

بسم الله الرحمن الرحيم

# نشریه کانون و کلاهی دادگستری

آذربایجان شرقی

فصلنامه حقوقی و خبری

سال سیزدهم شماره ۴۵ بهار ۹۶

صاحب امتیاز: کانون و کلاهی دادگستری آذربایجان شرقی

مدیر مسئول: دکتر محمدرضا مجتهدی

اعضای هیئت تحریریه

دکتر حسن پاشازاده (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز)

دکتر منصور جباری (استاد دانشگاه علامه طباطبائی تهران)

دکتر ناصر رهبر فرش پیرا (استادیار دانشگاه آزاد اسلامی تبریز)

دکتر پرویز ساورانی (استادیار دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر ابراهیم شعاریان (استاد دانشگاه تبریز)

دکتر علی غریبه (استادیار دانشگاه آزاد تبریز)

دکتر حسن فرهودی نیا (دانشیار دانشگاه تبریز)

دکتر محمدرضا مجتهدی (استاد دانشگاه تبریز)

دکتر علیرضا نوجوان (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)

ویراستار ادبی: دکتر محمد ابراهیم پور نمین

امور فنی، اجرایی و صفحه آرایی: مینا زارع فسقندیس

ویراستار انگلیسی: محمد رضوانی

تبریز، میدان شهرداری، ابتدای خیابان ارتش جنوبی، کانون و کلاهی دادگستری

تلفن: ۳۵۵۵۴۵۷۳ شماره: ۳۵۵۶۰۰۲۵ [www.eazarbar.org](http://www.eazarbar.org)

## راهنمای نگارش مقاله

از کلیه حقوق دانان اعم از وکلای محترم، قضات ارجمند، اعضای هیئت‌های علمی، استادان، صاحب‌نظران، و پژوهشگران حقوق دعوت می‌شود تا مقالات تألیفی خود را که مرتبط با موضوع و هدف نشریه است با رعایت شرایط زیر، برای بررسی و چاپ به دفتر نشریه به نشانی تبریز، اول ارتش جنوبی، ساختمان کانون وکلای آذربایجان شرقی، کدپستی ۵۱۳۷۷۶۷۴۴۳ و پست الکترونیکی [nashriyekanon@gmail.com](mailto:nashriyekanon@gmail.com) ارسال دارند.

- درج عنوان مقاله، نام، نام خانوادگی (به دو زبان فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن، نمابر و نشانی پست الکترونیکی (e-mail) همه نویسنده‌گان؛
- تعیین نویسنده مسئول؛
- ارسال یک نسخه از مقاله در حداکثر ۲۵ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای که بر روی یک طرف هر برگ، با نرم‌افزار Word تایپ شده باشد، همراه با لوح فشرده (CD) آن؛
- رعایت ساختار علمی (عنوان، چکیده، مقدمه، بیان مسئله و ضرورت، سؤال یا فرضیه، روش و داده‌های تحقیق و مباحث تفصیلی، نتیجه‌گیری)؛
- درج چکیده به فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۰۰ و حداکثر در ۱۵۰ کلمه، شامل مسئله تحقیق، روش و نتایج آن؛
- ذکر واژگان کلیدی در دنباله چکیده به فارسی و به انگلیسی، حداقل ۵ و حداکثر ۱۰ کلمه؛
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص با درج شماره مقابل آن در زیرنویس همان صفحه؛
- ارائه منابع استفاده‌شده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیر:  
الف) کتاب‌ها: به صورت زیرنویس با آوردن نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب فارسی/ایرانیکی و عنوان کتاب لاتین به صورت *ایتالیک*، شماره جلد، نام مترجم، ناشر، سال انتشار و صفحه مربوط (در هر جا که نقل قول مستقیم و غیرمستقیم پایان می‌پذیرد).
- ب) مقالات: به صورت زیرنویس به ترتیب نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان مقاله در داخل گیومه، نام مترجم، نام مجله، دوره یا سال، شماره و تاریخ مجله و شماره صفحه مورد استفاده.
- ج) در صورت تکرار منبع، اکتفا به درج کلمه «همان» و یا «منبع پیشین» به تناسب به صورت ایرانیکی، شماره جلد و صفحه.
- د) در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت «Op.Cit.» و «Ibid.» در ارجاعات بعدی به تناسب.
- ه) ذکر فهرست الفبایی منابع در پایان مقاله به ترتیب فارسی و لاتین با رعایت شیوه‌نامه‌ها.
- مقاله ارسالی، داوری و سپس ویرایش خواهد شد.
- مقاله ارسالی برگردانده نمی‌شود.
- مقاله ارسالی نباید سابقه چاپ و انتشار داشته باشد و یا هم‌زمان به نشریه دیگری فرستاده شود.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصرأً مبین نظر شخصی مؤلفان است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.

## فهرست مندرجات

- تأثیر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی..... ۱  
محمد اصغری خاتونی
- بررسی تطبیقی پدیده قوه قاهره در نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوق داخلی  
کشورها..... ۱۷  
بهرام پشمی  
یوسف باقری حامد
- پیشگیری انتظامی از جرم در قوانین ایران..... ۵۳  
سمیرا دیباجی شیشوان  
سمانه سیدزوار
- بررسی حقوقی تعیین جهت تصرف در عقود آنی ناقل و آثار تغییر آن در حقوق موضوعه  
ایران..... ۷۷  
دکتر رضا سکوتی نسیمی  
علی جعفرزاده
- نگرشی نو بر نظریات تعیینی و تخییری در قصاص نفس با رویکردی بر رویه قضایی  
ایران..... ۱۰۷  
مهران سهرابی اسمرود
- مقررات مربوط به حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و مقایسه آن با حقوق  
کار ترکیه..... ۱۴۷  
دکتر محمدرضا مجتهدی  
لایه ایزدی

□ بررسی تطبیقی اجاره فرعی و انتقال اجاره در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی ( DCFR & )

۱۶۵..... (PELLG)

فرناز میرحیدری مسجدی

□ خدمات عام‌المنفعه، مقررات دولتی و داوریه‌های سرمایه‌گذاری انرژی ..... ۱۷۹

نایجل بلک‌بی و راث تیتلبوم

ترجمه بهراد صغیری

## تأثیر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی

محمد اصغری خاتونی<sup>۱</sup>

**چکیده:** در مقاله حاضر پس از بررسی لغوی و اصطلاحی سکوت، کوشیده‌ایم اثر آن را در تشکیل اعمال حقوقی بررسی کنیم. لذا ناگزیر ابتدائاً توضیحاتی اجمالی درباره اعمال حقوقی و اقسام آن، و موارد اختلاف مصداقی آن‌ها ارائه کرده، سپس با نگاهی گذرا به حقوق خارجی و داخلی از جمله بررسی منابع فقهی به ویژه فقه امامیه که آبشخور و بنیان حقوق و قانون مدنی کشور ما است و با حلاجی نظرات فقهای متقدم و معاصر به بیان قاعده و استثنائات پراکنده آن در دل قوانین و متون فقهی پرداخته‌ایم. شایان ذکر است که بحث مذکور در حول محور عقود می‌چرخد، لذا برای ورود به بحث پس از بیان نظرات و عقاید حقوق‌دانان در مورد اعمال حقوقی و تقسیم آن، وارد بحث سکوت شده و خود سکوت را نیز پس از تقسیم به دو نوع سکوت محض و سکوت همراه با قرینه، مطالعه کرده‌ایم و پس از بیان مطالب، به نتیجه‌گیری مطلوب رسیده‌ایم.

**کلیدواژگان:** تأثیر سکوت، اعمال حقوقی، انعقاد عقد، فقد، رضا.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، دانشجوی مقطع دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی تبریز.

## مقدمه

موضوع عقود و قراردادها در حقوق همه کشورها دارای اهمیت ویژه‌ای است. این مبحث در فقه اسلامی نیز از ریشه و بنیان بسیار ژرفی برخوردار است، آن‌چنان‌که در آثار فقهی اعم از فقه امامیه و فقه اهل سنت به این موضوع پرداخته شده است. آنچه مسلم است گستردگی و عمق مبحث قراردادهاست و در این میان اگر عقد یا قرارداد را به موجود زنده‌ای تشبیه کنیم که متولد شده و به حیات خود ادامه می‌دهد و دست آخر حیات حقوقی‌اش پایان می‌یابد، خلق این موجود اعتباری یا به اعتباری تشکیل آن از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در قوانین مدنی اکثر کشورهای متمدنی نیز مواد قانونی عدیده‌ای به این مرحله از عقد اختصاص داده شده است. اما آنچه باعث اشکال و ابهام در تشکیل قراردادها اعم از عقود معین و نامعین می‌شود این است که همیشه و در هر وضعیتی، انعقاد عقد به صراحت و به‌طور منجز انجام نمی‌گیرد و بسته به تعبیر غرض‌ها و قوانین از سکوت، یکی از طرفین عقد، احکام بارشده بر آن و بالتبع طرز تحلیل انعقاد عقد از سوی حقوق‌دانان هریک از نظام‌های حقوقی متفاوت خواهد بود و نیز عدم وجود حکمی خاص در باب سکوت یکی از طرفین عقد در مرحله ثبوتی، باعث بروز اشکالات بسیاری در مرحله اثباتی خواهد بود. مضاف بر مطالب فوق، بحث در باب تأثیر و عدم تأثیر سکوت در انعقاد اعمال حقوقی به پاسخ به سؤالاتی از قبیل زمان و مکان انعقاد عقد نیز کمک خواهد کرد زیرا تمام سؤالات فوق ریشه در فرضیه تحقق یا عدم تحقق عقد در صورت سکوت یکی از طرفین عقد خواهد داشت. آنچه در این مقال در مورد آن بحث خواهیم کرد، اثر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی است و اگرچه در حقوق کشورهای رومی‌ژرمنی مانند فرانسه و بلژیک و در حقوق کشورهایمانند انگلستان و آمریکا که دارای حقوق کامن‌لا هستند و پیش‌تر از اینان در فقه اسلامی این موضوع مورد پژوهش و تدقیق فقها قرار گرفته اما به‌ناچار و به علت پراکندگی این منابع، بحثی مجزا هرچند کوتاه و گذرا در این مورد انجام نگرفته است و لذا در این مقاله برآنیم که اثر سکوت اعم از سکوت محض و سکوتی را که همراه قرینه دالّه بر قصد و رضای اشخاص است با مراجعه به منابع فقهی و با نیم‌نگاهی به حقوق خارجی بررسی کنیم.

## ۱- مفهوم سکوت

سکوت از نظر لغوی به معنای خاموش شدن و خاموشی با توانایی سخن گفتن است<sup>۱</sup> و به معنای ساکت شدن نیز آمده است.<sup>۲</sup> برای تدقیق و نگرش تخصصی به واژه سکوت ابتدائاً نظر عده‌ای از حقوق‌دانان معاصر را نیز مورد توجه قرار می‌دهیم. به زعم لنگرودی، سکوت خودداری از گفتن است و دلالت بر رضا نمی‌کند و از همین جا معروف است که: لاینسب لساکت قول... (یعنی به شخصی که سکوت اختیار می‌کند، اسناد قولی نمی‌دهند و از سکوت او کشف قصد و رضا نمی‌کنند). در عین حال ایشان می‌افزایند که در عقد نکاح، سکوت باکره در حکم رضا است ولی این نکته به سبب عرف زمان فرق می‌کند<sup>۳</sup> و یا به عقیده مرحوم کاتوزیان، سکوت وضع کسی است که به طور صریح اراده خود را بیان نمی‌کند و کاری هم انجام نمی‌دهد که به طور غیرمستقیم و به عنوان ملازمه با رفتار او بتوان اراده‌اش را استنباط کرد.<sup>۴</sup>

با تفحص در کتب فقهی به قاعده‌ای به نام قاعده سکوت برخوردیم خورد که بیان می‌دارد: «لاینسب لساکت قول». البته منشأ این قاعده در کتاب *الاشباه والنظائر* به امام شافعی نسبت داده شده<sup>۵</sup> و البته نظرات دیگر اما مشابه با نظرات فوق نیز ابراز شده است، مثلاً شهیدی نیز سکوت را چیزی جز نوعی حالت سکون و عدم تحرک ندانسته و بیان داشته است که این حالت نمی‌تواند مبین اراده و وسیله ابراز آن باشد زیرا از سکوت نمی‌توان به مقصود شخص ساکت پی برد.<sup>۶</sup>

۱. دهخدا، علی‌اکبر، *لغتنامه*، دانشگاه تهران، ۱۳۴۵، جلد ۲۹، ص ۲۰.

۲. معین، محمد، فرهنگ، امیرکبیر، ۱۳۴۲، جلد ۲، ص ۱۹۰۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، ۱۳۸۳، جلد ۲، ص ۳۶۰.

۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمود قراردادها*، جلد ۱، انتشار، ۱۳۸۳، جلد، ص ۲۶۱.

۵. زیدان، عبدالکریم، *الوجیز فی شرح القواعد الفقهیه*، الرساله، ۱۴۳۱، ص ۲۷.

۶. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها*، جلد ۱، منجد، ۱۳۹۳، ص ۱۴۷.

## ۲- اعمال حقوقی

همان طور که از نام مقاله پیداست هدف ما بررسی و پژوهش در باب تأثیر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی است، لذا در اینجا ضروری است که واژگان موضوع پژوهش بررسی شود. گروهی از حقوق دانان، اعمال حقوقی را ماهیتی توصیف کرده‌اند که منحصرأ به اراده انسان در عالم اعتبار ایجاد می‌شود<sup>۱</sup> و گروهی دیگر با تفاوتی مختصر، آن را کاری ارادی دانسته‌اند که اثر حقوقی آن با آنچه فاعل می‌خواهد منطبق است و یا اعلام اراده‌ای دانسته‌اند که به‌منظور ایجاد اثر حقوقی خاصی انجام می‌شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند.<sup>۲</sup>

همان طور که می‌دانیم اعمال حقوقی ماهیتی اعتباری دارند. برخلاف اعمال مادی و انتزاعی که اولی کاملاً ملموس و مادی، و دومی نیز که از مقایسه کمیت‌های مربوط به اجسام به دست می‌آیند وجودی غیرملموس و نادیدنی دارند. این موجودات اعتباری که مخلوق اراده بشوند همانند تمام موجودات دیگر خلق شده و پس از زاده شدن به حیات خود ادامه می‌دهند و گاهی نیز پس از مدت کوتاه یا بلندی به حیات خود خاتمه می‌دهند. به اعتبار این تشبیه، ما وجود همه اعمال حقوقی را به سه بخش تقسیم می‌کنیم که عبارت‌اند از: مرحله تشکیل، مرحله حیات و مرحله انحلال. لکن آنچه بیشتر مدنظر ماست مرحله نخست یعنی مرحله تشکیل اعمال حقوقی و اثر سکوت بر این مرحله است. پس از تعریف اعمال حقوقی باید دانست که خود اعمال حقوقی نیز به دو بخش تقسیم می‌شدند که عبارت‌اند از عقود و ایقاعات.

## ۲-۱- عقد

در اصطلاح فقه اسلامی، عقد ایجاد امری از یک طرف و قبول آن از طرف دیگر است.<sup>۳</sup> قانون‌گذار ما، در ماده ۱۸۳ قانون مدنی این‌گونه عقد را تعریف می‌کند که عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کنند و مورد قبول آن‌ها باشد. این تعریف با وجود تمام انتقاداتی که بر آن وارد است، به قانون مدنی ما داخل شده است. بنابراین

۱. شهیدی، مهدی، همان، ص ۳۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱.

۳. مصاحب، غلامحسین، *دایره‌المعارف*، فرانکلین، ۱۳۵۶، جلد ۱، ص ۱۷۴۵.



گروهی از حقوق‌دانان اقدام به ابراز تعریف ابداعی خود کرده‌اند. دسته‌ای از آنان معتقدند که عقد عبارت از توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود<sup>۱</sup> و گروهی دیگر نیز بر آن‌اند که عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی<sup>۲</sup>. البته اصرار بر ارائه یک تعریف جامع و مانع در مورد عقد در این مقال نمی‌گنجد و تعاریف فوق تنها نمونه‌ای از نظرات تعدادی از علمای حقوق است که برای تبیین موضوع و ارتباط نزدیک آن با عنوان پژوهش، به آن‌ها اشاره شد.

## ۲-۲- ایقاع

ایقاع که در لغت عرب، مصدر باب افعال و به معنی واقع ساختن و تحقق بخشیدن آمده است<sup>۳</sup> اصطلاحی است که در مورد اعمال حقوقی یک طرفه به کار می‌رود و در برابر عقد قرار می‌گیرد. همان طور که در فوق اشاره شد اعمال حقوقی اعم از عقود و ایقاعات‌اند که در این بخش به توصیفی از ایقاع می‌پردازیم. شایان ذکر است که در تعریف ایقاع و به خصوص دایره شمول آن نیز بین فقها اختلاف عقیده وجود دارد. عده‌ای مسامحتاً در تعریف ایقاع از واژه «معامله» استفاده کرده‌اند که به نظر چندان صحیح نمی‌آید. اینان در تعریف ایقاع، آن را اصطلاحی در فقه و حقوق اسلامی می‌دانند، به معنی گونه‌ای از معامله که با انشا از سوی یک طرف، منشأ اثر می‌شود<sup>۴</sup>. به عقیده برخی دیگر از حقوق‌دانان، ایقاع عملی است حقوقی که به صرف قصد یک طرف موجد یا موجب اثر حقوقی (مدنی) می‌شود بدون اینکه مستلزم اضرار احدی باشد، خواه قابل فسخ و رد باشد، خواه نباشد، خواه نتیجه آن اسقاط حق باشد خواه نباشد<sup>۵</sup>. البته چون بحث در مورد اثر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی است صحبت در مورد اثر سکوت در تشکیل ایقاعات تخصصاً

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۲۱.

۲. شهیدی، مهدی، همان، ص ۴۸.

۳. شهیدی، مهدی، همان، ص ۴۲.

۴. *دایره‌المعارف بزرگ اسلامی*، جلد ۱۰، مرکز دایره‌المعارف بزرگ اسلامی.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۷۶۲.

از مبحث خارج می‌شود و همان طور که خواهیم دید دایره بحث حول محور عقود خواهد چرخید.

## ۲-۳- برزخ بین عقد و ایقاع

گروهی از فقها و حقوق‌دانان بر این پندارند که تعدادی از اعمال حقوقی نه در زمره عقودند و نه جزو ایقاعات.<sup>۱</sup> البته این مشکل مجال بروز در قانونی مدنی ما را نیافته است، چون قانون‌گذار ما، موارد اختلافی از جمله وصیت و وکالت و جعاله و... را با قطعیت داخل در عقود کرده و ماده تشکیک را از بین برده اما این اختلاف تا امروز بین فقها و حقوق‌دانان وجود داشته است؛ بنابراین به تعریفی از حالت بین عقد و ایقاع یا به قول گروهی از حقوق‌دانان برزخ بین عقد و ایقاع می‌پردازیم.

به نظر لنگرودی برزخ بین عقد و ایقاع عملی است حقوقی که بر تراضی متکی باشد و فاقد برخی از عناصر عمومی عقود و ایقاعات هم باشد. بر فرض مثال وصیت تملیکی فاقد تراضی است زیرا تراضی بین دو زنده صورت می‌گیرد نه زنده و مرده، اما فاقد عناصر ایقاعات نیست پس ایقاع است نه برزخ بین آن دو.<sup>۲</sup> البته سیدمحمدکاظم یزدی نیز همین نظر را داشته چنانچه در مورد وصیت گفته: «فیکون من الایقاعات و یحتمل قویاً عدم اعتبار القبول فیها»<sup>۳</sup> و یا گروهی از فقها مانند صاحب عروه‌الوثقی همین عقیده را در مورد وکالت دارند<sup>۴</sup> و حتی به زعم ایشان وکالت، به دو نوع عقدی و ایقاعی تقسیم می‌شود و یا بر فرض مثال اگر کسی که اتومبیل او را دزیده‌اند بگوید (به عده‌ای محصور) هریک از شما که آن را بیابد و نشان محل آن را بدهد فلان مبلغ به او می‌دهم، این جعاله برزخ بین عقد و ایقاع است.<sup>۵</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشگاه حقوقی، جلد ۲، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۳۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۳۶.

۳. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، العروه‌الوثقی، جلد ۲، المطبوعات، ۱۴۰۹، ص ۸۷.

۴. دانشجویان دوره دکترای حقوق خصوصی مدرسه عالی شهید مطهری، مجله قضاوت، ۱۳۸۷ ص ۲۶.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۳۵.

در مورد سکوت و تفسیر حالت آن ابتدا به حالت سکوت در مقام بیان می‌پردازیم. این اصطلاح در مواردی به کار می‌رود که مقام، مقتضی بیان مطالبی است ولی قانون‌گذار، سکوت اختیار می‌کند مانند ترک استفسال در مقامی که تفصیل لازم است.<sup>۱</sup> البته همان طور که از تعریف، مشخص بود این حالت، عبارت است از اینکه قانون‌گذار با وجود محل توضیح و تفسیر مطلب، از این کار خودداری می‌کند و یا اصطلاح «سکوت قانون» که بر اساس آن قانون‌گذار مطالبی را به سکوت برگزار می‌کند و حکم آن را نمی‌گوید مانند تلف عین مستأجره قبل از قبض و پاره‌ای از موارد سقوط تعهدات.<sup>۲</sup> این دو اصطلاح همان طور که از تعاریفشان نیز مشخص است مربوط به حالات قانون‌گذار است و چون مبحث ما در مورد اثر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی است رعایت عنصر مانعیت بحث باعث می‌شود که این اصطلاحات بیش از این توضیح داده نشوند و بیشتر به بحث اصلی پرداخته شود. وقتی در مورد سکوت و اثر آن در تشکیل عقود بحث می‌کنیم منظور دو نوع از این حالت است؛ اول سکوت محض، دوم سکوتی که همراه با قرینه باشد.

### ۳- سکوت محض

سکوت محض همان طور که از نامش پیداست عبارت است از سکوتی که بدون هیچ قرینه‌ای باشد و در عرف و نیز زبان محاوره‌ای نیز منظور از سکوت، بیشتر سکوت محض است که عموم مردم نیز آن را علامت رضا می‌دانند. البته چنانچه در سطور ذیل خواهیم گفت، گاهی حتی همین سکوت محض نیز نه تنها علامت رضا تلقی می‌شود بلکه نشانی از قصد منجز یکی از طرفین عقد نیز محسوب می‌شود. در حقوق داخلی مستنداً به ماده ۲۴۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود» باید دانست که منظور قانون‌گذار قطعاً سکوت محض بوده است زیرا منظور از ساکت کسی نیست که چنین فردی در مواجهه با ایجاب، دم فرو بندد و پاسخ لفظی ارائه نکند. با در نظر گرفتن اینکه قبولی معامله با فعل نیز امکان‌پذیر است پس منظور از ساکت کسی است که در برابر ایجاب ارائه شده نه تنها سخنی بر زبان

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، همان، ص ۲۱۸۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۲۱۸۱.

نیارود بلکه عمل و رفتاری نیز از خود نشان ندهد که به منزله قبولی معامله تلقی شود.<sup>۱</sup> شایان ذکر است که نه تنها در حقوق داخلی ما برای این حالت اعتبار و اثری قائل نشده‌اند بلکه در حقوق اکثر کشورها نیز از جمله فرانسه، سکوت محض را فاقد اثر لازم برای تشکیل عقود دانسته‌اند. به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۶ - ۱۱۰۵ طرح اعلامی حقوق تعهدات فرانسه اشاره کرد که بیان داشته: «در صورت فقدان مقررات قانونی، توافق طرفین، عرف‌های تجاری و حرفه‌ای و سایر اوضاع و احوال خاص، سکوت به‌عنوان قبولی تلقی نمی‌شود.» در این زمینه حتی نویسندگان کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز مگر در موارد استثنائی قائل به این نظریه‌اند.<sup>۲</sup> به عقیده گروهی از شارحین کنوانسیون بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ علی‌الاصول سکوت مخاطب را نمی‌توان نشانه قبول و رضای وی دانست و این یک قاعده جهانی است زیرا چنان‌که معروف است سکوت، اعم از رضاست. ایجاب‌کننده نیز نمی‌تواند یک‌جانبه مقرر بدارد که سکوت مخاطب را به منزله قبول تلقی خواهد کرد. البته در صورتی که سکوت، همراه با قرینه‌ای باشد ممکن است قبول تلقی شود.<sup>۳</sup> در تأیید نظرات فوق باید افزود که بی‌اثر تلقی کردن سکوت در فقه اسلامی نیز پیشینه دور و درازی دارد. برای مثال صاحب شرایع می‌گوید: «و لا یکفی سکوته مع العلم و لا مع حضور العقد»<sup>۴</sup>

شیخ مفید نیز سال‌ها پیش از محقق حلی بر این نظر بود و عقیده خود را در کتاب *المقنعه* این‌گونه بیان می‌کند که «و اذا باع انسان ملکاً لغيره و هو حاضر فسکت لم یکن سکوته انفاذا»<sup>۵</sup> و همین‌طور شهید ثانی در *الروضه البهیة* این‌گونه به عدم تأثیر سکوت محض اشاره کرده: «ولا یکفی فی الاجازه السکوت عند العقد»<sup>۶</sup> و نیز از فقهای معاصر، آیت‌الله خمینی در *تحریر الوسیله*

۱. شعاریان، ابراهیم، *حقوق تعهدات*، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰.
۲. صفایی، سیدحسین، *حقوق بیع بین‌الملل*، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲، ص ۵۶.
۳. صفایی، سیدحسین، همان، ص ۵۶.
۴. محقق، محلی، *شرایع الاسلام*، جلد ۱، سلیمان‌زاده، ۱۴۳۶، ص ۲۷۸.
۵. شیخ مفید، *المقنعه*، جلد ۲، نشر اسلامی، ۱۴۱۰، ص ۶۱۲.
۶. شهید ثانی، *الروضه البهیة*، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۵، جلد ۲، ص ۱۸۹.

حداقل بیان قصد و رضا را با اشارات مفهمه ضروری دانسته و بیان کرده که «لو تعذر التلفظ لخرس و نحوه تقوم الاشارة قام مقامه»<sup>۱</sup>

### ۳-۱- سکوت همراه با قرینه

همان طور که در مبحث پیش گذشت، تقریباً تمام فقها و حقوق دانان سکوت محض را فاقد اثر انگاشته و برای مؤثر بودن سکوت، همراهی آن را با قرینه‌ای که اعم است از فعل یا اشاره یا... ضروری دانسته‌اند. به نظر آنان سکوت فی حد ذاته خاصیت ندارد و اوضاع و احوالی که ضمیمه آن است ممکن است آن را مفید معنا گرداند.<sup>۲</sup>

نکته حائز اهمیت دیگری نیز که باید به آن پرداخته شود این است که در برخی از ماهیت‌های حقوقی مانند وصیت و وکالت و جعاله و بیع معاطاتی که در تعلیق آن‌ها به دسته عقود یا ایقاعات اختلاف شدید وجود دارد موضوع نمی‌تواند از دو حال خارج باشد و آن اینکه اگر این ماهیات را ایقاع بپنداریم، بحث قبول و سکوت در آن سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود مانند وصیت که به‌زعم گروهی از فقها و حقوق دانان، ایقاع است چنانچه می‌گویند بررسی‌های حاصل چنین نتیجه می‌دهد که دلیلی مبنی بر اینکه وصیت از عقود باشد وجود ندارد<sup>۳</sup> و حتی گروهی بر این پندارند که صرف نیاز داشتن به قبول نمی‌تواند دلیل بر عقد بودن وصیت تملیکی باشد<sup>۴</sup> و گروه دیگر عقیده‌ای کاملاً برعکس دارند و می‌گویند که وصیت تملیکی یکی از عقود است<sup>۵</sup> پس اگر قائل به نظر گروه دوم باشیم (بدون در نظر گرفتن حالت برزخ بین عقد و ایقاع) آنگاه صحبت از قبول و اثر سکوت در این گونه ماهیات حقوقی معنی پیدا می‌کند و می‌توان سکوت همراه با قرینه را در این عقود مانند عقود دیگر، قبول پنداریم.

۱. خمینی، روح‌الیه، تحریر الوسیله، جلد ۱، دارالعلم.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشگاه حقوقی، جلد ۱، همان، ص ۵۵۸.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، مجله حقوقی در مطالعات حقوقی، ۱۳۶۵، ص ۱۲۸.

۴. عمید زنجانی، عباسعلی، مجله حقوقی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۸.

۵. امامی، سیدحسن، حقوق ملنی، جلد ۳، اسلامیه، ۱۳۸۳، ص ۶۴.

در مورد معاطات نیز باید گفت عده‌ای بر این عقیده‌اند که معاطات، دادوستد نه به الفاظ و نوشته است و آن را مصداق عقد می‌دانند و از مذاهب عامه نیز مالکیه، معاطات را عقد می‌دانند و در فقه امامیه فقها بر دو نظرند؛<sup>۱</sup> گروهی مانند علامه، معاطات را در عقود وارد ندانسته‌اند. همان طور که ایشان بیان می‌دارند «لا بد فی البیع من الایجاب و القبول و لاتکفی المعاطاه فی العقد»<sup>۲</sup> و برخلاف این، نظر گروهی از حقوق‌دانان و فقهای عامه است که اعتقاد دارند: «البیع یصح بکل ما یدل علی الرضا»<sup>۳</sup> به دلیل عدم جاری شدن لفظ، معاطات را عقد نمی‌دانند. پیدا است این فقها قطعاً در عقود، سکوت را که از نظر اثباتی در وضعیت ضعیف‌تری از بیع معاطاتی قرار دارد بدون همراه بودن با امارات و قرائن لازم که افاده قصد و رضا کند در عقود، بی‌تأثیر خواهند شمرد.

#### ۴- نقش عرف در تأثیر سکوت

نکته قابل توجهی که در مورد نقش سکوت در تشکیل اعمال حقوقی از نظرات محققان پنهان مانده یا می‌توان گفت که کمتر به آن پرداخته شده است نقش عرف است. در نوشته‌های حقوقی عرف به دو معنی عام و خاص به کار رفته است؛<sup>۴</sup> به‌طور اجمالی در تعریف عرف می‌توان گفت «قاعده‌ای (قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است»<sup>۵</sup> و یا گروهی بر این باورند که عرف، انس جامعه و یا گروه و صنف خاصی و مقصود از عادت انسی است که در رابطه حقوقی بین دو یا چند شخص که تشکیل دهنده گروه و صنفی خاص نیستند به‌وجود می‌آید.<sup>۶</sup> پس از دانستن تعریف عرف و اهمیت آن در میان عموم مردم باید گفت به‌عنوان یک قاعده کلی و حتی با امعان نظر و علم به قاعده سکوت که بیان

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، جلد ۵، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۳۴۱۰.

۲. علامه حلی، مختلف‌الشیعه، جلد ۵، النشر الاسلامی، ۱۴۳۵، ص ۵۱.

۳. الزحیلی، وهبه، موسوعه الفقه الاسلامی، جلد ۴، دارالفکر، ۲۰۱۲، ص ۱۱۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۷۷.

۵. همان، ص ۱۷۸.

۶. صغیری، بهراد، «افتراق عرف و عادت مطرح در قانون»، دوفصلنامه علمی حقوقی دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید

بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹.

می‌دارد «لا ینسب لساکت قول»<sup>۱</sup> حتی اگر در جامعه یا در میان گروهی از مردم سکوت علامت رضا و حتی احراز قصد منجز اشخاص باشد باید به تشکیل عقود و قراردادها با سکوت یکی از طرفین حکم داد زیرا آنچه محرز است عمومیت این قاعده است که «العقود تابعه للمقصود»<sup>۲</sup> پس به نظر می‌آید که حتی اگر قصد طرفین از طریق سکوت آنان نیز احراز شود می‌توان آن را سکوت مؤثر تلقی، و در تشکیل قراردادها مؤثر دانست.

## ۵- موارد مؤثر بودن سکوت محض در تشکیل عقود

### ۵-۱- سکوت باکره

گفتیم که علی‌الاصول سکوت، دلیل بر رضای عاقد نیست: «لا ینسب لساکت قول» اما در خصوص نکاح باکره سکوت او دلیل رضاست و حتی در این مورد روایاتی نیز آمده از جمله این حدیث از معصوم که می‌فرماید: «اذنها صماتها...»<sup>۳</sup> همان طور که می‌دانیم عقد نکاح به خاطر ویژگی‌های خاص و تقدسی که دارد در برخی موارد احکامی متفاوت از سایر عقود را به خود اختصاص داده و تمامی این احکام در جهت استحکام بخشیدن به این عقد مقدس است. از جمله مواردی که به نظر می‌رسد می‌توان استثنایی بر قاعده سکوت به حساب آورد سکوت باکره است و این استنباط از سکوت باکره قطعاً دارای ریشه‌های سنتی است که از دیرباز میان توده مردم جریان داشته و سخن نگفتن دختر باکره را ضمن عقد نکاح دلیل بر رضایت او می‌دانستند.

۱. زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی شرح القواعد الفقهیه، الرساله، ۱۴۳۱، ص ۲۷.

۲. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۳، دلیل، ۱۳۸۸، ص ۱۳۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۲۱۸.

**۲-۵- کنوانسیون بیع بین الملل**

مطابق بند ۲ ماده ۱۹ کنوانسیون بیع بین الملل «هرگاه قبول همراه با قیود اضافی یا متفاوت باشد اما باعث تغییرات اساسی در ایجاب نشود می تواند قبول ایجاب تلقی شود. مگر اینکه ایجاب کننده مخالفت خود با آن را بدون تأخیر غیرموجه به مخاطب اعلام کند.» بنابراین در صورتی که ایجاب کننده در مورد تغییرات جزئی، سکوت کند قرارداد منعقد می شود و این یکی از موارد استثنایی است که سکوت نشانه رضا تلقی شده است.<sup>۱</sup>

**۳-۵- توافق طرفین**

از آنچه بیان شد دانستیم که سکوت، بدون هیچ قرینه دال بر رضایت، در نزد فقها و حقوق دانان فاقد اثر است اما این سؤال به ذهن متبادر می شود که اگر موجب، ضمن ایجاب بیان کند که سکوت طرف مقابل را مادامی که بر فرض مثال تا یک هفته ایجاب را رد نکرده باشد قبول تلقی خواهد کرد، آیا در این حالت نیز سکوت طرف مقابل، قبول تلقی خواهد شد؟ شاید ابتدائاً این چنین به نظر برسد که چون شخص ایجاب دهنده اذعان کرده است که سکوت طرف مقابل را قبول تلقی خواهد کرد پس از نظر حقوقی با سکوت طرف مقابل عقد محقق خواهد شد اما با اندکی دقت به راحتی می توان فهمید که این ادعای ایجاب دهنده هیچ گونه تعهدی برای طرف قرارداد ایجاد نخواهد کرد و با سکوت وی هیچ اتفاقی نخواهد افتاد و عقدی منعقد نخواهد شد اما آیا اگر طرفین هر دو بر قبول تلقی کردن سکوت به توافق برسند چه؟ بی گمان توافق بر قبول تلقی کردن سکوت طرف مقابل و متعهد شدن به آن، خود قراردادی مستقل و محترم است که بر اساس اصاله الصحه و اصاله اللزوم، طرفین باید پایبند چنین پیمانی باشند. بر فرض مثال اگر پس از توافق تولید کننده و توزیع کننده کالایی بر اینکه هرگاه پس از وصول نامه تولید کننده حاوی ایجاب فروش، توزیع کننده ظرف ده روز ایجاب را رد نکرد در صورت رد نکردن ایجاب ظرف مدت مقرر، عقد بین طرفین منعقد خواهد شد.<sup>۲</sup>

۱. صفایی سیدحسن، همان، ص ۵۶.

۲. شهیدی، مهدی، همان، ص ۴۰۲.



نکته آخر که باید گفته شود این است که طبق ماده ۵۰۱ قانون مدنی «اگر در عقد اجاره مدت به‌طور صریح ذکر نشده باشد و مال‌الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد اجاره یک روز یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از زمان‌های مزبور در تصرف خود نگه دارد و موجر هم تخلیه ید او را نخواهد موجر به‌موجب مرضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت به زمان تصرف، مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود.»

در فقه امامیه سه نظر گوناگون در مورد این مسئله وجود دارد که یکی از این نظرات مربوط به این بحث است و آن اینکه گروهی از فقهای امامیه و گروهی از فقهای حنبلی بر این عقیده‌اند که عقد اجاره در این حالت دوباره و خودبه‌خود منعقد خواهد شد، البته این نظر خالی از استحکام کافی به‌نظر می‌رسد اما به‌نظر می‌آید که قائلین این نظریه سکوت را نیز داخل مرضات حاصله دانسته و حکم به انعقاد مجدد عقد اجاره داده‌اند.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

در حقوق داخلی ما که بر اساس فقه و سنت نبوی معصوم (ع) پایه‌ریزی شده، در باب معاملات، چه فقهای عامه و چه فقهای امامیه سکوت محض را مگر در مورد استثنایی در عقد نکاح باکره و توافق طرفین فاقد اثر دانسته‌اند. حقوق‌دانان معاصر نیز به پیروی از این نظریه پرداخته و آن را تأیید کرده‌اند. جالب اینکه در حقوق خارجی مانند حقوق کشور فرانسه نیز سکوت محض را در تشکیل اعمال حقوقی بی‌اثر دانسته‌اند. این پندار در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز راه یافته چنانچه در کنوانسیون بیع بین‌الملل نیز به استثنای یک ماده، می‌توان مرعی بودن این قاعده را مشاهده کرد اما شق دوم که مربوط به سکوت به همراه قرینه و امارات خاصی است وضعیتی متفاوت دارد چنانچه در فقه اسلامی و در حقوق خارجی نیز سکوت به همراه قرائن خاص را واجد اثر دانسته‌اند. شایان ذکر است که در موارد اختلافی مانند وصیت و وکالت نیز اگر به پیروی از قانون‌گذار ایران این ماهیات حقوقی را عقد بدانیم، قاعده فوق در مورد این ماهیات نیز رعایت خواهد شد.

## منابع و مآخذ

### الف) منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۳.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۳. -----، الفارق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
۴. -----، دانشنامه حقوقی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
۵. -----، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳.
۶. دایره‌المعارف مصاحب، مؤسسه انتشارات فرانکلین، ۱۳۵۶.
۷. دایره‌المعارف بزرگ اسلامی (زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی)، مرکز دایره‌المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۸۹.
۸. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵.
۹. شعاریان، ابراهیم، حقوق تعهدات، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
۱۰. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۱۱. صغیری، بهراد، «افتراق عرف و عادت محرر در قانون مدنی»، دوفصلنامه علمی حقوقی دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.
۱۲. صفایی، حسین، حقوق بیع بین‌الملل، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی، مجله حقوق، ۱۳۸۸.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۵. -----، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
۱۶. -----، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

۱۷. گروه دانشجویان دوره دکتری حقوق خصوصی مدرسه عالی شهید مطهری، مجله قضاوت، ۱۳۸۷.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، مجله حقوق در مطالعات حقوقی و قضایی، ۱۳۶۵.
۱۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، مؤسسه چاپ و انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲.

#### ب) فهرست منابع عربی

۱. (محقق) حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، مطبعه سلیمانزاده، ۱۴۳۶.
۲. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، انتشارات دلیل ما، ۱۳۸۸.
۳. حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۵.
۴. خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
۵. الزحیلی، وهبه، موسوعه الفقه الاسلامی و القضا یا المعاصره، دارالفکر، ۲۰۱۲.
۶. زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی شرح القواعد الفقهیه، مؤسسه الرساله، ۱۴۳۱.
۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹.
۸. العاملی (شهید ثانی) زین‌الدین، / الروضه البهیة، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۵.
۹. العکبری البغدادی (شیخ مفید)، محمد بن محمد، المقنعه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰.



## بررسی تطبیقی پدیده قوه قاهره در نظام حقوق بین الملل و نظام حقوق داخلی کشورها

بهرام پشمی<sup>۱</sup>

یوسف باقری حامد<sup>۲</sup>

**چکیده:** قوه قاهره<sup>۳</sup> از موضوعاتی است که عموماً عدم انجام تعهدات قراردادی و غیرقراردادی اعم از داخلی و بین‌المللی را به‌طور کلی یا در شرایطی خاص توجیه کرده و به آن عنوان نقض تعهد نمی‌دهد. دلیل اصلی مطرح‌شدن بحث قوه قاهره در حوزه مسئولیت آن است که چنین تأسیس حقوقی‌ای با داشتن شرایط خاص خود می‌تواند از معاذیر نظام مسئولیتی محسوب شود. در این پژوهش ما در صدد ارائه‌نمایی کلی از تحقق قوه قاهره در نظام حقوق بین‌الملل و سایر نظام‌های حقوق داخلی و نقد روش‌های انتخابی در هر یک از نظام‌های مذکور هستیم. به‌طور مسلم قوه قاهره برای دولت متعهد مسئولیتی به‌بار نمی‌آورد، البته چنین امری زمانی اتفاق می‌افتد که شرایط تحقق قوه قاهره جهت عدم مسئولیت مهیا باشد. بنابراین، سنجش چنین امری در حوزه حقوق بین‌الملل و نظام حقوق داخلی دولت‌ها هدف اصلی نویسندگان این نوشتار در کنار گسترش ادبیات مسئولیت در حوزه حقوق بین‌الملل کشورها و توجه به چالش‌های پیش روی اجرای آن است.

**کلیدواژه‌گان:** قوه قاهره، مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، مسئولیت قراردادی، مسئولیت مدنی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی و مدرس دانشگاه. Bahram.pashmi@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی و مدرس دانشگاه. Yousefbagheri@yahoo.com

## مقدمه

امروزه، مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها یکی از موضوعات مهم در حقوق بین‌الملل عمومی تلقی می‌شود، به‌طوری‌که برای تحقق آن شرایطی در حقوق بین‌الملل به‌ویژه در ماده ۲ سند ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل مجمع عمومی سازمان ملل متحد در نظر گرفته شده است. به‌موجب ماده مذکور، زمانی مسئولیت بین‌المللی برای دولت‌ها قابل تحقق است که دو شرط اساسی به‌طور لازم برای رفتار دولت‌ها وجود داشته باشد؛ اول اینکه عمل متخلفانه بین‌المللی رخ دهد و دیگر آنکه، عمل متخلفانه بین‌المللی قابل انتساب به دولت‌ها باشد. در این مقاله در خصوص نقش قوه قاهره به‌عنوان یکی از شرایط معافیت دولت‌ها از مسئولیت بین‌الملل بحث شده است. بنابراین، می‌توان گفت مسلماً در مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، قوه قاهره دارای نقش و جایگاهی است و نقش آن را می‌توان این‌گونه بیان کرد که از آنجا که دیدگاه دولت‌ها با توجه به نظام داخلی‌شان در خصوص قرارداد ملاک نوعی و یا نسبی در راستای عدم مسئولیت ناشی از قوه قاهره با دیدگاه نظام حقوق بین‌الملل متفاوت است؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که رویکرد نظام حقوق بین‌الملل به موضوع قوه قاهره همواره با در نظر گرفتن ملاک نسبی خواهد بود و این هم به‌خاطر نبود توازن میان دولت‌ها در زمینه مواجهه با این مقوله در عالم بین‌الملل می‌تواند باشد و به‌عبارت‌دیگر می‌توان گفت که ملاک نسبی بودن منطبق با منطق حقوق بین‌الملل خواهد بود.

در نظام‌های داخلی کشورها بیشتر ملاک نوعی را برای عدم مسئولیت شخص متعهد در اثر قوه قاهره در نظر می‌گیرند و دیدگاه این نظام‌ها آن است که شرایط باید طوری باشد که اگر هم هر شخص دیگری در مقام جایگزین شخص متعهد می‌بود، مطلقاً نمی‌توانست از عهده انجام تعهد برآید. پژوهش حاضر در دو فصل و هر فصل در دو بخش و هر بخش در دو مبحث و گفتار طراحی شده است که در فصل اول به بررسی قوه قاهره در نظام حقوق بین‌الملل و در فصل دوم به بررسی قوه قاهره در نظام داخلی کشورها می‌پردازیم. اهمیت موضوع هم در نظام حقوق بین‌الملل و هم در نظام حقوقی کشورها در بخش مسئولیت هویدا می‌شود؛ چرا که در روابط اعم از بین‌المللی و داخلی آنچه دارای اهمیت است انجام تعهدات و ضمانت اجراهاست که طرفین جهت پشتوانه اجرای تعهداتشان در نظر می‌گیرند که قرارداد به بهترین وجه و با بالاترین ضمانت اجرا در

موعد مقرر انجام گیرد. بنابراین نقش قوه قاهره در عدم اجرای تعهد و به طریق اولی عدم مسئولیت دولت متعهد و یا شخص متعهد در این زمینه مهم و مؤثر خواهد بود. چنین امری نگارندگان را بر آن داشت که هرچند مختصر، اطلاعاتی را با جستجو در نظام حقوق بین‌الملل و برخی نظام‌های حقوقی کشورها در این زمینه گردآوری، و به مخاطبان ارائه کنند. با توجه به موضوع مقاله، جمع‌آوری اطلاعات و منابع به صورت کتابخانه‌ای است و علاوه بر استفاده از کتب و مجلات معتبر در کتابخانه‌ها، با مراجعه به سایت‌های مختلف اینترنتی و اسناد و آراء قضایی بین‌المللی و سایر منابع حقوق بین‌الملل، از جدیدترین دستاوردهای پژوهشی موجود در این زمینه نیز برای تحقیق‌بخشیدن به هدف این تحقیق بهره برده‌ایم.

