

نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره پانزدهم، پاییز و زمستان ۹۶، صفحات ۷۳ - ۱۱۰

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۲/۱۴

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۷/۰۴/۲۶

دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده» در مسئولیت مدنی (بررسی تطبیقی در کامن لاء، فقه امامیه و حقوق ایران)

محسن قاسمی^۱

چکیده

در این مقاله یکی از موانع مسئولیت مدنی با عنوان دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده» که ریشه در حقوق رم دارد و در حقوق معاصر غربی، به ویژه در نظام‌های کامن لاء، از قواعد مسلم حقوقی است، طی یک مطالعه تطبیقی و انتقادی تحلیل شده است و پس از بررسی مفهوم، شرایط، آثار، دامنه، موانع و مبانی این نوع دفاع و دیدگاه‌های موافقان و مخالفان آن در حقوق غرب و سپس تطبیق آن با فقه امامیه و حقوق ایران، این نتیجه به دست آمده است که گرچه در حقوق اسلام (فقه امامیه) و حقوق ایران قاعده منصوصی با عنوان «دفاع نامشروع بودن رفتار زیان دیده» دیده نمی‌شود، اما قاعده یادشده با اندک تفاوت‌هایی تحت عنوان قاعده «سخت‌گیری بر ستمکاران: مرتکبین اعمال نامشروع» که چهره خاصی از قاعده اقدام است و بر مبنای تنبیه و مجازات مرتکبین رفتارهای نامشروع و پیشگیری از سود بردن (انتفاع) نادرست و پرهیز از پاداش دادن به خطاکاران، به عنوان یکی از موانع مسئولیت مدنی که موجب محرومیت کلی یا جزئی زیان دیده از جبران خسارت می‌شود، در حقوق اسلام (فقه امامیه) نیز وجود دارد و در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است. رجوع به مبانی و منابع تکمیلی این نظام حقوقی و نیز استقرا در برخی قوانین موضوعه، این ادعا را اثبات می‌کند.

واژگان کلیدی: اقدام علیه خود، بازدارندگی، رفتار نامشروع، زیان دیده، سقوط مسئولیت.

مقدمه

حقوق مسئولیت مدنی در غرب از یکی دو سده پیش تا به حال شاهد توجه عمیق و گسترده حقوق دانان، قانون گذاران و دادگاهها به شخص زیان دیده و نقش وی در فرایند ورود زیان بوده است؛ به طوری که در میان موانع (مسقطات) مسئولیت مدنی، می توان دسته ای معین با عنوان «دفاع های زیان دیده محور» را از بقیه جدا کرد.

این دسته از موانع مسئولیت مدنی مبتنی بر رفتارها و وضعیت های شخص زیان دیده است و می تواند به رد دعوی وی و یا کاهش خسارت قابل مطالبه از سوی او منجر شود.

یکی از این گونه دفاعها که ریشه در حقوق رم باستان داشته و در حقوق معاصر، بیشتر در کشورهای کامن لا پذیرفته شده، دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده»^۱ است که البته مورد نقد برخی از دادگاهها و حقوق دانان غربی نیز قرار گرفته است.

از آنجا که در ادبیات حقوقی کشورمان چیزی در خصوص این نوع دفاع یافت نمی شود، بررسی مقایسه ای و تحلیلی-انتقادی آن به منظور تبیین جایگاه دفاع یادشده در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، مفید و به جا است.

در این راستا و طی مقاله ای که پیش رو دارید، تلاش شده است ابتدا مفهوم، ماهیت، شرایط، آثار، موانع و مبانی دفاع یادشده در حقوق غرب بررسی و تحلیل شود و سپس با رجوع به حقوق اسلامی (فقه امامیه) به عنوان مبنا و منبع تکمیلی حقوق کشورمان (اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی) و نیز استقرا در برخی قوانین موضوعه، اعتبار و آثار این دفاع در حقوق مسئولیت مدنی ایران تبیین گردد.

۱. مفهوم

بر اساس این دکتترین که در کامن لا به «دفاع نامشروع بودن»^۲ مشهور است و ریشه در حقوق رم باستان دارد^۳، زبانی که خواهان در جریان رفتار نامشروع خود متحمل شده است،

۱. از این پس در متن از علامت اختصاری «ن.ر.ز» برای اشاره به این نوع دفاع استفاده خواهد شد.

. Defence of Illegality
. Ex turpi causa non oritur actio

قابل جبران نیست و خوانده نسبت به آن مسئولیتی ندارد (9: 3333 Simons). به عبارت دیگر، خواهان زیان‌دیده‌ای که به هنگام ورود زیان، مرتکب یک رفتار مجرمانه یا غیراخلاقی شده است، به‌طور کلی از جبران خسارت محروم می‌شود (Legraud, 1111: 111).

برای روشن شدن کامل مفهوم این دکترین، ابتدا باید مفهوم واژگانی «رفتار نامشروع» معلوم شود و سپس نسبت میان زیان خواهان و رفتار نامشروع وی مشخص گردد.

۱.۱. رفتار نامشروع^۱

در حقوق رم باستان، واژه «Turpi» که در عبارت لاتینی قاعده یادشده به‌کار رفته است، معنای عامی داشته و علاوه بر رفتارهای غیرقانونی (جرایم کیفری و تقصیرهای مدنی)، رفتارهای ناشایست غیراخلاقی را نیز دربر می‌گرفته است.

از این‌رو، دفاع «ن.ر.ز» در نسخه رومی آن به این مفهوم بوده است که هیچ‌گونه رفتار غیرقانونی و غیراخلاقی نمی‌تواند مبنای یک دعوا باشد و هیچ دعوایی نمی‌تواند سبب نامشروع^۲ داشته باشد، زیرا رفتار نامشروع خواهان، رفتار نامشروع خوانده را خنثی می‌کند^۳ و کسی که به‌واسطه رفتار نامشروع خویش زیان می‌بیند، حق مطالبه جبران آن را ندارد^۴ (Emanuel, 9999: 999, 666; Legraud, 1111: 999).

اما در کامن‌لا مفهوم واژه «نامشروع بودن»^۵ محل اختلاف است. گروهی از دادگاه‌ها این واژه را تفسیر موسع می‌کنند و افزون بر رفتارهای مجرمانه^۶، تقصیرهای مدنی^۷ و رفتارهای غیراخلاقی محض را که دارای ماهیت حقوقی نیستند، مشمول دفاع یادشده به‌شمار آورده‌اند. برای مثال، در دعوایی، دادگاه روابط جنسی خارج از ازدواج را با وجود جرم نبودن، به‌عنوان یک رفتار کاملاً (شدیداً) غیراخلاقی، مانع مطالبه جبران خسارت بدنی ناشی

. Illegal conduct
 . turip causa
 . Culpa culpam abolet = la faute supprime la faute
 . Quod quis ex culpa sue damnum sentit, non intellegitur damnum sentire
 . Illegality
 . Crimes= Criminal conducts= Criminal wrongs
 . Civil wrongs

از آن دانسته است^۱ و دیوان عالی انگلیس و ولز^۲ رفتارهای موجب فساد و تباهی اخلاقی^۳ را را مشمول دفاع «ن.ر.ز» می‌داند.^۴ اما گروهی دیگر از دادگاه‌ها تفسیر کاملاً مضیقی از واژه^۵ پیش‌گفته دارند و آن را صرفاً ناظر به رفتارهایی می‌دانند که در یک نظام حقوقی جرم‌انگاری شده^۶ و این همان چیزی است که در ماده ۴۳ قانون مسئولیت مدنی ایالت استرالیای جنوبی تصریح شده است (666: Goudkamp).

اینان بر این باورند که در عمل بسیار مشکل است که رفتاری که جرم نیست، چنان غیراخلاقی و قابل سرزنش باشد که بتواند موجب بی‌حقی خواهان زیان‌دیده در دعوی مسئولیت مدنی و محرومیت وی از جبران خسارت شود و اعمال چنین ضمانت اجرایی در مورد رفتارهای غیراخلاقی که مقولاتی نسبی و متغیر هستند، پیامد نامنصفانه‌ای برای خواهان خواهد داشت^۷ (Fleming, 777; 9999, 6- 1111: The law commission, 8888: 99).

و سرانجام گروه سومی راه میانه‌ای در پیش گرفته و تقصیرآمیز بودن رفتار خواهان زیان‌دیده از دیدگاه حقوقی را برای پذیرش دفاع خوانده لازم و کافی دانسته‌اند.

از نظر این گروه گرچه دفاع «ن.ر.ز» خاص رفتار مجرمانه^۸ زیان‌دیده نیست، اما رفتارهای صرفاً غیراخلاقی که وصف (ماهیت) حقوقی نداشته باشند، نمی‌توانند در این دفاع مورد استناد واقع شوند؛ زیرا نخست اینکه مفاهیم اخلاقی نسبی‌اند و دخالت دادن این گونه مفاهیم در حقوق می‌تواند به خودرأیی و استبداد دادگاه‌ها منجر شود، چراکه اخلاق قضایی^۹ که از اصول و ارزش‌های اخلاق شخصی قضات سرچشمه می‌گیرد به واسطه^{۱۰} نسبیت و تفاوت اشخاص از حیث این اصول و ارزش‌ها مقوله‌ای نسبی است و افزون بر اینکه زمینه‌ساز خودرأیی و تعارض با اصول دموکراسی می‌شود، عدم امنیت حقوقی را به دنبال

. Hegarty v. shine (8888), 44 cox, cc, 555
 . High Court of England and Wales
 . The conducts evincing moral turpitude
 . Nayer v. Denton wilde sapte (9999), EWHC, QB ° Safeway Satores ltd V. Twigger (010), (0000), 3. Aller, 777.
 . Vellino V. chief constable of Greater Manchester (1111), Ewca. Civ. 9999- Hewison V. Meridian shipping (2222), Ewca, civ, 1111.
 . Hall V. Herbert (3333), 2 SCR. 999, 333
 . Morale judiciaire

خواهد داشت. دوم، صلاحیت تشخیصی دادگاه‌ها منحصر به امور حقوقی است و نمی‌توان احراز مفاهیم اخلاقی محض و تعیین مصادیق آن‌ها را به تشخیص قضایی^۱ واگذار کرد. سوم، مفاهیم کلی نظیر نظم عمومی^۲ و سیاست حقوقی^۳ فقط ناظر به حوزه رفاه عمومی^۴ و تعیین باید و نباید و خوب و بد در این حوزه است و ربطی به حوزه اخلاق و تعیین درست و نادرست اخلاقی ندارد. چهارم، رجوع به اخلاق اجتماعی^۵ نیز مشکل را حل نمی‌کند، زیرا مسئله تعیین مصادیق آن، محل اختلاف و نزاع است و افزون بر این، می‌تواند به تلقی اخلاق گروه و طبقه مسلط و برتر (اقتصادی و سیاسی) به‌عنوان اخلاق کل جامعه و اعمال آن در تمامی روابط اجتماعی منجر شود؛ حال آنکه تنوع طبقات و گروه‌های اجتماعی می‌تواند موجب تکثر و تنوع اخلاق اجتماعی باشد. به این ترتیب معلوم می‌شود که دادگاه‌ها نباید صلاحیت استنتاج پیامدهای حقوقی از رفتارهای صرفاً غیراخلاقی را داشته باشند و تنها از طریق به‌کارگیری و واسطه کردن مفاهیم حقوقی همچون تقصیر، معقول و متعارف، عمد و غیرعمد، آگاهانه و غیرآگاهانه است که ارزش‌ها و مفاهیم اخلاقی می‌تواند وارد عالم حقوق شود و باید که از انعطاف و تحول‌پذیری مفاهیم حقوقی استفاده گردد (Eisenberg, 8888: 66; Greenawalt, 7777: 1111-2222).

