثل و قصاص عضو هم در قانون حمورابی وجود دارد برخی عنوان داشته‌اند: کیفر قصاص در زمان حمورابی اگرچه بی‌رحمانه به نظر می‌رسد، اما می‌توانست پیشرفتی در نظریه‌ی حقوق تلقی شود.

در این دوره قصاص توسط دولت مطالبه می‌شد نه از طرف زخم خورده. در حالی که قبل از این قانون، چنین جرایم و مجازات‌هایی جنبه‌ی اجتماعی نداشت (افراسیابی، ۱۳۸۱: ۵۹) در قانون حمورابی اصل قصاص در موردی که شخص آسیب‌دیده از طبقه بالای جامعه باشد، اجرا می‌شود اما اگر شخص از طبقه‌ی پایین یا از بردگان باشد مجرم تنها به پرداخت جریمه مالی محکوم می‌شود. بنابراین آنچه از این امر قابل برداشت است، اصل عدم تساوی افراد در مقابل قانون است. بدین معنا که در مقررات حمورابی تنها قصاص افراد هم‌رتبه یا هم‌کفو ممکن است و در غیر این صورت قصاص مبدل به جزای نقدی می‌شود. مطابق ماده ۲۱۴ اگر برده باشد مجازات قصاص اعمال نمی‌شود. بنابراین مجازات اعدام برای قاتل یک برده یا کنیز اعمال نمی‌شد همین دلیل است بر نقض تساوی اعمال مجازات‌ها در قانون نامه حمورابی. از سوئی دیگر قانون حمورابی به صراحت به قتل عمد نپرداخته است. فقط در چند مورد قتل در حکم عمد فرض شده است و مجازات قاتل را مرگ می‌داند (حیدری و خاکسارآرانی، ۱۳۹۳: ۱۳۶). ماده ۱۹۶ (چشم در برابر چشم) و ماده ۱۹۷ (شکستن استخوان در مقابل استخوان) مجازات قصاص را در خصوص اعضای بدن پذیرفته‌اند (رازانی، ۱۳۷۹: ۷۷)، اما در خصوص مجازات قتل عمد ماده خاصی بیان نشده است. از این رو با توجه به پذیرش قصاص در عضو، قصاص در نفس نیز فرض گرفته می‌شود. عدم پیش‌بینی این جرائم ناشی از سهل‌انگاری نیست؛ بلکه نشان می‌دهد ضمانت اجرای (مجازات) آنها در قالب عرف و عادت، معین و اجرا می‌شده است. آنجا که فرض بر این بوده که مردم و قضات، از این ضمانت اجرا آگاه هستند، بنابراین درج آن به صورت مکتوب بی‌فایده می‌نموده است (سلیمانی و رضایی‌راد، ۱۳۹۲: ۳۷-۳۸). بنابراین در قانون حمورابی مجازات قتل عمد مستوجب قصاص است. اما نکته دیگری که در قانون حمورابی حائز اهمیت است مطرح کردن انواع دیگری از قتل است که مجازات خاصی نیز برای آن پیش‌بینی نموده است. در ماده ۱۱۵ مقرر گردیده، اگر کسی دیگری را به گروگان بگیرد و او بر اثر کتک یا بد رفتاری بمیرد، اگر شخص کشته شده پسر باشد، پسر جانی کشته می‌شود و اگر برده باشد تنها جریمه مالی پرداخت می‌شود. ماده ۱۵۳ نیز قتل شوهر توسط زن را برای مردی دیگر، مستحق کیفر مرگ با شیوه به میخ کشیدن دانسته است. به علاوه در ماده ۱ قانون نامه حمورابی اگر کسی دیگری را در معرض اتهام قتل قرار دهد، با این وجود نتواند آن را

اثبات نماید، به کیفر مرگ محکوم می‌شود (بادامچی، ۱۳۷۹: ۸۹). بر این اساس قانون حمورابی برای اولین بار در طول حیات بشر به صورت صریح و مدون فلسفه قصاص و انواع قتل با کیفر مرگ را وارد حقوق کیفری کرده است هر چند که اگر کیفر مرگ را به مثابه قصاص در نظر بگیریم سابقه قصاص به قانون اور-نمو بر می‌گردد. نکته دیگری که در این قانون‌نامه‌ها حائز اهمیت است این است که تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد و از حقوق مساوی برخوردار هستند.

#### ۴-۲. فدیة

در قانون‌نامه حمورابی در خصوص ضرب و جرح غیر عمدی که منجر به فوت شخص شود به دلیل عمدی نبودن، مقررات قصاص اعمال نمی‌شود. بلکه در این حالت مطابق ماده ۲۰۷ خسارت مالی پرداخت می‌شود (King, 1915: 26). اما در خصوص قتل عمد تنها مقررات قصاص اعمال می‌شود، اما در خصوص ماده ۲۱۰ مقررہ خاصی بیان شده است به نحوی که در این ماده مجازات انتقالی<sup>۱</sup> کیفر مرگ صورت می‌گیرد. زیرا این ماده مقرر داشته درحالتی که اگر کسی زنی را بزند و آن زن کشته شود، مجازات کیفر قتل (مرگ) بر او اعمال نمی‌شود، بلکه دختر آن شخص کشته می‌شود. از این رو، در قانون‌نامه حمورابی مقررات قصاص تنها در خصوص قتل عمد اعمال و فدیة یا خسارت مالی نیز تنها در قتل غیر عمدی و در جای که مرد آزاد برده (ماده ۲۱۴) را بکشد اعمال می‌شود. در مواد ۲۲۹ تا ۲۳۱ نیز یک نوع قتل شبه عمدی بر اساس مسئولیت به تقصیر را مطرح کرده است. چرا اینکه ماده ۲۲۹ مقرر داشته که اگر معمار خانه را بسازد ولی آن خانه فرو بریزد (سهل‌انگاری در ساخت یا مسئولیت به تقصیر). در این حالت معمار کشته می‌شود (ماده ۲۲۹) و اگر فرزندی از آن صاحبخانه کشته شود، فرزندی از معمار کشته می‌شود (ماده ۲۳۰) و در ماده ۲۳۱ بیان داشته اگر برده‌ی از صاحبخانه بر اثر این امر کشته شود، باید برده‌ی به صاحبخانه بدهد. بنابراین انگاشته می‌شود که علاوه بر مجازات قصاص و خسارت مالی، الزام به دادن برده و

۱. مجازات انتقالی یا انتقام انتقالی برای نخستین بار در قانون حمورابی آمده است. مانند (مواد ۱۱۶ و ۲۲۹ قانون‌نامه حمورابی).

مجازات به فرزندان نیز سرایت می‌کند. در قانون اشنونا و قانون لیپیت - ایشتار در خصوص پرداخت فدیة مقررہ خاصی وجود ندارد.

در قانون هیتی‌ها با توجه به مواد ابتدای آن، مجازات قتل عمد و غیرعمد به ترتیب جایگزین نمودن دو و چهار برده به جای قربانی است. ماده ۵ نیز قتل بازرگان را مسحق کشتن ندانسته است، بلکه باید تاوان مالی پرداخت کند. دردیگر مواد به مانند ماده ۷ و ۸ نیز مقررات در خصوص پرداخت خسارت مالی به جای قصاص عضو پذیرش شده است (Goetze, 1969: 190). در ماده ۴۰ مقررہ خاصی در خصوص فردی که دیگری را درآتش بیافکند و او بمیرد بیان نموده که مجازات آن تسلیم پسر به خانواده مقتول است. از این رو نوع کشتن دیگری در مجازات قتل در قانون نامه هیتی‌ها اثرگذار است و موجب تغییر مجازات از جبران خسارت به بردگی می‌شود.

## نتیجه‌گیری:

از میان تمدن بشری تمدن بین‌النهرین به دلیل برخی ویژگی‌های خاص مانند تدوین مجموعه قوانین مدنی و کیفری مدون با جرم‌انگاری جرایم و تعیین مجازات با اهمیت است. با این وجود، در دوران قبل از تمدن بین‌النهرین در طول حیات بشری همواره تعدی‌ها لزوماً با جنگ و نزاع‌های قومی قبیله‌ای همراه بوده است. اما با پیشرفت جامعه بشری و توسعه روابط انسانی و از همه مهم‌تر شکل‌گیری داد و ستد و پایدار شدن اصل ارزش‌گذاری رفته رفته موجب شکل‌گیری قانون‌نامه‌ای گردید. این قانون‌نامه‌ها برای اولین بار در طول حیات بشری رابطه بین انسان‌ها یا تعاملات اجتماعی را دگرگون نمودند. در این قانون‌نامه‌ها مقرراتی برای حفظ حقوق یا روابط اجتماعی یا تعاملات روزمره انسان‌ها با یکدیگر معین گردید. از سوی دیگر جرایم با مجازات‌های آنان معین و برای اولین بار رابطه بین جرم و مجازات پدیدار شد. این نوشتار به جرم قتل عمد در این قانون‌نامه‌ها که از اهمیت حیاتی برخوردار است پرداخته است. زیرا حق حیات از مهم‌ترین حقوق انسان‌هاست. از این رو، در این قانون‌نامه‌ها قتل عمد همواره مورد توجه بوده است. بنابراین در ابتدا در شکل‌گیری جامعه مدنی برای مقابله با این جرم کیفر مرگ مقرر شد (ماده ۱ قانون اور-نمو و ماده ۲۴ قانون اشنونا). لذا در ابتدا کیفر مرگ بر دیه مقدم بوده است. در قانون‌نامه حمورابی که از مهم‌ترین این قوانین است مقررات جدیدی اضافه شد. اصل ساده اما در عین حال قصاص مهم معین گردید. چرا که بر اساس رابطه منطقی بین جرم و مجازات آن تناسب وجود داشت. اما رفته رفته با توسعه جامعه مدنی و قدرت گرفتن دولت‌ها و پرننگ‌تر شدن اصل ارزش‌گذاری و رابطه داد و ستد، خسارت مالی یا فدیة نیر به عنوان مجازات قتل عمد معین شد. از طرفی اصل تساوی در مقابل قانون را به دلیل طبقه‌بندی افراد نقض نمود. و از سوئی دیگر حق اجرای مجازات را به خانواده مقتول سپرد. شکل‌گیری قانون قصاص آنچنان با اهمیت است که تا مدت‌ها حتی در عصر کنونی اجرا می‌شود. بی‌شک اعمال مجازات قصاص به دلیل تساوی انسان‌ها در برابر هم موجب گردید که این رابطه بین قتل و قصاص یعنی اگر دیگری را به قتل برساند به دلیل همین تساوی افراد در برابر قانون قصاص اعمال می‌شود. از طرفی با محکم‌تر شدن اصول پیشین (رابطه داد و ستد و ارزش‌گذاری) و گرایش انسان به مسائل مادی موجب شد در کنار

قصاص فدیة تثبیت شود. از این رو فدیة در قانون هیتی‌ها به طور کلی به عنوان مجازات اصلی در نظر گرفته شد. خسارت مالی یا دیة در عصر کنونی به عنوان یکی از مهم‌ترین مجازات‌های قتل است. با این وجود در تمدن بین‌النهرین مجازات حبس در نظر گرفته نشده است. به نظر می‌رسد علت این امر نیز عدم وجود حق عمومی برای جامعه باشد. چرا که امروزه علاوه بر پذیرش قصاص در برخی کشورها و پذیرش خسارت مالی و در کنار آنها پذیرش مجازات حبس از جهت اعاده نظم عمومی در اغلب کشورهای دنیا پذیرفته شده است.

## الف- منابع فارسی:

۱. اکبری، جهاندار؛ و آشوری، محمد؛ و اردبیلی، محمدعلی؛ و صبوری، علی، (۱۳۹۹)، «فلسفه سلب حیات با نگاهی بر حقوق کیفری ایران»، پژوهش حقوق کیفری، ۸ (۳۰)، ۴۱-۹.
۲. اشرافی، ارسلان؛ و ایروانیان، امیر، (۱۳۹۷)، «اصل شخصی بودن مسؤلیت کیفری در حقوق بین‌النهرین باستان و ادیان الهی خاور نزدیک»، فصلنامه قضاوت، ۲ (۹۴)، ۱۷۲-۱۳۹.
۳. افراسیابی، ص، (۱۳۸۱)، مطالعه‌ی تطبیقی مجازات‌ها در ادیان یهود، زرتشت و اسلام، (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.
۴. ازدجینی، آذین، (۱۳۹۵)، جرم در بین‌النهرین باستان، کنفرانس بین‌المللی شرق‌شناسی، تاریخ و ادبیات پارسی، ارمنستان: دانشگاه دولتی ایروان ارمنستان با همکاری موسسه سفیران فرهنگی مبین.
۵. امین، سیدحسین، (۱۳۸۲)، تاریخ حقوق ایران، تهران: انتشارات دایره المعارف ایران‌شناسی.
۶. بادامچی، حسین، (۱۳۸۲)، آغاز قانون‌گذاری، تاریخ حقوق بین‌النهرین باستان، تهران: نشر طرح نو، چاپ اول.
۷. بادامچی، حسین، (۱۳۷۹)، «قتل در قوانین باستانی: بحثی در تاریخ حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، ۵ (۳۳)، ۹۶-۸۷.
۸. بروکس، تام، (۱۳۹۵)، مجازات، مترجم: کاظم‌نظری، محمدعلی، تهران: نشر میزان.
۹. صبوری‌پور، مهدی؛ و خلیل‌زاده، ایرج، (۱۳۹۷)، «قانون جزای عرفی و نقش آن در شکل‌گیری حقوق کیفری ایران»، پژوهش حقوق کیفری، ۷ (۲۴)، ۲۲۵-۲۵۵.
۱۰. دورانت، ویل، (۱۳۷۸)، تاریخ تمدن، جلد اول، (مترجمان: احمدبطحائی، احمد آرام، امیرحسین آریان‌پور، حمید عنایت، ابوطالب صارمی، علی اصغر سروش، ابوالقاسم پاینده، ابوالقاسم طاهری، سهیل آذری، پرویز مرزبان، پرویز داریوش، اسماعیل دولتشاهی، ضیالدین

طباطبائی و علی اصغر بهرام بیگی)، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، نسخه الکترونیکی، ویرایش دوم، چاپ ششم.

۱۱. داس، مارتا. ت، (۱۳۸۰)، «قوانین اشنونا یادگار حقوقدانان باستانی»، مجله حقوقی دادگستری، ترجمه: حسین بادامچی، ۷(۳۷)، ۱۰۰-۸۲.

۱۲. رازانی، بهمن، (۱۳۷۹)، «قانون نامه حمورابی»، ماهنامه دادرسی، ۴(۲۰)، ۸۱-۷۶.

۱۳. سلیمانی، بتول؛ و رضایی‌راد، عبدالحسین، (۱۳۹۲)، «ریشه‌یابی قاعده‌ی مقابله به مثل (قصاص) در قوانین ایران باستان»، فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، ۲(۳۶)، ۵۰-۳۳.

۱۴. حیدری، حسین؛ و خاکسارآرانی، جنت، (۱۳۹۳)، «مطالعه تطبیقی مقررات کیفری عبرانی و حمورابی»، پژوهش حقوق کیفری، ۳(۸)، ۱۴۳-۱۱۵.

۱۵. فرج‌زاده، ا، (۱۳۹۴)، تأثیرگذارترین عناصر بین‌النهرین در تمدن هخامنشیان (قانون، حکومت و دین)، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، تهران، ایران.

۱۶. میرمحمدصادقی، حسین، (۱۳۹۸)، حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص)، جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ بیست و هفتم.

۱۷. میلانی، علیرضا، (۱۳۸۷)، «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در بستر تاریخ»، مجله حقوقی دادگستری، ۹(۶۳-۶۲)، ۱۸۰-۱۵۷.

۱۸. مجلسی، محمدباقر، (۱۳۶۲)، بحار الانوار، جلد یازدهم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم.

۱۹. منتسکیو، بارون دو، (۱۳۹۱)، روح القوانین (نسخه الکترونیکی)، جلد اول، کتاب ششم، ترجمه: علی‌اکبر مهتدی، تهران: انتشارات امیر کبیر، چاپ دهم.

۲۰. نجفی‌ابرنادادی، حسین؛ و بادامچی، حسین، (۱۳۹۴)، تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین، تهران: نشر سمت، چاپ دوم.

۲۱. نجفی‌ابرنادادی، حسین، (۱۳۹۵)، تاریخ حقوق کیفری، دانشگاه شهید بهشتی، ویرایش دوم.

۲۲. هالوی، گابریل، (۱۳۹۳)، کیفردهی آموزه‌های مدرن، ترجمه: علی شجاعی، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ اول.

### ب- منابع لاتین:

23. Ashworth, Andrew and Horder, Jeremy (2013). Principles of criminal law, 7<sup>th</sup> Ed, Oxford University Press.

24. Cardascia, G (1979). La Place du talio dans l'histoire du droit penal a la lumiere des droits du proche-orient ancien, in Melanges offert a Jean Dauvillier. Toulouse, 169-183.

25. Meier Tetlow, Elisabeth (2004). Women, Crime & Punishment in Ancient Law & Society. Vol.I: The Ancient near East, USA. NY.

26. Mieroop, Marc van (2007). King Hammurabi of Babylon, (3rd Ed), Oxford, Blackwell publishing.

27. Yaron, Reuven (1998). The laws of Eshnunna, 2<sup>nd</sup>.

28. Finkelstein, Jacob Joel (1961). Ammi-saduqas Edict and the Babylonian law Codes, 15 JCS.

29. Ellickson, Robert c' Thorland, Charles DiA (1995). Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel, Symposium on Ancient Law, Volume 71, Issue 1, Pp 328-408.

30. Roth, Martha T (1995). Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Volume editor: Piotr Michalowski, Scholars Press. Atlanta, Georgia.

31. Roth, Martha T (1995). Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi, Chicago-Kent Law Review, Volume 71, pp 13-40.

32. Goetze, Albrecht 1969 "The Hittite Laws." In ancients Near Eastern Texts Relating to the Old Testament, 188-197. Princeton, NJ: Princeton University Press.

33. Hoffman, I (1984). Der Erlass Telipinus, Heidelberg.

34. Klima, s (1956). Intorno al Principio Del Taglione, Studi in onore Pietro de Francisci.

35. King. L.W (1915). The Code of Hammurabi, Paulo J. S. Pereira.

36. Jacobsen, T (1970). An Ancient Mesopotamian Trial for Homicide, in Towards the Image of Harvard Semitic Series, Volume. 21, Cambridge Mass. Pp 193-214.

37. Westbrook, R. (2003). The Character of Ancient Near Eastern Law, History of Ancient Near Eastern Law, 2 vols, Leiden: E.J. Brill, 1-92.

38. Westbrook, R (1988). Revenge, Ransom, Talio, in studies Biblical and Cuneiform Law, Cahiers de la Revue Biblique 26. Paris, Gabalda, 39-83.

39. Wilcke, C (2007). Early Ancient Near Eastern Law, 2<sup>nd</sup>, edition History of Its Beginnings.

40. Yildiz, F (1981). A Tablet of Codex Ur-Nammu from Sippar, Orientalia, 87-97.



# Criminal Reaction to Intentional Homicide in Mesopotamian Civilization

Hamid Alizadeh<sup>1</sup>

## Abstract

Mesopotamian civilization is the most important codified civilization known to man. In this ancient civilization, with the expansion of civil society in order to maintain government and social order, a collection of codified laws was formulated for the first time during human life. In these laws, a set of crimes with special punishments was determined. The Intentional homicide of another person with the death penalty, which was one of the most important and fundamental crimes, formed for the first time a special relationship between the victim, the crime and the offender. Because it was based on revenge and compatibility with human nature. At the beginning of the murder regulations, the death penalty and then the punishment of retribution is determined as a main punishment for this crime. However, with the emergence of social relations and the establishment of an institution as a principle of valuation, the formation of trade, ie the relationship between debtor and creditor, the law of financial loss or ransom entered the collection of criminal laws. Although there are differences of opinion on the precedence and latency of the two. Therefore, the first punishment for Intentional homicide, death penalty, retribution and then ransom was imposed, although there is a difference of opinion on the precedence and recency of these two. These laws suffer from fundamental inadequacies and discrimination, but because they are one of the first human laws, they are considered a major improvement in legislation. Therefore, in this article, we examine the punishment of Intentional homicide - which is one of the most important and challenging crimes of humanity not only in the past, but also in today's society in Mesopotamian civilization.

**Keywords:** *Punishment, Intentional homicide, Retribution, Ransom, Legislation, Mesopotamian Civilizations.*

1. Urmia University, (Email: ha.alizadeh@urmia.ac.ir)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. اکبری، جهاندار؛ و آشوری، محمد؛ و اردبیلی، محمدعلی؛ و صبوری، علی (۱۳۹۹). فلسفه سلب حیات با نگاهی بر حقوق کیفری ایران. پژوهش حقوق کیفری، ۸(۳۰)، ۴۱-۹.

۲. اشرفی، ارسلان؛ و ایروانین، امیر (۱۳۹۷). اصل شخصی بودن مسؤلیت کیفری در حقوق بین‌النهرین باستان و ادیان الهی خاور نزدیک، فصلنامه قضاوت، ۲(۹۴)، ۱۷۲-۱۳۹.

۳. ازدجینی، آدین (۱۳۹۵). جرم در بین‌النهرین باستان. کنفرانس بین‌المللی شرق‌شناسی. تاریخ و ادبیات پارسی. ارمنستان: دانشگاه دولتی ایروان ارمنستان با همکاری موسسه سفیران فرهنگی مبین.

۴. امین، سیدحسین (۱۳۸۲). تاریخ حقوق ایران. تهران: انتشارات دایره‌المعارف ایران‌شناسی.

۵. بادامچی، حسین (۱۳۸۲). آغاز قانون‌گذاری. تاریخ حقوق بین‌النهرین باستان. تهران: نشر طرح نو. چاپ اول.

۶. عرصبوری، پور، مهدی؛ و خلیل‌زاده، ایرج (۱۳۹۷). قانون‌جزای عرفی و نقش آن در شکل‌گیری حقوق کیفری ایران. پژوهش حقوق کیفری، ۷(۲۴)، ۲۲۵-۲۵۵.

۷. دورانت، ویل (۱۳۷۸). تاریخ تمدن. جلد اول. (مترجمان: احمد بطحانی، احمد آرام، امیرحسین آریان پور، حمید عنایت، ابوطالب صارمی، علی اصغر سروش، ابوالقاسم‌پاینده، ابوالقاسم طاهری، سهیل آذری، پرویز مرزبان، پرویز داریوش، اسماعیل دولت‌شاهی، ضیال‌الدین طباطبائی و علی اصغر بهرام بیگی). تهران: انتشارات علمی و فرهنگی. نسخه الکترونیکی. ویرایش دوم. چاپ ۶.

۸. داس‌ماتز، ت (۱۳۸۰). قوانین‌اشنونا یادگار حقوقدانان باستانی. مجله حقوقی دادگستری، ترجمه: حسین بادامچی، ۷(۳۷)، ۱۰۰-۸۲.

۹. رازانی، بهمن (۱۳۷۹). قانون‌نامه حمورابی. ماهنامه دادرسی، ۴(۲۰)، ۸۱-۷۶.

۱۰. سلیمانزاده، بتول؛ و رضایی‌زاد، عبدالحسین (۱۳۹۲). ریشه‌یابی قاعده‌ی مقابله به مثل (قصاص) در قوانین ایران باستان. فصلنامه فقه و تاریخ تمدن، ۲(۳۶)، ۵۰-۳۳.

۱۱. حیدری، حسین؛ و خاکسارآرانی، جنت (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی مقررات کیفری عبرانی و حمورابی. پژوهش حقوق کیفری، ۳(۸)، ۱۴۳-۱۱۵.

۱۲. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۸). حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص). جلد اول. تهران: نشر میزان. چاپ بیست و هفتم.

۱۳. میلانی، علیرضا (۱۳۸۷). اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در بستر تاریخ. مجله حقوقی دادگستری، ۹(۶۳-۶۲)، ۱۸۰-۱۵۷.

۱۴. مجلسی، محمدباقر (۱۳۶۲). بحار الانوار. جلد یازدهم. تهران: دارالکتب الاسلامیه. چاپ دوم.

۱۵. منتسکیو، بارون دو (۱۳۹۱). روح القوانين (نسخه الکترونیکی). جلد اول. کتاب ششم، ترجمه: علی‌اکبر مهتدی. تهران: انتشارات امیر کبیر. چاپ دهم.

۱۶. نجفی‌ایرندآبادی، حسین؛ و بادامچی، حسین (۱۳۹۴). تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین. تهران: نشر سمت. چاپ دوم.

۱۷. نجفی‌ایرندآبادی، حسین (۱۳۹۵). تاریخ حقوق کیفری. دانشگاه شهید بهشتی. ویرایش دوم.

۱۸. هالوی، گابریل (۱۳۹۳). کیفردهی آموزه‌های مدرن. ترجمه: علی شجاعی. تهران: انتشارات دادگستر. چاپ اول.

کد مقاله

LAW-2012-1001 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. قصاص ۲. حقوق جزای اختصاصی ۳. حقوق تطبیقی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. قتل عمد ۲. قصاص ۳. فدیة ۴. تمدن بین‌النهرین ۵. قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین ۶. قانون‌نامه اور-نمو و لیبیت - ایشتار ۷. قانون‌نامه اشنونا ۸. قانون‌نامه حمورابی ۹. قانون‌نامه هیتی‌ها

مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. مبنای کیفردهی مجازات قتل عمد  
۲. هم کفو بودن  
۳. کیفر مرگ یا قصاص

قانون یا مواد قانونی مرتبط

\*\*\*\*

# نظارت فراگیر بر بازار پول با خرق حجاب شخصیت حقوقی: محدود یا سلب

## کردن حقوق سهامدار مؤثر

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

مجید قربانی لایچوانی\*

زهرا قربانی لایچوان<sup>۱</sup>

جمشید قربانی لایچوان<sup>۲</sup>

### چکیده:

بانک مرکزی ناظر رسمی بازار پول است. اعمال نظارت مؤثر مستلزم بهره‌مندی ناظر از ابزارهای کارآمد است.

قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۶ با هدف تقویت نقش نظارتی بانک مرکزی و فراهم کردن امکان نظارت کامل و فراگیر توسط این بانک بر مؤسسات پولی، بانکی و اعتباری و ساماندهی بازارهای غیرمتشکل پولی جهت ارتقای شفافیت و سلامت بازار امکان اعمال برخی ضمانت‌های اجرایی بر بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری متخلف را برای بانک مرکزی فراهم کرده است. طبق بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون فوق هیأت انتظامی بانکها می‌تواند برای برخورد با تخلفات بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری سهامداران مؤثر این اشخاص را از برخی حقوق مالی و غیرمالی ناشی از سهم محروم یا استفاده از

\*. دکترای تخصصی، گروه حقوق نفت و گاز، دانشکده نفت تهران، دانشگاه صنعت نفت

Email: majidghorbani589@gmail.com (نویسنده مسئول)

۱. کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج

Email: z.ghorbani141@gmail.com

۲. کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی

Email: jamshidghorbani1980@gmail.com

این حقوق توسط آنها را محدود سازد؛ مرجع فوق می‌تواند سهامداران مؤثر بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری متخلف را از دادن رأی در مجامع عمومی شرکت موقتا منع کند یا توزیع سود یا اندوخته اختیاری بین این سهامداران را ممنوع یا محدود سازد یا حق تقدم خرید سهام جدید را از سهامداران مؤثر سلب کند.

در بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با خرق حجاب از شخصیت حقوقی بانک و مؤسسه اعتباری، قانونگذار بابت تخلف این نهادها سهامدار مؤثر شرکت را از حیث انتظامی قابل تنبیه دانسته است. نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی در حقوق بانکی کاربرد شایع دارد، قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه کاربرد جدیدی از این نظریه در حقوق بانکی را رونمایی کرده است که می‌توان نام «خرق حجاب تنبیهی» به آن نهاد.

**کلیدواژه‌ها:** بانک مرکزی، حق تقدم خرید سهام جدید، خرق حجاب شخصیت حقوقی، سهامدار مؤثر قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

یکی از نقش‌های اصلی بانک مرکزی در بازار پول نظارت بر این بازار است (سلطانی، ۱۳۹۵: ۵۷). بازیگران اصلی بازار پول بانک‌های عامل هستند. برای اجرای نقش نظارتی خود بانک مرکزی باید بر عملکرد بانک‌های عامل، نظارت کند. نقش بانک مرکزی در بازار پول شبیه به نقش قلب (رضایی‌زاده و نیکو نهاد، ۱۳۹۲: ۱۱۲)، و مغز در بدن انسان است.