### فصل اول: بررسی قوه قاهره در نظام حقوق بین‌الملل

قوه قاهره در نظام حقوق بین‌الملل به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن دولت مورد بحث مجبور می‌شود که به گونه‌ای مغایر تعهد بین‌المللی خویش رفتار کند. قوه قاهره زمانی رافع وصف متخلفانه بودن رفتار است که همراه با سه عنصر پدیدار شود. آن سه عنصر عبارت‌اند از:

الف: این پدیده بر اثر یک واقعه غیرقابل پیش‌بینی و یا یک نیروی غیرقابل جلوگیری ایجاد شود. آنچه از این بند برداشت می‌شود آن است که قوه قاهره پدیده‌ای است که قابل پیش‌بینی نیست و همچنین در مواردی نیز صادق است که پیش‌بینی این پدیده به آسانی امکان‌پذیر نیست.

ب: در ایجاد قوه قاهره نباید دولت متعهد و دولت ذی‌نفع نقشی داشته باشند و علاوه بر آن دولت متعهد نتواند چنین پدیده‌ای را کنترل کند. به عبارت دیگر دفع آن خارج از کنترل دولت مورد بحث باشد و عملاً قوه قاهره غیرقابل دفع شود.

ج: اساساً با بروز چنین حادثه‌ای اجرای تعهد بین‌المللی در عمل غیرقابل امکان شود؛ یعنی با ایجاد قوه قاهره امکان اجرای تعهد بین‌المللی ممکن نشود. بنابراین باید میان عدم امکان اجرا به دلیل غیرممکن بودن انجام تعهد بین‌المللی و مشکل بودن امکان اجرای تعهدات بین‌المللی تفاوت قائل شد. این عدم امکان اجرای تعهد بین‌المللی می‌تواند ناشی از واقعه فیزیکی یا طبیعی باشد؛ برای نمونه هواپیمایی که به دلیل شرایط بد هوا و اینکه خلبان در اثر چنین وضعیتی کنترل

هدایت هواپیما را از دست داده و وارد حریم هوایی سرزمین کشوری بشود، می‌تواند به حالت قوه قاهره استناد کند چرا که این قبیل رفتارها در چنین شرایطی از حیث بین‌المللی متخلفانه محسوب نمی‌شود و برای دولتی که هواپیما متعلق به آن است مسئولیتی به‌بار نمی‌آورد. همچنین در روابط کشتیرانی بین‌المللی چنین پدیده‌ای می‌تواند صادق باشد.

از آنجا که در روابط کشتیرانی بین‌المللی، عبور و مرور کشتی‌ها از منطقه دریای سرزمینی طبق معاهدات بین‌المللی راجع به حقوق دریاها<sup>۱</sup> باید با رعایت مقررات حقوق بین‌الملل و قوانین وضع شده از سوی دولت‌های ساحلی انجام گیرد، هرگاه این عبور بی‌ضرر کشتی‌های بیگانه در منطقه دریای سرزمینی به علت قوه قاهره یعنی شرایط بد موجود در دریا یا وجود سازه‌ای در آب‌های دریا همراه با توقف و لنگرانداختن کشتی‌های بیگانه توأم شود، این اقدام کشتی‌های بیگانه با اصل عبور بی‌ضرر منافات نخواهد داشت.<sup>۲</sup> بنابراین وصف متخلفانه بین‌المللی از رفتار کشتی‌های بیگانه زایل می‌شود، لیکن موقعی که دولتی با رفتار خود مرتکب نقض تعهد بین‌المللی شود به‌صورتی که برای اجرای معاهده عملاً موضوع از بین رود، اینجا دولت ناقض تعهد بین‌الملل نمی‌تواند به حالت قوه قاهره استناد کند چرا که چنین نقضی از رفتار خود دولت استنادکننده به این حالت یعنی قوه قاهره حاصل شده است که کاملاً مطابق با قصد و اراده قبلی آن دولت ناقض بوده است، درحالی که یکی از شرایط تحقق قوه قاهره، با توجه به آنچه ذکر شد، آن است که واقعه اتفاق افتاده کاملاً خارجی باشد و به‌صورت غیرارادی واقع شود. برای نمونه می‌توان به قضیه کانال کورفو<sup>۳</sup> اشاره کرد؛ در ۲۲ اکتبر ۱۹۴۶ یک اسکادران از کشتی‌های جنگی انگلستان که شامل رزمناوهای مارتیوس<sup>۴</sup>، لیندر<sup>۵</sup> و ناوشکن‌های سامارز<sup>۶</sup> و ولج<sup>۱</sup> می‌شد بندر کورفو را ترک کرده و

۱. بخش سوم کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو از مواد ۱۴ الی ۲۳ در خصوص حق عبور بی‌ضرر از دریای سرزمینی و منطقه نظارت و بخش سوم از فصل دوم کنوانسیون ۱۹۸۲ جامائیکا یعنی از مواد ۱۷ الی ۳۲ مربوط به عبور بی‌ضرر از دریایی سرزمینی.

۲. بند دوم ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها.

۳. برانلی، ایان، حقوق بین‌الملل در واپسین سال‌های قرن بیستم، ترجمه صالح رضایی پیش‌ریاض، انتشارات وزارتخانه امور خارجه، چاپ اول، تهران ۱۳۸۳، صص ۱۰۷ الی ۱۰۹.

4. Mauritius  
5. Leander  
6. Saumarez



از طریق کانالی در قسمت شمالی تنگه کورفو که قبلاً مین‌روبی شده بود به طرف شمال در حال حرکت بودند. رزمناو مارتیوس در جلو حرکت می‌کرد و پشت سر آن ناوشکن سامارز در حال حرکت بود. با فاصله معین نیز رزمناوهای لیندر و پشت آن ولج حرکت می‌کردند. بیرون از خلیج ساراندا<sup>۲</sup> ناوشکن سامارز با یک مین برخورد کرده و به شدت آسیب می‌بیند. به ناوشکن ولج دستور داده می‌شود که به کمک سامارز برود و آن را یدک کند. ولج درحالی که کشتی آسیب‌دیده را یدک می‌کرد با یک مین برخورد کرده و شدیداً دچار آسیب می‌شود، باین حال موفق می‌گردد ناوشکن سامارز را به بندر کورفو برساند. دیوان چنین نظر داد که دو کشتی در آب‌های سرزمینی آلبانی در کانالی که قبلاً کنترل و مین‌روبی شده بود، با مین برخورد کرده و دچار آسیب شده‌اند. مکان واقعه درست محلی بوده است که سه هفته بعد از آن واقعه، یک میدان جدید مین‌گذاری شده با مین‌های GY آلبانی کشف شد. خسارات وارد به کشتی‌ها با صدماتی که می‌توانست از طریق مین‌های شناور، مین‌های مغناطیسی و مین‌های GR آلمانی وارد شود مطابقت نداشت. دیوان به این امر واقف بود که انفجارات توسط مین‌هایی که بدان میدان تعلق داشتند، صورت گرفته است.<sup>۳</sup> از آنجا که صلاحیت انحصاری سرزمینی که توسط یک دولت در چارچوب مرزهایش اعمال می‌شود بر روش‌های اثبات موجود در احراز آگاهی آن دولت نسبت به چنین حوادثی تأثیر خواهد گذاشت علی‌النهایی دیوان بین‌المللی دادگستری دولت آلبانی را به دلیل اینکه نه وجود مین‌ها را اعلام کرده بود و نه نسبت به خطری که کشتی‌های انگلیسی به آن نزدیک می‌شدند هشدار داده بود<sup>۴</sup> و از این طریق مرتکب یک نقض تعهد بین‌المللی شده بود مسئول ایجاد این حادثه دانست. از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، دولت ناقض یعنی دولت آلبانی باید مسئولیت آن را بر عهده می‌گرفت در صورتی که اگر دولت مذکور تمام اقدامات لازم را برای پیشگیری از وقوع چنین حادثه‌ای اتخاذ، و کنترل لازم را بر آب‌های سرزمینی‌اش اعمال می‌کرد، می‌توانست برای رفع وصف متخلفانه بودن رفتارش به قوه قاهره استناد کند. پس ملاحظه می‌شود

1. Volage
2. Saranda
3. I.C.J Reports 1949. PP. 12-13-15
4. I.C.J Reports 1949. P.22.

که قوه قاهره باید اجرای تعهدات بین‌المللی را مطلقاً غیرممکن سازد و دولت استنادکننده به آن نباید خود به وجودآورنده چنین حالتی باشد.<sup>۱</sup> چنگ (Cheng)<sup>۲</sup> در خصوص موضوع مسئولیت بین‌المللی و تأثیر قوه قاهره بر آن چنین بیان می‌کند: «عملی غیرقانونی است که از اراده آزاد عامل ناشی شده است. اگر رفتاری خارج از اراده شخص و در وضعیتی خارج از کنترل او به وقوع پیوندد و یا به‌طور خلاصه اگر رفتاری در اثر فورس‌ماژور صورت پذیرد غیرقانونی نخواهد بود زیرا اگر اجرای تعهدی که نقض آن، اقدامی غیرقانونی محسوب می‌شود، غیرممکن شود دیگر به‌عنوان یک تعهد وجود نخواهد داشت.» با توجه به آنچه بیان شد برای روشن شدن هرچه بیشتر بحث، ابتدا در این فصل به بررسی قوه قاهره در اسناد بین‌المللی می‌پردازیم که موضوع بخش اول از این فصل است، و در بخش دوم از همین فصل نیز به بررسی قوه قاهره در مراجع قضایی بین‌المللی خواهیم پرداخت.

### بخش اول: بررسی قوه قاهره در اسناد بین‌المللی

از میان اسناد بین‌المللی راجع به قوه قاهره می‌توان به سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها<sup>۳</sup> مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ میلادی میان دولت‌ها<sup>۴</sup> اشاره کرد. برای تبیین قضیه ابتدا به بررسی دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل<sup>۵</sup> سازمان ملل متحد می‌پردازیم و در مرحله دوم به بررسی کنوانسیون حقوق معاهدات ۶۹ میان دولت‌ها و نقش قوه قاهره در این کنوانسیون عام بین‌المللی خواهیم پرداخت.

1. Refer: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, Article 23 (Force majeure) , forth commentary.

۲. بازاری شوری، علی، مسئولیت بین‌الملل، انتشارات زر، چاپ اول، تهران ۱۳۸۱، ص ۱۰۶.

3. Cheng. General Principles of Law As Applied by International Courts and Tribunals 1953 At 293.

4. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, with commentaries 2001.

5. Vinna Convention on Law of Treaties 1969.

6. International Law Commission

## مبحث اول: سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل

در ماده ۲۳ سند ۲۰۰۱ کمیسیون آمده است:

۱- در صورتی که فعل مغایر تعهد بین‌المللی دولتی نسبت به دولتی دیگر ناشی از فورس‌ماژور باشد وصف متخلفانه بین‌المللی آن از بین می‌رود. فورس‌ماژور واقعه‌ای است غیرقابل پیش‌بینی، غیرقابل دفع و خارج از کنترل دولت و اساساً در شرایط ذیل انجام تعهد را غیرممکن می‌کند.

۲- بند یک در موارد ذیل اعمال نمی‌شود:

الف- وضعیتی که فورس‌ماژور ناشی از عمل خود دولت استنادکننده به آن یا ترکیبی از عمل او و سایر عوامل باشد.

ب- دولت خود خطر رخ دادن چنین موقعیتی را برعهده گرفته باشد.

بنابراین قوه قاهره معمولاً به‌عنوان عامل رافع وصف متخلفانه بودن اقدام دولت به کار می‌رود.<sup>۱</sup> قوه قاهره با سایر عوامل رافع مسئولیت از قبیل اضطرار<sup>۲</sup> و همچنین ضرورت<sup>۳</sup> تفاوت دارد، زیرا در وضعیت قوه قاهره حالت غیرارادی حاصل می‌شود و دولت فاقد عنصر قصد و اراده است. برای آنکه اقدام مورد بحث، قوه قاهره تلقی شود باید با واقعه‌ای غیرقابل پیش‌بینی<sup>۴</sup> و یا غیرقابل دفع<sup>۵</sup> صورت پذیرد. دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص غیرقابل پیش‌بینی بودن و غیرقابل دفع بودن قوه قاهره همان نیرویی است که دولت مورد بحث در چنین شرایطی نمی‌تواند از وقوع آن جلوگیری کند و با استفاده از امکانات خویش برای دفع آن مقابله کند؛ این از تفسیر ماده ۲۳ سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به‌آسانی قابل برداشت است. ممکن است این عدم امکان اجرایی تعهد بین‌المللی با دخالت عوامل انسانی همراه باشد. برای مثال دولتی کنترل خود را نسبت به اوضاع قسمتی از سرزمین خویش در اثر آشوب یا به دلیل تخریب یک ناحیه و یا عملیات نظامی توسط دولت ثالث از دست بدهد. گاهی نیز ترکیبی از این دو عامل در تحقق قوه قاهره تأثیرگذار است.

علی یزدی

1. " 'Force majeure' and 'fortuitous event' " as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decision and doctrine ", study prepared by the Secretariat (Year book ... 1978, vol. 2 (Part One) , P.61, document A/CN. 4/315
2. Distress
3. Necessity
4. Unforeseen
5. Irresistible

شماره اول و دوم  
مجله  
۱۳۹۶

نهایتاً برخی از وضعیت‌ها و شرایط اکراه و اجبار که سبب اعمال زور بر دولتی می‌شود، اگر با توجه به شرایط مذکور در ماده ۲۳ سند کمیسیون باشد منجر به ایجاد حالت قوه قاهره نسبت به آن دولت خواهد شد به‌ویژه جایی که عامل برای دولت غیرقابل دفع باشد و دولت راهی برای گریز از نقض در اثر قوه قاهره نداشته باشد.<sup>۱</sup>

### مبحث دوم: کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین

قوه قاهره با وجود اینکه به‌طور مستقیم در کنوانسیون‌های حقوق معاهدات از نظر تدوین کنندگان پنهان مانده است اما موضوع عدم امکان اجرای شرایط موجود در معاهدات بین‌المللی اعم از عام قانون‌ساز و خاص قراردادی به نوعی حالت قوه قاهره تلقی می‌شود که از دید این کنوانسیون‌ها (معاهدات)<sup>۲</sup> پذیرفته شده است. در عهدنامه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ میان دولت‌ها در غیاب قوه قاهره از عبارت «عدم اجرای معاهده» استفاده شده است. به موجب ماده ۶۱ عهدنامه مذکور هرگاه عدم امکان اجرای معاهده ناشی از محو یا فقدان موضوعی باشد که برای اجرای معاهده بین‌الملل اجتناب‌ناپذیر باشد یک طرف معاهده می‌تواند به این عدم امکان اجرا استناد کند و معاهده را فسخ یا از آن کناره‌گیری کند. اگر عدم اجرا به صورت موقتی باشد معاهده تنها می‌تواند به حالت تعلیق درآید. بنا به آنچه گفته شد «عدم امکان اجرای تعهد» در راستای اختتام معاهدات بین‌المللی، زمان تدوین کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، مورد توجه کمیسیون حقوق بین‌الملل بوده است. آنچه باید در این باره متذکر شد این است که عدم اجرای معاهده هنگامی اختتام معاهدات بین‌المللی را برای دولت امکان‌پذیر می‌سازد که موضوع اصلی برای اجرای معاهده‌ای از بین رود و دیگر موضوعی برای انجام در جهت اجرای آن معاهده از طرف دولت عضو آن وجود نداشته باشد. در این میان قوه قاهره می‌تواند حالتی ایجاد کند که بر عدم امکان اجرای معاهده نقش

1. Report of The International Law Commission on the work of its fifty third session, Part 3.

۲. منظور از کنوانسیون‌های حقوق معاهدات معاهده ۱۹۶۹ وین اتریش در خصوص دولت‌ها - معاهده ۱۹۸۶ وین اتریش در ارتباط با دولت‌ها با سازمان‌های بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر - معاهده ۱۹۷۸ وین اتریش در خصوص آثار جانشینی دولت‌ها نسبت به معاهدات.

مؤثری داشته باشد و لیکن از آنجا که اصل بر ثبات معاهدات<sup>۱</sup> است، باید تفسیر مضیقی از ماده ۶۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ به عمل آورد و عدم امکان اجرای معاهدات بین‌المللی به دلیل مشکلات اقتصادی و مالی از سوی طرفین عضو با طرح ادعای فورس‌ماژور نمی‌تواند مبنای تعلیق یا اختتام معاهدات بین‌المللی قرار گیرد. در حین کنفرانس اظهار شد که محدوده این ماده با قلمداد کردن اینکه مواردی از قبیل غیرممکن بودن پرداخت‌ها به دلایل مشکلات جدی و شدید مالی توسعه یابد... اگرچه کنفرانس می‌پذیرفت که چنین وضعیت‌هایی می‌تواند رافع وصف متخلفانه بودن عدم اجرای تعهدات ناشی از یک معاهده از یک طرف آن شود اما دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس حاضر نشدند که چنین شرایطی را به‌عنوان تعلیق یا اختتام معاهده بپذیرند و ترجیح دادند که خود را به بیان مضیقی از (کنوانسیون) محدود کنند. بنابراین می‌توان گفت که عدم امکان اجرای معاهدات بین‌المللی باید به دلیل غیرممکن بودن باشد تا شرایط قوه قاهره تحقق یابد. اگر عدم امکان اجرای معاهدات بین‌المللی ناشی از نقض طرف معاهده باشد بند ۱ ماده ۶۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در این خصوص قابلیت اجرایی نخواهد داشت.<sup>۲</sup> البته در بخش دوم از همین فصل که در ارتباط با بررسی قوه قاهره در مراجع بین‌المللی است، آراء صادره از این مراجع بین‌المللی نوعاً نشانگر تصدیق مطالب گفته‌شده در این موضوع است که در ذیل به‌صورت مشروح به آن می‌پردازیم.

### بخش دوم: بررسی قوه قاهره در مراجع قضایی بین‌الملل

با بررسی رویه‌های قضایی به این نتیجه خواهیم رسید که در حقوق بین‌الملل، اصلی وجود دارد که به‌موجب آن چنانچه دولتی در نتیجه قوه قاهره و یا حادثه غیرمترقبه واقعاً نتواند به تعهدات بین‌المللی خویش عمل کند و یا نداند مغایر با این تعهدات عمل می‌کند، رفتار آن دولت اعم از فعل و ترک فعل از لحاظ بین‌المللی نادرست تلقی نخواهد شد. آرای که در مراجع قضایی

#### 1. Stability of Treaties.

۲. در بند دو ماده ۶۱ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین اتریش آمده است: عدم امکان معاهده نمی‌تواند به‌عنوان فسخ یا خروج از معاهده و یا تعلیق اجرای آن مورد استناد یک طرف قرار گیرد، هرگاه عدم امکان خود ناشی از نقض تعهدات معاهده یا نقض هر تعهد دیگر بین‌المللی در قبال طرف‌های دیگر معاهده از سوی طرف متخلف باشد.

بین‌المللی در این باره صادر شده و یا صادر می‌شود همگی مؤید همین موضوع است که در شرایط قوه قاهره دولت حادثه‌دیده ناقض تعهدات بین‌المللی خویش نیست. بنابراین در حقوق بین‌الملل، قوه قاهره و حادثه غیرمترقبه وضعیتی است که مانع نادرستی عمل مغایر با تعهدات بین‌المللی دولت حادثه‌دیده است. برای نمونه می‌توان به رأی دیوان دائمی داوری اشاره کرد که در ژوئیه ۱۹۵۶ و برای حل و فصل اختلاف میان دولت فرانسه و دولت یونان در قضیه «امتیاز فانوس دریایی امپراتوری عثمانی»<sup>۱</sup> تشکیل شد. دیوان در این دعوی، ادعای دولت فرانسه مبنی بر پرداخت غرامت از سوی دولت یونان به شرکت فرانسوی مالک فانوس دریایی را رد کرد؛ چرا که همین فانوس طی جنگ جهانی اول در اثر بمباران دولت ترکیه منهدم شده بود. به‌خاطر این رویداد، دیوان آن را قوه قاهره دانست و اعلام کرد که برای دولت یونان غیرممکن است که فانوس دریایی را به حالت سابق و یا پیش از انهدام بازگرداند.<sup>۲</sup> به قضیه دیگری که می‌توان در این خصوص اشاره کرد، قضیه بمباران La Chau – de – Fonds Id است.<sup>۳</sup> همچنین در شرایطی که خسارت وارده به صورت تصادفی و یا به عبارتی به‌طور کاملاً اتفاقی ایجاد شود، مشمول فورس‌ماژور نخواهد بود.<sup>۴</sup>

دیوان‌های بین‌المللی این اصل را می‌پذیرند و کمیسیون‌های مختلط دعاوی غیرقابل‌پیش‌بینی بودن حملات شورشیان را مبنای عدم مسئولیت دولت سرزمینی، بابت خسارات وارده به خارجیان در نظرات خود مورد استناد قرار می‌دهند. با وجود این، باید اشاره کرد که تحمیل همه خسارات به دولت لطمه‌دیده غیرعادلانه به نظر می‌رسد و دولت انجام‌دهنده عمل مزبور دست کم باید در جبران بخشی از آن خسارات سهمی شود. بنابراین، این امکان هست که در مواردی از این قبیل، قواعد دیگر حقوق بین‌الملل به کار آیند و برای دولت اخیر تعهدی جهت جبران خسارات اعم از کلی و

#### 1. Ottoman Empire light houses concession.

۲. مستقیمی، بهرام؛ طارم‌سری، مسعود، مسئولیت بین‌المللی دولت با توجه به تجاوز عراق به ایران، زیر نظر دکتر جمشید ممتاز، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول، تهران ۱۳۷۷، ص ۱۸۰.

۳. در ارتباط با رخدادهایی از قبیل بمباران La Chau – de – Fonds به‌وسیله خلبانان آلمانی در ۱۷ اکتبر سال ۱۹۱۵ و پرنتروی توسط خلبانان فرانسوی در ۲۶ آوریل سال ۱۹۱۷ به مسامحه و بی‌احتیاطی خلبانان استناد شد و طرفین متحارب تعهد کردند که متخلفان را مجازات، و خسارات وارده را نیز جبران کنند. ر.ک.: Secretariat, ibid, paras. 255-256.

4. M.M.Whiteman, "Damages in International Law", Washington D.C United States Government Printing Office, 1937, vol. 1, p.22, see also Secretariat, para. 130.

جزئی ایجاد کنند. این مسئولیت ناشی از اعمالی است که در حقوق بین‌الملل منع نشده‌اند یا به عبارتی مسئولیت‌های این‌چینی مبتنی بر نظریه خطرند. در این بخش که از دو مبحث تشکیل می‌شود به بررسی آراء قضایی در خصوص قوه قاهره خواهیم پرداخت.

## مبحث اول: رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه قروض صربستان به فرانسه

اوضاع بحرانی سیاسی و اقتصادی به‌عنوان عامل رفع وصف متخلفانه بین‌المللی عمل دولت ناقض یا به‌عبارت‌دیگر قوه قاهره نیست چرا که به‌موجب آنچه در ابتدای امر بحث شد چنین حالاتی فورس‌ماژور محسوب نمی‌شوند و کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد نیز چنین نظری را پذیرفته است. قضیه دعوی قروض دولت صربستان به دولت فرانسه نمونه بارزی در این باره است.<sup>۱</sup> دیوان دائمی بین‌الملل دادگستری در سال ۱۹۲۹ موضوع فورس‌ماژور را در این قضیه بررسی کرد. در این دعوی دولت مدیون که دولت صربستان بود برای امتناع از پرداخت قروض خود به فرانسه، به قوه قاهره متمسک شده بود. از نظر دولت مذکور، جنگ جهانی اول ایجادکننده نوعی فورس‌ماژور بود. نهایتاً دیوان چنین برداشتی را رد و در خصوص بدهی‌های دولت صربستان چنین اظهارنظر کرد: نمی‌توان ادعا کرد که جنگ با وجود واقع‌شدن و نتایج اقتصادی ناشی از آن، از نظر حقوقی تعهدات قراردادی را بین دولت صربستان و قرض‌دهندگان فرانسوی را تحت تأثیر قرار داده باشد. ازهم‌پاشیدگی اقتصادی در جنگ اگرچه می‌تواند مستند رجوع به انصاف باشد ولی به‌هیچ‌وجه باعث معاف‌شدن دولت مدیون نمی‌شود. شرایط و وضعیت‌های که با مسامحه یا بی‌مبالاتی دولت، نقض تعهد بین‌المللی حاصل می‌شود، نمی‌توان آن را به‌عنوان قوه قاهره در جهت معافیت از مسئولیت بین‌المللی دولت ناقض قبول کرد. قضیه مشابه دیگری از این نوع که دیوان بین‌المللی دادگستری بدان رسیدگی کرد، پرونده گابچی کوو- ناگیماروس بود که دیوان همین نظر را پذیرفت. در رأی دیوان آمده است: بند ۱ ماده ۶۱ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۱ ناپدید و تخریب موضوعی که برای اجرای معاهده لازم بوده است، همین امر را دلیل و عذر

۱. دومنیک، کارو، حقوق بین‌الملل در عمل، ترجمه مصطفی تقی‌زاده انصاری، سال ۱۳۷۵، ص ۴۷۷.

موجه برای اختتام یک معاهده به دلیل غیرممکن بودن امکان اجرای آن پذیرفته است. در حین کنفرانس اظهار شد که محدوده این ماده با قلمداد کردن اینکه مواردی از قبیل غیرممکن بودن پرداخت‌ها به دلایل مشکلات جدی و شدید مالی توسعه یابد و اگرچه کنفرانس می‌پذیرفت که چنین وضعیت‌هایی می‌تواند رافع وصف متخلفانه بودن عدم اجرای تعهدات ناشی از یک معاهده بین‌المللی از یک طرف آن شود اما دولت‌های شرکت‌کننده در کنفرانس حاضر نشدند که چنین شرایطی را به‌عنوان تعلیق یا اختتام معاهده بپذیرند و ترجیح دادند که خود را به بیان مضیقی از کنوانسیون محدود کنند.<sup>۱</sup> بنابراین وجود بحران‌های سیاسی و اقتصادی در داخل حاکمیت دولت‌های متعهد نمی‌تواند به‌عنوان قوه قاهره محسوب شود و به طریق اولی عاملی جهت رافع وصف متخلفانه بودن نقض تعهدات بین‌المللی دولت مزبور و معافیت او از مسئولیت ناشی از عدم انجام تعهدات بین‌المللی شود.

### مبحث دوم: رأی دیوان داوری در قضیه شرکت سرمایه‌گذار عربی لیبیایی علیه دولت جمهوری برونندی

طبق آنچه از قسمت الف بند دوم ماده ۲۳ سند کمیسیون حقوق بین‌الملل ملل متحد برمی‌آید، ایجاد حالت قوه قاهره نباید نتیجه رفتار دولت استنادکننده به آن و یا ترکیبی از عمل آن و سایر عوامل باشد. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که دولت استنادکننده به عامل فورس‌ماژور برای رفع مسئولیت بین‌المللی از خویش نباید نقشی در تحقق آن داشته باشد. برای روشن شدن بحث می‌توان به نظر دیوان داوری در قضیه دعوی شرکت سرمایه‌گذار عربی لیبیایی علیه دولت جمهوری برونندی اشاره کرد.<sup>۲</sup> در این قضیه دیوان داوری ادعای قوه قاهره را از سوی دولت برونندی مردود اعلام کرد چرا که در این دعوی، نظر دیوان این بود که عدم امکان اجرای تعهد به دلیل غیرقابل‌پیش‌بینی بودن واقعه خارجی و یا عدم مقاومت در ازین‌بردن آن نبوده بلکه خود دولت برونندی در به‌وجودآوردن چنین حالتی نقش داشته است. به‌عبارت‌دیگر همین عدم امکان

۱۳۹۴  
سال نهم  
شماره اول  
بهار

1. Gabacikovo\_Nagymaros project, I.C.J Reports, 1997, p.7.

2. ILR, vol.96 (1994), p.318, para.55



اجرای تعهد در نتیجه تصمیم یک‌جانبه آن دولت بوده است. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که چنانچه دولتی از روی ناآگاهی و یا به صورت غیر عمد به طریقی در بروز وضعیت عدم امکان اجرای تعهد سهیم باشد و متعاقباً معلوم شود که دولت مذکور می‌توانسته به گونه دیگری در راستای ایفای تعهدات بین‌المللی خویش اقدام کند و لیکن اقدام ارتكابی آن با حسن نیت بوده باشد، در اینجا قوه قاهره قابل استناد خواهد بود.<sup>۱</sup> در این خصوص می‌توان به قسمت الف بند دوم ماده ۲۳ سند کمیسیون اشاره کرد که مشعر می‌دارد که نقش دولت در به وجود آوردن حالت قوه قاهره باید قابل توجه باشد تا رفتار مزبور مشمول ماده ۲۳ نشود.

در قسمت دوم بند دوم ماده مذکور حالتی بیان شده است که دولت وقتی شرط احتمال بروز قوه قاهره را پذیرفت در واقع در قبال عدم اجرای تعهدات بین‌المللی خویش مسئول خواهد شد. حال این تقبل مسئولیت از ناحیه دولت می‌تواند در زمان پذیرش شرایط خود تعهد صورت گیرد و یا با رفتار خویش چنین عملی یعنی پذیرش مسئولیت را از خود نشان دهد و یا از طریق اعمال اقدامی یک‌جانبه از سوی خویش، پذیرش چنین مسئولیتی را اعلام کند. همین امر بیانگر این قاعده است که اگر دولتی جلوگیری و منع بروز وضعیتی خاص را تعهد کرده و یا ریسک بروز آن را به طریقی قبول خود کرده است نمی‌تواند برای برائت از مسئولیت بین‌المللی خویش به قوه قاهره استناد کند. موضوع حائز اهمیت در اینجا، آن است که پذیرش خطر حادثه‌ای از سوی دولت، باید به صورت صریح باشد و در قبال اشخاصی که ذی‌نفع آن تعهدات بین‌المللی به‌شمار می‌آیند؛ حاصل شود.<sup>۲</sup>

### فصل دوم: شرایط اساسی جهت تحقق قوه قاهره

در این قسمت سعی شده است که شرایط و اوصافی که هر یک از عناصری که سبب تحقق قوه قاهره می‌شوند؛ برای مخاطبین تبیین شود. طبیعتاً هر عنصری نمی‌تواند عاملی برای تحقق فورس‌ماژور باشد پس باید موضوع طبق اصول کلی حاکم در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی

علی‌سیندرم  
شماره اول و دوم  
۱۳۹۶

1. I.L.C. Commentaries of Article 23 (Force majeure), Responsibility of states for Internationally Wrongful Acts Draft 2001, paragraph 9, p.78  
2. see Ibid, paragraph 10, p.78

کشورها در مواقعی که مرتبط به نظام‌های داخلی است، بررسی و تحلیل شود. آنچه در اینجا تحت عنوان عوامل قهری و به‌عنوان یکی از عوامل خارجی اجرای تعهد مورد تحلیل قرار می‌گیرد ناشی از عواملی خارج از اراده دولت و حتی افراد متعهد است و موجب جلوگیری از اجرای قرارداد می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که نه اراده طرفین قرارداد و نه اراده عامل انسانی دیگر در آن‌ها نقشی ندارد. در یک نگاه کلی می‌توان همه این موارد را تحت عنوان خارجی و دارای مشترکات و به‌صورت حادثه قهری بررسی کرد.<sup>۱</sup> از شرایط تحقق قوه قاهره می‌توان به خارجی بودن و در کنار آن به غیرقابل پیش‌بینی بودن آن و درعین حال به دائمی بودن و غیرقابل دفع بودنش اشاره کرد. البته در مباحث آتی به‌طور جداگانه‌ای در این تحقیق همه این شرایط با تبیین اوصافشان به‌صورت تفصیلی بررسی و تحلیل شده است.

### بخش اول: تأثیر قوه قاهره در قرارداد و تعهدات طرفین

به‌طور کلی تا زمانی که تقصیر و رابطه سببیت باید توسط زیان‌دیده به اثبات برسد، خواننده دعوی مسئولیت، موظف نیست که چیزی را اثبات کند لیکن در عمل برای دفاع در برابر دلایل اعلام‌شده توسط خواهان، تلاش می‌کند که ثابت کند مرتکب تقصیری نشده است یا اینکه میان عمل او و خسارت رابطه سببیت وجود ندارد. البته اثبات این امر همیشه آسان نیست و زمانی هم دشوارتر می‌شود که دلایل ارائه‌شده توسط طرف زیان‌دیده، این فرض را به‌وجود آورد که خواننده، رفتاری تقصیرکارانه داشته است و مسبب زیان بوده است. در این حالت بهترین شیوه معافیت از مسئولیت اثبات یک عامل عینی معافیت است. از جمله عوامل عینی معافیت از مسئولیت، همان سبب خارجی یا به‌عبارت‌دیگر قوه قاهره است. سبب خارجی یک واقعه غیرقابل‌انتساب به متعهد و یکی از علت‌های زیان است و غالباً خواننده برای معافیت از مسئولیت، بدان استناد می‌کند. اصولاً سبب خارجی فقط در صورتی معاف‌کننده خواهد بود که حالتی از قوه قاهره باشد یعنی مطلقاً مانع از آن شود که شخص، تکلیف خویش را انجام دهد و یا تعهداتش را اجرا کند. در این صورت هیچ

۱. حاتمی، علی‌اصغر، رودیجانی، محمدمجتبی، «بررسی تطبیقی قوه قاهره»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره

تقصیری قابل انتساب به شخص نخواهد شد. در نتیجه باید گفت که سبب خارجی یک دلیل عینی و اساسی بر عدم وقوع تقصیر است و به علاوه می‌تواند بر رابطه سببیت تأثیر بگذارد زیرا معمولاً سبب متناسب خسارات به‌شمار می‌رود و دیگر اسباب و از جمله عمل خواننده را بی‌اثر می‌سازد. وضعیت‌های مختلفی وجود دارد که ممکن است سبب خارجی به‌شمار آیند. بارزترین نمونه‌های اسباب خارجی در واقع نیروهای طبیعی همچون توفان، زمین‌لرزه، لایه یخ، سیل و غیره‌اند و یا رویدادهای بی‌نام انسانی<sup>۱</sup> همچون جنگ، شورش، اعتصاب، خرابکاری و غیره. لیکن ممکن است منشأ سبب خارجی، عمل شخص ثالث معین و یا نامعین و یا فعل خود زیان‌دیده باشد.<sup>۲</sup> در حوزه بین‌المللی نیز آنچه در کنوانسیون‌های بین‌المللی اعم از دوجانبه و چندجانبه وجود دارد مؤید این موضوع است که قوه قاهره یکی از معاذیر مسئولیت بین‌الملل برای دولت متعهد محسوب می‌شود. برای نمونه می‌توان در باب معافیت متصدی حمل و نقل هوایی از مسئولیت به کنوانسیون مونترال مصوب ۲۸ می ۱۹۹۹ اشاره کرد. در ماده ۱۸ این کنوانسیون که موضوع آن با معافیت مسئولیت متصدی حمل و نقل هوایی در باب خسارت به کالا مرتبط است، چنین آمده که «۱. متصدی حمل در صورت تلف یا فقدان یا ورود خسارت به کالا مسئول خسارات وارده است تنها به این شرط که حادثه موجب خسارت، در طی حمل و نقل هوایی رخ داده باشد. ۲. مع‌هذا، چنانچه متصدی حمل و نقل ثابت کند تلف یا فقدان و یا خسارات محموله ناشی از یک یا چند مورد از موارد زیر است، تا میزان اثبات شده مسئول نیست:

الف - نقص ذاتی، نوع یا عیب محموله؛

ب - بسته‌بندی ناقص محموله که توسط شخصی غیر از متصدی حمل یا خدمه یا نمایندگان وی انجام گرفته باشد؛

ج - جنگ یا منازعه مسلحانه؛

د - عمل مقام عمومی که در ارتباط با ورود، خروج یا ترانزیت محموله صورت پذیرفته باشد.

۱. منظور وقایعی است که به شخص معینی منتسب نیست.

۲. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی همراه با آرای دیوان عالی کشور فرانسه، ترجمه مجید ادیب، نشر میزان، چاپ دوم،

تهران، سال ۱۳۸۵، صص ۱۱۳-۱۱۴.

از بند ج ماده ۱۸ این کنوانسیون که ایران تا به حال عضو آن نشده است چنین برمی آید که متصدی حمل و نقل هوایی با استناد بدان خواهد توانست موضوع قوه قاهره را در ایجاد خسارت به محموله طرح کند و با اثبات آن خود را از مسئولیت برهاند. کنوانسیون بین‌المللی دیگری که مربوط به حمل و نقل هوایی است، کنوانسیون ورشو است که دولت جمهوری اسلامی ایران نیز در آن عضو است، متصدی با استناد به ماده ۲۰ این کنوانسیون می‌تواند خود را از مسئولیت معاف کند. در ماده مذکور آمده است: «در صورتی که متصدی حمل و نقل ثابت کند که خود و عاملین او کلیه تدابیر لازم را برای جلوگیری از بروز خسارت اتخاذ کرده‌اند یا اینکه انجام چنین تدابیری برای او و عاملینش مقدور نبوده است، مسئول نخواهد بود.» نتیجه اینکه صرف وقوع خسارت بدین معناست که کلیه تدابیر لازم اتخاذ نشده است زیرا اگر متصدی حمل کلیه تدابیر لازم را برای جلوگیری از وقوع خسارت اتخاذ می‌کرد، هیچ‌گونه خسارتی وارد نمی‌آمد مگر اینکه اتخاذ چنین تدابیری ممکن نباشد یعنی وضعیت فورس‌ماژور اتفاق افتاده باشد. بنابراین متصدی حمل و نقل خواهد توانست با اثبات اینکه کلیه تدابیر لازم را جهت جلوگیری از خسارات اتخاذ کرده و یا اتخاذ چنین تدابیری برای وی غیرممکن بوده است یا به تعبیری حالت قوه قاهره ایجاد شده است، خود را از مسئولیت معاف کند. البته حالت فورس‌ماژور زمانی جهت معافیت از مسئولیت متصدی حمل و نقل تحقق خواهد یافت که همراه با شرایط خاص خویش اتفاق افتد. در مباحث آتی به صورت تفصیلی به اوصاف و شرایط تحقق قوه قاهره می‌پردازیم. در اینجا جا دارد از آثار قوه قاهره در تعهدات نیز سخن به میان آوریم. اثر قوه قاهره ممکن است بر حسب مورد، سقوط تعهد و انحلال قرارداد یا تعلیق آن باشد. در صورتی که فورس‌ماژور عدم امکان دائمی اجرای قرارداد را در پی داشته باشد، موجب انحلال قرارداد سقوط تعهد خواهد شد. در این صورت فورس‌ماژور موجب برائت متعهد و معافیت او از مسئولیت است و متعهدله نمی‌تواند به علت عدم اجرای قرارداد، مطالبه خسارت کند. مع‌هذا در مواردی قوه قاهره سبب عدم مسئولیت شخص متعهد نخواهد شد. آن موارد عبارت‌اند از:

۱. در مواردی که متعهد به موجب قرارداد خطرات ناشی از قوه قاهره را پذیرفته و به عبارت دیگر در قرارداد تصریح شده باشد که متعهد حتی در صورت تحقق قوه قاهره، مسئول است. همین طور است در صورتی که قانون این مسئولیت را مقرر داشته باشد.

۲. در مواردی که قبل از بروز حادثه فورس ماژور، موعد ایفای تعهد فرارسیده و متعهدله اجرای آن را مطالبه کرده باشد. این قاعده در حقوق فرانسه به موجب بند ۲ ماده ۱۱۳۸ و ماده ۱۳۰۲ قانون مدنی مقرر شده است؛ ولی در حقوق ایران به نظر می‌رسد که مطالبه در این خصوص شرط نیست و همین که زمان ایفای تعهد فرا رسید، متعهد مکلف به اجرای تعهد است و اگر در این خصوص اقدام نکند و سپس اجرای تعهد به علت قوه قاهره غیرممکن شود، مسئول است مگر اینکه تعیین زمان اجرای تعهد در اختیار شخص متعهدله باشد که در این صورت مطالبه لازم خواهد بود.<sup>۱</sup>

۳. در موردی که عدم امکان اجرا، جزئی است و فقط شامل برخی از تعهدات ناشی از قرارداد است. در این صورت، عدم مسئولیت متعهد نیز جزئی خواهد بود و نسبت به تعهداتی که ایفای آن امکان دارد، مسئولیت باقی است. البته در این مورد باید بررسی کرد که آیا تعهداتی که هنوز قابل اجرا است دارای فایده کافی برای متعهدله است و آیا اراده طرفین بر بقای قرارداد به طور جزئی بوده است یا خیر؟ در صورتی که تعهدات مزبور فایده کافی برای متعهدله نداشته یا برحسب اراده طرفین، قرارداد یک کل تجزیه‌ناپذیر باشد، قرارداد به طور کلی منحل و همه تعهدات ناشی از آن ساقط خواهد شد.

۴- در صورتی که قوه قاهره یکی از علل عدم اجرای تعهد و خسارت باشد نه علت تامه آن، و تقصیر متعهد هم یکی از اسباب و علل خسارت باشد، رویه قضایی فرانسه معافیت جزئی از مسئولیت را به نسبت دخالت قوه قاهره می‌پذیرد. به عبارت دیگر، هنگامی که قوه قاهره نقش

۱. در ذیل ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران آمده است که «... اگر برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است.»

و دخالت جرنی در ورود خسارات داشته و درعین حال جزء علت حادثه نیز باشد، باید از میزان جبران خسارات و به عبارت دیگر غرامت کاسته شود.

۵- در صورتی که فورس ماژور ناشی از تقصیر متعهد باشد، مسئولیت باقی خواهد ماند مانند مورد غارت کالا به وسیله دشمن بر اثر تأخیر قطار، یا هدایت کشتی به منطقه جنگی و تصرف آن از سوی نیروهای متخاصم، یا تأخیر در تحویل کالا و مواجه شدن با منع قانونی. البته اثبات اینکه تقصیر متعهد سبب فورس ماژور بوده است بر عهده شخص متعهدله خواهد بود.