ژرژ ریپر در کتاب مشهور خود «قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی»، بر همین نظر است و اعمال مفاهیم و اصول اخلاقی در حقوق را فقط از طریق مفاهیم و قواعد و اصول حقوقی ممکن می‌داند و اجرای مستقیم قواعد اخلاقی محض را در حقوق نمی‌پذیرد (Ripert, 9999, n.444, p.444, n.888, p.000).

در نتیجه اگر رفتار زیان‌دیده صرفاً غیراخلاقی بوده و وصف حقوقی نداشته باشد (جرم یا تقصیر نباشد)، دفاع «ن.ر.ز» نباید پذیرفته شود، زیرا صرف مذموم و قابل سرزنش بودن اخلاقی^۶ یک رفتار، تقصیر حقوقی ایجاد نمی‌کند (Legraud, 1111: 000-222).

. Discretion judiciaire
 . Public policy ° ordre public
 . Politique juridique
 . Public Welfare
 . Social moral- morale sociale
 . Immondicite

با این همه، به نظر می‌رسد که رویه اغلب دادگاه‌های کامن‌لا به تفسیر موسع از واژه «نامشروعیت» تمایل دارد؛ به طوری که بسیاری از دادرسان با توسل به انعطاف و کشداری مفاهیم اخلاقی، ایده نظم عمومی، سیاست اجتماعی و اخلاق قضایی خویش را در حقوق اعمال کرده و می‌کنند:

لرد دنینگ^۱ در دعوایی تصریح کرده است که چون رفتار خواننده مذموم‌تر و قابل سرزنش‌تر از رفتار خواهان بوده است، دفاع «ن.ر.ز» مسموع نیست و در همین دعوا، قاضی بلاندون^۲ اظهار داشته است که چون محرومیت خواهان از جبران خسارت به‌طور فاحشی غیرمنصفانه است، نمی‌توان دفاع «ن.ر.ز» را پذیرفت.^۳ همچنین در دعوایی دیگر، قاضی کر^۴ درجه قبح اخلاقی رفتار طرفین را به‌عنوان مقوله مربوط به نظم عمومی در تشخیص مسموع بودن دفاع یادشده مؤثر دانسته است.^۵ وی در جای دیگری دفاع «ن.ر.ز» را از اصول مربوط به نظم عمومی دانسته که مقتضی یاری نرساندن به خواهان زیان‌دیده‌ای است که مرتکب عمل غیرقانونی یا غیراخلاقی شده است، زیرا پاداش دادن به وی به تشویق او و دیگران به ارتکاب چنین اعمالی منجر می‌شود و با وجدان عمومی^۶ مغایرت دارد^۷ (Ibid, p.222-333). البته نباید از نظر دور داشت که مطلق رفتارهای غیراخلاقی نمی‌تواند موجب پذیرش دفاع یادشده شود، بلکه تنها تقصیرهای اخلاقی سنگین (فاحش) است که در کنار رفتارهای مجرمانه (تقصیرهای کیفری)^۸ و تقصیرهای مدنی^۹، اساس این دفاع را تشکیل می‌دهد و اما تشخیص شدت و سنگینی یک رفتار غیراخلاقی، مسئله‌ای ماهوی و موضوعی^{۱۰} بوده که در صلاحیت دادگاه است.

برای نمونه، درگیری شدید زیان‌دیده در جریان یک زد و خورد، مست بودن وی در جریان حادثه، تقاضای راندگی از فردی که دچار مستی شدید شده و تشویق وی به سرعت

. Denning
 . Blandon
 . Shelley V. Paddock (0000), OB, 888.
 . Kerr
 . Saunders V. Edwards (7777), WLR, - .
 . Public Conscience.
 . Euro ° Diam Ltd v. Bathurst (8888), 2 WLR, .
 . Criminal Wrongs.
 . Civil Wrongs.
 . Question de fait - Fact.

زیاد، از جمله رفتارهایی است که در رویه قضایی انگلیس، یک رفتار غیراخلاقی سنگین و فاحش^۱ و موجب محرومیت خواهان از جبران خسارت دانسته شده است (The law (commission, 1111: 6-7; Lete, p.

۲.۱. نسبت زیان خواهان و رفتار نامشروع وی

حال باید دید که رابطه میان رفتار نامشروع خواهان و زیان وارد بر او از چه سنخی است؛ به تعبیر دیگر، وجود چه نوع نسبتی میان آن دو، موجب پذیرش دفاع خوانده می‌شود؟ آیا محروم شدن خواهان از جبران خسارات مبتنی بر رابطه علت و معلولی حقیقی (تکوینی) میان رفتار وی و زیان وارد بر اوست یا اینکه می‌تواند مقوله اعتباری و از سنخ تنبیه و مجازات به دلیل ارتکاب رفتار نامشروع و یا چیز دیگری باشد؟

پاسخ این پرسش که به تفصیل در بحث از مبانی و شرایط این نوع دفاع معلوم خواهد شد، به اجمال این است نسبت یادشده می‌تواند از هر دو نوع حقیقی و اعتباری باشد و وجود یکی از آن دو به نحو بدل و جانشین کافی است.

باین‌همه، نباید از نظر دور داشت که اگر زیان وارد بر خواهان معلول رفتار نامشروع خود وی باشد، محرومیت وی از جبران خسارت بر اساس اصول کلی مسئولیت مدنی (رکن علیت) قابل توجیه است و در غیر این صورت، تنها می‌توان به عدالت تنبیهی^۲ و مقتضیات نظم عمومی و اخلاق حسنه استناد کرد.

به هر حال، بررسی دامنۀ پذیرش دفاع یادشده و مبانی آن نشان می‌دهد که پیوند میان رفتار نامشروع خواهان و زیان وارد بر او طیف وسیعی از نسبت‌ها را دربر می‌گیرد که می‌تواند از سنخ علیت مستقیم یا غیرمستقیم (سبب منحصر، سبب مشترک، مباشر منحصر، مباشر مشترک، شرط منحصر یا مشترک، زمینه و مقدمۀ دور یا نزدیک) و یا حتی مطلق مجاورت زمانی و یا ظرفیت (ظرف زمانی یا مکانی) باشد.

. Gross
. Punitiv Justice.

در همین راستا برخی از دادگاه‌های امریکا وجود رابطه علیت میان رفتار نامشروع خواهان و زیان وارد بر او را ضروری ندانسته و تصریح کرده‌اند که برای پذیرش دفاع «ن.ر.ز» کافی است که رفتار زیان‌دیده، فرصت و مجال^۱ ورود زیان به وی از سوی خواننده را فراهم کرده باشد (Prosser and Keeton, 4444: 111-222).

باین‌همه، از دیدگاه برخی دیگر همچون دیوان عالی کانادا، پذیرش دفاع «ن.ر.ز» منوط به وجود رابطه علیت میان رفتار نامشروع خواهان و زیان وارد بر اوست و یکی از شرایط اساسی این دفاع، این است که زیان خواهان، نتیجه و پیامد طبیعی و معمول تقصیر وی باشد^۲ (Elliott and Quinn, 7777: 000; Legraud, 1111: 111-222).

در یکی از دعاوی راجع به تصادف دو وسیله نقلیه با یکدیگر، دادگاه به محکومیت خواننده به جبران خسارت رأی داد. اگرچه خواهان نیز همانند وی دارای گواهی‌نامه رانندگی نبود، با این استدلال که رفتار نادرست وی در ورود زیان به او نقشی نداشته و زیان ناشی از آن نبوده است^۳. در دعوای دیگری^۴، یکی از دادرسان تصریح کرده است که اگر زیان وارد بر خواهان به رفتار مجرمانه وی ربطی نداشته باشد و تنها هنگام ارتکاب جرم، اما به علت دیگری وارد شده باشد، قابل جبران است و خواهان می‌تواند آن را از خواننده عامل زیان مطالبه کند (The law commission, 9999: 22-33; Elliott and Quinn, op.cit.).

همچنین در قوانین مسئولیت مدنی ایالت‌های کشور استرالیا بر لزوم وجود رابطه علیت تصریح شده است (GoudKamp, 7777: 777).

۲. دامنه اجرای قاعده

رویه قضایی دادگاه‌های کامن‌لا، به‌ویژه در حقوق انگلیس و ولز، نشان می‌دهد که دفاع «ن.ر.ز» در پنج دسته از زیان‌ها پذیرفته می‌شود (-): The Law commission, 1111: (.

. Norbery V. Wynrib (), DLR
 . Hegarty v. Shine (8888), LR 4 Ir. ° Mack V. Enns (3333), 55, cclt, 444 ° National Coal Board V. England (4444).
 . Jackson v. Harrison (8888)
 . National Coal Board V. England (4444).

۱.۲. زیان‌های ناشی از مشارکت خواهان با خواننده در یک رفتار نامشروع

در دعوی «Pitts V. Hunt (1111), 1QB 44»، خواهان که سوار بر موتور خواننده بوده است در اثر برخورد آن با وسیله نقلیه دیگر به شدت آسیب می‌بیند، اما دادگاه با وجود تقصیر خواننده در راندن موتور، خواهان را به دلیل اینکه همانند خواننده، در مستی شدید بوده و وی را تشویق به موتورسواری آن‌هم با سرعت زیاد کرده بود، محکوم به بی‌حقی دانست. همچنین در دعوی «Ashton, V. Turner (1111)»، دعوی خواهان علیه خواننده برای جبران خسارت ناشی از تقصیر در رانندگی به هنگام سرقت به سبب مشارکت وی با خواننده در این جرم، مردود اعلام شد (Elliott and Quinn, op.cit, P.000).

۲.۲. زیان‌های ناشی از رفتار نامشروع شخص خواهان

در این فرض، خواننده مرتکب رفتار نامشروعی نمی‌شود و تنها خواهان است که چنین رفتاری را از خود بروز می‌دهد؛ برای مثال در دعوی «Cross V. Kirkby ()»، خواهان که از مخالفان شکار حیوانات بوده، با چوب بیس‌بال به خواننده در حال شکار حمله می‌کند و در هنگامی که وی در مقام دفاع از خود، سعی در گرفتن چوب از خواهان داشته است، شخص مهاجم (خواهان) آسیب می‌بیند. دادگاه زیان خواهان را ناشی از رفتار خود وی تلقی کرده و او را محروم از جبران خسارات دانسته است.

همچنین در دعوی «Vellino V. Chief Constable of Greater Manchester» خواهان مبنی بر جبران خسارت بدنی وارد بر او از سوی اداره پلیس مردود اعلام شد؛ با این استدلال که وی به هنگام فرار از دست مأمورین مجروح شده است.

در دعوی «Ashton, V. Turner (1111)» نیز دادگاه، خواهان زیان‌دیده را به این دلیل که در حال گریز پس از ارتکاب یک جرم در اثر حادثه رانندگی آسیب دیده است، محروم از جبران خسارت دانسته است (Harpwood, 9999: 333-555).