نظارت بانک مرکزی بر بانک‌های عامل در قانون پولی و بانکی کشور مورد حکم قرار گرفته است. ماده ۱۱ این قانون بیان می‌دارد: «بانک مرکزی ایران به عنوان تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری کشور موظف به انجام وظایف زیر می‌باشد...» در بند ب این ماده یکی از وظایف «نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری طبق مقررات این قانون» بیان شده است. در قسمت یکم ماده ۹۲ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مأموریت‌های بانک مرکزی از جمله نقش نظارتی آن با نگاهی دقیق تر مورد حکم قرار گرفت، قسمت یکم ماده ۹۲ قانون فوق مقرر می‌دارد: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موظف است جهت افزایش شرایط رقابتی و گسترش بازارهای مالی و تشویق پس انداز داخلی، زمینه فعالیت مجاز انواع مؤسسات، سازمانها و واحدهای اعتباری بانکی (غیردولتی) را فراهم و نظارت لازم بر آنها اعمال نماید و از فعالیت مؤسسات غیرمجاز جلوگیری به عمل آورد.» (السان، ۱۳۸۹: ۵۹).

نظارت بانک مرکزی بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری را در سه مرحله می‌توان مورد مطالعه و بررسی قرار داد؛ نظارت بر تشکیل بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، نظارت بر فعالیت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری (طباطبایی نژاد، ۱۳۹۷: ۱۱۸)، و نظارت بر عملیات تصفیه بانکها و مؤسسات اعتباری بعد از انحلال آنها.

اثرگذاری نظارت مقام ناظر منوط است به بهره‌مندی او از ابزارهای مؤثر و کارآمد جهت وادار کردن نهاد تحت نظارت به تبعیت از دستورات و تصمیم‌ها.

یکی از نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران، ضعف مقررات حاکم بر نظارت بانک مرکزی عنوان و راه مرتفع کردن این نارسایی تصویب قوانین تازه تر در زمینه شیوه‌های مؤثر نظارت بر بانکها بیان شده است (کاشانی، ۱۳۸۴: ۶۸).

به منظور تقویت نقش نظارتی بانک مرکزی در ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اختیارات و صلاحیت‌هایی برای بانک مرکزی مقرر شد که مخالف با قواعد عام حاکم بر شرکت‌های سهامی است. طبق ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بانکها باید در قالب شرکت سهامی عام یا شرکت تعاونی سهامی عام تشکیل شوند و فعالیت کنند (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۰: ۳)؛ طبق بند ۹ ماده ۱ این قانون شرکت تعاونی سهامی عام نوعی شرکت سهامی عام است که بر اساس قانون تجارت و محدودیت‌های مقرر در این قانون تشکیل می‌شود و فعالیت می‌کند. مقصود از قانون تجارت در این بند لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت است، بنابراین شرکت تعاونی سهامی عام عمدتاً تابع مقررات حاکم بر شرکت سهامی عام است. تفاوت‌های احکام این دو شرکت بر اساس قانون فوق اندک و مستند به ماده ۱۲ این قانون است.

با توجه به مطالب فوق آنچه در ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه جهت تقویت توان نظارت بانک مرکزی بیان شده است استثناهایی نسبت به قواعد عام مندرج در لایحه قانونی ۱۳۴۷ هستند.

ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه بیان می‌دارد: «برای اعمال نظارت کامل و فراگیر بانک مرکزی بر مؤسسات پولی و بانکی و اعتباری و ساماندهی مؤسسات و بازارهای غیرمتشکل پولی جهت ارتقای شفافیت و سلامت و کاهش نسبت مطالبات غیرجاری به تسهیلات:

الف- بانک مرکزی مجاز است مطابق قوانین مربوطه در چهارچوب مصوباتی که به تصویب شورای پول و اعتبار می‌رسد، علاوه بر اختیارات قانونی خود در قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ حسب مورد یک یا چند مورد از اقدامات نظارتی و انتظامی زیر را در قبال بانکها و مؤسسات اعتباری متخلف اعمال نماید:

- ۱- اعمال محدودیت، ممنوعیت توزیع سود و اندوخته‌ها بین سهامداران مؤثر، سلب حق رأی از آنها به طور موقت و سلب حق تقدم خرید از سهامداران مؤثر
- ۲- تعلیق موقت مجوز بخشی از فعالیت برای مدت معین و یا لغو مجوز فعالیت
- ۳- اعمال محدودیت یا ممنوعیت پرداخت پاداش و مزایای مدیران
- ۴- سلب صلاحیت حرفه‌ای مدیران عامل و اعضای هیأت مدیره
- تبصره ۱- مرجع رسیدگی به تخلفات نظارتی و انتظامی موضوع این بند هیأت انتظامی بانکها خواهد بود.

با امکانی که به موجب بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران برای بانک مرکزی ایجاد شده است این بانک می‌تواند با تصویب هیأت انتظامی بانکها برخی حقوق مالی و غیرمالی ناشی از سهم را محدود یا سلب کند و به این وسیله بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری متخلف را به تمکین از مقررات و نظامات وادار سازد، تخلفی که موجب سلب یا محدود کردن حقوق مالی یا غیرمالی ناشی از سهم به ترتیب مندرج در بند ۱ ماده ۱۴ قانون فوق می‌شود در ظاهر توسط بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری وقوع یافته که شخصیت حقوقی دارد؛ منتها ضمانت اجرای موضوع بند فوق بر سهامدار مؤثر بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری اعمال می‌شود که واجد شخصیتی جدا از بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری متخلف است. حکمی که به استناد بند فوق صادر و اجرا می‌شود مصداق مجازات بابت فعل غیر است.

اعمال مجازات‌های انتظامی مندرج در بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه بر سهامداران مؤثر بدون صرف نظر کردن از استقلال شخصیت حقوقی بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری میسر نیست؛ اصل شخصی بودن مسئولیت مانع تسری مسئولیت شرکت به سهامداران شرکت است (محبی و رضایی، ۱۳۹۲: ۸). بنابراین حکم بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون فوق نمونه‌ای جدید از کاربرد نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی در حقوق ایران است.

نمره مهم نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی حمایت از زیان دیدگان و کمک به سلامت و استحکام روابط اقتصادی و تجارتي و در نهایت اجرای عدالت است (همان، ۹).

خرق حجاب شخصیت حقوقی در قوانین و مقررات حاکم بر بانکها و مؤسسات اعتباری کاربرد شایع دارد، بدون استفاده از این آموزه نظارت بر بازار پول و تامین سلامت و کارایی این بازار میسر نیست. به این جهت برای خرق حجاب شخصیت حقوقی در قواعد و مقررات حاکم بر بانکها و مؤسسات اعتباری مصداق‌های فراوانی می‌توان یافت (امینی و واحدی، ۱۳۹۸: ۷۶).

عنصر اصلی خرق حجاب شخصیت حقوقی<sup>۱</sup> کنترل است (عابدی فیروز جانی، ۱۳۹۷: ۲۰۱). خرق حجاب شخصیت حقوقی به سه قسم اصلی تقسیم شده است که عبارتند از: خرق حجاب شخصیت حقوقی به صورت عمودی<sup>۲</sup>، خرق حجاب شخصیت حقوقی به صورت افقی<sup>۳</sup> و خرق حجاب شخصیت حقوقی به صورت معکوس<sup>۴</sup>.

با خرق حجاب عمودی طلبکار برای مطالبه طلب خود از شرکت به سهامدار کنترل‌کننده حق رجوع پیدا می‌کند. با خرق حجاب افقی در روابط شرکتهای خواهر استقلال شخصیت حقوقی نادیده گرفته می‌شود و با خرق حجاب معکوس سهامدار اجازه می‌یابد در مواردی از طرف و به نیابت از شرکت اقداماتی انجام دهد، اعطای اجازه دعوا توسط دارندگان اقلایک پنجم سهام شرکت سهامی به نام واز طرف شرکت سهامی بر مدیران و مدیر عامل متخلف که به دعوای مشتق معروف شده است، (ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت) مصداق خرق حجاب شخصیت حقوقی به صورت معکوس است (همان، ۲۷۲). برای تقویت نقش نظارتی بانک مرکزی قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه گونه چهارمی از خرق حجاب شخصیت حقوقی را مورد حکم قرار داده که به آن «خرق حجاب تنبیهی» می‌توان عنوان داد، در این مورد، با کنار نهادن پرده شخصیت حقوقی بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری، سهامدار مؤثر شرکت بابت تخلفی که بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری مرتکب شده است مجازات می‌شود.

1. Piercing the Corporate Veil/Uplifting the Corporate Veil.
2. Vertical Veil-Piercing
3. Lateral Veil-Piercing
4. Reverse Piercing of the Corporate Veil

مبنای اصلی خرق حجاب شخصیت حقوقی جلوگیری از اعمال متقلبانه و سوء استفاده از حق و کمک به تحقق عدالت است (محبی و رضایی، همان، ۹).

پرسش اصلی پژوهش حاضر این است؛ آیا با خرق حجاب شخصیت حقوقی به منظور تنبیه سهامداران مؤثر بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری متخلف، نظارت بانک مرکزی به بازار پول عمق و اثرگذاری بیش تری پیدا کرده است یا راه حل اتخاذ شده با دلیل عدم توجه به همه ابعاد موضوع در حد مورد انتظار، اثرگذار نیست؟

نظر به اعتباری بودن وجود شخص حقوقی، تخلفاتی که در ظاهر به شخص حقوقی منتسب هستند توسط اداره‌کنندگان این شخص واقع شده اند؛ بنابراین مکافات عمل برای جلوگیری از تکرار تخلف باید به شخصی تحمیل گردد که در واقع با اراده و خواست او تخلف وقوع یافته است، از این حیث کنار زدن حجاب شخصیت حقوقی در ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، نوآوری مناسبی است منتها عدم توجه به جزئیات امر در عمل اثرگذاری آنرا کاهش خواهد داد.

## مجازات‌های انتظامی مرتبط با حقوق ناشی از سهم

### الف- محدود کردن یا منع توزیع سود و اندوخته‌ها بین سهامداران مؤثر:

سهامداران سرمایه‌گذاران در شرکت سهامی هستند؛ سهامدار در قبال سرمایه‌گذاری دو حق اصلی تحصیل می‌کند که عبارتند از: حق دریافت عواید خالص شرکت و حق اداره شرکت (طوسی، ۱۳۹۳: ۲۷۱). بهرمندی از سود حاصل از فعالیت شرکت غالباً انگیزه اصلی اشخاص برای مشارکت در شرکت تجارته است (ایرانپور، ۱۳۸۰: ۳۶).

مجازات انتظامی فوق با حقوق مالی سهامداران مؤثر مرتبط است. به موجب آن بانک مرکزی می‌تواند در خصوص پرداخت سود یا اندوخته به سهامداران مؤثر محدودیت یا ممنوعیت ایجاد کند. برای شناخت درست این حکم باید ابتدا بر اساس قواعد عام حاکم بر حساب‌های شرکت‌های

سهامی معنا و اقسام سود و اندوخته مشخص گردد و پس از آن نحوه توزیع سود و اندوخته بین سهامداران مورد بررسی قرار گیرد.

طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ سود حاصل از درآمد شرکت سهامی دو قسم است؛ سود خالص و سود قابل تقسیم، منشأ هر دو درآمد شرکت است؛ از درآمد شرکت سهامی طبق ماده ۲۳۷ لایحه قانونی فوق سه قلم باید کسر شود تا سود خالص به دست آید. اقلامی که برای رسیدن به سود خالص باید از درآمد شرکت کسر شوند؛ عبارتند از: هزینه‌ها، استهلاکات و ذخیره‌ها. پس از آنکه سود خالص به دست آمد، طبق ماده ۲۳۹ لایحه قانونی فوق دو قلم از آن کسر شود تا مبلغ سود قابل تقسیم معلوم گردد، اقلامی که باید از سود خالص کسر شوند عبارتند از: زیان‌های سالهای مالی قبل و اندوخته قانونی.

به این ترتیب برای تعیین مبلغ سود قابل تقسیم جمعاً پنج مورد باید از درآمد سالانه شرکت سهامی کسر شود. افزون بر این پنج مورد که کسر آنها الزامی است، مجمع عمومی عادی می‌تواند تصویب کند مبلغی از سود خالص تحت عنوان اندوخته اختیاری کسر و در شرکت باقی بماند.

سود قابل تقسیم حق سهامداران شرکت سهامی است و با رعایت مواد ۹۰ و ۲۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت بین سهامداران توزیع می‌شود. طبق ماده ۹۰ لایحه قانونی فوق: «تقسیم سود و اندوخته بین صاحبان سهام فقط پس از تصویب مجمع عمومی جایز خواهد بود و در صورت وجود منافع، تقسیم ده درصد سود ویژه سالانه بین صاحبان سهام الزامی است.» با لحاظ تعریف مقرر برای سهم در ماده ۲۴ لایحه قانونی فوق، سود به نسبت سهام باید بین صاحبان سهام تقسیم شود.

با توجه به ظاهر ماده ۹۰ لایحه قانونی فوق هیچگاه مجمع عمومی عادی نمی‌تواند مانع پرداخت تمام سود قابل تقسیم به صاحبان سهام شود، تقسیم ده درصد سود قابل تقسیم بین سهامداران الزامی است.

طبق بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه در خصوص سود قابل تقسیم متعلق به سهامداران مؤثر با هدف تنبیه این صاحبان سهام هیأت انتظامی بانکها دو تصمیم می‌تواند اتخاذ کند:

الف- اعمال محدودیت نسبت به توزیع سود بین اشخاص

ب- اعمال ممنوعیت در خصوص توزیع سود بین این سهامداران

هر دو عنوان اعمال محدودیت و اعمال ممنوعیت مبهم و تفسیرپذیر هستند؛ با توجه به ظاهر قانون بین اعمال محدودیت برای توزیع سود با اعمال ممنوعیت در این خصوص باید تفکیک قایل شد، در فرض اعمال محدودیت تصمیم اتخاذ شده سبب زوال حق سهامدار مؤثر به دریافت سود به‌طور کامل نمی‌شود منتها با اعمال ممنوعیت در واقع مرجع تصمیم گیرنده حق سهامدار را ساقط می‌کند.

محدودیت بر حق دریافت سود قابل تقسیم به دو صورت اصلی قابل اعمال است؛ راه نخست، اعمال محدودیت زمانی است؛ به این معنا که بانک مرکزی حق سهامدار مؤثر برای دریافت سود قابل تقسیم را به تعویق بیندازد؛ یعنی سهامدار مورد نظر با وجود این که مستحق سود است؛ برای مثال به مدت پنج سال نتواند آنرا از شرکت مطالبه کند؛ حتی اگر مجمع عمومی عادی یا هیأت مدیره شرکت پرداخت سود به این سهامدار را تصویب کرده باشد. صورت دوم اعمال محدودیت بر حق دریافت سود، سلب جزئی این حق است؛ یعنی بانک مرکزی تصویب کند سهامدار مؤثر به دریافت نیمی از سودی که بر اساس صورت‌های مالی و تصمیم مجمع عمومی عادی به او تعلق می‌گیرد، مستحق نیست.

اعمال ممنوعیت نسبت به توزیع سود بین سهامداران مؤثر به معنای محروم کردن سهامدار از حق دریافت سود است، اگر این تصمیم اتخاذ شود به ترتیبی که بانک مرکزی تعیین می‌کند سهامدار مؤثر از سود محروم و حق او نسبت به سود زایل می‌شود. اعمال ممنوعیت نسبت به توزیع سود موجب سقوط تعهد شرکت سهامی به پرداخت سهم سهامدار مؤثر در سود قابل تقسیم است.

در اعمال ضمانت اجرای مورد بحث بانک مرکزی باید حکم قسمت اخیر ماده ۹۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت را لحاظ کند به این معنا که اعمال ممنوعیت نسبت به پرداخت سود به سهامدار مؤثر نباید سبب تخلف از حکم قسمت اخیر ماده ۹۰ لایحه قانونی فوق شود، ده درصد سود قابل تقسیم باید در هر سال مالی بین صاحبان سهام توزیع شود، به استناد تخلفات صورت گرفته محروم کردن سهامداران مؤثر از این مبلغ مجاز نیست.

بانک مرکزی افزون بر اعمال محدودیت یا ممنوعیت نسبت به توزیع سود، می‌تواند توزیع اندوخته‌ها بین سهامداران مؤثر را محدود یا ممنوع کند. برای شناخت ضمانت اجرای اخیر باید اقسام و ماهیت اندوخته‌ها بر اساس مقررات لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مورد بررسی قرار گیرند.

طبق ظاهر ماده ۲۳۹ لایحه قانونی فوق اندوخته در شرکت‌های سهامی دو قسم است؛ اندوخته قانونی و اندوخته اختیاری. اندوخته قانونی در قانون تجارت به موجب مواد ۵۷ و ۱۱۳ «سرمایه احتیاطی» نامیده شده است. بر اساس قانون بین اندوخته قانونی و اختیاری تفاوتها و مشابهت‌های متعددی وجود دارد؛ مهم‌ترین وجه شباهت این دو در محل تامین آنهاست؛ هر دو از درآمد شرکت، کسر و تشکیل می‌شوند.

تفاوت‌های اندوخته قانونی و اندوخته اختیاری موارد زیر است:

الف- تشکیل اندوخته قانونی در شرکت‌های سهامی طبق ماده ۱۴۰ لایحه قانونی فوق تکلیف هیأت مدیره شرکت سهامی است، حتی اگر مجمع عمومی صاحبان سهام هیأت مدیره را از ایجاد این اندوخته منع کند یا در اساسنامه شرکت شرطی مقرر شود که به موجب آن هیأت مدیره از ایجاد اندوخته قانونی منع گردد، تکلیف بر عهده هیأت مدیره طبق قانون باقی می‌ماند و ملزم به رعایت حکم قانون است.

ایجاد اندوخته اختیاری تکلیف قانونی هیأت مدیره نیست، تصمیم‌گیری راجع به تشکیل این اندوخته طبق ماده ۲۴۰ لایحه قانونی فوق در صلاحیت مجمع عمومی عادی است، اگر این مجمع تشکیل اندوخته اختیاری را تصویب نکند هیأت مدیره مجاز به ایجاد آن نیست اگر تشکیل

اندوخته اختیاری توسط مجمع عمومی عادی تصویب شود هیأت مدیره مکلف است، تصمیم را اجرا کند.

ب- مبلغی که باید هر سال از سود خالص شرکت به اندوخته قانونی اختصاص یابد و حداکثر مبلغ اندوخته قانونی در ماده ۱۴۰ لایحه قانونی فوق مورد حکم قرار گرفته است. این ماده بیان کننده قاعده عمومی است، برخی شرکت‌های سهامی از جمله بانک‌ها در این خصوص تابع حکم خاص هستند. تعیین مبلغی که به عنوان اندوخته اختیاری از سود خالص کسر می‌شود در صلاحیت مجمع عمومی عادی صاحبان سهام است قانون در این خصوص حداکثر یا حداقلی بیان نکرده است.

ج- طبق ماده ۹۰ لایحه قانونی فوق اندوخته اختیاری بر اساس تصمیم مجمع عمومی عادی نقداً بین صاحبان سهام قابل تقسیم است. اندوخته قانونی تا قبل از انحلال شرکت سهامی بین سهامداران قابل توزیع نیست.

د- اندوخته قانونی طبق تبصره ۲ ماده ۱۵۸ لایحه قانونی فوق قابل انتقال به سرمایه شرکت سهامی نیست. اندوخته اختیاری با تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت سهامی ممکن است به سرمایه شرکت منتقل گردد و به سهامداران شرکت سهام جدید اختصاص یابد.

با وجود این که در بند ۱ ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه، عبارت اندوخته‌ها به طور مطلق استفاده شده است با توجه به نکات فوق مقصود از عبارت «اندوخته‌ها» در بند فوق اندوخته اختیاری است، اندوخته قانونی، بین صاحبان به حکم قانون قابل توزیع نیست، در نتیجه اعمال محدودیت یا ممنوعیت نسبت به توزیع آن توسط بانک مرکزی میسر نیست.

طبق بند ۳ ماده ۱۵۸ لایحه قانونی فوق سود و اندوخته اختیاری به سرمایه شرکت سهامی قابل انتقال هستند؛ با انتقال اندوخته اختیاری و سود به سرمایه، صاحبان سهام به جای دریافت وجه نقد، سهام جدید شرکت را پذیره نویسی و تملک می‌کنند. به موجب بند ۱ ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه بانک مرکزی مجاز شده که نسبت به توزیع سود یا اندوخته‌ها محدودیت یا ممنوعیت اعمال کند، راجع به حکم فوق پرسش قابل طرح این است که آیا بانک مرکزی می‌تواند انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه و اختصاص سهام جدید در ازای آنها به

سهامداران مؤثر را هم منع کند؟ یا صرفاً توزیع نقدی اقلام فوق را می‌تواند ممنوع یا محدود سازد؟

اگر در ارائه پاسخ به ظاهر الفاظ قانون پایبند باشیم به‌ویژه با توجه به عبارت «توزیع»، باید اختیار بانک مرکزی را به ممنوع یا محدود کردن توزیع نقدی سود یا اندوخته اختیاری بین سهامداران مؤثر محدود کنیم، این بانک بر اساس تعبیر فوق نمی‌تواند برای تنبیه صاحبان سهام مؤثر مجمع عمومی فوق‌العاده از تصویب انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه شرکت سهامی منع کند.

چنانچه با رویکرد تقویت اثر ضمانت اجرای مورد بحث در صدد تفسیر بند ۱ ماده ۱۴ قانون فوق برآییم، بهتر است اختیار ممنوع یا محدود کردن انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه شرکت سهامی برای بانک مرکزی به رسمیت شناخته شود؛ زیرا تفسیر لفظی بند ۱ ماده ۱۴ قانون مورد بحث امکان فرار از محدودیت یا ممنوعیت مقرر توسط بانک مرکزی و بی‌اثر کردن ضمانت اجرا را برای سهامداران مؤثر فراهم می‌کند.

چنانچه مجمع عمومی فوق‌العاده با وجود ممنوعیت یا محدودیت مقرر توسط بانک مرکزی انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه را تصویب کند، تصمیم مجمع عمومی باطل است. اگر بر خلاف ممنوعیت یا محدودیت مقرر توسط بانک مرکزی هیأت مدیره شرکت سهامی سود قابل تقسیم یا اندوخته اختیاری بین سهامداران مؤثر تقسیم کند، اقدام هیأت مدیره خلاف قانون و بی‌اثر است، سهامدار مؤثر باید آنچه را که ستانده است به شرکت برگرداند.

### ب- سلب حق رأی سهامدار مؤثر به‌طور موقت:

اصولاً سهامدار بابت هر سهم یک حق رأی دارد و با حضور در مجامع عمومی می‌تواند از طریق آرای خود در اداره شرکت سهامی مشارکت کند. قانون در مواردی حق رأی برخی صاحبان سهام را سلب کرده است با لحاظ مقررات لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت معلوم می‌شود، به دو علت قانون بعضاً از برخی سهامداران حق رأی را سلب کرده است. در مواردی سلب شدن حق رأی به دلیل تخلف سهامدار از انجام تعهد یا تکلیفی در برابر شرکت است و بعضاً

به دلیل ذینفع بودن سهامدار در تصمیم که قرار است مجمع عمومی اتخاذ کند. (پاسبان، ۱۳۹۵: ۱۷۷).

لایحه قانونی فوق به دادگاه یا سایر مراجع رسمی اختیار سلب حق رأی اعطا نکرده است. بند ۱ ماده ۱۴ قانون برنامه پنجم توسعه از این حیث حاوی حکمی بدیع است که به موجب آن یک مرجع رسمی غیرقضایی مجاز به سلب حق رأی سهامدار به‌طور موقت شده است. بانک مرکزی نمی‌تواند حق رأی سهامدار را به‌طور دائمی سلب کند. با پایان مدتی که برای زوال حق رأی مقرر است، این حق خود به خود به سهامدار اعاده می‌شود و اتخاذ تصمیم جدید توسط بانک مرکزی لازم نیست.

با توجه به ظاهر بند ۱ ماده ۱۴ قانون فوق بانک مرکزی نمی‌تواند حق حضور سهامدار در مجمع عمومی را سلب کند، سلب حق رأی به‌طور موقت سبب زوال حق حضور در مجمع عمومی نمی‌شود.

با سلب حق رأی سهامدار مؤثر به‌طور موقت، حق این سهامدار در خصوص درخواست دعوت مجمع عمومی از هیأت مدیره یا بازرس شرکت سهامی به استناد ماده ۹۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت یا حق دعوت مجمع عمومی به‌طور مستقیم از او سلب نمی‌شود.

سهامدار مؤثر می‌تواند سهامی را که بانک مرکزی حق رأی آنها را به‌طور موقت سلب کرده است به دیگری انتقال دهد، در این صورت انتقال گیرنده تا پایان مهلت مقرر توسط بانک مرکزی در مجامع عمومی شرکت سهامی حق رأی نخواهد داشت.

چنانچه خریدار سهام هنگام انعقاد عقد به این حق رأی سهام مورد معامله توسط بانک مرکزی سلب شده است جاهل باشد، بر اساس ملاک ماده ۵۳ قانون مدنی می‌تواند عقد را فسخ کند.

اگر سهامدار مؤثر که حق رأی او سلب شده است بدون توجه به تصمیم بانک مرکزی در مجمع عمومی رأی دهد و با رأی موافق او اکثریت لازم برای اتخاذ تصمیم مورد نظر حاصل شود، تصمیم مجمع عمومی باطل است.

نظر به این که بانک مرکزی نمی‌تواند جهت اعمال ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه، حق حضور سهامدار در مجمع عمومی را سلب کند، سهام سهامدار مؤثر که حق رأی او سلب شده است در صورت حضور در مجمع عمومی برای احراز نصاب رسمیت جلسه جزء سهام شرکت حساب خواهد شد؛ برای مثال اگر سهامدار مؤثر مالک صد هزار سهم باشد و بانک مرکزی حق رأی او را به مدت پنج سال سلب کند با وجود این سهامدار مورد نظر در مجمع عمومی حضور یابد، صد هزار سهم این سهامدار برای احراز حصول نصاب رسمیت جلسه جزء سهام شرکت حساب خواهد شد.

انحلال شرکت سهامی سبب زوال شخصیت حقوقی آن نمی‌شود، در دوره تصفیه شرکت سهامی حق رأی صاحبان سهام محفوظ است به این دلیل طبق ماده ۲۱۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت در طول مدت تصفیه شرکت سهامی باید مجمع عمومی عادی هر سال تشکیل شود و سهامداران در این مجمع حق رأی دارند، اگر قبل از انقضای مدتی که برای زوال حق رأی سهامدار مؤثر توسط بانک مرکزی تعیین شده است، شرکت سهامی منحل شود، تصمیم بانک مرکزی تا پایان مهلت مقرر معتبر است؛ مگر این که عملیات تصفیه شرکت قبل از پایان مهلت مقرر برای زوال حق رأی توسط بانک مرکزی پایان یابد.

### ج- سلب حق تقدم خرید سهام جدید از سهامدار مؤثر:

طبق ماده ۱۶۶ لایحه قانونی فوق صاحبان سهام شرکت برای خرید سهام جدید به نسبت سهمی که مالک هستند، حق تقدم دارند، حق تقدم از حقوق مالی است، سهامدار می‌تواند آنرا در مهلت تعیین شده استفاده کند یا به دیگری انتقال دهد، انتقال گیرنده حق تقدم ممکن است از صاحبان سهام یا اشخاص خارج از سهامداران باشد، انتقال حق تقدم ممکن است با عقد معوض یا مجانی به عمل آید.