در بحث تعلیق قراردادها باید اشاره کرد که هرگاه بروز حادثه‌ای که موجب عدم امکان اجرا تعهد شده موقت باشد، فورس ماژور موجب تعلیق قرارداد است و پس از رفع مانع، قرارداد اثر خود را باز می‌یابد. مشروط بر اینکه اجرای آن، فایده خود را حفظ کرده و منطبق با اراده طرفین باشد. تشخیص اینکه آیا بعد از انقضای مدت تعلیق، قرارداد فایده خود را حفظ کرده و اجرای آن با اراده طرفین سازگار است یا خیر، با دادگاه است و در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که ماهیت قرارداد به کلی دگرگون شده و اجرای آن برخلاف اراده مشترک طرفین در زمان وقوع عقد است، حکم به انحلال آن خواهد آمد. معمولاً در مورد قراردادهایی که جنگ اجرای آن‌ها را معلق کرده است، این مسئله پیش می‌آید و دادگاه باید ببیند آیا بعد از جنگ، قرارداد فایده خود را حفظ کرده است یا اینکه فایده خود را از دست داده است. به هر تقدیر، در صورت تعلیق قرارداد به علت فورس ماژور، متعهد مسئول خسارات ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا در مدت تعلیق نخواهد بود؛ به طور کلی یکی از آثار فورس ماژور عدم مسئولیت شخص متعهد است و در آنجا که قرارداد به علت فورس ماژور اجرا نشده یا در اجرای آن تأخیری روی داده باشد، متعهدله نمی‌تواند بدین سبب مطالبه خسارت کند. در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی به ندرت اتفاق می‌افتد که قوه قاهره به یکباره انحلال قرارداد را در پی داشته باشد. معمولاً در قرارداد، تعلیق آن به علت فورس ماژور برای مدتی معین و گاهی نیز بدون قید مدت پیش‌بینی می‌شود. ضمناً مقرر می‌شود که متعهد در صورتی که بخواهد از قوه قاهره استفاده کند، باید آن را به اطلاع طرف دیگر قرارداد برساند و تلاش لازم و ضروری را برای رفع حادثه به عمل آورد. بعد از انقضای مدت مقرر، انحلال قهری

قرارداد نادر است؛ بلکه حق فسخ در صورت بقای علت فورس‌ماژور به متعهد له داده می‌شود، یا مقرر می‌شود که طرفین برای تجدیدنظر در قرارداد و پیدا کردن راه‌حل با یکدیگر مذاکره کنند و در صورت عدم توافق، هریک از طرفین حق فسخ عقد را خواهند داشت. به هر حال برای تعیین تکلیف طرفین و روشن کردن سرنوشت قرارداد باید به مواد و شرایط قرارداد رجوع کرد و در صورتی که اراده طرفین در این باره به صراحت اعلام نشده باشد، باید اراده ضمنی آنان را از خلال عبارات و با توجه به اوضاع و احوال و عرف بازرگانی کشف کرد و چنانچه این امر نیز امکان نداشته باشد، چاره‌ای جز رجوع به قواعد عمومی قوه قاهره در حقوق حاکم بر قرارداد باقی نخواهد ماند. آنچه در این تحقیق در خصوص قواعد عمومی فورس‌ماژور آمده است، در تفسیر معقول شرط قوه قاهره در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی بین اشخاص اعم از حقوقی و حقیقی مفید خواهد بود.<sup>۱</sup>

### مبحث اول: خارجی بودن و غیر قابل پیش‌بینی بودن

خارجی بودن علت یعنی آنکه چنین علتی از حیطه اراده شخص بیرون است و ربطی به شخص ندارد. مثلاً دخالت شخص ثالث یا زلزله و امثالهم علت خارجی‌اند ولی بیماری متعهد، علت داخلی است. البته اگر بیماری فرد متعهد در جایی باشد که قابل پیش‌بینی و دفع باشد؛ ممکن است سبب معافیت شخص از مسئولیت نشود. تقسیم‌بندی علت به داخلی و خارجی بر مبنای اراده شخص است. بنابراین علت خارجی ممکن است نیروهای قاهره طبیعت همچون زلزله و سیل و یا تقصیر شخص ثالث یا تقصیر متعهدله باشد زیرا چنانچه گفته شد همه این‌ها ذیل عنوان علت خارجی قرار می‌گیرند. در هر حال باید گفت منظور از علت خارجی، علتی است که عدم اجرای تعهد به متعهد قابل استناد نباشد. در خصوص غیر قابل پیش‌بینی بودن علت باید گفت که علت خارجی زمانی مصداق پیدا می‌کند که شخص اعم از دولت یا فرد متعهد نتواند حادثه را پیش‌بینی کند. از همین مفهوم خارجی بودن نیز می‌توانیم این شرط را استنباط کنیم. بنابراین وقتی شخص بتواند علت

۱. صفایی، سیدحسین، «قوه قاهره یا فورس‌ماژور: بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادها»، مجله دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، شماره ۳، تهران، سال ۱۳۶۴.

خارجی را پیش‌بینی کند، برای وی قوه قاهره محسوب نمی‌شود.<sup>۱</sup> پیش‌بینی‌ناپذیری در رویه قضایی اغلب در کنار گریزناپذیری از وضعیت قوه قاهره برای تحقق چنین حالتی لازم دانسته شده است چرا که در بیشتر اوقات، پیش‌بینی رویداد، امکان آن را فراهم می‌سازد که با اتخاذ تدابیر مناسب از آن جلوگیری یا در برابر آن مقاومت شود و یا از آثار زیان‌بار آن جلوگیری گردد. در چنین شرایطی، قابلیت پیش‌بینی رویدادی که زیان به‌بار آورده است نشانگر تقصیر در آینده‌نگری نسبت به زیان است. بنابراین برای آنکه رویداد، خواننده را از هرگونه مسئولیت معاف کند باید لازم دانسته شود که پیش‌بینی‌ناپذیر باشد.<sup>۲</sup>

### مبحث دوم: غیرقابل دفع بودن و دائمی بودن

حادثه‌ای فورس‌ماژور تلقی می‌شود که غیرقابل اجتناب و به تعبیر دیگر غیرقابل دفع باشد. در واقع اجرای تعهد با وقوع چنین حادثه‌ای غیرممکن می‌شود و هیچ شخص متعهد به امر غیرممکن نیست. جهت معافیت از مسئولیت، صرف خارجی بودن حادثه کافی نیست بلکه حادثه باید غیرقابل دفع نیز باشد. در نظام‌های داخلی کشورها، رویکردی که در این زمینه موجود است، نوعی است و از نظر چنین نظام‌های حقوقی، حادثه‌ای غیرقابل دفع محسوب می‌شود که آن حادثه قابل دفع به وسیله افراد متعارف نباشد. پذیرفتن چنین رویکردی در نظام بین‌الملل آن هم با توجه به عدم توازن دولت - کشورها در این عرصه جهانی قدری مشکل به نظر می‌رسد. وصف دیگری که باید از آن ذکر شود آن است که حادثه خارجی باید دائمی باشد تا وصف قوه قاهره بر آن صدق کند. وقتی از دائمی بودن حادثه صحبت می‌کنیم همان طور که پیش از این بحث شد، منظور این است که علت خارجی موقتی نیست چرا که در غیر این صورت انجام تعهد به حالت تعلیق برده خواهد شد و به محض از بین رفتن علت موقت انجام تعهد باید صورت گیرد. لیکن در حالت فورس‌ماژور علت خارجی دائمی است و به این خاطر است که شخص متعهد مسئولیتی ناشی از عدم انجام تعهد پیدا نمی‌کند. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که برای اینکه حادثه‌ای فورس‌ماژور محسوب شود

۱. حاتمی، رودیجانی، پیشین، صص ۶۷-۶۸.

۲. ژوردن، پیشین، ص ۱۱۶.



باید تمامی شرایط آن همراه با اوصاف خاص خود مهیا باشد که بتوان به آن وضعیت قوه قاهره اطلاق کرد و شخص متعهد با استناد بدان خود را مسئول نداند.

### بخش دوم: بررسی قوه قاهره در نظام داخلی کشورها

در این بخش به بررسی و تحلیل پدیده قوه قاهره در نظام حقوقی کشورها خواهیم پرداخت؛ اعم از کشورهایی که نظام حقوقی‌شان بر مبنای سیستم رومی‌ژرمنی است یا کشورهایی که نظام حقوقی‌شان بر پایه سیستم حقوقی کامن‌لا است. در این قسمت قصد این است که مخاطبان با دیدگاه چنین نظام‌های حقوقی‌ای درباره این پدیده آشنا شوند و در کنار آن تأثیرات قوه قاهره در روابط فیمابین طرفین قراردادی که در حوزه چنین نظام‌های حقوقی‌ای منعقد شده‌اند، تبیین شود. بنابراین در این بخش که از دو مبحث تشکیل شده است و هر مبحث نیز مشتمل بر دو گفتار است اول به بررسی قوه قاهره در نظام رومی‌ژرمنی پرداخته‌ایم و دو نظام حقوقی فرانسه و ایران را که نظام حقوقی‌شان این گونه است بررسی کرده‌ایم و در مبحث دوم که موضوع آن در ارتباط با نظام حقوقی کامن‌لا است به نظام‌های حقوقی کشورهای انگلستان و ایالات متحده امریکا پرداخته‌ایم تا این مطالعه تطبیقی برای مخاطبین سودمند باشد.

### مبحث اول: نظام حقوقی رومی‌ژرمنی

در نظام رومی‌ژرمنی که مبنی بر نظام موضوعه یا به عبارت دیگر نوشته شده است، پدیده قوه قاهره از جایگاهی بسزا برخوردار است. در این نظام تعریفی که از فورس‌ماژور شده است از حیث ماهیت و آثار چنین پدیده‌ای، وضعیت مشابهی با جایگاه آن در نظام حقوق بین‌الملل دارد؛ چرا که در این نظام حقوقی نیز آثار مشابه با دیدگاه حقوق بین‌الملل در بحث تأثیرات آن وجود دارد. در بین نظام‌های حقوقی مبتنی بر رومی‌ژرمنی، نظام حقوق کشور فرانسه و ایران دیدگاه مشترک و نزدیک‌به‌همی در ارتباط با این پدیده دارند که طی دو گفتار مستقل بررسی خواهند شد.

## گفتار اول: نظام حقوقی کشور فرانسه

فورس ماژور که در ادبیات فارسی به قوه قاهره یا قوه قهریه ترجمه شده اصطلاحی در حقوق فرانسه است که ظاهراً برای اولین بار در قانون مدنی فرانسه یعنی کد ناپلئون به کار رفته است. سپس در کشورهای دیگر، همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده و در حقوق بین الملل و حتی در حقوق و کتاب‌های انگلیسی نیز از همین اصطلاح استفاده شده است. در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنی عام و معنی خاص است. فورس ماژور به معنی عام عبارت است از هر حادثه خارجی یعنی خارج از حیطه قدرت شخص متعهد. فورس ماژور در این معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله که واجد دو صفت مذکور باشند نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنی خاص، حادثه‌ای است بی‌نام یعنی غیرمنتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی و درعین حال غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب. بعضی از حقوق‌دانان فرانسوی بین فورس ماژور و حادثه غیرمترقبه<sup>۱</sup> فرق گذاشته و می‌گویند که حادثه غیرمترقبه حادثه‌ای درونی یعنی وابسته به فعالیت متعهد یا بنگاه او است مانند آتش‌سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن قطار و اعتصاب، درحالی که در پاره‌ای از موارد قوه قاهره حادثه‌ای بیرونی است؛ برای نمونه می‌توان به سیل و توفان اشاره کرد.<sup>۲</sup> در تعریف فورس ماژور در فرهنگ اصطلاحات حقوقی *Juridiques Termes de jexique* چنین آمده است: «در حقوق مدنی - فورس ماژور به‌طور عام به هر حادثه غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب اطلاق می‌شود که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور موجب براءت است. فورس ماژور به معنی خاص در مقابل حادثه غیرمترقبه قرار می‌گیرد و عبارت از حادثه بیرونی است، بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد؛ یعنی نیروی طبیعی، عمل دولت و عمل شخص ثالث باشد.»<sup>۳</sup> در حقوق امروز فرانسه بین فورس ماژور و حادثه غیرمترقبه معمولاً فرق نمی‌گذارند و در رویه قضائی فرانسه هر دو به‌طور مترادف به کار می‌روند.<sup>۴</sup> هرچند که بعضی از حقوق‌دانان فرانسوی و غیرفرانسوی هنوز بین این دو مفهوم تفاوت قائل‌اند. در حقوق بین الملل معمولاً کلمه

1. event Fortuitous

2. Weill (A.), *Terre (F.)*, Droit Civil, Les Obligations, Paris, 1980, no 412.

3. J.Guilien-J.Vincent

4. CARBONNIER (J), *Droit Civil*, T. 4, Obiligations, 7eed. Pais 1972, no 74, p. 245.

فورس ماژور به معنی عام به کار می‌رود که هم فورس ماژور به معنی خاص و هم حادثه غیرمترقبه را در بر می‌گیرد. فورس ماژور به معنی عام با اصطلاح «کار خدا»<sup>۱</sup> متفاوت است. اصطلاح دوم فقط شامل حوادث غیرعادی است که دارای علل طبیعی استند و بدون دخالت بشر روی می‌دهند؛ در حالی که فورس ماژور دارای معنی گسترده‌ای است و پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را نیز در بر می‌گیرد. در ارتباط با شرایط و آثار فورس ماژور در حقوق کشور فرانسه باید ذکر کرد که بحث ما در اینجا مبتنی بر قواعد عمومی حقوق، یعنی قواعدی است که عموماً در حقوق داخلی پذیرفته شده است. همان طوری که در حقوق بین‌الملل، شرایط و ارکان قوه قاهره مشخص شد؛ در حقوق داخلی کشورها به خصوص حقوق کشور فرانسه تقریباً همان اصول و قواعد حکمفرما است. یعنی حادثه باید غیرقابل اجتناب و غیرقابل پیش‌بینی و خارجی باشد تا قوه قاهره تلقی شود. تنها در این صورت است که ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه هیچ نوع غرامت و تاوانی را بر عهده شخص متعهد بار نمی‌کند.<sup>۲</sup> مطابق با ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه شخص متعهد زمانی از عدم اجرای تعهد خویش محکوم به پرداخت غرامت نخواهد شد که اثبات کند که این عدم اجرا ناشی از یک سبب خارجی غیرقابل انتساب به او بوده است و درعین حال هیچ سوءنیتی از جانب او وجود نداشته است. با این وصف می‌توان چنین نتیجه گرفت که اصل بر مسئولیت شخص متعهد است ولی با وجود این، رویدادی گریزناپذیر خواهد بود که در برابر آن از مباشر، هیچ کاری ساخته نباشد و شخص مباشر نتواند با آن مقابله کند و در مورد قراردادها، رویدادی گریزناپذیر است که عملاً اجرای تعهدات ناشی از قرارداد منعقد را غیرممکن ساخته باشد.<sup>۳</sup> در حقوق فرانسه گفته می‌شود مقصود از عدم امکان در این باب، عدم امکان مطلق است، نه نسبی یا شخصی؛ یعنی حادثه‌ای قوه قاهره تلقی می‌شود که باعث عدم امکان اجرای تعهد برای همه باشد، نه فقط برای متعهد و ناشی از وسائل و امکانات ضعیف او. ولی در بعضی از نظام‌های حقوقی، عدم امکان نسبی هم ممکن است فورس ماژور به‌شمار آید؛ مثلاً در حقوق آلمان، ماده ۲۷۵ قانون مدنی عدم امکان

#### 1. Act of God

۲. ماده ۱۱۴۸ ق.م. فرانسه آمده است: «اگر در پی قوه قاهره یا حادثه غیرمترقبه، متعهد از انجام تعهد خود باز ماند یا کاری انجام دهد که برای او ممنوع بوده است، هیچ تاوانی بر عهده او نیست.»

۳. ژوردن، پیشین، ص ۱۱۵.

شخصی و نسبی را در صورتی که منتسب به شخص متعهد نبوده و قابل پیش‌بینی در زمان عقد نباشد، در حکم عدم امکان مطلق می‌داند. همان طور که قبلاً اشاره شد عدم امکان ممکن است فیزیکی باشد، مانند موردی که سیل و زلزله و جنگ مانع اجرای تعهد می‌شود و یا حقوقی، مانند عدم امکان ناشی از قانون جدید یا تصمیم اداری مبنی بر منع صادرات یا واردات یا سلب مالکیت یا ملی کردن شرکت متعهد [باشد]. به هر حال صرف دشواری اجرای تعهد، کافی برای تحقق قوه قاهره نیست. حتی در موردی که به علت تغییر وضع اقتصادی، اجرای تعهد به‌غایت سنگین و پرخرج باشد، فورس‌ماژور صادق نیست و این امر در حقوق فرانسه به رسمیت شناخته شده است. در حقوق فرانسه حادثه‌ای فورس‌ماژور تلقی می‌شود که در زمان انعقاد قرارداد، برای فرد غیرقابل پیش‌بینی باشد، چه، در صورتی که حادثه قابل پیش‌بینی باشد متعهد موظف است تدابیر احتیاطی بیشتری برای اجتناب از آن اتخاذ کند و در نهایت باید از انعقاد قرارداد خودداری کند. پس وقوع حادثه قابل پیش‌بینی موجب سلب مسئولیت از متعهد نخواهد شد. البته غیرقابل پیش‌بینی بودن بدین معنی نیست که حادثه قبلاً هیچ‌گاه واقع نشده باشد. همه حوادثی که تازگی ندارند، به یک معنی قابل پیش‌بینی هستند. قابلیت پیش‌بینی کلی و مجرد در اینجا مورد نظر نیست. حادثه هنگامی غیرقابل پیش‌بینی است که علت خاصی برای تصور پیش‌آمدنش وجود نداشته باشد؛ مثلاً زلزله در ناحیه‌ای که زلزله‌خیز نبوده است، حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی تلقی می‌شود. به تعبیر دیگر حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی تلقی می‌شود که وقوع آن غیرعادی، ناگهانی و نادر باشد. در خصوص خارجی بودن حادثه نیز معمولاً می‌گویند حادثه‌ای قوه قاهره تلقی می‌شود که خارجی و به تعبیر دقیق‌تر خارج از شخص متعهد و قلمرو مسئولیت او باشد. بنابراین عیب مواد اولیه یا تقصیر کارکنان متعهد، قوه قاهره به‌شمار نمی‌آید هر چند که غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب باشد. در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه با ذکر جمله «... علت خارجی که قابل انتساب به متعهد نباشد»، مفید همان نکته است. مع‌هذا مفهوم و قلمرو این شرط قابل بحث است و به‌ویژه در حقوق فرانسه مورد تردید بعضی از علمای حقوق واقع شده است. ویل در این باره می‌گوید: «ممکن است بگویند عدم اجرا باید ناشی از یک حادثه خارجی باشد. ولی این شرط خارجی بودن که در زمینه مسئولیت

خارج از قرارداد پذیرفته شده در زمینه قراردادی نامسلم است.<sup>۱</sup> بی‌شک در اینکه عیب چیزی که برای اجرای قرارداد به کار رفته موجب براءت متعهد نیست، توافق حاصل است؛ لیکن شرط خارجی بودن، هنگامی که اشکال، ناشی از رفتار یک شخص باشد، وضوح کمتری دارد. البته تقصیر کارگر متعهد که ناشی از شخصی دیگر ولی غیر خارجی است هرگز باعث معافیت کارفرما از مسئولیت نخواهد شد، زیرا چنان که می‌دانیم کارفرما مسئول کار اشخاصی است که برای اجرای تعهدات خود به کار گمارده است، ولی این قاعده مانع از آن نیست که در پاره‌ای موارد، اعتصاب مزدبگیران علت معافیت به‌شمار آید در حالی که در داخل بنگاه متعهد روی می‌دهد. در حقیقت، به محض اینکه شخصی به‌طور آشکار نقش واسطه را ایفا کند، تفکیک بین داخلی و خارجی بودن تا حدی دشوار است. در نظر داشته باشیم که بیکاری متعهد، علت موجه عدم ایفای دین تلقی شده است و این قلمرو شرط خارجی بودن را محدود می‌کند. بدین‌سان ملاحظه می‌شود که شرط خارجی بودن، محل بحث و تردید است و شاید به همین جهت در گزارش دبیرخانه سازمان ملل، بعد از ذکر اینکه «حادثه باید خارج از کنترل متعهد بوده و نباید متعهد مسبب آن باشد»، چنین آمده است: مع‌هذا شرط اول از شرایط بالا بدان معنی نیست که حادثه یا پیشامد تشکیل‌دهنده فورس‌ماژور باید مطلقاً خارج از شخص و فعالیت‌های متعهد باشد. عنصر اصلی در یک حادثه فورس‌ماژور در این نیست که آیا فعل یا ترک فعل مطرح شده از آن متعهد یا خارج از او است، بلکه آن است که آن فعل یا ترک قابل انتساب به متعهد به‌عنوان نتیجه رفتار ارادی شخص او نباشد. از آنچه گفتیم به‌خوبی برمی‌آید که تقصیر متعهد با قوه قاهره قابل جمع نیست. در آنجا که قوه قاهره محقق باشد، تقصیر از سوی متعهد منتفی است؛ چرا که نمی‌توان حادثه‌ای را به تقصیر کسی نسبت داد که قدرت دفع آن را نداشته است. از سوی دیگر، تقصیر نیز قوه قاهره را نفی می‌کند؛ بنابراین هرگاه تقصیر متعهد سبب بروز حادثه‌ای غیر مترقبه و غیر قابل دفع شده باشد، متعهد مسئول است و نمی‌تواند با استناد به قوه قاهره خود را مبری از مسئولیت بداند. مثلاً در حقوق فرانسه گفته‌اند اگر در اثر تقصیر مؤسسه راه‌آهن در رساندن کالا به مقصد، کالا در ایستگاه راه‌آهن به‌وسیله دشمن غارت شود، مؤسسه مزبور مسئول است؛ چرا که اگر رساندن کالا به مقصد تأخیر

۱. حلمی، نصرالله، مسئولیت بین‌الملل دولت و حمایت سیاسی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، سال ۱۳۸۷، ص ۱۹۰.

نمی‌کرد حادثه اتفاق نمی‌افتاد، یا هرگاه مورد معامله در حادثه‌ای مانند آتش‌سوزی نابود شود، درحالی‌که متعهد توانایی نجات آن را داشته است یا در موقعی که مه‌غلیظی دریا را فرا گرفته باشد و در اثر توقف ناشیانه ناخدا، کشتی به تخته‌سنگ‌ها برخورد و محموله آن به دریا بریزد، در این موارد نیز متعهد مسئول است، اگر تقصیر در اطفای حریق یا بیرون‌کشیدن مورد معامله از محل حادثه نبود، مورد معامله تلف نمی‌شد و نیز اگر با وجود مه‌غلیظ تقصیر ناخدا نبود، حادثه روی نمی‌داد. در واقع باید گفت که آنچه ناشی از تقصیر متعهد یا اشخاصی که متعهد جوابگوی اعمال آن‌ها است، فورس‌ماژور تلقی نمی‌شود، ظاهراً مورد اتفاق نظر همه نظام‌های حقوقی است. آنجا که تقصیر متعهد، هرچند با واسطه، پدیدآورنده حادثه باشد، عدم اجرای تعهد منتسب و مربوط به او است نه به یک علت خارجی، و از این رو متعهد، مسئول است و نمی‌تواند جهت رفع مسئولیت خود به قوه قاهره استناد کند. نکته دیگری که ذکر آن در اینجا مناسب به نظر می‌رسد آن است که از نظر آئین دادرسی، اثبات فورس‌ماژور بر عهده متعهد است؛ یعنی متعهد باید ثابت کند که یک علت خارجی که به او مربوط نیست، باعث عدم اجرای تعهد شده است و به تعبیر دیگر اگر متعهد ثابت کند که به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار او است نتوانسته از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود. از نظر آئین دادرسی، قوه قاهره به‌عنوان دفاع یا ایراد مطرح می‌شود. حتی دیوان دائمی داوری در رأی مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ راجع به پرونده غرامت روسیه اعلام کرده است که «ایراد فورس‌ماژور» ممکن است در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح شود. افزودن «دفاع» یا «ایراد» به کلمات فورس‌ماژور حاکی از این است که فقط مدعی علیه برای رفع مسئولیت از خود می‌تواند به آن استناد کند و در این صورت، شکی نیست که بار دلیل بر دوش او خواهد بود.<sup>۱</sup>

### گفتار دوم: نظام حقوقی کشور ایران

درباره قوه قاهره و شرایط و اوصاف آن در نظام حقوقی ایران می‌توان این‌گونه اشاره کرد که تمامی شرایطی که درباره این موضوع در نظام حقوقی فرانسه موجود است در نظام حقوقی ایران

۱. صفایی، پیشین، صص ۱۲۱-۱۲۵.

نیز وجود دارد. در ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران آمده است که «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود.» از محتوای این ماده چنین برمی‌آید که مقاومت‌ناپذیری حادثه از شرایط قوه قاهره و معاف‌کننده از مسئولیت محسوب می‌شود. این مقاومت‌ناپذیری به‌طور نوعی در شرایط خاص موضوع در نظر گرفته می‌شود و تنها جنبه شخصی برای شخص متعهد نخواهد داشت. از این باب نظام حقوقی ایران با فرانسه دیدگاه مشترک و مشابهی دارند. جهت احراز اینکه آیا حادثه خارج از حیطه اقتدار متعهد است، باید توان و اقتدار شخص متعارف و آگاه معیار عمل قرار گیرد و لزومی ندارد که قدرتی برتر از عادی نیز نتواند بر حادثه چیره شود. تلاش برای رفع مانع نیز در حدود متعارف ضروری است و لزومی ندارد که متعهد تا مرز مشقت پیش رود و همه ارزش‌ها را فدا کند. در ماده ۲۲۷ ق. م ایران، قانون‌گذار زمانی متخلف را محکوم به پرداخت خسارت می‌کند که متخلف نتواند اثبات کند که عدم انجام تعهد به واسطه قوه قاهره یا همان علت خارجی بوده است که نمی‌توانسته مربوط به او باشد. از مفهوم این ماده چنین عاید می‌شود که اگر تقصیر متعهد از ایجاد مانع مؤثر باشد، حادثه منسوب به او خواهد بود و در این فرض دیگر علت خارجی وجود ندارد؛ ولی هرگاه ثابت شود که تقصیر شخص متعهد سهمی در آن ندارد و مانع، چندان قوی است که هیچ مواظبتی آن را دفع نکند حادثه خارجی خواهد بود و از مصادیق قوه قاهره به حساب خواهد آمد. اگر تأخیر شخص متعهد در انجام تعهدات ناشی از قرارداد، سبب برخورد آفت خارجی با اعمال و اجرای قرارداد شود، دیگر در اینجا علت خارجی نبوده و مرتبط با اقدامات شخص متعهد است و او نیز به طریق اولی مسئول این وضعیت خواهد بود. اگر وقوع حادثه ناگهانی نباشد و متعهد با پیش‌بینی آن به استقبال خطر برود، مانع را نباید خارجی شمرد. باید گفت که ماده ۲۲۷ ق. م ایران از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست و متعهد خواهد توانست در قرارداد اجرای تعهد را تضمین کند و خطر خارجی را به طریقی بر عهده گیرد. بنابراین، آنچه گفته شد تقریباً در نظام حقوق بین‌الملل نیز رسمیت دارد.<sup>۱</sup> همان طوری که اشاره شد علت خارجی در ماده ۲۲۷ ق. م ایران با مفهوم فورس‌ماژور مترادف است. ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران مصوب ۱۳۱۱ نیز راجع به

۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ ۱۴، تهران، سال ۱۳۸۵، صص ۲۱۵-۲۱۸.

معافیت متصدی حمل و نقل از جبران خسارات تلف کالا است که معافیت برای متصدی را در مواردی ایجاد کرده است که تلف مال التجاره مربوط به حادثی بوده باشد که مربوط به او نبوده و هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانسته از آن‌ها جلوگیری کند. از فحوای شق آخر این ماده چنین برمی‌آید که موارد مزبور در واقع مربوط به قوه قاهره و فورس‌ماژور خواهد شد که رافع مسئولیت متصدی حمل و نقل می‌شود و به‌طور کلی قوه قاهره به هر حادثه خارجی و غیرقابل پیش‌بینی و اجتناب‌ناپذیر اطلاق می‌شود.<sup>۱</sup> در جای دیگری، قانون‌گذار در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب ۱۳۳۹ در مورد مسئولیت کارفرمایان مقرر داشته است که با وجود اعمال اقدامات و احتیاطات لازم از سوی کارفرمایان، اگر پیشگیری از زیان وارده مقدور نباشد، در این صورت کارفرما مسئول نخواهد بود. این مقدور نبودن جلوگیری از زیان در اثر حوادث خارجی، همان قوه قاهره است. در ماده ۱۰۳ قانون تعهدات سوئیس در اصل بدهکار مستنکف، ملزم به پرداخت خسارات ناشی از تأخیر در اجرای تعهد و حتی مسئول حوادث غیرمترقبه خواهد بود مگر اینکه ثابت کند استنکاف وی ناشی از تقصیر قابل استناد به او نبوده است. مفاد این ماده با ماده ۴۹۳ قانون مدنی ایران در باب اجاره<sup>۲</sup> قابل قیاس است. مواد ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ ق. م فرانسه که قبلاً بدان اشاره شد نیز در مورد فورس‌ماژور با مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران مطابقت دارند.

### مبحث دوم: نظام حقوقی کامن لا

در نظام حقوقی کامن لا که مبتنی بر حقوق عرفیه است بحث قوه قاهره در حقیقت مورد غفلت نمانده است و شرایط و اوصاف آن بررسی و تحلیل شده است. در این مبحث که شامل دو گفتار است ابتدائاً به بررسی این پدیده در نظام حقوقی انگلستان می‌پردازیم و در گفتاری دیگر، به تحلیل آن در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا خواهیم پرداخت.

۱. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ ۷، تهران، سال ۱۳۸۷، ص ۷۲۰.

۲. در ماده ۴۹۳ ق. م ایران این گونه آمده است که «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود. ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.»



### گفتار اول: نظام حقوقی انگلستان

در سیستم حقوقی کامن لا، اصطلاح فورس‌ماژور معمولاً به کار نمی‌رود؛ ولی مسائل و موارد فورس‌ماژور تحت عنوان انتفای قرارداد<sup>۱</sup> یا عدم امکان<sup>۲</sup> مطرح می‌شود. این نهادهای حقوقی از لحاظ نظری با نهاد فورس‌ماژور متفاوت‌اند و به‌ویژه قلمروی وسیع‌تر از فورس‌ماژور دارند؛ مع‌هذا در کشورهای کامن لا، با استفاده از این نظریات به نتایجی می‌رسند که کم‌وبیش مشابه نتایج حاصل از فورس‌ماژور است. وانگهی فورس‌ماژور در قراردادهای اقتصادی بین‌المللی که کشورهای مذکور منعقد می‌کنند نیز به کار می‌رود. در فرهنگ‌های اصطلاحات حقوق انگلیسی نیز آن را ذکر می‌کنند. در فرهنگ حقوقی بلاکس در این باب چنین می‌خوانیم: فورس‌ماژور. فرانسوی. در حقوق بیمه: نیروهای فائق یا غیرقابل اجتناب. این گونه شرط در قراردادهای ساختمانی برای حمایت طرفین قرارداد، معمول است، در موردی که بخشی از قرارداد، در نتیجه عللی که خارج از کنترل طرفین است و نمی‌تواند با مراقبت شایسته از آن اجتناب کرد، غیرقابل اجرا باشد. «ترتیل» از مؤلفان معروف انگلیسی می‌گوید: صرف اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آنان می‌بایست وقوع حادثه را پیش‌بینی کنند، مانع اجرای دکترین عقیم‌ماندن قرارداد نیست. در دعاوی تاج‌گذاری، ابتلای ادوارد هفتم که ۶۰ساله بوده به بیماری، به‌طور معقول قابل‌پیش‌بینی بوده و با وجود این، نظریه عقیم‌ماندن قرارداد در آن دعاوی اجرا شده است. حتی بعضی از آراء از این هم فراتر رفته و اعلام کرده‌اند که ممکن است در موردی که حادثه دقیقاً پیش‌بینی شده است، نظریه عقیم‌ماندن قرارداد اجرا شود، ولی قبول این نظر دشوار است؛ زیرا در این مورد متعهد خطرات ناشی از وقوع چنین حادثه‌ای را با علم و اطلاع پذیرفته است و دادگاه نباید این نکته را نادیده بگیرد. پس نظریه مرجع در این گونه موارد، عدم امکان استناد به نظریه عقیم‌ماندن قرارداد است. چنان‌که ملاحظه می‌شود ترتیل، بین قابل‌پیش‌بینی بودن و پیش‌بینی شدن فرق گذاشته است. ممکن است حادثه به‌طور معقول قابل‌پیش‌بینی باشد، ولی متعهد آن را پیش‌بینی نکند؛ در این صورت، طبق نظریه ترتیل و به‌موجب برخی از آرای صادره از دادگاه‌های انگلیس، ممکن است عقیم‌ماندن

قرارداد تحقق یابد و تعهد ساقط یا معلق شود. لیکن اگر متعهد حادثه را پیش‌بینی کرده و در عین حال تن به انعقاد قرارداد داده باشد، در واقع خطر ناشی از حادثه را پذیرفته است و باید مسئول شناخته شود و در این مورد، جایی برای اعمال نظریه عقیم‌ماندن قرارداد نخواهد بود. با اینکه گاهی به‌طور مطلق گفته شده است که در کامن لا، غیرقابل‌پیش‌بینی بودن حادثه شرط تحقق فورس‌ماژور یا فراستریشن نیست. یکی از مؤلفان امریکایی در این باره با استناد به آرا می‌گوید: هرگاه حادثه مانع اجرا، به‌طور معقول قابل‌پیش‌بینی باشد عقیم‌ماندن قرارداد دفاع تلقی نمی‌شود. در حقوق کشور انگلستان گفته‌اند: اگر مستأجر کشتی دستور دهد که کشتی را به منطقه جنگی هدایت کنند و در نتیجه، کشتی توقیف شود، نمی‌تواند به نظریه عقیم‌ماندن قرارداد استناد شود و به‌طور کلی اگر تقصیر متعهد موجب بروز حادثه شده باشد، قاعده عقیم‌ماندن قرارداد قابل‌اعمال نخواهد بود.<sup>۱</sup> در حقوق انگلستان غیرممکن شدن اجرای قرارداد ممکن است در اثر عواملی از این قبیل باشد:

۱. غیرممکن شدن به دلیل تغییراتی که در قانون صورت گرفته است مانند منع واردات و

صادرات؛

۲. فوت یا جنون متعهد در قراردادهایی که قائم به شخص‌اند؛

۳. در قراردادهایی که کل مجموعه قرارداد مطلوب است در صورتی که قسمت اعظم و مهم

موضوع قرارداد غیرممکن شود. در این صورت قرارداد به‌طور کلی ساقط خواهد شد؛

۴. غیرممکن شدن اهداف اقتصادی و تجاری قرارداد.<sup>۲</sup>

البته در تمامی موارد اعمال قاعده، اگر حادثه به‌وسیله خود شخص متعهد به‌وجود آمده باشد و

یا فرد به نحوی در حادثه دخالت کرده باشد؛ به دلیل اینکه شخص علیه خود اقدام کرده است،

حق استناد به عقیم‌ماندن قرارداد را نخواهد داشت.

۱. ر.ک: صفایی، پیشین، صص ۱۲۱-۱۲۲.

۲. ر.ک: حاتمی، رودیجانی، پیشین، ص ۶۴.

### گفتار دوم: نظام حقوقی کشور ایالات متحده امریکا

در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا که از سیستم کامن لا برخوردار است به صورت دقیق پدیده قوه قاهره مورد مذاقه قانون‌گذار قرار گرفته است. در این نوع نظام باز همان شرایط و اوصاف تحقق فورس ماژور مدنظر است؛ چرا که از اصول حاکم بر تحقق قوه قاهره غیرقابل اجتناب بودن و غیرقابل پیش‌بینی بودن و غیرقابل دفع بودن است که در همه انواع نظام‌ها اعم از بین‌الملل و داخلی طبق آنچه قبلاً بحث شد مورد توافق است، نظام حقوق کشور امریکا نیز از این قاعده خود را مستثنی نکرده است و همه شرایط گفته‌شده را برای تحقق پدیده قوه قاهره جهت عدم مسئولیت از شخص متعهد لازم دانسته است. از دیدگاه قانون‌گذار این کشور، یک طرف قرارداد زمانی برای عدم اجرای تعهداتش مسئولیتی نخواهد داشت که اثبات کند این عدم اجرا به خاطر مانعی بوده است که دفع و پیش‌بینی آن خارج از کنترل و قدرت خویش بوده است. اگر طرف متعهد نتواند تعهدش را ایفا کند و این عدم اجرا معلول رفتار شخص ثالث باشد از مسئولیت معاف خواهد شد مشروط بر اینکه طبق قانون معاذیر مسئولیت خویش را اثبات کند. ثانیاً این نوع معافیت ایجادشده از سوی قانون‌گذار اثرش بر دوره‌ای است که در طول آن، مانع اجرای تعهد وجود داشته است. بنابراین، طرف ناتوان از اجرای تعهد، باید وجود مانع و اثرات آن بر قدرت اجرائی نسبت به تعهد موجود را به طرف متعهدله اطلاع دهد. در غیر این صورت در حالت عدم امکان اجرای تعهداتش نسبت به شخص متعهد، برای جبران خسارات ناشی از عدم ایفای تعهد مسئول است.<sup>۱</sup> همان گونه که ذکر شد این‌ها همان شرایطی است که در نظام کامن لای امریکا به‌عنوان معاذیر مسئولیت از عدم اجرای تعهدات ناشی از قراردادهای قوه قاهره شناخته شده و اثبات آن‌ها بر عهده شخص متعهد جهت رهایی از مسئولیت گذاشته شده است. در عین حال از بند پنجم ماده فوق‌الذکر این گونه برمی‌آید که هیچ‌گونه منعی برای هیچ‌یک از طرفین از وجود هر نوع حقوق دیگری جهت مطالبه خسارات تحت همین قانون وجود ندارد. حادثه‌ای قوه قاهره تلقی می‌شود که غیرقابل اجتناب و به تعبیر دیگر غیرقابل دفع باشد. در حقوق آمریکا نیز ظاهراً همین نظر پذیرفته

1. [http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e\\_text\\_79.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e_text_79.html) \_last visted 13/jul/2015

شده است؛ مثلاً به موجب بعضی از آراء، اعلام شده است که اعسار یا ورشکستگی متعهد که از موارد عدم امکان شخصی است، موجب براءت او نخواهد بود.<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

قوه قاهره یا به عبارت دیگر فورس ماژور وضعیتی است که در زمان وقوع، دولتی را از ایفای تعهدات بین المللی خویش در مقابل دولت یا دولت های دیگر ذی نفع باز می دارد بدون اینکه از لحاظ بین المللی مسئولیتی غیر از جبران خسارت برای دولت ناقض به همراه داشته باشد. قوه قاهره باید غیر قابل پیش بینی، غیر قابل مقاومت و در اثر حادثه ای خارجی حاصل شود که به صورت غیر ارادی و خارج از کنترل دولت ناقض باشد. در غیر این صورت به واقعه حادث شده نمی توان عنوان قوه قهریه داد. قوه قاهره، هم در نظام حقوق بین الملل و هم در نظام های حقوق داخلی کشورها، به عنوان تأسیس حقوقی به رسمیت شناخته شده است و تابعان هر دو حوزه حقوقی می توانند در صورت دچار شدن به چنین سانحه ای برای معافیت از مسئولیت بدان استناد کنند. در صورتی که عدم انجام تعهدات ناشی از رفتار دولت ناقض باشد دیگر دولت مذکور نمی تواند با استناد به فورس ماژور از مسئولیت ناشی از این نقض خود شانه خالی کند. دولت متعهد باید همه اقدامات لازم و متعارف را برای پیشگیری از وقوع چنین وضعی تدبیر کند. البته از آنجا که دولت ها در عرصه بین الملل به لحاظ تجهیزات و امکانات در دسترسشان از جایگاه یکسانی برخوردار نیستند، لذا در تحقق قوه قهریه برای رفع مسئولیت، باید عدم امکان اجرای تعهدات برای دولت متعهد با توجه به شرایط موجودش در نظر گرفته شود. در نظام های داخلی کشورها، رویکرد موجود در این زمینه، نوعی است و از نظر چنین نظام های حقوقی ای، حادثه ای غیر قابل دفع محسوب می شود که آن حادثه قابل دفع به وسیله افراد متعارف نباشد. پذیرفتن چنین رویکردی در نظام بین الملل با توجه عدم توازن دولت - کشورها در این عرصه جهانی قدری مشکل به نظر می رسد. در حقوق فرانسه گفته می شود مقصود از عدم امکان در این باب، عدم امکان مطلق است، نه نسبی یا شخصی. یعنی حادثه ای قوه قاهره تلقی می شود که باعث عدم امکان اجرای تعهد برای همه باشد،

۱. ر.ک. صفایی، پیشین، ص ۱۱۹.

نه فقط برای شخص متعهد و ناشی از وسائل و امکانات ضعیف او. از این باب نظام حقوقی ایران با فرانسه دیدگاه مشترک و مشابهی دارند. برای احراز اینکه آیا حادثه خارج از حیطه اقتدار متعهد است، باید توان و اقتدار شخص متعارف و آگاه معیار عمل قرار گیرد و لزومی ندارد که قدرتی برتر از عادی نیز نتواند بر حادثه چیره شود. در سیستم حقوقی کامن لا نیز نظری مشابه نظر فوق پذیرفته شده است و از نظر کشورهای که نظام حقوقی‌شان بر مبنای نظام حقوق کامن لا است عدم امکان باید به صورت نوعی باشد تا قوه قاهره بر آن صدق کند.

اوضاع بحرانی سیاسی یا اقتصادی دولت ناقض نمی‌تواند به عنوان فورس‌ماژور مبنای رافع مسئولیت بین‌الملل از آن دولت باشد و همچنین اگر دولتی در تحقق وضعیتی که منجر به عدم امکان اجرای معاهده می‌شود نقش داشته باشد یا در ایجاد چنین وضعی در کنار سایر عوامل، کمکی کرده باشد و یا خطر بروز چنین حوادثی را در زمان پذیرش تعهدات یا در هر زمانی پس از انعقاد معاهده با اعمال و رفتار یک‌جانبه خود در مقابل اشخاص ذی‌نفع تعهدات بین‌المللی به طور صریح و منجر تقبل کند، دیگر نمی‌تواند به فورس‌ماژور استناد کند. بر اساس آنچه بحث شد معمولاً در حوزه قراردادهای، تعلیق به علت فورس‌ماژور برای مدتی معین و گاهی نیز بدون قید مدت پیش‌بینی می‌شود که مقرر می‌شود متعهد در صورتی که بخواهد از قوه قاهره استفاده کند، باید آن را به اطلاع طرف دیگر قرارداد برساند و تلاش لازم و ضروری را برای رفع حادثه به عمل آورد. بعد از انقضای مدت مقرر، انحلال قهری قرارداد نادر است؛ بلکه حق فسخ در صورت بقای علت فورس‌ماژور به متعهدله داده می‌شود، یا مقرر می‌شود که طرفین برای تجدیدنظر در قرارداد و پیدا کردن راه‌حل با یکدیگر مذاکره کنند و در صورت عدم توافق، هریک از طرفین حق فسخ عقد را خواهند داشت. به هر حال برای تعیین تکلیف طرفین و روشن کردن سرنوشت قرارداد باید به مواد و شرایط قرارداد رجوع کرد و در صورتی که اراده طرفین در این باره به صراحت اعلام نشده باشد، باید اراده ضمنی آنان را از میان عبارات و با توجه به اوضاع و احوال و عرف بازرگانی کشف کرد و چنانچه این امر نیز امکان نداشته باشد، چاره‌ای جز رجوع به قواعد عمومی قوه قاهره در حقوق حاکم بر قرارداد باقی نخواهد ماند.

## منابع و مآخذ

### کتابها

۱. بازیاری شورابی، علی، مسئولیت بین‌الملل، تهران، انتشارات زر، ۱۳۸۱.
۲. برانلی، ایان، حقوق بین‌الملل در واپسین سال‌های قرن بیستم، ترجمه صالح رضایی پیش‌رباط، تهران، انتشارات وزارتخانه امور خارجه، ۱۳۸۳.
۳. حلمی، نصرت‌الله، مسئولیت بین‌المللی دولت و حمایت سیاسی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
۴. دمرچیلی، محمد، حاتمی، ع.، قرائی، م.، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، تهران، انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۷.
۵. دومنیک، کارو، حقوق بین‌الملل در عمل، ترجمه مصطفی تقی‌زاده انصاری، تهران، ۱۳۷۵.
۶. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی همراه با آرای دیوان عالی کشور فرانسه، ترجمه مجید ادیب، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۷. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۸. مستقیمی، بهرام، طارم‌سری، م.، (زیر نظر جمشید ممتاز)، مسئولیت بین‌المللی دولت با توجه به تجاوز عراق به ایران، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷.
9. Weill (A.), Terre (F.), 1980, *Droit Civil*, Les Obligations, Paris, no 412.
10. CARBONNIER (J), 1972, *Droit Civil*, T. 4, Obiligations, 7eed. Pais, no 74.

### مقالات

۱. حاتمی، علی اصغر؛ رودیجانی، محمد مجتبی، «بررسی تطبیقی قوه قاهره»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۲۳، ۱۳۸۷.
۲. صفایی، سیدحسین، «قوه قاهره یا فورس ماژور: بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادها»، مجله دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، شماره ۳، ۱۳۶۴.

**اسناد**

1. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, with commentaries 2001.
2. Vinna Convention on Law of Treaties 1969.

**سایت اینترنت**

1. [http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e\\_text\\_79.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e_text_79.html) \_last visted 13/jul/2012.





