

تحول مسؤولیت مدنی در حقوق ایران و فرانسه با تأکید بر شناسائی خسارات غیر ترمیمی

محمد حسن صادقی مقدم*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

جعفر نوری یو شانلوئی

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۹/۱۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۱۰/۱۳)

چکیده:

مسؤولیت مدنی از نظر سنتی ناشی از تقصیر و محدود به ترمیم خسارت زیان دیدگان است. این امر نه تنها در تأکید بر تقصیر مرتکب و مجازات کردن او، بلکه در محدود ساختن عنوان زیان دیده به زیان دیدگان مستقیم و در محصور کردن موضوع خسارت به خسارات مالی نیز متبلور بود. در حالی که شکوفا شدن نظام اقتصادی و پیشرفت صنعتی مقام ممتاز و ویژه ای به مسؤولیت مدنی داده و انجام برخی اصلاحات در آن را ضروری ساخته است. یکی از اصلاحات ضروری، به رسمیت شناختن نوع جدیدی از ضرورزیان هاست که "خسارات غیر ترمیمی" نامیده شده و موضوع آن الزام مقصر به استرداد منافع حاصل از فعالیت های غیر قانونی است. این گونه خسارات نه برای جبران خسارت خواهان بلکه به منظور اصلاح و بازداشتن خواننده و امثال وی از ارتکاب اعمالی است که موجب ضرر خواهان شده، و یا جلوگیری از امتناع خواننده از اجرای تعهد قانونی خود مقرر می شود. این خسارت در حقوق مسؤولیت مدنی بسیاری از نظام ها وجود دارد و مقاله حاضر در صدد است با مطالعه حقوق فرانسه زمینه شناسائی آن در حقوق ایران را نیز فراهم آورد.

واژگان کلیدی:

تحولات ضروری، تقصیر انتفاعی، ضرر اقتصادی، خسارات غیر ترمیمی، کیفر خصوصی، دعوی توقف.

مقدمه

باید اذعان داشت که امروزه جامعه ما با تمام دشواری های دنیای صنعتی عجین گشته و تحولی عظیم در ساختار اقتصادی، فرهنگی و صنعتی جامعه بوجود آمده است. این تحول صنعتی، تکامل نهادهای حقوقی را نیز ضروری ساخته و به تبع آن ذهن اندشمندان حقوقی را برای روبرو شدن با این مشکلات به خود مشغول داشته است. شاید این نیاز در بخش مربوط به حقوق قراردادها کمتر احساس شود لیکن، حقوق مسئولیت مدنی که زاینده پیشرفت های علمی و صنعتی قرون اخیر است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۳۰). همگام با این تحولات علمی و تغییرات اجتماعی باید متحول شود. دامنه مسئولیت مدنی گاهی فراتر از تنظیم روابط دو نفر با یکدیگر یا با دیگران است. گاهی نیز حوادثی رخ می دهد که حل و فصل روابط اصحاب دعوی با تکیه بر مقررات موجود امکان پذیر نیست. برای اینکه بتوانیم در مقابل این تغییر و تحول دائمی عکس العمل منطقی و مناسب داشته باشیم، از مطالعه روند کلی تحول مسئولیت مدنی و تحقیق و بررسی پیرامون راه حل هایی که کشورهای صنعتی ارائه داده اند، بی نیاز نیستیم. در همین راستا، راجع به شرایط متفاوتی که حاکم بر اعمال و اجرای مسئولیت مدنی است، در کشورهای دیگر مباحث بسیاری در گرفته است. از طرفی، تعیین آثار مسئولیت مدنی تا حدی قابل توجه وابسته به مفهوم فعل زیانبار است. به همین خاطر، نتایج بسیاری از مباحث حقوقی در نحوه پاسخ به این سؤالات نهفته است که آیا فعل زیان بار تنها با توسل به مفهوم تقصیر منجر به مسئولیت می شود؟ تا چه اندازه ای باید نظریه خطر و لطمه به یک حق اساسی را جهت شناسائی افعال زیان بار مورد توجه قرار داد؟ این بحث بیش از یک قرن است که ذهن اندشمندان حقوقی و رویه قضائی را به خود مشغول کرده است.

همچنین، تحول در مفهوم خسارت، اختلاف نظرها و مشکلاتی قابل توجه را دامن زده است. آیا خسارت فقط به عنوان لطمه به یک حق یا به یک منفعت ساده تعریف می شود؟ چه منافعی شایسته حمایت بوده و لطمه به آن، می تواند مبنای مسئولیت مرتکب فعل زیانبار قرار گیرد؟ آیا هر نوع خسارتی، حتی خسارت اقتصادی (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۶۸) یا معنوی قابل جبران است؟ یا این که بایستی بنا به ملاحظات اقتصادی و حتی اخلاقی، برخی محدودیت ها در قابلیت جبران خسارت ایجاد شود؟ بحث در خصوص این موارد در طول قرن بیستم به اوج خود رسیده است.

علاوه بر مفاهیم ضرر و فعل زیان بار، راجع به رابطه سببیت نیز مطالعات متعددی صورت گرفته و جهت احراز آن مفاهیم و تئوریهای مختلف مطرح شده است. لیکن، نه تنها هیچیک از این نظریات به طور کامل و انحصاری به کار گرفته نشده، بلکه همگی به شکل گیری راه حل های کاملاً پیچیده و اختلافی منجر شده اند. به این ترتیب، شرایط مسئولیت، مدتها است که

صحنهٔ مباحثات را به خود اختصاص داده است. در مقابل، آثار مسؤلیت، کمتر مورد بحث قرار گرفته است. در واقع، تا پایان قرن بیستم تنها به یک مفهوم نسبتاً ساده در رابطه با اثر مسؤلیت مدنی، که همانا جبران خسارت بوده، اکتفا شده است. اما، امروزه معلوم شده که این نگرش، سطحی بوده و باید به سایر نقش های مسؤلیت مدنی، همانند پیشگیری، وادار کردن مسؤل به انصراف از استمرار فعل زیانبار و حتی اعادهٔ وضعیت زیان دیده به حالت قبل از وقوع خسارت نیز جایگاهی اختصاص داده شود.

در مورد جبران خسارت نیز تأملات و انتقادات زیادی مطرح شده است. این واقعیت آشکار شده است که اعمال نهاد جبران خسارت در خصوص بعضی از خسارات، بویژه خسارت های بدنی و مجموعهٔ خسارات جمعی یا گروهی، متضمن آثاری غیرقطعی و نابرابر است. از این رو، انجام اصلاحاتی در خصوص این نهاد حقوقی ضروری به نظر می رسد. برخی از اصلاحات یاد شده ممکن است به سادگی از تحولات رویهٔ قضائی کشورهای مورد مطالعه حاصل شود. به عنوان مثال، رویه قضایی می تواند مراجعه به اشکال متفاوتی از جبران خسارت غیر مالی، همانند دستور به انجام کاری خاص یا ممانعت از فعالیت غیرقانونی را تجویز کند.

در حقوق ایران، رویهٔ قضایی در دعوی جبران خسارت در روابط همسایگان، نه تنها به جبران خسارت ناشی از تصرفات نامتعارف یا به قصد اضرار می پردازد، برای از بین بردن منبع ضرر (مانند پر کردن چاه و از بین بردن باغچهٔ نامتعارف و خراب کردن دودکش) نیز تردید نکرده است که خود اقدامی احتیاطی و بازدارنده از ضرر آینده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۶۷۱). با این حال، تحقق این اصلاحات، بدون دخالت هوشمندانهٔ قانونگذار دشوار به نظر می رسد. با این وصف، تحول حقوق مسؤلیت مدنی از جهات گوناگونی ضروری می نماید که به ترتیب در چند مقاله مورد مطالعه قرار خواهند گرفت. لیکن، از میان اصلاحات ضروری می توان حداقل به موردی اشاره کرد که هم اکنون بحث های مفصلی را در اکثر نظام های حقوقی به طور عام و در حقوق فرانسه و ایران به طور خاص بر انگیخته است.