۳.۲. زیان های ناشی از حبس در نتیجه ارتکاب جرم (عدم النفع)

در دعوی « Clunis V. Camden and Islington Health Authority (8888) QB» خواهان که یک بیمار روانی بود و در نتیجه حمله به یک رهگذر با چاقو به حبس در یک بیمارستان روانی محکوم شده بود، علیه اداره بهداشت و سلامت منطقه محل سکونت خویش اقامه دعوی مسئولیت مدنی کرد و با استناد به کوتاهی آن اداره در مراقبت و درمان دقیق و کامل خود، خواستار جبران خسارت (عدم النفع) ناشی از حبس در بیمارستان روانی شد. اما دادگاه با وجود احراز تقصیر خوانده، نامشروع بودن رفتار خواهان را مانع استحقاق وی نسبت به جبران خسارت تلقی کرد (Elliott and Quinn, op.cit p.).

باین همه در دعوی «Meah V. Mc Creamer (5555)» دادگاه برخلاف رأی پیشین نظر داده است:

خواهان که در اثر تقصیر خوانده در رانندگی دچار آسیب مغزی و عدم تعادل روانی شده بود، به سه زن تجاوز می کند و در نتیجه به مجازات حبس محکوم می شود، اما پس از گذراندن دوران زندان، علیه راننده مقصر اقامه دعوی مسئولیت مدنی مبنی بر مطالبه زیان های ناشی از حبس می کند. دادگاه با وجود نامشروع بودن (جرم بودن) عمل خواهان زیان دیده، خوانده را به جبران خسارت محکوم نمود؛ با این استدلال که جرم بودن عمل خواهان نمی تواند مانع مسئولیت مدنی خوانده شود.

۴.۲. زیان های ناشی از مسئولیت مدنی خواهان در مقابل ثالث

در دعوی «Meah V. Mc Creamer and Others (8888)» خواهان که به واسطه ارتکاب جرم به پرداخت خسارت به مجنی علیه محکوم شده بود، پس از پرداخت آن، خواستار جبران زیان ناشی از این مسئولیت از سوی شرکت بیمه گردید، اما دادگاه جبران خسارت ناشی از عواقب و پیامدهای ارتکاب جرم را مخالف نظم عمومی دانست و رأی به بی حقی وی داد.

۵.۲. زیان‌های ناشی از رفتار نامشروع خواننده در پیوند کافی با رفتار نامشروع خواهان

اگر رفتار نامشروع خواهان به صورت کافی با رفتار نامشروع خواننده مرتبط باشد، به‌طوری که پذیرش دعوی مطالبه خسارت به تشویق اقدامات نامشروع و ترویج آن منجر شود، محروم از جبران خسارات خواهد بود.

در دعوی «Saunders V. Edwards (7777)» که خواهان، خسارات ناشی از تقلب خواننده در جریان فروش یک آپارتمان را مطالبه کرده بود، خواننده به مشارکت و تبانی خواهان با خود در اعلام قیمت خرید به مبلغی پایین‌تر از قیمت واقعی مورد توافق طرفین به‌منظور فرار مالیاتی استناد کرد، اما دادگاه با این استدلال که تقلب خواهان مستقل از تقلب خواننده است و ارتباطی با آن ندارد، دفاع خواننده را نپذیرفت.

از بررسی موارد پنج‌گانه‌ای که دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» مسموع است، می‌توان به این نتایج رسید:

این دفاع در زیان‌هایی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم به‌نوعی درباره رفتار نامشروع خواهان است، شنیده می‌شود.

رفتار نامشروع خواهان می‌تواند انفرادی یا در مشارکت با خواننده باشد.

در تحلیل علی، رفتار خواهان می‌تواند از قبیل علت منحصر، علت مشترک (بخشی از علت)، شرط لازم و یا حتی از مقدمات و زمینه‌های دور و نزدیک ورود زیان به خود باشد. البته در فرض اخیر، تحلیل علی که از دیدگاه فلسفی و فیزیکی صادق است، از منظر حقوقی (عقل متعارف) رنگ می‌بازد و پذیرش دفاع مشروع بیشتر جنبه بازدارندگی یا تنبیه و مجازات می‌یابد و از اصول مسئولیت مدنی دور می‌شود.

به تعبیر دیگر، گرچه همیشه نوعی پیوند و ارتباط میان رفتار نامشروع خواهان و زیان وارد بر او لازم است، اما این پیوند می‌تواند چنان دور باشد که مقوله علیت را از دیدگاه حقوقی منتفی کند و محرومیت خواهان از جبران خسارت تنها از دیدگاه عدالت تنبیهی قابل توجیه باشد.

دفاع یادشده هم در مسئولیت مدنی قهری و هم در مسئولیت مدنی قراردادی مسموع است؛ به طوری که معتدله قراردادی که قربانی نقض قرارداد از سوی متعهد شده است، به واسطه مشارکت در یک معامله ممنوع (نامشروع)، از حق الزام وی به اجرای قرارداد یا پرداخت خسارت محروم می‌شود (Legraud, op.cit, P.999).

۳. شرایط اجرای قاعده

استقرا در آرای دادگاه‌های کامن‌لا نشان می‌دهد که برای پذیرش دفاع «ن.ر.ز»، اجتماع شرایط زیر لازم است:

۱.۳ رفتار نامشروع زیان‌دیده^۱

در جای خود دیدیم که مقصود از نامشروع بودن، اعم از جرم بودن است؛ به طوری که اغلب دادگاه‌ها تقصیرهای مدنی (بی‌احتیاطی و عدم مراقبت) و رفتارهای غیراخلاقی محض را نیز مشمول دفاع یادشده می‌دانند و البته تقصیرهای اخلاقی محض باید که به شدت مذموم و قابل سرزنش (سنگین - فاحش)^۲ باشند، وگرنه دفاع خوانده پذیرفته نخواهد شد. به تعبیر دیگر، رفتارهای غیراخلاقی سبک (قابل اغماض) نمی‌تواند در این نوع دفاع مورد استناد عامل زیان واقع شود.^۳

اما در قوانین مسئولیت مدنی برخی ایالات کشور استرالیا، این‌گونه رفتارها نیز می‌تواند موجب پذیرش دفاع یادشده گردد (GoudKamp, 7777: 666). تشخیص مصادیق مفهوم «سنگین - فاحش» به عنوان یک مقوله موضوعی (ماهوی) از سوی دادگاه انجام می‌شود؛ گرچه برخی معتقدند که ضابطه «شدت» و «سنگینی»^۴ رفتار خواهان زیان‌دیده، مبهم است و ملاک روشن و قطعی ندارد (The law commission, 1111: 44-55 and 9999:) (777-Lete, p.3)

. Illegal Conduct.
 . Gross Negligence.
 . Standard Chartered Bank V. Pakistan National Shipping Corporation (8888-0000)
 . Seriousness of the illegality.

۲.۳. ابتدای دعوای خواهان بر رفتار نامشروع خود^۱

دفاع «ن.ر.ز» هنگامی پذیرفته می‌شود که اساس دعوای وی را این نوع رفتار تشکیل دهد.

در دعوایی، مدیر یک شرکت که سهام‌دار آن نیز بوده است، مرتکب اعمال متقلبانه گوناگونی علیه یکی از بانک‌ها می‌شود و به این سبب در دعوایی که بانک یادشده علیه این شرکت اقامه کرده است، موفق به دریافت خسارت قابل توجه از آن می‌گردد. سپس این شرکت با استناد به اینکه حسابدارانش در بررسی دفاتر و تشخیص تقلب در آن‌ها کوتاهی کرده‌اند، علیه آن‌ها اقامه دعوی خسارت کرد، اما دادگاه دفاع خواندگان را پذیرفت با این استدلال که ادعای خواهان (شرکت) مبتنی بر رفتار نامشروع خود است.^۲

برعکس، در آن دسته از دعوای که خواهان بازپس‌گیری عین مال خود را خواستار شده، نامشروع بودن معامله‌ای که طی آن و به‌عنوان انجام تعهد ناشی از آن، این مال به طرف مقابل (خوانده) تسلیم شده بود، مانع پذیرش خواسته وی دانسته نشده و دادگاه به ردّ عین مال به خواهان از سوی خوانده رأی داده است؛ با این استدلال که دعوای وی مبتنی بر رفتار نامشروع او نبوده است.^۳ اما از آنجا که خواهان پس‌گرفتن پولی را که حاصل یک معامله نامشروع (نظیر معامله مواد مخدر)^۴ بوده و پلیس آن را ضبط کرده، خواستار شده است، برخی دادگاه‌ها بر این اساس که ادعای وی مبتنی بر رفتار نامشروع خویش است، رأی به بی‌حقی وی داده‌اند.^۵ (The law commission, 1111: -88, 9999: 333).

۳.۳. پیوند کافی (ارتباط نزدیک) میان زیان خواهان و رفتار نامشروع وی^۶

درجایی که شرط دوم محقق نباشد، دفاع «ن.ر.ز» به شرطی پذیرفته می‌شود که زیان وارد به خواهان به‌نوعی ناشی از رفتار نامشروع وی بوده و ارتباط کافی میان آن دو وجود داشته باشد.

. Reliance ground (principle).
 . Moore Stephens V. Stone and Rolls Ltd (8888), Ewca, civ, 444.
 . Bowmakers Ltd V. Barnett Instruments Ltd (5555).
 . Drug Trafficking
 . Webb V. Chief Constable of Merseyside. Police (0000).
 . Close Proximity ° Inextricable Link- Clode Connection.

این شرط در دعاوی متعددی تصریح شده است.^۱ در یکی از این دعاوی، قاضی چنین رأی داد که صرف نداشتن گواهی‌نامه رانندگی مانع مطالبه خسارت ناشی از تصادف اتومبیل نیست، زیرا زیان وارد بر وی ناشی از نداشتن گواهی‌نامه نبوده و در نتیجه حادثه رانندگی پدید آمده است.^۲ (Ibid, 9999: 144-555; Lete, p.4).

ناگفته نماند، از نظر برخی دادگاه‌ها وجود رابطه علیت میان رفتار نامشروع خواهان زیان‌دیده و زیان وارد بر او، یکی از شرایط اساسی پذیرش دفاع یادشده است؛ به طوری که اگر زبانی که وی دیده است، ناشی از رفتار او نباشد و صرفاً هنگام ارتکاب آن و به علت دیگری پدید آمده باشد، وی سزاوار جبران خسارت از سوی خوانده خواهد بود.^۳ ظاهراً در کشور کانادا رویه قضایی بیشتر بر این نظریه استقرار یافته است (Legraud, op.cit, (P.444-555).

۴.۳. تناسب رفتار خواننده^۴

واکنش خواننده به رفتار نامشروع خواهان باید متناسب بوده، شرایط دفاع مشروع را داشته باشد.

در یکی از دعاوی، دادگاه دفاع خواننده را با این استدلال که شلیک کورکورانه وی به خواهان در حال سرقت، واکنشی بیش از حد و فاقد تناسب با خطر پیش‌رو بوده است، نپذیرفت و وی را ناقض تکلیف به مراقبت و احتیاط دانست، اما به واسطه احراز تقصیر مشترک طرفین، به جبران دو سوم خسارت در حق خواهان حکم داد (The law (commission, 1111: 11; Lete, p.4).