## پیشگیری انتظامی از جرم در قوانین ایران

سمیرا دیباجی شیشوان<sup>۱</sup>

سمانه سیدزوار<sup>۲</sup>

**چکیده:** اهمیت استقرار نظم و امنیت عمومی از یک سو و توسعه بحث پیشگیری از جرم از سوی دیگر، سبب شده است قانون‌گذاران، قوانینی را به امر پیشگیری و اقدامات قبل از ارتکاب جرم اختصاص دهند. پلیس و دستگاه انتظامی نیز یکی از متولیان امنیت عمومی است که عمده وظیفه آن پیشگیری انتظامی است و با استفاده از اقداماتی نظیر گشت‌های انتظامی و حضور ملموس و به‌موقع در سطح شهر و حومه آن، سرعت در پاسخ‌گویی به تماس‌ها به مراجع انتظامی، استفاده از فناوری‌های نوین نرم‌افزاری برای پیشگیری از جرم و کاهش جرائم در چارچوب قانون اقدام می‌کند. از این رو، برای موفقیت در امر پیشگیری، همواره نیاز به اهرمی رسمی و دولتی و درعین حال قدرتمند احساس می‌شود. مقنن ایران نیز در قوانین مختلفی همچون قانون نیروی انتظامی (مصوب ۱۳۶۹)، قانون به‌کارگیری سلاح توسط مأموران نیروهای مسلح در موارد ضروری (مصوب ۱۳۷۳)، قانون مبارزه با قاچاق انسان (مصوب ۱۳۸۳)، قانون مبارزه با مواد مخدر (اصلاحی ۱۳۸۹)، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲)، قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) و قانون برنامه پنجم توسعه ۱۳۹۴-۱۳۹۰ (مصوب ۱۳۸۹)، به بحث پیشگیری انتظامی از جرم پرداخته و رویکرد کنشی را بر رویکرد واکنشی و پسیبی مقدم داشته است.

**کلیدواژگان:** جرم، پیشگیری، پیشگیری انتظامی، نیروی انتظامی، حقوق ایران.

## مقدمه

پس از گذشت سال‌ها از زمان ایجاد و اجرای مجازات‌های گوناگون، در ادوار مختلف تاریخی، از مجازات‌های بدنی و سالب حیات گرفته تا مجازات‌های سالب آزادی همچون حبس‌های بلندمدت یا حبس‌های کوتاه‌مدت، اندیشمندان حوزه سیاست جنایی به این نتیجه رسیده‌اند که مجازات، حداقل در غالب موارد نتوانسته نقش دفاعی خود را به‌طور مؤثری در مقابله و مبارزه با جرائم ایفا کند، تا جایی که حقوق‌دانان و جرم‌شناسان را بر آن داشته تا به فکر ابزاری مناسب‌تر و درعین‌حال کم‌هزینه‌تر و ماندگارتری برای مقابله با جرائم باشند. از سویی استفاده بیش‌ازحد از حقوق جزا نیز نتوانسته پاسخ مفید و درخور توجهی برای ایستادگی در برابر مجرمان باشد. به‌گونه‌ای که به قول لورنس شرمین به‌سادگی می‌توان بر این امر تأکید کرد که «استفاده از حقوق جزا مثل استفاده از آنتی‌بیوتیک‌هاست؛ هرچه قدر از مجازات‌ها بیشتر استفاده کنیم به تبع آن میزان جرائم نیز بیشتر و تأثیر مجازات کمتر خواهد شد.»<sup>۱</sup>

در واقع، در حقوق جزا ارتکاب هر جرم مساوی با مجازات است. یعنی برای حقوق جزا، به‌منظور مسدود کردن راه ارتکاب جرم و مبارزه با بزهکاری<sup>۲</sup> و مجرمین راه‌حل دیگری جز سرکوب و مجازات وجود ندارد. اما نوآوری در جرم‌شناسی‌های واکنش اجتماعی به‌عنوان یکی از مظاهر جدید دانش جرم‌شناسی این است که این معادله معکوس می‌شود. بدین ترتیب که مجازات و واکنش اجتماعی، جرم را به‌وجود می‌آورد. به دیگر سخن، این دیدگاه‌ها معتقدند که جرم به دنبال فعالیت قانون‌گذاری و اعمال ماشین قضایی به‌وجود می‌آید؛ یعنی مقنن فعلی را جرم تلقی می‌کند و دستگاه قضایی مرتکب عمل را مجرم تلقی و انگ مجرم به او می‌زند و به مجازات می‌رساند. درحالی‌که تا چند روز قبل وی شخصی عادی و عمل وی نیز عملی مباح بود. «به نظر این شاخه از جرم‌شناسی، واکنش اجتماعی موجبات الصاق برجسب یا انگ مجرمانه به فرد را

۱. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی*، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۰، ص ۱۲.

۲. «بزهکاری مفهومی بی‌نهایت نسبی و اجتماعی است که احساسات قوی و مشخص وجدان جمعی (گروهی) را جریحه‌دار می‌سازد و برحسب زمان و مکان ممکن است جرم محسوب بشود یا نشود.» پیکا، ژرژ، *جرم‌شناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۹۷.

فراهم می‌سازد. نظام عدالت کیفری باعث ایجاد انگ اجتماعی می‌شود (از طریق تشکیل سجل کیفری، منع اقامت در محل معین... و پلیس، دادگستری و زندان‌ها هر یک به نوبه خود، از عوامل انگ زدن اجتماعی به فرد محسوب می‌شوند. در نهایت فرد (مجرم) جایگاه و هویت اجتماعی یک منحرف را می‌پذیرد و در جهت انطباق خود با نقش‌ها و عملکردهای مربوط به آن کوشش می‌کند.<sup>۱</sup> و در پایان به علت برجسب‌هایی که خورده است، به عنوان یک مجرم شناخته شده و به سمت ارتکاب مجدد جرم سوق پیدا می‌کند.<sup>۲</sup> بکر در این خصوص می‌گوید: «برجسب مجرمانه پس از زدوده شدن بر سایر برجسب‌ها سایه می‌افکند؛ به گونه‌ای که دیگران شخص را به طور عمده مجرم می‌انگارند، چنین شخصی ممکن است پس از آن به دلیل وجود کلیشه‌های عمومی درباره مجرمان به ایفای نقش‌های مجرمانه وادار شود. برای مثال شاید شخص پس از آزادی از زندان نتواند به دلیل محکومیت جنایی، کاری قانونی بیابد و برای بقای خود دوباره به ارتکاب جرم رو آورد.»<sup>۳</sup> با وجود این، یکی از نخستین انتقادهایی که به ذهن محققان جرم‌شناسی خطور می‌کند،

۱. نجفی ابرندآبادی، علیحسین؛ هاشم‌بیگی، حمید *دانشنامه جرم‌شناسی*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶ و ۱۷۵.

۲. «این موضوع ابتدا در سال ۱۹۳۸م توسط یک آمریکایی آلمانی تبار به نام تانن بام در کتابی به نام *جرم و اجتماع* مطرح شد. او در این کتاب نقش اجتماع یا جامعه محلی را در به وجود آمدن حیات و شغل مجرمانه تعریف می‌کند. به این ترتیب که می‌گوید بزهکاری معمولاً با رفتارهای ساده و کم‌اهمیت شروع می‌شود؛ مثلاً طفل شیشه ساختمانی را می‌شکند، از دیواری بالا می‌رود و یا از مدرسه فرار می‌کند. به این ترتیب، جامعه به خاطر عدم پاسخ به این جرائم ابتدایی به تدریج میزان تسامح و تساهل خود را کم می‌کند. وی معتقد است به دلیل عدم گذشت جامعه نسبت به انحرافات جزئی به تدریج آن فرد در محله برجسب می‌خورد و در دنیایی متفاوت از دیگران سیر می‌کند. چنین نوجوانی به تدریج از گروه متعارف خارج می‌شود و به قول آقای کوهن کم‌کم مدرسه را ترک کرده و به سمت گروه‌ها یا افرادی هدایت می‌شود که او را قبول دارند یا خود وی به آن‌ها تمایل دارد. این تفکر تانن بام عنوان برجسب‌زنی نگرفت. اما در سال ۱۹۶۳ آقای هوارد بیکر استاد دانشگاه شیکاگو، نظریه تانن بام را روزآمد کرد و تئوری برجسب‌زنی (Labelling theory) یا انگ‌زنی یا لکه‌زنی (Stigmatization) را ارائه کرد.» نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)*، دانشگاه شهید بهشتی، تنظیم مهدی صبورپور، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۸۴-۱۳۸۳، ص ۱۰۴ و ۱۰۳.

۳. برنارد، تامس؛ اسنیس، جفری؛ جرولد، الکساندر، *جرم‌شناسی نظری و ولد*، ترجمه علی شجاعی، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۲۸۶.

آن است که «چنین دیدگاه‌هایی، هیچ‌گونه تبیینی را در این باره به دست نمی‌دهند که کج‌روی نخستین چرا برای اولین بار صورت می‌پذیرد»<sup>۱</sup> و اینکه تمام مطالعات خود را بر انحرافات ثانوی متمرکز کرده‌اند.

گذشته از چنین مباحثی، در حقیقت مجازات نه همیشه، اما در غالب موارد باعث تضييع شخصیت و کرامت بزهکاران، نه به‌عنوان یک مجرم بالفطره، بلکه به‌عنوان انسانی می‌شود که از موجودیت و حیثیت اجتماعی و معنوی برخوردار است. هرچند نویسندگان، به دنبال حمایت بی‌مورد و تأیید اعمال بزهکارانه مجرمان و سرپوش گذاشتن بر جنایات و نقض هنجارهای آنان نیستند، اما نمی‌توان از این مسئله غافل ماند که گذشته از بزهکارانی که ارتکاب جرم را به‌عنوان بازپچه‌ای در دستان خود برای پایمال کردن حقوق دیگران، بی‌هیچ عذاب وجدانی انجام می‌دهند و حتی بعد از ارتکاب جرم نیز احساس ندامت و پشیمانی نکرده، بلکه بر اعمال شریرانه خود با مظلوم جلوه‌دادن خود و موجه نشان‌دادن آن صحه می‌گذارند، بسیاری از مجرمان، در دسته مجرمان اتفاقی و احساسی قرار دارند و در یک حالت طوفانی و هیجانی، تحت تأثیر عوامل خارجی و یا عوامل روانی همچون هیجان‌ها، تشویش‌های روحی و ذهنی یا انواع اضطراب‌ها مرتکب می‌شوند.

تعداد قابل توجهی از بزهکاران یا به‌عبارت‌بهرتر هنجارشکن‌ها را نیز اطفال و نوجوانان تشکیل می‌دهند؛ قشری آسیب‌پذیر که در آینده احتمال مبتلاشدن به انواع جرائم چه به‌عنوان بزهکار و چه در نقش بزه‌دیده را دارند. از این‌رو توجه به بحث پیشگیری، امری مهم و ضروری است. تا جایی که «اندیشه غالب در بین اندیشمندان علوم جنایی نیز بر این امر استوار بود که اگرچه برای پیشگیری از جرم و در نتیجه کاهش جرائم ارائه راه‌حل‌های مفید و مؤثر حتی در قالب واکنش کیفی گریزناپذیر است، اما چنین واکنشی لازم است حتی‌الامکان با کرامت انسان سازگاری داشته و از منطقی علمی و قابل دفاع و هماهنگ با معیارهای روز برخوردار باشد. به‌عبارت‌دیگر مؤثرترین و درعین حال انسانی‌ترین نحوه دفاع است که می‌تواند به‌عنوان سیاست جنایی مورد استناد قرار گیرد. به

۱. وایت، راب؛ هینز، فیونا، جرم و جرم‌شناسی: متن درسی نظریه‌های جرم و کج‌روی، ترجمه علی سلیمی، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ پنجم، ۱۳۹۲، ص ۲۰۳.

همین دلیل هنوز بیشتر علمای جرم‌شناسی بر اتخاذ تدابیر غیر کیفری یا اجتماعی به منظور پیشگیری از وقوع جرم تأکید بیشتری داشتند و افراط در تنبیه‌گرایی را بر نمی‌تافتند.<sup>۱</sup>

علاوه بر این، پیشگیری هنگامی اهمیت خود را بیشتر نشان می‌دهد که این مهم را لحاظ نماییم که وقوع جرم در هیچ جامعه‌ای امری غیر عادی نبوده و امکان آن در میان همه اقشار جامعه وجود دارد. اما همین جرائم ارتكابی در بسیاری مواقع، موجب ایجاد فضای هراس و ترس در میان ناکرده‌بزه‌ها شده و امنیت خاطر جوامع بشری را با مخاطره روبرو می‌سازد. بر همین اساس، «اغلب اوقات هدف از حضور مشهود پلیس در جامعه، بازدارندگی از جرم، از طریق حضور قوی پلیس در صحنه، برقراری نظارت و ایجاد اطمینان عمومی در مورد امکان دسترسی سریع به پلیس است. افزایش ترس از جرم، نگرانی در مورد رفتار ضداجتماعی در میان ساکنان و بازار روبه‌رشد ابزارهای امنیتی، دولت‌ها را وادار کرده تا اولویت را به رفع ترس از جرم در سطح ملی داده و توقع زیادی برای حضور مشهود پلیس در جامعه ایجاد کند. به عبارتی، حضور مؤثر پلیس، از طریق برخورد با موارد ایجاد مزاحمت و رفتار ضداجتماعی، موجب تقویت احساس امنیت در جامعه می‌شود.»<sup>۲</sup> لذا پیشگیری انتظامی در موارد بسیاری با حضور فعال پلیس در سطح جامعه به‌ویژه در نقاط جرم‌خیز، حاصل می‌شود که برآورد آن مقابله با جرائم و کاهش آن‌هاست و نتیجه و بازخورد مثبتی به نام کاهش ترس از جرم و نهایتاً بازگرداندن امنیت به جامعه خواهد داشت.

پیشگیری از جرم علاوه بر وجاهت و اعتبار علمی، دارای شأن و وجاهت حقوقی نیز است. همچنین امروزه در کنار حقوق کیفری از حقوق پیشگیری سخن به میان آورده‌اند. «پیشگیری یکی از سیاست‌های اساسی در حوزه کنترل جرم محسوب می‌شود، سیاستی پیشینی و متشکل از مجموعه راهکارهای مستقیم و غیرمستقیمی که با هدف ایجاد امکانات و موقعیت‌های بازدارنده از وقوع جرم و کج‌روی طراحی و تدوین می‌شوند.»<sup>۳</sup> یکی از انواع پیشگیری نیز پیشگیری انتظامی

۱. صفاری، علی، کیفرشناسی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ هفدهم، ۱۳۹۰، ص ۸۹.

۲. محمدنسل، غلامرضا، «رویکردهای پلیسی برای پیشگیری از جرم»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، نشریه پلیس پیشگیری ناجا، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۸۶، ص ۷۵.

۳. سلیمی، علی؛ داوری، محمد، جامعه‌شناسی، کج‌روی، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰، ص ۶۸۴.

است که عبارت است از مهار و کنترل جرم از طریق اقدامات پلیسی نظیر افزایش گشت‌های انتظامی و حضور ملموس و مؤثر پلیس در سطح شهر در جهت جلوگیری از اعمال مجرمانه و کاهش تکرار جرم در چارچوب قانون. همچنین بررسی روند بزهکاری و علل وقوع آن به‌منظور اتخاذ تدابیر مقابله با مجرم و انجام اقدامات فوری در امر مبارزه با بزهکاری و جرایم و همکاری با ارگان‌های مسئول در زمینه کاهش جرایم. پیشگیری انتظامی از آن جهت حائز اهمیت است که حافظ نظم و امنیت اجتماعی است. در لایحه پیشگیری از جرم نیز، به‌موجب بند (ج) ماده (۱) این لایحه، پیشگیری انتظامی، عبارت است از: «تدابیر و اقدامات ناجا و سایر دستگاه‌هایی که به حکم قانون در این زمینه موظف هستند، با هدف حمایت از شهروندان آسیب‌پذیر در برابر خطر وقوع جرم، افزایش آگاهی‌های عمومی، ارائه خدمات مشاوره‌ای پیشگیرانه، نظارت و مراقبت بر اماکن عمومی و مناطق جرم‌زا و افزایش هزینه‌های ارتکاب جرم.»

در پیشگیری انتظامی، دولت و نهادهای مسئول، مهم‌ترین نقش را در برقراری و حفظ امنیت دارند و حوزه کاری آن‌ها در چارچوب قانون است. پلیس اداری یا تأمینی عهده‌دار پیشگیری از ارتکاب جرائم و جلوگیری از بی‌نظمی و هرج‌ومرج در سطح شهرهاست و مداخله پلیس قضایی یا فنی اصولاً پس از وقوع جرم است. با وجود این، در برخی قوانین وظیفه پیشگیری از جرم که بر عهده پلیس اداری است، جزو وظایف پلیس فنی تلقی شده و موجب تداخل وظایف پلیس اداری و پلیس فنی گشته است. در پاره‌ای از قوانین نیز با وجود اشاره به امر پیشگیری، راهکار عملی ویژه‌ای برای پیشگیری ارائه نشده که به‌نظر می‌رسد این امر نیاز به کارشناسی دقیق و علمی با بهره‌گیری از نظرات جرم‌شناسان، حقوق‌دانان و جامعه‌شناسان دارد. گذشته از چنین کاستی‌های قانونی، در برخی قوانین، نهادهایی برای پیشگیری از جرم تعیین شده‌اند که نشان‌دهنده توجه شایسته مقنن به امر پیشگیری از جرم است و در ادامه به بررسی تفصیلی موارد فوق می‌پردازیم.

### ۱- قانون نیروی انتظامی (مصوب ۱۳۶۹/۴/۲۷)

قانون نیروی انتظامی (مصوب ۱۳۶۹/۴/۲۷) یکی از مهم‌ترین وظایف نیروی انتظامی را پیشگیری از بزهکاری قرار داده است. نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران که به‌موجب این قانون، از ادغام

شهربانی و ژاندارمری و کمیته انقلاب اسلامی به وجود آمده است، به موجب ماده (۳) قانون فوق‌الذکر، وظیفه استقرار نظم و امنیت، آسایش عمومی و فردی و پاسداری از دستاوردهای انقلاب اسلامی را به عهده دارد.

مطابق ماده (۴) قانون مذکور، وظایف نیروی انتظامی را می‌توان به چهارگونه خدماتی، امنیتی، قضایی و انتظامی طبقه‌بندی کرد. لکن در بین این وظایف، وظیفه انتظامی بیش از سایر وظایف به پیشگیری از بزهکاری مرتبط است. در زمینه مبارزه با مواد مخدر و قاچاق بند (۳) قسمت‌های (الف)، (ب)، (ج) و (د) ماده (۴) مقرر می‌کند برقراری امنیت برای مبارزه با مواد مخدر، مبارزه با قاچاق و پیشگیری از بزهکاری در شمار وظایف نیروی انتظامی قرار دارد. باین حال با توجه به بند (۸) ماده (۴) قانون مذکور که نیروی انتظامی موظف شده است تا در زمینه برقراری امنیت، حفظ نظم و آسایش در جامعه، تدابیری مناسب اتخاذ و اقدامات مؤثری اعمال کند، به نظر می‌رسد این وظایف به لحاظ ماهیتی باید جنبه کنشی داشته باشند؛ چرا که پیشگیری از بزهکاری در معنای خاص آن،<sup>۱</sup> در بردارنده اقدامات و تدابیر پیشینی و کنشی است که قبل از ارتکاب جرم با مداخله در فرایند فعلیت یافتن جرم و وضعیت پیش‌جنایی به دنبال جلوگیری از بزهکاری‌اند. درحالی که بر اساس بند (۸) ماده (۴) قانون فوق‌نیروی انتظامی به عنوان ضابطه قوه قضائیه، وظیفه دارد به پیشگیری از بزهکاری مبادرت ورزد. لکن هدف از پیشگیری در معنای خاص، این است که نیروی انتظامی، جرم را در نطفه خفه کند، نه اینکه به‌واقع، صرفاً در نقش ضابطه قوه قضائیه وارد عمل

۱. آقای ریموند گسن در تعریف پیشگیری به معنای خاص عنوان نموده است: «از نقطه نظر علمی مراد از پیشگیری، مجموعه اقدامات معمول در سیاست جنایی، به استثنای ضمانت اجرای کیفری است که غایت انحصاری آن محدود کردن امکان وقوع جرم از راه غیرممکن ساختن یا سخت و دشوار کردن یا احتمال وقوع آن‌ها را پایین آوردن است.» (گسن، ریموند، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۰، ص ۱۳۳) در واقع مهم‌ترین ویژگی‌های پیشگیری در معنای خاص آن عبارت است از: ۱- جنبه کنشی و قبل از ارتکاب جرم داشتن نه واکنشی و بعد از ارتکاب جرم. ۲- داشتن جنبه عمومی و اجتماعی نه فردی. یعنی در سیاست پیشگیرانه بزهکاری به‌طور کلی، در یک جامعه مطرح است نه اعمال جنایی فردی. ۳- برخورداری از جنبه غیرکیفری و غیرقهرآمیز چرا که استفاده از اقدامات کیفری زمانی مطرح می‌شود که جرمی به‌وقوع پیوسته باشد درحالی که اقدامات پیشگیرانه برای ممانعت از وقوع جرم است. ۴- اقدامی پیشگیرانه محسوب می‌شود که هدف اصلی آن جلوگیری از ارتکاب جرم با استفاده از حذف عوامل جرم‌زا و کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم باشد.

شود. فلذا توجه به پلیس اداری که بتواند با اتخاذ تدابیر مناسب غیر کیفری و اعمال اقدامات پیشینی و نه واکنشی به استقبال جرم رود و از شکل گیری و وقوع آن جلوگیری کند، امری ضروری است. در حالی که «با بررسی قسمت (د) بند (۸) ماده (۴) قانون نیروی انتظامی پیداست که قانون گذار ایرانی به تفکیک بین نهاد پلیس بر اساس دو رویکرد کنشی و واکنشی چندان توجهی نداشته است و پیشگیری از بزهکاری که باید توسط پلیس اداری انجام شود، مقنن ایرانی آن را در اختیار پلیس فنی قرار داده است»<sup>۱</sup>.

## ۲- قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری (مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۸)

بر اساس ماده (۵) قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری (مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۸): «مأمورین نظامی و انتظامی برای اعاده نظم و امنیت در راهپیمایی های غیرقانونی مسلحانه و ناآرامی ها و شورش های مسلحانه مجازند از سلاح استفاده کنند. مأمورین مذکور موظف اند به دستور فرمانده عملیات و بدون تعلل نسبت به برقراری نظم و امنیت، خلع سلاح و جمع آوری مهمات و دستگیری افراد و معرفی آنان به مراجع قضائی اقدام کنند.» همان گونه که مشاهده می شود، جواز استفاده از سلاح در این ماده برای اعاده و بازگرداندن نظم و امنیت و آسایش عمومی به جامعه لحاظ شده است. لذا نیروی انتظامی بر اساس قانون مذکور با توسل به وسایلی همچون سلاح آن هم تنها در صورتی که مقنن اجازه استفاده از آن را تفویض کرده باشد، به پیشگیری انتظامی از جرائمی همچون اخلاف در امنیت کشور یا سایر جرائمی که راهپیمایی های غیر قانونی می تواند منشأ و مبنایی برای آنها باشد مبادرت می کند.

## ۳- قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳/۴/۲۸

«با توجه به حساسیت جامعه بین المللی نسبت به پدیده قاچاق انسان که طی دهه های اخیر گسترش قابل توجهی یافته و ثروت زیادی را نصیب باندهای تبهکاری کرده است که به ویژه به قاچاق

۱. زرگری، سیدمهدی، «پیشگیری از بزهکاری در منابع ملی و فراملی»، تهران، فصلنامه حقوقی گوا، دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱۲، ۱۳۸۷، ص ۱۲۱.



کودکان و زنان، که گاه آن را بردگی سفید می‌نامند، می‌پردازند، مقنن ایران در سال ۱۳۸۳ (قانون مبارزه با قاچاق انسان) را تصویب کرد.

جرم قاچاق انسان شباهت‌های زیادی با آدم‌ربایی دارد، لیکن مهم‌ترین ویژگی آن فرامرزی بودن آن است.<sup>۱</sup> قانون‌گذار در ماده (۱) این قانون، قاچاق انسان را بدین ترتیب تعریف کرده است: «الف- خارج یا وارد ساختن یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور با اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ و یا با سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوءاستفاده از وضعیت فرد یا افراد یادشده، به قصد فحشا یا برداشت اعضا و جوارح، بردگی و ازدواج؛ ب- تحویل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی کردن یا فراهم ساختن موجبات اخفای فرد یا افراد موضوع بند الف پس از عبور از مرز با همان مقصود.» در واقع در هر دو حالت، سوءنیت خاص مرتکب باید قصد فحشا، برداشت اعضا و جوارح، بردگی یا ازدواج باشد، که «طبعاً منظور از ازدواج، ازدواج اجباری است.»<sup>۲</sup> با توجه به اهمیت حیثیت، حیات و شأن انسان بی هیچ تردیدی نمی‌توان از موضوع پیشگیری از قاچاق انسان غافل ماند و به انسان همچون کالا یا شیء قابل خرید و فروش و بهره‌گیری جنسی نگریست.

اشاره به این موضوع خالی از فایده نیست که در روابط آزاد و همچنین در ازدواج‌های اجباری، چون افراد نسبت به هم احساس تعهد و مسئولیت نمی‌کنند، ممکن است نسبت به هم خیانت کرده و تحت این امر نیز جامعه اثرات منفی ناشی از آن را احساس کند. یکی دیگر از نتایج خطرناک ازدواج‌های اجباری (ناشی از قاچاق انسان‌ها)، انتقال بیماری‌های خطرناک و واگیردار نظیر ایدز و هپاتیت به فرد قاچاق شده است که این امر به نوبه خود موجب صدمات جبران‌ناپذیری بر پیکره جامعه خواهد بود. باید در نظر داشت افرادی نظیر افراد مبتلا به جنون، اطفال، دختران و زنان بی‌سرپرست یا بدسرپرست، دختران و زنان فراری از منزل، افرادی که قربانی حيله و نیرنگ افراد سودجو می‌شوند و... احتمال اینکه قربانی قاچاق شوند بسیار بیشتر از سایر افراد است.

۱. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی ۱؛ جرائم علیه اشخاص، تهران، انتشارات میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲،

ص ۵۶۸.

۲. همان، ص ۵۶۸.

ماده (۱۰) قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۹، در این رابطه و در اقدام شایسته‌ای مراقبت و کنترل از مرزهای جمهوری اسلامی ایران، اجرای معاهدات و پروتکل‌های مصوبه مرزی و استیفای حقوق دولت و اتباع مرزنشین جمهوری اسلامی ایران در مرزهای محدوده انحصاری اقتصادی دریاها را به عهده نیروی انتظامی سپرده است. لذا در تحقق پیشگیری از قاچاق انسان، نیروهای انتظامی نقش بسزایی دارند چرا که کنترل مرزها، تأمین امنیت اتباع مرزنشین و راه‌های ارتباطی، اعم از هوایی، زمینی و دریایی مقدمه‌ای جهت مقابله با پدیده قاچاق انسان است. این امر می‌تواند با «اجرای طرح‌های پیشگیری از طریق بلوک‌بندی حوزه استحفاظی، برقراری گشت شناسایی نقاط جرم‌خیز و اماکن طبقه‌بندی‌شده، تجزیه و تحلیل جرائم واقع شده به‌منظور تعیین نقاط جرم‌خیز، زمان وقوع جرم، برنامه‌ریزی و طراحی عملیات‌های پیشگیرانه بر اساس آن، ارائه خدمات مشاوره حقوقی - انتظامی به خانواده‌ها، جوانان و نوجوانان به‌منظور پیشگیری از جرائم [با لحاظ اهمیت محوری قاچاق به‌ویژه قاچاق انسان]، شناسایی عوامل محلّ نظم عمومی و فردی و اشخاص سابقه‌دار و بزهداران حرفه‌ای و کنترل آنان، تهیه شناسنامه اطلاعاتی - امنیتی حوزه استحفاظی، کنترل اتباع بیگانه غیرمجاز در حوزه استحفاظی، انجام اقدامات لازم برای برقراری ارتباط مستقیم و فعال بین مردم و کلانتری، تهیه و اجرای طرح کنترل جمعیت حوزه استحفاظی به‌طور غیر مستقیم<sup>۱</sup>، نصب دوربین‌های مداربسته و بازرسی‌های دقیق در هنگام ورود به مرزها و خروج از آن‌ها میسر شود. اما توجه به این امر ضروری است که پیشگیری انتظامی از قاچاق انسان نباید موجب خدشه‌دار شدن حریم خصوصی افراد و حیثیت و کرامت انسانی آنان شود. بی‌تردید مقابله با چنین جرمی که جنبه فراملی داشته و به‌ویژه از طریق شبکه‌های سازمان‌یافته رخ می‌دهد، ارتباط تنگاتنگی با ورود به خلوت اشخاص و حریم خصوصی‌شان دارد. لذا ضروری است قانون‌گذار محدوده اقدامات پیشگیرانه نیروی انتظامی را تعیین کند، به‌گونه‌ای که نیروی انتظامی بتواند در عین استفاده از بهترین راهکارها و شیوه‌ها در امر پیشگیری از قاچاق انسان، تا حد امکان وارد حریم خصوصی اشخاص نشود و حق خلوت افراد را محترم شمارد.

۱. حسینی‌مقدم، سیدعلی؛ جربانی، حمید، «بررسی محدودیت‌های اجرایی پلیس در پیشگیری انتظامی از جرم، مطالعه موردی کلانتری‌های شهرستان کرج»، فصلنامه علمی پژوهشی انتظام اجتماعی، سال اول، شماره چهارم، ۱۳۸۸، ص ۱۰۱.

## ۴- قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن (مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ و اصلاحی ۱۳۸۹)

یکی از مقررات مربوط به پیشگیری انتظامی از قاچاق مواد مخدر، قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر، مصوب ۱۳۷۶ و اصلاحی ۱۳۸۹ ش است که به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. قانون‌گذار در ماده ۳۳ این قانون مقرر داشته است: «به منظور پیشگیری از اعتیاد و مبارزه با قاچاق مواد مخدر یا روان‌گردان‌های صنعتی غیر دارویی از هر قبیل، اعم از تولید، توزیع، خرید، فروش و استعمال آن‌ها و نیز موارد دیگری که در این قانون ذکر شده است، ستادی به ریاست رئیس‌جمهور تشکیل و کلیه عملیات اجرائی و قضائی و برنامه‌های پیشگیری و آموزش عمومی و تبلیغ علیه مواد مخدر در این ستاد متمرکز خواهد بود. اعضای ستاد به شرح زیر است:

۱. رئیس‌جمهور
۲. دادستان کل کشور
۳. وزیر کشور
۴. وزیر اطلاعات
۵. وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی
۶. وزیر آموزش و پرورش
۷. رئیس سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران
۸. فرمانده نیروی انتظامی
۹. سرپرست دادگاه انقلاب اسلامی تهران
۱۰. سرپرست سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی
۱۱. فرمانده نیروی مقاومت بسیج
۱۲. وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی.

تبصره ۱: رئیس‌جمهور می‌تواند برای اداره جلسات ستاد مبارزه با مواد مخدر یک نفر نماینده از جانب خود تعیین نماید.

تبصره ۲: برای پیشگیری از ارتکاب جرائم مواد مخدر، دولت موظف است هر سال بودجه‌ای برای این امر اختصاص داده و به دستگاه‌های ذی‌ربط موضوع همین ماده ابلاغ نماید.»

چند نکته در ارتباط با مقررات ماده فوق‌الذکر قابل اشاره است: اولاً «ستاد مبارزه با مواد مخدر یک ستاد مدیریتی و سیاست‌گذار در ارتباط با امر پیشگیری از جرائم مواد مخدر است. به عبارت دیگر این ستاد مستقیماً به امر پیشگیری و مبارزه با جرائم مواد مخدر اقدام نمی‌کند، بلکه با تصویب آئین‌نامه‌ها، طرح‌ها و پیشنهادها، امور مربوط به پیشگیری از جرائم مواد مخدر را سازماندهی و مدیریت می‌کند.»<sup>۱</sup> این ستاد در اجرای وظیفه محوله و به استناد ماده (۳۴) قانون مزبور در تاریخ ۱۳۷۷/۱۱/۲۰ آئین‌نامه ویژه‌ای را تحت عنوان «پیشگیری از اعتیاد، درمان معتادان

به مواد مخدر و حمایت از افراد در معرض خطر اعتیاد<sup>۱</sup>، تصویب کرد. ثانیاً تأمل در ترکیب اعضای تشکیل دهنده ستاد مبارزه با مواد مخدر نشان می‌دهد که پیشگیری در معنای وسیع کلمه و در تمام سطوح آن از جمله پیشگیری انتظامی مدنظر مقنن بوده است. بی‌تردید شرکت فرمانده نیروی انتظامی به‌عنوان عضوی از اعضای ستاد مبارزه با مواد مخدر به‌منظور پیشگیری انتظامی از قاچاق مواد مخدر است. لذا قانون‌گذار با تصویب قانون مذکور به امر پیشگیری انتظامی در کنار سایر انواع پیشگیری‌ها از جمله پیشگیری وضعی<sup>۱</sup>، پیشگیری اولیه، ثانویه و ثالث<sup>۲</sup> مبادرت ورزیده است.

علاوه بر این ماده، تبصره ماده (۲۴) نیز قابل اشاره و بررسی است. طبق این تبصره «در صورتی که خشخاش یا کوکا یا شاه‌دانه در حوزه‌های شهری کشت یا روئیده باشد، مأمورین "نیروی انتظامی، شهرداری، نیروی مقاومت بسیج منطقه" حسب مورد موظف‌اند به محض آگاهی مراتب را به نزدیک‌ترین پاسگاه انتظامی و یا پایگاه نیروی مقاومت بسیج منطقه اطلاع دهند و مسئولان مربوط به‌اتفاق نماینده مرجع قضائی ذی‌صلاح وفق مقررات این ماده اقدام نمایند.» همان گونه که از ظاهر ماده پیداست، قانون‌گذار با پیش‌بینی چنین ماده‌ای در صدد پیشگیری از جرائم مرتبط با مواد مخدر، همچون قاچاق مواد مخدر، تولید، نگهداری، حمل، استعمال مواد مخدر و... بوده است. لذا این وظیفه را بر عهده ارگان‌های ذی‌صلاح، از جمله نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران قرار داده است تا با اقدام بموقع خود و ناکام کردن کشت مواد مخدر و مشتقات آن

۱. «در پیشگیری وضعی ما با استفاده از شیوه‌ها و روش‌هایی چون تقویت آماج‌ها و سیبل‌های جرم، استفاده از تکنولوژی مراقبتی و کنترلی، مدیریت و طراحی محیطی به دنبال کاهش فرصت‌ها و موقعیت‌های ارتکاب جرم و تسلط بر شرایط و اوضاع و احوال پیرامونی جرم و نتیجتاً جلوگیری از ارتکاب جرم هستیم.» رحیمی‌نژاد، اسمعیل، پیشین، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵ و ۱۱۶.

۲- «در جرم‌شناسی پیشگیرانه منظور از پیشگیری اولیه از جرم مبارزه به عوامل پیدایش جرم است. این نوع پیشگیری مجموعه تدابیر و اقداماتی را شامل می‌شود که با هدف شناسایی و تغییر شرایط و اوضاع و احوال جرم‌زای محیط فیزیکی و اجتماعی اعمال می‌شود. پیشگیری ثانویه از جرم نیز از شناسایی و درمان زود هنگام مجرمان بالقوه بحث می‌کند. به عبارت دیگر، پیشگیری ثانویه به مجموعه تدابیر و اقدامات پیشگیرانه‌ای گفته می‌شود که در مورد افراد و گروه‌های خاصی که هنوز مرتکب جرم نشده‌اند ولی در معرض خطر بزهکاری یا بزه‌دیدگی هستند، اعمال می‌شود. پیشگیری نوع سوم یا ثالث نیز به مطالعه و بررسی مجرمان و بزه‌دیدگان بالفعل و شیوه و روش‌های مختلف اصلاح و درمان و جلوگیری از تکرار جرم آن‌ها در آینده می‌پردازد.» رحیمی‌نژاد، اسمعیل، پیشین، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵ و ۱۱۶.

از قبیل شاهدانه، خشخاش و کوکائین از همان آغاز از وقوع فاجعه پیشگیری و ممانعت کنند.

## ۵- قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۴-۱۳۹۰ (مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵)

بر اساس بند (ه) ماده (۲۱۱) قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۴-۱۳۹۰، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵: «به منظور تحقق بند ۳ سیاست‌های کلی قضایی پنج‌ساله ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری، دستگاه‌های اجرایی از جمله نیروی انتظامی، ... مکلف‌اند در چارچوب وظایف خود همکاری لازم را با قوه قضائیه در اجرای برنامه پیشگیری از وقوع جرم معمول دارند.» با توجه به وظایف کلی نیروی انتظامی و تکالیف قانونی در بند مذکور می‌توان گفت که یکی از مهم‌ترین دستگاه‌های اجرایی برای عملیاتی کردن وظیفه قوه قضائیه در پیشگیری از جرم، نیروی انتظامی است. مهم‌ترین وظایف پیشگیرانه نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس این قانون عبارت‌اند از: ۱. تأمین امنیت برای برگزاری اجتماعات، تشکل‌ها، راهپیمایی‌ها و فعالیت‌های قانونی و مجاز. ۲. حراست از اماکن، تأسیسات، تجهیزات و تسهیلات طبقه‌بندی‌شده غیرنظامی و حفظ حریم آن‌ها. ۳. حفاظت از مسئولان و شخصیت‌های داخلی و خارجی در سراسر کشور به‌استثنای داخل پادگان‌ها و تأسیسات نظامی. ۴. نظارت بر اماکن عمومی و انجام سایر امور مربوط به اماکن مذکور. ۵. تأمین و حفاظت تأسیسات، سربازخانه‌ها و قرارگاه‌های مربوطه. ۶. همکاری با سازمان‌های ذی‌ربط در جهت ایجاد و توسعه زمینه‌های فرهنگی لازم به‌منظور کاهش جرائم و تخلفات و تسهیل وظایف محوله. ۷. صدور پروانه نگهداری و حمل سلاح شخصی. ۸. سازمان‌دهی، تجهیز، آموزش یگان‌های انتظامی و آماده‌کردن آن‌ها جهت اجرای مأموریت‌های محوله. ۹. تأمین دفاع هوایی تأسیسات و نقاط حساس مربوطه. ۱۰. مراقبت و کنترل مرزهای جمهوری اسلامی ایران.

یکی دیگر از مواد مرتبط با بحث پیشگیری، بند (ب) ماده (۲۰۵) قانون مذکور است که اقدام به پیشگیری و مقابله با فساد و اختلال در امنیت اقتصادی، جرائم سازمان‌یافته ضدامنیتی، اقدامات تروریستی و تهدیدات نرم امنیتی را از وظایف وزارت اطلاعات اعلام و مأمورین این وزارتخانه را

در انجام امور فوق ضابطه شمرده است. هرچند که مقنن در این مقرر، وظیفه پیشگیری از جرائمی بدین اهمیت را بر عهده وزارت اطلاعات قرار داده است، اما این امر به معنای سلب مسئولیت پلیس نیست. به ویژه جرائم مهمی مثل اقدامات تروریستی که بیش از سایر جرائم نیاز به مداخله نیروی انتظامی جهت پیشگیری از وقوع آنها دارد.

## ۶- قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز (مصوب ۱۳۹۰/۶/۷)

بر اساس ماده (۱) قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز، مصوب ۱۳۹۰/۶/۷: «قاچاق سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل عبارت از وارد کردن آنها به کشور و یا خارج کردن آنها از کشور به طور غیرمجاز است.» هرچند قانونگذار استفاده غیرمجاز از اسلحه و مهمات را جرم‌انگاری کرده و برای قاچاق اسلحه و مهمات مجازات تعیین کرده است، اما آثار سوء استفاده از چنین ابزاری که در موارد متعددی، تسهیل‌کننده جرائم دیگر تلقی شده و راه را برای نقض هنجارها و قانون‌شکنی‌های دیگر هموار می‌کند، از دیدگان تیزبین مقنن دور نبوده است. لذا همان گونه که ماده ۱۹ قانون مزبور مقرر داشته است: «باتوجه به معضلات امنیتی و اجتماعی ناشی از وجود اقلام موضوع این قانون در جامعه، ضرورت استمرار مبارزه با این معضل و لزوم تأمین امنیت پایدار، دولت موظف است سالانه برای پیشگیری از وقوع هریک از جرایم موضوع این قانون و مقابله با آنها و اجرای طرح‌های ویژه خلع سلاح، اعتبار لازم را از محل بودجه عمومی کشور در اختیار شورای امنیت کشور قرار دهد.»

بنابراین پیشگیری از قاچاق اسلحه و مهمات به دلیل در معرض آسیب قرار دادن امنیت و نظم و هموارکننده مسیر پرپیچ‌وخم بسیاری از جرائم آن هم از نظر بزه‌کاران، امری مهم است که وظیفه آن بر عهده شورای امنیت کشور قرار داده شده است. این شورا بر اساس اصل صد و هفتاد و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به‌عنوان یکی از نهادهای فرعی شواری عالی امنیت ملی به‌منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی، تمامیت ارضی و حاکمیت ملی تشکیل می‌شود.

## ۷- قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳)

طبق ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳: «به منظور سیاست گذاری، برنامه ریزی، هماهنگی و نظارت در حوزه امور اجرائی، پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز متشکل از وزیران دادگستری، اطلاعات، امور اقتصادی و دارایی، کشور، امور خارجه، صنعت، معدن و تجارت، راه و شهرسازی، جهاد کشاورزی، نفت، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی یا معاونان ذی ربط آنان و دو نفر از نمایندگان عضو کمیسیون‌های اقتصادی و قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی به انتخاب مجلس و رؤسای سازمان‌های تعزیرات حکومتی، جمع آوری و فروش اموال تملیکی، صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، بازرسی کل کشور، رئیس ستاد کل نیروهای مسلح، فرماندهی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، رؤسای کل بانک مرکزی و گمرک جمهوری اسلامی ایران، رئیس مؤسسه ملی استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران، رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن و کشاورزی ایران و معاون اجتماعی و پیشگیری قوه قضائیه و نماینده تام‌الاختیار رئیس قوه قضائیه با ریاست رئیس جمهور یا نماینده ویژه وی تشکیل می‌شود. تصمیمات این ستاد پس از امضای رئیس جمهور و یا نماینده ویژه وی، با رعایت اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی در موضوعات مرتبط با قاچاق کالا و ارز برای تمامی دستگاه‌های اجرایی لازم‌الاجرا است.» در واقع نیروی انتظامی که بازوی اصلی مبارزه با قاچاق کالا و ارز است و به عنوان ضابط قوه قضائیه فعالیت می‌کند، در سیاست گذاری‌ها تابع قوه مجریه است.

قسمت اخیر ماده ۳ اشاره می‌کند: «سایر دستگاه‌های مرتبط با امر پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و ارز از جمله قوه قضائیه، نیروهای نظامی و انتظامی، سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران و دستگاه‌های عضو ستاد وظیفه دارند در حدود اختیارات این ستاد، همکاری لازم را با آن داشته باشند.» همان گونه که مشاهده می‌شود قانون مذکور صرفاً جهت گیری کلی ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز را مشخص کرده و از جمله وظایف نیروی انتظامی را همکاری لازم با ستاد دانسته است، بدون اینکه راهکارهایی برای پیشگیری انتظامی از قاچاق کالا و ارز ارائه کند. بی تردید، چنین امری نیاز به استفاده از نظریات کارشناسان خبره متشکل از نمایندگان دستگاه‌های عضو ستاد

دارد، همان گونه که ماده ۴ قانون مزبور در ادامه مقرر می‌دارد: «به‌منظور هماهنگی و نظارت بر اجرای وظایف مندرج در این فصل، ستاد می‌تواند حسب مورد کارگروه‌های کارشناسی از قبیل کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز متشکل از نمایندگان دستگاه‌های عضو ستاد تشکیل دهد.» و بر اساس تبصره ۱ این ماده: «معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضائیه مسئولیت کارگروه پیشگیری از قاچاق کالا و ارز را برعهده دارد.»

از طرفی ماده ۵ نیز به‌طور خاص جهت پیشگیری از ارتکاب قاچاق و شناسایی آن که مسلماً از مهم‌ترین وظایف ارگان‌های مذکور در ماده ۳ به‌ویژه نیروی انتظامی به‌عنوان اهرم قدرتمند مبارزه با قاچاق تلقی می‌شود، مقرر می‌دارد: «دولت مکلف است به‌منظور پیشگیری از ارتکاب قاچاق و شناسایی نظام‌مند آن با پیشنهاد ستاد و پس از ابلاغ رئیس‌جمهور سامانه‌های الکترونیکی و هوشمند جدید موردنیاز جهت نظارت بر فرایند واردات، صادرات، حمل، نگهداری و مبادله کالا و ارز را ایجاد و راه‌اندازی نماید....»