چنین تحولی به شناسائی و توجیه «خسارات غیر ترمیمی» با وصف تنبیهی، بازدارنده، وادارکننده و یا موارد مربوط به مصادرهٔ سود نا مشروع مربوط می باشد. نخستین سؤالی که در این راستا به ذهن متبادر می شود عبارت است از اینکه چه فایده ای بر شناسائی این گونه خسارات مترتب می باشد؟ با فرض پذیرش خسارات غیر ترمیمی در حقوق مسؤلیت مدنی ایران و فرانسه، نظام حقوقی حاکم بر نهاد یاد شده چه خواهد بود؟

اول. چالش‌های مربوط به شناسائی خسارات غیر ترمیمی

طرفداران شناسائی خسارات غیر ترمیمی در حقوق مسئولیت مدنی فایده آن را در دو مورد خلاصه کرده اند: نخست «تقصیر انتفاعی» یا سودآور (Stark et les Autres, 1996, n°1335)، و دوم «تقصیر سنگین و عمدی»^۱. در مورد تقصیر انتفاعی، یعنی تقصیری که نتایج مثبت آن، برای مرتکب فعل زیانبار، با یک جبران ساده خسارات منتفی نمی‌شود (Fasquelle, novembre 2002, p. 27). بدیهی است که اصرار به اعمال جدی اصل معروف به «جبران کامل خسارت یا تعادل میان خسارت و جبران آن»^۲، هر نوع اثر بازدارنده مسئولیت مدنی را از بین می‌برد. ضمن این که، این امر مرتکب را ترغیب می‌نماید تا با استمرار فعل زیانبار، به بهره برداری از فعل ارتكابی ادامه دهد. بنابراین، چنین وضعیتی هابی که نهاد حقوقی جعل یکی از مثالهای بارز آن است (Vivant, 2009, p. 1839) همواره تکرار می‌شود. وضعیت های مزبور را در موارد دیگری همانند رقابت مکارانه، اقدامات محدود کننده رقابت، لطمه به حقوق شخصیت از طریق مطبوعات، بعضی از لطمات وارده به محیط زیست، عدم رعایت قواعد ایمنی و خودداری تولید کنندگان و فروشندگان از دادن اطلاعات لازم نیز می‌توان مشاهده کرد. به ویژه اگر مرتکبین افعال یاد شده احساس کنند که رعایت قواعد مزبور پرهزینه تر از غرامتی است که به زیان دیدگان خواهند پرداخت. بنابراین، محاسبه سود و زیان تقصیر ارتكابی منجر به آن می‌شود که وارد کننده زیان کمترین توجهی به محکومیت احتمالی به جبران خسارت نداشته و به کارهای زیان بار خود ادامه دهد.

در نتیجه، حکم به استرداد سود نامشروع حاصله در کنار الزام به جبران خسارت وارده نه تنها مطلوب به نظر می‌رسد، بلکه حتی برای ایجاد مانع در مقابل چنین محاسبات و سوداگری هایی ضروری نیز می‌باشد. وانگهی، هنگامی که وصف «انتفاعی» تقصیر احراز نشده، ولی تقصیر ارتكابی خیلی سنگین و عمدی است، محکومیت به مبلغی فراتر از خسارتهای وارده ممکن است برای چنین هدفی قابل توجیه نباشد، ولی می‌تواند، چنانچه توسط بیمه پوشش داده نشده باشد، یک اثر تنبیهی و بازدارنده مؤثری در تقویت کارکردهای هنجاری

۱. برای یافتن تعریف نسبتاً جامع از تقصیر انتفاعی «Faute lucrative» باید به اثر جمعی آقایان استارک، رولاند و بوابه مراجعه شود. تقصیر انتفاعی در نظر نامبرندگان، علی‌رغم اینکه در نوع خسارت وارده به زیان‌دیده مستتر و به محکومیت مرتکب آنها به پرداخت ضرر و زیانهای قانونی منجر می‌گردد ولی منافع حاصله از چنین تقصیری مرتکبین فعل زیانبار را از ارتکاب مجدد تقصیرهای یاد شده باز نمی‌دارد.

۲. تقصیر عمدی و تقصیر سنگین «Faute grave et délibérée» از دیدگاههای مختلفی در مقررات جاری پیش بینی و در مواد ۱۲۲-۶ و ۱۲۲-۸ قانون کار فرانسه نیز به شرح ذیل تعریف شده است: تقصیر عمدی عبارت از تقصیری است که از روی عمد و به قصد ایجاد یک خسارت ارتكابی می‌یابد. از سوی دیگر، تقصیر سنگین نیز حاکی از قصد و اراده کارگر به اقدام علیه کارفرما است.

3- Le principe dit «de la réparation intégrale ou d'équivalence entre dommage et réparation».

مسئولیت مدنی داشته باشد (Grara, 2005, vol 45, p. 258). موارد یاد شده ملاحظاتی است که اغلب برای ترغیب به پیش بینی خسارات غیر ترمیمی و به ویژه خسارت تنبیهی در حقوق کنونی صورت پذیرفته است (Jault, 2005, t. 442; Fassquelle et Mesa, 2005, point de vue 2666; Chagny, 2006, p. 149; Laitner, 2008, p. 141 s; Guenzoui, 2009, t. 502, n° 346-47; Rapports (Carval, 1995, t. 250; de Jauffret-Spinosi et les autres, Novembre 2002).

با این حال، در بادی امر بعید به نظر می‌رسد که چنین ملاحظاتی همه را متقاعد کند. در عمل نیز اعتراض‌های متعددی در مخالفت با این نوآوری مطرح شده و چالش‌های پیش رو از این قبیل است.

۱) **عدم سازگاری خسارات غیر ترمیمی با اصل جبران کامل خسارت:** از لحاظ نظری، مخالفان به تعارض محکومیت‌های یاد شده با "اصل جبران کامل خسارات" (Le principe de la réparation intégrale) که مبنای اصلی حقوق مسئولیت مدنی است، اشاره می‌نمایند. اما، به آسانی می‌توان به این گونه ایرادها پاسخ داد. چرا که اصول حقوقی اساساً برای اجرای عدالت وضع شده نه عکس آن. هنگامی که یک اصل، ناکارآمد جلوه نماید، باید مورد نقد قرار گرفته و در صورت در بر داشتن آثار نامطلوب، کنار گذاشته شود.

در این زمینه ممکن است شرایط گوناگونی بر دامنه حق زیان دیده تأثیر بگذارد و محدودیت‌هایی برای این اصل بوجود آورد (Jourdain, 2007, p. 224). به عنوان مثال، هنگامی که مسؤولیت خوانده قراردادی توصیف می‌شود ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه متعهد را تنها به جبران خسارت قابل پیش بینی ملزم می‌کند.^۱ به همین دلیل، امانت دارنده یا متصدی حمل و نقل فقط باید ارزش قابل پیش بینی چیزهایی که به آن سپرده شده است را جبران کند نه خسارت استثنایی و غیر قابل پیش بینی ناشی از اتلاف چیزهایی که دارای ارزش غیرعادی هستند. گاهی نیز قانونگذار بطور صریح قراردادهای مربوط به دامنه جبران خسارت را در روابط میان مصرف کنندگان با اصناف و تولیدکنندگان ممنوع می‌گرداند. ماده ۱۵-۱۳۸۶ قانون راجع به مسؤولیت ناشی از فرآورده‌های معیوب فرانسه مقرر داشته که: "شروط رافع یا محدود کننده مسؤولیت ناشی از فرآورده‌های معیوب، ممنوع و باطل است". همچنین، قانون در برخی موارد نحوه و میزان جبران خسارت را از پیش به طور مقطوع تعیین می‌کند و لذا به طور صریح از این اصل جبران کامل خسارت تخطی می‌نماید. گاهی نیز در زمینه مسؤولیت متصدیان حمل و نقل و در حوادث رانندگی، تقصیر نابخشودنی به تنهایی در حکم نیرنگ به قانون دانسته نس شود تا بیش از سقف‌های قانونی غرامت گرفته شود.