۱. National Coal Board V. England (4444), Ac, - Cross V. Kirkby (0000) ° Hall V. Woolston Hall Leisure Limited (1111)- Gray V. Thames Trains Limited (8888)- Kerr and Bingham Ljj in Saunders V. Edwards ().
۲. Jackson V. Harrison (8888), 888, CLR, 888-555.

۳. ر.ک. شماره ۲، قسمت الف همین نوشتار.

۴. Revill V. Newbery (6666).

۵.۳. تناسب محرومیت خواهان از جبران زیان با رفتار نامشروع وی^۱

مقصود از این شرط، روا (منصفانه) بودن محرومیت خواهان از جبران خسارت است که در اثر مقایسه شدت (درجه) مذموم بودن رفتار وی با میزان زیانی که در صورت محکومیت به بی‌حقی، متحمل خواهد شد، آشکار می‌شود.^۲ البته برخی دادگاه‌ها تناسب میان درجه شدت) نامشروع بودن رفتار خواهان و خوانده را شرط دانسته و به سنجش و مقایسه آن دو باهم پرداخته‌اند، اما این رویه از سوی مجلس لردان نادرست شمرده شده و امروزه متروک گردیده است.^۳ (The law commission, 1111: 55-66 and 9999: 888).

۶.۳. مشارکت خواهان با خوانده در ارتکاب رفتار نامشروع

در کانادا، رویه قضایی غالب، یکی از شرایط اساسی پذیرش دفاع «ن.ر.ز» را مشارکت خواهان با خوانده در ارتکاب یک رفتار نامشروع می‌داند؛ به طوری که اگر زیان دیده به تنهایی مرتکب چنین رفتاری شده باشد یا اینکه با شخص ثالثی مشارکت داشته باشد، دفاع یادشده مسموم نخواهد بود (Legraud, op.cit, p.555; Goudkamp, 0000).

اما این رویه از سوی برخی از حقوق دانان مورد انتقاد قرار گرفته است و آنرا فاقد توجیه منطقی دانسته‌اند؛ چراکه راه را برای سود بردن خوانده از رفتار نامشروع خود بازمی‌گذارد (Goudkamp, : 666; Weinrib, 6666: 88-44; Legraud, op.cit, 555).

۴. موانع پذیرش دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده»

استقرا در رویه قضایی کامن لا نشان می‌دهد که دفاع «ن.ر.ز» در موارد زیر با اینکه شرایط آن به طور اجمالی فراهم است، پذیرفته نمی‌شود:

۱.۴. نبود نیروی تشخیص کافی

چنانچه خواهان به هنگام ارتکاب رفتار نامشروع، تسلط کافی بر خود (تعادل روانی) نداشته، در آن لحظه از درک ماهیت رفتار خود ناتوان باشد، از جبران خسارت محروم نخواهد

^۱ . Proportionality of loss to illegality

^۲ . Saunders V. Edwards (7777)- Hewison V. Meridian Shipping (2222)

^۳ . Tinsley V. Milligan (4444)- Cross V. Kirkby (0000).

شد. برای مثال در دعوایی^۱، دادگاه پذیرش دعوی مطالبه خسارت را از خواهان با وجود اقدام وی به خودکشی مغایر با نظم عمومی ندانست و خوانده (مسئولان زندان) را به سبب عدم مراقبت کافی از او به جبران خسارت محکوم کرد، زیرا وی را فاقد قدرت تشخیص و تصمیم‌گیری به هنگام ارتکاب خودکشی یافت (Harpwood, 9999: 444; The law (commission, 1111: 55).

۲.۴. اکراه

اگر خواهان در ارتکاب رفتار نامشروع آزاد نبوده و به واسطه اجبار و اکراه دیگری ناچار از آن شده باشد، وجدان عمومی مانع پذیرش دفاع «ن.ر.ز» خواهد بود^۲ (The law (commission, 9999: 888).

۳.۴. وجود قوانین حمایتی خاص^۳

در دعوایی^۴، مجلس لردان انگلیس خواهان‌ها را که کارگران معدن بودند، با وجود نقض مقررات ایمنی مندرج در قانون ۱۹۱۱م معادن زغال‌سنگ از سوی ایشان، مستحق جبران خسارت از سوی خوانده (کارفرما) دانست؛ با این استدلال که فلسفه وجودی و هدف این قانون، حمایت از کارگران معادن زغال‌سنگ بوده است (Ibid, 1111, p. and).

۵. مبانی قاعده

برای تبیین اعتبار (حقانیت)^۵ دفاع «ن.ر.ز» نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است که بنیان‌های توجیه‌کننده وجود آن در یک نظام حقوقی هستند. در این نظریه‌ها تلاش شده است وجاهت این نوع دفاع در دعاوی مسئولیت مدنی بر اساس مفاهیم و اصول حقوقی پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی معاصر اثبات شود.

. Kirkham V. Chief Constable of the Greater Manchester Police (0000)
 . Hall V. Woolston Hall Leisure Ltd (1111).
 . Statutory context.
 . National Coal Board V. England (....).
 . Validity.

۱.۵. پیشگیری^۱ (بازدارندگی)

در برخی از دعاوی، فلسفه وجودی دفاع «ن.رز» را پیشگیری از ارتکاب مجدد رفتار نامشروع از سوی خواهان زیان دیده و دیگران دانسته اند^۲ و محرومیت از جبران خسارت، دارای چنین کارکردی دانسته شده است. اما در مخالفت با این مبنا گفته شده است، نخست اینکه پیشگیری از اهداف و کارکردهای حقوق جزا است و در حقوق مسئولیت مدنی موضوعیت ندارد. دوم، بسیاری از مردم از وجود چنین دفاعی در دعاوی مسئولیت مدنی بی خبرند و ناآگاهی آن‌ها مانع از تحقق چنین هدفی می‌شود. سوم، کارکرد پیشگیرانه این نوع دفاع در مقایسه با اثر بازدارنده‌ای که شدت و سنگینی مجازات‌ها و خطر ورود زیان‌های شدید بدنی و مالی دارد، ناچیز است. چهارم، در نقطه مقابل، پذیرش این دفاع که موجب محرومیت کامل خواهان از جبران خسارت می‌شود، اثر تشویقی بر خوانده عامل زیان خواهد داشت که نوعی نقض غرض است، زیرا می‌تواند او را به ارتکاب مجدد رفتارهای زیان‌بار سوق دهد (Goudkamp, 1999: 999999; The law commission, 1999: 441).

۲.۵. مجازات^۳

فلسفه وجودی دفاع «ن.رز» از نظر گروهی از دادرسان و حقوق دان در تنبیه زیان دیده خطاکار خلاصه می‌شود، به طوری که محرومیت وی از جبران خسارت در واقع مجازات رفتار نامشروع او به‌شمار می‌آید (Linden, 1999, p.).

اما این نظریه مخالفت بسیاری را برانگیخته است؛ چراکه اولاً مجازات باید بر اساس درجه مجرمیت^۴ یک فرد تعیین شود و نه بر اساس میزان زیانی که تحمل کرده است، ثانیاً ممکن است رفتار خواهان زیان دیده دارای وصف کیفی در حقوق جزا (جرم) باشد که در این صورت، یک مجرم دو بار مجازات خواهد شد که مغایر با اصول کیفی است (Goudkamp, op. cit, p. - ; The law commission, op.cit, p.55-66).

. Deterrence
 . Taylor V. Bhail (6666), CLC, 777
 . Punishment
 . Culpability.

۱.۲.۵. حفظ تمامیت نظام حقوقی و شأن و اعتبار دادگاهها^۱

در برخی دعاوی^۲، دفاع «ن.رز» ابزاری برای حفظ شأن و احترام دادگاهها و اعتماد عمومی به آنها دانسته شده است؛ چراکه با پذیرش آن، مجرمان از جبران خسارت محروم می‌شوند و دادگاهها از یاری رساندن به آنها پرهیز می‌کنند. اما این نظریه نیز از نقد مصون نمانده است و مخالفان گفته‌اند که دفاع یادشده گرچه مانع حمایت از خواهان خطاکار می‌شود، اما چون موجب محرومیت کلی وی از جبران خسارت می‌گردد، به حمایت از خواننده‌ای منجر خواهد شد که به نوبه خود خطاکار بوده و مرتکب رفتار نامشروعی شده است؛ حتی اگر درجه مجرمیت وی شدیدتر از مجرمیت (خطاکاری) خواهان زیان دیده بوده باشد. حال آنکه قواعدی همچون تقصیر مشترک^۳ به واسطه توجه به تقصیر هر دو طرف و تقسیم مسئولیت بر اساس آن، مانع حمایت نابجا از هر دو طرف می‌شود و به این ترتیب، شأن و اعتبار دادگاهها و اعتماد عمومی به آنها بیشتر حفظ می‌گردد (GoudKamp, op. cit, p.333).

۲.۲.۵. پیشگیری از سود بردن (انتفاع) نادرست و پرهیز از پاداش دادن به خطاکاران^۴

یکی از اصول کلی حقوقی این است که هیچ خطاکاری نباید از رفتار نامشروع خویش سود برده، از آن منتفع گردد؛ دفاع «ن.رز» در راستای اجرای این اصل است^۵ و مقتضای وجدان عمومی را برآورده می‌کند.

در نقد این مبنا نیز گفته شده که جبران خسارتی که خواهان خطاکار دیده است از مقوله سود و پاداش نیست، بلکه صرفاً ترمیم چیزی است که از دست داده و در بهترین حالت، بازگرداندن وضعیت پیشین وی است و موجب ارتقای وضعیت اقتصادی او نمی‌شود (Simons, op.cit, p. 9- ; Goudkamp, op. cit, p. - ; The law) .(commission, : , ; Legraud, op.cit, p.

. Upholding the dignity of the courts.
 . Parkinon V. College of Ambulance Ltd and Harison (5555), KB, 1.13.
 . Contributory negligence (Comparative negligence).
 . Preventing wrongful Profiting = Non ° Condonation.
 . No benefit from an illegal act = nemo auditur Propriam turpitudinem allegans.
 . Beresford V. Royal Insurance company Ltd (8888) ° Norbery V. Wynrib (), . DLR.

۳.۲.۵. حفظ انسجام و همگنی^۱ در نظام حقوقی و تأمین هدف قواعد حقوقی نقض شده

پذیرش دفاع «ن.ر.ز» یکی از عوامل حفظ هماهنگی میان قواعد حقوقی و پرهیز از ناسازگاری و ناهماهنگی در اجزای یک نظام حقوقی است، زیرا اولاً وقتی دارا شدن ناعادلانه^۲ ممنوع است و دعوای مبتنی بر آن مسموع نیست، نمی‌توان به جبران خسارت حاصل از ارتکاب یک عمل نامشروع یا الزام خواننده به انجام تعهد ناشی از یک قرارداد نامشروع رأی داد، وگرنه موجب تناقض در نظام حقوقی می‌شود و تمامیت آن را نقض می‌کند. ثانیاً بهره‌مندی زیان‌دیده خطاکار از رفتار نامشروع خود، نادیده گرفتن مجازات‌های پیش‌بینی شده در حقوق کیفری و خنثی شدن اثر جرم‌انگاری‌ها را در پی خواهد داشت^۳ (The law commission, 9999: 0000000).

اما این مبنا نیز مورد انتقاد واقع شده است؛ چراکه رأی به جبران تمام یا بخشی از خسارتی که خواهان متحمل شده است ضرورتاً به معنی تأیید و تشویق عمل مجرمانه وی و نادیده گرفتن وصف کیفری آن نیست (GoudKamp, op. cit, p.000-444).