حتی قانون مذکور در اقدام شایسته‌ای برای پیشگیری انتظامی از قاچاق کالا و ارز، گام را فراتر نهاده و بر اساس تبصره ۱ ماده ۵) هرگونه دسترسی غیرمجاز به اطلاعات سامانه‌های راه‌اندازی شده به‌موجب این قانون و افشای اطلاعات آن‌ها را جرم دانسته و مرتکب را به مجازات از شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌کند و در حقیقت با جرم‌انگاری دسترسی غیرمجاز، از ارتکاب جرم شدیدتری به نام قاچاق کالا و ارز پیشگیری کرده است.

نکته قابل‌توجه در قانون مزبور که نشان از توجه بیش از پیش مقنن به امر پیشگیری است، اختصاص فصل جداگانه‌ای تحت عنوان «پیشگیری از قاچاق» است که طی مواد ۶ تا ۱۷ به‌طور مفصل به بحث پیشگیری پرداخته است. اما آنچه به بحث ما مربوط می‌شود، به‌ویژه در ماده ۱۰ این قانون جلوه گر شده است. به‌موجب ماده ۱۰: «دستگاه‌های عضو ستاد علاوه بر وظایف ذاتی محوله، موظف‌اند حسب مورد با هماهنگی ستاد در امر مبارزه با قاچاق کالا و ارز، اقدامات زیر را به‌عمل آورند: الف- ایجاد ساختار سازمانی مناسب و تخصصی با بودجه و امکانات موجود برای هماهنگی و پیگیری تمام امور مربوط به مبارزه با قاچاق کالا و ارز. ب- برگزاری رزمایش‌های سراسری و منطقه‌ای و کارگاه‌های آموزشی با محوریت دستگاه‌های کاشف. پ- شناسایی و



کاهش نقاط آسیب‌پذیر و نظارت‌های لازم بر مسیرهای ورود و حمل‌ونقل و مراکز نگهداری کالای قاچاق به شرط عدم ممانعت از روند تجارت قانونی. ت- نظارت بر مدیریت یکپارچه واحدهای صنفی و نظام توزیع کالا به‌منظور حسن اجرای مقررات صنفی در مبارزه با قاچاق. ث- ایجاد واحد جمع‌آوری گزارش‌های مردمی در دستگاه‌های کاشف. ج- نظارت و بازرسی برای آسیب‌شناسی فعالیت دستگاه‌های عضو ستاد و اقدام در جهت بهبود فرایندهای مبارزه. در واقع، قانون‌گذار با برشمردن وظایف مقرر در ماده ۱۰ خصوصاً بندهای (پ)، (ث) و (ج) آن به راهکارهای پیشگیری انتظامی متوسل شده است.

### ۸- قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴)

با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴، فرماندهان، افسران و نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران که آموزش مربوط را دیده باشند، ضابط<sup>۱</sup> قوه قضاییه محسوب می‌شوند. این امر در بند (الف) ماده ۲۹ گنجانده شده است. بر اساس ماده ۲۸ نیز: «ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی‌شدن متهم، تحقیقات

۱. «ضابط در لغت به معنای مباشر، حفظ‌کننده و نگهدارنده هر چیزی در حد خود است. در اصطلاح حقوقی نیز، ضابطین بازوی اجرایی دادسرا و دادگاه‌ها در راستای انجام وظایفشان می‌باشند.» جوانمرد، بهروز، فرایند دادرسی در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۴۶.

۲. ماده (۲۹) ق.آ.د. ک مصوب ۱۳۹۲: «ضابطان دادگستری عبارت‌اند از: الف- ضابطان عام شامل فرماندهان، افسران و درجه‌داران نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران که آموزش مربوط را دیده باشند. ب- ضابطان خاص شامل مقامات و مأمورانی که به‌موجب قوانین خاص در حدود وظایف محول‌شده ضابط دادگستری محسوب می‌شوند؛ از قبیل رؤسا، معاونان و مأموران زندان نسبت به امور مربوط به زندانیان، مأموران وزارت اطلاعات و مأموران نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی. همچنین سایر نیروهای مسلح در مواردی که به‌موجب قانون، تمام یا برخی از وظایف ضابطان به آنان محول شود، ضابط محسوب می‌شوند.

تبصره- کارکنان وظیفه، ضابط دادگستری محسوب نمی‌شوند، اما تحت نظارت ضابطان مربوط در این مورد انجام وظیفه می‌کنند و مسئولیت اقدامات انجام‌شده در این رابطه با ضابطان است. این مسئولیت نافی مسئولیت قانونی کارکنان وظیفه نیست.»

مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضائی، به موجب قانون اقدام می کنند.» با توجه به دو ماده مذکور می توان به سادگی اذعان داشت که در این قانون نیز پیشگیری از بزهکاری در معنای خاص آن منظور مقنن نبوده است، چرا که پلیس فنی یا همان ضابطه قوه قضائیه فقط بعد از وقوع جرم به منظور کشف جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار متهم، تحقیقات مقدماتی و... اقدام می کند. لذا نقش پلیس اداری که اصولاً باید با تدابیر غیرکیفری و کنشی به مقابله و پیشگیری از جرائم پردازد، در قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲، نادیده گرفته شده است.

نکته ای که در خصوص ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری حائز اهمیت است، این امر است که در قانون سابق قانون گذار، ضابطین عام را شامل کلیه مأمورین نیروی انتظامی دانسته بود. این ایراد به مقنن وارد بود که معرفی کلیه کارکنان یک نیرو به عنوان ضابط قضایی، امری غیرمنطقی است. در قانون جدید این ایراد برطرف شده و قانون گذار، تنها فرماندهان، افسران و درجه داران آموزش دیده نیروی انتظامی را به عنوان ضابط عام تلقی کرده است.

ماده دیگری که در ارتباط با بحث پیش رو قابلیت بررسی دارد، ماده ۳۱ قانون فوق الذکر است. طبق این ماده: «به منظور حسن اجرای وظایف ضابطان در مورد اطفال و نوجوانان، پلیس ویژه اطفال و نوجوانان در نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران تشکیل می شود. وظایف و حدود اختیارات آن به موجب لایحه ای است که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه می شود.»

در اصطلاح حقوقی، پلیس به اداری و قضایی تقسیم می شود. همان گونه که در مقدمه ذکر شد، پلیس اداری یا تأمینیه عهده دار پیشگیری از ارتکاب جرائم و جلوگیری از بی نظمی و اغتشاش در شهرهاست و مداخله پلیس قضایی اصولاً بعد از وقوع جرم واقع می شود. در این ماده نیز قانون گذار با پیش بینی پلیس ویژه اطفال و نوجوانان گامی به سوی پلیس قضایی برداشته است و از آنجا که پلیس نیز همانند بسیاری از نهادهای کیفری تخصصی شده است، پلیس ویژه اطفال و نوجوانان را می توان نوعی پلیس تلقی و تفسیر کرد. با وجود این، جای تعجب است که به دلیل اهمیت فوق العاده فراوان جرائم اطفال و نوجوانان، مقنن در قانون حاضر توجهی به پلیس اداری برای پیشگیری انتظامی از بزهکاری اطفال و نوجوانان که در سنین پرخطر و حساسی قرار دارند، مبذول نداشته و دخالت نیروی انتظامی را منوط به وقوع جرم از سوی این قشر آسیب پذیر کرده

است. این امر با توجه به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز نمایان است که تنها به پلیس فنی توجه شده و پلیس اداری که جهت پیشگیری از بزهکاری به‌ویژه بزهکاری اطفال و نوجوانان باید نقش فعال داشته باشد، نادیده گرفته شده است. لذا می‌توان پلیس را مهم‌ترین عامل پیشگیری از جرم دانست، زیرا نقش حساس این سازمان، اقتضا می‌کند که گام‌هایی جلوتر از زمان برداشته و آمادگی‌های لازم برای مواجهه با ناامنی‌های احتمالی در آینده را احراز کند.

علاوه بر ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در ماده ۵۴۸ قانون مارالذکر نیز قانون‌گذار همچون ماده سابق به پیشگیری انتظامی بعد از ارتکاب جرم توجه کرده، چنان‌که مقرر داشته است: «اشخاصی که به منع از اقامت در نقطه‌ای معین محکوم می‌شوند، از محل تعیین‌شده اخراج می‌شوند و مراتب به نیروی انتظامی محل و سایر نهادها و مراجع مرتبط ابلاغ می‌شود.» در واقع در این ماده، پیشگیری اداری مطرح نبوده بلکه به‌منظور پیشگیری از تکرار جرائم بعدی از سوی مجرم، مقنن به وضع این ماده همت گمارده است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

پیشگیری انتظامی فصلی جدا از سایر انواع پیشگیری‌ها نیست بلکه پیشگیری انتظامی نیز با اتکا به انواع دیگر پیشگیری‌ها، به‌ویژه پیشگیری وضعی، به تأمین امنیت جامعه مبادرت می‌کند. در حقیقت «استقرار پلیس در فضای جغرافیایی معین یا گشت‌های پلیس در مکان‌ها و محل‌های معین، در چهارچوب پیشگیری وضعی قرار دارد. زیرا بدین ترتیب، وضعیت ماقبل و مشرف بر بزهکاری به ضرر مجرم تغییر می‌کند و دست کم مجرم را از ارتکاب جرم به آن محدودده یا نسبت به آن جرم معین منصرف می‌کند. گشت‌های پیاده و سوار پلیس را نیز به پیشگیری پویا تعبیر کرده‌اند. زیرا فرایند گذار از طرح و اندیشه مجرمانه را منقطع و مختل می‌کند.»<sup>۱</sup>

پیشگیری از جرم توسط نیروی انتظامی در مواقعی محدودکننده رفت و آمد و اعمال حقوق اجتماعی انسان است. در جرایمی همچون جرایم امنیتی و تروریستی، حقوق کیفری منطبق بر

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جرم‌شناسی*، مجتمع آموزش عالی قم، تنظیم مهدی سیدزاده، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۸۲-۱۳۸۱، ص ۱۴۰.

موازن حقوق بشر، مقداری تعدیل شده و ما مجبور به عدول از اصولی مثل اصل برائت هستیم و در این گونه جرایم، توجه به پیشگیری وضعی بیشتر نمود پیدا می کند. با وجود این، «پیشگیری وضعی سنتی، فنی و فناورانه از جرم، بیش از دیگر گونه های پیشگیری، نیازمند رعایت حقوق و آزادی های فردی است؛ زیرا مخاطب آن ها عمدتاً بزه دیدگان بالقوه هستند.»<sup>۱</sup> و باید توجه کرد که در اقدامات پیشگیری از جرم، نباید به بهانه تأمین امنیت و جلوگیری از وقوع جرم، هرگونه آزادی و امنیت خاطر شهروندان اعم از بزهکار و بزه دیده را نقض کرد. همچنان که ماده (۳-۳۱) پیش نویس منشور حقوق شهروندی، مصوب ۱۳۹۲، مقرر داشته است: «حریم و زندگی خصوصی، مسکن، وسایط نقلیه و اشیاء خصوصی شهروندان از مداخله خودسرانه، تفتیش و بازرسی بدون مجوز قانونی مصون است و تعرض به اطلاعات و داده های شخصی، تفتیش، گردآوری، پردازش، به کارگیری و افشای نامه های شهروندان اعم از الکترونیکی و غیرالکترونیکی یا مرسولات پستی آنان مجاز نیست. بازرسی، ضبط، تفتیش، ملاحظه، قرائت، توقیف یا معدوم کردن بدون مجوز قانونی نامه ها و ارتباطات از راه دور نظیر ارتباطات تلفنی، تلگراف، نمابر، بی سیم و ارتباطات اینترنتی خصوصی مربوط به شهروندان و استراق سمع یا رهگیری و سانسور آن ها بدون مجوز قانونی ممنوع است.»

قانون گذار ایران، طی قوانین مختلفی همچون قانون مبارزه با مواد مخدر، مصوب ۱۳۷۶ و اصلاحی ۱۳۸۹، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۲، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به امر پیشگیری از جرم توجه کرده است، اما با وجود حساسیتِ مقنن به بحث پیشگیری، سازوکارهای قانونی پیشگیری انتظامی از جرم را با توجه به نیاز جامعه امروز، به طور کامل و شفاف تبیین نکرده است و همین امر دست پلیس را در اعمال مؤثر و کارآمد پیشگیری می بندد. این امر از قوانینی همچون قسمت (د) بند ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی برداشت می شود که به تفکیک بین نهاد پلیس بر اساس دو رویکرد کنشی و واکنشی چندان توجه

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جرم شناسی (از جرم شناسی انتقادی تا جرم شناسی امنیتی)*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تنظیم سکینه خانعلی پور واجارگاه و مهدی قربانی، دوره دکتری، سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱، ص ۱۳.

نکرده و پیشگیری از جرم را که باید توسط پلیس اداری انجام شود در اختیار پلیس فنی قرار داده است.

• قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲، یکی از قوانین تازه تصویب و مترقی در حقوق ایران قلمداد می‌شود. این موضوع از توجه به مباحث به‌روز و متنوع قانون که با نیازهای جامعه کنونی نیز همپوشانی دارد همچون توجه ویژه به جرائم اطفال و نوجوانان در ماده ۳۱ برداشت می‌شود؛ اما پیشگیری انتظامی آن‌گونه که باید در قانون حاضر جایگاه استواری نیافته است. به‌خصوص در جرائم اطفال و نوجوانان که نیاز به پلیس متخصص و آموزش‌دیده برای پیشگیری از جرائم این قشر در حال رشد و حساس وجود دارد.

با توجه به نتایج فوق پیشنهادهایی به شرح ذیل ارائه می‌شود:

- توزیع مجدد وظیفه کنترل و پیشگیری از جرم و مسئول دانستن نیروی انتظامی بر اساس متون مدوّن قانونی و بیان صریح این امر در قوانین جمهوری اسلامی ایران.
- طبقه‌بندی اعضای نیروی انتظامی در پیشگیری از جرم با توجه به انواع و شدت جرائم (تخصصی کردن پلیس پیشگیری).
- نظارت بر اجرای صحیح پیشگیری انتظامی به‌ویژه با ضمانت‌اجرا دار کردن تخطی از وظیفه خطیر پیشگیری برای متولیان امر پیشگیری، اعم از آمر و مأمور.
- افزودن به شمار مراجع مؤثر در امر پیشگیری از جرم در کنار نیروی انتظامی. در واقع نیروی انتظامی از رهگذر شناسایی مردم یا سازمان‌هایی که توانایی کاهش فرصت‌های مجرمانه را به‌طور مؤثری دارند و ارزیابی افراد یا نهادهایی که در این زمینه مسئولیت دارند می‌تواند به بهبود عملکرد پیشگیری انتظامی کمک شایان توجهی کند.
- هماهنگ کردن بخش‌های دولتی و خصوصی که در زمینه پیشگیری از جرم و انحراف فعالیت می‌کنند، مانند نیروی انتظامی، دادگستری، آموزش و پرورش، سازمان تأمین اجتماعی، بهزیستی، شهرداری‌ها و... که برای به‌فعلیت درآوردن این نوع همکاری‌ها و هماهنگی‌ها نیاز به تشکیل کمیته‌های تخصصی پیشگیری از جرم زیر نظر نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران است.

- از طرفی نیروی انتظامی می‌تواند با افزایش آگاهی‌های عمومی از طریق رسانه‌ها و پخش بروشورهای آموزشی و تلقی کردن غالب شهروندان به‌عنوان بزه‌دیده احتمالی و این امر که هر لحظه احتمال وقوع جرمی وجود دارد، و همچنین با افزایش گشت پلیس (البته نه در حدی که موجب ترس از جرم شده و امنیت روحی و روانی افراد را بر هم ریزد)، سرعت‌بخشیدن به پاسخگویی و تماس‌های تلفنی مراجع انتظامی، افزایش ارتباط غیررسمی و مردمی با ساکنان محله‌ها، شهرها و حتی روستاها، و استفاده از فناوری‌های نوین اطلاعاتی و نرم‌افزاری به افق‌های روشنی در پیشگیری انتظامی از جرم دست یابد.

## منابع و مأخذ

۱. برنارد، تامس - اسنیپس؛ جفری - جرولد، الکساندر، *جرم‌شناسی نظری*، ولد، ترجمه علی شجاعی، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲. پیکا، ژرژ، *جرم‌شناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۳. جوانمرد، بهروز، *فرایند داری در حقوق کیفری ایران*، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۴. حسینی مقدم، سیدعلی؛ جربانی، حمید، *بررسی محدودیت‌های اجرایی پلیس در پیشگیری انتظامی از جرم «مطالعه موردی کلاتری‌های شهرستان کرج»*، فصلنامه علمی-پژوهشی انتظام اجتماعی، سال اول، شماره چهارم، ۱۳۸۸.
۵. رحیمی‌نژاد، اسمعیل، *جرم‌شناسی*، تبریز، انتشارات فروزش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۶. -----، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی*، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۹۱-۱۳۹۰.
۷. زرگری، سیدمهدی، *پیشگیری از بزهکاری در منابع ملی و فراملی*، تهران، فصلنامه حقوقی گواه، دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱۲، ۱۳۸۷.
۸. سلیمی، علی؛ داوری، محمد، *جامعه‌شناسی کج‌رویی*، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰.
۹. صفاری، علی، *کیفرشناسی*، تهران، انتشارات جنگل، چاپ هفدهم، ۱۳۹۰.
۱۰. گسن، ریموند، *جرم‌شناسی کاربردی*، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۰.
۱۱. محمدنسل، غلامرضا، *«رویکردهای پلیسی برای پیشگیری از جرم»*، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، نشریه پلیس پیشگیری ناجا، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۸۶.

۱۲. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی ۱؛ جرائم علیه اشخاص، تهران، انتشارات میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی (جامعه‌شناسی جرم)*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تنظیم مهدی صبوری‌پور، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۸۳-۱۳۸۴.
۱۴. -----، *تقریرات درس جرم‌شناسی*، مجتمع آموزش عالی قم، تنظیم مهدی سیدزاده، دوره کارشناسی ارشد، سال تحصیلی ۱۳۸۲-۱۳۸۱.
۱۵. -----، *تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تنظیم سکینه خانعلی‌پور واجارگاه و مهدی قربانی، دوره دکتری، سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱.
۱۶. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ هاشم‌بیگی، حمید، *دانشنامه جرم‌شناسی*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۱۷. وایت، راب؛ هینز، فیونا، *جرم و جرم‌شناسی: متن درسی نظریه‌های جرم و کج‌روی*، ترجمه علی سلیمی، قم، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ پنجم، ۱۳۹۲.



## بررسی حقوقی تعیین جهت تصرف در عقود آبی ناقل و آثار تغییر آن در حقوق موضوعه ایران

دکتر رضا سکوتی نسیمی<sup>۱</sup>  
علی جعفرزاده<sup>۲</sup>

**چکیده:** مالکیت‌های امروزی، برخلاف گذشته، قلمرو وسیعی ندارند و به وسیله عوامل مختلفی، حدود اختیار مالک محدود شده است. یکی از این عوامل، تعیین جهت تصرف مادی یا حقوقی در موضوع مالکیت بر مبنای توافق است. تعیین جهت تصرف سبب ایجاد تعهدی بر عهده مالک می‌شود و مفاد این تعهد او را از انجام تصرفی منافی با جهت معین، منع می‌کند. نقض این تعهد و تغییر جهت تصرف، برحسب اینکه تغییر در جهت تصرف مادی باشد یا جهت تصرف حقوقی، آثار متفاوتی به دنبال خواهد داشت.

**کلیدواژه‌گان:** عقد ناقل، تغییر جهت، تصرف مادی، تصرف حقوقی، آثار.

## مقدمه

در یک تقسیم‌بندی، عقود از حیث وابستگی و عدم وابستگی موضوع آن به زمان، به عقود مستمر و آنی تقسیم می‌شوند. عقد مستمر به عقدی اطلاق می‌شود که اجزای مورد عقد در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند مثل اجاره. عقد آنی نیز به عقدی گفته می‌شود که تمام اجزای مورد آن در لحظات معین زمان محقق می‌شود مثل عقد بیع<sup>۱</sup>. بررسی مصادیق عقود آنی در نظام حقوقی ایران از جمله عقد بیع، قرض، هبه اعیان، وصیت تملیکی، صلح در مقام بیع و... بیانگر این نکته است که خصوصیت اصلی چنین عقود، تغییر یا انتقال حق عینی از جمله حق مالکیت است (مواد ۳۳۸ و ۶۴۸ و ۷۹۵ و ۸۲۶ و ۷۵۸).

بر همین اساس می‌توان به این نتیجه رسید که یکی از مصادیق بارز و غالب عقود آنی، عقود است که سبب انتقال مالکیت اعیان می‌شود؛ چرا که انتقال مالکیت اعیان پس از اجتماع شرایط قرارداد ناقل، در یک واحد مشخص از زمان و بدون نیاز به سپری شدن زمان محقق شده و تمام آثار آن قرارداد در همان لحظه محقق می‌شود (بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م و ماده ۷۹۷ و ۸۲۷). این دسته از عقود را می‌توان عقود آنی ناقل نامید. انتقال حق مالکیت، به موجب عقد آنی ناقل سبب ایجاد حق تصرف مطلق در موضوع مالکیت است. ماده ۳۰ ق.م در این زمینه مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» بر اساس این ماده اصل بر نامحدود بودن اختیار مالک از لحاظ تصرف در ملک خود است مگر آنکه وجود یک عامل محدودکننده با تجویز قانون مورد یقین باشد.

آنچه در این مقاله بررسی خواهد شد، نقش تعیین جهت به‌عنوان یکی از عوامل محدودکننده اختیار مطلق مالک در تصرف و نیز آثار تغییر و تخطی از جهت معین در عقود آنی ناقل است. به همین منظور این مقاله در دو گفتار تنظیم شده است که در گفتار نخست به بررسی مفهوم و مبنای تأثیر جهت تصرف پرداخته خواهد شد. در گفتار دوم نیز به شناخت آثار تغییر جهت در عقود آنی ناقل می‌پردازیم.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق ملکی، ج ۱، (تشکیل قراردادها و تعهدات)، ج سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۲، ص ۹۵.

### گفتار نخست: جهت تصرف

در این قسمت ابتدا به بیان مفهوم جهت تصرف و سپس به بررسی مبنای تأثیر جهت تصرف در عقود آنی ناقل خواهیم پرداخت.

#### الف) مفهوم جهت تصرف

جهت در لغت به معنای سوی، طرف و جانب آمده است<sup>۱</sup> در اصطلاح حقوقی جهت عبارت است از انگیزه یا هدفی غیرمستقیم و جاذب که هریک از متعاملین از انجام معامله دارند<sup>۲</sup> جهت تصرف به معنای مشخص نمودن سمت و سوی تصرف منتقل‌الیه در مورد انتقال است. مثلاً چنانچه مالک یک قطعه زمین ملزم شود در زمین متعلق به خود اقدام به ساخت مجتمع تجاری کند، در واقع جهت تصرف مالک معین شده است.

ملاحظه می‌شود که جهت در عبارت «جهت تصرف» بیشتر با معنای لغوی آن قرابت و نزدیکی دارد. اما باید گفت که مفهوم جهت تصرف چندان از معنای اصطلاحی جهت نیز به دور نیفتاده است؛ چرا که مشخص کردن سمت و سوی تصرف، در واقع به معنای تعیین یک یا چند تصرف خاص است. این تصرف یا تصرفات خاص در روابط طرفین قرارداد، در واقع همان هدفی است که معامله به خاطر رسیدن به آن انعقاد یافته است و این همان مفهوم اصطلاحی جهت است. برحسب مدلول تصرف، جهت تصرف می‌تواند به جهت تصرف مادی و جهت تصرف حقوقی تقسیم شود. مثلاً چنانچه مشتری در عقد بیع ملزم شود که در ملک خود صرفاً به شغل تلافروشی یا کفاشی یا... بپردازد، این امر بیانگر جهت تصرف مادی است. همچنین اگر همین فرد ملزم شود که در صورت انتقال موضوع مالکیت خود، آن را برای استفاده در مشاغل معینی انتقال دهد، در واقع جهت تصرف حقوقی مشخص شده است.

۱. معین، محمد، فرهنگ معین، ج ۱، چ دوازدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷، ص ۱۲۵۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۲۲۵؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۷۰؛ صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چ نهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۰۲.

**ب) مبنای تأثیر: تراضی و توافق بر جهت**

تقریباً تمامی حقوق‌دانان معتقدند که جهت به‌خودی‌خود تأثیری در قرارداد ندارد؛ چرا که جهت امری شخصی و درونی است و تا زمانی که این اغراض و دواعی وارد قلمرو توافق طرفین نشده، مؤثر شناختن آن در قرارداد با اصول و قواعد مسلم حقوقی در تعارض است. از طرف دیگر سپردن سرنوشت قرارداد به انگیزه پنهانی و اعلام‌نشده اشخاص، موجب تزلزل معاملات و سلب اعتماد افراد در معامله و تجارت با دیگران خواهد شد. بنابراین برای اینکه جهت در قرارداد تأثیر داشته باشد، باید به نحوی وارد قلمرو تراضی طرفین شده و جزئی از قرارداد محسوب شود.<sup>۱</sup>

بر اساس همین مبنا، جهت تصرف تا زمانی که وارد قلمرو تراضی و توافق طرفین نشده، نمی‌تواند تأثیری در قرارداد داشته باشد؛ چرا که در عقود آنی ناقل، انتقال مالکیت این امکان را به منتقل‌الیه می‌دهد که به انحاء مختلف و در جهتی که بخواهد در موضوع مالکیت خود تصرف کند (ماده ۳۰ ق.م) و در تصرف خود محدود به هیچ جهتی نباشد. بنابراین مبنای تأثیر جهت تصرف در عقود آنی ناقل توافق و تراضی بر تصرف خاص و معین است. چنانچه جهت تصرف مدلول مطابقی قرارداد باشد، صریح و در صورتی که مدلول التزامی آن باشد، ضمنی محسوب می‌شود. همچنان که جهت تصرف در قرارداد هبه اموال به موسسه خیریه‌ای که در زمینه مشخصی فعالیت می‌کند، به صورت ضمنی استنباط می‌شود.<sup>۲</sup> آنچه در این خصوص باید بررسی شود، تأثیر تعیین جهت تصرف در روابط طرفین و نیز ماهیت و وضعیت حقوقی توافق بر تعیین جهت تصرف است که در قسمت‌های بعدی به این مباحث خواهیم پرداخت.

**اول) اثر اشتراط جهت تصرف**

تراضی بر جهت تصرف معین (اعم از جهت تصرف مادی یا حقوقی) موجب ایجاد تعهد و التزام مبنی بر رعایت مدلول جهت تصرف و خودداری از تغییر آن می‌شود. در نقطه مقابل این تعهد حقی

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۲، ص ۱۷۰؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۴۰۴؛ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج اول، چ بیست و ششم، تهران، نشر اسلامیه، ۱۳۸۵، ص ۲۲۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چ یازدهم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷، صص ۲۲۲ و ۲۲۳.

به سود طرف دیگر عقد ایجاد می‌شود؛ چرا که حق و تعهد نسبت به امر واحد دو چهره یک منشأ حقوقی است و تبعاً در مقابل هر تعهدی، حقی متصور است. اما سؤال اساسی این است که تعهد ناشی از شرط تصرف معین در عقود آتی ناقل، پایگاهی عینی دارد یا تعهدی است که در ذمه متعهد قرار می‌گیرد؟ این سؤال با در نظر گرفتن اثر تعیین جهت تصرف در ایجاد حق به این شکل نیز قابل طرح است که حق مشروطه وابسته به عین مورد انتقال است یا در عهده مشروط علیه ثابت می‌شود؟

شهیدی در تحلیل پایگاه آثار معاملات، چنین آورده که: «در حقوق ایران تا آنجا که ممکن باشد و بتوان برای آثار معاملات پایگاهی عینی تصور کرد، این آثار در عین اموال انعکاس پیدا می‌کند و نه در شخص متعهد و ثبوت حق بر عهده شخص در مواردی محقق می‌شود که جایگاه عینی برای آن نتوان یافت»<sup>۱</sup> ایشان همچنین تعهداتی را که موجب محدودیت در تصرف می‌شود، از «توابع مورد معامله» می‌دانند که ممکن است نسبت به منتقل‌الیه جنبه مثبت داشته و ماهیت حقی داشته باشد و ممکن است جنبه منفی داشته و ماهیتاً تعهد باشد.<sup>۲</sup>

کاتوزیان در این زمینه به پذیرش قاعده‌ای در حقوق فرانسه نظر داده‌اند. مضمون این قاعده به این شرح است که هرگاه حقی که به سود مالک ایجاد شده، چنان به مالکیت وابسته باشد که در صورت انتقال ملک هیچ فایده‌ای برای او نداشته باشد، فرض این است که حق به سود مالک و برای او است و جنبه شخصی ندارد و همراه با اصل ملک به انتقال گیرنده می‌رسد. وی سپس چنین اظهار عقیده می‌کند: «حقی که تنها برای مالک مفید است و به این اعتبار برقرار می‌شود و دیگران هیچ نفعی از آن نمی‌برند، در دید عرف از توابع ملک است و با آن انتقال می‌یابد».<sup>۳</sup>

بر اساس هر دو نظر، تعهد و حق ناشی از تعیین جهت تصرف، وابسته به عین مورد انتقال بوده و از توابع مورد معامله به‌شمار می‌رود و مالکیت با لحاظ توابع و قیود خود مورد انتقال قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر با تعیین جهت تصرف آثار حق مالکیت از حالت اطلاق خارج، و مقید می‌شود. پس مالکیتی که در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود مالکیتی محدود و یا ناقص است.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۳ (آثار قراردادهای و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۶، ص ۱۰۵.

۲. همان: ۱۰۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۵۶.

یکی از نتایج مالکیت محدود دلالت تعیین جهت تصرف بر سلب و نفی و فقدان خاصیت اثباتی آن است؛ چرا که گفته شد تعیین جهت تصرف سبب تقید آثار حق مالکیت و ازین رفتن قسمتی از اختیار تصرف مالک و کاستن از قلمرو حق مالکیت می‌شود. خصوصیت سلبی تعیین تصرف معین و فقدان خاصیت اثباتی نیز سبب خواهد شد تا متعهدله چنین تعهدی نتواند به موجب آن الزام به انجام تصرف معین را درخواست کند؛ چرا که مفاد تعهد هیچ دلالتی بر ثبوت و حدوث تصرف معین ندارد بلکه تعهد صرفاً ناظر بر خودداری از انجام تصرفاتی است که اختیار انجام آن با تعیین تصرف معین، از متعهد سلب شده است مگر اینکه به قرائنی معلوم شود که هدف از اشتراط تصرف معین، حدوث عمل توأم با رعایت جهت معین است که این فرض خارج از بحث حاضر است.

از دیگر نتایج مالکیت محدود، ایجاد محدودیت در تصرفات حقوقی بعدی است. محدودیت در تصرفات حقوقی علاوه بر اینکه می‌تواند نتیجه مستقیم تعیین جهت تصرف حقوقی باشد، می‌تواند به صورت غیرمستقیم ناشی از تعیین جهت تصرف مادی نیز باشد؛ چرا که آنچه به موجب عقد آبی مقید به جهت تصرف مادی خاص به منتقل‌الیه انتقال یافته است، مالکیتی است محدود که تنها تصرف در حدود جهت تعیین شده را مجاز می‌سازد. بدیهی است هر مالکی صرفاً در حدود حقوق مالکانه خود حق تصرف در متعلق مالکیت خود را دارد. بنابراین چون مالکیت منتقل‌الیه مالکیتی ناقص است، در صورت انتقال مالکیت نیز مالک صرفاً حق انتقال چیزی را دارد که مالک آن است. به بیان کامل‌تر محدودیت مالک در تصرفات حقوقی نسبت به چنین عینی ناشی از محدودیت موضوع آن است. مثلاً شخصی که به موجب عقد هبه مالک قطعه زمینی شده است که در آن صرفاً می‌تواند اقدام به احداث بیمارستان کند، در صورت قصد انتقال صرفاً برای جهت تعیین شده می‌تواند انتقال دهد؛ چرا که آنچه متعلق مالکیت متهد است عینی است با قید تصرف معین و مفاد مالکیت وی نیز تنها تصرف مادی معین را شامل می‌شود. پس بدیهی است که متهد در صورت انتقال موضوع مالکیت، تنها می‌تواند متعلق مالکیت خود را انتقال دهد و نمی‌تواند حقی را که خود مالک آن نیست، انتقال دهد.

شایان ذکر است که چنانچه موضوع مالکیت ناقص به خود متعهدله انتقال یابد، این امر سبب جمع آمدن دو عنوان متعهد و متعهدله در یک شخص شده و سبب از بین رفتن تعهد خواهد شد. با این توضیح که گفته شد ضمیمه شدن حق متعهدله به عین، موجب می‌شود تا هرکس مالک عین شد در قبال متعهدله ملزم به رعایت حق وی شود. حال چنانچه این انتقال به خود متعهدله صورت گیرد، او هم متعهد و هم متعهدله خواهد بود و این امر سبب خواهد شد تا ارکان یک تعهد معتبر در هم ریخته و از بین برود.<sup>۱</sup>

بنابراین با حدوث چنین انتقالی تعهد بر تصرف در جهت معین از بین رفته و متعهدله خواهد توانست هر نوع تصرفی در ملک خود بکند.

### دوم) ماهیت حقوقی تعیین جهت تصرف و انواع آن

تعیین جهت تصرف، معمولاً به منظور مشخص ساختن حدود و قلمرو آثار ناشی از قرارداد صورت می‌گیرد. با این توضیح که در عقود آبی ناقل، انتقال مالکیت اثر اصلی عقد و در درجه اول اهمیت و توانایی بهره‌مند شدن از انواع تصرفات در درجه دوم اهمیت قرار دارد (ماده ۳۰ ق.م). تعیین جهت تصرف در چنین عقودی که مبین حدود و قلمرو اثر عقد است بر حسب طبیعت خاص خود نمی‌تواند موضوع التزامی مستقل باشد، بلکه ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر و وابسته به آن باشد. این گونه توافقات در حقوق موضوعه ایران از نظر ماهیت شرط محسوب می‌شود.<sup>۲</sup>

سؤالی که در این خصوص قابل طرح به نظر می‌رسد این است که شرط تصرف خاص از اقسام کدام یک از شروط مذکور در ماده ۲۳۴ ق.م می‌تواند باشد؟ آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که شرط تصرف خاص نمی‌تواند از اقسام شرط صفت باشد؛ چرا که مفاد شرط صفت دلالت بر وجود کیفیت یا کمیتی در مورد معامله دارد که به وضوح خارج از بحث حاضر است اما امکان اشتراط آن در قالب شرط فعل و شرط نتیجه می‌تواند محل بحث و بررسی باشد.

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، صص ۷۰ و ۷۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۱۴.

**(۱) اشتراط جهت تصرف به صورت شرط فعل**

ماده ۲۳۴ ق.م در تعریف شرط فعل چنین آورده است: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.» اثر شرط فعل در قرارداد ایجاد تعهد و التزام بر انجام دادن یا خودداری از کار خارجی است که باید پس از انعقاد قرارداد صورت پذیرد تا نتیجه مطلوب طرفین به دست آید.<sup>۱</sup> با تدقیق در این ماده مشخص می شود که شرط فعل می تواند به صورت مثبت و منفی مورد توافق قرار گیرد؛ بنابراین امکان اشتراط جهت تصرف به صورت شرط فعل مثبت و منفی بررسی می شود.

**الف- تعیین جهت تصرف به صورت شرط فعل مثبت:** شرط فعل مثبت دلالت بر انجام عملی مادی یا حقوقی پس از انعقاد قرارداد دارد؛ بنابراین در مواردی که طرفین عقد آنی توافق کنند که استفاده مشخصی از موضوع قرارداد به عمل آید، این نوع توافق ماهیتاً از اقسام شرط فعل مثبت است. تعیین تصرف معین به صورت شرط فعل مثبت، به صورت ضمنی دلالت بر عدم انجام سایر تصرفات از سوی مشروط علیه دارد و چنین توافقی را نباید تأکیدی بر اختیارات مالک شمرد، بلکه آنچه از ظاهر حال استنباط می شود این است که طرفین با مشخص کردن نوع تصرف در واقع خواسته اند مشروط علیه فقط استفاده مورد نظر را انجام دهد و از انجام سایر تصرفات خودداری کند.

**ب- تعیین جهت تصرف به صورت شرط فعل منفی:** در برخی موارد ممکن است هدف طرفین عقد آنی ناقل عدم انجام تصرف مادی یا حقوقی معینی باشد و به همین دلیل هنگام انعقاد قرارداد شرط می کنند که طرف مقابل از انجام برخی تصرفات خودداری کند، مانند اینکه فروشنده هنگام فروش قطعه زمین مجاور ملک خود بر خریدار شرط کند که ساختمان بیش از دو طبقه در زمین مورد معامله احداث نکند یا خریدار ملک تجاری، هنگام خرید بر فروشنده شرط کند که مغازه مجاور را، که در مالکیت وی است، به مشاغلی که مستلزم فعالیت رقابت کارانه با وی باشد، واگذار نکند. اثر چنین شرطی این است که مشروط علیه متعهد می شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲.



**۲) اشتراط جهت تصرف به صورت شرط نتیجه**

«شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود» (ماده ۲۳۴ ق.م). حقوق دانان در تبیین موضوع شرط نتیجه به تعلق شرط نتیجه به امور اعتباری نظر داده و امکان اشتراط اعمال مادی را در قالب شرط نتیجه غیرممکن می‌دانند.<sup>۱</sup> بر مبنای این تعریف، از شرط نتیجه و دیدگاه حقوق دانان در خصوص موضوع شرط نتیجه، می‌توان به این نتیجه رسید که اشتراط جهت تصرف در صورتی که مدلول آن انجام تصرف حقوقی معین باشد، با مشکلی مواجه نخواهد بود؛ چرا که حق انجام تصرفات حقوقی در موضوع مالکیت، امری اعتباری است و طرفین عقد آنی ناقل با تراضی یکدیگر قسمتی از این حق را ساقط می‌کنند اما ممکن است در ارتباط با امکان اشتراط جهت تصرف مادی در قالب شرط نتیجه این اشکال مطرح شود که چون موضوع شرط نتیجه امور اعتباری است و مدلول جهت تصرف مادی انجام یک عمل مادی (استعمال عین در جهت معین) بعد از انعقاد قرارداد است، پس شرط تصرف مادی خاص نمی‌تواند از اقسام شرط نتیجه تلقی شود، بلکه صرفاً به صورت شرط فعل می‌تواند مورد اشتراط قرار گیرد؛ اما باید گفت که امکان اشتراط جهت تصرف مادی در قالب شرط نتیجه چندان دور از ذهن نیست، با این توضیح که توانایی تصرف مطلق مالک در ملک خود (اعم از مادی یا حقوقی) مستند به حقی است که به وسیله مالکیت به وی اعطا شده است. همان طور که مالک می‌تواند در قالب شرط فعل بر علیه این حق تعهد نموده و در تصرفات مادی یا حقوقی برای خود ایجاد محدودیت کند، همچنین می‌تواند اصل حق مربوط به تصرف مادی را نیز از خود سلب و ساقط کند. به عبارت دیگر آنچه در تراضی و توافق طرفین موضوع اسقاط قرار می‌گیرد، قسمتی از حق مالکیت است که امری اعتباری است، و نه خود فعل مادی. بنابراین تعیین جهت تصرف مادی یا حقوقی به صورت شرط نتیجه، در واقع اسقاط قسمتی از آثار حق مالکیت است و نوع تصرف (مادی یا حقوقی) نمی‌تواند مانعی برای امکان اشتراط جهت تصرف در قالب شرط نتیجه باشد.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۴۰ و شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، صص ۶۳ و ۶۴.

اسقاط می‌تواند مدلول مطابقی یا ضمنی جهت معین باشد. به این معنا که گاه مالک به صورت مستقیم تصرف معین را از خود سلب و ساقط می‌کند و در برخی موارد نیز تعیین تصرف معین به صورت ضمنی دلالت بر اسقاط سایر تصرفات دارد؛ اما مطلب مهمی که در این قسمت باید متذکر شد، این است که وقتی اسقاط قسمتی از آثار حق مالکیت به موجب شرط نتیجه و بر مبنای تراضی صورت می‌گیرد، این امر بدین معنا است که اراده هر دو طرف تراضی بر آن تعلق گرفته و نسبت به هر دو دارای آثار حقوقی خواهد بود. اثر اسقاط نسبت به مشروط‌علیه از دست دادن قسمتی از آثار حق مالکیت است؛ اما اثری که می‌توان به مشروط‌له نسبت داد، حقی است که از اسقاط مزبور ناشی می‌شود؛ بدین معنا که مشروط‌له می‌تواند از نتایج اسقاط بهره‌مند شده و بر اساس این حق از هر گونه عمل منافی با اسقاط حق جلوگیری کند.

#### سوم) وضعیت حقوقی شرط تعیین جهت تصرف

وضعیت حقوقی شرطی که مدلول آن تعیین جهت تصرف در عقود آتی ناقل است، از دو جنبه قابل بررسی است: نخست از لحاظ منافات چنین شرطی با مقتضای ذات عقد و دوم از نظر تعارض آن با ماده ۹۵۹ ق.م.؛ سؤال اولی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که جایگاه حقوقی سلب یا نفی انجام برخی از تصرفات از مالک به موجب شرط تعیین جهت تصرف چیست؟ آیا چنین شرطی را باید از اقسام شرط مخالف با مقتضای ذات عقد شمرد یا مغایر با اقتضای اطلاق؟ یا اینکه چنین شرطی را باید خارج از این دو فرض بررسی کرد؟

برخی از حقوق‌دانان توانایی تصرف مالک در ملک خود را اثر عقد می‌دانند، با این توضیح که اثر ذاتی عقد آتی ناقل انتقال مالکیت است و اثر انتقال مالکیت، ایجاد حق تصرف مطلق برای منتقل‌الیه است. بر همین اساس ایشان شرطی را که مدلول آن نفی یا سلب انجام برخی تصرفات از مالک است، مخالف با اثر عقد دانسته و آن را صحیح و الزام آور می‌دانند.<sup>۱</sup> برخی دیگر از حقوق‌دانان شرط تعیین جهت تصرف را شرطی مغایر با جزء مقتضای عقد می‌دانند و صحت چنین

۱. شهیدی، مهدی، حقوق ملکی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، صص ۱۱۵-۱۱۷.

شرطی را منوط بر امکان جمع جزء یا آثار نفی شده با تحقق موضوع عقد می‌دانند.<sup>۱</sup> مرحوم حائری شاه‌باغ نیز تصرف مالک را در ملک خود مقتضای اطلاق عقد دانسته و شرط خلاف آن را صحیح و الزام‌آور قلمداد کرده‌اند.<sup>۲</sup>

برخی از فقها تسلط مالک را اثری شرعی می‌دانند که شارع به موجب قاعدة «الناس مسلطون علی اموالهم» بر نهاد مالکیت مترتب ساخته است.<sup>۳</sup> البته ذکر این نکته لازم است که مرحوم نائینی چنین اثری را از اقسام حقوق قابل اسقاط می‌داند ولی صاحب عناوین تسلط مالک را از مقتضیات شرعی ذات عقد دانسته و تصور مالکیتی بدون اختیار انجام هر نوع تصرف را فاقد ارزش حقوقی قلمداد می‌کند.<sup>۴</sup> برخی دیگر از فقها ضمن بررسی صور مخالفت شرط با مقتضای عقد، نفی برخی از آثار مالکیت به موجب شرط را خالی از اشکال می‌دانند.<sup>۵</sup>

ملاحظه می‌شود که هم فقها و هم حقوق‌دانان در تبیین ارتباط بین ماهیت عقد آنی ناقل و حق تصرف، دچار اختلاف و تشتت آرا شده‌اند. به نظر می‌رسد حکم این مسئله به صورت مطلق نمی‌تواند تابع احکام مقتضای ذات و اطلاق عقد باشد، به این دلیل که از یک طرف حق تصرف را نمی‌توان اثر ذاتی و جدانشدنی ماهیت عقد آنی ناقل دانست؛ چرا که بسیاری از فقها و حقوق‌دانان شرط نافعی قسمتی از حق تصرف را صحیح می‌دانند. این در حالی است که اگر حق تصرف، مقتضای ذات عقد بود، چنین شرطی باید باطل و مبطل عقد می‌بود. از طرف دیگر حق تصرف در ملک نیز کاملاً با مفهوم مقتضای اطلاق عقد منطبق نیست؛ چرا که شرط خلاف مقتضای اطلاق، به

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۱۶۵ و ۱۶۶.