۱. ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه: "متعهد، تنها مسئول زیان‌هایی است که به هنگام قرارداد، پیش بینی شده یا قابل پیش‌بینی بود مشروط بر آن که عدم اجرای تعهد، ناشی از نیرنگ او نبوده باشد".

۲) وجود راهکارهای مشابه با خسارات غیر ترمیمی: ایراد دیگری که بسیار هم جدی به نظر می‌رسد، ناشی از وجود راهکارهای دیگری است که بیگانه با مسئولیت مدنی است ولی می‌تواند کارکردی مشابه با خسارات تنبیهی را در بر داشته باشد:

الف- در ابتدا، ممکن است ذهن به سوی حقوق کیفری سوق یابد. زیرا در اکثر موارد، توسل به مجازات کیفری برای منصرف کردن مرتکبین تقصیرهای عمدی کافی است. با این حال، تجربه نشان داده است که اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در برخی موارد مانع کارایی حقوق کیفری در پیشگیری و کنترل این گونه تقصیرها می‌شود. به این دلیل که برخی از تقصیرهای ارتكابی از نظر کیفری هنوز جرم انگاری نشده است و یا مجازات‌های پیش‌بینی شده در قانون برای منصرف کردن مرتکبین جرایم سودآور ناکافی است. در چنین مواردی، چرا نباید به حقوق مسئولیت مدنی نقشی تکمیلی و تنبیهی همانند حقوق کیفری اعطا شود؟ واقعیت این است که قانون مجازات اسلامی ایران همانند قانون کیفری فرانسه در برخی موارد به پیش‌بینی جریمه‌های نقدی اقدام کرده است که احتمالاً همان نقش خسارات غیر ترمیمی حقوق مسئولیت مدنی را ایفا می‌کند (Béhar-Touchais, novembre 2002, p. 36). اما باید توجه کرد که این جریمه‌ها دارای سقفی مشخص است و این محدودیت‌ها، کارایی آن‌را، همانند سایر مجازات‌های کیفری، به ویژه در رابطه با جرایم سودآور کاهش می‌دهد.

ب- مخالفین خسارات غیر ترمیمی همچنین از شیوه‌های دیگری مانند دعوای «تقلیل سود» یا دعوای «دارا شدن بلاجهت» نام می‌برند که به ترتیب در حقوق کشورهای سوئیس و آلمان اجرا می‌شود (Werro, 2003, p. 745 s). اما به نظر می‌رسد که این دعوای، حداقل در مورد حمایت از حقوق شخصیت فاقد کارایی است. اضافه بر اینکه اعمال آن در حقوق فرانسه و حتی تا اندازه‌ای در حقوق ایران، احتمالاً به همان اندازه و حتی بیشتر از خسارات غیر ترمیمی موجب بی‌نظمی خواهد شد.

ج- در خصوص دعوای «توقف»^۱ نیز که مدت‌ها است در حقوق رقابت ناعادلانه کشور آلمان به رسمیت شناخته شده و به موجب قانون ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۰ در زمینه حمایت از زندگی خصوصی به حقوق فرانسه وارد و به طور کلی در حقوق اروپا مورد تأیید قرار گرفته، و امروزه به کمک قرارهای دستور موقت مربوط به حقوق رقابت (Fasquellep, 2002, p. 34) رونق یافته و علاوه بر مقررات آئین دادرسی مدنی^۲، تا اندازه‌ای در قانون اجرای سیاست‌های

۱. یعنی هر زمان که عملی در عین داشتن سود برای عده‌ای منجر به ضرر افرادی دیگر شد، باید آن عمل را متوقف کنیم.
L'action en cessation est une procédure qui permet de faire cesser ou interdire une infraction nuisant aux intérêts collectifs des consommateurs.

۲. در قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز پیش‌بینی شده است که، اگر مالی (خواسته) در معرض تضییع و تفریط باشد، دادگاه تصرف در آن را با صدور قرار تأمین خواسته ممنوع سازد یا آن مال را توقیف کند یا

اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز پیش بینی شده است^۱، می‌توان گفت که دعوی مؤثری است و شایستگی آن را دارد که از قلمرو اجرای گسترده‌ای برخوردار باشد.

در واقع، آثار مختل‌کننده رفتارهای ضد رقابتی به صرف صدور دستور محکومیت خطایی خاتمه نمی‌یابد و به همین علت این اختیار برای مراجع ذی صلاح در حقوق رقابت وجود دارد که دستور توقف عملیات منافعی با قانون را صادر نماید. بند ۱ ماده ۷ آیین نامه ۱/۲۰۰۳ در اتحادیه اروپا به کمیسیون اورپایی این اختیار را داده است که در صورت نقض مواد ۸۱ و ۸۲ معاهده اروپا، فعال تجاری مورد نظر را الزام کند تا رفتار ضد رقابتی خود را پایان دهد. حتی این امکان وجود دارد که کمیسیون علاوه بر حکم به ممنوعیت انجام رفتاری خاص، طرفین را از انجام اعمالی که دارای نتایج مشابه با آن رفتار می‌باشد نیز منع کند. در ایران به موجب ماده ۶۲ قانون اصلاح برنامه چهارم توسعه، شورای رقابت تنها مرجعی است که رأساً یا بر اساس شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی به رویه‌های ضد رقابتی رسیدگی می‌کند. ماده ۶۱ همان قانون بیان می‌دارد در صورتی که شورا بعد از رسیدگی تحقق رفتاری ضد رقابتی را احراز کند می‌تواند به توقف انجام رویه‌های ضد رقابتی دستور دهد.

اما مشکل اینجاست که دعوی مزبور صرفاً ناظر به آینده بوده و راجع به درآمد نا مشروعی که مرتکب تقصیر از فعل زیان بار خود تا قبل از طرح دعوی یاد شده به دست آورده است، هیچ گونه تأثیری ندارد.

بنابراین، وجود ابزارهای مشابه متمایل به مجازات، به ویژه در خصوص تقصیرهای انتفاعی، هیچ منافاتی با خسارات غیر ترمیمی که می‌تواند در فقدان آنها یا برای تکمیل آنها بکار رود، ندارد. البته در بادی امر به نظر می‌رسد که چنین اقدامی یک نوع «اختلاط دعاوی» موضوع حقوق خصوصی و حقوق کیفری است. چرا که، این گونه خسارات شباهت زیادی به مجازات های کیفری دارد بدون آن که از تضمین های حقوق کیفری برخوردار باشد (Jauffret, 2002, p.19). با این حال، اگر چه توجه به این انتقاد، ناظر به پرهیز از موازی کاری به لحاظ وجود ضمانت اجراهای خارج از حقوق مسؤولیت مدنی، ضروری است، اما چنین

برای جبران خسارت احتمالی ناشی از صدور دستور موقت از درخواست کننده تأمین بگیرد (ماده ۱۰۸ ق.آ.م.د در تأمین خواسته).