حق تقدم خرید سهام جدید طبق ماده ۱۶۷ لایحه قانونی قابل سلب است. در مواردی به حکم قانون صاحبان سهام برای خرید سهام جدید حق تقدم ندارند، علاوه بر مجمع عمومی فوق‌العاده بعضاً به مراجع خارج از شرکت صلاحیت سلب حق تقدم صاحبان سهام در خرید سهام

جدید اعطا شده است؛ بنابراین سلب حق تقدم را بر اساس منشأ آن به اقسام زیر می‌توان تقسیم کرد:

الف- سلب حق تقدم به حکم قانون

ب- سلب حق تقدم توسط مراجع خارج از شرکت

ج- سلب حق تقدم توسط مجمع عمومی فوق‌العاده

سلب حق تقدم به حکم قانون دو صورت دارد؛ گاهی قانون به‌طور صریح حکم به سلب حق تقدم داده است، گاهی به صورت ضمنی از قانون سلب حق تقدم قابل استنباط است. به‌طور کلی در موارد زیر قانون حق تقدم صاحبان سهام را سلب کرده است:

۱- طبق ماده ۶۳ لایحه قانونی فوق در مورد مواد ۶۱ و ۶۲ حق رجحان سهامداران شرکت در خرید سهام قابل تعویض با اوراق قرضه خود به خود منتفی خواهد بود. براساس این ماده هر گاه شرکت اوراق قرضه قابل تعویض به سهام صادر کند، سهامداران شرکت در خرید سهام جدید که به منظور تعویض با اوراق قرضه صادر شده‌اند، حق تقدم نخواهند داشت؛ سهام جدید باید به دارندگان اوراق قرضه قابل تعویض که مایل به تعویض اوراق قرضه با سهام هستند اختصاص یابد.

۲- طبق ماده ۷۱ لایحه قانونی فوق: «در مورد اوراق قرضه قابل تبدیل به سهم، مجمع عمومی فوق‌العاده باید بنا به پیشنهاد هیأت مدیره و گزارش خاص بازرسان شرکت تصمیم بگیرد و همچنین مواد ۶۳ و ۶۴ در مورد اوراق قرضه قابل تبدیل به سهم باید رعایت شود.»

۳- طبق ماده ۲۸۲ لایحه قانونی فوق هرگاه شرکت سهامی خاص بخواهد به منظور تبدیل شدن به شرکت سهامی عام، سرمایه ثبت شده خود را افزایش دهد، باید سهام جدید صادر و به عموم عرضه کند، در این فرض افزایش سرمایه از طریق بالابردن مبلغ اسمی سهام یا افزایش سرمایه از طریق فروش سهام جدید به سهامداران ممنوع است. برای این که شرکت بتواند سهام جدید را به عموم عرضه کند باید قانون حق تقدم خرید سهام جدید را از صاحبان سهام سلب کند، بنابراین تصریح قانونگذار به این که سهام جدید باید به عموم عرضه شود، به طور ضمنی حاکی از سلب حق تقدم صاحبان سهام است.

۴- در فرضی که تصویب شده است مبلغ اسمی سهام جدید از طریق تبدیل مطالبات نقدی حال شده اشخاص از شرکت به سهام جدید تادیه گردد، صاحبان سهام برای خرید سهام جدید حق تقدم ندارند، قانون به طور صریح در این مورد به زوال حق تقدم حکم نداده است؛ نظر به این که در لایحه قانونی فوق به لزوم تصویب سلب حق تقدم از سهامداران در این فرض توسط مجمع عمومی فوق العاده تصریح نشده است، ضمناً از قانون سلب حق تقدم صاحبان سهام قابل استنباط است.

شرایط سلب حق تقدم خرید سهام جدید توسط مجمع عمومی فوق العاده در مواد ۱۶۷ و ۱۶۸ لایحه قانونی فوق مورد حکم قرار گرفته است. مجمع عمومی فوق العاده که افزایش سرمایه ثبت شده شرکت از طریق صدور سهام جدید را تصویب می کند، با پیشنهاد هیأت مدیره شرکت سهامی می تواند حق تقدم خرید سهام جدید را از صاحبان سهام سلب کند، گزارش هیأت مدیره در خصوص پیشنهاد سلب حق تقدم باید قبل از جلسه مجمع عمومی در اختیار بازرس شرکت قرار گیرد، نظری که بازرس درباره گزارش و پیشنهاد هیأت مدیره ارائه می دهد باید حاکی از تایید عوامل و جهاتی باشد که در پیشنهاد هیأت مدیره درج شده اند. قبل از تصمیم گیری درباره سلب حق تقدم گزارش بازرس و پیشنهاد هیأت مدیره باید در جلسه مجمع عمومی قرائت شوند؛ عدم رعایت شرط اخیر سبب بطلان تصمیم مجمع عمومی فوق العاده در خصوص سلب حق تقدم است.

یکی از شرایط خاص سلب حق تقدم خرید سهام جدید از صاحبان سهام توسط مجمع عمومی فوق العاده آن است که در گزارش هیأت مدیره باید مشخصات شخص یا اشخاص معینی که قرار است بعد از سلب حق تقدم سهام جدید به آنها انتقال یابند، قید گردد؛ بنابراین سلب حق تقدم توسط مجمع عمومی فوق العاده با هدف فروش سهام به عموم مجاز و معتبر نیست.

لایحه قانونی فوق به مرجع ثبت شرکتها یا دادگاه صلاحیت سلب حق تقدم خرید سهام جدید اعطا نکرده است. حکم ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه از موارد نادر اعطای صلاحیت سلب حق تقدم به مرجعی خارج از ارکان شرکت سهامی است.

تفاوت‌های مختلفی بین سلب حق تقدم توسط مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان با سلب حق تقدم توسط بانک مرکزی وجود دارد که برخی از تفاوت‌های مهم به شرح زیر هستند:

۱- بانک مرکزی (هیأت انتظامی بانک‌ها) فقط حق تقدم سهامداران مؤثر را می‌تواند سلب کند، مجمع عمومی فوق‌العاده با چنین محدودیتی مواجه نیست و با رعایت قانون می‌تواند حق تقدم سهامدار مؤثر و غیرمؤثر را سلب کند.

۲- بانک مرکزی به عنوان کیفر انتظامی و با هدف نظارت بر عملکرد بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری به سلب حق تقدم سهامداران مؤثر مبادرت می‌کند، مجمع عمومی فوق‌العاده به‌طور معمول با اهداف اقتصادی و جذب سهامدار جدید حق تقدم سهامداران را سلب می‌کند.

۳- هرگاه مجمع عمومی فوق‌العاده بخواهد حق تقدم برخی سهامداران را سلب کند باید شخص یا اشخاص معینی که سهام جدید بعد از سلب حق تقدم قرار است به آنها اختصاص یابند، در مصوبه مجمع عمومی قید شوند. سلب حق تقدم توسط این مجمع عمومی برای عرضه سهام جدید به عموم یا سلب حق تقدم بدون تصویب فروش سهام جدید به اشخاص معین توسط مجمع عمومی فوق‌العاده امکان‌پذیر نیست. منتها بانک مرکزی با هدف اعمال مجازات انتظامی بدون تعیین شخص یا اشخاص معینی برای تخصیص سهام جدید به آنها، حق تقدم سهامداران مؤثر را سلب می‌کند، بانک مرکزی نمی‌تواند مقرر کند بعد از سلب حق تقدم سهامداران مؤثر آن بخش از سهام جدید که این سهامداران برای خرید آن حق تقدم دارند به سایر صاحبان یا شخص یا اشخاص معینی خارج از شرکت عرضه گردد؛ دلیل اصلی این دیدگاه آن است که قانون فقط به منظور برخورد با تخلف وقوع یافته بانک مرکزی را صالح به سلب حق تقدم سهامداران مؤثر دانسته است، این نهاد نمی‌تواند بعد از سلب حق و اعمال مکافات، برای شخص یا اشخاص معین دیگر حقی تاسیس کند، ایجاد حق برای دیگران جهت اعمال مجازات انتظامی به منظور مقابله با تخلفات ضرورت ندارد و در خصوص حدود اختیار بانک مرکزی باید به آنچه قانون تصریح کرده است اکتفا کرد. بعد از سلب شدن حق تقدم سهامدار مؤثر با تصمیم هیأت انتظامی بانکها، تصمیم‌گیری راجع به نحوه فروش سهام موضوع حق تقدم این سهامدار، در صلاحیت هیأت مدیره شرکت است.

حق تقدم خرید سهام جدید قابل انتقال است، انتقال این حق ممکن است با قرارداد معوض یا مجانی صورت گیرد، انتقال گیرنده حق ممکن است از سهامداران شرکت یا خارج از صاحبان سهام باشد. قطعاً بعد از سلب شدن حق تقدم با تصمیم قطعی هیأت انتظامی بانکها سهامدار مؤثر نمی‌تواند آنرا انتقال دهد؛ زیرا حقی که بتواند موضوع قرارداد ناقل واقع شود، باقی نمانده است؛ بنابراین اگر بعد از قطعی شدن تصمیم هیأت، قراردادی اعم از مجانی یا معوض برای انتقال حق تقدم سهامدار مؤثر منعقد گردد، عقد به دلیل نداشتن موضوع باطل است.

دشواری زمانی حادث می‌شود که سهامدار مؤثر بعد از وقوع تخلف و آگاه شدن از این که در آینده نزدیک با تصمیم هیأت انتظامی بانکها حق تقدم او برای خرید سهام جدید سلب خواهد شد به انتقال حق تقدم با انعقاد عقد معوض یا مجانی اقدام کند، در این فرض به جهت این که قرارداد قبل از سلب شدن حق تقدم منعقد شده است نمی‌توان قرارداد را باطل دانست، با وجود این پرسش قابل طرح این است که آیا راهی برای مقابله با رفتار سهامدار مؤثر وجود دارد تا او نتواند با انتقال حق تقدم عملاً مرجع صلاحیت‌دار برای اعمال ضمانت اجرا را در انجام مأموریت خود ناکام سازد؟

چنانچه سهامدار مؤثر با علم به این که تخلف مستوجب مجازات انتظامی سلب حق تقدم خرید سهام جدید توسط بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری وقوع یافته است، به منظور فرار از مکافات به انتقال حق تقدم خرید سهام جدید اقدام کند و انتقال گیرنده هم به انگیزه نامشروع سهامدار مؤثر عالم باشد به استناد ماده ۲۱۷ قانون مدنی که قرارداد با جهت نامشروع مصرح را باطل می‌داند، قرارداد انتقال باطل است و هیأت انتظامی بانکها بدون توجه به عقد می‌تواند حکم به سلب حق تقدم دهد، منتها اگر سهامدار مؤثر بدون علم به وقوع تخلف به انتقال حق تقدم مبادرت کند یا به وقوع تخلف عالم باشد، منتها بدون علم و اطلاع خریدار از انگیزه نامشروع سهامدار مؤثر، قرارداد انتقال حق تقدم منعقد شود، عقد نافذ است و هیأت انتظامی بانکها نمی‌تواند حکم به سلب حق تقدم دهد.

اگر مجمع عمومی فوق‌العاده به استناد ماده ۱۶۷ لایحه قانونی فوق با رعایت شرایط قانونی قبل از هیأت انتظامی بانکها حق تقدم سهامدار مؤثر را به نفع برخی صاحبان سهام شرکت یا

شخص یا اشخاص معین خارج از شرکت سلب کند، هیأت انتظامی نمی‌تواند حکم به سلب حق تقدم سهامدار مؤثر صادر کند؛ حق قبل از اتخاذ تصمیم توسط هیأت با تصمیم مرجع صلاحیت‌دار دیگر سلب شده است و وجود خارجی ندارد.

### اشخاص مشمول ضمانت اجرا

بر اساس بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه، ضمانت اجرای مقرر در این بند نسبت به سهامداران مؤثر بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری قابل اعمال هستند؛ به این ترتیب سهامداران غیر مؤثر مشمول ضمانت اجرای مورد بحث قرار نمی‌گیرند. سهامدار مؤثر در تبصره ۲ ماده فوق تعریف شده است. طبق این تبصره: «سهامدار مؤثر سهامداری است که یک یا چند عضو هیأت مدیره را انتخاب می‌کند و یا به تشخیص بانک مرکزی در انتخاب عضو هیأت مدیره نقش دارد.»

قانونگذار اشخاصی را مشمول مکافات تخلف شرکت دانسته که یک یا چند عضو هیأت مدیره را انتخاب کرده یا به تشخیص بانک مرکزی در انتخاب شدن عضو یا اعضای هیأت مدیره ایفای نقش کرده است.

تخلفات بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری از مقررات و نظامات حاکم بر بازار پول عملاً توسط مدیران شرکت واقع می‌شوند، شخص حقوقی به دلیل نداشتن اراده، مستقلاً نمی‌تواند مرتکب تخلف یا جرم شود، اعضای هیأت مدیره توسط صاحبان سهام انتخاب می‌شوند، با ارائه تعریف فوق برای سهامدار مؤثر، قانون سهامدارانی را که اعضای هیأت مدیره را انتخاب یا در انتخاب آنها نقش داشته‌اند، مسئول تخلفاتی دانسته که توسط اعضای منتخب هیأت مدیره وقوع یافته‌اند، قانونگذار فرض کرده که اعضای متخلف هیأت مدیره تحت تاثیر سهامداران مؤثر در انتخاب آنها، به ارتکاب تخلفات مبادرت کرده‌اند، با توجه به ظاهر قانون اثبات خلاف این فرض ممکن و واجد اثر نیست، در نتیجه سهامدار مؤثر نمی‌تواند با اثبات این که هیچ نقشی در تحریک و ترغیب عضو متخلف هیأت مدیره به ارتکاب تخلف نداشته است خود را از مسئولیت مقرر معاف سازد.

با توجه به حکم فوق تعداد سهام یا تعداد آرای سهامدار در مجامع عمومی لزوماً به این معنا نیست که شخص مورد نظر سهامدار مؤثر است. ممکن است سهامدار مالک مثلاً شصت درصد سهام شرکت باشد، منتها در انتخاب هیچ یک از اعضای هیأت مدیره شرکت سهامی در یک دوره معین نقش ایفا نکند، بر عکس ممکن است در یک شرکت سهامی عام برای مثال پنج سهامدار که مالک جمعاً ده درصد سهام هستند، همه اعضای هیأت مدیره را انتخاب کنند و سهامداران مؤثر شرکت شناخته شوند. روش انتخاب اعضای هیأت مدیره در شرکتهای سهامی این اتفاق را امکان‌پذیر می‌کند، انتخاب اعضای هیأت مدیره شرکت سهامی بعد از ثبت شدن شرکت تا انحلال آن در صلاحیت مجمع عمومی عادی است، طبق ماده ۸۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مجمع عمومی عادی با اکثریت نسبی اعضای هیأت مدیره را انتخاب می‌کند و در انتخاب اعضای هیأت مدیره باید تعداد آرای هر سهامدار در تعداد مدیرانی که قرار است انتخاب شوند ضرب گردد؛ تعداد آرای هر سهامدار برابر با حاصل ضرب است. مجمع عمومی عادی طبق ماده ۸۷ لایحه قانونی فوق در دعوت نخست با حضور دارندگان بیش از نصف سهامی که حق رأی دارند رسمی می‌شود، در دعوت دوم این مجمع با حضور هر عده از سهامداران رسمیت پیدا می‌کند؛ در دعوت دوم مجمع عمومی عادی باید اقلای سه سهامدار در جلسه حضور یابند؛ منتها تعداد سهام حاضران جلسه واجد اثر نیست، به این ترتیب ممکن است در دعوت دوم مجمع عمومی عادی از بین مثلاً هزار سهامدار شرکت فقط پنج نفر حاضر شوند که مالک جمعاً ده درصد سهام شرکت هستند و جلسه با حضور آنها رسمی گردد، اگر این مجمع برای انتخاب اعضای هیأت مدیره دعوت شده باشد، پنج سهامدار حاضر در جلسه می‌توانند برای عضویت در هیأت مدیره کاندیدا شوند هر سهامدار با تکیه بر آرای خود عضو هیأت مدیره می‌شود، به این ترتیب فقط پنج سهامدار حاضر در جلسه مجمع عمومی عادی سهامدار مؤثر هستند با وجود این که مجموع سهام آنها ده درصد کل سهام شرکت است.

با توجه به نکته فوق صفت مؤثر وصف ثابت برای یک سهامدار نیست، هر بار که اعضای هیأت مدیره انتخاب می‌شوند باید با لحاظ نتایج رأی‌گیری مشخص شود که کدام یک از صاحبان سهام در انتخاب یک یا چند عضو هیأت مدیره مؤثر بوده‌اند. ممکن است سهامداری که در

انتخاب قبلی اعضای هیأت مدیره وصف مؤثر به خود گرفته است در انتخاب جدید واجد این وصف شناخته نشود.

با توجه به ظاهر تبصره ۲ ماده فوق برای این که شخص سهامدار مؤثر شناخته شود باید به صورت واقعی در انتخاب یک یا چند عضو هیأت مدیره نقش داشته باشد، صرف داشتن آرای لازم برای تاثیرگذاری بر انتخابات کافی نیست؛ مثلا اگر شخصی که هفتاد درصد آرای سهام شرکت به او تعلق دارد در جلسه مجمع عمومی عادی که به منظور انتخاب اعضای هیأت مدیره تشکیل شده است اصلا حاضر نشود یا حاضر گردد و رأی ندهد، به هیچ وجه نمی‌توان او را سهامدار مؤثر قلمداد کرد.

در تبصره فوق سهامداران مؤثر به دو گروه تقسیم شده اند:

الف- سهامدارانی که یک یا چند عضو هیأت مدیره را انتخاب کرده‌اند.

ب- سهامدارانی که به تشخیص بانک مرکزی در انتخاب عضو هیأت مدیره نقش داشته‌اند.

در فرض نخست سهامدار با دلالت سوابق و اسناد موجود واقعا با دادن آرای خود به یک یا چند کاندیدا آنها را به عضویت هیأت مدیره درآورده است. در فرض دوم به هر دلیل سهامدار مورد نظر به تنهایی شخصی را به عنوان عضو وارد هیأت مدیره نکرده منتها با تشخیص بانک مرکزی در انتخاب شدن عضوی نقش داشته است، نقشی که سهامدار در این فرض ایفا کرده ممکن است از طریق رأی دادن حاصل شود یا اقدامات دیگر مثل تبلیغ برای یک کاندیدا یا مذاکره با سایر سهامداران جهت جلب موافقت آنها به دادن آرای خود به کاندیدای خاص و غیره.

اگر سهامدار مؤثر قبل از صدور حکم محکومیت توسط هیأت انتظامی بانکها سهام خود را به شخص دیگری انتقال دهد، هیأت نمی‌تواند انتقال گیرنده را به مجازات‌های انتظامی مقرر محکوم کند؛ زیرا انتقال گیرنده در انتخاب عضو هیأت مدیره دخالت نکرده است؛ با انتقال سهام توسط سهامدار مؤثر عملا ضمانت اجراهای مقرر در بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ نسبت به انتقال دهنده هم قابل اعمال نیستند؛ در نتیجه با انتقال سهام سهامدار مؤثر می‌تواند حکم قانون را بی‌اثر کند.

اگر بعد از وقوع تخلف، سمت عضو هیأت مدیره به هر سبب از قبیل استعفا، عزل یا حتی فوت زایل شود، سهامدار مؤثر از مجازات انتظامی معاف نخواهد شد.

## مرجع صلاحیت‌دار برای اعمال ضمانت اجرا و آیین رسیدگی

طبق تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مرجع صالح برای رسیدگی به تخلفات بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری و اعمال ضمانت اجرای‌های مقرر هیأت انتظامی بانکها است. هیأت انتظامی بانکها در ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور مورد حکم قرار گرفته، طبق این ماده اعضای هیأت عبارتند از: دادستان کل کشور، یک نفر از اعضای شورای پول و اعتبار به انتخاب شورا و یک نفر از اعضای شورای عالی بانکها بر اساس بند پنجم لایحه قانونی اصلاح قانون پولی و بانکی کشور دبیر کل بانک سمت دادستان هیأت را عهده دارد شده است.

قانون تخلفات مستوجب هر یک از ضمانت‌اجراهای موضوع بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ را بیان نکرده است. مطابق قسمت الف ماده فوق مقررات تفصیلی راجع به ترتیب اعمال هر یک از ضمانت‌اجراهای مقرر، در دستور العمل شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.

به موجب تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور: «ترتیب رسیدگی و تشخیص تخلفات و تعیین هر یک از مجازات‌های انتظامی برای تخلفات و ترتیب درخواست تجدید نظر و طرز رسیدگی مجدد و اجرای تصمیمات هیأت رسیدگی و شورای پول و اعتبار مطابق آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به تصویب شورای پول و اعتبار خواهد رسید.»

عدم نظارت مؤثر بر بازار پول موجب آشفتگی، عدم شفافیت و در نهایت ناکارایی بازار پول است. بانک مرکزی ناظر رسمی این بازار است؛ از اهداف اصلی تشکیل بانک مرکزی نظارت فراگیر بر بازار و کشف و تعقیب تخلفات و سزادهی متخلفان بازار است. فصل چهارم قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ به بیان مقررات کیفری و انتظامی اختصاص یافته است. به موجب ماده ۴۲ قانون فوق برخی اعمال در بازار پول جرم انگاری شده است، رسیدگی به این اتهامات و تعیین مجازات آنها در صلاحیت مراجع قضایی است طبق تبصره ماده ۴۲: «تعقیب کیفری در موارد فوق منوط به شکایت بانک مرکزی است.»

ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی قاعده‌ای وضع کرده که به موجب آن تخلف از سایر مقررات قانون پولی و بانکی کشور و آیین‌نامه‌های این قانون و دستورات بانک مرکزی که بر اساس قانون و آیین‌نامه‌ها صادر می‌شوند موجب مجازات انتظامی است.

در ماده ۴۴ قانون فوق سه مجازات انتظامی برای تخلفات مقرر شده که عبارتند از:

- ۱- تذکر کتبی به مدیران یا متصدیان متخلف
- ۲- پرداخت مبلغی روزانه حداکثر تا دویست هزار ریال برای ایام تخلف
- ۳- ممنوع ساختن بانک یا مؤسسه اعتباری غیربانکی از انجام بعضی امور بانکی به‌طور موقت یا دائم

بحرانهایی که در اثر ورشکستگی مؤسسه‌های مالی و اعتباری به‌وجود آمد، سبب شد در قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه توجه بیشتری به لزوم نظارت فراگیر و مؤثر به بازار پول معطوف گردد، در مواد مختلف بخش سوم این قانون که «نظام پولی و بانکی و تامین منابع مالی» نامگذاری شده، توجه قانونگذار به تقویت نقش نظارتی بانک مرکزی و تعیین مجازات‌های انتظامی بازدارنده تر برای تخلفات بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری مشهود است.

قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه به بیان مجازات‌های انتظامی جدید برای تخلفات بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری اختصاص یافته و در واقع مکمل ماده ۴۴ قانون

پولی و بانکی کشور است. برای تعیین برخی مجازات‌های انتظامی جدید قانونگذار حقوق مالی و غیرمالی ناشی از سهام را هدف قرار داده است. با هدف وضع حکمی عادلانه و تعیین مجازاتی مؤثر و بازدارنده، هیأت انتظامی بانکها مجاز شده است در صورت تخلف بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری از قانون، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های مرتبط یا دستورات بانک مرکزی حق رأی سهامداران مؤثر را به صورت موقت سلب کند یا محدودیت یا ممنوعیت بر توزیع سود و اندوخته بین سهامداران مؤثر مقرر کند یا حق تقدم سهامداران مؤثر برای خرید سهام جدید را سلب کند. این مجازات‌های انتظامی بر سهامدار مؤثر اعمال می‌شوند در حالی که تخلف منتسب به شخص حقوقی بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری است، ظاهراً در تعیین این مجازات‌های انتظامی قانونگذار از اصل شخصی بودن جرم و مجازات تخطی کرده است. دلیل این رویکرد اعتباری بودن شخصیت حقوقی بانک و مؤسسه مالی و اعتباری است، تصمیمات این اشخاص حقوقی مثل سایر اشخاص حقوقی توسط مقامات صلاحیت‌دار به موجب قانون یا اساسنامه اتخاذ می‌شوند؛ بنابراین در نهایت تخلف به‌طور واقعی توسط یک شخص حقیقی وقوع یافته و مجازا به شخص حقوقی نسبت داده شده است.

در ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه برای تعیین شخصی که باید مجازات‌های انتظامی فوق را تحمل کند از عبارت سهامدار مؤثر استفاده شده است. سهامدار مؤثر لزوماً سهامدار عمده نیست، این عنوان با لحاظ نقش و تأثیری که یک سهامدار در انتخاب اعضای هیأت مدیره شرکت در هر بار انتخاب دارد به سهامدار اعطا می‌شود. سهامدار مؤثر سهامداری است که یک یا چند عضو هیأت مدیره را انتخاب کرده یا در انتخاب اعضای هیأت مدیره نقش داشته است. این سهامدار ممکن است شخص حقیقی یا حقوقی باشد؛ قانونگذار فرض کرده که سهامداران مؤثر سبب تخلفاتی هستند که اعضای هیأت مدیره بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری مرتکب شده‌اند، سبب در اینجا اقوی از مباشر قلمداد شده است. حکم بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه، گام جدیدی است در استفاده از نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی برای توسعه و تقویت نقش نظارتی بانک مرکزی بر بازار پول. خرق حجاب شخصیت حقوقی صورت‌های مختلفی دارد، در حقوق بانکی با توجه به ضرورت جلوگیری از سوء استفاده

منابع بانکی این نظریه کاربرد شایع دارد، قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه کاربرد جدید از این نظریه را معرفی کرده است که می‌توان به آن «خرق حجاب تنبیهی» نام نهاد.

عبور از شخصیت حقوقی بانک و مؤسسه مالی و اعتباری برای اعمال مجازات انتظامی بر سهامدار مؤثر و فراگیر و عمیق تر کردن نظارت بر بازار پول اقدامی شایسته و قایل تایید است، بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه شروعی است برای استفاده متفاوت از نظریه خرق حجاب شخصیت حقوقی؛ منتها این اقدام در صورتی مؤثر واقع خواهد شد که شرایط و نتایج اعمال آن به تفصیل در قانون مورد حکم قرار گیرد، عدم توجه به شرایط و نتایج اعمال مجازات انتظامی بر سهامداران مؤثر شرکت متخلف، راه فرار از عقوبت را بر متخلف واقعی باز خواهد گذاشت و ممکن است منجر به تحمیل کیفر بر ناکرده بزه شود. در بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، موضوعات مختلفی که باید درباره آنها صریحا حکم وضع می‌شود، مغفول مانده‌اند. سکوت در باره این موارد راه فرار از قانون را برای متخلفان باز گذاشته است؛ برای مثال یکی از مجازات‌های انتظامی قابل اعمال بر سهامدار مؤثر متخلف محدود یا ممنوع کردن پرداخت سود یا اندوخته اختیاری به او توسط شرکت است، در تعیین این مجازات به همه احکام مقرر برای سود و اندوخته اختیاری در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت توجه نشده است؛ برای مثال طبق بند ۳ ماده ۱۵۸ لایحه قانونی فوق فوق سود و اندوخته اختیاری به سرمایه شرکت سهامی قابل انتقال هستند؛ با انتقال اندوخته اختیاری و سود به سرمایه، صاحبان سهام به جای دریافت وجه نقد، سهام جدید شرکت را پذیره نویسی و تملک می‌کنند. راجع به حکم فوق پرسش قابل طرح این است که آیا بانک مرکزی می‌تواند انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه و اختصاص سهام جدید در ازای آنها به سهامداران مؤثر را هم منع کند؟ یا صرفا توزیع نقدی اقلام فوق را می‌تواند ممنوع یا محدود سازد؟

اگر در ارائه پاسخ به ظاهر الفاظ قانون پایبند باشیم به‌ویژه با توجه به عبارت «توزیع»، باید اختیار بانک مرکزی را به ممنوع یا محدود کردن توزیع نقدی سود یا اندوخته اختیاری بین سهامداران مؤثر محدود کنیم، این بانک بر اساس تعبیر فوق نمی‌تواند برای تنبیه صاحبان سهام

مؤثر مجمع عمومی فوق‌العاده از تصویب انتقال سود یا اندوخته اختیاری به سرمایه شرکت سهامی منع کند، با این تفسیر سهامداران مؤثر می‌توانند حتی بعد از تصویب محدودیت پرداخت سود یا اندوخته اختیاری به آنها توسط هیأت انتظامی بانکها، سود قابل تقسیم یا اندوخته اختیاری را به سرمایه شرکت منتقل کنند و به جای آن سهم جدید بگیرند و با این اقدام رأی هیأت فوق را بی‌اثر کنند.

سلب حق تقدم، مجازات انتظامی دیگری است که بر سهامدار مؤثر بانکها و مؤسسات مالی متخلف قابل اعمال است. حق تقدم خرید سهام جدید قابل انتقال است، اگر سهامدار مؤثر بعد از علم به وقوع تخلف و قبل از سلب شدن حق تقدم توسط مرجع صلاحیت‌دار، حق تقدم را به دیگری انتقال دهد به جهت این که قرارداد قبل از سلب شدن حق تقدم منعقد شده است، نمی‌توان قرارداد را در فرضی که انتقال گیرنده به انگیزه انتقال دهنده عالم نیست، باطل دانست، قانون راهی برای مقابله با این حيله مقرر نکرده است.