۲. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ سوم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۱۳.

۳. نائینی، میرزا حسین، منیه الطالب (تقریرات النائینی للخوانساری)، ج ۳، چ اول، بی‌جا، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸، صص ۲۱۲ و ۲۱۳؛ حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، العناوین، ترجمه و شرح دکتر عباس زراعت، ج ۲، چ دوم، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه، ۱۳۸۸، صص ۱۷ و ۱۸.

۴. همان؛ همان.

۵. بجنوردی، سیدمحمدحسین، القواعد الفقهیه، ج ۳، چ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۹.

هر ترتیبی که باشد، صحیح و الزام‌آور است درحالی که نفی تمامی اشکال تصرف از دیدگاه بسیاری از فقها و حقوق‌دانان در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد است.<sup>۱</sup>

در تحلیل این موضوع باید گفت که مقتضای ذات عقود آنی ناقل، انتقال مالکیت است؛ چرا که انتقال مالکیت امری است که اولاً و بالذات مورد انشاء طرفین قرار گرفته و مقوم ماهیت چنین عقودی محسوب می‌شود به نحوی که اگر این اثر (انتقال مالکیت) از چنین عقودی گرفته شود به معنای عدم تحقق ماهیت عقد است. اما نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که مالکیت امری انتزاعی است، یعنی مرکب از اجزائی است که تشکیل دهنده مفهوم مالکیت‌اند، با این توضیح که مالکیت به تسلط و استیلائی شخص بر مال، به نحوی که شخص متمکن از انحاء تصرف باشد، اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup> ملاحظه می‌شود که در این تعریف انحاء مختلف تصرف، به‌عنوان اجزای مالکیت و تشکیل دهنده آن معرفی شده است. بر اساس این تحلیل شرط تعیین جهت تصرف که موجب نفی یا سلب برخی از تصرفات می‌شود، در واقع شرطی است مغایر با اجزاء مالکیت و در تضاد مستقیم با مقتضای ذات عقد (انتقال مالکیت) نیست. بنابراین به دلیل فقد دلیلی که چنین شرطی را باطل بداند، می‌توان قائل بر صحت چنین شرطی بود. مضاف بر اینکه اصل صحت نیز این استنباط را تقویت می‌کند؛ اما چنانچه تعیین جهت تصرف تمامی اجزاء مالکیت را نفی کند یا اجزاء اصلی و اساسی را نفی کند به گونه‌ای که وجود اجزاء دیگر با عدم آن مساوی باشد، چنین شرطی را باید همانند حقوق‌دانان و فقها در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد دانست؛ چرا که اگرچه مالکیت در این فرض نیز انتقال پیدا می‌کند، اما مالکیتی که فاقد تمامی اجزاء یا فاقد اجزاء اساسی خود باشد، در دید عرف ارزش حقوقی نخواهد داشت.

۱. بجنوردی، سیدمحمدحسین، *القواعدالفقهیه*، ج ۳، ج اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹، صص ۲۶۷ و ۲۶۹؛ نائینی، میرزا حسین، *منیه الطالب* (تقریرات النائینی للخوانساری)، ج ۳، ج اول، بی‌جا، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸، ص ۲۱۱؛ شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، ج دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، صص ۱۱۶ و ۱۱۷؛ کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۱۶۵ و ۱۶۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، چ چهارم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰، ص ۱۰۶؛ محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه* (بخش مدنی ۱)، چ یازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۲۷.

صحت شرط تصرف معین در عقود آنی از لحاظ تعارض آن با ماده ۹۵۹ ق.م نیز قابل مناقشه است. این ماده چنین مقرر می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» سؤالی که مطرح می‌شود این است که تعیین جهت تصرف در عقود آنی ناقل که در واقع به سلب تصرفات دیگر از مالک می‌انجامد، به معنای سلب قسمتی از حقوق مدنی (مالکیت) نیست؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت که آنچه به‌وسیله ماده ۹۵۹ ق.م ممنوع اعلام شده است سلب حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی به‌صورت کلی است. بر همین اساس هیچ شخصی نمی‌تواند حق مالکیت یا حق اجرای آن را به‌طور کلی از خود سلب کند؛ اما مفهوم مخالف این ماده بیانگر جواز سلب حق به‌صورت جزئی است.<sup>۱</sup> برای جزئی کردن سلب و اسقاط حق می‌توان آن را در مورد خاص و نسبت به شخص معین و یا سلب حق را محدود به مدت کوتاه کرد.<sup>۲</sup>

بر اساس آنچه گفته شد می‌توان به صحت شرط تصرف معین از لحاظ عدم تعارض با ماده ۹۵۹ ق.م پی برد؛ چرا که آنچه در اثر اشتراط جهت تصرف در عقود آنی ناقل از مالک سلب می‌شود، سلب حق به‌طور کلی نیست تا مشمول منع مقرر در ماده فوق شود. دلیل این ادعا نیز این است که تعیین جهت تصرف صرفاً در مورد خاص و نسبت به مال معین صورت گرفته که این امر موجب جزئی شدن سلب حق شده و مشمول مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م می‌شود.

### گفتار دوم: آثار تغییر جهت تصرف

قبل از پرداختن به آثار حقوقی تغییر جهت تصرف در عقود آنی ناقل، به‌عنوان مقدمه باید به بررسی مفهوم تغییر جهت تصرف پرداخت.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۰۹؛ صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، چ ششم، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۰، ص ۳۰؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷: ۱۳۲.
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۱۰.

### الف) مفهوم تغییر جهت

تغییر در لغت به معنای دگرگون‌ساختن و چیزی را از حالتی به حالت دیگر در آوردن است.<sup>۱</sup> تغییر جهت تصرف نیز به معنای تبدیل و دگرگون‌ساختن جهت مشروط در عقد و انجام تصرفاتی منافی با تصرف مشروط است. به‌عنوان مثال خریداری که ضمن قرارداد بر او شرط شده تا زمین مورد معامله را صرفاً برای سکونت مورد استفاده قرار دهد، چنانچه آن را به امر تجارت اختصاص دهد، مرتکب تغییر جهت تصرف شده است. باید یادآور شد که تحقق تغییر جهت همیشه به‌صورت جایگزین ساختن تصرفی به‌جای تصرف دیگر نیست، بلکه در مواقعی نیز ممکن است تصرف جدید به تصرف سابق اضافه شده و با ازین‌بردن صورت عرفی تصرف سابق، موجب تحقق تغییر جهت شود.

برای شناخت دقیق مفهوم تغییر جهت باید به این نکته نیز توجه داشت که تغییر جهت تصرف در مواردی ممکن است بر اساس حکم عرف یا قانون مجاز شناخته شود. بنابراین در بررسی آثار تغییر جهت، منظور تغییر جهتی است که از اقسام تغییر جهت ممنوع تلقی شود. تفکیک تغییر جهت مجاز از ممنوع، بر اساس حدود تعهد مشروط‌علیه به‌عمل می‌آید. در تعیین حدود تعهد مشروط‌علیه باید به حکم عرف یا قانون توجه داشت. عرف به این دلیل از عوامل تعیین‌کننده حدود تعهدات طرفین است که لوازم عرفی تصرف معین را مشخص می‌کند. بر همین اساس چنانچه تصرفی مادی، جزء لوازم عرفی تصرف معین در قرارداد باشد، به دلیل اینکه چنین لوازمی بر مبنای مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م. جزء مفاد قرارداد است، عمل شخصی که اقدام به تغییر جهت قرارداد در حدود لوازم عرفی جهت معین در قرارداد می‌کند، از مصادیق تغییر جهت مجاز شناخته شده و آثار حقوقی نخواهد داشت.

### ب) آثار حقوقی تغییر جهت

قبل از پرداختن به آثار حقوقی تغییر جهت، یادآوری این نکته خالی از فایده نخواهد بود که تغییر جهتی موجب آثار حقوقی است که از مصادیق تغییر جهت ممنوع محسوب شود. آثار تغییر جهت تصرف را می‌توان به شرح ذیل بررسی کرد.

۱. جُرّ، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سیدحمید طیبیان، ج ۱، چ شانزدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۶، ص ۶۰۸.

**اول) منع از تصرف منافی**

اولین اثری که بر تغییر جهت تصرف می‌توان مترتب دانست، منع از تصرفی است که به موجب قرارداد، مشروط‌علیه از انجام آن منع شده است. با توجه به اینکه گفته شد که تعیین جهت تصرف در قرارداد ماهیتاً شرط محسوب شده و می‌تواند به صورت شرط فعل (اعم از مثبت یا منفی) و نتیجه مورد توافق قرار گیرد. الزام یا منع در هر یک از این اقسام بررسی می‌شود.

**شرط فعل:** در صورتی که مدلول شرط تصرف معین، انجام یا خودداری از یک یا چند تصرف مادی معین باشد، تخلف از چنین شرطی و انجام تصرف منافی با شرط، مشروط‌له را قادر خواهد ساخت تا با استناد به ماده ۲۳۷ ق.م.م.تخلف را از انجام تصرف منافی با شرط درخواست کند. این ماده چنین مقرر می‌کند: «هرگاه شرط ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به‌جا بیاورد و در صورت تخلف از شرط طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار به وفای شرط کند».

اگرچه حکم این ماده که عبارت است از اجبار به وفای به شرط، ظهور در شرط فعل مثبت دارد، اما می‌توان این‌گونه توجیه کرد که اجبار به وفای شرط بر حسب طبیعت شرط (فعل مثبت یا منفی) به صورت الزام به انجام فعل مثبت یا منع از فعل منفی صورت می‌گیرد. بنابراین چون اشتراط جهت تصرف در عقود آنی ناقل مفید تعهد بر عدم انجام برخی از تصرفات است، اجبار به وفای شرط تصرف معین، به صورت منع از انجام تصرف منافی صورت می‌گیرد؛ اما چنانچه شرط جهت تصرف دلالت بر انجام یا خودداری از یک یا چند تصرف حقوقی معین باشد، تخلف از این تعهد و تغییر جهت تصرف قراردادی، این سؤال را مطرح خواهد ساخت که آیا در این صورت نیز همانند فرض قبلی، مشروط‌له می‌تواند منع از انجام تصرف حقوقی منافی با شرط را درخواست کند؟ این تردید زمانی تقویت می‌شود که توجه داشته باشیم قانون مدنی از یک طرف به موجب مواد ۲۴۱، ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م.تخلف از شرط معرفی ضامن یا رهن را که ماهیتاً از اقسام شرط فعل مثبت حقوقی است، موجب حق فسخ می‌داند و از طرف دیگر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م.تخلف از شرط عدم تصرفات ناقله در عین یا منفعت و نیز شرط عدم رهن مبیع را که هر دو از اقسام شرط ترک فعل حقوقی شمرده می‌شود، موجب بطلان معاملات مغایر با این نوع شروط قرار داده است.

برخی از حقوق دانان در بررسی مواد ۲۴۱ و ۲۴۳ ق.م بر این امر نظر داده‌اند که در این موارد نیز مشروطه ابتدا باید اجبار مشروط‌علیه را به دادن رهن یا ضامن از دادگاه درخواست کند و در صورت عدم امکان اجبار، قرارداد را فسخ کند.<sup>۱</sup> اگرچه این نظر تلاشی برای همسو کردن مواد ۲۴۱ و ۲۴۳ ق.م با مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ ق.م است، اما به‌وضوح مخالف با ظاهر مواد ۲۴۱ و ۲۴۳ و نیز ماده ۳۷۹ ق.م است. برخی دیگر از حقوق دانان نیز معتقدند که بر مبنای غلبه، امکان اجبار مشروط‌علیه به دادن رهن یا ضامن امکان ندارد و شخص دیگری نیز نمی‌تواند آن را از جانب او واقع سازد. به همین دلیل قانون‌گذار تخلف از چنین شروطی را مستقیماً موجب حق فسخ می‌داند و هیچ سخنی از الزام یا منع نگفته است.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد غالب افعال حقوقی از شمول ماده ۲۳۷ ق.م خارج است؛ چرا که اولاً الزام مشروط‌علیه بر انجام تصرف حقوقی معین با توجه به مفاد تعهد مشروط‌علیه، مشکل به نظر می‌رسد. زیرا انجام تعهد مزبور به اراده مالک بستگی داشته و او فقط ملزم بر این امر شده است که در صورت انجام عمل حقوقی، جهت معین در قرارداد را رعایت کند. بر اساس این نوع تعهد نمی‌توان الزام به انجام عمل مشروط را درخواست کرد و دادگاه نیز نمی‌تواند عمل حقوقی را از جانب او واقع سازد بلکه صرفاً می‌توان به استناد آن از انجام تصرف منافی خودداری کرد. ثانیاً منع از انجام تصرف حقوقی منافی به دلیل طبیعت خاص این اعمال معمولاً با مشکل مواجه است؛ چرا که در غالب موارد مشروطه زمانی از انجام تصرف حقوقی غیرمشروط آگاهی می‌یابد که انتقال صورت پذیرفته و مظاهر مادی این انتقال، از قبیل تصرف شخص ثالث در موضوع قرارداد خارج از مدلول شرط، در خارج ظهور و بروز پیدا می‌کند. بدیهی است بعد از اتمام عمل، منع از انجام آن مفهومی نخواهد داشت؛ چرا که منع از انجام عمل، یا قبل از شروع به آن امکان‌پذیر است و یا در اثنای انجام آن، و آنچه بعد از اتمام عمل برای از بین بردن مظاهر تجاوز به عقد صورت می‌گیرد، معنایی غیر از منع خواهد داشت و در واقع به منزله رفع آثار عمل مزبور است.

۱. صفایی، سیدحسین، دوره مَقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چ نهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۹۷.  
 ۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۹۶؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۲.



شرط نتیجه: همان طور که گفته شد تعیین تصرف معین در قالب شرط نتیجه به صورت اسقاط قسمتی از حق تصرف مادی یا حقوقی امکان‌پذیر بوده و یکی از نتایج آن ایجاد حقی به سود مشروطه مبنی بر جلوگیری از تصرفات منافی با نتایج اسقاط است. بنابراین تخلف از نتایج شرط نتیجه و تغییر جهت قرارداد، موجب حق منع از انجام تصرف منافی با شرط نتیجه خواهد بود. اما باید به این نکته توجه داشت که مبنای حق منع، قواعد عمومی نقض قراردادهاست و نه تخلف از شرط نتیجه؛<sup>۱</sup> چرا که با تغییر جهت قراردادی که جهت آن به صورت شرط نتیجه مورد توافق قرار گرفته، تخلفی از شرط نتیجه صورت نمی‌پذیرد تا احکام تخلف از شرط نتیجه نیز مجری شود بلکه شرط نتیجه در مورد تعیین جهت تصرف موجب اسقاط قسمتی از حق تصرف مادی یا حقوقی است که به صرف اشتراط حاصل می‌شود (ماده ۲۳۶ ق.م) و حق تصرف به غیر از آنچه در قرارداد شرط شده، از مشروط‌علیه ساقط می‌شود؛ بنابراین چنانچه تصرف معین در موضوع قرارداد به صورت شرط نتیجه مورد توافق قرار گیرد، تغییر جهت همانند شرط فعل، مشروطه را قادر خواهد ساخت مشروط‌علیه را از انجام تصرف منافی با شرط نتیجه منع کند. ذکر این نکته لازم است که استدلالات مطرح شده در قسمت قبل در خصوص عدم امکان منع از تغییر جهت تصرف حقوقی، در مورد شرط نتیجه نیز می‌تواند مجری باشد.

به طور کلی منع از تغییر جهت اعم از اینکه جهت تصرف به صورت شرط فعل باشد یا شرط نتیجه، علاوه بر اینکه در رابطه مشروطه با مشروط‌علیه می‌تواند مورد اجرا قرار گیرد، در صورت ارتکاب تغییر جهت از سوی ثالث نیز قابل اجراست. دلیل این امر وجود پایگاه عینی برای حق و تعهد ناشی از شرط تصرف معین است؛ چرا که با انتقال عین، حقوق ثابت در عین نیز به همراه آن منتقل می‌شود و ثالث نسبت به حقوق و تعهدات ثابت در عین، قائم مقام ناقل محسوب می‌شود؛<sup>۲</sup> بنابراین همان گونه که مشروط‌علیه باید حق مشروطه را در خصوص تصرف مشخص و معین در مال موضوع قرارداد را محترم شمرده و آن را تغییر ندهد، در صورت انتقال آن به شخص ثالث، وی نیز به عنوان قائم مقام ناقل (مشروط‌علیه) مکلف به عدم تغییر جهت تصرف معین در قبال

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۲۳۵ و ۲۳۶.

۲. شهیدی، مهدی، حقوق ملنی، ج ۳ (آثار قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۶، ص ۹۹؛ کاتوزیان، ناصر،

قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۲۵۳ و ۲۵۴.

مشروطه خواهد بود (ماده ۲۱۹ و ملاک ماده ۱۰۲ ق.م). این نتیجه به وسیله ملاک ماده ۱۰۶ ق.م تأیید و تقویت می‌شود. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد.» بر اساس ملاک این ماده چنانچه ملک کسی پایگاه حق عینی دیگری باشد، مالک نمی‌تواند تصرفاتی در ملک خود کند که منافی با حق مزبور باشد. با توجه به اینکه گفته شد تعیین جهت تصرف موجب ایجاد حق عینی در مورد معامله می‌شود و همراه آن انتقال می‌یابد، بنابراین مالک ملک که می‌تواند مشروط‌علیه باشد یا شخص ثالث نمی‌تواند با تغییر جهت تصرفات تضییع یا تعطیلی حق مزبور را فراهم کند. پس صاحب حق می‌تواند در صورتی که حق خود را در معرض تضییع ببیند، منع مالک را مورد درخواست قرار دهد.

### دوم) اعاده به وضع پیشین

با توجه به اینکه تعهد ناشی از تعیین جهت تصرف، تعهدی منفی و مفاد آن خودداری از انجام تصرفات منافی با شرط است، نقض این تعهد، طرف مقابل را قادر خواهد ساخت تا ضمن اعاده وضع پیشین، تمامی مظاهر تجاوز به عقد را از بین ببرد. اعاده به وضع پیشین در واقع چهره‌ای از الزام به اجرای تعهدات قراردادی است که جنبه منفی دارد. بنابراین مبنای حقوقی اعاده به وضع پیشین همان مبانی الزام به اجرای قرارداد، از جمله مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ و نیز ماده ۲۳۷ ق.م است.<sup>۱</sup> بنابراین چنانچه تغییر جهت تصرف مادی همراه با ایجاد آثار مادی و دگرگونی شرایط و اوضاع و احوال موجود باشد، علاوه بر منع از تغییر جهت، می‌توان از بین بردن آثار ناشی از تغییر جهت تصرف مادی و بازگشت به وضع پیشین را نیز از آثار تغییر جهت تصرف محسوب کرد. در واقع منع از تغییر جهت به منظور جلوگیری از استمرار تغییر جهت در آینده صورت می‌گیرد، در حالی که اعاده به وضع پیشین برای از بین بردن آثار ایجاد شده در گذشته است. اما در رابطه با تغییر جهت تصرف حقوقی این سؤال مطرح می‌شود که آیا امکان اعاده به وضع سابق در مواردی که متعلق

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۲۱؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۳ (آثار قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۶، ص ۴۶.

جهت، تصرفی حقوقی است، وجود دارد؟ و در فرض امکان اعاده، این اثر تغییر جهت چگونه جریان پیدا خواهد کرد؟ به‌منظور یافتن پاسخ این سؤال ابتدا باید به بررسی وضعیت معامله‌ای که برخلاف جهت تصرف حقوقی منعقد شده، پرداخت. با توجه به اینکه جهت تصرف حقوقی ناشی از محدودیتی است که از شرط فعل یا نتیجه حاصل می‌شود، باید وضعیت معامله منافی را در هر دو فرض جداگانه بررسی کرد.

شرط فعل: سؤال این است که در مواردی که جهت تصرف حقوقی به‌موجب شرط فعل تعیین می‌شود و مشروط‌علیه بدون اینکه حقی را از خود ساقط کند، صرفاً تعهد بر عدم استفاده از قسمتی از آثار حق مالکیت خود می‌کند، چنانچه مشروط‌علیه برخلاف تعهد منفی خود، متعلق شرط را در جهتی منافی با آنچه تعهد کرده است، انتقال دهد، قرارداد موجب این انتقال، چه وضعیتی خواهد داشت؟ حقوق دانان در این خصوص معتقدند که معامله‌ای که برخلاف جهت مصرح در قرارداد قبلی صورت گرفته، صحیح است؛ چرا که در این فرض مشروط‌علیه هیچ‌گونه حقی را از خود ساقط نکرده و تمام حق عینی از سوی مشروط‌له به وی منتقل شده است. بنابراین حق انجام معامله خارج از مدلول جهت را داراست و تعهد بر عدم استفاده از قسمتی از حق مالکیت، نمی‌تواند موجهی برای بطلان معامله معارض با تعهد وی باشد. نهایت آنکه عمل مشروط‌علیه در تغییر جهت تصرف حقوقی، عملی است برخلاف تعهد او، که در رابطه بین مشروط‌علیه و مشروط‌له صرفاً می‌تواند به دلیل تخلف از شرط، موجب حق فسخ معامله مشروط باشد.<sup>۱</sup>

اگرچه موضع قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی مبهم است، اما باید گفت که این نظر با آنچه قبلاً در خصوص اثر تعیین جهت تصرف در عقود آبی ناقل و ایجاد حق عینی به سود مشروط‌له گفته شد، و نیز قرائن موجود در قانون مدنی چندان سازگار به‌نظر نمی‌رسد؛ با این توضیح که پذیرش صحت معامله‌ای که بدون توجه به حق عینی مشروط‌له منعقد شده است، به‌منزله از بین بردن زمینه استیفای حق مشروط‌له است که این امر در قانون مدنی منع شده است. همچنان که ماده ۱۰۲ ق.م. در خصوص حق ارتفاق که نوعی حق عینی در ملک دیگری

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۳۴؛ کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چ چهارم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰، ص ۸۹

است، مقرر می‌کند: «هرگاه ملکی کلاً یا جزئاً به کسی منتقل شود و برای آن ملک حق الارتفاق در ملک دیگر یا در جزء دیگر همان ملک موجود باشد، آن حق به حال خود باقی می‌ماند مگر اینکه خلاف آن تصریح شود.» همچنین ماده ۱۰۶ ق.م. در خصوص تکلیف مالک ملکی که مورد حق الارتفاق (حق عینی) دیگری است، چنین مقرر می‌کند: «مالک ملکی که مورد حق الارتفاق غیر است نمی‌تواند در ملک خود تصرفاتی کند که باعث تضییع یا تعطیل حق مزبور باشد، مگر با اجازه صاحب حق». با کنار هم قراردادن این دو ماده به این نتیجه می‌رسیم که هرگاه کسی در ملک دیگری دارای حق عینی باشد، این حق بدون رضایت صاحب حق از بین نخواهد رفت، حتی اگر آن ملک به شخص دیگری منتقل شود. همچنین مالک ملک نیز از کلیه تصرفاتی که حق مزبور را در معرض نابودی قرار می‌دهد، ممنوع است.

حال با توجه به مقدمات گفته‌شده باید این سؤال را مطرح ساخت که آیا پذیرش صحت معامله‌ای که بدون در نظر گرفتن حق عینی دیگری منعقد شده است، به معنای تضییع و از بین بردن حق عینی، که مالک از آن منع شده، نیست؟ آیا پذیرش صحت چنین معامله‌ای به معنای تجویز تجاوز به حق عینی دیگری نیست؟ بنابراین در رد صحت معامله‌ای که به حق عینی مشروطه لطمه وارد می‌کند، می‌توان چنین استدلال کرد که حق عینی که در اثر تعیین جهت تصرف برای مشروطه ایجاد شده، در هر حال باید مصون از تعرض بماند و هرگونه تجاوز به این حق از سوی قانون‌گذار مورد نهی قرار گرفته است (ملاک مواد ۱۰۲ و ۱۰۶ ق.م). نتیجه اینکه نهی از انجام تصرفات منافی با حق عینی مشروطه با پذیرش صحت معامله‌ای که بدون در نظر گرفتن این حق منعقد شده، سازگار نیست؛ چرا که منطقی نیست از یک طرف انجام برخی از تصرفات مورد نهی قرار گیرد و از طرف دیگر حکم به صحت تصرفاتی نماییم که مورد نهی قرار گرفته است. از طرف دیگر بر اساس مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ ق.م. عقودی که طبق قانون منعقد شده، بین متعاملین لازم‌الاتباع است. لزوم وفا به قرارداد ایجاب می‌کند که هرگونه عملی که زمینه اجرای قرارداد را از بین می‌برد، جایز نباشد. به عبارت دیگر نمی‌توان از یک طرف شخص را ملزم به اجرای قرارداد، و از طرف دیگر حکم به جواز تخلف از اجرای قرارداد صادر کرد.

حال که عدم صحت معاملاتی که برخلاف جهت معین در قرارداد صورت گرفته مشخص شد، باید دید آیا چنین معاملاتی باطل است یا غیرنافذ؟ در تأیید بطلان چنین معاملاتی می‌توان از یک طرف به مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م که تخلف از شرط عدم رهن یا عدم تصرفات ناقل عین یا منفعت را باطل می‌داند، استناد کرد و از طرف دیگر به فساد ناشی از نهی در معاملات تمسک جست؛ چرا که نهی در معاملات هرگاه ناظر بر نتیجه و حاصل عمل باشد، موجب فساد خواهد بود.<sup>۱</sup> ممنوعیت تغییر جهت نیز در واقع ناظر بر نتایج حاصل از تغییر جهت است؛ به این معنا که منع از تغییر جهت، منع از نتیجه و حاصل تغییر جهت است که ممکن است یک عمل حقوقی یا به عبارت دقیق‌تر یک قرارداد باشد. بنابراین معامله‌ای که در نتیجه تغییر جهت ممنوع منعقد شده و یا ناشی از تغییر جهت ممنوع است، نمی‌تواند صحیح تلقی شود.

در نقد این نظر باید گفت که بطلان نتیجه فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات یا برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی است.<sup>۲</sup> در حالی که در موضوع مورد بحث وجود شرایط صحت معاملات و عدم برخورد آن با مصالح عمومی واضح است. آنچه سبب خلل در صحت چنین قراردادهایی می‌شود، تعلق حق دیگری به موضوع معامله است، نظیر آنچه در معاملات راجع به عین مرهونه وجود دارد؛ چرا که گفته شد در اثر اشتراط جهت تصرف در عقود آتی ناقل حقی به سود مشروطه نسبت به عین مورد معامله ایجاد می‌شود. به نظر می‌رسد پذیرش عدم نفوذ معاملاتی که برخلاف شرط جهت تصرف حقوقی منعقد شده از توجیه حقوقی بیشتری برخوردار است؛ چرا که یکی از موارد عدم نفوذ قراردادها تعارض نفوذ قرارداد با حقوق اشخاص ثالث است.<sup>۳</sup>

در مسئله مورد بحث نیز وضع به همین منوال است؛ چرا که تغییر جهت تصرف حقوقی و انعقاد قراردادی برخلاف جهت مشروط، در واقع با حق مشروطه منافات داشته و سبب عدم نفوذ آن می‌شود. این نظر در میان برخی از حقوق دانان نیز مورد پذیرش قرار گرفته و این‌گونه استدلال

۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ج پانزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۶۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار ۱۳۸۸، ۳۲۴؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۲ (اصول قراردادها و تعهدات)، چ چهارم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۵، ص ۲۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۳۵۰.

می‌کنند که هرگونه عمل حقوقی که مستلزم تجاوز به حق عینی متعهدله باشد، بر مبنای قواعد عمومی، غیرنافذ بوده و صاحب حق در رد یا تنفیذ آن عمل مختار است.<sup>۱</sup>

**شرط نتیجه:** با توجه به اینکه گفته شد تعیین جهت تصرف حقوقی در قالب شرط نتیجه و به صورت اسقاط قسمتی از حق مالکیت امکان‌پذیر بوده و این اسقاط که مبتنی بر تراضی طرفین است، حقی به سود مشروطه ایجاد می‌کند که تغییر جهت تصرف حقوقی و انجام اعمال منافی با شرط، نه تنها سبب نادیده گرفته شدن حق مشروطه شده، بلکه اساساً مشروط‌علیه حق انجام چنین تصرفاتی نداشته است، لذا قرارداد مزبور باطل خواهد بود.

### سوم) ایجاد حق فسخ

التزام مشروط‌علیه بر انجام تصرف معین ممکن است ناشی از شرط فعل باشد یا شرط نتیجه. بنابراین ایجاد حق فسخ را در فرضی که جهت تصرف به صورت شرط فعل معین می‌شود با موردی که تصرف معین در قالب شرط نتیجه مورد توافق قرار می‌گیرد، باید به‌طور جداگانه بررسی کرد.

**شرط فعل:** چنانچه شخصی به موجب شرط فعل مثبت متعهد شود که تصرف مادی معینی در موضوع قرارداد کند، اما برخلاف این تعهد اقدام کرده و ضمن تغییر جهت تصرف، از موضوع قرارداد استفاده دیگری کند، در این صورت موضوع مشمول ماده ۲۳۹ ق.م خواهد بود. این ماده چنین مقرر می‌کند: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه به انجام فعل مورد شرط ممکن نباشد و فعل مورد شرط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.» در این ماده ایجاد حق فسخ منوط بر این است که اولاً اجبار مشروط‌علیه به انجام فعل مورد شرط امکان‌پذیر نباشد و ثانیاً فعل مورد شرط نیز از اقسام افعال قائم به شخص باشد. حال با توجه به این مطلب، دو سؤال در رابطه با تغییر جهت تصرف مطرح می‌شود. نخست

۱. صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، ج ششم، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۰، صص ۲۲ و ۲۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ج اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، صص ۲۷۳-۲۷۶.

اینکه با توجه به مطالب قبلی در خصوص منع و نیز اعاده به وضع پیشین که هر دو به نوعی مفید اجبار است، آیا می‌توان تصور فرضی را نمود که به دلیل عدم امکان اجبار مشروط‌علیه، حق فسخ لازم آید؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت اگرچه ممکن است در اغلب موارد ضرر ناشی از تغییر جهت تصرف مادی به وسیله منع و نیز اعاده به وضع سابق قابل جبران باشد، اما با توجه به امکان ارتکاب مجدد تغییر جهت از سوی مشروط‌علیه، ضمانت اجرای حق فسخ وسیله مناسبی برای جلوگیری از تجدید ضرر خواهد بود. همچنان که اگر مشروط‌علیه، پس از منع و اعاده به وضع پیشین، دوباره اقدام به تغییر جهت تصرف مادی کند، اصرار بر استفاده مجدد مشروط‌علیه از ضمانت‌اجراهای پیشین موجب تحمیل حرجی ناروا بر وی خواهد شد، با این توضیح که مشروط‌علیه که پس از مدتی تلاش موفق به اخذ حکم دادگاه در خصوص اجبار (منع یا اعاده) مشروط‌علیه شده، اگر با ترک موقتی عمل تغییر جهت از جانب مشروط‌علیه و ارتکاب مجدد آن، دوباره برای دفع ضرر از خود تنها ملزم به استفاده از ضمانت اجرای اجبار شود، با دور ناخواسته‌ای مواجه خواهد شد که با هر بار تکرار تغییر جهت، ملزم به پیمودن مسیر قبلی خواهد شد و در نهایت نیز نتیجه قاطعی به دست نخواهد آورد. از طرف دیگر منع از انجام عملی اقتضای دوام و استمرار دارد و زمانی می‌توان گفت متعهد از کار ممنوع، منع شده که دیگر هیچ‌وقت مرتکب آن عمل نشود. بنابراین چنین مواردی را باید از مصادیق عدم امکان اجبار مشروط‌علیه قلمداد کرد و آن را موجد حق فسخ دانست. در مواردی هم که جهت تصرف مادی به صورت شرط فعل منفی مورد توافق قرار می‌گیرد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان بر اساس ماده ۲۳۹ ق.م.تغییر جهت تصرف را موجد حق فسخ دانست؟ آنچه این سؤال را به ذهن متبادر می‌سازد، ظهور ماده ۲۳۹ ق.م.تغییر جهت تصرف را موجد حق فسخ دانسته، از جمله عبارات «انجام فعل مورد شرط» و نیز «واقع ساختن فعل از جانب شخص دیگر» همگی ظهور در شرط فعل مثبت دارد و این استنباط را موجب می‌شود که قانون‌گذار در این ماده در مقام بیان احکام و آثار شرط فعل مثبت بوده است.

عالی‌جناب  
شماره اول و دوم  
مجله  
۱۳۹۶

اگرچه تمامی حقوق‌دانان در بررسی مبحث شروط ضمن عقد، شرط فعل منفی را مشمول این ماده می‌دانند، اما به نظر می‌رسد که این ایراد منطقی است. برخی از حقوق‌دانان در بررسی ضمانت

اجرای شرط ترک فعل این گونه نظر داده‌اند که چنانچه هدف از شرط ترک فعل، صرفاً عدم حدوث عمل باشد، تخلف از چنین شرطی موجب حق فسخ خواهد بود. اما در صورتی که مقصود طرفین از شرط ترک فعل منفی، علاوه بر عدم حدوث عمل، استمرار آن در آینده نیز باشد، در این صورت ضمانت اجرای چنین شرطی، الزام به مفاد شرط و در صورت عدم امکان الزام، فسخ قرارداد است.<sup>۱</sup> البته باید گفت که عدم ذکر مبنای حق فسخ در این دیدگاه قابل نقد است. به نظر می‌رسد قانون مدنی در زمینه ضمانت اجرای تعهداتی که مدلول آن ترک فعل است، با خلأیی قابل نقد مواجه است و آنچه در مبحث شروط ضمن عقد آمده است بیشتر منصرف به شرط فعل مادی مثبت است که به نظر می‌رسد اصلاح عبارات ماده ۲۳۹ ق.م.ب.تواند این ایراد را رفع کند.

اما در خصوص این موضوع باید گفت که اگرچه اجبار به ترک فعل به صورت منع از انجام عمل منافی گستره بیشتری دارد، اما اشکالی که در مورد شرط فعل مثبت در رابطه با ارتکاب مجدد تغییر جهت، گفته شد، در مورد شرط فعل منفی هم صادق است. برای جلوگیری از این اشکال می‌توان چنین گفت که اگر هم شرط فعل منفی را بر اساس ظهور ماده ۲۳۹ ق.م.مشمول این ماده ندانیم، می‌توان با توسل به قواعد عمومی، نظیر آنچه در خصوص ضمانت اجرای شرط نتیجه گفته شد، قائل بر ایجاد حق فسخ در صورت ارتکاب مجدد فعل منفی بود.<sup>۲</sup>

اما در مواردی که متعلق شرط فعل انجام یا خودداری از یک یا چند تصرف حقوقی معین باشد، به دلیل اینکه اعاده به وضعیت سابق همیشه از طریق رد معامله منافی با مدلول شرط، امکان پذیر است، حق فسخی به وجود نخواهد آمد؛ چرا که این امر دال بر امکان اجبار ملتزم است. از طرف دیگر در بررسی‌های به عمل آمده دیدیم که تغییر جهت تصرف حقوقی و انجام قرارداد منافی با شرط، موجب عدم نفوذ آن می‌شود. به دلیل اینکه قرارداد غیرنافذ، فاقد هرگونه اثر حقوقی است، تخلف از شرط تعیین جهت تصرف حقوقی نیز در عالم ثبوت محقق نخواهد شد.

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، چ هشتم، تهران، سمت، ۱۳۸۷، صص ۴۵ و ۴۶؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.  
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۲۳۵ و ۲۳۶.



چرا که بر عمل مشروطه هیچ‌گونه اثری مترتب نخواهد شد. به عبارت دیگر تخلف از شرط تصرف حقوقی معین به لحاظ حقوقی غیرممکن است.<sup>۱</sup>

سؤال دوم اینکه آیا مدلول شرط تصرف معین، از جمله اعمالی است که امکان انجام آن از جانب دیگری ممکن نیست؟ باید گفت با توجه به مفاد تعهد مشروط‌علیه، امکان انجام عمل از جانب دیگری به نظر غیرممکن می‌رسد؛ چرا که تعیین جهت تصرف مفید التزام مشروط‌علیه بر انجام تصرف معین نیست، بلکه مدلول تعهد وی صرفاً در بردارنده التزام بر ترک تصرفات غیرمشروط است. ترک عمل نیز به لحاظ طبیعت خاص خود قائم بر شخص متعهد است و تصور حالتی که شخص دیگری به جای متعهد ترک عمل مشروط کند، به وضوح غیرمنطقی است.

**شرط نتیجه:** در مواردی که تصرف مادی معین در قالب شرط نتیجه و به صورت اسقاط قسمتی از حق تصرف مادی، مورد توافق قرار گیرد، تغییر جهت تصرف مادی، مشروطه را قادر خواهد ساخت تا مشروط‌علیه را از انجام تصرف منافی منع کرده و وضعیت پیشین را اعاده کند. تکرار تغییر جهت می‌تواند موجب ایجاد حق فسخ باشد. مبنای این حق فسخ، قواعد عمومی نقض تعهدات قراردادی و عدم امکان منع است.<sup>۲</sup>

اما در صورتی که مدلول شرط نتیجه اسقاط یک یا چند تصرف حقوقی معین باشد، تغییر جهت تصرف حقوقی نمی‌تواند موجب حق فسخ باشد؛ چرا که گفته شد در این فرض اولاً امکان حقوقی تغییر جهت تصرف حقوقی وجود ندارد و ثانیاً به دلیل بطلان معامله منافی با شرط، ضرری برای مشروطه متصور نیست تا با اعطای حق فسخ از ورود آن خودداری کند.

## نتیجه‌گیری و پیشنهادها

۱) جهت تصرف در عقود آنی ناقل، بر حسب مدلول تصرف، به جهت تصرف مادی و جهت تصرف حقوقی تقسیم می‌شود که بیانگر نحوه و چگونگی تصرف مادی یا حقوقی در موضوع مالکیت است. مبنای تأثیر آن در قرارداد توافق بر جهت تعیین شده و ویژگی اصلی

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، صص ۲۳۵ و ۲۳۶.

آن، سلب یا نفی قسمتی از حق تصرف مطلق مالک است. این ویژگی مفاد تعهد ناشی از تعیین جهت تصرف را نیز تبیین کرده و فقدان قدرت اثباتی آن را مدلل می‌سازد؛ چرا که مدلول تعهد مالک خودداری از انجام تصرفاتی منافی با جهت معین در قرارداد بوده و هیچ دلالتی بر حدوث و ثبوت تصرف معین ندارد. دامنه نفی ناشی از تعیین جهت تصرف مادی یا حقوقی محدود به موضوع خود بوده و تعیین جهت تصرف مادی موجبی برای نفی اختیار انجام تصرفات حقوقی نیست و بالعکس.

(۲) حق تصرفی که در اثر عقد آنی ناقل و با انتقال مالکیت ایجاد می‌شود، نه مقتضای ذات عقد است و نه مقتضای اطلاق آن، بلکه امری مابین اقتضای ذات و اطلاق عقد محسوب می‌شود. به همین دلیل تعیین جهت تصرف در عقود آنی ناقل که ماهیتاً شرط محسوب می‌شود، نه مخالف با اقتضای ذات عقد است که در هر حال باطل و مبطل عقد باشد و نه مخالف با اقتضای اطلاق که به‌طور کلی صحیح و الزام‌آور باشد. تعارض چنین شرطی با اجزای اقتضای ذات عقد است. ویژگی شرط جهت تصرف آن است که صحت یا بطلان آن بستگی به میزان تعارض شرط با اجزای ذات عقد دارد به نحوی که اگر شرط تمامی اجزاء ذات عقد را نفی کند، شرط به دلیل اینکه تمامی راه‌های وصول به ذات عقد را از بین برده است، در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد بوده، باطل و نیز مبطل عقد خواهد بود، در غیر این صورت صحیح و الزام‌آور تلقی خواهد شد. همچنین شرط جهت تصرف در عقود آنی ناقل مشمول مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م. بوده و از این حیث اشکالی متوجه آن نیست.

(۳) تعیین جهت تصرف در عقود آنی ناقل سبب ایجاد حق و تعهدی تحمیل شده بر موضوع مالکیت می‌شود که نتیجه آن تغییر در حدود حق مالکیت، کاستن از قلمرو آن و در نهایت ایجاد مالکیتی محدود و هدایت شده می‌شود. این تعهد و حق به همراه موضوع مالکیت انتقال یافته و انتقال‌گیرندگان بعدی، قائم‌مقام انتقال‌دهنده در رابطه با حق و تعهد ضمیمه شده بر مالکیت محسوب می‌شوند.

(۴) تغییر جهت تصرف مادی موجد حق منع از انجام تصرف منافی با جهت معین و نیز اعاده به وضع پیشین است. همچنین حق فسخ در روابط قراردادی و در صورت تکرار تغییر جهت

تصرف مادی، که می‌تواند کاشف از عدم امکان منع باشد، از آثار دیگر تغییر جهت تصرف مادی است.

(۵) تنها اثری که بر تغییر جهت تصرف حقوقی مترتب می‌شود، امکان اعاده به وضعیت سابق است. این اثر ناشی از غیرنافذ بودن قرارداد منافی با شرط تصرف حقوقی معین و سهولت امکان رد آن است. بدین ترتیب با رد قرارداد منافی با شرط، آن قرارداد باطل شده و روابط قراردادی به حالت پیشین خود بازخواهد گشت.

(۶) در مالکیت‌های امروزی، جهت تصرف نقش بسزایی یافته است؛ بنابراین قوانین عمدتاً قدیمی ما در این زمینه نیازمند اصلاح و بازنگری است. یکی از زمینه‌هایی که ضرورت اصلاح آن بیشتر احساس می‌شود، ضمانت اجرای تعهداتی است که مدلول آن ترک فعل اعم از مادی یا حقوقی است. اصلاح قانون مدنی در این زمینه‌ها می‌تواند به روشن شدن آثار تغییر جهت تصرف کمک شایانی کند.

### منابع و مأخذ

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج اول، چ بیست و ششم، تهران، نشر اسلامیه، ۱۳۸۵.
۲. بجنوردی، سیدمحمدحسین، القواعدالفقهیه، ج ۳، چ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹.
۳. جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه سیدحمید طبیبیان، ج ۱، چ شانزدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۶.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چ یازدهم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷.
۵. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح، العناوین، ترجمه و شرح دکتر عباس زراعت، ج ۲، چ دوم، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه، ۱۳۸۸.
۶. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ سوم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷.
۷. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۲.
۸. -----، حقوق مدنی، ج ۲ (اصول قراردادها و تعهدات)، چ چهارم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۵.
۹. -----، حقوق مدنی، ج ۳ (آثار قراردادها و تعهدات)، چ سوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۶.
۱۰. -----، حقوق مدنی، ج ۴ (شروط ضمن عقد)، چ دوم، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۷.
۱۱. صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، چ ششم، تهران، نشر سمت، ۱۳۸۰.
۱۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چ نهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۱۴. -----، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۱۵. -----، اموال و مالکیت، چ چهارم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰.

۱۶. -----، نظریه عمومی تعهدات، چ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۱۷. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ج پانزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۱)، چ یازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۱۹. -----، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، چ هشتم، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
۲۰. -----، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۱. معین، محمد، فرهنگ معین، ج ۱، چ دوازدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۲۲. نائینی، میرزا حسین، منیه الطالب (تقریرات النائینی للخوانساری)، ج ۳، چ اول، بی جا، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.