۱. به موجب ماده ۵۱ قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم و اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی: «حقوق و امتیازات ناشی از مالکیت فکری نباید موجب نقض مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون شود، در این صورت شورای رقابت اختیار خواهد داشت یک یا چند تصمیم زیر را اتخاذ کند: الف) توقف فعالیت یا عدم اعمال حقوق انحصاری از جمله تحدید دوره اعمال حقوق انحصاری، ب) منع طرف قرارداد، توافق یا مصالحه مرتبط با حقوق انحصاری از انجام تمام یا بخشی از شرایط و تعهدات مندرج در آن، ج) ابطال قراردادها، توافق یا تفاهم مرتبط با حقوق انحصاری در صورت مؤثر نبودن تدابیر موضوع بندهای «الف» و «ب» این ماده».

انتقادی در اجرای اصل «خسارات غیرترمیمی» مانعی ایجاد نمی‌کند. زیرا ضمانت اجرای اداری، انتظامی یا مدنی دیگری نیز وجود دارد که با همان انتقادات مواجه است. ضمن این که، انتقاد مزبور، در راستای احترام به حقوق بنیادی مندرج در اصول قانون اساسی کشور فرانسه، اعلامیه جهانی و کنوانسیون اورپائی حقوق بشر (Carval, 1995, n° 206-214)، صرفاً بر اصلاح ضمانت اجرای یادشده معطوف می‌باشد. وانگهی، همراهی پاسخ کیفری با برخی از اصول تضمین کننده آزادی و امنیت شخصی، در عین حال سبب برخی نتایج نامطلوب می‌شود که به آسانی نمی‌توان از آنها چشم پوشید (خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۶۱). در این مورد می‌توان به کندی جریان دادرسی، امحاء آثار جرم و دشواری اثبات عمل مجرمانه، بی اثر شدن ضمانت اجرا به دلیل فاصله گرفتن از زمان جرم و نظایر آن اشاره کرد. در حالی که وقتی ماهیت امری از حوزه کیفری خارج و وارد قلمرو مدنی می‌شود، این اصول اعمال نمی‌شود یا با تأکید کمتری همراه است و مبارزه حقوقی با افعال زیانبار را راحت تر می‌کند.

۳) مغایرت خسارات غیرترمیمی با عدالت معاوضی: انتقاد منطقی دیگری که راجع به خسارات غیرترمیمی مطرح گردیده است، بر این نکته تأکید می‌نماید که این نوع خسارات از یک سو، موجب دارا شدن بلاجهت زیان دیده می‌شود، و از سوی دیگر، در زمینه حقوق رقابت، امتیازی غیر موجه به رقبای خواننده اعطاء می‌کند (Béhar-Touchais, 2002, n° 41). به نظر می‌رسد که انتقاد اخیر نیز بایستی تعدیل گشته و نسبی تلقی شود. زیرا، لاقلاً بخشی از منافی که خواهان ممکن است از رهگذر خسارات غیرترمیمی بدست آورد به هزینه‌های دادرسی اختصاص می‌یابد. در جایی نیز که تحصیل سود نامشروع، مانند مورد جعل، فقط به ضرر زیان دیده تمام شده است الزام خواننده به استرداد کل این درآمد من غیر حق، کاملاً موجه می‌باشد. البته، مواردی نیز وجود دارد که در آن خواهان، تنها شخصی نیست که از اقدام‌های غیرقانونی ناشی از تقصیر خواننده، متحمل ضرر شده است. بدیهی است که در این صورت، اعطای کل منافع موضوع حکم به خواهان توجیه کافی ندارد. در چنین مواردی، می‌توان بخشی از خسارات غیرترمیمی را به خزانه دولت و یا به صندوق هائی که منافع مشروع آنها در اثر تقصیر ارتكابی متحمل ضرر شده است، اختصاص داد. در نتیجه، در این خصوص نیز ایراد مؤثری به اصل خسارات غیرترمیمی وارد نیست و انتقاد مطروحه صرفاً بایستی برای اصلاح رژیم حقوقی این نهاد پیشنهادی در نظر گرفته شود (Carval, *op. cit.*, n° 318-323).

۴) نامحدود بودن اختیارات قضایی در تعیین خسارات غیرترمیمی: در نهایت، مخالفان خسارات غیر ترمیمی، اغلب به خطر محاسبه خود سرانه این خسارت‌ها اشاره و به طور مشخص، به افراط گری‌هایی که به حق یا ناحق، به قضاوت و به ویژه به هیأت‌های منصفه آمریکایی در هنگام مراجعه به چنین روشی منتسب می‌شود، استناد می‌نمایند. اما به نظر می‌رسد

که این رویه افراطی تا کنون تنها در ایالات متحده آمریکا به اجرا در آمده و در همان جا نیز با توجه به برخی از ویژگی های خاص آئین دادرسی، توجیه شده است. همچنین، این رویکرد افراطی دادگاه ها در سال های ۱۹۹۶ و ۲۰۰۱ میلادی از سوی دیوان عالی کشور آمریکا مورد نقد و نقض قرار گرفته است (Kenneth, 2000, p. 1-36). در مقابل، به نظر می رسد که قضات سایر کشورهایی که در آنجا خسارات غیر ترمیمی به طور رسمی پذیرفته شده، استفاده معقولی از این ابزار حقوقی بعمل آورده اند. چنین وضعیتی به ویژه در ایالت کبک و سایر ایالت های کانادایی، به رغم تأثیرپذیری قابل توجه رویه های حقوقی این کشور از رویه کشور آمریکا، حاکم است (Jobin, 2003, p. 536 s). بنابراین ایراد یادشده نیز اعتبار ضرر و زیان های^۱ غیر ترمیمی را خدشه دار نساخته و تنها ضرورت رعایت احتیاط در تدوین نظام حقوقی حاکم بر نحوه تعیین و پیش بینی این خسارت ها را توصیه می کند.

همچنین، عدم سازگاری خسارات غیر ترمیمی با اصول حقوقی فرانسه در زمینه جعل، به طور صریح از سوی اغلب اندیشمندان حقوقی این کشور رد شده است. زیرا قانون شماره ۱۵۴۴-۲۰۰۷ مورخ ۲۹ اکتبر ۲۰۰۷، در اجرای دستورالعمل اروپایی مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴، مقررات متعددی^۲ را وضع و برای ارزیابی خسارات درخواستی، جایگزینی را پیش بینی کرده است که مفاد آن ناظر به سود نامشروع اکتسابی توسط جاعل بوده و به خواهان اجازه می دهد تا استرداد کل این منافع و یا به طور مقطوع مبلغی را مطالبه کند (Azzi, 2008, dossier 700 ; Gautier, 2009, n° 1839; Huillier, 2009, n° 2). علاوه بر این، همچنان که یکی از حقوق دانان فرانسوی مورد تأکید قرار داده است: «این ادعا درست نیست که چون مرتکب فعل زیان بار منافع قابل توجهی از ارتکاب آن به دست آورده است، در نتیجه زیان دیده خسارت زیادی متحمل شده است، و بالعکس، اگر فعل ارتكابی انتفاعی نبود، زیان دیده نیز خسارت کمتری تحمل می کرد» (Azzid, dossier préc.). بنابراین، اصل برابری میان خسارت وارده و جبران کامل آن، پیش از این در حقوق فرانسه کارآیی خود را از دست داده است و این نوآوری با کارآمدی مناسب به ویژه در زمینه جعل (Vivant, *op. cit.*) می تواند در قواعد عمومی مسؤولیت مدنی مورد استفاده قرار بگیرد (Gautier, *op. cit.*).

مباحث نظری اصل «خسارات غیر ترمیمی»، به ویژه در بعضی از زمینه ها مدت هاست مطرح شده است. در این خصوص می توان به جبران خسارات معنوی که اساساً معادل مالی

۱. گرچه برخی حقوقدانان داخلی استعمال توأمان این دو واژه را نپسندیده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۷۱)، ولی، مفهوم ضرروزیان به زعم برخی دیگر از نویسندگان روشن بوده و به رواج استعمال آن تأکید شده است (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۸، ص ۷۱).