مجازات‌های انتظامی طبق قانون فوق نسبت به سهامدار مؤثر قابل اعمال است، قانونگذار تعریف روشنی برای سهامدار مؤثر ارائه نکرده است در تشخیص سهامدار مؤثر اختلاف نظر حادث خواهد شد، افزون بر این اگر سهامدار مؤثر مالکیت سهام را بعد از وقوع تخلف و قبل از صدور حکم توسط هیأت انتظامی به غیر انتقال دهد ضمانت اجراهای مقرر در بند ۱ قسمت الف ماده ۱۴ نسبت به انتقال دهنده قابل اعمال نیستند؛ با انتقال سهام سهامدار مؤثر می‌تواند حکم قانون را بی‌اثر کند.

## منابع و مآخذ:

### الف - منابع فارسی:

#### کتاب

۱. السان، مصطفی، (۱۳۸۹)، حقوق بانکی، سمت، چاپ اول.
۲. پاسبان، محمدرضا، (۱۳۹۴)، حقوق شرکتهای تجاری، سمت، چاپ دوازدهم.
۳. سلطانی، محمد، (۱۳۹۵)، حقوق بانکی، نشر میزان، چاپ دوم.
۴. عابدی فیروز جانی، ابراهیم، (۱۳۹۷)، نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکتها؛ نظریه عمومی وابستگی شرکتهای تجاری، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۵. طوسی، عباس، (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق شرکتها، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چاپ اول.

#### مقالات

۶. ایرانپور، فرهاد، (۱۳۸۰)، «تعیین قانون حاکم بر تقسیم سود در شرکت سهامی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳.
۷. امینی، منصور و واحدی، سیمین، (۱۳۹۸)، «محدودیت مسئولیت سهامداران و خرق حجاب شرکتها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۷.
۸. باقری، محمود و شوشی نسب، نفیسه، (۱۳۹۰)، «محدودیت تملک سهام بانکها در ایران»، مجله پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۱.
۹. رضاییزاده، محمد جواد، نیکو نهاد، حامد و آئینه نگینی، حسین، (۱۳۹۲)، «معضل انتخاب رئیس بانک مرکزی در نظام حقوق اساسی ایران؛ سرگذشت و چشم انداز»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶.
۱۰. کاشانی، محمود، (۱۳۸۴)، «نارساییهای حقوقی بانکداری در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲.
۱۱. طباطبایی نژاد، محمد، (۱۳۹۴)، «کاستیهای نظام ورشکستگی بانکها در ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱.
۱۲. محبی، محسن و رضایی، یاسر، (۱۳۹۲)، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بینالملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت»، مجله حقوقی بینالمللی، سال ۲۹، شماره ۴۷.

# Comprehensive monitoring the money market by piercing the corporate veil: limiting or depriving effective shareholder rights

Majid Ghorbani Lachevani<sup>1</sup>

Jamshid Ghorbani Lachevan<sup>2</sup>

Zahra Ghorbani Lachevan<sup>3</sup>

## Abstract

The central bank is the official supervisor of the money market. Effective monitoring requires the observer to use efficient tools.

The Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran Act with the aim of strengthening the supervisory role of the Central Bank and providing full and comprehensive supervision by this Bank on monetary, banking and credit institutions and regularizing unorganized monetary markets to promote transparency and market health has made it possible for the Central Bank to impose certain sanctions on violating banks and financial and credit institutions. Pursuant to paragraph 1 (a) of Article 14 of the above Act, the Banks' Disciplinary Board can restrict shareholders from certain financial and non-financial rights arising from their share or deprive the use of these rights by them in order to deal with violations by banks and financial and credit institutions. The above authority may temporarily prohibit the effective shareholders of the offending banks and financial and credit institutions from voting in the general meetings of the company, or prohibit or limit the distribution of dividends or

---

1. Department of Oil and Gas Law, Tehran Faculty of Petroleum, Petroleum University of Technology, (Email: majidghorbani589@gmail.com)

2. Department of Private Law, Kharazmi University, (Email: jamshidghorbani1980@gmail.com)

3. Department of private law, Azad Islamic University of Karaj, (Email: z.ghorbani141@gmail.com)

optional reserves among these shareholders, or deprive them of the preemptive right to purchase new shares. In paragraph 1 (a) of Article 14 of the Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development Act, by piercing the corporate veil of the bank and credit institution, the legislator has considered the effective shareholder of the company punishable by law for violating these institutions. The theory of piercing the corporate veil has widely used in banking law. The Act of the Sixth Five-Year Development Plan has unveiled a new application of this theory in banking law, which can be called "punitive piercing the corporate veil".

**Keywords:** *Keywords: Central Bank, Preemptive right to purchase new shares, Piercing of the corporate veil, Effective shareholder, The Sixth Five-Year Plan for Economic, Social and Cultural Development of the Islamic Republic of Iran Act.*

# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

- ۱.السان مصطفی، حقوق بانکی، سمت، چاپ اول، زمستان ۸۹
- ۲.پاسبان محمدرضا، حقوق شرکتهای تجاری، سمت، چاپ دوازدهم، زمستان ۱۳
۳. سلطانی محمد، حقوق بانکی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵
۴. عابدی فیروز جانی ابراهیم، نظام حقوقی حاکم بر گروه شرکت ها؛ نظریه عمومی وابستگی شرکتهای تجاری، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۷
۵. طوسی عباس، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت ها، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳
۶. ایرانپور فرهاد، تعیین قانون حاکم بر تقسیم سود در شرکت سهامی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳، پائیز ۸۰
۷. امینی منصور و واحدی سیمین، محدودیت مسئولیت سهامداران و خرق حجاب شرکت ها، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۷، تابستان ۹۸
۸. باقری محمود و شوشی نسب نفیسه، محدودیت تملک سهام بانک ها در ایران، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۱، تابستان ۹۰
۹. رضایی زاده محمد جواد، نیکو نهاد حامد، آئینه نگینی حسین، معضل انتخاب رئیس بانک مرکزی در نظام حقوق اساسی ایران؛ سرگذشت و چشم انداز، فصل نامه دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶، زمستان ۹۲
۱۰. کاشانی محمود، نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲
۱۱. محمد طباطبایی نژاد، کاستی های نظام ورشکستگی بانک ها در ایران، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۱، بهار ۹۴
۱۲. محبی محسن و رضایی یاسر، صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین الملل در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت، مجله حقوقی بین المللی، سال ۲۹، شماره ۴۷، ۱۳۹۲

کد مقاله

LAW-2102-1051 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق تجارت ۲. حقوق بانکی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. حق تقدم خرید سهام جدید
۲. خرق حجاب شخصیت حقوقی
۳. سهامدار مؤثر

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. محدود کردن یا منع توزیع سود و اندوخته ها
۲. سلب حق رای سهامدار
۳. سلب حق تقدم خرید سهام
- جدید از سهامدار مؤثر

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۲. ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور ۳. ماده ۹۲ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۴. ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۵. مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ مواد ۹۰-۲۴-۱۴۰-۱۵۸-۹۵-۱۶۶-۲۱۷-۲۸۲-۷۱-۸۸-۸۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۶. ماده ۵۳ قانون مدنی

# وضعیت حقوقی انتقال اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی؛ مطالعه تطبیقی نظام

## حقوقی ایران، امریکا و اسناد حقوقی بین‌المللی

(نوع مقاله: علمی - ترویجی)

محمدجواد معنوی عطار<sup>۱</sup>

### چکیده

اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی از سریع‌ترین و مطمئن‌ترین ابزارهای پرداخت بین‌المللی به شمار می‌آیند. آنچه که بیش از پیش بر مطلوبیت آنان افزوده، قابلیت انتقال آنان است؛ چراکه افراد درگیر در قراردادهای تجاری بین‌المللی را از پرداخت هزینه‌های مضاعف و صرف اوقات طولانی جهت درخواست افتتاح اعتبار جدید معاف می‌دارد. مکانیزم منحصر به فرد و شرایط انتقال سبب ایجاد آثار حقوقی قابل توجهی شده است که هر قدر آگاهی و شناخت نسبت به این مکانیزم، شرایط و آثار آن بیشتر باشد، امکان بهره‌مندی بهتر از آن نیز افزایش می‌یابد. چنین شناختی در گرو مطالعه همه‌جانبه و بررسی تجربیات موفق سایرین می‌باشد. مقاله پیش رو گامی است در جهت ارائه تصویری جامع از حقوق حاکم بر انتقال اعتبارات اسنادی از طریق تطبیق مقررات موجود در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا به عنوان نظامی پیش‌رو که به جرات می‌توان در مواردی رویکردهای اتخاذ شده را کم نظیر دانست، دو ارگان راهبردی سازمان ملل متحد و اتاق بازرگانی بین‌المللی که مقررات آنان مورد قبول اکثریت کشورهای صنعتی و توسعه یافته می‌باشد و در نهایت نظام حقوقی ایران که می‌تواند سبب ملموس‌تر شدن مطالعه گردد.

**کلیدواژه‌ها:** اعتبارات اسنادی، انتقال، تجاری، تضمینی، یو سی پی ۶۰۰

۱. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی تهران

بی‌تردید باید گفت اعتبارات اسنادی، سهم قابل توجهی از پرداخت‌های بین‌المللی را به خود اختصاص داده‌اند و آنچه که این محبوبیت را افزایش می‌دهد، قابلیت است که به کاربران آن اجازه می‌دهد بدون صرف هزینه و وقت فراوان ناشی از درخواست اعتبار جدید، همان اعتباری را که در دست دارند به دیگری انتقال دهند. با این حال از بررسی پرونده‌های مطرح و مهم در این زمینه<sup>۱</sup> به سرعت درمی‌یابیم که چنانچه قابلیت انتقال اعتبار بدون شناخت و آگاهی لازم صورت پذیرد؛ می‌تواند زیان‌هایی را بار آورد که به راحتی در عرصه بین‌المللی قابل جبران نباشد. ما در این مقاله به دنبال آن هستیم که ببینیم اساساً معنای این قابلیت چیست و چه انواعی دارد و جهت به کار بستن آن باید چه ملزوماتی را رعایت کنیم و چنانچه این الزامات رعایت شود، چه آثاری بر افراد دخیل در این انتقال دارد می‌نشیند. تلاش شده است جهت پاسخ به این سئوالات مطالعه خود را به یک نظام حقوقی و یا یک منطقه خاص جغرافیایی محدود نکنیم و با این هدف که فعالین و علاقه‌مندان حوزه حقوق تجارت بین‌الملل بتوانند بیشترین فایده را ببرند، مطالعه پیش رو در سطح فراملی صورت گرفته است تا با آگاهی از نقاط ضعف و قوت مقررات مختلف، امکان شناخت هر چه بیشتر آن فراهم آید. به همین منظور، در هر قسمت ابتدا کلیات مطالب بیان شده است و سپس موضع دقیق نظام‌های حقوقی مورد مطالعه مطرح و با یکدیگر مقایسه شده است؛ به این نحو که «یو سی سی ۵»<sup>۲</sup> را به عنوان منبع اصلی مطالعه موضع ایالات متحده امریکا در نظر گرفته‌ایم. در میان اسناد حقوقی بین‌المللی، «یو سی سی پی ۶۰۰»<sup>۳</sup> و «آی اس پی ۹۸»<sup>۴</sup> به عنوان دو سند مهم که توسط «اتاق بازرگانی بین‌المللی»<sup>۵</sup> برای تنظیم قواعد اعتبارات

۱. از جمله رجوع کنید به:

Bank Negara Indonesia 1946 v Lariza (Singapore) Pte Ltd [1988] A.C. 583; Jackson v Royal Bank of Scotland [2000] C.L.C. 1457 at [18]; reversed on other grounds [2005] 1 W.L.R. 377.

۲. «5» Uniform Commercial Code, Article که از این پس به اختصار آن را «یو سی سی ۵» می‌نامیم.

3. The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 600

4. International Stand-by Practices 98.

5. International Chamber of Commerce (ICC).

اسنادی تجاری و تضمینی تدوین شده است و «کنوانسیون سازمان ملل راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی»<sup>۱</sup> را مورد بررسی قرار داده‌ایم. در نظام حقوقی ایران نیز علاوه بر قواعد عام که در قوانین موضوعه از قبیل قانون مدنی آمده است، از «مجموعه مقررات ارزی» نیز بهره جسته‌ایم.

## ۱. کلیات

### ۱.۱. مفهوم «انتقال اعتبار اسنادی»

در مقررات مورد مطالعه تعریفی از مفهوم انتقال اعتبار دیده نمی‌شود. با این حال می‌توان از جمیع نظرات حقوقدانان (Goode, 1995:1021; Benjamin, 2014: Chapter 23. Section 20. Sub-) (section (a). 2014. No 287; Ellinger, 2010: 239). در این زمینه چنین نتیجه گرفت که هنگامی که بانک گشاینده اقدام به صدور اعتبار قابل انتقال می‌کند، ذی‌نفع چنین اعتباری حق دارد حسب شرایط از بانک درخواست انتقال آن را بنماید. این انتقال سبب می‌شود به همان میزان، ذی‌نفع اول از رابطه اعتبار اسنادی خارج و ذی‌نفع دوم جایگزین او گردد. حال چنانچه این درخواست انتقال مورد قبول بانک قرار گیرد، بانک انتقال دهنده اقدام به صدور «اطلاعیه انتقال»<sup>۲</sup> و تحویل آن به ذی‌نفع دوم می‌کند و چنین اعتباری را «اعتبار انتقال یافته»<sup>۳</sup> و به کل این مکانیزم عمل «انتقال اعتبار»<sup>۴</sup> گویند (Benjamin, Ibid. No 292).

۱. «United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit»

که ما از این پس به اختصار آن را «کنوانسیون» می‌نامیم.

2. Advice of Transfer
3. Transferred Credit
4. Transfer of Credit.

## ۱.۲.۱. تقسیم‌بندی بر اساس میزان انتقال اعتبار اسنادی

## ۱.۲.۱.۱. انتقال کلی

چنانکه در «شرایط انتقال» خواهیم دید، جهت انتقال، اعتبار باید به نحو «قابل انتقال»<sup>۱</sup> گشایش گردد. با تحقق عمل انتقال، شخص ثالث در جای ذی‌نفع اول قرار می‌گیرد. گاه ممکن است ذی‌نفع اول بنا بر اقتضائات اقتصادی یا حقوقی بخواهد تمام اعتبار را منتقل نماید، مانند حالتی که وی نماینده و وکیل فروشنده اصلی می‌باشد. در چنین حالتی ذی‌نفع اول صرفاً به عنوان وکیل یا حق‌العمل کار ذی‌نفع دوم کالا را از وی تهیه می‌کند تا به متقاضی بفروشد و در حقیقت هر آن چه که از فروش کالا به دست می‌آورد (اعتبار اسنادی و حقوق مندرج و متعلق آن) را باید به تهیه‌کننده و فروشنده اصلی که همان موکل (ذی‌نفع دوم) است بدهد. در این حالت معمولاً کل اعتبار را به ذی‌نفع دوم منتقل می‌کند (Benjamin, Ibid. No 287).

## ۱.۲.۱.۲. انتقال جزئی

در اکثر موارد ذی‌نفع اول به عنوان اصیل عمل کرده و برای خود کالا را تهیه و خریداری می‌کند و مجدداً با قیمت بیش‌تری به متقاضی خود می‌فروشد. در این حالت غالباً قسمتی از اعتبار را به ذی‌نفع دوم منتقل می‌کند و الباقی اعتبار را به عنوان سود خود از معامله نگاه می‌دارد. همچنین گاه به این علت که ذی‌نفع اول اعتبار، کالای مورد معامله را از چند عرضه‌کننده اصلی تهیه نموده است مجبور است قسمتی از کل مبلغ اعتبار را به هرکدام از این عرضه‌کننده‌ها منتقل نماید که در این حالات، انتقال جزئی اعتبار رخ می‌دهد.

1. Transferable.

از آنجایی که در مقررات مورد مطالعه پیش‌بینی و منع خاصی برای انتقال کلی اعتبار نشده است، می‌توان گفت با رعایت شرایط انتقال، اصولاً چنین انتقالی برای اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی مجاز است.

با توضیحاتی که در قسمت انتقال جزئی داده شد آشکار می‌گردد چنین انتقالی زمانی رخ می‌دهد که معامله پایه آن بیع است و غایت نهایی از گشایش چنین اعتباری، پرداخت ثمن است. لذا از آنجایی که سود ناشی از معامله دوم و یا فرض وجود عرضه‌کنندگان مختلف کالا در اعتبار اسنادی تضمینی، به علت کارکرد و هدف متفاوت آنان، قابل تصور نیست، بر خلاف کلیه مقررات، «آی اس پی ۹۸» در شماره (۲) از بند (ب) ماده ۰۲-۶ بیان می‌دارد: «اعتبار به نحو جزئی قابل انتقال نیست...».

«کنوانسیون» حکم صریحی در این باره ندارد و صرفاً در ماده ۹ خود بند (۱) بیان داشته است که ذی‌نفع اول تنها تا حدی که در تعهدنامه اجازه داده شده است می‌تواند انتقال اعتبار را صورت دهد. بنابراین جواز یا عدم جواز انتقال جزئی حکمی است که باید در اعتبارنامه بدان تصریح شود و حدود آن تعیین گردد.

«یو سی سی ۵»<sup>۱</sup> نیز همین رویه را دارد و صرفاً در ماده ۱۰۸-۵ بیان می‌دارد که بانک می‌تواند شروطی را معین کند که در صورت عدم رعایت آن به انتقال ترتیب اثر داده نمی‌شود. بنابراین بانک می‌تواند انتقال جزئی را محدود یا ممنوع کند.

بند (د) ماده ۳۸ «مقررات یو سی سی ۶۰۰» به این مسئله پرداخته است. بند (د) ماده ۳۸ چنین بیان می‌دارد که: «اعتبار می‌تواند به طور جزئی به بیش از یک ذی‌نفع ثانوی انتقال یابد، مشروط بر این که برداشت‌های جزئی یا ارسال محموله به طور جزئی، مجاز باشد.» با توجه به این که مطابق بند (الف) ماده ۳۱ همین مقررات اصل بر جواز ارسال جزئی و برداشت جزئی مبلغ اعتبار

1. Uniform Commercial Code (UCC).

می‌باشد، قاعدتاً می‌توان گفت به موجب «مقررات یو سی پی ۶۰۰»، اصولاً انتقال جزئی اعتبار صحیح و پذیرفتنی است (بنا نیاسری، ۱۳۹۵: ۷۱۲). بند (الف) ماده ۳۱ چنین بیان می‌دارد که: «حمل به دفعات یا برداشت به دفعات از اعتبار مجاز است.»

در نظام حقوقی ایران علاوه بر مواد قانون مدنی که احکام معاملات را به طور عام بیان می‌کند، مقررات ارزی نیز وجود دارد. به موجب «قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱» و همچنین «قانون واگذاری معاملات ارزی»، بانک مرکزی مکلف به حفظ موازنه پرداخت‌ها و کنترل و نظارت ارزی کشور است (محبی، ۱۳۶۲: ۶۹). بانک مرکزی برای اعمال این نظارت و تکلیف قانونی ناگزیر از صدور بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها می‌باشد. باید دانست که بانک‌ها هنگام گشایش اعتبار اسنادی که نوعی ابزار پرداخت ارزی است، ملزم به رعایت این مقررات و ضوابط هستند (پیشین، ۷۰).

مقررات ارزی از جمله مقررات آمره و مرتبط با نظم عمومی می‌باشد. بنابراین هر اعتبار اسنادی که بر خلاف مقررات مزبور گشایش شده باشد، فاقد اعتبار قانونی است. بخش اول «مجموعه مقررات ارزی» ایران، اختصاص به «واردات کالا و خدمات» دارد. قسمت (الف) این بخش که موسوم به «واردات کالا از طریق گشایش اعتبار اسنادی» می‌باشد در شماره (۸) خود، تحت عنوان «شروط مورد قبول درخواست‌های متقاضیان - اعم از هنگام گشایش اعتبار اسنادی یا اصلاحات»، چنین مقرر نموده است که: «شرایط اعتبار اسنادی با توجه به درخواست متقاضی، ملاحظات بانک گشایش‌کننده و مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی اتاق بازرگانی بین‌المللی (یو سی پی ۶۰۰) تعیین می‌گردد.»

بنابراین می‌توان در باب موضع ایران چنین بیان داشت که چه در این مورد چه سایر مواردی که در ادامه مقاله بدان برخورد خواهیم کرد، موضع نظام حقوقی ایران همان است که در «یو سی پی ۶۰۰» بیان می‌شود مگر مقررات خاصی در این زمینه پیش‌بینی شده باشد که حسب مورد بیان خواهیم داشت. نتیجه آن که در نظام حقوقی ایران نیز انتقال جزئی اعتبار اصولاً صحیح است.

## ۱.۲.۲. تقسیم بندی بر اساس منشأ انتقال اعتبار اسنادی

### ۱.۲.۲.۱. انتقال ارادی

هنگامی که «انتقال اعتبار» از طریق عمل حقوقی صورت می‌گیرد و قصد انشاء ذی‌نفع سبب ایجاد و برقراری آثار آن می‌شود، انتقال اعتبار، ارادی می‌باشد. به این نحو که ذی‌نفع «اعتبار قابل انتقال» درخواست خود را به «بانک انتقال‌دهنده»<sup>۱</sup> می‌دهد و این بانک اقدام به صدور اعتبار جدید می‌نماید. لذا می‌توان گفت مادامی که قصد و اراده ذی‌نفع و بانک نمی‌بود، عمل انتقال هم صورت نمی‌گرفت. واضح است که در این حالت بدون اراده بانک انتقالی رخ نمی‌دهد و بانک هم پس از گشایش اعتبار اصلی حق انتقال جزئاً یا کلاً آن را به دیگری ندارد؛ مگر با اراده ذی‌نفع اول. موضوعیت داشتن حداقل این دو اراده برای انتقال است که آن را از شق دیگر انتقال، یعنی انتقال قانونی، جدا می‌کند.

### ۱.۲.۲.۲. انتقال قانونی

در «انتقال قانونی اعتبار»<sup>۲</sup> نه اراده ذی‌نفع وجود دارد و نه به رضایت و اعلام اراده بانک نیازی هست. به عبارت دیگر هیچ یک از شرایطی که برای انتقال ارادی اعتبار ضروری است، در این انتقال نیاز نیست. انتقال قانونی شامل کلیه مواردی است که اعتبار بنا به حکم مستقیم قانون یا غیرمستقیم (رای مقام قضایی بر مبنای قانون)، به دیگری منتقل می‌شود. این موارد شامل فوت ذی‌نفع اعتبار، ادغام یا ترکیب شرکت ذی‌نفع با شرکت دیگر و امثالهم می‌باشد.

---

1. Transferring Bank.  
2. Transfer by operation of law

### ۱.۲.۲.۳. موضع مقررات مورد مطالعه

در میان مقررات مورد مطالعه صرفاً «یو سی سی ۵» و «آی اس پی ۹۸» به موضوع انتقال قانونی پرداخته‌اند. ماده ۱۱۳-۵ «یو سی سی ۵» تحت‌عنوان «انتقال قانونی اعتبار» مقرر می‌کند: «الف) قائم مقام قانونی ذی‌نفع اعتبار می‌تواند به نام ذی‌نفع اعتبار و بی‌آن‌که نیاز باشد افشاء نماید به عنوان قائم مقام قانونی عمل می‌کند، با اصلاح اعتبار موافقت کند، اسناد را امضا و ارائه دهد، و وجه اعتبار یا اوراق بهاداری که تسلیم آن موضوع تعهد گشاینده است را دریافت دارد...».

مواد «۱۱-۶ الی ۱۴-۶ آی اس پی ۹۸» به انتقال قانونی اعتبار پرداخته است. ماده ۱۱-۶ در مقام بیان مفهوم انتقال قانونی اعتبار بیان می‌دارد: «در جایی که یک وارث، قائم مقام شخص، مدیر تصفیه، شرکت جانشین یا شخص مشابهی که مدعی می‌باشند به موجب قانون، قائم‌مقام حقوق ذی‌نفع گشته‌اند، اسنادی را به نام خودشان ارائه دهند، چندان که گویا منتقل‌الیه مجاز از سوی ذی‌نفع می‌باشند، این قواعد در خصوص انتقال قهری اعتبار اعمال می‌شود.» در ماده ۱۲-۶ نیز آمده است: «شخصی که مدعی قائم مقامی قهری ذی‌نفع اعتبار است، به عنوان منتقل‌الیه مجازی که حق برداشت ذی‌نفع را به طور کامل دارا می‌باشد، محسوب خواهد شد...» ماده ۱۴-۶ نیز پرداخت به منتقل‌الیه قانونی را هم چون پرداخت به ذی‌نفع محسوب داشته است.

### ۲. شرایط انتقال اعتبار اسنادی

در ابتدا ذکر این نکته ضروری است که در کلیه مباحث آتی فرض ما بر بیان شرایط انتقال «ارادی» اعتبار است و نه قانونی؛ چنانکه در مقررات مورد مطالعه نیز چنین رویکردی وجود دارد.

## ۲.۱. لزوم گشایش اعتبار اسنادی به نحو «قابل انتقال»

### ۲.۱.۱. مفهوم و مبنا

در باب شرایط انتقال، اولین و اساسی‌ترین شرط در مقررات مختلف آن است که جهت انتقال، گشاینده می‌بایست اعتبار را به‌طور «قابل انتقال»<sup>۱</sup> افتتاح گرداند و به این قید در متن اعتبار تصریح گردد (شیروی، ۱۳۹۸: ۲۶۱).

در توجیه این شرط باید دانست که تعهد بانک «اسناد محور»<sup>۲</sup> است. به این معنا که بانک صرفاً حق و تکلیف دارد اسناد را با متن و ظاهر اعتبار مقایسه کند و در صورت تطبیق، وجه اعتبار را بپردازد. به همین دلیل است که شخصیت ذی‌نفع نیز از جمله مواردی است که معمولاً متقاضیان اعتبار در قرارداد گشایش ذکر می‌کنند و به موجب آن بانک را متعهد می‌کنند که فقط اسناد را، ولو به ظاهر منطبق از شخص خاصی قبول کنند. با این قیود دیگر متقاضی تا حد بسیار زیادی خیالش آسوده می‌گردد که وجه اعتبار (ثمن) نه تنها در قبال اسناد منطبق پرداخت شده، بلکه به همان شخصی پرداخته شده که شخصیت او مورد وثوق وی بوده است و احتمال تقلب از جانب وی کم است. تعهد خطرناک بانک گشاینده مبنی بر پرداخت در ازای اسنادی که به راحتی قابلیت جعل دارند نیز تنها در حالتی که ارائه دهنده آن اسناد مشخص، موثق و محدود باشد تا حدی ایمن می‌گردد. به این معنا که بانک فقط به شخصی که مورد اعتماد است پرداخت خواهد کرد (Ward, and Gerry McCormack, 2001: 5; Dolan, 2000: Para 10-3 [1]). لذا مادامی که به خواست متقاضی و قبول گشاینده اعتبار، اعتبار صریحاً به‌طور «قابل انتقال» گشایش نیافته است، انتقال آن منتفی خواهد بود.<sup>۳</sup>

1. Transferable.
2. Documentary Oriented.

۳. برای دیدن موضع رویه قضایی در این زمینه، از جمله رجوع کنید به:

Singer and Friedlander Ltd V. Creditanstalt Bank Verein, 1980.

## ۲.۱.۲. موضع مقررات مورد مطالعه

در ماده ۱۱۲-۵، بند (الف) «یو سی سی ۵» می‌خوانیم: «... مگر این که اعتبارنامه تصریح نموده باشد که قابل انتقال است، حق ذی‌نفع به برداشت وجه اعتبار یا حق ذی‌نفع دایر به تقاضای اجرای تعهد اعتبار به شکل دیگر، قابل انتقال نمی‌باشد.»

بند (۱) ماده ۹ «کنوانسیون» بیان می‌دارد: «حق ذی‌نفع مبنی بر مطالبه وجه تنها در صورتی که این امر در تعهدنامه اجازه داده شده باشد، و تنها تا حدی و به نحوی که در تعهدنامه اجازه داده شده باشد، می‌تواند انتقال یابد.»