همچنین دیوان دادگستری اروپا در یکی از آرای خود^۴ مسئولیت خواننده به جبران خسارت وارد بر خواهان در اثر نقض قواعد حقوق رقابت را با وجود مشارکت آن دو در انعقاد قرارداد ناقض حقوق رقابت، پذیرفته و دفاع «ن.ر.ز» را رد کرده است؛ با این استدلال که مسئولیت خواننده ابزاری برای تأمین رقابت سالم و واقعی در بازار و مانع انعقاد قراردادهای محدودکننده رقابت است (The law commission, 9999: 00).

۴.۲.۵. تأمین عدالت توزیعی^۵

از دیدگاه برخی، دفاع «ن.ر.ز» مکانیسمی برای تحقق عدالت توزیعی است، زیرا اگر خواهانی که مرتکب رفتار نامشروع شده است، مستحق جبران خسارت دانسته شود و به آن

. Consistency.

. Unjust Enrichment.

. Hall V. Herbert (3333), SCR, (Canada) - Worrall V. British Railways Board ()

. Courage Ltd V. Crehan ().

. Distributive Justice.

دست یابد، منابع جامعه به صورت ناعادلانه‌ای توزیع خواهد شد.^۱

اما در رد این استدلال گفته شده است که اولاً دفاع یادشده به کسب سهم بیشتری از منابع جامعه از سوی خواننده به هزینه خواهان زیان دیده منجر می‌شود، ثانیاً هدف حقوق مسئولیت مدنی، جبران خسارت است و نه اجرای عدالت توزیعی در جامعه؛ وگرنه نباید به جبران خسارت ناشی از کاهش درآمد^۲ رأی داده می‌شد (GoudKamp, op. cit, p.555).

۵.۲.۵. تاوان دهی^۳

بر اساس نظریه تاوان (تلافی)، کسی که یکی از قواعد حقوقی را نقض کند، برخی از حق‌های قانونی خود را در برابر آن از دست می‌دهد و اثر دفاع «ن.ر.ز» منطبق بر این نظریه است.

اما از آنجا که نظریه تاوان دهی در حقوق امروری جایگاهی ندارد و متروک شده است، این توجیه نیز فاقد کارایی خواهد بود (Ibid).

۶.۲.۵. فقدان تکلیف به مراقبت^۴

در حقوق استرالیا، اغلب دادگاه‌ها برای توجیه دفاع «ن.ر.ز» چنین استدلال کرده‌اند که اگر نامشروع بودن رفتار زیان دیده (مشارکت وی در ارتکاب رفتار نامشروع) به گونه‌ای باشد که تعیین معیار مراقبت و احتیاط و مکلف دانستن خواننده به آن را غیرممکن کند، وی فاقد چنین تکلیفی خواهد بود و در نتیجه، مسئولیتی نسبت به جبران زیان وارد بر خواهان نخواهد داشت.^۵

باین همه، این نظریه نیز مورد نقد جدی برخی حقوق‌دانان واقع شده است، زیرا به‌هرحال در هر وضعیتی انسان می‌تواند براساس موجه‌ترین و مدلل‌ترین امور ممکن، رفتاری متعارف داشته باشد و حدودی از مراقبت و احتیاط را رعایت کند. در نتیجه، نظریه

^۱ Gray V. Thames Trains Ltd (9999), Ac, 9999.

^۲ Earnings ° Linked Compensation.

^۳ Forfeiture

^۴ No duty to care.

^۵ Henwood V. The Municipal Tramways Trust (8888), 00, CLR, 888- Smith V. Jenkind (9999), 999, CLR, 777. Jackson V. Harrison (8888), 888, CLR, 888

انتقادی تکلیف به مراقبت، بدون پایه و اساس منطقی است. افزون بر این، در مسئولیت‌های بدون تقصیر (محض) و نیز زیان‌های عمدی^۱، تکلیف به مراقبت و احتیاط موضوعیت ندارد (Weinrib, op.cit- GoudKamp, op. cit, p. 777-888; The law commission,) (, p.33-11 and 9999, P.000-111).

چنان‌که دیدیم هیچ‌یک از نظریاتی که در توجیه و تبیین فلسفه وجودی و اعتبار دفاع «ن.رز» ارائه شده است، مصون از ایراد نیست و این دفاع به شیوه‌های گوناگون تحلیل و اجرا شده است. اما به نظر می‌رسد که بسیاری از دادگاه‌های انگلیس با توسل به مفهوم نظم عمومی^۲ و لزوم حفظ آن، جبران خسارت زیان دیده‌ای را که مرتکب رفتار نامشروع شده است به واسطه اینکه موجب حمایت از اشخاص خطاکار و تشویق آن‌ها به تکرار این نوع رفتارها می‌شود، از نظر وجدان عمومی^۳، مردود و مغایر با نظم عمومی تلقی می‌کنند و برخی نویسندگان نیز تصریح کرده‌اند که مبنای دفاع «ن.رز» چیزی جز نظم عمومی و مصالح جمعی نیست (Elliott and Quinn, op.cit, p.999; Harpwood, op.cit, p.333;) (The law commission, 1111, p.99-55).

باین‌همه، این مینا که به دلیل طرح نخستین آن در دعوی «Beresford V. Royal Insurance Co. Ltd, 8888» به اصل «برسفورد»^۴ مشهور شده، به واسطه اتکا بر ضابطه «لطمه به وجدان عمومی»^۵ که مقوله‌ای بیش از حد احساسی و عاطفی است، مورد انتقاد قرار گرفته است^۶ و اعضای مجلس لردان انگلیس به اتفاق، ضابطه وجدان عمومی را به واسطه فقدان دقت و سنجیدگی و وضوح لازم دارای پیامدهای ناعادلانه و غیرقابل اعمال دانسته‌اند^۷ (Harpwood, op.cit, p 333; The law commission, 1111: 55 and) (9999: 000-111).

. Intentional Torts.
 . Public Policy - order Public
 . Public conscience
 . Beresford Principle.
 . Offence to the public conscience.
 . Clunis V. Camden and Islington Health Authority (8888)- Pitts V. Hunt ().
 . Tinsley V. Milligan ()

به‌هرحال، وجود اختلاف نظرهای شدید و ایرادهای گوناگونی که بر مبانی دفاع «ن.ر.ز» وارد آمده، موجب شده است که برخی خواهان الغا و حذف این دفاع از حوزه مسئولیت مدنی شوند که در جای خود خواهد آمد.

۶. اثر پذیرش دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده»

حال باید دید که در صورت پذیرش دفاع یادشده از سوی دادگاه، آیا خواهان به‌طور کلی از جبران خسارت محروم می‌شود یا اینکه این محرومیت می‌تواند ناظر به جبران بخشی از زیان وارد به وی باشد.

رویه قضایی دادگاه‌های کامن‌لا نشان می‌دهد که دفاع پیش‌گفته از قواعد همه یا هیچ بهره برده است؛^۱ به این معنی که اگر پذیرفته شود، موجب محرومیت کلی خواهان از جبران خسارت می‌شود و مسئولیت خوانده کاملاً منتفی خواهد شد.

یکی از تفاوت‌های بارز این قاعده با قاعده تقصیر مشترک^۲، همین ویژگی است و آنجا که تقسیم مسئولیت صورت گرفته است در واقع دفاع «ن.ر.ز» پذیرفته نشده و قاعده تقصیر مشترک خواهان و خوانده اجرا شده است؛ چنان‌که در دعوی *Revill V. Newbury* (6666) دیده می‌شود؛ *Goudkamp, op.cit, P. 555*؛ *Harpwood, op.cit, P. 555*.

اما برخی حقوق‌دانان اثر مطلق این دفاع در محرومیت کلی خواهان از جبران خسارت را مورد انتقاد قرار داده‌اند.

از نظر اینان، رفتار نامشروع زیان دیده نمی‌تواند تقصیر (یا عمد) خوانده عامل زیان را توجیه کند و آن را کأن‌لم‌یکن سازد و دادرسان می‌توانند با سنجش و مقایسه درجه خطاکاری زیان دیده و عامل زیان، قاعده یادشده را تعدیل کنند و از محروم ساختن کامل خواهان از جبران خسارت پرهیز نمایند. به باور این گروه، نفی کامل جبران خسارت در این دفاع ناشی از ملاحظات سیاسی و اجتماعی است و ربطی به شخص خوانده ندارد، زیرا در

۱. Nothing or all rule
۲. Contributory negligence

صورت ارتکاب رفتار نامشروع از سوی خواهان، نفع فردی (جبران خسارت خواهان) با منافع اجتماعی (ضرورت مقابله با رفتارهای مذموم و پیشگیری از آنها) تعارض پیدا می‌کند و این تعارض به نفع جامعه حل و فصل می‌شود، آن‌هم از طریق محروم کردن کلی خواهان از جبران خسارت که البته افراطی و نامطلوب است؛ زیرا نخست اینکه آنچه در مسئولیت مدنی موضوعیت دارد، ترمیم وضعیت زیان‌دیده است، نه کسب سود و انتفاع، و هدف آن، تأمین عدالت ترمیمی^۱ است. لذا نباید در این حوزه، همانند حوزه قراردادی که در آن سود بردن^۲ مطرح است، عمل کرد و چنین استدلال نمود که محرومیت کامل خواهان از جبران خسارت، عقیم گذاشتن هدف نامشروع وی مبنی بر انتفاع از رفتار نامشروع خویش است.

دوم آنکه چنانچه خواننده عامل زیان مقصر باشد، هیچ حقی بر مصونیت از مسئولیت به استناد تقصیر و خطاکاری زیان‌دیده ندارد و هر دو طرف باید عواقب رفتار نامشروع خویش را تحمل کنند؛ همان‌طور که در مسئولیت کیفری نیز مشارکت مجنی‌علیه در ارتکاب جرم مانع مسئولیت مجرم نیست.

سوم، محروم ساختن کلی زیان‌دیده از جبران خسارت در واقع به معنی وضع یک ضمانت اجرای جدید در کنار مسئولیت کیفری آن‌هم فقط علیه خواهان و نوعی مجازات مدنی (مجرمیت مدنی)^۳ به قول ریپر^۴ است که به صورت ناعادلانه‌ای بر یک طرف تحمیل می‌شود.

چهارم، گرچه هدف جدید حقوق مسئولیت مدنی علاوه بر جبران خسارت، پیشگیری^۵ از رفتارهای زیان‌بار در آینده است - که جنبه عمومی دارد، تأمین‌کننده منافع جامعه است و کاربرد هدایت‌گر و اصلاح‌کننده حقوق در آن دیده می‌شود - اما دفاع «ن.ر.ز» که به محرومیت کامل زیان‌دیده از جبران خسارت منجر می‌شود، در مورد خواننده عامل زیان، نتیجه عکس خواهد داد و موجب تشویق وی و دیگران به ارتکاب دوباره رفتارهای زیان‌بار خواهد شد.