2- Art. L. 331-1-3 CPI en matière de propriété littéraire et artistique ; art. L. 521-7 concernant les dessins et modèles ; art. L. 615-7 relatifs aux brevets et art. L. 716-14 pour les marques.

ندارد و حتی به خسارتهای اقتصادی که تعیین ارزش عددی آنها دشوار است، اشاره کرد (Nussenbaum, 2009, p. 307). در واقع "Economic Loss" یا همان ضرر اقتصادی، که اخیراً در حقوق ایران نیز مطرح و به طور اجمالی مورد مطالعه قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۶۸ به بعد)، در معنی وسیع به تمام خسارات ناشی از فعالیت های اقتصادی اعم از تولیدی و خدماتی، مانند اختلال در بازار از طریق رویه های ضد رقابتی یا ارائه ی اطلاعات نادرست در بورس و غیره اطلاق شده است (بادینی، ۱۳۹۰، ص ۶۰). به این ترتیب، در زمینه رقابت مکارانه نیز رویه مزبور جای خود را پیدا کرده است. دیوان کشور فرانسه در بسیاری از موارد، محکومیت به خساراتی که هیچ گونه جنبه ترمیمی نداشته و صرفاً به منظور مصادره یک سود نامشروع یا برای تنبیه یک رفتار قابل سرزنش در نظر گرفته شده است را تأیید کرده است (Civ. 2^{ème}, 13, 21 avril 2005 ; juillet 2000). با این حال، این رویه ممکن است منجر به قضاوت خودسرانه و نابرابر میان خواسته های مشابه در دعاوی خسارت شود. به همین خاطر، حقوقدانان فرانسوی اعتقاد دارند که تنها دخالت قانونگذار در پیش بینی قوانین لازم می تواند رژیم حقوقی چنین خساراتی را قانونمند سازد. از سوی دیگر، امروزه وضع قانون خاص خسارات غیر ترمیمی در نظریه های حقوقی فرانسوی^۱ به صراحت مطرح شده و پیش نویس قانونی نیز به قلم پروفیسور پی یر کاتالا در لایحه اصلاح حقوق تعهدات فرانسه پیشنهاد شده است. به موجب همین مقررات، «مرتکب تقصیر عمدی و به ویژه مرتکب تقصیر انتفاعی، علاوه بر ضرر و زیان های ترمیمی به خسارات تنبیهی نیز محکوم می شود. قاضی مخیر است بخشی از خسارات پیش بینی شده را به خزانه دولت اختصاص دهد. تصمیم قاضی مبنی بر اختصاص چنین خساراتی بایستی مستند و مستدل بوده و مبلغ آن نیز از سایر غرامت های متعلق به زیان دیده تفکیک شود. خسارات تنبیهی قابل بیمه شدن نیست».

اگر چه موضوع یاد شده در حقوق فرانسه، از جهات مختلف مورد نقد قرار گرفته است، با این حال، این پیشنهاد در قالبی کاملاً متفاوت، توسط کارگروه منتخب کمیسیون قوانین سنا تهیه و به صورت گزارشی نهائی تحت عنوان «مسئولیت مدنی: تحولات ضروری» در سال ۲۰۰۹ میلادی از سوی همان کمیسیون منتشر شده است.

(<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics>). کمیسیون قوانین سنا پس از یادآوری تبادل نظرهای انجام شده، به این نتیجه رسیده است که خسارات تنبیهی می تواند در بعضی از دعاوی خاص، همانند دعاوی ناشی از لطمات وارده به حق تصویر، حق حیثیت،

۱. پس از رساله های استارک با عنوان «مسئولیت در ایفای دو نقش: تضمین و کیفر خصوصی»، کاروال در خصوص «مسئولیت مدنی در کارکرد کیفر خصوصی»، و رساله ژولت پیرامون «مفهوم کیفر خصوصی»؛ کنفرانسی در تاریخ ۲۱ مارس ۲۰۰۲ در این خصوص برگزار و مقالات ارائه شده نیز در مجله لا پوئیت آفیش منتشر گردیده است.

حقوق مالکیت معنوی، در کنار حقوق رقابت و حقوق مصرف کننده پذیرفته شود. از بحث های مربوط به امکان و آثار به کارگیری خسارات غیر ترمیمی در حقوق فرانسه دو نتیجه حاصل می شود:

الف- به کار گیری این ابزار جدید، به طور خاص در مورد تقصیر انتفاعی به منظور تجویز حکم به استرداد یا مصادره سود نامشروع مفید به نظر می رسد. در واقع، در چنین فرضی است که خسارات غیر ترمیمی یک خلاً واقعی حقوق مسؤولیت مدنی را پر خواهد کرد. زیرا، در وضعیت فعلی هیچ سازوکار دیگری برای ایفای این نقش به عنوان یک قاعده عمومی در حقوق فرانسه و حتی در حقوق ایران وجود ندارد.

ب- سابقه وجود خسارات غیر ترمیمی در حقوق فرانسه، لاقلاً در برخی زمینه ها، واقعیتی انکار ناپذیر است. لیکن، خسارات یاد شده، نه از سوی بخشی از نظریه های حقوقی (دکترین)، و نه توسط رویه قضایی دیوان عالی کشور، به نحو روشنی مورد استناد قرار نگرفته است. در حالی که چنین وضعیتی مانع ایجاد یک نظم حقوقی قانونمند می شود. بنابراین، مطلوب تر آن است که دیدگاه های مطروحه به منظور اقتباس نهاد حقوقی مزبور در حقوق ایران مطمح نظر واقع و قانونگذار نیز به منظور برخوردار کردن خسارات غیر ترمیمی از یک نظام حقوقی مناسب، رأساً به موضوع ورود پیدا کند.

دوم. نظام حقوقی حاکم بر خسارات غیر ترمیمی

بدیهی است که این نظام حقوقی، بسته به اینکه خسارات غیر ترمیمی به منظور ضبط و مصادره سود نامشروع اعمال شود و یا به تنبیه یک تقصیر بسیار سنگین اختصاص یابد متفاوت خواهد بود. اهداف مذکور، قواعد کاملاً متفاوتی را اقتضاء می نماید.

(۱) تفاوت در تقصیر مبنای مسؤولیت: اولین تفاوت، به تقصیر مبنای مسؤولیت مربوط می شود. در واقع، محکومیت به استرداد سود نامشروع صرفاً با وجود یک تقصیر انتفاعی امکان پذیر است، در حالی که برای تحمیل یک خسارت تنبیهی باید تقصیر ارتكابی بسیار شدید بوده و یا خسارات سنگینی از آن ناشی شده باشد. وانگهی، تقصیر انتفاعی، نیاز به احراز قصدی دارد که کشف آن ممکن است بسیار ظریف باشد. بنابراین، دور از انتظار نیست که دادگاه ها ناگزیر شوند، با استفاده از اختیارات خود در تفسیر قوانین، وقوع اعمالی را که ارتكاب آنها به محاسبه اولیه سود و زیان نیاز دارد را مفروض بگیرند. بدین معنی که، اگر هزینه پیش بینی و احتراز از خطر تناسب عرفی با بهای کالا داشته باشد و با وجود این تولید کننده از صرف این هزینه دریغ کند، مرتکب تقصیر انتفاعی شده است و باید مکافات آن را ببیند.