در بند (الف) ماده ۰۲-۶ از «مقررات آی اس پی ۹۸»: «اعتبار قابل انتقال نیست مگر این که در اعتبارنامه به این قابلیت تصریح شده باشد.»

در مقررات «یو سی پی ۶۰۰» نیز کاملاً و صریحاً بر این شرط تاکید شده است. مطابق ماده ۳۸، بند (ب): «از نظر این ماده: اعتبار قابل انتقال عبارت است از اعتباری که صریحاً اعلام می‌دارد «قابل انتقال» می‌باشد...».

در نظام حقوقی ایران گفتیم که مقررات ارزی آمره بوده و امکان شرط خلاف ندارند. با این حال باید دانست که تعیین نوع اعتبار از این حیث که قابل انتقال باشد یا خیر، می‌تواند توسط طرفین (گشاینده اعتبار و متقاضی) تعیین گردد و این امر توسط خود مقررات مجاز دانسته شده است.

در انتها بند (۸) از بخش اول «مجموعه مقررات ارزی» موسوم به «واردات کالا و خدمات» می‌خوانیم: «مشروط به درخواست متقاضی گشایش اعتبار اسنادی و قبول مسئولیت‌های مربوطه و پذیرش آن بانک، درج شروط ذیل در متن اعتبار اسنادی و انجام اصلاحات به شرح زیر بلا مانع می‌باشد...» در بند (۶-۸) همین قسمت از جمله این شروط، شرط «قابل انتقال» بودن اعتبار می‌باشد.

چند نکته از شیوه نگارش این بند قابل استخراج و استنباط است. اولاً؛ اعتبار اسنادی اصولاً غیرقابل انتقال است؛ مگر چنین شرطی ذکر گردد. ثانیاً؛ درخواست و پذیرش مسئولیت‌های چنین شرطی با متقاضی است. ثالثاً؛ بانک گشاینده اعتبار نیز باید موافقت کند وگرنه بدان ترتیب اثر داده نخواهد شد. رابعاً؛ در هر کجا که ابهام یا اجمالی وجود داشته باشد، «یو سی پی ۶۰۰» حاکم خواهد بود. بنابراین ملاحظه می‌گردد که هم به تصریح «مجموعه مقررات ارزی»، جهت انتقال اعتبار، شرط است که اعتبار به طور «قابل انتقال» گشایش یافته باشد و هم از ارجاع و احاله این مقررات به «یو سی پی ۶۰۰» چنین معنا و نتیجه‌ای حاصل خواهد شد.

## ۲.۲. ضرورت اخذ رضایت گشاینده اعتبار اسنادی تجاری (حق وتو)

### ۲.۲.۱. مفهوم و مبنا

مراد از این شرط آن است که گشاینده اعتبار مادامی که رضایت به انتقال نداده است، امکان انتقال اعتبار وجود ندارد هرچند اعتبار را به نحو قابل انتقال صادر کرده باشد. به نوعی بانک در این مرحله دارای «حق وتو» می‌باشد (Ellinger, 1986: 2).

برخلاف شرط قبلی که مورد اجماع بود، حق وتو بانک در این مرحله مورد اختلاف فراوان میان حقوقدانان بوده است. گروهی اساساً وجود چنین شرطی را قابل توجیه برای بانک ندانسته‌اند که ابتدا اعتبار را قابل انتقال صادر کند و سپس اذن انتقال به ذی‌نفع ندهد (Schmitthoff, 1988: 2). در تایید آن نیز گروهی چنین بیان داشته‌اند که امتناع بانک از پذیرش انتقال اعتبار قابل انتقال هیچ سود و نفعی برای وی ندارد و شاید (Ellinger, Ibid). به همین دلیل باشد که گروهی نیز اساساً معتقدند بانک‌ها عملاً از این اختیار استفاده نمی‌کنند (Schmitthoff, 1990: 437).

در مقابل لرد براندون (Godwin, 1990: 5). در پرونده مشهور «لاریزا علیه نجارا بانک اندونزی»<sup>۱</sup> چنین بیان داشته است که در حقیقت هنگامی که ذی‌نفع درخواست انتقال اعتبار قابل انتقال را به

1. Bank Negara Indonesia 1946 v Lariza (Singapore) Pte Ltd [1988] A.C. 583.

بانک می‌دهد شیوه و میزان چنین انتقالی را نیز در درخواست خود بیان می‌دارد و رضایت بانک در این مرحله نیز در حقیقت رضایت به آن شیوه و میزان انتقال است و اساساً چنین رضایتی پیش از این و در مرحله گشایش اعتبار قابل تصور نیست و نمی‌توان آن را مفروض دانست. همچنین بیان شده است که بانک حق دارد ذی‌نفع دوم را بشناسد و سپس رضایت به انتقال دهد (Harfield, 1985: 291). چراکه چنانکه در مباحث بعدی خواهیم دید ذی‌نفع تضمیناتی را در قبال بانک دارد بنابراین منطقی است که متعهدله حق داشته باشد متعهد را خودش انتخاب کند.

در هر حال با توجه به ذات اعتبارات اسنادی می‌توان خلاف آن را در اعتبار شرط کرد و چنین توافق نمود که از قبل بانک رضایت خود را به انتقال نیز بیان دارد. در این حالت رضایت و شرط باید صریح و بدون ابهام باشد (Benjamin, Ibid. No 292).

### ۲.۲.۲. موضوع مقررات مورد مطالعه

بند (الف) ماده ۳۸ «یو سی پی ۶۰۰» بیان می‌دارد: «بانک هیچ‌گونه تعهدی به انتقال اعتبار ندارد مگر به ترتیب و حدودی که صریحاً با آن موافقت کرده باشد.»

بنابراین باید گفت ابتدا باید اعتبار به طور قابل انتقال گشایش یابد و سپس بانک انتقال‌دهنده به درخواست انتقال رضایت دهد (بیکر، و دولان، ترجمه: حمیدی، ۱۳۹۵: ۱۰۸).

بند (ب) ماده ۱۱۲-۵ «یو سی سی ۵» مقرر نموده: «حتی اگر در اعتبارنامه تصریح شده باشد که اعتبار قابل انتقال است، گشاینده می‌تواند از قبول یا اجرای انتقال خودداری کند، مشروط بر این که: (۱) انتقال بر خلاف قانون حاکم بر انتقال باشد، (۲) انتقال‌دهنده یا انتقال‌گیرنده از شروطی که در اعتبارنامه جهت انتقال مقرر شده، یا از سایر شروط مربوط به انتقال که توسط گشاینده تحمیل می‌شود، و در چهارچوب عرف معیار مذکور در بند (ه) ماده ۱۰۸-۵ می‌باشد، یا از سایر جهات در آن اوضاع و احوال متعارف و معقول است، تبعیت نکرده باشد.» ملاحظه می‌گردد مقررات آمریکا، ضمن لازم شمردن آن، حدود و ثغوری را نیز برای آن تعیین کرده است تا بانک

نتواند در هر زمان و به هر بهانه‌ای از پذیرش انتقال اعتبار سر باز زند که در جای خود بسیار جالب توجه و منصفانه بوده و مشابه آن در مقررات دیگر مشاهده نمی‌شود.<sup>۱</sup>

در بند (۲) ماده ۹ «کنوانسیون» آمده است: «چنانچه تعهدنامه تنها به عنوان تعهدنامه قابل انتقال تعیین شده باشد، بدون آن که مشخص سازد آیا موافقت صادر کننده تعهدنامه یا شخص مجاز دیگری برای انتقال واقعی تعهدنامه لازم می‌باشد یا خیر، در این صورت صادر کننده تعهدنامه یا شخص مجاز دیگر ملزم نمی‌باشد که به انتقال ترتیب اثر دهد، مگر در مورد و به نحوی که صادر کننده تعهدنامه یا شخص مجاز دیگر به انتقال اعتبار صریحاً رضایت داده باشد.»

نهایتاً در «مقررات آی اس پی ۹۸» نیز در بند (۳) ماده ۰۲-۶ آمده است که: «اعتبار قابل انتقال نیست؛ مگر این که گشاینده (که شامل تاییدکننده نیز می‌گردد) یا شخص دیگری که مشخصاً در اعتبار معرفی شده است، با انتقال موافقت کرده، و انتقال مورد درخواست ذی‌نفع را به انجام رساند.»

## ۲.۳. رعایت تعداد دفعات مجاز انتقال

### ۲.۳.۱. مفهوم و مبنا

در میان مقررات، «یو سی پی ۶۰۰» در بند(د) ماده ۳۸ بیان می‌دارد: «اعتبار انتقال یافته نمی‌تواند به تقاضای ذی‌نفع دوم به ذی‌نفع‌های بعدی منتقل گردد. ذی‌نفع اول به عنوان ذی‌نفع‌های بعدی تلقی نمی‌گردد.»

گفتیم بر این مبنا که شخصیت ذی‌نفع برای متقاضی و بانک حائز اهمیت فراوان است و بانک تمایل دارد بداند پرداخت را درقبال چه شخصی صورت می‌دهد، رعایت دو شرط قبل برای انتقال، ضروری است (Gustavus, 1997: 68). حال بر همین مبنا «مقررات یو سی پی» چنین بیان

۱. جهت مشاهده رویه قضایی امریکا در این زمینه رجوع کنید به:

Singer and Friedlander Ltd v. Creditanstalt Bank Verein, 1980.

داشته است که حتی اگر اعتبار قابل انتقال افتتاح شود و بانک نیز رضایت به درخواست انتقال دهد، این انتقال در هر حال نباید بیش از یک بار صورت پذیرد و ذی‌نفع دوم حق ندارد مجدداً آن را به دیگری منتقل کند (Benjamin, Ibid. No 294). نتیجه آن که امکان انتقال زنجیره‌ای اعتبار منتفی است.<sup>۱</sup> در غیر این صورت کنترل و نظارت بانک بر ذی‌نفع نهایی اعتبار از بین می‌رود و احتمال تقلب افزایش می‌یابد (Ibid).

در هر حال با توجه به این که اساساً «یو سی پی» تکمیل‌کننده اراده طرفین و غیرآمره است، امکان درج شرط خلاف در اعتبار وجود دارد و همچنین امکان استفاده از «اعتبار اسنادی پشت به پشت»<sup>۲</sup> نیز منتفی نمی‌باشد (Jack, 1993: 31-34; Patullo, 1999:30).

نکته دیگر آن است که «انتقال مجدد»<sup>۳</sup> به این معنا که مجدداً ذی‌نفع دوم تحت شرایط انتقال اعتبار، اعتبار را به ذی‌نفع اول منتقل کند، صحیح دانسته شده است. با توجه به مبنایی که پیش‌تر تفصیل دادیم مشخص می‌گردد که به دلیل این که ذی‌نفع اول مورد تایید گشاینده بوده است و یا حداقل آشنایی و اجمالاً علمی داشته است؛ انتقال مجدد به او با ایراد و مانعی رو به رو نیست.

### ۲.۳.۲. موضع مقررات مورد مطالعه

برخلاف «مقررات یو سی پی» که در قسمت قبل بیان شد، «مقررات یو سی سی ۵ و کنوانسیون» با سکوت از این مطلب گذشته‌اند. می‌توان گفت مقررات در مقام بیان شرایط انتقال، در این باره سکوت کرده‌اند و از آنجایی که «عدم حکم در مقام بیان، حکم به عدم است» لذا این مقررات چنین شرطی را لازم ندانسته‌اند. در «مقررات آی اس پی ۹۸» نیز در ماده ۰۲-۶، بند (یک) صراحتاً آمده است که: «کل اعتبار می‌تواند بیش از یک بار انتقال یابد...».

1. No chain of Transfers.

2. Back-to-Back Credit

3. Re-transfer.

در مقام مقایسه رویکرد متفاوت «یو سی پی» با سایر مجموعه مقررات دو سؤال به ذهن متبادر می‌شود؛ اولاً؛ مبنای حکم سایر مقررات چیست که با سکوت یا تصریح خود قائل به چنین ممنوعیتی نمی‌باشند؟ ثانیاً کدام موضع ارجحیت دارد؟

در پاسخ به پرسش اول باید گفت «اعتبار انتقال یافته» در حقیقت اعتبار جدیدی است که از سوی بانکی که مورد خطاب «درخواست انتقال» واقع شده است، صادر می‌شود. بنابراین در این رابطه جدید باید گفت ذی‌نفع اول همان متقاضی افتتاح این اعتبار است و بانک انتقال دهنده نیز بر این مبنا، گشاینده چنین اعتباری است و ذی‌نفع آن نیز ذی‌نفع اصلی و اول چنین اعتباری خواهد بود. حال باید دانست که شرط تحدید دفعات انتقال برای «اعتبار انتقال یافته» است و نه اعتبار اصلی. زیرا برای انتقال اعتبار اصلی اساساً چنین شرطی محلی برای اجرا پیدا نخواهد کرد ولو این اعتبار (اصلی) به ۱۰ نفر دفعتاً واگذار شود همگی آن‌ها ذی‌نفع دوم خواهند بود و برای هر کدام از آنان به همان نسبت، اعتبار جدیدی افتتاح خواهد شد و اساساً بحثی از ذی‌نفع سوم به میان نخواهد آمد و این گونه انتقال مورد تایید حتی «یو سی پی ۶۰۰» نیز می‌باشد.<sup>۱</sup> بنابراین کلیه مقررات (غیر از یو سی پی) به «اعتبار انتقال یافته» به درستی به دید یک اعتبار اصلی و جدید نگاه کرده‌اند و به دلیل آن که اساساً بحثی از ذی‌نفع سوم به میان نخواهد آمد و همیشه تا ذی‌نفع دوم قابل تصور خواهد بود، اساساً مطلبی که به وجود نمی‌آید را منع نیز نکرده‌اند. چرا که هر نوبت که اعتبار با ۲ شرط اصلی خود (افتتاح به طور قابل انتقال و موافقت بانک به انتقال) بخواهد منتقل شود، بلافاصله پس از حصول شرایط، اعتبار جدیدی افتتاح می‌گردد که از اعتبار اولیه و اصلی خود کاملاً مستقل و مجزا می‌باشد و هیچ‌گاه صحبتی از ذی‌نفع سوم به میان نمی‌آید. بلکه او در حقیقت ذی‌نفع دوم اعتبار جدید می‌باشد که حتی «یو سی پی» نیز آن را مجاز دانسته است ولو این ذی‌نفع دوم بیش از یک شخص باشد.

بنابراین در پاسخ به پرسش دوم نیز می‌توان گفت موضع دسته دوم مقررات مرجح است.

۱. جواز انتقال جزئی اعتبار به موجب عبارت اول بند (د) ماده ۳۸ این مجموعه مقررات بیان شده است.

### ۳. آثار حقوقی «انتقال اعتبار اسنادی»

با انتقال اعتبار، مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف بر اشخاص دخیل در مکانسیم اعتبار اسنادی حادث می‌شود. در این گفتار تلاش شده است این آثار به ترتیب زمانی که حادث می‌شوند مورد بررسی قرار گیرند؛ بدین صورت که با انتقال اعتبار در ابتدا حق برداشت و تضمینات ذی‌نفع اول به ذی‌نفع دوم منتقل می‌شود و پس از ارائه اسناد توسط ذی‌نفع دوم، ذی‌نفع اول تحت شرایطی حق می‌یابد اسناد را جایگزین کند. انتقال دهنده نیز مکلف به حفظ اطلاعات محرمانه و پرداخت وجه اعتبار است که پس از آن حق مطالبه بازپرداخت را پیدا می‌کند.

#### ۳.۱. وضعیت حقوقی ذی‌نفع دوم

##### ۳.۱.۱. حقوق و تکالیف

به محض گشایش اعتبار برای ذی‌نفع دوم، وی مالک «طلب ناشی از اعتبار»<sup>۱</sup> می‌شود. با این حال مهم‌ترین اثری که انتقال اعتبار بر ذی‌نفع دوم دارد انتقال «حق برداشت»<sup>۲</sup> از ذی‌نفع اول به وی است. حق برداشت عبارت است از حق ذی‌نفع مبنی بر دریافت وجه اعتبار در ازای ارائه منطبق اسناد در زمان و مکان مقرر.

دومین اثر مهم در این زمینه آن است که با انجام ارائه از سوی ذی‌نفع دوم و دریافت وجه اعتبار توسط او، ذی‌نفع بنا به حکم قانون، نه اعتبار اسنادی، «تضمیناتی»<sup>۳</sup> را برعهده می‌گیرد. این تضمینات صرفاً پس از پرداخت وجه اعتبار و در قبال متقاضی و بانک می‌باشد و فقط شامل عیوب پنهانی موجود در اسناد می‌باشد. بدین معنا که ذی‌نفع تضمین می‌دهد اسناد ارائه شده عاری از تقلب، جعل و تزویر می‌باشد (در قبال بانک) و ارائه اسناد مطابق است با کلیه شروطی که صریحاً یا تلویحاً در قرارداد پایه آمده است (در قبال متقاضی). این تضمین شامل عیوب ظاهری

1. Proceeds of Credit.  
2. Right of Drawing.  
3. Warranties.

اسناد که کشف آن بر عهده بانک است، نمی‌باشد (جهت مطالعه تفصیلی در باب این تضمینات رجوع کنید به: بناء نیاسری، پیشین، ۵۹۰ به بعد).

### ۳.۱.۲. موضع مقررات مورد مطالعه

بند (الف) ماده ۱۱۲-۵ «یو سی سی ۵» بیان می‌دارد: «مگر این که اعتبار مقرر نماید که اعتبار قابل انتقال است، حق ذی‌نفع دایر به برداشت مبلغ اعتبار... قابل انتقال نمی‌باشد.»

در بند (۱) ماده (۹) «کنوانسیون» آمده است: «حق ذی‌نفع دایر بر مطالبه وجه تنها در صورتی قابل انتقال است که این امر در اعتبارنامه مجاز دانسته شده باشد.»

مشخص است که انتقال حق برداشت تا جایی در مقررات فوق اهمیت دارد که آن را مساوی با انتقال اعتبار دانسته‌اند و در حقیقت شرط انتقال اعتبار (افتتاح به طور قابل انتقال) را همان شرط انتقال حق برداشت دانسته‌اند.

رویکرد مشابهی در مقررات «آی اس پی» دیده می‌شود؛ آنجا که در ماده ۰۱-۶ بیان می‌دارد: «هنگامی که ذی‌نفع درخواست می‌کند از انتقال‌دهنده یا شخص معرفی شده که پرداخت (اعتبار) را در قبال شخص دیگری بپذیرد همان‌طور که در قبال خود او پذیرفته است قواعد انتقال حق برداشت اعمال می‌گردد.»

در «مقررات یو سی پی ۶۰۰» نیز به این اثر به طور تلویحی اشاره شده است. در بند (ی) ماده ۳۸ می‌خوانیم: «ارائه اسناد به وسیله یا از طرف ذی‌نفع دوم باید به بانک انتقال‌دهنده صورت گیرد.» گفتیم که حق برداشت یعنی حق ارائه اسناد و برداشت وجه که در این جا «یو سی پی ۶۰۰» حق ارائه اسناد را به ذی‌نفع دوم داده است که نشان از ابرام این مقررات بر وجود این اثر بر ذی‌نفع دوم می‌باشد.

اما درباره اثر دوم انتقال بر ذی‌نفع دوم که همان انتقال تضمینات است، «مقررات یو سی پی و آی اس پی» پیش‌بینی نداشته‌اند که به‌نظر می‌آید از آنجایی که این دو در صدد بیان عرف‌های

بانکداری هستند، عالمانه ورود بدین موضوع نکرده و عملاً آن را به حقوق داخلی کشورها احاله داده‌اند.

ماده ۱۱۰-۵ «یو سی سی ۵» بیان می‌دارد: «(الف) در صورتی که ارائه اسناد پذیرفته شده و وجه اعتبار پرداخت شود، ذی‌نفع موارد زیر را تضمین می‌کند» که در ادامه اشاره می‌کند در برابر گشاینده تضمین می‌نماید که ارائه اسناد متقلبانه نبوده است و در برابر متقاضی نیز تضمین می‌کند از مفاد قرارداد تخلف نشده است. لذا می‌توان گفت با انتقال اعتبار، تمامی این تضمینات نیز از ذی‌نفع اول به دوم منتقل می‌گردد (حسینی و اسکینی ۱۳۹۳: ۶۰).

بند (۳) ماده ۱۵ «کنوانسیون» بیان می‌دارد: «فرض می‌شود ذی‌نفع با مطالبه وجه گواهی می‌کند که مطالبه با سو نیت به عمل نیامده، و هیچ یک از موارد مذکور در شقوق (الف) و (ب) (ج) بند (۱) ماده ۱۹ وجود ندارد». در نتیجه در «کنوانسیون» نیز این تضمین که مطالبه وجه به دور از هرگونه عیب پنهانی و تقلب و تخلف از قرارداد پایه مطالبه شده است بر ذمه ذی‌نفع قرار داده شده است.

### ۳.۲. وضعیت حقوقی ذی‌نفع اول

به همان میزان که اعتبار منتقل می‌گردد، ذی‌نفع اول حق برداشت را از دست داده و از تضمینات رها می‌گردد. در این میان اما برای او حقی ایجاد می‌گردد مبنی بر جایگزین کردن اسناد ذی‌نفع دوم با اسناد خود که در این بند بدان خواهیم پرداخت.

#### ۳.۲.۱. مفهوم، مبنا و شرایط تحقق «حق جایگزین کردن اسناد»

هنگامیکه اعتبار به نحو جزئی انتقال می‌یابد، در حقیقت بانک اقدام به گشایش اعتبار جدیدی برای ذی‌نفع دوم می‌کند. ذی‌نفع دوم نیز باید مطابق اعتبار جدیدی که به نفع او صادر شده است، اسناد را منطبق با «اعتبار انتقال یافته»<sup>۱</sup> ارائه کند که منطقی‌مبلغ کمتری نسبت به کل اعتبار اصلی

1. Transferred Credit.

را شامل می‌شود و ذی‌نفع دوم نیز منطقی‌اً صورت حساب و احتمالاً براتی به قیمت کمتری صادر می‌کند. حال در این جا اعتقاد حقوقدانان (Benjamin, Ibid. No 302). بر این است که در فرض انتقال جزئی اعتبار و صدور چنین اسنادی از ناحیه ذی‌نفع دوم، ذی‌نفع اول حق دارد اسناد ذی‌نفع دوم را با اسناد خود جایگزین کند تا اسناد جایگزین تحویل متقاضی شود.

علت این است که چنانچه همان اسناد (صورت حساب و برات) ذی‌نفع دوم به دست متقاضی اعتبار برسد او از قیمت اصلی آن کالا و میزان سود ذی‌نفع اول<sup>۱</sup> آگاه می‌شود و همچنین از هویت عرضه‌کننده<sup>۲</sup> اصلی کالا که آن را با قیمت کمتر می‌فروشد نیز با خبر می‌گردد. در نتیجه عاقلانه آن است که رابطه تجاری خود را با ذی‌نفع اول قطع کند و از این پس با ذی‌نفع دوم معامله کند. نتیجه آن که ذی‌نفع اول به شدت از این مسئله متاثر و متضرر خواهد گشت. به همین علت است که جهت جلوگیری از ضرر شدید ذی‌نفع اول «یو سی پی ۶۰۰» در بند (ح) ماده ۳۸ این حق را به وی داده است.

شرط اعمال این حق آن است که ذی‌نفع اول با اولین اعلام بانک انتقال دهنده اقدام به جایگزینی اسناد نماید در غیر این صورت هرگونه تاخیر در این زمینه این حق را به بانک انتقال دهنده می‌دهد تا همان اسناد ابرازی ذی‌نفع دوم را حسب مورد به گشاینده (اگر بانک انتقال دهنده غیر از گشاینده بوده است) یا متقاضی (اگر بانک انتقال دهنده همان گشاینده اعتبار بوده است) تحویل دهد.

لازم به ذکر است که ارائه اسناد توسط ذی‌نفع دوم باید به نحوی صورت پذیرد تا ذی‌نفع اول قبل از انقضای اعتبار اصلی مهلت مناسب برای ارائه اسناد خود به انتقال دهنده را داشته باشد تا در نهایت انتقال دهنده امکان جایگزینی چنین اسنادی را دارا باشد. در غیر این صورت مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود (Gutteridge, 1984: 101).

1. Mark-Up.
2. Identity.

### ۳.۲.۲. قلمرو «حق جایگزین کردن اسناد»

بنا به تصریح بند (ح) ماده ۳۸ «یو سی پی ۶۰۰»، قدر متیقن اسناد موضوع این حق صورت حساب تجاری و برات (اگر وجود داشته باشد) صادره توسط ذی نفع دوم می‌باشد. به نظر می‌رسد با توجه به مبنایی که برای این حق برشمرده‌ایم بتوان قلمرو این حق را نیز تا جایی گسترش داد که کلیه اسنادی که منجر به افشای هویت عرضه کننده اصلی و قیمت اولیه کالا می‌شوند را تحت پوشش قرار دهد. به همین رو گروهی (Benjamin, Ibid. No 305)، معتقدند که این تعهد را باید به هر سندی که محتویات صورت حساب را داراست تعمیم دهیم. مثلاً اگر در اعتبار سندی خواسته شود که ارزش اولیه کالا را بخواهد یا مبدأ ارسال یا تولید آن را بخواهد، کمیسیون بانکداری «آی سی سی»<sup>۱</sup> این حق را برای ذی نفع اول به جایگزین کردن اسناد در نظر گرفته است.

در قسمت انواع انتقال دیدیم که انتقال کلی اعتبار غالباً مربوط به مواردی است که ذی نفع اول به عنوان نماینده ذی نفع دوم عمل می‌کند. لذا در این گونه موارد نمی‌توان در مخفی نگه داشتن هویت عرضه کننده اصلی کالا نفعی برای نماینده قائل بود؛ چرا که قاعدتاً نماینده چیزی جهت مخفی کردن از منوب عنه خود ندارد. همچنین از آنجایی که ذی نفع اول حق الوکاله دریافت می‌دارد و نه سود از اصل تجارت و صرفاً حساب آنچه معامله شده را به ذی نفع دوم پس خواهد داد؛ لذا نفعی برای ذی نفع اول از معامله قابل تصور نیست تا وی را محق در جایگزین کردن اسنادی بدانیم که قیمت اصلی کالا را بیان می‌دارد. بنابراین این از یک سوی محدود به انتقال جزئی اعتبار خواهد بود. از سوی دیگر در تجارت‌هایی مانند نفت و گاز یا فلزات که قیمت آن روزانه اعلام می‌شود نیز چنین نفعی متصور نیست (Schmitthoff, Ibid: p 5).

1. ICC Banking Commission. Opinions of the ICC Banking Commission on Queries Relating to Uniform Customs and Practice for Documentary Credit. 1984-1986. Paris: ICC, 19887, No 434.

### ۳.۲.۳. موضع مقررات مورد مطالعه

از میان مقررات مورد مطالعه تنها بند (ح) ماده ۳۸ «یو سی پی ۶۰۰» بیان می‌دارد: «ذی‌نفع نخست اعتبار حق دارد صورت حساب تجاری و برات صادره خود را (اگر وجود داشته باشد) به مبلغی که زاید بر مبلغ اعتبار نشود، جایگزین صورت حساب تجاری و برات صادره ذی‌نفع دوم نماید؛ و در صورت انجام این جایگزینی، ذی‌نفع نخست می‌تواند مبلغ مابه‌التفاوت (اگر وجود داشته باشد) میان مبلغ مذکور در صورت حساب خود و صورت حساب تجاری ذی‌نفع دوم را از محل اعتبار مطالبه و برداشت کند.»

### ۳.۲.۳. وضعیت حقوقی بانک انتقال دهنده

اولین اثر انتقال اعتبار بر بانک انتقال دهنده این است که در قبال ذی‌نفع دوم متعهد می‌گردد چنانچه ذی‌نفع دوم ارائه منطبق با ملزومات اعتبار داشت، وجه مقرر در اعتبار را به وی پرداخت نماید. غیر از این اثر که بدیهی می‌نماید، بانک هم‌چنین متعهد به حفظ اطلاعات محرمانه ذی‌نفع اول می‌شود و پس از کارسازی وجه اعتبار مستحق دریافت بازپرداخت می‌گردد که به ترتیب در دو شماره بعدی به بررسی آنان پرداخته‌ایم.