. Justice compensatrice (indemnitare)
 . Profit
 . Penalité civile
 . Riprt
 . prevention

در نتیجه محرومیت کامل زیان دیده از جبران خسارت، به نوعی تشدید مجازات‌های مقرر در قوانین کیفری است و با عقلانیت فایده‌گرای حقوقی و اصول عدالت ترمیمی که در مسئولیت مدنی حاکم است مغایرت دارد و با مسئولیت کیفری که مبتنی بر اصول عدالت تنبیهی^۱ است، خلط می‌شود. برای پرهیز از این پیامد نادرست باید به تقسیم مسئولیت و محرومیت زیان دیده از جبران بخشی از خسارت حسب درجه تقصیر طرفین، رأی داد.

بر همین اساس است که در دعوی «Shelley V. paddock (0000), QB, 888»، خواهان زیان دیده با وجود مشارکت با خوانده در ارتکاب رفتار نامشروع، مستحق جبران بخشی از خسارت دانسته شده و در حقوق امریکا سال‌ها است که این قاعده که شخص مرتکب جرم، از هرگونه حمایت در برابر رفتارهای زیان‌بار دیگران محروم است، منسوخ شده و دفاع «ن.ر.ز» به رسمیت شناخته نشده است (Prosser and keeton, 4444: 111-222; Weinrib, op.cit-Legraud, op.cit, P.8888888888).

به‌هرحال امروزه انتقاد از اثر مطلق دفاع یادشده در نفی کلی استحقاق زیان دیده نسبت به جبران خسارت، گسترده‌تر شده است و حتی برخی خواهان کنار گذاشتن آن شده‌اند و حداقل انتظار این است که اثر این دفاع تعدیل شود.

برای مثال در دعوی «Grag V. Thames train and Network Rail (7777)»، خواهان که دچار بیماری شدید روحی ناشی از شوک حادثه مرگ‌آور قطار شده بود و سپس به سبب قتل غیرعمدی وضعیت روانی وی وخیم‌تر شد به نحوی که به واسطه افسردگی شدید نتوانست به کار خود ادامه دهد و در نتیجه از درآمد ماهانه خود محروم گردید، با اقامه دعوا علیه شرکت متصدی حمل و نقل ریلی، خواستار جبران خسارت ناشی از عدم النفع شد، اما دادگاه با این استدلال که خواهان با عمل نامشروع خود (قتل غیرعمد) موجبات زیان خویش را فراهم کرده است، وی را مستحق مطالبه خسارت ندانست.

اما برخی حقوق‌دانان انگلیسی از این رأی انتقاد کرده‌اند، چراکه حادثه مرگ‌بار قطار به‌روشنی عامل نخست اختلال شدید روانی خواهان بوده و ارتکاب قتل غیرعمد تنها علت

۱. Justice punitive (corrective ° repressive)

این وضعیت نبوده است و لذا وی نباید به‌طور کلی از جبران خسارت محروم شود. ولی اگر فاصله زمانی میان وقوع حادثه قطار و ارتکاب قتل غیرعمد چنان زیاد باشد که نتوان شوک ناشی از آن را در وقوع جرم یادشده مؤثر دانست، محرومیت مطلق خواهان از جبران خسارت موجه خواهد بود.

به‌طور کلی اگر رفتار نامشروع زیان‌دیده، تنها یکی از علل وقوع حادثه زیان‌بار باشد، چون تقصیر مشترک رخ داده است، باید رأی به کاهش خسارت قابل مطالبه داد و محروم کردن وی از جبران خسارت، نوعی مجازات ناعادلانه است (Harpwood, op.cit, P.333-444). باین‌همه باید توجه داشت که یکی از بارزترین تفاوت‌های دفاع «ن.ر.ز» با دیگر قواعد مربوط به توزیع مسئولیت، اثر مطلق آن در نفی کلی استحقاق زیان‌دیده نسبت به جبران خسارت و محرومیت وی از مطالبه آن به‌طور کلی است و اگر این اثر تغییر یابد، دفاع یادشده هویت مستقل خود را از دست خواهد داد.

۷. نقد قاعده

دفاع «ن.ر.ز» امروزه مخالفان جدی پیدا کرده است، زیرا نخست آنکه هیچ‌یک از مبانی آن را قانع‌کننده نیافته‌اند و این نوع دفاع را فاقد بنیان و توجیه منطقی از دیدگاه عقلانیت حقوقی می‌دانند و پیامد آن را که محرومیت کامل زیان‌دیده از جبران خسارت است، ناعادلانه تلقی می‌کنند.

دوم اینکه تشتت آرا و اختلاف نظر شدیدی که در مورد شرایط و دامنه پذیرش این قاعده به‌چشم می‌خورد و فقدان ضابطه و معیار دقیق و روشن و مورد اتفاق در تفسیر و پذیرش دفاع یادشده، اعتبار آن را خدشه‌دار جلوه می‌دهد.

از این‌رو، برخی به‌صراحت خواهان کنار گذاشتن آن شده‌اند و برخی دیگر خواستار تعدیل اثر این دفاع و تقسیم مسئولیت میان طرفین دعوا همانند قاعده تقصیر مشترک گردیده‌اند (Legraud, op.cit, p.444-555; Goudkamp, op.cit, p.555-666, 999-111;) (Harpwood, op.cit, p.333-555).

در همین راستا، دیوان عالی کانادا در یکی از آرای اخیر خود^۱، دفاع «ن.ر.ز» را اصولاً قابل پذیرش در حوزه مسئولیت مدنی ندانسته است و دادگاه‌های امریکا نیز هیچ‌گاه آن را به رسمیت نشناخته‌اند (Goudkamp, op.cit- Prosser and Keeton, op.cit).

با این همه، کمیسیون حقوقی انگلیس با وجود اذعان به اینکه مفاهیم، شرایط و اصولی که بر اساس آن‌ها دفاع «ن.ر.ز» در دادگاه‌ها پذیرفته می‌شود، محل اختلاف و تردید است، بر این باور است که موجه بودن دفاع یادشده باید بر اساس اوضاع و احوال خاص هر یک از دعاوی سنجیده شود و دادگاه‌ها می‌توانند با توجه به هدف عالی عدالت و با لحاظ وضعیت طرفین دعوا و تناسب محرومیت خواهان از جبران خسارت با شدت مذموم بودن رفتار وی، نسبت به پذیرش یا رد این دفاع تصمیم‌گیری کنند (The law commission, 9999: 777-888).

۸. جایگاه کنونی دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» در حقوق غرب

۱.۸. حقوق امریکای شمالی

دفاع یادشده در حقوق امریکا مقبولیت اندکی یافته است و اغلب دادگاه‌ها آن را به رسمیت نشناخته‌اند (Goudkamp, op.cit, p.666- Simons, op.cit, p.9). اما در کشور کانادا این دفاع در حوزه مسئولیت مدنی قهری اصولاً مسموع است؛ البته به شرط اینکه خواهان با خواننده در رفتار نامشروع مشارکت داشته (ارتکاب رفتار نامشروع از سوی خواهان به تنهایی نباشد) و زیان وارد بر خواهان معلول این مشارکت باشد؛ گرچه رویه دادگاه‌های کانادا مورد نقد برخی حقوق‌دانان قرار گرفته است (Weinrib, 6666: -44).

۲.۸. حقوق اروپا

دفاع «ن.ر.ز» بیشترین مقبولیت و رواج را در حقوق انگلیس و ولز دارد و البته سایر کشورهای اروپایی دارای نظام کامن‌لا همچون نیوزلند و اسکاتلند نیز آن را پذیرفته‌اند (The law commission, 1111: 77-99)، اما حقوق فرانسه به‌عنوان شاخص‌ترین کشور

^۱ British Columbia V. Zastowny (), SCR, 77

اروپایی از خانواده حقوق نوشته^۱، وضعیت خاص خود را دارد.

گرچه این دفاع تا مدت‌های مدیدی نقش عمده‌ای در نفی حمایت از منافع نامشروع اشخاص داشته و به‌ویژه در رد دعوای زنان برای مطالبه زیان ناشی از مرگ شریک زندگی در زندگی‌های مشترک بدون ازدواج (طبیعی)^۲ مورد استناد واقع می‌شده است، با این استدلال که زیان دیده با ارتکاب رفتار نامشروع (زندگی و روابط جنسی با یک مرد بدون ازدواج) منافع نامشروعی به دست آورده بوده است و زیان از دست دادن آن به واسطه یک حادثه، قابل جبران نیست، اما امروزه این‌گونه پیوندها و منافع، نامشروع تلقی نمی‌شود. در حال حاضر آرای دیوان عالی کشور فرانسه نشان می‌دهد که دفاع یادشده تنها در آن دسته از دعوای پذیرفته می‌شود که جبران خسارت‌های ناشی از رفتارهای غیرقانونی و غیراخلاقی، نوعی عوض (پاداش) دادن به آن‌گونه رفتارها به‌شمار آید و یا اینکه رفتار زیان دیده به نوعی از اسباب و علل ورود زیان به او تشخیص داده شود. برای مثال، شعبه دوم مدنی دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۱۳ دسامبر ۲۰۰۱ خود، بازماندگان مقتول را مستحق جبران خسارت ناشی از فقدان او ندانست، با این استدلال که وی همدستی مداوم با قاتلان در ارتکاب جرم سرقت داشته و به هنگام فروش اموال مسروقه، آن‌ها را فریب داده و در نتیجه مرگ وی از سوی همدستان خود در اثر مشارکت عالمانه و عامدانه وی در ارتکاب یک رفتار مجرمانه بوده است؛ به طوری که اگر چنین مشارکتی نداشت، کشته نمی‌شد (Jourdain, 2222).

از این رو، در دعوایی که خواهان زیان دیده جبران خسارت ناشی از حادثه قطار را مطالبه کرده بود، با وجود سوار شدن بدون بلیط و در دعوای مطالبه خسارت ناشی از تصادف اتومبیل، علی‌رغم مسروقه بودن اتومبیل و سارق بودن راننده زیان دیده، دفاع یادشده پذیرفته نشده است، زیرا جبران خسارت را پاداش و عوض رفتار نامشروع خواهان زیان دیده ندانسته‌اند و حتی در فرضی که خواهان به صورت عمدی در رفتار نامشروعی که موجب زیان دیدن وی شده است، شرکت کرده باشد نیز دفاع «ن.ر.ز» مسموع نیست و با اجرای

. Civil law- droit écrit
 . Concubinage- concubine (e)

قاعده تقصیر مشترک، به تقسیم مسئولیت و جبران بخشی از زیان حکم داده شده است^۱
(Viney et Jourdain, 8888: 33-55; Jourdain, 4444: 555).

۳.۸. حقوق استرالیا

در این کشور افزون بر اینکه دادگاه‌های کامن‌لا بر مبنای نظریه فقدان تکلیف به مراقبت، دفاع «ن.ر.ز» را عموماً پذیرفته‌اند، در تعدادی از ایالت‌ها همچون «نیوسالت وی»، «کوینزلند»، «تاسمانی» و «استرالیای جنوبی» قوانینی وضع شده است که دفاع یادشده را به صراحت پیش‌بینی کرده و در حوزه مسئولیت مدنی مسموع دانسته‌اند. اما شرایط متفاوتی برای اعمال این قاعده در این قوانین به چشم می‌خورد، به طوری که نمی‌توان رژیم حقوقی مشترکی از آن‌ها استخراج کرد.^۲

در این قوانین برخلاف کامن‌لا، دفاع «ن.ر.ز» می‌تواند به واسطه ارتکاب رفتارهای نامشروع نسبتاً سبک^۳ نیز شنیده شود، اما شرط اساسی آن، وجود رابطه علیت عینی میان رفتار نامشروع خواهان زیان‌دیده و زیان وارد بر اوست.