سؤالی که در این رابطه مطرح می‌شود آن است که آیا تقصیر مبنای خسارات غیر ترمیمی، لزوماً بایستی از نوع غیر قراردادی و قهری باشد؟ پاسخ مثبت، با هیچ دلیلی قابل توجیه نیست. ضمن اینکه، اعمال این گونه روش های جبران خسارت به طور سنتی در رابطه با تقصیر قراردادی صورت گرفته است. چنان که در مورد شروط محدود کننده مسئولیت در قراردادهای مربوط به اجاره کشتی، که اصطلاح «تقصیر انتفاعی» برای اولین بار در اوایل قرن بیستم میلادی از سوی دیوان کشور فرانسه در آنها بکار رفته است، با تقصیری قراردادی مواجهیم (Rodière et Pontavice, 1997, n° 317-18). در حقوق انگلیس نیز، نقض قرارداد بود که فرصت را برای مجلس اعیان فراهم آورده تا در سال ۲۰۰۱ میلادی «نوعی ضرروزیان جدید، نه بر اساس وجود ضرر بلکه بر مبنای نفع ناشی از تقصیر» (Fauvarque-Cosson, 2005, n° 479) اختصاص دهد.

۲) تضمین حقوق دفاعی خواننده: تفاوت دیگر در نوع تضمین‌هایی است که حسب مورد بایستی به نفع خواننده پیش بینی شود. هنگامی که، زیان دیده به دنبال تحمیل یک «کیفر خصوصی» واقعی به وارد کننده خسارت است، این طبیعی به نظر می‌رسد که رعایت حقوق دفاعی پیش بینی شده در زمینه کیفری تحمیل شود. زیرا، «کیفر خصوصی» در معنای کنوانسیون ظاهراً به حقوق کیفری مربوط می‌شود. در حالی که چنین الزامی در مورد حکم به استرداد سود نامشروع وجود ندارد. زیرا، خسارات غیر ترمیمی اخیر که بیشتر به استرداد پرداخت ناروا یا دارا شدن بلاجهت یا توقف یک فعالیت غیر قانونی شباهت دارد، فاقد وصف کیفری بوده و عموماً به حقوق خصوصی مربوط می‌شوند.

۳) رعایت اصل تناسب در محاسبه خسارات غیر ترمیمی: تقابل بین دو گروه از خسارات غیر ترمیمی (خسارت تنبیهی و استرداد سود نامشروع)، همچنین در محاسبه مبلغ غرامت آشکار می‌شود. در تعیین این نوع ضرر و زیان‌ها صرف نظر از هدف مربوطه، بایستی اصل تناسب را به منظور اجتناب از افراط و تفریط رعایت کرد (Werro, *op. cit.*, p.748 ; Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, n° 20 ; Carval, *op. cit.*, n° 200). ولی، معیارهایی که بر اساس آن رعایت اصل تناسب در تعیین خسارات یاد شده مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، یکسان نیست. ضمانت‌اجراهای لازم برای استرداد یک سود نامشروع تنها بایستی متناسب با میزان درآمد حاصله تعیین شود. در مقابل، برای محکومیت به خسارت تنبیهی، میزان محکومیت اساساً بر مبنای شدت تقصیر و میزان اختیارات اعطائی به مسئول حادثه محاسبه و تعیین می‌شود.

۴) حدود آزادی قاضی در تعیین خسارات غیر ترمیمی: یکی از سؤالاتی که در مورد خسارات غیر ترمیمی مطرح می‌شود، تعیین حدود آزادی عملی است که مناسب است برای قاضی رسیدگی کننده به چنین دعوایی در نظر گرفته شود. در این مورد نیز بهتر است پاسخ

سؤال، متناسب با موضوع خواسته تفکیک شود. چنانچه موضوع عبارت از کیفر خصوصی با هدف مجازات مقصر باشد، طبیعی است که اختیارات گسترده ای برای ارزیابی خواسته به قاضی اعطا شود. در مقابل، هنگامی که خواسته خواهان، ناظر به استرداد سود نامشروع ناشی از تقصیر انتفاعی است، به نظر می‌رسد اعطای چنین اختیاری ضرورت ندارد. در واقع، دلیلی ندارد به خواننده اجازه داده شود تا تمام یا بخشی از سود نامشروع حاصله را مسترد نکند. ضمن اینکه «توقف فعالیت غیر قانونی» نیز می‌تواند، به عنوان جبران خسارت غیر نقدی، به مقصر تحمیل شود (Viney, 2009, p. 561-62). همچنین، خواننده باید به استرداد عایدات حاصل از فعل زیانبار خود نیز ملزم شود و قاضی مجاز به معاف کردن خواننده در این زمینه نیست.

۵) بیمه مسؤولیت ناشی از خسارات استردادی^۱ و تنبیهی: تفاوت خسارات استردادی و تنبیهی، همچنین در امکان بیمه کردن مسؤولیت ناشی از هر کدام از آنها کرد پیدا می‌کند. همانگونه که در بالا به آن اشاره شد، خسارت تنبیهی در عمل نقشی شبیه ضمانت اجراهای کیفری ایفا می‌نماید. از طرفی، بیمه مسؤولیت در امور کیفری مغایر اهداف اصلی مجازات ها و اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری تلقی و به همین دلیل از لحاظ شرعی و قانونی منع شده است. قرآن کریم در آیات متعددی (آیه ۶۴ سوره انعام، آیه ۱۵ سوره اسراء، آیه ۱۸ سوره فاطر، آیه ۷ سوره زمر و آیه ۳۸ سوره نجم) به این اصل اشاره و بیان داشته که «هیچ کس بار گناه دیگری را به دوش نمی‌کشد». در حالی که بیمه مسؤولیت، هنگامی که محکومیت اعلام شده ناظر به استرداد سود نامشروع است، کاملاً منطقی بوده و به نفع زیان دیدگان می‌باشد.

۶) ضرورت تفکیک مبالغ ناشی از خسارات غیر ترمیمی: راجع به تقسیم یا اختصاص مبلغ محکومیت ناشی از خسارات غیر ترمیمی نیز منطقی حکم می‌کند که قائل به تفکیک شویم. اختصاص کل مبلغ ناشی از استرداد سود نامشروع به زیان دیده، به ویژه هنگامی که فقط منافع وی از طرف مرتکب تقصیر تصاحب شده، منطقی به نظر می‌رسد. همچنین، در صورتی که لطمه به یک حق مالکیت فکری وارد آمده باشد. بر عکس، اگر این منفعت در زمینه خاصی مثل رقابت مکارانه متعلق به جمع کثیری باشد یا چنین منفعتی برای زیان دیده در زمینه دیگری مثل جرائم مطبوعاتی اصلاً قابل تصور نباشد، به راحتی می‌توان پذیرفت که بخشی از آن مبلغ به صندوقی که جبران منافع لطمه دیده را به عهده دارد، اختصاص یابد یا در فقدان

۱. در برخی از شاخه‌های حقوقی خسارات دیگری نیز از مدت ها قبل به نفع زیان دیدگان به رسمیت شناخته شده است که به موجب آن خواننده ملزم می‌شود تا درآمد حاصله از خطای مدنی را مسترد نماید. دویله و ورایت خسارات استرداد را جبران پولی خساراتی می‌دانند که میزان آن بیشتر متناسب با سود نامشروع خواننده اندازه گیری می‌شود تا مطابق با صزر خواهان (Doyle and Wright, 2001).

چنین صندوقی به خزانه دولت واریز شود. این راه حل، در مورد خسارات صرفاً تنبیهی نیز قابل اعمال است.