### ۳.۳.۱. تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه

#### ۳.۳.۱.۱. مفهوم «تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه»

پس از آن که متقاضی اعتبار درخواست گشایش اعتبار قابل انتقال را برای ذی‌نفع اول می‌دهد و بانک گشاینده با قبول این درخواست اقدام به گشایش اعتبار قابل انتقال می‌کند، ذی‌نفع اول می‌تواند درخواست انتقال اعتبار را به بانک انتقال دهنده تقدیم دارد. چنانچه درخواست اخیر نیز مورد پذیرش بانک قرار گیرد، اقدام به صدور اعتبار جدیدی بنام ذی‌نفع دوم می‌نماید تا وی با رعایت ملزومات اعتبار بتواند وجه اعتبار را دریافت دارد. حد فاصل ارائه اسناد توسط ذی‌نفع دوم تا تحویل اسناد از انتقال دهنده به متقاضی اعتبار، ذی‌نفع اول حق دارد اسناد

خود را با ذی‌نفع دوم جایگزین نماید که در بند قبل بدان پرداختیم. حال رویه قضایی<sup>۱</sup> جهت حفظ این حق، در همین حد فاصل برای بانک انتقال دهنده نیز تعهدی را مبنی بر حفظ اطلاعات محرمانه ذی‌نفع اول در قبال متقاضی اعتبار قائل است.

### ۳.۳.۱.۲. قلمرو «تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه»

در ابتدا باید دانست که موضوع این تعهد شامل افشا نکردن هویت عرضه کننده اصلی و میزان سود ذی‌نفع اول در قبال متقاضی اعتبار می‌باشد. در همین جا ذکر این مسئله ضروری است که باید به هویت عرضه کننده و میزان سود ذی‌نفع اول به عنوان دو عنصر مستقل نگریسته شود. به این معنا که هرگز بانک نمی‌تواند به این بهانه که متقاضی اعتبار از هویت عرضه کننده آگاه بوده است، اقدام به افشای میزان سود ذی‌نفع اول بنماید؛ یا با این تصور که متقاضی اعتبار به علت شناختی که از هویت عرضه کننده اصلی داشته است پس می‌توانسته هر زمان بخواهد قیمت اصلی را هم متوجه شود. لذا چنین نتیجه بگیرد که تعهدی به حفظ میزان سود ذی‌نفع اول ندارد (Benjamin, Ibid. No: 305).

هم‌چنین این تعهد را باید محدود به مواردی دانست که ذی‌نفع اول نماینده ذی‌نفع دوم نیست (انتقال جزئی اعتبار) در غیر این صورت به دلیل آنکه باید عیناً حساب نمایندگی خود را پس دهد دیگر نفعی هم بر محرمانه نگاه داشتن آن به نظر نمی‌آید.

در انتها نیز باید گفت رویه قضایی این تعهد را فقط بر بانک انتقال دهنده تحمیل می‌کند که حسب مورد ممکن است بانک گشاینده و یا بانک معرفی شده جهت انتقال باشد (Hare, 2005: 6). بنابراین چنانچه بانک گشاینده خود اقدام به انتقال اعتبار ننماید، چنین تعهدی را نیز نباید بر او تحمیل نمود چرا که در فرض اخیر ممکن است اساساً گشاینده از تخلف انتقال دهنده مبنی بر

۱. جهت مطالعه مهمترین و تعیین‌کننده‌ترین پرونده در این زمینه: رجوع کنید به:

Jackson v Royal Bank of Scotland [2000] C.L.C. 1457 at [18]; reversed on other grounds [2005] 1 W.L.R. 377.

نقض این تعهد آگاهی نداشته باشد و همان اسنادی را که تحویل گرفته به متقاضی اعتبار برساند. لذا مطمئن‌ترین راه آن است که این تعهد را برای بانکی که اقدام به انتقال می‌نماید، قائل باشیم.

### ۳.۳.۱.۳. ضمانت اجرا «تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه»

شایان ذکر است که مبنای این تعهد همانند حق ذی‌نفع اول به جایگزینی اسناد، جلوگیری از ورود خدشه به روند صحیح معاملات تجاری ذی‌نفع اول با متقاضی اعتبار می‌باشد. نتیجه آن که چنانچه بانک این تعهد را انجام ندهد، مسئول جبران خسارات وارده به ذی‌نفع اول خواهد بود.

معیار مهم در زمینه تحقق خسارت آن است که ذی‌نفع اول باید اثبات نماید حقیقتاً آن چه سبب قطع مراودات تجاری میان ذی‌نفع اول و متقاضی اعتبار گشته است؛ افشای اطلاعات محرمانه توسط بانک انتقال دهنده بوده است، و اگر این تعهد نقض نمی‌شد منافع تجاری به ذی‌نفع اول تعلق می‌گرفت (Benjamin, Ibid).

در پرونده «جکسون علیه رویال بانک اسکاتلند» تقویم خسارات وارده بر ذی‌نفع اول بر اساس میزان معاملاتی که متقاضی اعتبار با سایرین انجام داده است، محاسبه شده است. گرچه ایراداتی شاید به چنین روشی بتوان وارد دانست، اما در تقویم خسارت نیز نباید معاملاتی که خیلی دور از ذهن بوده است که بین متقاضی و ذی‌نفع اول رخ دهد ولو در فرض عدم نقض تعهد بانک، به حساب آید. در این زمینه توجه به سیر عادی امور و رابطه سببیت (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۹۲). نیز می‌تواند بسیار راهگشا باشد؛ بدین نحو که اگر نقض نمی‌بود تا کجا این معاملات ادامه پیدا می‌کرد و تا همان زمان از معاملات مشابه صورت گرفته بین متقاضی و سایرین از جمله ذی‌نفع دوم توجه کنیم و خسارات وارده را محاسبه کنیم.

### ۳.۳.۱.۴. موضع مقررات مورد مطالعه

گرچه این تعهد اصولاً از نظر قضات و رویه قضایی نشئت گرفته و کلیه مقررات در این زمینه سکوت کرده‌اند، با این حال شاید بتوان از خط آخر بند (ت) ماده ۳۸ مقررات «یو سی پی» مینا و منشائی برای این تعهد یافت. در این بند می‌خوانیم: «اگر ذی‌نفع اول که باید صورت حساب و

برات خود را جایگزین صورت حساب و برات ذی‌نفع دوم نماید از انجام این کار با اولین درخواست خودداری کند یا اگر صورت حساب‌های ارائه شده توسط ذی‌نفع اول دارای مغایرت‌هایی باشند که در اسناد ارائه شده توسط ذی‌نفع دوم وجود نداشته باشند و ذی‌نفع اول از اصلاح این مغایرت‌ها با اولین درخواست خودداری نماید، بانک انتقال‌دهنده حق خواهد داشت اسناد رسیده از ذی‌نفع دوم را بدون اینکه مسئولیت بیشتری در مقابل ذی‌نفع اول داشته باشد به بانک گشاینده اعتبار تسلیم نماید.» لذا از مفهوم مخالف آن در می‌یابیم که چنانچه ذی‌نفع اول حق خود مبنی بر جایگزین کردن اسناد را صحیحا و بدون تاخیر اعمال کند، بانک انتقال‌دهنده نیز تعهد دارد در این زمینه در جهت حفظ اطلاعات محرمانه او همکاری لازم را بنماید.

### ۳.۳.۲. حق مطالبه بازپرداخت<sup>۱</sup>

#### ۳.۳.۲.۱. مفهوم، مبنا و شرایط تحقق

در قسمت شرایط انتقال اعتبار دیدیم که اعتبار تنها در صورتی که به صورت قابل انتقال گشایش یابد می‌تواند منتقل گردد و این امر نیز مستلزم توافق متقاضی اعتبار با بانک گشاینده می‌باشد. نتیجه آن که چنانچه بانک گشاینده وجه اعتبار را به منتقل‌الیه اعتبار دهد، مطابق توافق فی مابین خود با متقاضی اعتبار عمل نموده است؛ لذا انتقال اعتبار و پرداخت آن، که حسب نوع اعتبار ممکن است که پرداخت آن حال، مؤجل یا با پرداخت برات یا قبول و پرداخت سر وعده برات صورت گیرد، حق مطالبه بازپرداخت را به بانک گشاینده می‌دهد. حالت دوم حق مطالبه بازپرداخت مخصوص موردی است که بانک انتقال‌دهنده، بانکی غیر از گشاینده اعتبار است که به اذن<sup>۲</sup> گشاینده اقدام به انتقال می‌نماید. در این حالت نیز انتقال و پرداخت اعتبار حق مطالبه بازپرداخت از گشاینده اعتبار را به بانک انتقال‌دهنده می‌دهد.

1. Reimbursement.  
2. Nomination

### ۳.۳.۲.۲. ضمانت اجرای «حق مطالبه بازپرداخت»

در ابتدا باید دانست چنانچه اعتبار غیرقابل رجوع<sup>۱</sup> باشد و به هردلیلی بانک انتقال دهنده نتواند بازپرداخت خود را دریافت دارد امکان رجوع به ذی نفع منتفی است مگر ذی نفع در ارائه اسناد مرتکب «تقلب» شده باشد که در این فرض می توان به علت نقض «تضمینات ذی نفع»<sup>۲</sup>، مسئولیت وی را از دادگاه خواست و در غیر حالت تقلب، فقط می تواند مسئولیت متعهد بازپرداخت را از دادگاه بخواهد.

علاوه بر این تضمینات، می توان برای بانک انتقال دهنده حق وثیقه بر اسنادی که به موجب اعتبار تحویل گرفته است قائل بود. این مورد ارتباط تنگاتنگی دارد با ملزومات و شرایطی که هر نظام حقوقی برای ترهین، توثیق و توقیف اموال در نظر گرفته است.

در نظام حقوقی انگلستان وجود مال مورد وثیقه در ید مرتهن، حدوثاً و بقائاً شرط صحت وثیقه شمرده شده است (بناء نیاسری، پیشین، ۶۳۲). بنابراین بانک انتقال دهنده در حقوق انگلستان، حق وثیقه بر کالا را به صرف وجود اسناد نمی تواند دارا شود و از این ضمانت اجرا محروم خواهد بود.

در نظام حقوقی ایران نیز می دانیم که عقد رهن، یک عقد عینی می باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۴۷). به موجب ماده ۷۷۲ قانون مدنی: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد، داده شود ولی استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست». همچنین باید دانست که در نظام حقوقی ایران مال مورد رهن باید عین معین باشد (همان، ۲۵۱). بنابراین به جهت این که قبض اسناد به منزله قبض کالا نمی باشد (بناء نیاسری، پیشین، ۶۳۴)، پذیرش چنین حقی برای بانک مبنی بر تحصیل حق وثیقه بر کالای موضوع اسناد به دلیل امتناع از بازپرداخت، دشوار است.

1. Irrevocable Letter of Credit
2. Warranties.

در نظام حقوقی ایالات متحده نیز صرفاً اما صراحتاً پذیرفته شده است که «قبض بارنامه دریایی»<sup>۱</sup> به منزله قبض و اقباض خود کالای معرف آن می‌باشد.

### ۳.۳.۲.۳. موضع مقررات مورد مطالعه

شق (یک) از بند (ت) ماده ۱۰۸-۵ «یو سی سی ۵» می‌گوید: «گشاینده‌ای که ... تعهد اعتبار را ایفا کرده است: (یک) حق دارد بازپرداخت وجه اعتبار را حداکثر تا تاریخ پرداخت وجه اعتبار، نقداً بخواهد.»

در مقررات «یو سی سی پی ۶۰۰» نیز در بند (ج) ماده ۷ می‌خوانیم: «بانک گشاینده متعهد می‌شود که در قبال بانک معرفی شده‌ای<sup>۲</sup> که مبلغ اعتبار را می‌پردازد یا اقدام به معامله اعتبار در ازای ارائه اسناد منطبق می‌کند و این اسناد را برای او ارسال می‌کند، بازپرداخت را صورت دهد.»

«کنوانسیون»، در این باره حکم صریح و روشنی ندارد. در هر حال و به موجب ماده ۱۳ این کنوانسیون که حقوق و تکالیف طرفین را بر گرفته از شرایط و قیودی که مورد توافق طرفین بوده است می‌داند، می‌توان گفت متقاضی با انعقاد قرارداد گشایش خود را متعهد کرده است که با پرداخت وجه اعتبار در قبال ارائه منطبق به ذی‌نفع یا منتقل‌الیه وی، بازپرداخت را انجام دهد.

در ماده ۵-۶ مقررات «آی سی پی ۹۸» نیز می‌خوانیم: «انتقال‌دهنده یا شخص معرفی شده‌ای که بر اساس انتقال اعتبار ... وجه اعتبار را پرداخته است، حق دارد مطالبه بازپرداخت را بخواهد چندان که گویا پرداخت را به ذی‌نفع صورت داده است.»



1. Bill of Lading  
2. Nominated Bank.

دیدیم که حسب شرایط تجاری در هر معامله و نوع روابط حقوقی طرفین، گاه ممکن است تمام اعتبار منتقل شود و گاه بخشی از آن انتقال و بخش دیگر در مالکیت ذی‌نفع اول باقی بماند یا به ذی‌نفع‌های دیگری منتقل گردد. همچنین گاه انتقال خارج از اراده و به موجب قانون رخ می‌دهد. اما هنگامی که انتقال به اراده طرفین دخیل در مکانیزم انتقال رخ می‌دهد؛ می‌بایست به این قابلیت در متن اعتبار تصریح شود و بانک گشاینده نیز رضایت خود را اعلام دارد و به دفاعاتی که چنین انتقالی مجاز است در پرتو مقررات حاکم بر آن توجه گردد. با وقوع چنین انتقالی، ذی‌نفع دوم صاحب حق برداشت شده و تضمینات اعتبار بر عهده او قرار می‌گیرد و ذی‌نفع اول نیز بنا بر شرایطی این حق را دارد که برای حفظ منافع تجاری خود برخی اسناد ذی‌نفع دوم را با اسناد خود جایگزین کند تا میزان سود وی و هویت عرضه‌کننده اصلی کالا مخفی بماند. همچنین بانک انتقال‌دهنده در کنار داشتن حق مطالبه بازپرداخت، مکلف است موارد محرمانه را حفظ کند تا از اعتماد مشروع بازرگانان به اعتبارات اسنادی و مکانیزم انتقال آن حمایت شود. روشن است که در اعمال مکانیزم انتقال اعتبارات اسنادی، حقوق و تکالیف بسیاری در هم تنیده است که بدون اطلاع دقیق از شرایط و آثار انتقال در بستر مقررات حاکم در هر مورد، گاه عواقب سنگین مالی متوجه طرفین می‌شود. در انتها شایان توجه است که یکسان‌سازی هرچه بیشتر مقررات حاکم بر انتقال اعتبارات اسنادی بی‌تردید می‌تواند نقش بسزایی در کاهش این خطرات و افزایش رغبت بازرگانان به استفاده از مکانیزم انتقال و درنهایت افزایش امنیت و سرعت مبادلات تجاری بین‌المللی گردد.

## فهرست منابع:

### الف: منابع فارسی:

۱. بنا نیاسری، ماشالله، (۱۳۹۵)، حقوق اعتبارات اسنادی (تجاری و تضمینی)، تهران، شهر دانش.
  ۲. بیکر، والتر و دولان، جان اف، (۱۳۹۵)، راهنمای کاربران اعتبارات اسنادی بر اساس UCP600، فاطمه حمیدی، تهران، انتشارات جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی.
  ۳. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، انتشارات سمت.
  ۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، درس‌های از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی، تهران، نشر گنج دانش.
  ۵. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۸)، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
  ۶. حسینی، سیدمحمدرضا و اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۳)، «بررسی ماهیت حقوقی انتقال اعتبار در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی اتاق بازرگانی بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۵.
- پایان نامه**
۷. محبی، محسن، (۱۳۶۲)، جنبه‌های حقوقی اعتبار اسنادی بانکی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی.

**Books**

8. Benjamin, J.P. (2014), Benjamin's Sale of Goods. 9th Ed. London: Sweet & Maxwell Ltd.

9. Dolan, J.F. (2000), the Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits. Revised edition. A.S. Pratt.

10. Ellinger, E. P. and Dora Neo, (2010), The Law and Practice of Documentary Letters of Credit. London: Hart Publishing.

11. Goode, R.M. Commercial Law. 2<sup>nd</sup> Ed. London: Penguin, 1995.

12. Gutteridge, H.C. and Maurice Megrah, (1984), the Law of Bankers' Commercial Credits. 7<sup>th</sup> Ed. Europa Pubns.

13. Jack, R. (1993), Documentary Credits. 2<sup>nd</sup> Ed, London: Butterworths.

14. ICC Banking Commission. Opinions of the ICC Banking Commission on Queries Relating to Uniform Customs and Practice for Documentary Credit. 1984- 1986, Paris: ICC, 1987.

15. Pattullo, L. (1999), the Transfer of Letters of Credit, Lecturer in Commercial Law. Massey University.

16. Schmitthoff, Clive M. (1990), Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade. 9th Ed. London: Stevens.

**Articles**

17. Ellinger, E.P. (1986), "Transfer of documentary credit", Journal of Business Law.

18. Godwin, W. (1990), "Transferable Letters of Credit – the effect of Lariza", Journal of Business Law.

19. Gustavus, J. (1997), "Letter of Credit Compliance under Revised UCC Articles and UCP 500", Banking Law Journal 55.

20. Hare, C V M. (2005), "Transferable Letters of Credit: Responsibility, Remoteness, and Loss of a Chance", Lloyds' Maritime Commercial and Law Quarterly 3,.

21.Harfield, H. (1985), "Who Does What to Whom? The Letter of Credit Mechanism", Uniform Commercial Code Law Journal 17.

22.Schmitthoff, Clive M. (1988), "The transferable Credit", Journal of Business Law.

23.Ward, A. and Gerry McCormack. (2001),"Assignment and Documentary Credits", Journal of International Banking Law 16.



# The Legal Status of Transfer of Commercial and Stand-by Letters of Credit: A Comparative Study of the Iranian and American Legal Systems and International Legal Documents

MohammadJavad Manavi Attar<sup>1</sup>

## Abstract

Commercial and Stand-by Letter of Credit are two of the fastest and safest international payment instruments. What has made them even more desirable is their negotiability; this is because it exempts people involved in international commercial contracts from paying greater fees and spending long hours applying for a new letter of credit. However, the reason why negotiability has led to greater speed and security of letter of credit is undoubtedly the unique mechanism of transfer and the precise conditions governing it. These advantageous conditions have given birth to desirable consequences in the legal field. Therefore, the greater our awareness and knowledge about this mechanism, and its conditions and effects, the greater would be the benefits that can be derived from it. Such knowledge also depends on a comprehensive study and review of the successful experiences of others. The present article is a step towards providing a comprehensive picture of the rights governing the transfer of letter of credit through the application of the current provisions in the United States legal system as a pioneer system whose approaches in certain cases can boldly be asserted to be unique. A review of the United Nations and the International Chamber of Commerce, who play a strategic role in this regard and whose regulations are accepted by the majority of industrialized and developed countries, plus the Iranian legal system, can make the study more tangible and practical.

**KeyWords:** *Letter of Credit, Transfer, Commercial, Stand-by, UCP 600.*

---

1. LLM in International Business Law. SBU, (Email: manavi.m.javad@gmail.com)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. بنا نیاسری، ماشاله، حقوق اعتبارات اسنادی (تجاری و تضمینی)، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵.

۲. بیکر، والتر و دولان، جان اف، راهنمای کاربران اعتبارات اسنادی بر اساس UCP600، فاطمه حمیدی، تهران، انتشارات جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵.

۳. صفایی، سید حسین و رحیمی، حیب اله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.

۴. کاتوزیان، امیر ناصر، درس‌های از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۹۲.

۵. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، ۱۳۹۸.

کد مقاله

LAW-2012-1030 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق تجارت بین الملل  
۲. حقوق بانکی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. اعتبار اسنادی  
۲. یو سی پی ۶۰۰

مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. مفهوم انتقال اعتبار اسنادی  
۲. انواع انتقال اعتبار اسنادی  
۳. تقسیم‌بندی براساس میزان انتقال اعتبار اسنادی  
۴. تقسیم‌بندی براساس منشاء انتقال اعتبار اسنادی  
۵. ضرورت اخذ رضایت گشاینده اعتبار اسنادی تجاری  
۶. رعایت تعداد دفعات مجاز انتقال  
۷. آثار حقوقی انتقال اعتبار اسناد  
۸. وضعیت حقوقی ذی نفع دوم  
۹. وضعیت حقوقی ذی نفع اول  
۱۰. وضعیت حقوقی بانک انتقال دهنده

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۷۷۲ قانون مدنی  
۲. قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱  
۳. قانون واگذاری معاملات ارزی  
۴. ماده ۱۱۳-۵ «یو سی پی ۵»  
۵. مواد ۱۱-۶ الی ۱۴-۶ آ آی اس پی ۹۸

# ساز و کار «کشف دلیل» در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup>

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

ناصرعلی منصوریان<sup>۲</sup>

## چکیده

از موضوعات شایان توجه آیین دادرسی، اعم از داخلی و بین‌المللی «کشف دلیل» یا «کشف اسناد و مدارک» (Discovery) است. مواد ۲۰۶ تا ۲۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، به این موضوع پرداخته، اما در رویه قضایی داخلی به ندرت آن را اعمال می‌کنند. غالباً نیز استفاده منفی از آن می‌شود یعنی هدف متقاضی، اطلاع رسیدگی است. ریشه این قاعده به حقوق رم بازمی‌گردد، که به تدریج در حقوق کامن‌لا جایگاه ویژه‌ای پیدا نمود. بنابراین کاربرد این سازوکار در حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا مثبت بوده، و متعاقباً در حقوق فرانسه و سوئیس گسترش یافته است. همچنین، استناد به آن در دعاوی بین‌المللی، بویژه در داوری‌های بین‌المللی، رویه غنی‌تری را به وجود آورده است. در آنچه به کاربرد این قاعده در حقوق بین‌الملل و دعاوی بین‌المللی مربوط میشود، اصحاب دعوی، علی‌الاصول حق استناد به سازوکار کشف دلیل را دارند. هر کدام از آنها می‌تواند اسناد و مدارک مورد استناد را که به نظر می‌رسد در اختیار طرف دعوی قرار دارد، مطالبه کند. آئین دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی کرده است که هر یک از طرفین دعوی می‌تواند قبل از جلسات استماع به دفتر دیوان اطلاع دهد چه مستندات یا تقدیماً دیوان خواهد شد، چه اسناد و مدارکی باید دیوان برایش فراهم کند. به عنوان یکی از مصادیق بارز کاربرد کشف اسناد و مدارک باید عملکرد دیوان داوری دعاوی ایران - آمریکا را در چندین دعوی مخصوصاً در پرونده ب-۱ ارائه نمود، تا تحول عملی

۱. هدیه‌ای کوچک به استاد گرانقدرم جناب آقای دکتر حسین صفائی که چهار سال توفیق تلمذ در دانشگاه تهران و سه سال افتخار همکاری با ایشان را در مرکز حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری در لاهه داشته‌ام.

۲. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی؛ Email: mansourian@atu.ac.ir

این شیوه دادرسی و تفاوت آن با کاربردش در حقوق تطبیقی روشن شود. این مطالعه از این لحاظ شایسته توجه است که در ادبیات حقوقی ایران تقریباً هیچ بررسی و پژوهشی انجام نشده و در حقوق داخلی ایران نیز رویکردهای حقوقی تطبیقی در موضوع و همچنین عملکرد دادگاه‌های بین‌المللی در این خصوص بازتابی پیدا ننموده است.

**کلیدواژه‌ها:** کشف دلیل، کشف اسناد و مدارک، آیین دادرسی، حقوق تطبیقی، حقوق

بین‌الملل.

یکی از موضوعات مهم آیین دادرسی مدنی، اعم از داخلی و بین‌المللی، درخواست کشف اسناد و مدارک است.<sup>۱</sup> قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب متعرض این موضوع شده است (در مبحث سوم - اسناد). گرچه این موضوع در رویه قضایی گسترده نیست اما اجرا می‌شود؛ حال آنکه اعمال این آیین در نظام‌های حقوقی سوئیس، انگلستان و آمریکا جایگاه ویژه‌ای دارد که به‌عنوان مطالعه‌ای تطبیقی شایسته بررسی است. این سازوکار در دعاوی بین‌المللی و مخصوصاً در داوری‌های بین‌المللی نیز کاربرد دارد. طبق فرهنگ حقوقی بارون: «ارائه اسناد و مدارک، آیینی است که در آن، یک طرف دعوی می‌تواند اطلاعاتی را که در خصوص دعوا نزد طرف دیگر است درخواست کند. در اختیار داشتن ادله، اسناد و مدارک مورد درخواست باید انحصاراً در مالکیت یا آگاهی طرف دعوا و مرتبط با موضوع دعوی نیز بوده و همچنین ضرورتاً موضع طرف دیگر دعوا را تقویت کند» (Gifis, 1998). انواع گوناگون کشف اسناد و مدارک عبارت‌اند از: «تودیع اسناد، پرسش‌نامه‌ها، تحویل مدارک<sup>۲</sup>، درخواست پذیرش<sup>۳</sup>». استفاده از این آیین، نمونه‌هایی در رویه قضایی بین‌المللی و مخصوصاً در داوری‌های تجاری دارد. به‌عنوان یکی از کاربردها نحوه اجرای این آیین تحت قواعد آنسیترال در دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا را بررسی می‌کنیم. اما قبل از آن نگاهی به جنبه‌های تطبیقی موضوع ضرورت دارد.

## ۱- کاربرد کشف دلیل در حقوق تطبیقی

ابتدا حقوق داخلی ایران و سپس در چارچوب مطالعه‌ای در حقوق غرب نظام‌های حقوقی سوئیس و کامن‌لا (انگلستان و آمریکا) را مطالعه می‌کنیم.

1. Request for Discovery.
2. Deposition of documents
3. Production of documents.
4. Request for admission.

مواد ۲۰۶ تا ۲۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مبحث سوم - اسناد) به این امر پرداخته است. ماده ۲۰۹ ق.آ.د.م می‌گوید: «هرگاه سند معین که مدارک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است نزد طرف دیگر باشد به درخواست طرف، باید آن سند ابراز شود. هرگاه طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله قرائن مثبت بداند». در حقوق ایران این موضوع بیشتر در اختلافات بین اشخاص حقوقی و شرکت‌ها اتفاق می‌افتد؛ مثلاً در دعوا علیه مدیر عامل، از دادگاه خواسته شود، اسناد حسابداری شرکت را که مؤید ادعای خواهان است، ارائه کند. اگر مدیرعامل استنکاف کند، به تعبیر ماده ۲۰۹ خود از جمله قرائن مثبت علیه او قابل استناد است. ماده ۲۱۰ ق.آ.د.م بلافاصله می‌گوید: «چنانچه یکی از طرفین به دفتر بازرگانی طرف دیگر استناد کند، دفاتر نامبرده باید در دادگاه ابراز شود. در صورتی که ابراز دفاتر در دادگاه ممکن نباشد، دادگاه، شخصی را مأمور می‌نماید که با حضور طرفین، دفاتر را معاینه و آنچه لازم است خارج‌نویسی نماید.