## نگرشی نو بر نظریات تعیینی و تخییری در قصاص نفس با

### رویکردی بر رویه قضایی ایران

مهران سهرابی اسمرود \*

**چکیده:** طبق نص صریح آیه شریفه ۳۳ از سوره مبارک اسراء که مقرر می‌دارد: «...وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا، فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا...» و طبق نظر مشهور در فقه امامیه، مجازات اصلی و اولیه قتل عمد، قصاص است و این رویکرد شارع در پاسخ‌دهی به جنایت عمد بر نفس، در لسان فقها به نظریه تعیینی بودن حق قصاص اشتها یافته است و در مقابل، برخی فقها و حقوق‌دانان با استنباط از آیات و روایات مربوط به قصاص نفس، نظریه دومی تحت عنوان نظریه تخییری ارائه داده‌اند که بر مبنای آن، اولیای دم مجنی‌علیه بین قصاص، عفو و دیه مختارند. این مقاله با روش تحقیق اسنادی، تحلیلی و توصیفی با واژه‌شناسی دقیق قصاص، سلطنت و ولی، بررسی پیشینه تاریخی مجازات قصاص در صدر اسلام، شأن نزول آیات قصاص، بررسی نظریات فقهای اسلام و رویه قضایی ایران نهایتاً به این نتایج رسیده است که: ۱. تنها نظریه قابل دفاع در خصوص حق قصاص اولیای دم، نظریه تعیینی است زیرا قصاص یک حقیقت شرعیه است، و عفو جانی و پرداخت دیه در موارد مقرر، به‌نوعی ترمیم خسارات مادی و معنوی، و تشفی خاطر اولیای دم است. به عبارت بهتر، پرداخت دیه و اعمال عفو، جلوه‌هایی از عدالت ترمیمی نظام شریعت اسلامی در جنایات علیه تمامیت جسمانی افرادند و این واکنش‌ها در طول حق قصاص قرار دارند نه در عرض آن. ۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۱/۲/۱ ش در یک قانون‌گذاری قابل تأمل، با رویکردی دوگانه، در قصاص نفس نظریه تعیینی و در مقام پرداخت تفاضل دیه، به نظریه تخییری روی آورده است. ۳. اما رویه قضایی دوایر اجرای احکام کیفری دادرهای ایران، ضمن وفاداری به نظر مشهور فقها و

سال یازدهم  
شماره اول بهار و تابستان  
۱۳۹۶

۱. دانشجوی دوره دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، وکیل پایه یک دادگستری و رئیس کمیسیون نشریه کانون وکلای دادگستری اردبیل. Sohrabi\_2040@yahoo.Com

نص قانون مجازات اسلامی، گرایش عمیق و عملی خود را در پذیرش نظریه تعیینی به مفهومی که در این مقاله آمده است نشان می‌دهند. نگارنده در پایان، راهکارهایی جهت برون‌رفت از نتایج پذیرش رویکرد دوگانه و متعارض مقنن، در اعمال نظریات تعیینی و تخییری در یک نظام قانونی واحد، ارائه داده است.

**کلیدواژگان:** نظریه تعیینی، نظریه تخییری، قصاص، رویه قضایی، فقه و قانون.



## ۱- مقدمه

یکی از مهم‌ترین مسائل مطرح در فقه کیفری اسلام، که فقها تحت عنوان سیاسات<sup>۱</sup> در کتب فقهی خویش به آن پرداخته‌اند کتاب‌القصاص است. در این کتاب یکی از مسائلی که همواره ذهن فقهای اهل سنت و تشیع را به خود مشغول داشته، نحوه استیفای حق قصاص نفس بوده است، با این توضیح که اگر فردی عمداً به قتل برسد اولیای دم صرفاً می‌توانند او را قصاص نفس کنند یا اینکه می‌توانند به جای قصاص نفس از او دیه گرفته یا او را بلاعوض یا معوض عفو نمایند؟ برای پاسخ به این سؤال فقهی، با لحاظ آیات و روایات مربوط به قصاص نفس، دو نظریه عمده در فقه کیفری اسلام مطرح شده که یکی نظریه تعیینی بودن حق قصاص نفس و دیگری نظریه تخییری بودن حق قصاص نفس است. با بررسی اقوال فقهای امامیه، نظریه تعیینی، نظر مشهور فقها است و بعضی فقها بر این مسئله، ادعای اجماع هم کرده‌اند و در مقابل برخی دیگر از فقها، خواسته‌اند به‌زعم خود، ایرادات و توالی فاسد نظریه تعیینی در مقام اجرای حق قصاص نفس را برطرف کنند و به همین خاطر به نظریه تخییری روی آورده‌اند که بر مبنای آن اولیای دم از همان ابتدا به صورت تخییری مجاز به اعمال قصاص نفس با دریافت دیه بوده یا بتوانند جانی را عفو کنند.

با توجه به تحقیقاتی که نگارنده انجام داده است اثبات شده است که هم نظریه تعیینی و هم نظریه تخییری با مفهومی که مورد نظر قائلین آن‌ها است فاقد پشتوانه شرعی و فقهی محکم بوده و اساساً قابل دفاع نیست و به نوعی بدفهمی از روح حاکم بر آیات قصاص و دلالت روایات است و در واقع علت اصلی گزینش این موضوع برای مقاله حاضر پاسخ‌دادن به سؤالات زیر است:

۱. سیاسات جمع سیاست در لغت یعنی حکومت کردن، داوری و تنبیه (معین، ۱۳۵۰: ذیل واژه سیاست) و مرحوم دهخدا آن را پاس داشتن ملک، حکم‌راندن بر رعیت و... معنی کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه سیاست)، و سیاست‌راندن یعنی تنبیه کردن و سیاست‌فرمودن یعنی مجازات کردن از جانب بزرگان. اما امروز معنای این کلمه متحول شده و به معنای تدبیر امور داخلی و خارجی یک کشور است و در رشته‌ای به نام علوم سیاسی از آن به صورت تخصصی بحث می‌شود اما فقها اصولاً کتب فقهی خویش را به سه بخش عبادات، معاملات، سیاسات تقسیم‌بندی می‌کرده‌اند که سیاسات جمع سیاست یعنی مجازات بوده و خود این بخش شامل کتاب‌الحدود، کتاب‌القصاص و کتاب‌الدیات است و بحث ما در این مقاله مربوط به کتاب‌القصاص از بخش سیاسات است.

۱- در مقام استیفای حق قصاص نفس، چه برداشتی از آیات، روایات و اقوال فقهای اسلام باید ارائه شود که در ضمن تطابق با نیت و غرض واقعی شارع اسلام، تأمین‌کننده حقوق و انتظارات اولیای دم و جانی باشد؟ به عبارت بهتر نظریه تعیینی مدنظر در این مقاله چه مفهوم و خصایصی دارد؟ و چه نوآوری‌هایی را ارائه داده که تالی فاسد پذیرش نظریات قبلی را حذف کرده یا کاهش می‌دهد؟

۲- آیا عفو و دیه در طول قصاص نفس‌اند یا در عرض آن؟ اصلاً ماهیت شرعی، فقهی و حقوقی عفو و اخذ دیه در فرض انصراف از قصاص نفس چیست؟

۳- معنا و مفهوم دقیق قصاص، سلطنت و ولی دم چیست؟

۴- چالش‌های حاکم در قبول نظریات تعیینی و تخییری چیست‌اند؟ و راهکارهای برون‌رفت از این چالش‌ها کدام‌اند؟

فرضیه نگارنده در مقاله حاضر، این است که طبق نص شریف آیات قرآن، واکنش اصلی و اولیه اولیای دم در قتل عمد مورث خویش، قصاص نفس است<sup>۱</sup> و لاغیر و عفو و دیه نه در عرض مجازات اصلی، بلکه جلوه‌ای از عدالت ترمیمی شارع مقدس اسلام در جبران خسارات روحی، روانی و مادی اولیای دم و تشفی خاطر آن‌ها است و تأکید بر ایجاد صلح و سازش و عفو قاتل و رفتار و بر خورد معروف با جانی نشانگر سیاست جنایی مشارکتی و مصالحه‌آمیز نظام قضایی اسلام است. به همین خاطر نگارنده مقاله، در ابتدا واژه‌شناسی کرده و سپس با بررسی مبانی شرعی و فقهی نظریات تعیینی و تخییری و تحلیل آن‌ها، در خاتمه به بررسی عکس‌العمل و موضع رویه قضایی در این خصوص پرداخته است و پس از ذکر نتایج و داده‌های تحقیق به راهکاری جهت برون‌رفت از معضلات تحقیق اشاره کرده است.

## ۲- واژه‌شناسی

قبل از ورود به بدنه تحقیق، بررسی دقیق معنا و مفهوم برخی از واژه‌های کلیدی مقاله که نقش بسزایی در استنباط نظرشارع اسلام از مقوله قصاص دارند ضروری است تا خواننده به درستی

۱. «کتب علیکم القصاص...» (آیه شریفه ۱۷۸ از سوره مبارکه بقره) (قصاص بر شما واجب شد).

بدانند که منظور نگارنده تحقیق از استعمال این واژه‌ها چیست، و نگارنده هم سعی کرده با کالبدشکافی دقیق این واژه‌ها، به این برداشت خود از واژه‌ها در تمام قسمت‌های مقاله وفادار بماند. واژه‌هایی که باید به‌طور دقیق بررسی شوند، عبارت‌اند از قصاص، سلطنت و ولی دم.

## ۲-۱ قصاص

قصاص از لحاظ فقه‌اللغه، مصدر و یک واژه عربی پربسامد در کتاب القصاص<sup>۱</sup> فقها و کتب حقوق‌دانان است. در منابع و مراجع مهم عربی و فارسی این معانی را می‌توان برای قصاص ملاحظه

۱. با مذاقه در آیات قرآن کریم می‌توان دریافت که کلمه قصاص و قتل از جمله کلمات پربسامد است. عده‌ای از آیات ارتباط مستقیم به بحث قصاص نفس داشته، برخی دیگر به قصاص عضو، برخی آیات به قتال و جهاد فی سبیل‌الله و نهایتاً برخی آیات به قتل غیرعمد اشاره دارد که این آیات در مجموع به شرح زیرند:

- ۱- «... إِذَا لَقِينَا غُلَامًا فَقَتَلَهُ قَالَ أَقْتَلْتَنِي نَفْسًا زَكِيَّةً بِغَيْرِ نَفْسٍ...» (کهف/ ۷۴) ۲- «... وَ قَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ...» (طه/ ۴۰)
- ۳- «أَتُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِمَا نَعْبُدُ...» (قصص/ ۱۹) ۴- «بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ؟» (تکویر/ ۹) ۵- «وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا فَادَّارَ أُنْفُسًا وَاللَّهُ مُخْرِجٌ مَّا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ» (بقره/ ۷۲) ۶- «إِنَّا قَتَلْنَا الْمَسِيحَ عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ... وَمَا قَتَلُوهُ وَلَكِنْ شُبِّهَ لَهُمْ...» (نساء/ ۱۵۷) ۷- «... وَ قَتَلْتَهُمُ الْوَيْلِيُّ...» (نساء/ ۱۵۵) ۸- «... لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَ أَنْتُمْ حُرْمٌ وَ مَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ» (مائده/ ۹۵)
- ۹- «فَلَمَّ تَقْتُلُوهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ قَتَلَهُمْ» (انفال/ ۱۷) ۱۰- «... وَمَا قُتِلُوا لِيَجْعَلَ اللَّهُ ذَلِكَ حَسْرَةً فِي قُلُوبِهِمْ» (آل عمران/ ۱۵۶) ۱۱- «... مَا قُتِلُوا قُلُوبًا فَادْرَأُوا...» (آل عمران/ ۱۶۸) ۱۲- «وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْواتًا بَلْ أحيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرَزِّقُونَ» (آل عمران/ ۱۶۹) ۱۳- «... وَقَاتِلُوا قَاتِلُوا لَأَكْفِرَنَّ...» (آل عمران/ ۱۹۵) ۱۴- «... ثُمَّ قَاتِلُوا أَوْ مَاتُوا...» (حجج/ ۵۸) ۱۵- «... وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ...» (محمد/ ۴) ۱۶- «... أَخَذُوا وَقَاتِلُوا تَقِيلاً» (احزاب/ ۶۱) ۱۷- «لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا...» (مائده/ ۲۷) ۱۸- «لِيَقْتُلَنِي... لِأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ...» (مائده/ ۲۸) ۱۹- «... يَأْتِمُرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ فَاحْرُجْ...» (قصص/ ۲۰) ۲۰- «وَ مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاؤًا مِنْ قَتْلِ مُؤْمِنًا خَطَاؤًا... دِيْنُهُ مُسْلِمَةٌ» (نساء/ ۹۲) ۲۱- «وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمَّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا...» (نساء/ ۹۳) ۲۲- «وَ لَا تَقُولُوا لِمَنْ يُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْواتٌ بَلْ أحيَاءٌ وَلَكِنْ لَا تَشْعُرُونَ» (بقره/ ۱۵۴) ۲۳- «... وَ لَا يَقْتُلَنَّ أَوْلَادَهُمْ...» (ممتحنه/ ۱۲) ۲۴- «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ... أَنْ يُقْتَلُوا...» (مائده/ ۳۳) ۲۵- «أَوْ يُقْتَلُوكَ أَيُّخْرِجُوكَ...» (انفال/ ۳۰) ۲۶- «... وَ يَقْتُلُونَ النَّبِيْنَ بِغَيْرِ الْحَقِّ...» (بقره/ ۶۱) ۲۷- «... وَ يَقْتُلُونَ النَّبِيْنَ بِغَيْرِ حَقٍّ...» (آل عمران/ ۲۱) ۲۸- «وَ يَقْتُلُونَ الْأَنْبِيَاءَ بِغَيْرِ حَقٍّ...» (آل عمران/ ۱۱۲) ۲۹- «... وَ قَرِيْبًا يَقْتُلُونَ» (مائده/ ۷۰) ۳۰- «... وَ لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ لَا يَزْنُونَ...» (فرقان/ ۶۸) ۳۱- «... فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونَ» (شعرا/ ۱۴) ۳۲- «قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ» (قصص/ ۳۳) ۳۳- «يُقْتَلُونَ أَبْنَاءَكُمْ وَ يَسْتَحْيُونَ نِسَاءَكُمْ» (اعراف/ ۱۴۱) ۳۴- «يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَ يُقْتَلُونَ وَ عَدَا عَلَيْهِ...» (توبه/ ۱۱۱) ۳۵- «... وَ كَادُوا يَقْتُلُونَنِي فَلَا تُشْمِتُ بِي...» (اعراف/ ۱۵۰) ۳۶- «بِأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ... فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ» (بقره/ ۱۷۸) ۳۷- «وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ...» (بقره/ ۱۷۹) ۳۸- «... وَالْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...» (بقره/ ۱۹۴) ۳۹- «وَ اقْتُلُوهُمْ حَيْثُ

کرد؛ معین در فرهنگ فارسی، در بیان معنای قصاص نوشته است: «قصاص به معنای مجازات، کیفری هم‌سنگ با جرم است».<sup>۱</sup> راغب اصفهانی در کتاب *المفردات* خویش که یکی از معتبرترین و مطمئن‌ترین کتب عربی در تبیین معنای دقیق الفاظ قرآنی است در خصوص معنای قصاص می‌نویسد: «قصاص: انتقام گرفتن از قاتل با کشتن وی، خداوند متعال می‌فرماید: "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ" [بقره/۱۷۹]، "وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ" [مائده/۴۵]. قِصٌّ فَلَانٌ قِصَاصًا: او را قصاص کرد. ضَرْبُهُ ضَرْبًا فَأَقْصَهُ: به گونه‌ای او را زد که مشرف به مرگ شد»<sup>۲</sup> عبدالنبی قیم از لغویون مشهور عرب در فرهنگ لغت خویش، در بیان معنای قصاص بیان می‌دارد: «قصاص [قص - اسم]: ۱- مجازات گناهکار، کیفر، سزای گناهکار. ۲- مقابله به مثل، پاسخ کار بد کسی با کاری مشابه. ۳- انتقام»<sup>۳</sup> یکی دیگر از نویسندگان عرب در بیان معنای قصاص تصریح می‌کند: «قصاص: قصاص، و

تَقْتُلُوهُمْ... وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ...» (بقره/۱۴۱). ۴۰- «... قُلْ قَاتِلْ فِيهِ كَبِيرٌ... وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ...» (بقره/۲۱۷). ۴۱- «... فَاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ...» (بقره/۵۴). ۴۲- «... وَقَتْلَ دَاوُدَ جَالُوتَ...» (بقره/۲۵۱). ۴۳- «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ... وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ» (مائده/۴۵). ۴۴- «... لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ...» (مائده/۹۵). ۴۵- «قَتَلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْحَسْرِينَ» (مائده/۳۰). ۴۶- «... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده/۳۲). ۴۷- «... ذُرْوَيْ أَقْتُلْ مُوسَى» (غافر/۲۶). ۴۸- «... قَالُوا اقْتُلُوا أَبْنَاءَ الَّذِينَ آمَنُوا مَعَهُ...» (غافر/۲۵). ۴۹- «... أَنْتَقْتُلُونَ رِجَالًا...» (غافر/۲۸). ۵۰- «... إِلَّا أَنْ قَالُوا اقْتُلُوهُ أَوْ حَرِّقُوهُ فَأَنْجَاهُ اللَّهُ مِنَ النَّارِ» (عنكبوت/۲۴). ۵۱- «... وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ...» (نساء/۸۹). ۵۲- «... لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ...» (نساء/۲۹). ۵۳- «فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ... وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلْ...» (نساء/۷۴). ۵۴- «... كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقَتْلُ إِلَى مَضَاجِعِهِمْ...» (آل عمران/۱۵۴). ۵۵- «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِجَهُ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» (اسراء/۳۳). ۵۶- «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِنَّا لَكُمْ إِذَا قُتِلْتُمْ كَانَتْ خَطَايَا كَبِيرًا» (اسراء/۳۱). ۵۷- «قُلْ لَنْ يَنْفَعَكُمْ الْفِرَارُ إِنْ فَرَرْتُمْ مِنَ الْمَوْتِ أَوِ الْقَتْلِ وَإِذَا لَأْتُمْتَعُونَ إِلَّا قَلِيلًا» (احزاب/۱۶). ۵۸- «... فَرِيقًا تَقْتُلُونَ وَتَأْسِرُونَ فَرِيقًا» (احزاب/۲۶). ۵۹- «... أَتُرِيدُ أَنْ نَقْتُلَنِي كَمَا قَتَلْتَ نَفْسًا...» (قصص/۱۹). ۶۰- «... لَا تَقْتُلُوا يُوسُفَ...» (يوسف/۱۰). ۶۱- «... تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ...» (بقره/۸۵). ۶۲- «... فَرِيقًا تَقْتُلُونَ» (بقره/۸۷). ۶۳- «... فَلِمَ تَقْتُلُونَ أَنْبِيَاءَ اللَّهِ...» (بقره/۹۱). ۶۴- «فَانطَلَقَا حَتَّى إِذَا لَقِيَا غُلَامًا قَالَ اقْتُلْتُمْ نَفْسًا زَكِيَّةً...» (كهف/۷۴). ۶۵- «وَكَذَلِكَ... قَتَلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَاءُهُمْ...» (انعام/۱۳۷). ۶۶- «فَقَتِلَ كَيْفَ قَدَرًا» (مدثر/۱۹). ۶۷- «قُتِلَ الْإِنْسَانُ مَا أَكْفَرَهُ» (عبس/۱۷). ۶۸- «قُتِلَ أَصْحَابُ الْأُخْدُودِ» (بروج/۴).

۱. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۰.

۲. اصفهانی، علامه راغب، *المفردات فی الفاظ القرآن الکریم*، ترجمه حسین، خداپرست، قم، انتشارات نوید اسلام، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص ۶۴.

۳. قیم، عبدالنبی، *فرهنگ معاصر میانه* (عربی - فارسی)، انتشارات فرهنگ معاصر، چاپ دوم ۱۳۸۶، ص ۶۴۷.

قَصُّ الأَثَرِ: پی‌جویی، اثربابی»<sup>۱</sup> از حقوق‌دانان ایرانی هم محمدهادی صادقی در این خصوص بیان می‌کند که: «قصاص به کسر اول از "قَص" در اصل به معنی مماثلت، مساوات و تعادل است. علمای لغت قصاص را دنبال کردن و پیگیری کردن نشانه و اثر چیزی دانسته‌اند و کیفر جانی را از این جهت قصاص گفته‌اند که جنایت جانی به منظور اجرای مانند آن علیه وی دنبال می‌شود مانند آنکه قصاص‌کننده، جنایتکار را تعقیب و مانند آنچه کرده است بر او انجام می‌دهد»<sup>۲</sup> اما در تبیین و تحلیل معانی لغوی ارائه‌شده برای قصاص باید گفت که معنای ارائه‌شده در فرهنگ معین کلی است. در واقع قصاص به مجازات تعریف شده است درحالی که قصاص یکی از مجازات‌ها است و از طرف دیگر معین بیان داشته که قصاص کیفری هم‌سنگ با جرم است. این تعریف هم، مانع نیست؛ زیرا شامل تمام جرایم می‌شود درحالی که قصاص نفس صرفاً مجازات قتل عمد است و لاغیر و معنایی که علامه راغب بیان کرده با این ایراد مواجه است که ایشان قصاص را با تمسک به آیات قرآنی و روایات، نوعی انتقام دانسته‌اند درحالی که هیچ سنخیتی بین قصاص و انتقام وجود ندارد زیرا قصاص مجازات قانونی و شرعی است که دارای ضابطه و معیار خاصی است و توسط مقامات ذی‌صلاح شرعی و قانونی اجرا می‌شود درحالی که انتقام، پاسخ فردی و نامنسجم و نامتناسب و احساسی و غیرعقلایی است که اصولاً جهت مقابله به‌مثل، بدون اذن مقامات ذی‌صلاح صورت می‌گیرد.<sup>۳</sup> معنایی که عبدالنبی قیم آورده است در واقع همان ایراد را دارد که تعاریف پیشین داشت؛ اما در خصوص تعریفی که محمدهادی صادقی از معنای لغوی به‌عمل آورده‌اند به این نکته باید اشاره کنم که جمع بین مماثلت و مساوات همیشه امکان‌پذیر نیست. مماثلت باب

۱. زراعت، عباس؛ عبدالزهره، عناد؛ الغزالی، عبدالأمیر، «فرهنگ لغات عربی به فارسی و فارسی به عربی» (معجم المصطلحات

القانونیه)، تهران، انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۹۳. ص ۱۰۴.

۲. صادقی، محمد هادی، «حقوق جزای اختصاصی (۱)» (جرایم علیه اشخاص، صدمات جسمانی)، تهران، نشر میزان، چاپ

دوم، ۱۳۷۸، ص ۱۴۸.

۳. طبق نص صریح ماده ۳۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ (ه.ش) (از این پس ق.م.ا): «اولی دم نمی‌تواند پیش از

فوت مجنی‌علیه، مرتکب را قصاص کند و در صورتی که اقدام به قتل مرتکب نماید... پس مستفاد اینکه حتی به فرض اثبات

قانونی قتل عمد در محاکم، اولیاء دم فعال مایشاء نیستند و اجرای قصاص نفس با تشریفات شرعی و قانونی انجام می‌شود

و این معنا با انتقام قابل جمع نیست.

مفاعله است یعنی مثل همان کار را روی کار جانی انجام دادن درحالی که مساوات یعنی برابری؛ در برابری همیشه مماثلت رعایت نمی‌شود.

با بررسی تعاریف فوق و تحلیل آن‌ها آنچه از نظر نگارنده ذکر آن ضروری است آن است که معنای اصلی قصاص برابری و مساوات بین مجازات با عمل ارتكابی جانی است نه لزوماً مماثله و مقابله به مثل و در تأیید همین نظر، راغب اصفهانی اذعان می‌دارد: «الْقَصُّ: پیگیری خبر و سرگذشت. فَصَّصْتُ أُمَّرَةً: آثار آن را دنبال کردن»<sup>۱</sup> پس علت اینکه به داستان‌سرا، قَصَّاص یا قصه گو گفته می‌شود این است که قصه گو دقیقاً عین ماجرای را که اتفاق افتاده است بازگو می‌کند. به عبارت بهتر قصاص یعنی پا جای پای کسی گذاشتن و در بحث قتل عمد یعنی برابری مجازات جانی با عمل ارتكابی‌اش. در پس سایر معانی که برای قصاص بیان شده است تناسبی با بحث کیفر جانی در قتل عمد دیده نمی‌شود.

حال بعد از ذکر معنای لغوی قصاص، بهتر است برخی تعاریفات اصطلاحی ارائه شده برای قصاص را هم ارزیابی کنیم. رهامی در تعریف قصاص معتقد است: «قصاص در اصطلاح فقه جزایی عبارت است از مجازات بدنی مرتکب جرم در مقابل جرایم عمدی که نسبت به تمامیت جسمانی اشخاص انجام داده است؛ جرایمی از قبیل قتل، جرح و قطع عضو که مجازات آن باید مطابق عمل ارتكابی مجرم باشد. تعریفی که در ماده ۱۴ (ق.م.ا). مصوب ۱۳۷۰ ش از قصاص ارائه شده است تعریف جامعی به نظر نمی‌رسد»<sup>۲</sup>.

در تعریف دوم از قصاص، حقوق‌دان دیگری اذعان داشته است: «... مراد از آن را مجازاتی دانسته‌اند که بر جانی تحمیل شده و مثل کاری را که کرده است درباره‌اش اجرا کنند»<sup>۳</sup> اما در تعریف سوم که به نظر درست و نسبتاً قابل دفاع است بیان شده: «قصاص عبارت است از استیفای اثر جنایت و بر دو قسم قصاص نفس و عضو است»<sup>۴</sup> ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب

۱. قیم، عبدالنبی، پیشین، ص ۶۴۰.

۲. رهامی، محسن، «عرفی شدن مجازات در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری) تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۹.

۳. صادقی، پیشین: ۱۴۹.

۴. شکری، رضا؛ قادر، سیروس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران نشر مهاجر، چاپ اول، ص ۴۱.

۱۳۷۰/۸/۵ ش هم در تعریف قصاص مقرر می‌داشت «قصاص کیفری است که جانی به آن محکوم می‌شود و باید با جنایت او برابر باشد» و در تعقیب این تعریف، مقنن در آخرین اراده خویش در تعریف قصاص در ماده ۱۶ (ق.م.ا.) مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ش مقرر داشته است: «قصاص مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس، اعضا و منافع است که به شرح مندرج در کتاب سوم این قانون اعمال می‌شود.»

در تجزیه و تحلیل تعاریف اصطلاحی و قانونی ارائه شده از قصاص به چند نکته مهم باید اشاره کرد و آن اینکه هیچ‌یک از تعاریف ارائه شده جامع و مانع نیستند و مضاف بر آن در ماده ۱۴ (ق.م.ا.) مصوب ۱۳۷۰ ش در تعریف قصاص به واژه‌های «محکوم» و «برابر» اشاره شده است در حالی که: «اولاً محکومیت از لوازم قصاص است ثانیاً برابری از شروط قصاص است و از سوی نباید شروط شیء در تعریف آن شیء داخل باشد زیرا شروط هر شیء، از خود آن شیء، متأخر است...»<sup>۱</sup> و نکته مهم دیگر اینکه مقنن در آخرین اراده خویش در تعریف قصاص کلی‌گویی کرده و تعریفی از قصاص بیان نکرده بلکه صرفاً بیان داشته است که قصاص مجازات اصلی جنایات عمدی است و از طرف دیگر از لحاظ اصول حاکم بر فقه‌اللغه، تعریف کلمه با خود کلمه صحیح نیست و مشکلی را حل نمی‌کند و اشاره به انواع قصاص قبل از تعریف دقیق خود قصاص، فاقد وجهت است. به عبارت بهتر تعریف قصاص در ماده ۱۴ (ق.م.ا.) مصوب ۹۲/۲/۱ ش بیشتر شرح‌الاسم است نه تعریف واقعی.

با این حال در تحلیل نهایی و در تعریف اصطلاحی قصاص توسط شارع، تعریف پیشنهادی و مختار نگارنده آن است که قصاص واکنش کیفری اصلی و مشخصی است که برای استیفای اثر جنایت وارده عمدی بر نفس، مادون آن و منافع جعل شده، و از شروط اساسی قصاص رعایت برابری است از طرف مجنی‌علیه یا اولیای دم بر جانی که با تشریفات شرعی و قانونی اعمال می‌شود و همان طور که یکی از محققان طی مقاله‌ای به درستی اثبات کرده است: «این کلمه در هیچ‌جای قرآن به معنای مجازات به مثل به کار نرفته بلکه همیشه مراد از آن مساوات میان جانی و

۱. شکری، پیشین: ۴۱.

مجنی علیه از حیث ذکورت و انوثة و حرّیت و رقیّت است. بر این اساس، معنای جدیدی از آیات قصاص و نسبت میان دو آیه سوره بقره و ۴۵ سوره مائده به دست می آید.<sup>۱</sup>

## ۲-۲ سلطنت

یکی از استنباط‌های قابل تأملی که در تفسیر و تبیین معنای صحیح آیه ۲۳۳ سوره مبارکه اسراء به عمل آمده واژه سلطنت است. سؤال این است که سلطنت چیست؟ مفهوم دقیق لغوی آن چیست؟ ریشه شرعی و فقهی آن چیست؟ شریعت اسلام و شارع مقدس در موقع انزال این آیه شریفه چه معنایی از سلطنت مدنظر داشته است؟ تفهیم دقیق این واژه در تبیین نظریه‌های تخییری و تعیینی بی‌نهایت حائز اهمیت است و نحوه برداشت و استنباط از واژه سلطنت، ما را در نحوه تبیین یکی از نظریات تعیینی و یا تخییری و مهم‌تر از آن در رد هر یک از نظرات فوق و ارائه نظریه جدید، حاوی نظر اصلی شارع، یاری خواهد کرد. اما قبل از هر چیز تبیین معنای لغوی سلطنت لازم است.

سلطنت از ریشه سلط است. علامه راغب اصفهانی در این خصوص معتقد است: «سلطه: به تسلط و قدرت همراه با زور گفته می‌شود. سَلَطَهُ فَتَسَلَطَ بر او چیزه شدم پس او نیز قبول کرد. خداوند می‌فرماید: «وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَطَهُمْ» [نساء / ۹۰] و فرمود: «وَلَكِنَّ اللَّهَ تَسَلَطَ رُسُلَهُ عَلَي مَنْ يَشَاءُ» [حشر / ۶] و واژه سلطان نیز از همین مقوله است و در مورد چیرگی و تسلط هم گفته می‌شود مانند: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَهُ سُلْطَانًا...» [اسراء / ۳۳] و بیشتر واژه سلطان در مورد صاحبان قدرت و نفوذ به کار رفته است و حجت و برهان را سلطان گفته‌اند چه اینکه دلیل قاطع بر قلب‌ها چیره و حاکم شود اما اکثر تسلط آن بر اهل علم و حکمت از مومنان است...»<sup>۲</sup> یکی دیگر

۱. ملکیان، روح‌اله، «قصاص در قرآن کریم»، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، سال شانزدهم، شماره ۶۴-۶۳، ۱۳۸۹، ص ۴۰.

۲. آیه شریفه ۳۳ از سوره مبارکه اسراء: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَهُ سُلْطَانًا...» (هرکس به ناحق کشته شود به تحقیق برای ولی او سلطنت قرار دادیم).

۳. اصفهانی، علامه راغب، *المفردات فی الفاظ القرآن الکریم*، ترجمه: حسین خداپرست، قم، انتشارات نوید اسلام، چاپ دوم ۱۳۸۹، ص ۳۷۷.



از لغویون مشهور معاصر، در معنای لغوی واژه سلطنت بیان می‌دارد که سلطنت به معنای «پادشاهی کردن، پادشاهی، حکومت، تجاوز، غلبه و دراززبانی...» است<sup>۱</sup> بررسی و تدقیق در سایر فرهنگ‌های لغت نیز نشان می‌دهد که اکثر لغویون و فرهنگ‌نویسان تقریباً همین معنای اخیرالذکر را از واژه سلطنت اراده کرده‌اند. اما سؤال مهمی که در این خصوص وجود دارد این است که سلطنت در کتاب قصاص فقها و مهم‌تر از آن در آیه شریفه ۳۳ سوره مبارکه اسراء و حتی سایر آیاتی که از قصاص و آثار و فواید اجرا یا عدم اجرای آن صحبت کرده‌اند به چه معناست؟ به عبارت دقیق‌تر منظور اصلی شارع در آیه شریفه ۳۳ مائده مبنی بر «... فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا...» چیست؟ مفهوم سلطنت چیست؟ اینکه اگر شارع برای ولی جعل سلطنت کرده حدود و ثغور این سلطنت تا کجاست؟ این سلطنت با ولایت قابل جمع است؟ آیا با هم همپوشانی دارند یا خیر؟ به نظر نگارنده در آیه ۳۳ سوره مبارکه اسراء، واژه سلطنت یک معنای محدود و یک معنای گسترده دارد یعنی این کلمه به نوعی از تضاد<sup>۲</sup> است، با این توضیح که سلطنت از این بابت محدود است که این سلطه فقط در خصوص قتل مورث و مجنی علیه کاربرد دارد و از این بابت موسع و گسترده است که اولیای دم در تصمیم‌گیری در خصوص خون مورث خود فعال‌مایشاء هستند و با توجه به شأن نزول آیه و تعبیر بعدی در خود آیه «... فلا يُسرف في القتل...» و لحاظ زمینه‌های اجتماعی و تاریخی عصر نزول، مقید کردن مفهوم سلطنت و اختصاص آن به عفو (معوّض و بلاعوض) و تفسیر ظاهری و قشری از مفاد آیه و غفلت از نقش احیای اجتماعی قصاص و فلسفه تشریح آن، مفهوم واقعی سلطنت را به حاشیه برده و نقض غرض شارع را پدید آورده است.<sup>۳</sup> نگارنده بر این اعتقاد است سلطنت با ولایت همپوشانی دارد و این دو در طول هم‌اند نه در عرض هم اما تقدم و تأخر زمانی بر هم دیگر دارند؛ با این توضیح که سلطنت بعد از ولایت پیش می‌آید. به عبارت بهتر

۱. معین، محمد، «فرهنگ معین» تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۵: ذیل واژه سلطنت.

۲. از لحاظ ادبیات عرب، تضاد به کلماتی گفته می‌شود که دو معنای متضاد را در متن و بطن خود دارند مثل کلمه جزا که هم به معنای پاداش است و هم به معنای عقوبت و کیفر.

۳. در این خصوص ر.ک.: اسماعیل رحیمی‌نژاد، «دکترین احیای نفس و رابطه آن با عدالت ترمیمی» «نامه مفید»، شماره ۸۲، اسفند ۱۳۸۹، ص ۱۲۷ تا ۱۴۴.

سلطنت در مقام خون‌خواهی و سایر جایگزین‌ها، زمانی پیش می‌آید که ولایتی<sup>۱</sup> در کار باشد. به همین خاطر در آیه شریفه ولایت مقدم بر سلطنت ذکر شده است نه برعکس «وَجَعَلْنَا لَوْلِيَهُ سُلْطَانًا...»؛ یعنی این سلطنت، اختصاص به ولی دارد نه شخص دیگر. در تحلیل نهایی با لحاظ تمام مؤلفه‌های تأثیرگذار در امر سلطنت، باید گفت که سلطنت اختیار و اراده‌ای است که شارع اسلام جهت مدیریت هر چه بهینه‌تر سرنوشت حقوقی مجنی<sup>۲</sup> علیه پس از فوت به آن‌ها اختصاص داده و این سلطنت در نهایت باید در محدوده فلسفه تشریح قصاص و حیات «و لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ...» تفسیر و اجرا شود؛ یعنی هم اجرای قصاص نفس و هم قصاص عضو و هم سایر جایگزین‌های آن، که در مقاله اثبات خواهیم کرد فقط دیه و عفو نیستند، باید زمینه‌ساز حیات اجتماعی شوند. پس این طرز تلقی از سلطنت و این تبیین، در درجه اول نظریه‌ای از اهل سنت که بدو حق قصاص را تخییری می‌داند کنار می‌زند و آن را بدفهمی از نصوص و اجتهاد در مقابل نص صریح می‌داند. طبیعتاً این تفسیر مقبول و مطبوع نیست؛ بلکه اخذ دیه و عفو مصداقی از مصادیق سلطنت اولیای دم است نه تمام سلطنت و اصلاً مقید کردن سلطنت اولیای دم با وجود نص صریح، پارادوکسی<sup>۳</sup> ذاتی بوده و با مفهوم واقعی سلطنت غیر قابل جمع است.

## ۲-۳ ولی

یکی دیگر از کلمات کلیدی در آیه قصاص، کلمه ولی است. در خصوص ولی هم، سؤال این است که ولی چه معنایی دارد؟ آیا ولی الزاماً همان اهل و وراثت و طبقات سه‌گانه «ارث» اند؟ آیا حاکم نیز می‌تواند ولی باشد؟ اگر حاکم هم بتواند ولایت داشته باشد بحث تشفی خاطر و تسکین اولیای دم چگونه ایجاد خواهد شد؟ آیا حاکم هم، همان سلطنت ولی دم را دارد یا سلطنت او فقط در اجرای قصاص است؟ یعنی حاکم حق عفو مجنی<sup>۲</sup> علیه را دارد یا خیر؟ آیا با وجود ولی به معنای خاص، حاکم حق اجبار ولی دم، به قصاص یا دیه و عفو و سایر جایگزین‌ها را دارد یا خیر؟ در پاسخ به این

۱. در این خصوص که چه کسانی حق سلطنت دارند سه تعبیر در متون فقه جزایی دیده می‌شود: ۱. ولی، ۲. وارث، ۳. اهل، و تقریباً هر سه کلمه معنای یکسانی در باب قصاص و سلطنت دارند.

سؤالات گفتنی است که کلمه ولی (به فتح واو) از کلمات پرسامد<sup>۱</sup> در آیات و روایات و حتی نصوص قوانین مدنی و کیفری است اما این کلمه در هر کتاب و بابی از فقه معانی متفاوت و متعددی دارد. در کتاب القصاص هم، معنا و مصادیق خاص و بعضاً متفاوتی برای آن در نظر گرفته شده است. اصلاً بحث ولایت یکی از مباحث چالش‌برانگیز میان فقه اهل سنت و تشیع بوده و حتی بین فریق مختلف اهل تسنن و تشیع در تبیین مفهوم ولی و مصادیق آن اختلاف نظر فراوانی وجود دارد.<sup>۲</sup>

یکی از دقیق‌ترین معانی ولی در کتاب *المفردات* آمده است: «ولی جمع شدن دو چیز یا بیشتر است با همدیگر به گونه‌ای که بین آن دو چیز فاصله نباشد و این واژه برای قرب مکانی و نزدیک بودن از حیث نسبت و آیین دوستی و یاری و اعتقاد استعاره گرفته شده است و ولایه یعنی یاری رساندن...»<sup>۳</sup> اما ولایت و موالات معانی دیگر هم دارد که به لحاظ عدم ارتباط به بحث، از ذکر آن‌ها خودداری می‌کنیم. اما نکته مهم قابل ذکر این است که در بحث ولایت در قصاص، باید معنای متفاوتی غیر از معانی ذکر شده در سایر ابواب و مداخل برای آن ذکر کرد در غیر این صورت، در تفسیر و توضیح سایر آیات و روایات مربوط به قصاص با مشکل مواجه شده و به بیراهه می‌رویم و این بیراهه رفتن باعث می‌شود در کشف مراد شارع از آیات قصاص با مشکل مواجه شویم. در این راستا باید گفت در یک تقسیم‌بندی ولی بر دو نوع است: ولی دم و ولی قهری، و از طرف دیگر از لحاظ حقوقی هم شخص بر دو نوع است: شخص حقیقی، شخص حقوقی. پس ولی دم می‌تواند هم شخص حقیقی باشد (طبقات سه گانه ارث) و هم شخص حقوقی

۱. در آیات قرآن به کرات، کلمه ولی و مشتقات آن، حتی در معانی متفاوت، استعمال شده است از قبیل آیه شریفه ۲۵۷ از سوره مبارکه بقره، ۱۹۶ اعراف، ۶۸ آل عمران، ۱۱ محمد، ۴۰ انفال، ۷۸ حج، ۶ جمعه، ۴ تحریم، ۶۲ انعام، ۱۱ رعد، ۵۱ مائده، ۲۳ توبه، ۳ اعراف، ۷۲ انفال، ۹ ممتحنه، ۸۰ - ۸۱ مائده، ۲۷ اعراف، ۳۰ اعراف، ۱۰ نحل، ۲۵ عنکبوت، ۴۱ دخان، ۶۳ قصص، ۱۴۴ بقره، ۵۱، ۵۶ مائده، ۲۳ غاشیه، ۶۳ آل عمران، ۳۸ محمد، ۱۲ تغابن، ۴۰ انفال، ۸۲ آل عمران، ۲۰ انفال، ۷ نوح، ۲۶ فصلت، ۱۱۱ آل عمران، ۱۶ انفال، ۵ مریم، ۷ کهف، ۶ احزاب، ۶۸ آل عمران، ۳۴ قیامت و...

۲. یکی از اختلاف نظرهای تشیع و تسنن در اختلاف برداشت از کلمه ولی در حدیث منقول از پیامبر اکرم (ص) در عبارت «مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلِيٌّ مَوْلَاهُ...» است که یکی به معنای دوست و دیگری به معنای سرپرست و خلیفه و جانشین و وصی نبی استنباط کرده‌اند. مطالعه کتاب *الغدیر* علامه امینی در این خصوص راهگشاست.

۳. اصفهانی، پیشین، ص ۸۵۴.

مثل حاکم شرع یا مدعی‌العموم که بنا به اعتبار شغل و وظیفه دولتی خود در این امر دخالت می‌کند. بهترین ترجمه و تبیینی که از واژه ولیّ دم، در کتاب قصاص می‌توان ارائه داد این است که ولیّ، فرد یا شخصی است که شرعاً و قانوناً مدیریت مصلحت‌آمیز، مدبرانه، هنجارمند و پیامد‌گرایی مقتول را بر عهده دارد. حال در بحث ولایت بر قصاص این فرد یا شخص کیست؟ آیا الزاماً همان وراثت و طبقات ارث است یا فرد دیگری هم می‌تواند عهده‌دار ولایت شود؟ جایگاه شخص حقوقی و محدوده اختیارات او با چه حد است؟

در پاسخ به این سؤالات باید گفت که تطبیق اولیای دم با طبقات سه‌گانه ارث در فقه اسلام قابل تأمل است و قیاس آن‌ها با همدیگر، قیاس مع‌الفارق است زیرا امروز خانواده و روابط افراد دچار تحوّل شده است؛ خانواده گسترده‌تر زمان‌های قدیم در حال حاضر وجود ندارد یعنی آن همبستگی و انسجام ایام قدیم امروزه نیست. امروز سپردایی متوفی که در طبقه سوم ارث قرار دارد شاید حتی یک بار هم متوفی را از نزدیک ندیده باشد؛ بنابراین بعید است غبطه و مصلحت او را بتواند رعایت کند. اصلاً بعید است که مصالح او را به‌خوبی تشخیص دهد و در حال حاضر هم دخالت این افراد، طبق طبقات ثلاثه ارث، از باب اجبار قانونی و رفع تکلیف است نه تشخیص مصلحت واقعی مقتول، ولی مقنن ما به این واقعیات توجهی نکرده است. امروزه روابط احساسی، عاطفی بین مقتول و پسرخاله و پسرعمو و... وجود ندارد و آن‌ها هرگز نخواهند توانست منافع و مضار مقتول را به‌صورت مدبرانه و هنجارمند تشخیص دهند فلذا امروزه با توجه به کاهش حجم خانواده و تضعیف روابط خانوادگی و متلاشی شدن انسجام و همبستگی ارگانیکی، بهتر است مصادیق ولی حداکثر محدود به طبقه اول ارث باشد و به‌محض اتمام طبقه اول، امر ولایت به حاکم و ترجیحاً سازمان‌های مردم‌نهاد<sup>۱</sup> برسند اما سازمان‌هایی که در این خصوص دارای خبرگی و تخصص و دارای اساسنامه و مرام‌نامه علمی در گرایش مسائل کیفری و شرعی در قصاص باشند. اما در خصوص شخص حقوقی هم باید گفت که از لحاظ فقهی، موجودیت شخص حقوقی با تردیدهای جدی مواجه است؛ یعنی فقه

۱. بسترهای قانونی این امر هم در ماده ۶۵ (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ (ه.ش) ایجاد شده است که سازمان‌های مردم‌نهاد (Non governmental organizatios) در پاره‌ای موارد حق اعلام جرم و شرکت در دادرسی و... دارند و این سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن‌ها) می‌توانند به‌صورت تخصصی در این قبیل امور هم فعالیت و مشارکت کنند.