همچنین اگر دادگاه تشخیص دهد که با توجه به شرایط اوضاع و احوال خاص قضیه مطرح‌شده، محرومیت خواهان از جبران خسارت به بی‌عدالتی منجر شده، بی‌رحمانه تلقی می‌شود، دفاع یادشده مسموع نخواهد بود. اما از دیدگاه برخی به طور کلی این قوانین حاصل نفوذ شرکت‌های بیمه در سال‌های بحران اقتصادی (۲۰۰۳-۲۰۰۱م) بوده است با این هدف که بتواند موجب کاهش پرداخت خسارت از سوی این شرکت‌ها به بیمه‌شدگان شود؛ درحالی که دفاع یادشده فاقد مبنایی استوار است. شاید از این رو است که در ایالت استرالیای غربی و ویکتوریا این دفاع در قانون پیش‌بینی نشده است و رفتار نامشروع زیان‌دیده تنها به‌عنوان

۱. رأی مورخ ۱۹ فوریه ۱۹۹۲ شعبه دوم مدنی دیوان کشور و رأی مورخ ۱۷ نوامبر ۱۹۹۳ شعبه یکم آن دیوان، معروف به رأی Groupe Drouot c. Rumeau

. Civil law wrongs Act, 2222, Art. 44
- Civil liability Act, 2002 Nsw. Art. 44
- Civil liability Act, 2003, OLD, Art. 55
- Civil liability Act, 1936, SA, Art. 33
- Civil liability Act, 2002, TAS, Art. 6
- Personal Injuries Act, 2003, NT. Art. 00
. Trivial offence

یک شاخص در ارزیابی تقصیر خوانده مورد توجه قرار می‌گیرد (Goudkamp, 7777: 555-333).

۹. جایگاه دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» در حقوق اسلام (فقه امامیه) و حقوق ایران

در فقه امامیه و حقوق ایران قاعده منصوصی با عنوان «قاعده دفاع نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» دیده نمی‌شود، اما می‌توان با رجوع به اصول و قواعد پذیرفته‌شده در این دو نظام حقوقی، منابع تکمیلی و نیز استقرا در برخی احکام شرعی و مواد قانونی، به قاعده‌ای شبیه قاعده یادشده دست یافت.

۱.۹. حقوق اسلامی (فقه امامیه)

۱.۱.۹. مستندات حجیت و اعتبار قاعده

در موازین و منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقهای امامیه که هم مبنا و هم منبع تکمیلی حقوق موضوعه ایران هستند (اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی)، قاعده‌ای با عنوان قاعده «اقدام به زیان» وجود دارد که بر اساس آن، هرگاه زیان‌دیده ورود زیان به خود را خواسته باشد و یا نقش علی در ورود آن به خود داشته باشد (علت منحصر یا یکی از علل آن باشد)، از جبران تمام یا بخشی از خسارتی که دیده است محروم می‌شود و حق مطالبه آن را از خواننده دعوا نخواهد داشت.

در این قاعده، رفتارهای زیان‌دیده می‌تواند از نوع گفتاری یا کرداری و فعل و ترک فعل باشد، اما نامشروع بودن رفتار (مغایرت آن با احکام واجب و حرام شرع اسلام) شرط نیست و رفتارهای مباح یا مکروه نیز می‌تواند اقدام علیه خود به‌شمار آید، اما اجرای این قاعده منوط به این است که یک شخص بالغ و عاقل (و رشید در امور مالی) زیان‌دیدن مالی یا بدنی خویش را اراده کرده باشد و یا اینکه رفتار شخص زیان‌دیده، اگرچه صغیر یا مجنون، حداقل یکی از علل آن تشخیص داده شود. بر این اساس، یکی از مبانی ضمان‌آور نبودن دفاع

مشروع در فقه امامیه، اقدام شخص متجاوز علیه خود است.^۱

در کنار قاعده اقدام، قاعده دیگری با عنوان «سخت‌گیری بر غاصب»^۲ را می‌توان از خلال مطالب مطرح‌شده در کتاب‌های فقهی به هنگام بحث از نهاد غصب به‌دست آورد که گاه ذیل عنوان قاعده ضمان ید (علی الید) در کتاب‌های قواعد فقه نیز مطرح شده است.

از آثار این سخت‌گیری که در واقع نوعی مجازات برای غاصبان است و جنبه تنبیهی دارد، محرومیت از مطالبه خسارت ناشی از رد عین مال مغضوب به مالک آن (در اثر تخریب اموال غاصب به واسطه جدا کردن مال مغضوب از این اموال)، ممنوعیت استناد به قوه قاهره یا رفتار اشخاص ثالث برای رهایی از مسئولیت، محرومیت از مطالبه اجرت عمل خود بر روی مال مغضوب، مطالبه قیمت زیادی حاصل از عمل خود بر روی آن مال، محرومیت مشتری عالم به غصب از مطالبه زیاده بر مقدار ثمن پرداختی به بایع (در فرض پرداخت مبلغی بیش از ثمن معامله فضولی به مالک در صورت تلف مبیع) و نیز محرومیت وی از مطالبه مثل یا قیمت ثمن تلف‌شده از بایع فضولی است که در مواد ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۳، ۳۱۴، ۳۱۵، ۳۲۶ و ۳۹۱ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده است.

در استدلال بر این گونه محرومیت‌ها، افزون بر ادعای اجماع، استناد به قاعده اقدام و توسل به اقتضای قاعده ضمان ید تصریح شده است که چیزی که با مال مغضوب ساخته شده باشد، حرمت ندارد و عدوان شایسته آسان‌گیری و تخفیف نیست و غاصب نمی‌تواند به قاعده لاضرر و لاجرح استناد کند؛ چراکه تضرر وی ناشی از عمل عدوانی خود اوست. غصب موجب التزام غاصب به پذیرش تمام این نوع خسارات است و عمل غاصب بر روی مال مغضوب حرمت ندارد و هدر است، زیرا بدون اذن مالک بوده و سرانجام اینکه در حدیث آمده است که تلاش ظالم برای وی حقی ایجاد نمی‌کند^۳ (مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۴۹۰-۴۸۹؛ بجنوردی، ۱۴۳۸ق، ج ۴: ۹۷-۹۵؛ محمدی، ۱۳۷۳: ۱۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ج ۱: ۷؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۶۳۹-۶۳۸ و ۶۵۱؛ نجفی، ۱۴۳۰ق، ج ۲۳: ۴۹۷-۴۸۴ و ۱۴۳۳ق،

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص قاعده اقدام، ر.ک. قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۱۰-۱۷۳

۲. الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال

۳. لیس لیرق ظالم حق

ج ۳۸: ۱۱۷-۱۱۱، ۲۲۷، ۲۷۱-۲۶۹، ۳۱۰-۳۰۷، ۳۳۶-۳۳۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۲: ۶۱۵-۶۱۲، ۶۱۹، ۶۳۰، ۶۳۳، ۶۳۹ و ۱۴۲۸ق، ج ۱۸: ۱۸۳، ۲۱۱-۲۱۲، ۲۸۱-۲۸۲، ۲۸۶-۲۸۵، ۲۹۱-۲۹۲، ۲۹۵، ۳۴۵؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲: ۲۵۳ به بعد).

حتی برخی از فقها بر این نظرند که مشتری عالم به غضب حق بازپس گیری عین ثمن پرداختی را از بایع فضولی غاصب ندارد، زیرا مال خود را در یک معامله حرام وارد کرده است و محرومیت وی از مطالبه عین مال خود (ثمن) از بایع را نوعی مجازات و عقوبت تلقی کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۲: ۶۱۹). افزون بر اینکه معتقدند چنین مشتری عالمی، بایع غاصب را بر مال خود مسلط کرده و لذا احترام مال او ساقط شده است (حسینی عاملی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۸: ۶۱۳-۶۱۲ و ۶۱۵). به طور کلی، به هنگام تعارض ضرر مالک و غاصب، جانب مالک گرفته می‌شود و غاصب محکوم به تحمل خسارت است، زیرا مستحق سخت گیری (أخذ به اخس و اشق احوال) است (حسینی عاملی، ۱۴۲۸ق، ج ۱۸: ۱۷۷).

نکته جالب توجه این است که فقیه و اصولی بزرگ، میر عبدالفتاح مراغی، با مطرح کردن این موضوع که «به طور کلی هر فرد باغی، ظالم، تجاوزگر، سارق و مانند آن، به سبب اقدام به اعمال حرام، از مطالبه خسارات وارد بر اموال و نفس و جان خود محروم است» (مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۴۹۰)، به روشنی بر اعتبار شرعی دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده» بر اساس قاعده وسیع تری از قاعده «سخت گیری بر غاصب» تصریح کرده است.

با این همه، برخی از فقها حکم به وجوب رد عین مال مغضوب علی رغم منجر شدن به زیان بزرگ - برای مثال رد عین تیرهای چوبی مغضوب به کار رفته در یک ساختمان که به تخریب کل ساختمان می‌انجامد - را مغایر با ذوق فقهی و انصاف دانسته و به پرداخت مثل یا قیمت مال مغضوب فتوا داده‌اند و مال مغضوب را در حکم تألف یا متعذر الرد (ممتنع التسليم) به شمار آورده‌اند (بجنوردی، ۱۴۳۸ق، ج ۴: ۹۵). چنین مخالفتی نشان دهنده این است که در فقه امامیه نیز همانند کامن لا، اعمال مطلق قاعده «دفاع نامشروع بودن رفتار زیان دیده» مصون از انتقاد نمانده و در برخی فروض، قائل به تعدیل آن شده‌اند.

با توجه به آنچه آمد، «دفاع نامشروع بودن رفتار زیان دیده» در فقه امامیه بر مبنای

قاعده وسیع‌تری از قاعده «سخت‌گیری بر غاصب»، یعنی قاعده «سخت‌گیری بر ستمکاران» که ظاهراً شاخه‌ای خاص از قاعده اقدام با عنوان «اقدام به فعل حرام» است، اعتبار و حجیت دارد.

۲.۱.۹. وجوه تشابه فقه امامیه و حقوق کامن‌لا

وجوه تشابه قابل توجه فقه امامیه و حقوق کامن‌لا در خصوص قاعده یادشده را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

نخست اینکه مفهوم قاعده در هر دو نظام حقوقی یکسان است.

دوم، مجازات (تنبیه) مرتکب اعمال نامشروع و پیشگیری از سود بردن (انتفاع) نادرست و پرهیز از پاداش دادن به خطاکاران، مبنای مشترک قاعده یادشده در هر دو نظام حقوقی است.

سوم، شرایط اجرای قاعده در هر دو نظام (رفتار نامشروع زیان‌دیده، ایتنای دعوای خواهان بر رفتار نامشروع خود، پیوند کافی - ارتباط نزدیک - میان زیان خواهان و رفتار نامشروع وی، تناسب رفتار خوانده در دفاع مشروع و تناسب محرومیت خواهان از جبران زیان با رفتار نامشروع وی) را نیز می‌توان یکسان دانست. دلالت عقل مستقل، شرایط استناد به دفاع مشروع در فقه امامیه، ارکان و شرایط اجرای قاعده اقدام و مقتضیات قاعده عدل و انصاف در این مذهب فقهی می‌تواند این ادعا را اثبات کند.