۷) قلمرو اعمال خسارت های غیر ترمیمی: اصلاح نظام حقوقی خسارات غیر ترمیمی منوط به تعیین قلمرو اعمال آن است. آیا مناسب است، همچنان که کارگروه منتخب مجلس سنای فرانسه در گزارش منتشره در سال ۲۰۰۹ پیشنهاد کرده، خسارت های مزبور تنها به برخی از دعاوی اختصاص یابد؟ یا، همان گونه که پروژه کاتالا در سال ۲۰۰۵ در نظر داشته، در قالب یک قاعده عام مربوط به حقوق مسئولیت مدنی پیش بینی شود؟

بررسی نظام حقوقی کشورهای مختلف در این زمینه گمراه کننده است. زیرا، اگر مطالعات انجام شده حاکی از این است که در کشورهایی که خسارات تنبیهی در آنجا به طور رسمی شناسائی شده، اعمال آن به موارد خاصی^۱ محدود گردیده است، از آن نمی توان به عنوان یک قاعده عام استنباط کرد.^۲ وانگهی، مطالعه تطبیقی نظام های مختلف حقوقی نشان می دهد که این موارد خاص نیز از کشوری به کشور دیگر متفاوت است (Wood, Robert W. 2003).

بنابراین، برای ایجاد یک رژیم حقوقی جامع، مناسب است که در این مورد نیز موضوع محکومیت ملاک عمل قرار گیرد. در خصوص استرداد سود نامشروع ناشی از یک تقصیر انتفاعی هیچ دلیلی وجود ندارد که برخی از دعاوی از قلمرو اعمال خسارات غیر ترمیمی مستثنی شود. بدیهی است که ارتکاب تقصیرهای انتفاعی در بعضی از زمینه ها، همانند «حقوق مطبوعات، حقوق رقابت و بهره برداری از اموال مورد حمایت حقوق مالکیت فکری»، بسیار شایع است. اما تجربه نشان می دهد که ارتکاب چنین تقصیرهایی در زمینه های دیگری از قبیل حمل و نقل^۳، تولید و عرضه محصولات^۴ و غیره نیز می تواند مصداق پیدا کند. به همین خاطر، فایده اعمال خسارات غیر ترمیمی ناظر به استرداد سود نامشروع، در همه زمینه های موصوف بسیار بارز است. در مقابل، اعمال خسارات تنبیهی می تواند تنها به تقصیرهای ارتكابی در چارچوب برخی فعالیت های خاص محدود شود.

۱. به عنوان مثال، چنین ضرر و زیان هایی در حقوق انگلیس و حقوق کانادا صرفاً در موارد خاصی پیش بینی شده است. در این خصوص به گزارش سال ۱۹۹۱ کمیسیون اصلاح قوانین کانادا پیرامون «خسارات تنبیهی» مراجعه شود.

۲. به نظر می رسد که اکثر ایالتها در ایالات متحده آمریکا، چنین محدودیتهایی را کنار گذاشته اند (*In Philip Morris v. USA v. Williams*, 2007).

۳. اصطلاح «تقصیر انتفاعی»، برای اولین بار در رأی مورخ ۵ ژوئن ۱۹۲۰ میلادی شعبه تحقیق دیوان عالی کشور فرانسه در مورد قرارداد اجاره کشتی بکار رفته است.

۴. به عنوان مثال، پرونده مشهور فورد در سال ۱۹۸۱ میلادی به صدور رأی از سوی دیوان عالی کالیفرنیا در این خصوص منجر شده است.

به این ترتیب، اکثر حقوقدانان فرانسوی اعتقاد دارند که به رسمیت شناختن و پیش بینی صریح خسارات غیرترمیمی در حقوق فرانسه نه تنها به هیچ مانع بزرگی برخورد نمی‌کند، بلکه وجود آنها به ویژه برای تضمین استرداد سود نامشروع حاصله از تقصیرهای انتفاعی مفید نیز می‌باشد. اما، لازمه برخورداری خسارات غیر ترمیمی از یک رژیم حقوقی مناسب آن است که ابهام‌هایی که امروزه پیرامون مفهوم خسارات تنبیهی وجود دارد کاملاً برطرف شود تا تمیز آنها از خسارات مربوط به استرداد سود نامشروع نیز به راحتی میسر شود. بدیهی است که چنین دست‌آوردی برای حقوق ایران نیز بسیار مفید خواهد بود. زیرا، مصادیقی از خسارات یادشده تاکنون در نظام حقوقی ایران، به طور صریح^۱ یا ضمنی^۲، پیش بینی شده بدون اینکه جنبه های مختلف آن به حد کافی مورد مطالعه واقع و به تبع آن از یک رژیم حقوقی بومی برخوردار شده باشد.

نتیجه

نتایج حاصل از تأملات راجع به اصلاحات ضروری در حقوق مسؤولیت مدنی ایران و فرانسه، فقط به شناسایی خسارات غیرترمیمی منحصر نمی‌شود. زیرا این رشته از حقوق که در فرانسه، از طریق رویه قضائی بر مبنای متون قانونی موجز ایجاد شده، شایسته یک بازنگری کامل است. البته، نه به خاطر اینکه دادگاه‌ها نتوانسته‌اند وظایف خود را به خوبی انجام دهند، بلکه بر عکس، با امعان نظر به اندیشه‌های حقوقی، آنها توانسته‌اند ابتکار به خرج داده و جسورانه این متون قانونی موجز را با دغدغه انصاف سازگار و هماهنگ نمایند. با این حال، ناکارآمدی نهادهای حقوقی مبتنی بر رویه قضائی آشکار است. هنگامی که از قضات توقع داریم که بجای اعمال قانون به ایجاد آن مبادرت نمایند، آنان میان میل به تطبیق راه حل‌ها با تحولات اجتماعی و الزام عدم دخالت در اختیارات قانونگذار سردرگم می‌گردند. به ویژه که، در نظام حقوقی ایران دادرسی مجری قانون است نه موجد آن، و به همین جهت نمی‌تواند، به خاطر حفظ نظم عمومی، مسؤولیتی ایجاد کند که قوانین برای اشخاص شناخته است.

۱. در تبصره ۳ الحاقی به ماده واحده قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولتهای خارجی مصوب ۱۳۷۸/۰۸/۱۸ که در تاریخ ۷۹/۰۹/۱۱ وضع شده، آمده است: «با توجه به اصل عمل متقابل، میزان خسارت مادی و معنوی زیان دیدگان و در صورت لزوم خسارت تنبیهی احکام مشابه از دادگاه‌های خارجی خواهد بود».

۲. پذیرش «وجه التزام مقطوع» در تخلف از قرارداد (ماده ۲۳۰ ق.م.م)، مفهوم «غفلت قابل اغماض» (بند ۲ ماده ۴ قانون مسؤولیت مدنی)، جریمه اجبار در قانون آئین دادرسی مدنی پیش از آخرین اصلاح، و از همه آشکارتر وضع حقوقی دیه و ماهیت مرکب آن که در همان حال که جبران کننده خسارت زیان‌دیده تلقی شده، مجازات تقصیر و تجاوز مجرم هم هست، مصادیق بارز خسارات غیر ترمیمی در حقوق ایران می‌باشد.

بنابراین، برای هدایت رویه قضائی در نظام حقوقی فرانسه و کمک به تأسیس یا تثبیت نهاد یادشده در نظام حقوقی ایران، تدوین و تصویب قانونی صریح، شفاف و جامع با الهام از تحولات دنیای معاصر، ضروری می‌نماید. زیرا، در فرض عدم وجود قانون در زمینه‌ای خاص، رویه قضائی ناگزیر می‌شود آن را تکمیل نماید. اما در این فرض، این احتمال همواره وجود دارد که رویه قضائی نتواند خود را با تحولات اجتماعی همگام یا پاسخی مناسب به آن ارائه نماید.