این ماده اضافه می‌کند: «هیچ بازرگانی نمی‌تواند به عذر نداشتن دفتر از ابراز و یا ارائه دفاتر خود امتناع کند، مگر اینکه ثابت نماید که دفتر او تلف شده یا دسترسی به آن ندارد. هرگاه بازرگانی که به دفاتر او استناد شده است از ابراز آن خودداری نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آن را از قرائن مثبت اظهار طرف قرار دهد». امری که در ماده ۳۰۰ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵ از آن به «دلایل مثبت» یاد شده بود بدین معنا است که «دادگاه بتواند عمل طرفی که از ارائه سند خودداری کرده را دلیل حقانیت ادعای طرف دیگر قرار داده و به نفع او رأی صادر نماید» (یلفانی، ۱۳۸۰، ۱/۱۹۸). با این حال باید توجه داشت طرف دعوا، گاهی به خاطر طولانی‌کردن دادرسی یا به زحمت‌انداختن طرف دیگر، به دفاتر تجارتي او استناد می‌نماید و اگر بنا باشد در تمام دعاوی بازرگانان، دفاتر مورد استناد قرار گیرد، مشکلات فراوانی در عمل پیش می‌آید؛ به همین جهت کلمه «می‌تواند» در این ماده قابل توجه است یعنی دادگاه مجبور نیست وقتی دفاتر ارائه نشد، حکم علیه صاحب دفتر دهد بلکه باید ارزش دلایل ابرازی



تاجر را از یک طرف و امتناع او را از طرف دیگر، مورد سنجش قرار دهد و هر کدام را که وزین‌تر دید مورد حکم قرار دهد (مدنی، ۱۳۷۷: ۲۰۴/۲-۲۰۳).<sup>۱</sup>

ماده ۲۱۱ قانون مذکور که در ادامه منطقی ماده ۳۰۹ است، ناظر به موردی است که ابراز سند در دادگاه مقدور نباشد یا ابراز آن برخلاف نظم یا عفت عمومی یا مصالح عامه یا حیثیت اصحاب دعوا یا دیگران تلقی گردد. در این صورت در حضور طرفین، آنچه لازم و راجع به مورد اختلاف است خارج‌نویسی خواهد شد. ترتیبات مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ به اسناد یا اطلاعاتی مربوط می‌گردد که در ادارات دولتی یا بانک‌ها یا شهرداری‌ها یا مؤسساتی که با سرمایه دولت تأسیس و اداره می‌شوند موجود باشند. در این صورت نیز قانونگذار همه جنبه‌ها را پیش‌بینی کرده است:

«ماده ۲۱۲ - هرگاه سند یا اطلاعات دیگری که مربوط به مورد دعوا است در ادارات دولتی یا بانک‌ها یا شهرداری‌ها یا مؤسساتی که با سرمایه دولت تأسیس و اداره می‌شوند موجود باشد و دادگاه آن را مؤثر در موضوع تشخیص دهد، به درخواست یکی از اصحاب دعوا به‌طور کتبی به اداره یا سازمان مربوط، ارسال رونوشت سند یا اطلاع لازم را با ذکر موعد، مقرر می‌دارد. اداره یا سازمان مربوطه، مکلف است فوری دستور دادگاه را انجام دهد. مگر اینکه ابراز سند با مصالح سیاسی کشور یا نظم عمومی منافات داشته باشد که در این صورت باید مراتب با توضیح لازم به دادگاه اعلام شود. چنانچه دادگاه موافقت نمود، جواز عدم ابراز سند، محرز خواهد شد، در غیر این صورت باید به نحو مقتضی، سند به دادگاه ارائه شود. در صورت امتناع، کسی که مسئولیت عدم ارائه سند متوجه او است پس از رسیدگی در همین دادگاه و احراز تخلف به انفصال موقت از خدمات دولتی از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد.

تبصره ۱- در مورد تحویل اسناد سری دولتی باید با اجازه رئیس قوه قضاییه باشد.

تبصره ۲- ادارات دولتی و بانک‌ها و شهرداری‌ها و سایر مؤسسات یادشده در این ماده در صورتی که خود نیز طرف دعوا باشند، ملزم به رعایت مفاد این ماده خواهند بود.

۱. ن.ک رأی شماره ۶۲-۱۱/۱۱/۱۳۵۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

تبصره ۳- چنانچه در موعدی که دادگاه معین کرده است نتوانند اسناد و اطلاعات لازم را بدهند، باید در پاسخ دادگاه با ذکر دلیل تأخیر، تاریخ ابراز اسناد و اطلاعات را اعلام نمایند.

ماده ۲۱۳- در مواردی که ابراز اصل سند لازم باشد ادارات، سازمان‌ها و بانک‌ها پس از دریافت دستور دادگاه، اصل سند را به‌طور مستقیم به دادگاه می‌فرستند. فرستادن دفاتر امور جاری به دادگاه لازم نیست بلکه قسمت خارج‌نویسی شده از آن دفاتر که از طرف اداره گواهی شده باشد کافی است».

رویه قضایی نشان می‌دهد که غالباً از این شیوه استفاده منفی می‌شود. طرفی که چنین مدارک یا اسنادی را درخواست و مطالبه می‌کند، هدفش علی‌الاصول اطاله رسیدگی است. حتی گاه طرف، دعوی دیگر را مطرح می‌کند تا بتواند ضمن دادرسی، به آن دعوا در پرونده استناد کند و اوراق و مستندات پرونده دیگر را بخواهد و همین راهکار، مدتی رسیدگی به ادعای طرف را معوق می‌گذارد. این در حالی است که در مرحله اثبات، آیین دادرسی باید با رعایت صداقت اعمال شود. چه، منشأ این اصل در عالم اثبات که با اصل حسن نیت نیز ارتباط دارد، رعایت و احترام به حقوق بنیادین بشر است. پس فلسفه رعایت اصل صداقت نیز می‌تواند حفظ اخلاق در دادگستری و عدالت باشد که نوعی تضمین برای رسیدن به دادرسی منصفانه است، و اساساً بر پایه تضمین اصل صداقت است که:

اولاً- طرفین دعوا مکلفند تمام اسناد و مدارک خود را برای رسیدگی در اختیار دادگاه قرار دهند. ثانیاً- دادگاه اجازه دارد دلیلی را که در اختیار طرف مقابل یا شخص ثالث است مطالبه کند (محسنی، ۱۳۸۹: ۱۸۲-۱۸۱). مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، سوئیس، انگلستان و ایالات متحده آمریکا، کاربرد مثبت این شیوه را به خوبی نشان می‌دهد.

## ۱-۲- کشف دلیل در نظام حقوقی نوشته

به منظور مطالعه سازوکار کشف دلیل در نظام حقوقی نوشته، به‌عنوان نمونه حقوق فرانسه و حقوق سوئیس بررسی می‌شود.

## الف - کشف دلیل در حقوق فرانسه

مسئله کشف دلیل در موادی از عنوان هفتم قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه (بخش ۱- اسناد) پیش‌بینی شده است. حسب ماده ۱۴۲ قانون مزبور:

درخواست‌های مربوط به ارائه عناصر اثباتی که در اختیار طرفین است، وفق مقررات مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ به دادگاه تقدیم و برآن اساس ارائه می‌شود.

ترتیبات مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ هم به‌گونه زیر متعرض موضوع شده است:

ماده ۱۳۸- اگر در جریان یک رسیدگی، طرفی بخواهد به سند رسمی یا عادی که خود، طرف آن نیست و در اختیار شخص ثالث قرار دارد استناد کند، می‌تواند از دادرسی مورد مراجعه، نسبت به پرونده، صدور دستور مطالبه سند را بخواهد.

ماده ۱۳۹- این درخواست بدون تشریفات انجام می‌شود. دادرسی اگر این درخواست را موجه تشخیص دهد دستور تحویل یا ارائه سند را به شکل اصل، روگرفت یا خلاصه، حسب مورد، تحت شرایط و تضمیناتی که معین می‌کند، در صورت لزوم با جریمه تأخیر صادر می‌کند (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۲۶-۱۲۷).

در اعمال ترتیبات قانونی مزبور رویه قضایی فرانسه با قیود فراوانی عمل می‌کند و بیشتر می‌کوشد اسناد و مدارک مورد درخواست ذی‌نفع را توسط مستندات دیگری جایگزین کند (GHESTIN, 1994: 658-693).

## ب - کشف دلیل در حقوق سوئیس

به‌عنوان یک اصل باید دانست که در سوئیس، اختیارات دادگاه‌ها ابتدائاً توسط قوانین ایالتی دادرسی مدنی تعریف شده است و فقط به‌طور استثنائی در صورت خلأ قانون، رویه قضایی نقش پیدا می‌کند (ماده ۱ بند ۲ قانون مدنی سوئیس). حقوق کانتون‌های سوئیس در صورتی به قاضی اجازه می‌دهد دستور دهد اسناد و مدارکی ارائه گردد که برای اثبات یک واقعیت قضایی که در دعوا مطرح شده است لازم تلقی شود. قاضی است که دلایل و مدارک لازمه اثبات را طی قراردایی انتخاب و تصمیم‌گیری می‌کند. ممکن است یکی از اصحاب دعوا به قاعده‌ای در حقوق

فدرال استناد کند. گاه حقوق فدرال، آیین ساده ویژه‌ای را برای ارائه اسناد و مدارک پیش‌بینی می‌کند. یکی از طرف‌های دعوا می‌تواند حق مطالبه اسناد و مدارک را به‌عنوان یک حق اصلی یا جنبی مطرح کند. در مورد اول با ارائه ادله خواستار آن است که طرف، محکوم به تودیع اسناد معین گردد. در مورد دوم دو خواسته مطرح می‌شود؛ یک خواسته اصلی و یک خواسته مقدماتی مطالبه اسناد و مدارک. در اینجا طبق حقوق کانتون، در هر دو مورد، دادگاه حکم صادر کند (Visson, 1996 : 342). رویه قضایی درخصوص پذیرش درخواست خواهان اسناد و مدارک، هم دادرسی فوری و هم رسیدگی عادی را نشان می‌دهد (Ibid, : 343).

### ۳-۱- کشف دلیل در نظام حقوقی کامن لا

به منظور مطالعه سازوکار کشف دلیل در نظام کامن لا، حقوق انگلستان و حقوق ایالات متحده آمریکا به‌عنوان کامل‌ترین نوع آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### الف - کشف دلیل در حقوق انگلستان

مطالعه موضوع در حقوق انگلستان از این نظر اهمیت دارد که اساس این سازوکار در کامن لا پایه‌ریزی شده است. رویکرد حقوق انگلستان در سازوکار کشف اسناد و مدارک کاملاً با شیوه‌های حقوق سوئیس متفاوت است. در حقوق انگلستان، دیوان عالی، اختیارات و صلاحیت‌هایی فرای قوانین دارد.<sup>۱</sup> متون قانونی، یا روش‌های اعمال صلاحیت‌های استقرار یافته در رویه قضایی را تعریف می‌کند، یا عرصه به‌کارگیری این صلاحیت‌ها را گسترش می‌دهند، یا به موارد اعمال جدید؛ جنبه تقنینی می‌دهد یا بالاخره تصمیمات رویه قضایی را دگرگون می‌سازند.<sup>۲</sup> علت این رویکرد را باید در نقش غالب دادگاه‌های عالی انگلستان (یعنی دیوان عالی و مجلس اعیان) در

۱. مهم‌ترین قوانین مدون در این خصوص عبارت‌اند از:

Les Judicature Acts 1873-1875, the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925, the Rules of the Supreme Court 1965, the Supreme Court of Judicature Act 1981, the County Courts Rules 1981, the County Courts Act 1984, the Courts and Legal Services Act 1990.

2. RSC, Ord. 24, 14A.

تدوین حقوق و حتی قواعد دادرسی جستجو کرد. سازوکار کشف اسناد و مدارک، قدرت دادگاه‌های انگلیسی را در ایجاد حقوق، به‌درستی نشان می‌دهد. در واقع، این سازوکار، زاینده رویه قضایی است. در نظام حقوقی انگلستان، کشف اسناد و مدارک صرفاً شامل مطالبه مدارک و اطلاعات نمی‌شود بلکه وظیفه طرفین دعوا در بازجویی و در تحویل اشیاء مورد نیاز را نیز در بر می‌گیرد.<sup>۱</sup>

نوع دیگری از کشف اسناد و مدارک در حقوق انگلستان، ارائه آن‌ها توسط شخص ثالث است که با نوع کشف اسناد و مدارک اصحاب دعوا، هم به‌لحاظ زمانی و هم به‌لحاظ کیفی متفاوت است. نوع اول فقط در روز جلسه رسیدگی محقق می‌شود، در حالی که نوع دوم در اولین مراحل رسیدگی ظهور می‌کند. ویژگی آیین دادرسی انگلستان آن است که قاضی در برابر اصحاب دعوا کاملاً بی‌طرف است. در حالی که دیوان عالی به اختیاراتش محتاطانه عمل می‌کند، دادگاه‌های کانتی در آیین رسیدگی نقش فعالی درست همچون دادگاه‌های کانتون‌های سوئیس ایفا می‌نمایند. موضوع کشف اسناد و مدارک معمولاً پس از انجام تبادل لوایح و پیش از جلسه رسیدگی مطرح می‌شود. کاربرد این سازوکار در حقوق انگلستان سبب می‌شود که کلیه اسناد و مدارک مربوط به دعوا به معنای گسترده‌اش لحاظ می‌شوند. همانند حقوق کانتون‌های سوئیس، ارائه دلایل که اصحاب دعوا ادعاهایشان را بر آن مبتنی می‌کنند پیش‌شرط هرگونه بار اثبات است جز آنکه مسئله کشف اسناد و مدارک را یکی از طرف‌ها مطرح نموده باشد. قاضی انگلیسی فقط می‌تواند قواعد حقوق مربوط به پذیرش ادله ارائه شده را اعمال کند و اختیار کنارگذاشتن دلایل و مدارک اصحاب دعوا را ندارد حتی اگر غیرمفید شمرده شوند. به‌طور کلی باید گفت حقوق انگلستان در چارچوب سازوکار کشف اسناد و مدارک، طرفین دعوا را (چه طرفی که می‌داند و چه طرفی که نمی‌داند) با قضاوتی مستقل برابر می‌شمارد (Visson, Ibid. 340-341, 346-347).

1. Halsbury's, vol. 11, p. 595.

## ب - کشف دلیل در حقوق ایالات متحده آمریکا

بیشترین دعاوی حقوقی در آمریکا در دادگاه‌های پنجاه ایالت اقامه می‌شود. معهذاً لازم است به طرح این‌گونه دعاوی در دادگاه‌های فدرال آمریکا نیز پرداخته شود؛ چه‌آنکه از سال ۱۹۳۸ هشتاد درصد ایالات، حقوق کشف اسناد و مدارک خود را بر مبنای نظام حقوقی فدرال بازنگری کرده‌اند. نظام فدرال، خود در این خصوص در سال ۱۹۷۰ اصلاحات فراوانی پیدا کرده است (Ibid: 112-114). از دیدگاه مقامات فدرال آمریکا به‌عنوان یکی از بهره‌های سازوکار کشف اسناد و مدارک، عدم غافل‌گیری در ارائه ادله نزد دادگاه‌هاست. پیش از اصلاحات ۱۹۷۰ موضع دادگاه‌های فدرال این بود که ادعا نمی‌تواند موضوع سازوکار کشف اسناد و مدارک قرار گیرد. مطالعه گسترده این شیوه در نظام فدرال آمریکا مؤید آن است که بدون کاربرد این سازوکار، ادله اثبات در دادگاه‌ها غالباً کشف‌نشده و بی‌نتیجه می‌ماند (Ibid: 3-6). اما کاربرد افراطی این شیوه نیز از نظر دادگاه‌های فدرال، مردود شناخته شده استدر ماه اوت ۱۹۷۶ کنفرانس پوند<sup>۱</sup> توصیه کرد از سوءاستفاده در این سازوکار جلوگیری شود.<sup>۲</sup> با این مطالعه تطبیقی، زمینه شناخت کاربرد کشف اسناد و مدارک در دعاوی بین‌المللی فراهم می‌شود.

## ۲- کاربرد کشف دلیل در دعاوی بین‌المللی

چنین مطالعه‌ای مستلزم بررسی اولیه رویه مراجع قضایی بین‌المللی و سپس رویه داوری‌های بین‌المللی است تا به‌عنوان تازه‌ترین مصداق آن به عملکرد دیوان داوری دعاوی ایران- آمریکا پرداخته شود.

1. Pound Conference Follow-up Task Force.

۲. برای آگاهی بیشتر از انواع کاربرد کشف دلیل در حقوق فدرال و ایالتی آمریکا ر. ک:

STAHR, 1990: 597-641; GRIFFIN and BRAVIN, 1991: 331-349; Guzman, 1986:332-353. BLACK, 1991: 901-906; MUNDIYA, 1993: 356-366; Collins, 1986: 765-786, Mc New Bloking Lows and secret?? Provision, in California western Law Review, Vol. 26, 1969-90, pp. 103-122..

قاعدتاً در حقوق بین‌الملل، اصحاب دعوا نزد مراجع بین‌المللی از حق استناد به سازوکار کشف اسناد مدارک برخوردارند و می‌توانند مدارکی را که تنها در اختیار طرف دعوا است مطالبه کنند، در دعاوی متعدد، دادگاه دستور ارائه اسناد و مدارک را داده است، لیکن نوع پرسش‌نامه آن و تودیع اسناد کمتر، نزد مراجع بین‌المللی به‌کار گرفته شده است (MC CABE, 1986: 501). آیین دادرسی دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی کرده است که هر طرف دعوا قبل از جلسات رسیدگی می‌تواند به منشی دیوان اطلاع دهد چه ادله و مدارکی را می‌خواهد ارائه کند و از دیوان می‌خواهد چه اسنادی را برایش فراهم نماید. ماده ۴۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به دیوان اجازه می‌دهد پیش از جلسات شفاهی به طرفین دعوا دستور دهد چه اسناد و مدارکی را ارائه کنند یا چه اسنادی را بعداً پیوست نمایند. اگر طرف دعوا خودداری نماید، دیوان استتکاف او را رسماً لحاظ می‌کند. طبق ماده ۴۴ اساسنامه، دیوان می‌تواند از دولتی بخواهد ادله مربوطه را فراهم سازد. دیوان اختیار دارد کلیه تدابیر لازم را به منظور امکان بررسی شهادت‌نامه‌ها یا کارشناس‌هایی که نزد دیوان تودیع نشده است، اتخاذ کند (ماده ۵۶ آیین دادرسی دیوان). در دعاوی کانال کورفو، انگلستان از ارائه اسناد و مدارک استتکاف ورزید زیرا مدعی شد که آن‌ها محرمانه‌اند. بنابراین، دیوان آن اسناد و مدارک را غیرمربوط شمرد اما یادداشت رسمی خودداری آن دولت را صادر نکرد (Ibid: 502).

## ۲-۲- رویه داوری‌های بین‌المللی

سازوکار کشف اسناد و مدارک در رأی دادگاه اختلاف مرز غربی هند و پاکستان چنین تعریف شده است: «یک طرف دعوا با یادداشت کتبی ممکن است از طرف دیگر بخواهد تا هرگونه مدرک یا سندی را که ظاهراً در اختیار اوست یا در کنترل او می‌باشد جهت بررسی دادگاه در دسترس قرار دهد. طرف دیگر در چنین صورتی باید تسهیلات لازم را برای طرف متقاضی فراهم کند، تا آن سند یا مدرک، قابل ارائه به دادگاه باشد. چنانچه مدرک یا سند مورد تقاضا در اختیار

طرف دعوا یا تحت کنترل او نباشد، ممکن است شهادت‌نامه‌ای در این خصوص نزد دادگاه ثبت شود.<sup>۱</sup>

در حقوق داخلی دادگاه‌ها می‌توانند مدارک موجود نزد ثالث را مطالبه کنند. «مثلاً در دعوای پرداخت یا انکار تأدیه میان اصحاب دعوا، دادگاه طی دستوری، لاشه چک یا اسناد پرداخت یا فرمی را که برای این منظور در بانک به کار می‌رود از بانک می‌خواهد تا آن را به دادگاه تسلیم دارد. دادگاه با استفاده از اقتدار حاکمیت، چنین اختیاری دارد. ولی هیأت داوری از قدرت اجبارکننده برخوردار نیست. حتی اگر مدارک مورد بحث بسیار قاطع، و تعیین‌کننده نتیجه دعوا هم باشد، هیأت داوری نمی‌تواند به اجبار، از ثالث، تسلیم مدارک مورد بحث را بخواهد» (امیر معزی، ۱۳۸۸: ۳۳۲-۳۳۱). لذا گفته شده است که در سنت قضایی، سازوکار کشف اسناد و مدارک در داورها کاربرد نداشته است و فقط در سال‌های اخیر صاحب‌نظران و عمل‌گرایان حقوق اعتقاد دارند که این شیوه در داورها نیز می‌تواند مفید واقع شود و به نتیجه‌گیری دعوا کمک کند (MCCABE, Ibid : 499-500). به‌عنوان مظهر جدیدی از کاربرد روشن سازوکار کشف اسناد و مدارک، دیوان داوری دعوای ایران-آمریکا شایسته مطالعه است.

### ۳-۲- عملکرد دیوان داوری دعوای ایران-آمریکا

این دیوان داوری با دیگر مراجع داوری بین‌المللی متفاوت است. زیرا، گرچه دادگاه موردی<sup>۲</sup> شمرده شده است، با مراجع موردی عادی متفاوت است چرا که مرجعی بین‌الدولی بین دو کشور (ایران و ایالات متحده آمریکا) است که به‌منظور حل و فصل صدها دعوی ناشی از قضیه گروگان‌گیری اتباع آمریکایی در سفارت آن کشور و بر اساس بیانیه الجزایر در لاهه استقرار یافته (منصوریان، ۱۳۸۰: ۱۷۲-۱۴۴). و طبق ترتیبات آیین داوری آنسیترال<sup>۳</sup> - با تغییرات و اصلاحات

1. Nations - Unies, Recueil de Sentences Arbitrales, vol. XVIII, p. 9.

2. ad hoc

3. UNCITRAL Rules.

متناسب آیین رسیدگی دیوان - به عنوان «قواعد دیوان» رسیدگی می کند (برای آگاهی بیشتر ر.ک Brower, 1998). ماده ۲۴ قواعد دیوان می گوید:

«۱- هر یک از طرف‌ها مسئول اثبات واقعیاتی است که در ادعای دفاع خود بدان استناد کرده است.

۲- در صورتی که دیوان داوری مقتضی بداند، می تواند از یک طرف دعوا بخواهد ظرف مدتی که دیوان تعیین می کند، خلاصه‌ای از مدارک و سایر مستندات را که تصمیم دارد در تأیید واقعیات مربوط به موضوع و مطروح در دادخواست با دفاعیه، به دیوان داوری ارائه نماید و سپس به طرف دیگر تسلیم کند.

۳- در هر موقع در طول مدت جریان داوری، هیأت داوری می تواند از طرفین بخواهد که در ظرف مدت معین از طرف هیأت داوری، اسناد و شهود و سایر مدارک را در دسترس هیأت دادرسی قرار دهند. ماده ۲۴ قواعد آنسیترال ضمناً ابقا می شود».

همچنین، ماده ۲۷ قواعد دیوان اضافه می کند: «دیوان داوری می تواند یک یا چند کارشناس را جهت تهیه گزارش کتبی در باب موضوعات خاصی که دیوان تعیین می کند منصوب نماید». به طور کلی، دیوان در مواردی به ابتکار خود بدون درخواست طرفین دعوا حسب ضرورت برای ارائه اسناد و مدارکی دستور صادر کرده است. در دیگر موارد طبق درخواست طرف آمریکایی یا ایرانی (اعم از دولت و تبعه) غالباً طرف دیگر را موظف کرده است اسناد و مدارک خواسته شده را در دادگاه تودیع نماید. در مواردی نیز دیوان در مورد تسلیم داوطلبانه مدارک، از طرف مقابل استفسار می کند. در دعاوی زیادی، تعداد ۵۰ خواهان آمریکایی، مدارکی را از دولت ایران یا طرف ایرانی دعوا درخواست کردند. دو شرکت ایرانی، مدارکی از خواهان آمریکایی درخواست کردند. این تقاضاها طبق ترتیبات قواعد دیوان، تقریباً همگی پیش از تشکیل جلسه رسیدگی مقدماتی به

دیوان تقدیم شده‌اند. موضعگیری دیوان - با توجه به وجود سه شعبه - درخصوص هر کدام متفاوت است:<sup>۱</sup>

### الف - موضع دیوان در مورد ضمانت اجرا

دیوان داوری در موارد متعدد، ضمانت اجرای دستورهای خود را تذکر داده است. از جمله دستور شماره ۳۰ در پرونده ۲۴۲ می‌گوید: «دیوان داوری در ۴ اکتبر ۱۹۸۵ به خواهان دستور داد که اسناد و مدارکی را تسلیم نماید. دیوان همچنین متذکر می‌شود که چنانچه خواهان، بدون ارائه دلیل کافی، اسناد و مدارک خواسته‌شده را تسلیم نکند، دیوان، اعمال ماده ۲۸ قواعد خود را مورد بررسی قرار خواهد داد».

دستور شماره ۲۱۶ در پرونده ۲۵۰ می‌گوید: «در صورتی که هر یک از طرفین، اسناد و مدارک خواسته‌شده را تسلیم ننماید، دیوان داوری به رسیدگی و صدور حکم، بر اساس مدارک موجود در پرونده، مبادرت خواهد کرد». نمونه دیگر از رویه دیوان، دستور شماره ۱۱۴ در پرونده ۳۹۹ است که می‌گوید: «دیوان داوری بعد از مهلت تعیین شده، بر اساس ادله و مدارکی که در اختیار خواهد داشت، تصمیم خواهد گرفت».

### ب - درخواست ارائه اسناد و مدارک یک طرف از طرف مقابل

در مواردی که یک طرف برای اثبات ادعای خود از طرف مقابل می‌خواهد که اسنادی را که نزد او است، به دیوان تسلیم نماید، رویه دیوان این است که معمولاً نظر طرف مقابل را استعلام می‌کند، از جمله شعبه دوم دیوان در دستور ۲۰ سپتامبر ۱۹۸۴ در پرونده ۳۸۵ می‌نویسد: «در مواردی که یک طرف دعوا، درخواست ارائه اسناد و مدارک می‌کند، دیوان فقط خواستار اظهارنظر

۱. برای مطالعه رویه قضائی دیوان به منبع زیر که تاکنون ۳۳ جلد آن انتشار یافته است رجوع کنید:

IRAN-US Claims. Tribunal Reports, 1981-2008, Grotius Publications.

لازم به یادآوری است که برای یافتن منابع و ارجاعات مربوط به این قسمت (بندهای الف-ب-ج-د) با مراجعه به ایندکس منبع حجیم فوق‌الذکر و بر اساس نام پرونده (Case) و تاریخ صدور دستورات دیوان، اصل انگلیسی هر بحث استنادی را می‌توان یافت.

طرف دیگر می‌شود. چنانچه خوانده‌ای آمادگی ثبت هیچ‌یک از مدارک خواسته شده را نداشته باشد، لازم است که فقط نظراتش را در آن مورد به ثبت برساند».

### ج - ارائه داوطلبانه مدارک

در بعضی از موارد نیز دیوان از طرف مقابل می‌پرسد که آیا داوطلبانه حاضر به تسلیم مدارک هست یا خیر. از جمله در پرونده ۳۳۳ که خوانده از خواهان، تقاضای ارائه مدرک کرده است. دیوان ضمن دستور ۲۱۲ از خواهان می‌پرسد: «باتوجه به اینکه خوانده، بار اثبات واقعیاتی را برعهده دارد که در تأیید دفاعیات خود به آن‌ها استناد می‌ورزد، آیا خواهان داوطلبانه حاضر است که مدارک مورد تقاضای خوانده را تسلیم نماید یا خیر؟» گاهی نیز یک طرف، خود داوطلب بوده که مدارک مورد تقاضای طرف مقابل را ارائه دهد، یا هر دو طرف با هم توافق کرده‌اند که هر کدام آن‌ها، مدرکی را ارائه نماید. در این قبیل موارد، دیوان دستور ارائه مدارک را صادر می‌کند؛ از جمله در پرونده ۲۱۰، دیوان در دستور ۱۵ نوامبر ۱۹۸۲ می‌نویسد: «بر اساس توافقی که در جلسه ۱۲ اکتبر ۱۹۸۲ بین طرفین به‌عمل آمده است، دیوان داوری دستور حاضر را برای ارائه مدارک صادر می‌کند».

### د - رد تقاضای ارائه سند از جانب دیوان

در بسیاری از موارد هم، دیوان تقاضای یک طرف را از طرف مقابل، برای ارائه اسناد و مدارک، رد کرده است از جمله:

۱- در دستور ۱۰۷ در پرونده ۴۱۰ دیوان تقاضای خوانده را رد کرده و اظهار داشته است: «دیوان داوری یادآور می‌شود که طبق ماده ۲۴ قواعد دیوان، هر یک از طرف‌ها مسئول اثبات واقعیاتی است که در تأیید ادعا یا دفاع خود بدان استناد می‌کند».

۲- در دستور ۴۸ در پرونده ۱۲۲۱۶، دیوان می‌گوید: «خوانده از دیوان داوری درخواست نمود که به خواهان دستور دهد مدارک را تسلیم نماید. دیوان داوری متذکر می‌گردد که طبق ماده ۲۴ قواعد دیوان، هر یک از طرف‌ها مسئول اثبات واقعیاتی است که در تأیید ادعا یا دفاع خود بدان استناد کرده است. بنابراین نمی‌توان به درخواست فوق، ترتیب اثر داد».

۳- در دستور ۱۴۶ در پرونده ۱۳۳ شعبه ۲ دیوان می‌گوید: «دیوان داوری اظهار خوانده را مبنی بر ارائه بعضی مدارک از طرف خواهان، ملاحظه کرده است. دیوان متذکر می‌شود که طرفی که بار اثبات دعوا را برعهده دارد، می‌تواند ادله و مدارکی را که مایل است، تسلیم نماید. با توجه به مراتب فوق، دیوان درخواست خوانده را جهت ارائه بعضی مدارک توسط خواهان، رد می‌کند».