چهارم، دامنه اجرای قاعده در فقه امامیه نیز همانند حقوق کامن‌لا، تمامی انواع زیان‌های ناشی از مشارکت خواهان با خوانده در یک رفتار نامشروع، زیان‌های ناشی از رفتار نامشروع شخص خواهان، زیان‌های ناشی از حبس در نتیجه ارتکاب جرم (عدم النفع)، زیان‌های ناشی از مسئولیت مدنی خواهان در مقابل ثالث و زیان‌های ناشی از رفتار نامشروع خوانده در پیوند کافی با رفتار نامشروع خواهان را دربر می‌گیرد. دلالت عقل مستقل، دامنه استناد به دفاع مشروع و دامنه اجرای قاعده اقدام در فقه امامیه، اثبات‌کننده این ادعا است.

پنجم، موانع پذیرش دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» در فقه امامیه (به استثنای

جواز دفاع مشروع در مقابل حمله دیگری اعم از عاقل و دیوانه، فقدان عقل و اراده است؛ زیرا شخصی که فاقد عقل یا اراده آزاد است، ستمکار و ظالم (گناهکار یا مجرم) به شمار نمی‌آید. لذا از حیث موانع اجرای قاعده نیز فقه امامیه با حقوق کامن‌لا قرابت زیادی دارد.

ششم، در فقه امامیه نیز همانند حقوق کامن‌لا، گروهی از فقها اجرای مطلق قاعده دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان دیده» را ناعادلانه دانسته و بر تعدیل آن در برخی موارد رأی داده‌اند.

۲.۲.۹. در حقوق موضوعه ایران

جستجو در مواد قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که نامشروع بودن رفتار زیان دیده در مواردی مانع استحقاق وی بر مطالبه جبران خسارت یا برخی دیگر از حقوق خود و یا موجب کاهش خسارت قابل مطالبه است:

۱.۲.۹.۱. اطلاق مواد ۳۱۱ و ۳۱۳، منطوق قسمت اول ماده ۳۱۴ و مواد ۳۱۵، ۳۱۸ و ۳۲۶ و مفهوم مخالف قسمت دوم ماده ۳۹۱ قانون مدنی، دلالت بر محرومیت‌هایی دارد که غاصب به واسطه نامشروع بودن عمل خود (تصرف عمدی و عدوانی مال غیر)، ناچار از تحمل آنها است؛ از جمله محرومیت از مطالبه جبران خسارت.

برخی از حقوق دانان ایرانی نیز در توضیح و تبیین مفاد مواد ۳۱۱، ۳۱۳، ۳۱۴، ۳۱۵ و ۳۲۶-۳۲۵ قانون مدنی، به نامشروع بودن رفتار غاصب و لزوم مجازات وی به منظور جلوگیری از ارتکاب غصب که موجب اخلال در نظم اجتماعی است و نیز محترم نبودن عمل وی استناد کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۶۷-۳۶۶، ۳۸۶-۳۸۲ و ۳۸۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۳-۳۰، ش ۴۲۸-۴۲۶ و ص ۱۲۰-۱۱۹، ش ۴۸۴؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۲۹-۲۷ و ۴۷-۴۵، بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۱۴۲-۱۳۹، ۱۵۹-۱۵۶ و ۱۶۳-۱۶۰).

۲.۲.۹.۲. در مواد ۳۰۵ و ۳۰۶ قانون مدنی، شخصی که با علم به عدم استحقاق خویش مالی را دریافت کرده و نیز شخصی که بدون ضرورت به اداره مال غیر مبادرت نموده است، محروم از مطالبه مخارجی دانسته شده که در این راستا متحمل شده است.

۳.۲.۹. منطوق ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹ش) و تبصره ۳ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲ش)، دلالت بر این دارد که حمله نامشروع مانع استحقاق حمله کننده بر جبران خسارت وارده ناشی از دفاع مشروع شخص مورد حمله از خود است.

۴.۲.۹. مطابق منطوق متن ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی و بند ۳ آن، رفتار نامشروع زیان دیده می تواند از موجبات کاهش خسارت قابل مطالبه باشد.

۵.۲.۹. مفهوم مخالف ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی دلالت بر این دارد که رفتار نامشروع زن، مانع استحقاق وی نسبت به مهرالمثل است^۱. این حکم برگرفته از قول مشهور در فقه امامیه است که زن زناکار را محروم از مهرالمثل می داند (نجفی، ۱۴۳۳ق، ج ۳۱: ۳۰۱؛ امامی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۴۲۷؛ محقق داماد، ۱۳۷۲: ۲۷۳-۲۷۲).

۶.۲.۹. مفهوم مخالف ماده ۹ قانون مسئولیت مدنی نیز دلالت بر عدم استحقاق دختر مرتکب عمل نامشروع (همخواهی نامشروع از روی اختیار و اراده آزاد و آگاه) نسبت به مطالبه خسارت مادی و معنوی ناشی از آن دارد^۲.

۷.۲.۹. سرانجام، مطابق منطوق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، عدم تمکین زن مانع استحقاق وی نسبت به نفقه است.

مجموع مفاد مواد قانونی پیش گفته با توجه به پیشینه فقهی که شرح آن آمد، نشان می دهد که رفتار نامشروع زیان دیده در حقوق ایران می تواند از موجبات محرومیت کلی وی از جبران خسارت در چارچوب قاعده اقدام و یا قاعده ضمان ید باشد و مبنای آن، پذیرش ارادی زیان یا دخالت علی در ورود زیان به خود و یا نوعی تنبیه و مجازات تواند بود. بالاین همه، رفتارهای نامشروع، اعمال غیراخلاقی محض را دربر نمی گیرد و فقط شامل جرایم و سایر اعمال غیرقانونی (تقصیر مدنی) است.

۱. و للعاهر الحجر ° لامهر یعنی

نتیجه

دفاع «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده» به‌عنوان یکی از موجبات سقوط کلی حق زیان‌دیده بر مطالبه جبران خسارت (یا از موانع استحقاق وی نسبت به جبران خسارت) که ریشه در حقوق رم باستان دارد و به‌جز امریکا در اغلب کشورهای خانواده کامن‌لا به رسمیت شناخته شده و مقبولیت یافته، دارای مبانی گوناگونی است که البته هیچ‌یک از انتقاد مخالفان آن در امان نمانده است، تاجایی که برخی خواستار الغای آن و اجرای قاعده تقصیر مشترک شده‌اند و برخی دیگر با اعتقاد به امکان تعدیل اثر مطلق آن مبنی بر محرومیت کلی زیان‌دیده از جبران خسارت عملاً استقلال ماهوی این دفاع را نفی کرده و آن را چهره‌ای از قاعده تقصیر مشترک قلمداد نموده‌اند.

و اما در فقه امامیه و حقوق ایران نیز می‌توان به اعتبار و حجیت دفاع یادشده بر اساس قاعده «لزوم سخت‌گیری بر ستمکاران: گناهکاران یا مجرمین» نظر داد که موجب محرومیت کلی یا جزئی زیان‌دیده از جبران خسارت یا ذی‌حق از حق خویش می‌شود و از این حیث می‌تواند چهره خاصی از قاعده اقدام با عنوان «اقدام به فعل حرام» به‌شمار آید. اما برخلاف حقوق کامن‌لا، رفتارهای صرفاً غیراخلاقی که از حیث شرعی یا حقوقی ممنوع نیست، مشمول دفاع یادشده نمی‌باشد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، *حقوق مدنی*، جلد ۱، چاپ دوازدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، *حقوق مدنی*، جلد ۴، چاپ پانزدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸)، *مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران: میزان
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی، ضمان قهری*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران
۵. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۸۹)، *مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران: سمت
۶. قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، *قاعده اقدام، مندرج در کتاب «اندیشه‌هایی در حقوق اسلامی»*، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)
۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲)، *حقوق خانواده*، چاپ چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۲)، *قواعد فقه، بخش مدنی*، جلد ۱، چاپ دهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
۹. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳)، *قواعد فقه*، ج ۱، تهران: نشر یلدا
۱۰. بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۳۸ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد ۴، چاپ چهارم، قم: نشر دلیل ما
۱۱. حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۲۴ق)، *مفتاح الکرامه*، جلد ۱۲، چاپ اول؛ ۱۴۲۸، جلد ۱۸، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی
۱۲. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق)، *العناوین*، جلد ۲، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی
۱۳. سبزواری، محمدباقر (محقق خراسانی)، (۱۴۲۳ق)، *کفایه الاحکام*، جلد ۲، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی

۱۴. طباطبایی، سید علی (۱۴۲۲ق)، *ریاض المسائل*، جلد ۱۲، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی

۱۵. نجفی، محمدحسن (۱۴۳۰ق)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۳، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی

۱۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۳۳ق)، *جواهر الکلام*، جلد ۳۸، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی

ب) انگلیسی و فرانسه

77. Elliott, C. and Quinn, F., 7777, *Tort Law*, 6th ed, London, Pearson and Longman
88. Ely, J.H, 0000, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University press.
99. Emanuel, L., 9999, *Latin for Lawyers*, 1st ed, New York, Emanuel publishing
00. Eisenberg, M.A, 8888, *The Nature of The Common Law*, Cambridge, Harvard University press.
11. Fleming, J.G, 1888, *The Law of Torts*, 9th ed, LBC Information services
22. Goudkamp, J., 7777, "A Revival of the Doctrine of Attainder, The statutory Illegality Defences on Liability in Tort", in Sydney Law Review, Vol. 99.
33. Goudkamp, J., 0000, "The Defence of Joint Illegal Enterprise", in Melbourne University Law Review, N. 44.
44. Greenawalt, K., 7777, "Policy, Rights and Judicial Decision", in Ga. Law Review, N.11
55. Harpwood, V., 9999, *Modern Tort Law*, 7th ed, London and New York, Routledge and Cavendish
66. Jourdain, P., 4444, "La victime indigne ou en situation illicite ...", in R.T.D civ, N. 44 et R.T.D civ, Juillet- septembre 2222

77. Legraud, P., 1111, "*La dynamique de l'impunité: autour de la defence d'ex turpi causa en common law des délits civils*", in McGill Law Journal, Vol. 66.
88. Lete, J., "*Les causes d'exonération en droit anglo-saxon*", séminaire du GRERCT, Geneve, at: www.greca.univ-rennes1.fr
99. Linden, A. M., 3333, *Canadian Tort Law*, 5th ed, Butter Worths.
00. Prosser, W.L, keeton, p., 4444, *On The Law of Torts*, 5th ed, west publishing co.
11. Ripert, G., 5555, *La regle morale dans les obligations civiles*, 4^{éd}, paris, L.G.D.J.
22. Simons, K.W, 3333, *Victim Fault and victim Strict Responsibility in Anglo- American Tort Law*, Boston University school of law working paper, N.33, at: www.bu.edu
33. The Law Commission, 1111, *the Illegality Defence in Tort*, consultation paper, N. 000, London, at: www.lawcom.gov.Uk
44. The Law Commission, 9999, *The Illegality Defence*, consultation paper N. 999, London, at: www.lawcom.gov.Uk
55. Viney, G. et Jourdain, p., 8888, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, 2[°] ed, paris, L.G.D.J.
66. Weinrib, E.J, 6666, "*Illegality as a Tort Defence*" in University of Toronto Law Journal, N.66