به هر حال، حقوق مسئولیت مدنی بسیاری از نظام‌های حقوقی در آخرین تحول خود به طور رسمی به پیش بینی خسارات غیر ترمیمی مبادرت ورزیده است. حقوق ایران نیز همانند حقوق فرانسه به شناسایی این وسیله مفید تمایل نشان داده است. شباهت مشکلات اقتصادی و صنعتی در جهان کنونی این سؤال را به ذهن متبادر می‌سازد که چرا نباید برای مقابله با اعمال خلاف قانون از این دستاورد علمی استفاده شود؟ بدیهی است پذیرش رسمی آن با تحول اساسی نهاد های حقوقی مرتبط داخلی میسر می‌شود که امید است نتایج تحقیق حاضر در تحقق آن مؤثر باشد.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. بادینی، حسن، "بررسی تطبیقی قابلیت جبران ضرر اقتصادی در مسئولیت مدنی"، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۵۹ به بعد.
۳. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۸۸)، *جبران خسارت بزه‌دیده به هزینه دولت و نهادهای عمومی*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۸۹)، *تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی.
۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، *الزامهای خارج از قرارداد*، ج اول، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. طاهری، ناصر، «نظائر در امر وکالت»، *مجله کانون وکلا*، ش ۱۴۳ تا ۱۴۵، ص ۳۴ به بعد.

ب - خارجی

- 1- Azzi T., (2008), « *La loi du 29 oct. 2007 de lutte contre la contrefaçon* », Dalloz, Dossier 700.
- 2-Béhar-Touchais M., (2002), « *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?* », LPA, 20 nov. 2002. 36.
- 3- Béhar-Touchais M., (2002), « *Les observations* », LPA, n° 29. Ces observations sont faites à propos de l'amende civile, mais elles sont transposables aux dommages et intérêts punitifs.
- 4- Carval s, (1995), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. Viney G, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 250.
- 5-Cas G. et Ferrier D., (1986), *Traité de droit de la consommation*, PUF, n° 174.

- 6-Chagny M., (2006.I.149), « *La notion de dommage et intérêt punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence* », JCP G.
- 7-Chagny M., (2005), « *La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles* », Revue Lamy Droit de la concurrence, août-oct., n° 4.
- 8-Doyle and Wright, (2001), « *Restitutionary damages- the unnecessary remedy* », MULR; accessed via <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/1.html> on August 16, 2010.
- 9-Fasquelle D., (2002.27), « *L'existence de fautes lucratives en droit français* », LPA, 20 novembre 2002.
- 10-Fasquelle D. et Mesa R., (2005), « *La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala* », Dalloz, Point de vue 2666.
- 11-Fauvarque- Cosson B., (2005), « *obs. RDC* », 2005.479, commentant l'arrêt Attorney general v. Blake.
- 12-Gautier P.-Y., (2009), « *Fonction normative de la responsabilité* », D. 2009. 1839.
- 13-Grara C., (2005), *Recherches sur la responsabilité délictuelle*, préf. Lequette Y., Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, vol. 45.
- 14-Groutel H., (2009), « *Recours des tiers payeurs : enfin des règles sur l'imputation des rentes d'accident du travail (et prestations analogues)* », RCA, n° 7-8/ 2009, étude 10.
- 15-Guégan-Lécuyer, (2006), *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. Jourdain, avant-propos G. Viney, LGDJ, Bibli. Dr. Privé, t. 472.
- 16-Guenzoui Y., (2009), *La notion d'accord en droit privé*, préf. Hannoun, LGDJ, Bibli. dr. Privé, t. 502, n° 346 et 347.
- 17-Huillier J., (2009), « *Propriété intellectuelle : des dommages et intérêts punitifs, pas si punitifs* », Gaz. Pal. 7 juill. 2009. 2.
- 18-Jauffret-Spinosi C., (2002), « *Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international* », LPA, 20 nov. 2002-25.
- 19-Jauffret-Spinosi C., (2002), « *Les dommages-intérêts dans les systèmes de droit étrangers* », LPA, 20 nov. 2002.
- 20-Jault A., (2005), *La notion de peine privée*, préf. Chabas F, LGDJ, Bibli. dr. Privé, t. 442.
- 21-Linden A.-M., (2007), *Canadian Tort Law*, Markham, Bautherworths.
- 22-Neyret L., (2006), *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préf. C. Thibierge, LGDJ, Bibli. Dr. Privé, t. 468.
- 23-Nussenbaum M., (2009), « *La réparation du préjudice économique* », Introduction aux travaux de groupe, Dalloz.
- 24-Nussenbaum M., (2006-2007), « *Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : Réparation intégrale et typologie des préjudices* », Cycle de Conférences.
- 25-Polonsky A.-M. et Shavell, (1998), « *Punitives damages: an economic analysis* », Harvard Law Review, février, n° 4, vol. III.
- 26-Rodière R. et E. du Pontavice, (1997), *Droit maritime*, Dalloz, 12° éd., n° 317-18.
- 27-Stark B., Roland H. et Boyer L., (1996), *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5° éd., spéc. n° 1335.
- 28-Vivant M., (2009), « *Prendre la contrefaçon au sérieux* », 2009, Dalloz, chron. 1839.
- 29-Wood, Robert W., (2003) « *Proposed No deductibility for Punitive Damages: Will Work* » Tax Notes.
- 30- Yeazell, S.-C., (1987), *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven: Yale University Press.

ج - گزارشها، کنفرانس ها و مجموعه مقالات ارائه شده در گرامیداشت استادان

- 1-Jobin P.-G., « *Les dommages et intérêts en droit québécois* », in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, 2003, Dalloz.
- 2-Laither Y.-M., « *Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs* », in Droit et économie du contrat, sous la direction de Jamin C., 2008, LGDJ, coll. Droit et économie.
- 3-Rapports de Jauffret-Spinosi C., Ortscheidt J., Fasquelle D. et Béhar-Touchais M. au colloque CEDAG du 21 mars 2002, « *moraliser le droit français de la réparation du dommage ?* », sous la dir. de M. Béhar-Touchais, 2002, LPA, 20 nov. 2002.
- 4- Report on « *Exemplary Damages* », 1991, Toronto, the Commission.

- 5-Viney G., «*Cessation de l'illicite et responsabilité civile*», in Mélanges G. Goubeaux, 2009, Dalloz- LGDJ, p. 561-562, II, B, et notes 91 s.
- 6-Werro F., «*La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias*», in Etudes à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, 2003, PU Bordeaux.

د - رویه قضایی

- 1- Civ. 2^e, 13 juillet 2000, Bull. Civ. II, n° 126 ; Civ. 2^e, 21 avril 2005, n° 04-06, Bull. Civ. II, n° 112 ; Civ. 2^e, 11 juin 2009, 2 arrêts, 2009, Dalloz jur. 1789, note P. Jourdain.
- 2-BMW of North America c/ Gore.
- 3-Bull. AP, n° 8 ; D. 2004, jur. 161, note Y. Lambert-Faivre, et 2005. Pan. 190, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2004.300, obs. P. Jourdain.
- 4-Req. 5 juin 1920, s. 1921. 1. 293 ; Rodière R. et E. du Pontavice, préc., n° 317 et 318.
- 5-La célèbre affaire FORD, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour suprême de Californie en 1981, Jauffret- Spinosi C., art. préc., LPA, 20 nov. 2002. 12.
- 6-Cooper industries Inc. c/ Leatherman Tool Group.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «نگاهی اجمالی به نظریه های ذهنی و عینی در سببیت عقود» سال ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱؛ «نظارت پذیری هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری» سال ۱۳۸۹، شماره ۴. «مجمع تشخیص مصلحت نظام حاصل اندیشه‌های حکومتی امام خمینی (ره)» سال ۱۳۸۹، شماره ۹. «نقد و بررسی نظام افشای اطلاعات در بورس ایران» سال ۱۳۹۰، شماره ۲.