۴- در پرونده ۸۲۸ نیز دیوان تقاضای خوانده را طی دستور شماره ۱۱۸ رد کرده است: «دیوان داوری مقتضی نمی‌داند که به خواهان دستور دهد مدارک بخصوصی را ارائه نماید».

علاوه بر پرونده‌های عادی فوق مطروحه در شعب دیوان، در پرونده ب ۱ که اف.ام.اس هم نامیده می‌شود<sup>۱</sup> و مربوط به خریدهای نظامی رژیم سابق ایران از ایالات متحده آمریکا می‌باشد، نزد هیأت عمومی دیوان (Full Tribunal) مطرح شد. همچنین در پرونده الف ۱۵ خوانده (ایالات متحده آمریکا) از دیوان تقاضا کرد که خواهان (دولت جمهوری اسلامی ایران) اسناد و مدارک مورد نیاز در دعوی بالاخص در آنچه به مستشاران آمریکایی در ایران مربوط می‌شد، به دیوان تسلیم کند. آقای لاگرگرن رئیس دیوان درخواست ایالات متحده را رد کرد.<sup>۲</sup>

پرونده ب ۱ در این مقوله از اهمیت خاصی برخوردار است. در این پرونده، ایالات متحده به دیوان اعلام کرد که پرونده‌های مستشاری‌های آمریکا در ارتش ایران، بجای مانده است. علیهذا، دیوان لازم است به ایران دستور دهد همه آن پرونده‌ها را در اختیار ایالات متحده (خوانده) بگذارد. دولت ایران طی لایحه جوابیه خود اظهار داشت که همه این گونه مدارک را مستشاران آمریکائی هنگام ترک ایران با خود بردند، یا در شرایط خاصی که در سفارت آمریکا به وجود آمده بود، آنها را با ماشین کاغذ خردکن نابود کردند، بی‌آنکه حتی یک برگ از خود بجا گذاشته باشند. در تبادل لوایح، دولت جمهوری اسلامی ایران (که در اصل پرونده خواهان بود) طی سه لایحه که تقدیم دیوان نمود شهادت نامه‌های عدیده‌ای را از افسران و سران نظامی ایرانی ارائه و پیوست کرد. آمریکا اظهار داشت که این مدارک مورد نیاز پرونده، اسناد مستشاری بوده و به خودش

۱. معروف به (Foreign Military Sale) FMS.

2. IRAN-US. Claims Tribunal Reports, 4, 1983-III: 28, 58, 94, 95.

متعلق است نه ایران. دیوان سرانجام درخواست آمریکا را برای اعاده مدارک مستشاری آمریکا در ایران، طی دستوری رد کرد.<sup>۱</sup>

سویا دعاوی مطروحه در دیوان که به تعدادی از آنها در چارچوب مطالعه حاضر اشاره و استناد شد، در پرونده دیگری معروف به «پرونده شمس پهلوی» که در اختلافات مالی ایران و آمریکا پس از امضای بیانیه الجزایر ارتباط دارد، دولت ایران توسط دیوان عالی ایالات متحده آمریکا خواستار شد با توجه به خروج شمس پهلوی از ایران و داشتن مالکیت‌هایی در آمریکا و عدم دسترسی مقامات دولت جمهوری اسلامی ایران به اسناد و مدارک مورد نیاز، دیوان عالی از دولت آمریکا بخواهد نشانی مالکیت‌های خانم شمس پهلوی را معلوم کند و به دیوان عالی تسلیم نماید. ایالات متحده آمریکا از همکاری در این خصوص استنکاف ورزید و دیوان عالی نیز درخواست ایران را رد کرد.<sup>۲</sup>

1. IRAN-US Claims Tribunal Reports, 19, 1987-88: 296, 300, 301, 302.

2. Islamic Republic of Iran V. Pahlavi, Iranian Assets litigation Reports, November 1994: 22713-22714.

## نتیجه‌گیری:

سازوکار کشف دلیل، که در کامن‌لا جایگاه ویژه‌ای یافته و در رویه قضایی انگلستان و ایالات متحده آمریکا و بعضی کشورهای اروپایی چون سوئیس کاربرد یافته است، بیش از حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل ورود یافته و در دادگاه‌های بین‌المللی و در مراجع داوری بین‌المللی عملکرد فراوان پیدا نموده است. رویه دیوان داوری ایران-آمریکا به‌عنوان یکی از مظاهر این کاربرد می‌تواند به توسعه حقوق بین‌الملل و تحول آیین دادرسی بین‌المللی کمک کند. همچنین، مطالعه حقوق تطبیقی و رویه قضائی بین‌المللی می‌تواند برای دادگاه‌های ایران نیز سودمند و کارساز باشد.



## منابع و مأخذ:

### الف- منابع فارسی:

۱. آیین دادرسی مدنی فرانسه، (۱۳۹۱)، مترجم، محسنی، حسن، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۲. اعتمادی، فرهاد، (۱۳۸۴)، دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا، گنج دانش، تهران.
۳. افتخار جهرمی، گودرز، (۷۲-۱۳۷۱)، «دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷.
۴. امیر معزی، احمد، (۱۳۸۸)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، دادگستر، چاپ دوم، تهران.
۵. داوید، رنه، (۱۳۶۴)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: صفائی، سیدحسین و دیگران، مرکز نشر دانشگاه، تهران.
۶. خلیلیان، سید خلیل، (۱۳۸۲)، دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه، شرکت انتشار، تهران.
۷. سالیانجر، پیر، (۱۳۶۲)، گروگان‌گیری در ایران و مذاکرات محرمانه تهران، مؤسسه انتشارات نوین.
۸. گزاره فارسی تصمیمات و آرای دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده (پلی کی)، (۱۳۸۴)، ۳۸ جلد، به اهتمام بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی لاهه.
۹. محبی، محسن، (۱۳۷۸)، بیانیه‌های الجزایر، دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده، خط سوم، تهران.
۱۰. محبی، محسن، (۱۳۷۳)، «ماهیت حقوقی دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده از دیدگاه حقوق بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره ۱۸ و ۱۹، ۷۴ -
۱۱. منصوریان، ناصرعلی، (۱۳۸۰)، «دیوان داوری دعاوی ایران - آمریکا مظهر برخورد دو تمدن در عرصه حقوقی»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۵.
۱۲. یلفانی، علی‌اکبر، (۱۳۸۰)، شرح و تفسیر قوانین دادرسی مدنی، امیرکبیر، جلد ۱ (قواعد عمومی).

۱۳. محسنی، حسن، (۱۳۸۹)، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، شرکت سهامی انتشار.

۱۴. مدنی، سیدجلال‌الدین، (۱۳۷۷)، آیین دادرسی مدنی، پایدار، جلد ۲، تهران.

### ب- منابع لاتین و فرانسوی:

15. Alderich, Georges H,( 1996), The Jurisprudence of the IRAN-US Claims Tribunal, Clarendon Press.
16. BLACK, S.F,(1991) , United States Transnational Discovery, in International and comparative Low Quarterly, Vol. 40.
17. Brower, Charles N,(1998) , The Iran -US Claims, Tribunal, Martinus Nijhoff publishers, The Hague.
18. Cedin, No1 Le Tribunal des Différends Irano-Américains, Journée d'actualité Internationale.
19. Collins, L,(1986), The Hague Evidence convention and Discovery: A serious Misunderstanding? In International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35.
20. Gifis, Steven H, (1998), Barron's dictionary of Legal terms, 3rd Editions, Barron's, NT.
21. Griffin, J.P and Bravin, M.N, (1991), Beyond Aerospatiale, in the International Lawyer, vol. 25, No 2.
22. Guzman, R,(1986), The interplay between the Discovery provisions of the Hague Evidence convention and the Federal Rules of civil procedure, in Houston Journal of International Law, Vol. 9, No 1.
23. Halsbury's, vol. 11.
24. ICJ, Reports, 1979 & 1989.
25. IRAN - US Claims. Tribunal Reports, (1981-2008), Grotius Publications.



26. Islamic Republic of Iran V. Pahlavi,( 1994), Iranian Assets litigation Reports, November.
27. The County Courts Act 1984.
28. The Courts and Legal Services Act 1990.
29. The Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925.
30. The Supreme Court of Judicature Act 1981.
31. The County Courts Rules 1981.
32. The Judicature Acts 1873-1875.
33. The Rules of the Supreme Court 1965.
34. Levine, Julius Byron,(1982), Discovery, A comparison between English and American Civil Discovery Law with Reform proposals, Clarendon Press. Oxford.
35. Mapp, W., The Iran-United States Claims Tribunal – The first ten years, 1981-1991, Manchester University Press, Manchester & New York, 1993.
36. McCabe, Monica P,(1986), Arbitral Discovery and the Iran-US claims Tribunal Experience, in International Lawyer, vol. 20, No. 2.
37. Kazazi, M,(1996), Burden of Proof and Related issues, Kluwer Law International, The Hague.
38. McNew, D.L. (1969-90), Blocking Laws and Secrecy Provisions, in California Western Law Review, Vol. 26.
39. Mundiya, T,(1993), US Court invites Foreign litigants to use US Discovery Law, in International and comparative La Quarterly, Vol. 42.
40. Nations - Unies, Recueil de Sentences Arbitrales, vol. XVIII.
41. O'connell, International Dispute Settlement, Ashgate / Dartmouth, Trowbridge.

42. RSC, Ord. 24, 14A.
43. Stahr, W.B,(1990), Discovery Under 28 U.S.C. 1782 for Foreign and International proceedings, in Virginia Journal of International Law, vol. 30, No. 3.
44. Stin, J. GHE,(1994), Traité de droit civil, 4e éd. L.G.D.J. Paris.
45. Vincent, J,(2001), Procédure civile, 26e éd. Dalloz, Paris.
46. Visson, A. E,(1996), Droit à la production de pièces et discovery, La société suisse de droit international.



## Mechanism of Discovery in Comparative and International Law

Nasser Ali Mansourian<sup>1</sup>

### Abstract

One of the notable issues of the procedure, both domestically and internationally is the discovery. Articles 206 to 213 of the Code of Civil Procedure on General and Revolutionary Courts address this issue, but are rarely applied in domestic case law. It is also often used negatively, meaning that the applicant's goal is to prolong the proceedings. The roots of this rule go back to Roman law, which gradually found a special place in public law. Thus, the application of this mechanism has been positive in the law of the United Kingdom and the United States of America, and subsequently has spread to the law of France and Switzerland. Furthermore, relying upon that in international claims, particularly in international arbitrations, has established a richer precedent. In what relates to the application of this rule in international law and international claims, the parties, in principle, have the right to invoke the mechanism of discovery. Each of them can request the invoked documents and evidence that seem to be in the possession of the other party. The Rules of Procedure of the International Court of Justice provide that each party to the proceedings may inform the office of the Court before the hearing what documents will be submitted to the Court and what documents the Court must provide. As one of the obvious examples of the use of discovery, the performance of the Iran-US Arbitration Tribunal must be presented in several cases, particularly in the case B-1 to clarify the practical evolution of this procedure and how it differs from its application in comparative law. This study deserves attention in this respect that almost no review or research has been done in the Iranian legal literature and in Iranian domestic law, comparative legal approaches to the issue as well as the performance of international courts in this regard have not been reflected.

**KeyWords:** *Discovery; Civil Procedure; Comparative Law; International Law.*

1. Associate Professor, Allameh Tabataba'i University, (Email: namansourian@yahoo.com)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



## چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۱۲ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارند که

عبارتند از:

۱. دانشنامه حقوق تجارت بین الملل
۲. دانشنامه دیات
۳. دانشنامه حقوق بیمه
۴. دانشنامه اجرای احکام کیفری
۵. دانشنامه حقوق تجارت
۶. دانشنامه حقوق بانکی
۷. دانشنامه مسئولیت مدنی
۸. دانشنامه قصاص
۹. دانشنامه حقوق جزای اختصاصی
۱۰. دانشنامه حقوق تطبیقی
۱۱. دانشنامه آیین دادرسی مدنی
۱۲. دانشنامه ادله اثبات دعوا

آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مسئولیت مدنی
۲. مسئولیت منصفانه
۳. اصل جبران کامل زیان
۴. معیارهای شخصی و نوعی

تعداد ۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. تبیین ماهوی نظریه مسئولیت منصفانه
۲. سند اروپایی طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR)

۳. نظریه مسئولیت منصفانه در نظام‌های اروپایی
۴. عوامل مؤثر در تعیین میزان خسارت در کشورهای اسلامی
۵. انتقادات وارد بر ماده ۱۲۱۶ ق.م.
۶. نظریه مسئولیت منصفانه؛ راه‌حلی در راستای تعدیل حکم ماده ۱۲۱۶ ق.م.
۷. شرایط اعمال تئوری مسئولیت منصفانه و کیفیت تفسیر آن

#### تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه دیات شناسایی شد که عبارتند از:

۱. دیه
۲. خسارت بدنی
۳. خسارت مادی
۴. خسارت معنوی
۵. نظام ارزیابی مقطوع
۶. نظام ارزیابی موردی.

#### تعداد ۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه دیات شناسایی شد که عبارتند از:

۱. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و انگلستان
۲. استناد به اصل جبران کامل خسارت‌ها
۳. ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی در خسارت‌های بدنی
۴. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام
۵. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق ایران
۶. تحلیل منتخب در زمینه معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی
۷. انواع ضرر قابل جبران در خسارت‌های بدنی

#### تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بیمه شناسایی شد که عبارتند از:

۱. دیه
۲. خسارت بدنی
۳. خسارت مادی
۴. خسارت معنوی
۵. نظام ارزیابی مقطوع
۶. نظام ارزیابی موردی.

تعداد ۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بیمه شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و انگلستان
۲. استناد به اصل جبران کامل خسارت‌ها
۳. ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی در خسارت‌های بدنی
۴. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام
۵. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق ایران
۶. تحلیل منتخب در زمینه معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی
۷. انواع ضرر قابل جبران در خسارت‌های بدنی

تعداد ۸ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق تجارت شناسایی شد که عبارتند از:

۱. حق تقدم خرید سهام جدید
۲. خرق حجاب شخصیت حقوقی
۳. سهامدار مؤثر
۴. الگوهای مشارکت
۵. شناسایی ریسک
۶. انواع ریسک
۷. مدیریت ریسک
۸. تخصیص ریسک

تعداد ۲۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق تجارت شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. محدود کردن یا منع توزیع سود و اندوخته‌ها بین سهامداران مؤثر
۲. سلب حق رای سهامدار مؤثر بطور موقت
۳. سلب حق تقدم خرید سهام جدید از سهامدار مؤثر
۴. قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی
۵. جایگاه ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی
۶. الگوهای رایج قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در حقوق ایران
۷. معنای ریسک
۸. طبقه‌بندی ریسک‌ها

۹. ریسک فنی
۱۰. ریسک های تجاری
۱۱. ریسک اقتصادی و مالی
۱۲. ریسک فورس ماژور قوهی قهریه (ریسک طبیعی)
۱۳. ریسک سیاسی
۱۴. مدیریت ریسک
۱۵. روش های شناسایی و ارزیابی ریسک
۱۶. مدل تفسل
۱۷. چرخه‌ی مدیریت ریسک
۱۸. تخصیص ریسک
۱۹. شروط استاندارد تخصیص بهینه ریسک
۲۰. شروط استاندارد تخصیص ریسک در قراردادها

تعداد پنج مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد که عبارتند از:

- حق تقدم خرید سهام جدید
- خرق حجاب شخصیت حقوقی
- سهامدار مؤثر
- اعتبار اسنادی
- یو سی پی ۶۰۰

تعداد ۱۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. محدود کردن یا منع توزیع سود و اندوخته ها بین سهامداران مؤثر
۲. سلب حق رای سهامدار مؤثر بطور موقت
۳. سلب حق تقدم خرید سهام جدید از سهامدار مؤثر
۴. مفهوم انتقال اعتبار اسنادی
۵. انواع انتقال اعتبار اسنادی
۶. تقسیم‌بندی بر اساس میزان انتقال اعتبار اسنادی
۷. تقسیم‌بندی بر اساس منشاء انتقال اعتبار اسنادی
۸. ضرورت اخذ رضایت گشاینده اعتبار اسنادی تجاری



۹. رعایت تعداد دفعات مجاز انتقال
۱۰. آثار حقوقی انتقال اعتبار اسناد
۱۱. وضعیت حقوقی ذی نفع دوم
۱۲. وضعیت حقوقی ذی نفع اول
۱۳. وضعیت حقوقی بانک انتقال دهنده

تعداد ۲ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق تجارت بین الملل شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. اعتبار اسنادی
۲. یو سی پی ۶۰۰

تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق تجارت بین الملل شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. مفهوم انتقال اعتبار اسنادی
۲. انواع انتقال اعتبار اسنادی
۳. تقسیم‌بندی بر اساس میزان انتقال اعتبار اسنادی
۴. تقسیم‌بندی بر اساس منشاء انتقال اعتبار اسنادی
۵. ضرورت اخذ رضایت گشاینده اعتبار اسنادی تجاری
۶. رعایت تعداد دفعات مجاز انتقال
۷. آثار حقوقی انتقال اعتبار اسناد
۸. وضعیت حقوقی ذی نفع دوم
۹. وضعیت حقوقی ذی نفع اول
۱۰. وضعیت حقوقی بانک انتقال دهنده

تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه اجرای احکام کیفری شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. دیه
۲. خسارت بدنی
۳. خسارت مادی
۴. خسارت معنوی

۵. نظام ارزیابی مقطوع
۶. نظام ارزیابی موردی.

تعداد ۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه اجرای احکام کیفری شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق فرانسه و انگلستان
۲. استناد به اصل جبران کامل خسارت‌ها
۳. ارزیابی موردی زیان‌های مادی و معنوی در خسارت‌های بدنی
۴. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق اسلام
۵. معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی در حقوق ایران
۶. تحلیل منتخب در زمینه معیار ارزیابی خسارت‌های بدنی
۷. انواع ضرر قابل جبران در خسارت‌های بدنی

تعداد ۹ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه قصاص شناسایی شد که عبارتند از:

۱. قتل عمد
۲. قصاص
۳. فدیة
۴. تمدن بین‌النهرین.
۵. قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین
۶. قانون‌نامه اور-نمو و لیپیت - ایشتار
۷. قانون‌نامه اشنونا
۸. قانون‌نامه حمورابی
۹. قانون‌نامه هیتی‌ها

تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه قصاص شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. مبنای کیفردهی مجازات قتل عمد
۲. هم کفو بودن
۳. کیفر مرگ یا قصاص



تعداد ۹ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. قتل عمد
۲. قصاص
۳. فدیة
۴. تمدن بین‌النهرین.
۵. قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین
۶. قانون‌نامه اور-نمو و لیپیت - ایشتار
۷. قانون‌نامه اشنونا
۸. قانون‌نامه حمورابی
۹. قانون‌نامه هیتی‌ها

تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. مبنای کیفردهی مجازات قتل عمد
۲. هم کفو بودن
۳. کیفر مرگ یا قصاص

تعداد ۹ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق تطبیقی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. قتل عمد
۲. قصاص
۳. فدیة
۴. تمدن بین‌النهرین.
۵. قانون‌نامه‌های تمدن بین‌النهرین
۶. قانون‌نامه اور-نمو و لیپیت - ایشتار
۷. قانون‌نامه اشنونا
۸. قانون‌نامه حمورابی
۹. قانون‌نامه هیتی‌ها

تعداد ۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق تطبیقی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. مبنای کیفردهی مجازات قتل عمد
۲. هم کفو بودن
۳. کیفر مرگ یا قصاص

تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. کشف دلیل
۲. کشف اسناد و مدارک
۳. آیین دادرسی
۴. حقوق تطبیقی
۵. حقوق بین‌الملل

تعداد ۹ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه آیین دادرسی مدنی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. کاربرد کشف دلیل در حقوق تطبیقی
۲. کشف دلیل در نظام حقوقی نوشته
۳. کشف دلیل در حقوق فرانسه کشف دلیل در حقوق سوئیس کشف دلیل در نظام حقوقی کامن‌لا
۴. کشف دلیل در حقوق انگلستان کشف دلیل در حقوق ایالات متحده آمریکا
۵. کاربرد کشف دلیل در دعاوی بین‌المللی
۶. عملکرد دیوان دآوری دعاوی ایران-آمریکا
۷. درخواست ارائه اسناد و مدارک یک طرف از طرف مقابل
۸. ارائه داوطلبانه مدارک
۹. رد تقاضای ارائه سند از جانب دیوان

تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه ادله اثبات دعوا شناسایی شد که عبارتند از:

۱. کشف دلیل
۲. کشف اسناد و مدارک

۳. آیین دادرسی
۴. حقوق تطبیقی
۵. حقوق بین‌الملل

تعداد ۹ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه ادله اثبات دعوا شناسایی شد که عبارتند از:

۱. کاربرد کشف دلیل در حقوق تطبیقی
  ۲. کشف دلیل در نظام حقوقی نوشته
  ۳. کشف دلیل در حقوق فرانسه کشف دلیل در حقوق سوئیس کشف دلیل در نظام حقوقی کامن‌لا
  ۴. کشف دلیل در حقوق انگلستان کشف دلیل در حقوق ایالات متحده آمریکا
  ۵. کاربرد کشف دلیل در دعاوی بین‌المللی
  ۶. عملکرد دیوان داوری دعاوی ایران-آمریکا
  ۷. درخواست ارائه اسناد و مدارک یک طرف از طرف مقابل
  ۸. ارائه داوطلبانه مدارک
  ۹. رد تقاضای ارائه سند از جانب دیوان
- بر این اساس در مجموع تعداد ۵۱ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل‌ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل‌ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل‌ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت متناظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

**خلاصه ابعاد و کاربردهای**

**دانشنامه‌ای مقالات**

## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



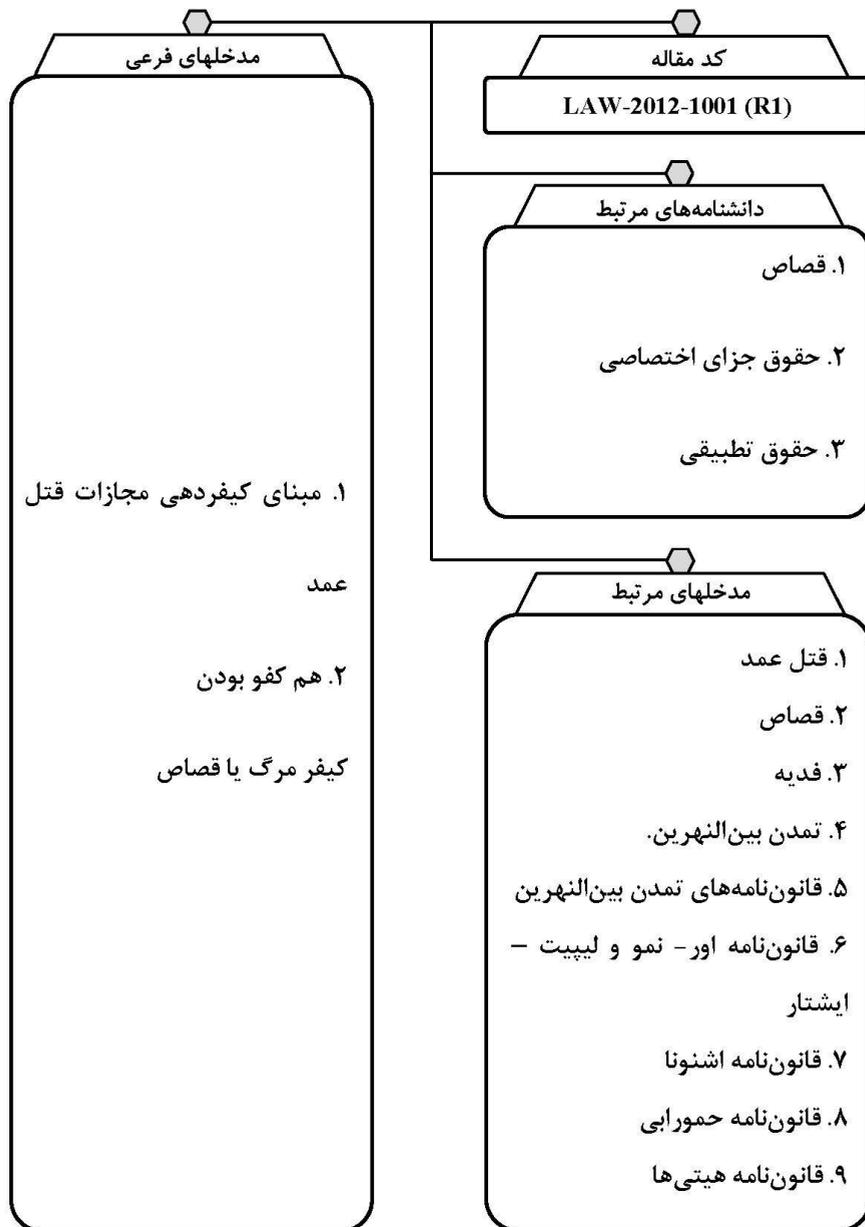
## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



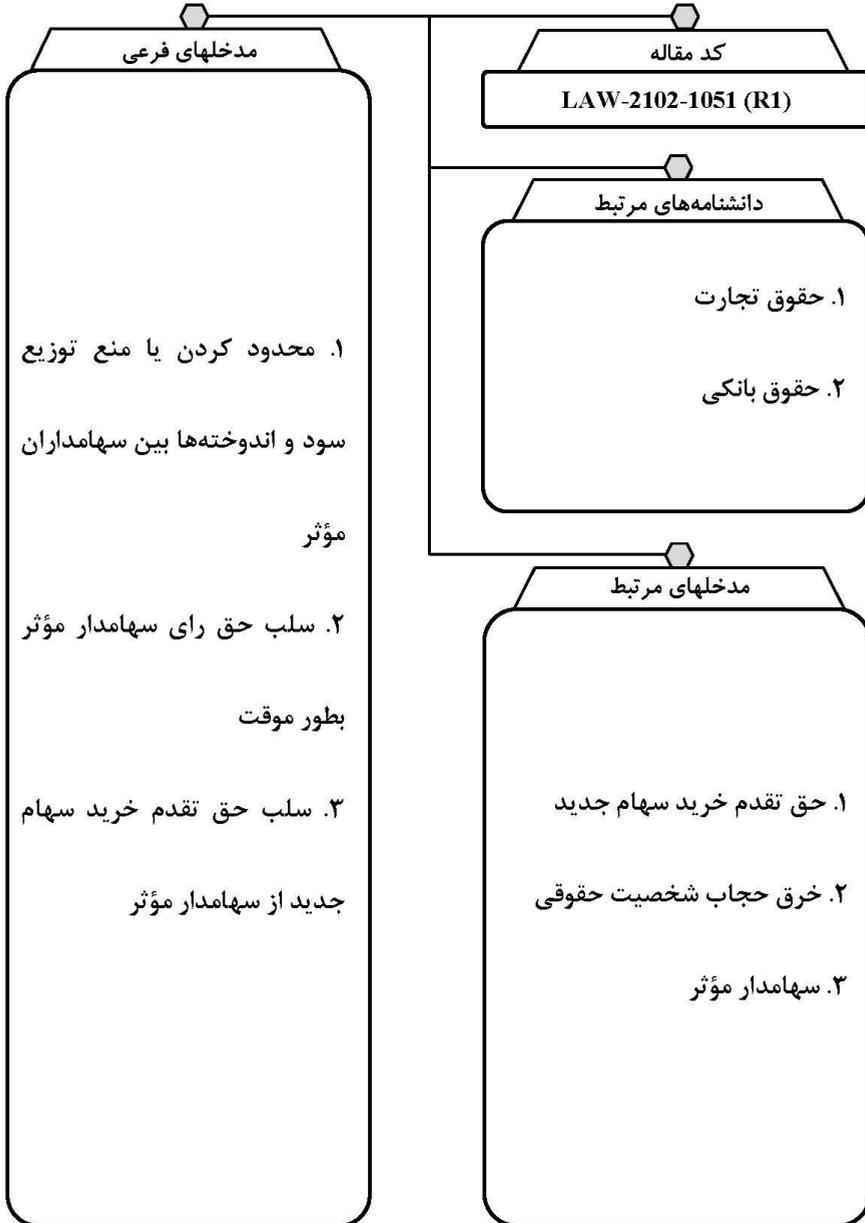
## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