اسلام به‌طور کلی فردگراست و تا جایی که نگارنده تتبع کرده است فقه اسلام تمایلی به پذیرش اشخاص حقوقی در سیستم کیفری ندارد و فقه ما در خصوص دخالت شخصی حقوقی، بستر و پشتوانه مناسبی ندارد و پذیرش این امر مستلزم دخالت اجتهاد پویا و عقل‌محور و دوری از اجتهاد و فقه نقل‌محور است و ارائه منابع و مبانی صحیح به مقنن و تلاش برای آماده‌سازی بسترهای اجتماعی برای قبول دخالت اشخاص حقوقی همسنگ اشخاص حقیقی با تمام اختیارات در امر قصاص نفس و عضو حق عفو. در حالی که با تتبع در مبانی و منابع فقهی به‌روشنی دیده می‌شود در فقه ما شخص حقوقی نمی‌تواند ولی دم شود حتی مدعی‌العموم هم که امروزه به نوعی شخصیت حقوقی دارد و از این باب در امر ولایت در قصاص دخالت می‌کند با این حال حاکم حق عفو ندارد چون تلقی نظام حقوقی ما این است که عفو و گذشت از مختصات افراد است نه اشخاص حقوقی؛ ولی قوانین می‌توانند در این خصوص تصمیم نهایی را انتخاب بکنند چون امروز تعداد اشخاص حقوقی و تکالیف و وظایفشان، بیشتر از اشخاص حقیقی است و در واقع عصر حاضر، عصر اشخاص حقوقی است و ضرورت اجتماعی ایجاب می‌کند با دخالت اشخاص حقوقی و سازمان‌های مردم‌نهاد از تضییع خون مقتول بلاوارث یا وارثانی که هیچ تکلیف و احساس مسئولیت انسانی یا شرعی برای مورث خویش نمی‌کنند جلوگیری کنیم.

### ۳- پیشینه تاریخی قصاص

یکی از نکات قابل‌تأمل اکثر تحقیقات فقهی و حقوقی صورت‌گرفته در زمینه قصاص نفس و نظریات تعینی و تخییری، عدم توجه شایسته آن‌ها به پیشینه تاریخی مجازات قصاص است. به همین خاطر ادبیات فقهی و حقوقی شایسته‌ای در این خصوص وجود ندارد و نکته جالب توجه آنکه هیچ حساسیتی هم در اهمیت پرداختن به این بحث دیده نمی‌شود و همین عدم توجه به سوابق تاریخی مجازات قصاص در شبه‌جزیره عربستان و لحاظ‌نکردن عوامل جغرافیایی و تاریخی در تحقیقات فقهی و حقوقی، باعث انحراف غیرقابل‌اغماض در کشف نظر شارع مقدس ایجاد کرده است و اینکه امروز نظریات مطروحه جوابگوی خلأها و مشکلات موجود نیست و بعضاً هم اصول و مقررات و راه‌حل‌ها غیرعقلی و غیرمنطقی و حتی ناعادلانه ارائه می‌شود علت‌العلل اصلی این

معضلات، عدم توجه به سوابق تاریخی و فرهنگی مجازات قصاص و کلاً عدم توجه به سوابق تاریخی کیفرهای زمان نزول آیات قصاص است. اما در خصوص سوابق تاریخی و فرهنگی قصاص در اسلام به چند نکته مهم باید توجه کرد:

اولاً، در قانون الواح دوازده گانه روم که به قولی اولین قانون مدون و مکتوب است مجازات قصاص برای بعضی از جرایم علیه افراد مانند بریدن عضوی از اعضای بدن انسان، شکستن استخوانها و قتل نفس، مورد قبول و پذیرش قرار گرفته است. در مجموعه قوانین حمورابی نیز اصل معروف «چشم به جای چشم و دندان به جای دندان» مورد تأکید است. به موجب قانون مذکور، قتل عمدی مشروط بر اینکه قاتل و مقتول از لحاظ طبقه اجتماعی با یکدیگر هم پایه و هم رتبه بوده یا اینکه قاتل از طبقه اجتماعی پست تر و مقتول از طبقه اجتماعی بالاتر به حساب آید موجب قصاص بوده است. به عبارت دیگر، هم کفو بودن طرفین از شرایط قصاص به حساب می آمده است. درباره صدمات وارد بر اعضا، مانند جراحات و شکستن عضو نیز، تحت شرایطی در قانون مذکور مجازات قصاص تعیین شده است. به موجب مواد ۱۹۶ و ۱۹۷ مجموعه قوانین حمورابی، اگر کسی چشم کسی را بیرون آورد، در عوض چشم او را بیرون می آورند، اگر کسی استخوان دیگری را شکست، قضات استخوان او را می شکنند. ماده ۲۰۰ قانون مزبور در مورد شکستن دندان صریحاً یاد آور می شود که اگر کسی دندان دیگری را که با او هم پایه و هم رتبه است بشکند، قضات باید همان دندان او را بشکنند.

در شریعت موسی، قصاص و مقابله به مثل به عنوان اساس نظام کیفری مورد تأکید قرار گرفته است. مجازات قتل عمدی در این دین، صرفاً قصاص است. بنابراین اگر شخصی عمداً و با قصد سلب حیات و یا با استفاده از ابزارهایی که عادتاً کشنده است کس دیگری را به قتل برساند قصاص می شود. در سفر خروج باب ۲۱ آیه ۲۳ و سفر تثنیه باب ۹۹ آیه ۲۱ آمده است: «و اگر اذیتی دیگر حاصل شود آنگاه جان به عوض جان، و چشم به عوض چشم و دندان به عوض دندان و دست به عوض دست و پا به عوض پا و داغ به عوض داغ و زخم به عوض زخم و لطمه به عوض لطمه»<sup>۱</sup>

۱. در منابع خارجی مربوط به حق قصاص در تورات، به وضوح به قانون قصاص و مقابله به مثل اشاره شده است به عنوان مثال یکی از نویسندگان اروپایی در این خصوص آورده است:

مجازات ضرب، جرح و قطع عمدی نیز در دین یهود قصاص است. در دین مسیح هم هرچند کلیت شریعت تورات مورد تأیید بود اما به عفو و بخشش و بردباری بیشتر توصیه شده است.<sup>۱</sup>

ثانیاً، با بررسی دقیق تاریخی و شرایط جغرافیایی و اقلیمی شبه‌جزیره عربستان، مخصوصاً در زمان نزدیک به بعثت نبی مکرم اسلام (ص) و شرایط عصر نزول آیات قصاص، به خوبی مشخص می‌شود که اجرای مجازات اعدام در مقابل قتل نفس، چه در ادیان توحیدی و چه در ادیان غیر توحیدی وجود داشته است که گاه اجرای این مجازات بسیار خشن و همراه با شکنجه، یعنی نوعی نابرابری بین ارتکاب گناه و اعمال مجازات‌ها بوده است. همین امر حتی بعد از ظهور اسلام در بین ادیان دیگر و دشمنی بعضی از آن ادیان با احکام اسلام، باعث رد حکم قصاص توسط ملل مختلف جهان شد. در تأیید این مدعا علامه طباطبایی در تفسیر المیزان در تفسیر آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده معتقدند: «و کسی که مظلوم کشته شود برای ولی او سلطه قرار دادیم و سلطه بر قاتل از طریق قصاص است (وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيهِ سُلْطٰناً...) اما در عین حال او نباید بیش از حق خود مطالبه کند و در قتل اسراف کند چرا که او مورد حمایت است (فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً). آری، اولیای دم مقتول، مادام که در مرز اسلام گام برمی‌دارند و از حد خود تجاوز نکرده‌اند مورد نصرت الهی هستند. این جمله اشاره به اعمالی است که در زمان جاهلیت وجود داشت و امروزه نیز گاهی صورت می‌گیرد که احیاناً در برابر کشته شدن یک نفر از یک قبیله، قبیله مقتول، خون‌های زیادی را می‌ریختند و یا اینکه در برابر کشته شدن یک نفر، افراد بی‌گناه و بی‌دفاع دیگری غیر از قاتل را به قتل می‌رساندند».<sup>۲</sup>

«Retribution is the theory that punishment is justified because His deserved. Systems for retribution for crime have long existed ,with the best known being the (Lex Talionis) Of Biblical times, calling for (an eye for aneye ,a tooth for a tooth ,and life for a life ) (Hudson ,1996:38).

البته شایان ذکر است قانون قصاص مصون از انتقاد نمانده است و یکی از جرم‌شناسان غربی در نقد قانون قصاص تعبیر جالبی دارد: Trying to develop a positive criminal policy is to take aseriously Mohandas Gandhis thesis:with an eye for an aye و erentually we all are go ing to be blind» (Aromaa, 2016:40)

(تلاش برای ارائه یک سیاست جنایی مثبت به صورت جدی در رساله مهاتما گاندی اتخاذ شده است: «با چشم در مقابل چشم، نهایتاً همه ما کور خواهیم شد.»

۱. مزروعی، رسول، «گفتاری در عقلانیت قصاص» مجله تخصصی فقه اهل بیت، سال ۱۹، ش ۷۲، ۱۳۹۲-۱۳۹۲، صص ۲۶-۲۹.

۲. طباطبایی، علامه سید محمدحسین، المیزان «المیزان فی تفسیر القرآن» قم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۶۸، ص ۸۵.

ثالثاً، اختلاف بر سر قتل یک نفر از یک قبیله به حدی بود که موجب بروز جنگ در میان قبایل عرب می‌شد و گاه تا سالیان دراز ادامه می‌یافت، به همین دلیل می‌بینیم که واژه «ثار»<sup>۱</sup> (خون خواهی) واژه‌ای مقدّس و قابل احترام نزد اعراب جاهلیت بوده است.

رابعاً، در تحلیل نهایی پیشینه تاریخی قصاص در ادیان توحیدی بالأخص اسلام باید گفت که «مقابله به مثل، پیشینه‌ای بس طولانی در تاریخ تمدن بشر و در میان اقوام و ملل گوناگون دارد. البته آنچه در اسلام عزیز به عنوان قصاص مطرح است، تفاوت‌های قابل توجهی با مقابله به مثل در طول تاریخ دارد. در اسلام قصاص همراهی ناگسستنی با حق عفو دارد و بر بخشایش توصیه اکید شده است. در عصر نزول آیه شریفه قصاص و قبل از آن، امری شبیه به مقابله به مثل در بین مردم جریان داشت لیکن برای آن حد و مرز درستی شناخته نمی‌شد، بلکه حد آن به نیرومندی و ضعف طرفین و طبقه آن‌ها بستگی داشت. چه بسا می‌شد در برابر کشتن یک مرد، ده مرد کشته می‌شد. گاه در برابر مرئوس یک قبیله، رئیس قبیله قاتل کشته می‌شد و چه بسا می‌شد که یک قبیله، قبیله‌ای دیگر را به سبب یک قتل به کلی نابود می‌کرد. خانواده مقتول غالباً در مواردی که قاتل از گروه و قبیله و عشیره آن نبود، مدعی می‌شد که خون مقتول ارزشمندتر از خون قاتل است از این رو تنها به کشته شدن قاتل راضی نمی‌شد و خواستار کشته شدن افرادی بیشتری از خانواده یا گروه و قبیله قاتل بود. روشن است که چنین رویکردی در عصر جاهلیت، ناشی از کم‌رنگ شدن قانون حقیقی قصاص و بلکه تغییر ماهوی آن در اثر جهالت و کفر و غلبه تعصبات جاهلی بر عدالت برخاسته از پابندی کامل به این قانون عقلایی و الهی بوده است؛ زیرا تمام ماهیت قصاص و مقابله به مثل چیزی جز جواز مجازات مجرم فقط به مقدار جنایت او و نه بیشتر نیست. قرآن کریم سنت ناپسند جاهلی را رد کرد و در قدم اول، اولیای دم را از زیاده‌روی در مقام مجازات قاتل بازداشت و فرمود «و لا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَالِهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا...» (اسراء، ۳۳) و نفسی را که خداوند کشتن آن را حرام کرده است، جز به حق نکشد و هر کس مظلوم کشته

۱. در فرهنگ دینی تشیع و از جمله در ادعیه و اذکار ملاحظه می‌شود که هم‌اینک شیعیان، امام حسین (ع) را ثارالله خطاب می‌کنند یعنی ای خون خدا؛ یعنی این خداوند است که انتقام خون حسین را خواهد گرفت که این مسئله اشاره به تقدس و ضرورت خون خواهی دارد و این فرهنگ دینی از آثار و بقایای عصر اسلام است.



شود، به سرپرست وی سلطنت داریم، پس نباید در قتل زیاده‌روی کنید زیرا او از طرف شرع و قانون یاری شده است»<sup>۱</sup> با بررسی مجموع مطالب تاریخی در خصوص قصاص و پیشینه آن در عصر نزول به این نتیجه می‌رسیم که:

۱- قصاص در اسلام یک حکم امضایی است اما اسلام در امضای این حکم الهی با توجه به شرایط اجتماعی عصر نزول و فزون‌طلبی برخی افراد و قبایل، قصاص را ضابطه‌مند کرد و آن را از انتقام و تشکیل دادگستری خصوصی و کینه‌ورزی و جنگ‌طلبی متمایز کرد.

۲- اسلام زمانی آیات قصاص را بر جامعه جاهلی اعراب نازل کرد که در مقابل یک نفر، ده‌ها نفر کشته می‌شد و اینکه اسلام گفته «النَّفْسِ بِالنَّفْسِ» این یک پیشرفت بزرگ و یک ترقی غیرقابل انکار محسوب می‌شود چرا که در ادامه آیه می‌فرمایند «... فلا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» یعنی در مجازات قاتل اسراف و زیاده‌روی نکنید این قید به‌طور صریح به رسم غلط عرب بدوی اشاره دارد. پس اینکه در مقابل کشته‌شدن یک نفر حتماً باید یک نفر کشته شود مقرره‌ای مترقی، حکیمانه، عادلانه و منصفانه است؛ ولی برخی محققان فقهی و حقوقی با استانداردهای دو هزار میلادی اقدام به ارزیابی آیات قصاص می‌نمایند که این امری مقبول نیست یعنی در تفسیر آیات قصاص مهم‌ترین عامل توجه دقیق و کامل به شرایط اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و توجه به شأن نزول آیات، روح حاکم بر آیات قصاص، فلسفه و علت و حکمت تشریح قصاص با لحاظ عنصر زمان و مکان، و نیز بررسی موردی آنهاست تا اینکه بتوان تیت اصلی شارع را استخراج کرد. در غیر این صورت به گمراهی می‌رویم. پس در تدوین نظریات مربوط به تعیینی و تخیری بودن حق قصاص، نباید این شرایط و بستر اجتماعی عصر نزول را فراموش کرد.

#### ۴- ارزیابی شرعی و فقهی نظریات تعیینی و تخییری و چالش‌های پیش روی آن‌ها

یکی از مهم‌ترین مسائل موجود در نظام کیفری اسلام در صورت ایراد جنایت عمدی بر تمامیت جسمانی افراد، این است که آیا از لحاظ آیات قرآنی، احادیث و روایات وارده، حق قصاص برای اولیای دم است یا خود مجنی‌علیه؟ اگر برای خود مجنی‌علیه این حق جعل و وضع شده است تا چه حد اراده او بعد از فوتش، برای وراثت او لازم‌الاتباع است؟ در نقطه مقابل اگر برای اولیای دم است محدوده اختیارات آن‌ها تا کجاست؟ آیا حق اولیای دم منحصر در قصاص است؟ اگر منحصر است چه دلایلی بر این حصر وجود دارد؟ آیا این حصر عقلی است یا لفظی؟ دلایل حصر و عدم حصر کدام‌اند؟ آیا دیه و عفو در طول قصاص‌اند یا در عرض آن؟ آیا به غیر از دیه و عفو جایگزین‌های دیگری هم می‌توان در این خصوص در نظر گرفت؟ نقش اولیای دم و در نبود آن، حاکم تا چه اندازه است؟ آیا نظریه تخییری در مجموع با شرایط امروزی مطابق است یا نظریه تعیینی؟ آیا اصلاً نظریه تخییری می‌تواند در عرض نظریه تعیینی مطرح شود؟ نقاط ضعف و قوت این نظریات کدام‌اند؟ در مجموع نظریه صائب در این خصوص چیست که هم حق اولیای دم محفوظ شود و هم جانی و هم درعین حال نیت شارع مخدوش نشود؟ به همین خاطر بدو به معرفتی اجمالی این دو نظریه خواهیم پرداخت و سپس چالش‌های فراروی نظریات فوق بیان خواهد شد.

#### ۴-۱ نظریه تعیینی

یکی از مهم‌ترین نظریات مطرح‌شده در خصوص نحوه اعمال حق قصاص قاتل، نظریه تعیینی است. در معرفتی اجمالی این نظریه از منظر قائلان به آن «در باره جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی انسان به طور مطلق (فارغ از جنسیت و تعدد جانی یا مجنی‌علیه) قریب به اتفاق اندیشمندان فقه امامیه بر این باورند که مجازات اصلی قتل عمد، تنها قصاص است نه یکی از دو گزینه قصاص و دیه، هرچند که ولی دم یا مجنی‌علیه می‌تواند مجرم را مجانی یا در مقابل دریافت دیه عفو کند یا در مواردی به دلیل عدم امکان قصاص، این مجازات به دیه تبدیل می‌شود اما این دیه بدل از قصاص است و مجازات اصلی شمرده نمی‌شود و به معنای تخییر نیست.<sup>۱</sup>

۱. ر.ک، شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ۵۲/طوسی، ۱۴۰۸:ق: ۴۳۲/محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۴: ۲۸۸/علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۶۲۳/شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰: ۸۹/خمینی، [بی تا]، ج ۲: ۴۸۱/خویی، ۱۴۱۰:ق: ۸۳ به نقل از محمدی جورکویه‌ای، ۱۳۹۴: ۱۱.

قائلین به این نظریه برای توجیه نظریه خویش به آیات ۴۵ سوره مبارکه مائده،<sup>۱</sup> آیه شریفه ۱۷۵ سوره بقره<sup>۲</sup> و آیه شریفه ۱۹۴ سوره بقره<sup>۳</sup> و... استناد کرده‌اند اما در تحلیل این آیات آنچه کمتر مدنظر محققان اسلامی قرار گرفته، این است که آیه شریفه ۴۵ از سوره مائده نمی‌تواند مستند قرآنی حق قصاص باشد زیرا قرآن در اینجا به سنت قصاص در آیین یهود اشاره دارد. هرچند پاره‌ای از محققان ضمن قبول این ایراد پاسخ داده‌اند که هرچند این آیه در خصوص آیین یهود است ولی خداوند آن را برای اسلام نیز تشریح کرده است در حالی که این ایده صحیح نیست زیرا در خود قرآن کریم آیات بی‌شماری وجود دارد که صراحت کافی در بیان تشریح حق قصاص، محدوده و لوازم آن وجود دارد و از طرف دیگر آیه شریفه ۱۹۴ بقره هم ارتباط آن‌چنانی بر حق قصاص نفس و نظریات مطروحه ندارد و این آیه بیشتر مربوط به جهاد و مقاتله است. مضاف بر آن تفسیر لفظی و قسری از واژه «بمثل» در آیه اخیرالذکر، قصاص را که یک کیفر مترقی و هدفمند در نظام کیفری اسلام است تا حدّ مقابله به مثل به هر قیمت ممکن تنزل داده است. در حالی که در قصاص آن چیزی که مطرح نیست مقابله به مثل و انتقام و اقدام‌های بی‌ضابطه و بی‌حدومرز است اما در خصوص آیه شریفه ۱۷۸ بقره باید گفت که تنها آیه‌ای که در خصوص تشریح قانون قصاص در دین اسلام به‌طور صریح و بدون شک و شبهه مطرح شده است همین آیه است زیرا «کتابت در اینجا، کتابت تشریحی و به معنای قانون‌گذاری است و نظایر آن در قرآن بسیار آمده است<sup>۴</sup> و بنا به قول فخر رازی در عرف شرع، لفظ "کتب" معنای وجوب را می‌رساند، متعلق تشریح، یا حکمی الزامی است که ترک آن جایز نیست و یا حکمی ترخیصی است که ترک و انجام دادن آن هر دو جایز است. از حکم الزامی، نوعی مشقت و سختی بر مکلف به‌نظر می‌رسد از این رو وقتی که

۱. «وکتبنا علیهم فیها انّ النفس بالنفس و العین بالعین و الأنف بالأنف و الأذن بالأذن و السن بالسن و الجروح قصاص...» (مائده: ۴۵)

۲. «یا ایها الذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الخرب بالخرب و العبد بالعبد و الأنتی بالأنتی فمن غنی له من أخیه شیء فاتباع بالمعروف و أداء إلیه بإحسان...» [بقره: ۱۷۸].

۳. «... و الخرمات قصاص فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم...» [بقره: ۱۹۴]

۴. ر.ک.: آیات شریفه ۱۸۳ از سوره بقره، ۲۴، ۷۷ نساء، و... که در همه این آیات، واژه کتب و مشتقات آن مشعر بر تشریح است یعنی در دین مبین اسلام، قصاص با این آیه تشریح شده است.

حکمی با فعلی انشا شود که با حرف "علی" متعدی می‌شود آن حکم الزامی است، همان طور که در مورد آیات قصاص، روزه، وصیت و قتال این گونه است، بدین جهت، فخر رازی گفته است لفظ "علیکم"، مشعر به وجوب است و برعکس هرگاه حکم ترخیصی باشد که از آن منفعت و رخصت و سهولت و مانند آن به نظر می‌رسد، آن حکم با فعلی انشا می‌شود که با حرف "لام" متعدی می‌شود مثل آیه ۱۷۸ سوره بقره: «فَالانَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللهُ لَكُمْ» همان طور که درباره تحریم که حکمی الزامی است، و احلال که حکمی ترخیصی است، همین گونه است... بنابراین باید قصاص که با تعبیر کتب علیکم انشا شده است حکمی الزامی باشد<sup>۱</sup> و مطلب دیگر اینکه آیه شریفه «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا» نمی‌تواند مستند تشریح حق قصاص در نظام کیفری اسلام باشد زیرا محور عمده این آیه بحث سلطنت و حدود و ثغور سلطنت در اجرای حق قصاص است نه تشریح قانون قصاص؛ یعنی ابتدا در قانون قصاص، حق قصاص جعل و تشریح می‌شود سپس سلطنت و محدوده اختیار ولی و حدود و ثغور سلطنت مطرح می‌شود.

از دیگر دلایل قائلین به نظریه تعیینی روایات است. نگارنده قصد آن ندارد تمام روایات وارده را تجزیه و تحلیل کند اما غرض این است که به نحوه نگاه روایات به آیات قصاص و برداشت آن‌ها و تحلیل انحرافات صورت گرفته از نیت شارع اشاره شود. یکی از مهم‌ترین روایاتی که در این زمینه در اکثر منابع و مقالات تحقیق به آن اشاره شده است روایت صحیح عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است که فرموده‌اند: «هرکس به عمد مؤمنی را بکشد او قصاص می‌شود، مگر اینکه اولیای مقتول، دیه قبول کنند. پس اگر به دیه راضی شدند قاتل نیز به آن مایل باشد پرداخت می‌شود»<sup>۲</sup> و سایر روایات وارده. اما ایراد وارد بر این قبیل احادیث آن است که روایت ابتدا اصل نظریه تعیینی را قبول کرده ولی در ادامه حدیث، از دیه به عنوان جایگزینی در عرض قصاص نام برده شده است در حالی که در آیه اصلی تشریح قصاص، صحبتی از دیه و... نیست و اگر هم در

۱. ملکیان، روح اله، «قصاص در قرآن کریم»، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، سال شانزدهم، شماره ۶۴ - ۶۳، ۱۳۸۹ ص ۴۱-۴۳.

۲. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، «وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه»، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، قم، ایران، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۵۳.

سایر آیات از دیه و عفو بحث شده به‌عنوان جلوه‌هایی از عدالت ترمیمی نظام عدالت کیفری اسلام است و لا غیر. «در حوزه جرایم علیه اشخاص، عمدتاً توجه سیاست جنایی اسلام به عدالت ترمیمی و ایجاد صلح و سازش می‌باشد»<sup>۱</sup> در ادامه قائلین به نظریه تعیینی از اجماع صحبت کرده‌اند در حالی که اجماع در این خصوص، به دو دلیل مردود است: «اولاً مخالفت برخی از قدمای فقه امامیه با آنکه در طرح نظریه تخییر خواهد آمد مثلاً مدرکی بودن آن، به این ترتیب دیگر حجیتی برای آن باقی نمی‌ماند و قابل استناد نیست»<sup>۲</sup> دلیل دیگر عقل است. به نظر نگارنده «عقل و استنباطات عقلی یکی از مظلوم‌ترین دلایل استنباط احکام اسلامی است که در رده‌بندی هم در زمره آخرین دلیل استنباط احکام اسلامی قرار می‌گیرد و اکثر شارحین قواعد فقه، طبق روال سنتی، به یافتن منابع قاعده به ترتیب در کتاب، سنت، اجماع و عقل اقدام کرده‌اند و منبع عقل را در ردیف آخر ادله اربعه قرار داده‌اند. این مسئله، عدم توجه بر مفاد قاعده تلازم را می‌رساند که مقرر می‌دارد: «كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ وَكُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ». به همین جهت، در جایی که طبق بدیهیات و غرایز حقوقی،<sup>۳</sup> عقل می‌تواند مخصّص<sup>۴</sup> احکام الهی و قرآنی باشد، آوردن منبع عقل در ردیف آخر، با توجه به نقش بسزای عقل و ارزش و اعتبار و کارایی آن در تفهیم و تفهّم مطالب و قواعد حقوقی و استنباط نظریات فقهی و حقوقی و اصولی، به نظر می‌رسد این تقسیم‌بندی سنتی را باید به نوعی دگرگون ساخت زیرا منبع و دلیل عقل، به لحاظ ارزش و حجیت ذاتی آن، مقدم بر دلیل نقلی قرار داده شود و زمانی که به فرض محال،

۱. رهامی، محسن، «عرفی شدن مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۸: ص ۱۷۴.

۲. محمدی جورکویه‌ای، پیشین: ۱۳.

۳. برای کسب اطلاع و توضیح بیشتر در خصوص واژه «غریزه حقوقی» ر.ک: محمدجعفر جعفری لنگرودی، علم حقوق در گذر تاریخ، ۱۳۸۷، ص ۱۴۴.

۴. در تخصیص حکم قرآن با دلیل عقل، مرسوم است که به آیه شریفه ۱۱۶ از سوره رعد اشاره می‌کنند که فرموده: «اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ» و عقل حکم می‌کند به اینکه ذات و صفات خدا مخلوق او نیست پس عقل، مخصّص قرآن است (ابوالحسن محمدی، اصول فقه، ۱۳۷۷، ص ۱۵۶).

دلیل عقلی بر حجیت قاعده‌ای یافت نشود از باب قاعده «آخر الدواء الکی»<sup>۱</sup> به منبع نقل مراجعه کرد<sup>۲</sup> در حالی که با بررسی نظریات تعیینی و تخییری به خوبی ملاحظه می‌شود که به ارزش و جایگاه عقل به خوبی بذل توجه نشده است در حالی که تمام دلایل، اعتبار و حجیت خود را از عقل می‌گیرند حتی کتاب، زیرا کتاب الهی، قول و سخن رب العالمین و شارع کل است و شارع هم عقل کل است و هیچ حرف و قول غیر عقلایی ندارد. در تأیید ادعا باید افزود هم قائلین به نظریه تعیینی و هم قائلین به نظریه تخییری هر دو به حدیثی از امام جعفر صادق (ع) استناد کرده‌اند عقلاً و منطقاً از یک امام معصوم (ع) یک نظر متناقضی صادر نمی‌شود پس قطعاً یکی از احادیث صحیح است نه هر دوی آن‌ها.

#### ۴-۲ نظریه تخییری

یکی دیگر از نظریات مطرح در حوزه حق قصاص نفس، نظریه تخییری است. اگر بخواهیم به صورت اجمالی این نظریه را معرفی کنیم باید گفت که: «به موجب این نظریه، با وقوع قتل عمدی، برای ولی دم این حق و سلطه ایجاد می‌شود که اولاً و بالذات اگر بخواهد قاتل را قصاص کند و یا عفو کرده و یا دیه بگیرد. مطابق این نظریه رضایت جانی فقط در جایی لازم است که ولی دم مقتول، در مقابل عفو جانی، بیش از مقدار دیه را مطالبه کند. این نظریه مورد قبول فقهای شافعی و حنبلی و برخی از متقدمین شیعه و معاصرین آنان است»<sup>۳</sup> همان طور که ملاحظه می‌شود این نظریه از ابتدا قائل به تخییر اولیای دم در قصاص جانی یا اخذ دیه و عفو است؛ ولی به نظر نگارنده، این نظریه، اجتهاد در مقابل نص معتبر است که عقلاً مطرود و ممنوع است. در این خصوص متعاقباً مفصل صحبت خواهیم کرد. قائلین به این نظریه در توجیه ادله خویش مثل نظریه تعیینی به ادله اربعه استناد جسته‌اند؛ با این توضیح که «همه استدلال و تأکید نظریه تخییر، بر شأن

۱. یادآور شعر حافظ شیرازی است که فرمود: علاج کئی کنت، آخر الدواء الکی. منظور رعایت ترتیب در رجوع به یک امر است که با وجود اصل، نیازی به رجوع به فرع نیست؛ الأول فالأول.

۲. سهرابی اسمرود، یعقوب، «نگرشی نو به قاعده وزر» پیام آموزش، سال هشتم، ش ۴۵، ۱۳۸۹: ص ۱۰۱.

۳. مجموعه فتاوی ابن جنید / ۳۵۴؛ المهذب / ۲ / ۴۵۶؛ مفاتیح الغیب / ۵ / ۲۲۵؛ تفسیر القرآن / ۵ / ۷۳؛ الأم / ۶ / ۹۶؛ ابن خزم، ۳۶۰ و ۳۶۱ به نقل از الحصری، السیاسة الجزائیه / ۳ / ۲۹۲، به نقل از رحیمی نژاد و ذاکر، ۱۳۹۲: ۷۸.

نزول و سابقه تاریخی آیات مربوط به قصاص است. بر این اساس قائلان به این نظریه معتقدند که آنچه در فرض انتخاب قصاص واجب است رعایت شرایط آن است نه خود قصاص که اولاً و بالذات واجب باشد. در این نظریه با استناد به حکمت اخیر آیه ۱۷۸ سوره بقره که می‌فرماید: «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءُ إِلَيْهِ بَأْحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكَمْ وَرَحْمَةٌ» می‌گویند منظور از عفو این است که ولی دم قاتل را عفو و دیه بگیرد و مراد از تخفیف هم در این آیه، تشریح دیه در مجازات قتل عمد است و در مقابل در شرع یهود، مجازات قتل عمدی، فقط قصاص بود. به عبارت دیگر اثبات اختیار بین اخذ دیه یا قصاص است. چنان‌که ولی دم، متمایل به تشفی خاطر باشد و بخواهد شرراً قاتل را از خود دفع کند، برای او قصاص مرجح خواهد بود<sup>۱</sup> در غیر این صورت اگر مسئله مالی را ترجیح دادند می‌توانند دیه اخذ کنند.

در بررسی ادله اربعه استنباط این نظریه فقهی هم، نکته قابل ذکر این است که همان طور که گفته شد این عده از محققان در تأیید نظریه خویش به آیه شریفه ۱۷۸ سوره مبارکه بقره،<sup>۲</sup> و آیه شریفه ۳۳ سوره مبارکه مائده<sup>۳</sup> اشاره کرده و نظریه خویش را توجیه می‌کنند و این به نظر نگارنده اجتهاد در مقابل نص صریح است. به خاطر اینکه شارع مقدس در هیچ‌یک از آیات مورد اشاره، به تخییر اولیای دم اعمال حق قصاص در عرض دریافت دیه یا عفو بلاعوض جانی اشاره‌ای دیده نمی‌شود و استنباطات شخصی نویسنده را نباید به شارع حکم و علم نسبت داد. درحالی‌که در مورد بعضی از فرایض الهی مثل قضای روزه ماه مبارک رمضان و... تخییر به صراحت دیده می‌شود، در آیات قصاص اصلاً بحثی از تخییر نیست و اگر هم از بند اخیر آیه ۱۷۸ سوره بقره بتوان با عنایت به واژه «اداء» دیه را استخراج کرد این نکته حداکثر مفید این معنی است که اولیای دم می‌توانند در طول قصاص و به جای آن، دیه دریافت کنند و این تدبیر و جلوه‌ای از عدالت ترمیمی شارع مقدس اسلام در تشفی خاطر اولیای دم و بازسازی روحی و روانی و جبران خسارات آن‌ها محسوب می‌شود نه ابداع نظریه‌ای در تقابل با نظریه تعیینی تحت عنوان نظریه تخییر.

۱. تفسیرالقرآن، به نقل از پیشین: ۸۰

۲. «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءُ إِلَيْهِ بَأْحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكَمْ وَرَحْمَةٌ» (بقره/۱۷۸).

۳. «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا مَّنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» (مائده/۳۳).

اما در خصوص روایات وارده در تأیید این نظریه به صحیحۀ عبدالله بن سنان اشاره شده است که فرموده: «و باسناده عن الحسين... أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ قَتَلَ مُؤْمِنًا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ مُؤْمِنٌ، غَيْرَ أَنَّهُ حَمَلَهُ الْعُصْبَ عَلَى أَنَّهُ قَتَلَهُ هَلْ لَهُ مِنْ تَوْبَةٍ إِنْ أَرَادَ ذَلِكَ أَوْلاً تَوْبَةً لَهُ؟ قَالَ تَوْبَتُهُ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، انْطَلِقْ إِلَى أَوْلِيَاءِ فَاعْلَمِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَهُ، فَإِنْ عَفَى عَنْهُ اعْطَاهُمُ الدِّيَةَ وَاعْتَقْ رَقَبَةً، وَصَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ وَتَصَدَّقْ عَلَى سِتِّينَ مَسْكِينًا...» از امام صادق (ع) درباره مردی سؤال شد که مؤمنی را کشته و درحالی که او (قاتل) می‌دانست که مقتول مؤمن است اما خشم بر او غلبه کرد و او را کشت. آیا اگر بخواهد توبه کند امکانش هست یا نه؟ فرمود: توبه‌اش این است که اگر شناخته نشده است نزد اولیای دم او برود و به آن‌ها دیه بدهد و برده‌ای را آزاد کند و دو ماه پشت سر هم روزه بگیرد و به شصت فقیر طعام بدهد.<sup>۱</sup>

در خصوص این حدیث هم مطلب قابل ذکر این است که حدیث مذکور در مقام بیان نیست. محور حدیث بر سر توبه و نحوه جبران خسارت و کسب رضایت اولیای دم است و مضاف بر این، طبق روایت، قاتل در عمل موفق نشده است اولیای دم را ببیند که آیا آن‌ها فی الواقع حق قصاص را اعمال می‌کنند یا جایگزین‌های دیگر را می‌خواهند؟ این حدیث فقط مشعر است بر جوابی از امام معصوم (ع) و ارائه طریق به مسائلی در خصوص نحوه جبران خسارت قاتلی که موفق به دریافت نیت واقعی اولیای دم نیست. قبلاً هم گفتیم پرداخت دیه و عفو و... تعارضی با تعیینی بودن حق قصاص مدنظر ما ندارد و این پاسخ‌ها و جایگزین‌ها در طول همدیگرند نه درعرض همدیگر و مضاف بر همه این مسائل، علایق و سلايق جانی تأثیری در تعیینی یا تخیری بودن حق قصاص ندارد. تخیری یا تعیینی بودن مربوط به اراده شارع است نه بندگان او و به عبارتی جعل مجازات برای جرم، از اختیارات شارع مقدس است نه بنی بشر و اراده خداوند هم در نصوص غیر قابل تفسیر و آیات قرآنی بالصراحه بیان شده است. در مورد اجماع هم که مدرکی است و حجیتی ندارد کما مر، فارغ از توضیح بیشتر هستیم. به سبک سلف صالح، فقها در خصوص دلیل عقلی در تأیید نظریه تخیری هم هر چند استدلال کرده‌اند که: «به اعتقاد ابن خزم، استدلال حنفیان (و به طور کلّ قائلین به نظریه تعیینی) تعجب آور است. چگونه ممکن است حق انسان در اخذ بدل آن (حق خود) منوط به رضای من علیه

۱. وسائل الشیعه / ۳۹۹/۲۲ به نقل از رحیمی نژاد و ذاکر: ۸۲.



الحق باشد؟»<sup>۱</sup> در پاسخ این ایراد باید گفت گرفتن بدل از مَنْ عَلَيْهِ الْحَقَّ نیازی به رضایت او ندارد و این ایراد به نظریه تعیینی مربوط نمی‌شود بلکه ایراد به نحوه تفسیر آیات و روایات مربوط می‌شود و در صورت تفسیر صحیح، این جانی است که اولیای دم را باید در اخذ دیه یا عفو راضی کند نه برعکس. پس این ایراد هم مندرج است و مزایایی از قبیل «عدم سقوط قصاص در صورت فوت قاتل، تکلیف به پرداخت دیه از طرف قاتل در صورت مطالبه اولیای دم، شرط نبودن رضایت قاتل در پرداخت دیه به اولیای دم مگر زمانی که مقدار دیه مطالبه شده از طرف اولیای دم، مازاد بر دیه مقرر قانونی باشد، نفی عسر و حرج از اولیای دم و جلوگیری از هدررفتن خون مسلمان...» که به عنوان دلایل ترجیح نظریه تخییری بر نظریه تعیینی احصاء شده است<sup>۲</sup> صرفاً به خاطر تفسیر ناصواب نظریه تعیینی است و آنگاه تفسیر صحیح آیات قصاص و در طول هم بودن این پاسخ‌ها، تمام این معایب را برطرف می‌کند و نیاز به جعل نظریه دیگر در عرض نظریه تعیینی نیست.

#### ۵ - چالش‌های حاکم بر نظریات تعیینی و تخییری

همان طور که نگارنده تا اینجا ادعا و اثبات کرده تنها نظریه مقبول در حوزه حق قصاص اولیای دم، نظریه تعیینی است و لا غیر و عفو و دیه هم جلوه‌هایی از عدالت ترمیمی نظام جزایی و جابره<sup>۳</sup> اسلام محسوب می‌شود و این‌ها در طول هم‌اند نه در عرض همدیگر. حال در این مقال برای ادعا و احصای چالش‌های موجود در خصوص نظریات تعیینی و تخییری، اجمالاً به دلایل عقلی و نقلی زیر استناد می‌کنیم:

۱- طرفداران، نام نظریه خود را «نظریه تخییری» گذاشته‌اند. سؤال این است که آیا فی الواقع تخییر واقعی برای اولیای دم جعل شده است یا خیر؟ آیا می‌توان از تخییری بودن این حق صحبت

۱. السیاسة الجزائیة / ۳: ۲۹۵ به نقل از پیشین: ۸۳.

۲. همان: ۸۳.

۳. در یک تقسیم‌بندی، حدود به دو بخش ۱. زاجره و ۲. جابره تقسیم می‌شوند. البته اینجا حد به معنی اعم کلمه است و شامل تمام مجازات‌ها؛ حدود زاجره یعنی حدودی که مجازات بدنی است مثل شلاق و... که زجر بدنی را به محکوم علیه وارد می‌سازد اما حدود جابره مثل دیه است که نقش آن‌ها ترمیم خسارت وارده بر مجنی علیه است. هر چند در مجازات یا ترمیمی بودن دیه اختلاف فراوان است اما نظر غالب بر ترمیمی و جابره یعنی جبران‌گر بودن آن است که به جبران خسارات می‌پردازد.

کرد؟ در لغت تخییر به معنای برتری دادن و حق انتخاب یک گزینه از بین چند گزینه دیگر است.<sup>۱</sup> حال این تخییر ارادی باشد یا الزامی و یا اجباری باشد خواه مطلوب و خوشایند باشد خواه نباشد، مهم نفس تنوع گزینه‌های پیش روی انتخابگر به صورت استعلالی و تام است و این گزینه‌ها باید از همان ابتدا جعل شده باشد؛ اما در علم اصول تخییر معنای خاصی دارد با این توضیح که: «واجب تعیینی آن است که مورد تکلیف، معین و مشخص باشد مانند وجوب روزه ماه رمضان. واجب تخییری<sup>۲</sup> آن است که مورد تکلیف، مردّد میان دو یا چند چیز باشد مانند کفاره قسم که به موجب آیه شریفه، سیر کردن ده نفر گرسنه یا پوشاندن ده نفر برهنه و یا آزاد کردن برده‌ای برای کفاره شکستن سوگند لازم است و اگر توانایی این‌ها را نداشته باشد باید سه روز پیاپی روزه بگیرد. اصولیین واجب تعیینی و تخییری را چنین تعریف کرده‌اند: واجب معین (واجب تعیینی) آن است که شارع چیز معینی را خواسته باشد و واجب مخیر (واجب تخییری) آن است که شارع چیزی را به‌طور مبهم از میان چند چیز خواسته باشد و به گونه‌ای باشد که هر یک بدل دیگری و به‌جای دیگری باشد. واجب تخییری بیشتر در کفارات و مجازات‌ها دیده می‌شود مانند کفاره قسم به شرحی که گذشت. کفاره روزه‌خواری، کفاره ایلاء و مجازات محاربه به شرحی که در کتاب کفارات و حدود مذکور است... اصل واجب تعیینی است، تخییری بودن دلیل می‌خواهد»<sup>۳</sup> در میان فقهای اهل سنت «شافعی، همچنین احمد حنبل و اکثر فقهای مدینه از اصحاب مالک و غیر او در این مسئله از ابتدا معتقد به تخییرند»<sup>۴</sup> اما سؤال از قائلین این نظریه این است که در کدام آیه قرآنی در عرض پاسخ قصاص، دیه و عفو برای اولیای دم جعل و تخییر شده است؟ تخییر زمانی مطرح می‌شود که چند گزینه اصالتاً و بالذات، و چند حق انتخاب از ابتدا بر مکلف یا ذی‌حق، جعل و وضع شده باشد آیا در خصوص حق قصاص هم قضیه این طور است؟ در آیه «کتب علیکم القصاص فی القتلی...»

۱. تخییر در اشعار شعرا هم باز تاب داشته است از جمله آنجا که سعدی می‌سراید:

گر مخیر بکنندم به قیامت که چه خواهی؟ دوست ما را همه نعمت فردوس شما را

۲. مجازات قتل غیر عمدی و اصناف شش‌گانه دیه هم برای جانی از همین مقوله است.

۳. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دهم، ۱۳۶۶ ص ۴۸-۴۹.

۴. محمدی جورکویه‌ای، پیشین، ص ۲۰.

(۱۷۸ بقره) آنچه از ابتدا و به‌عنوان مجازات اصلی و اولیّه قید شده قصاص است نه دیه و عفو و قبلاً هم گفتیم صحیح‌ترین مستند تشریح حق قصاص همین آیه شریفه است سایر آیات چنین صراحتی ندارند. پس استعمال تخییر نه از لحاظ علم لغت و نه از لحاظ آموزه‌های علم اصول فقه و نه از لحاظ نصوص آیات قرآن کریم و نه از لحاظ روح حاکم بر آیات قرآنی درست نبوده و نه مطابقتی با روایت منقول از پیامبر اکرم (ص) دارد که فرموده: «مَنْ قَتَلَ عَمْدًا فَهُوَ قَوْدٌ»<sup>۱</sup> این نظریه یک ایده مبتنی بر سوء تفاهم فقهی است.

۲- در آیه شریفه ۱۷۸ از سوره مبارکه بقره چنین آمده: «... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى...» قبلاً هم مذکور افتاد که کتابت در اینجا تشریح و قانون‌گذاری است و این آیه متضمن یک حکم تکلیفی است و بیانگر یک حکم است نه حق و «امام فخر رازی در این خصوص می‌گوید آیه قصاص در ازاله احکامی که قبل از بعثت حضرت محمد (ص) ثابت بود نازل شد. چرا که در شرع یهود، فقط قتل واجب بود و در شرع مسیح فقط عفو وجود داشت. اما مردم عرب عده‌ای قتل و برخی دیه را واجب می‌دانستند؛ هر گروه در هر دو حکم، تعدی و تجاوز نشان می‌دادند... مثلاً در مقابل قتل بنده‌ای، فرد آزادی را می‌کشتند... یا مثلاً در حکم دیه، دیه فردی نجیب و اشراف‌زاده چندبرابر دیه فرد پست بود. پس زمانی که پیامبر به نبوت برگزیده شد، خداوند رعایت عدل و تساوی را بین بندگان در امر قصاص واجب کرد و این آیه را نازل کرد»<sup>۲</sup> پس همان طور که نص صریح آیه و تفسیر صریح امام فخر رازی نشان می‌دهد قصاص قاتل یک امر واجب برای اولیای دم است. وقتی امر واحدی واجب می‌شود پس چطور از تخییر صحبت می‌شود؟ از یک طرف، طبق آیه قرآن، قصاص نفس واجب تعیینی است ولی در مقابل با آنکه آیات و روایات نمی‌توانند با آیات قرآن معارضه کنند فقها با استنباط غیرصائب از آیه تشریح قصاص و روایات و احادیث از تخییر صحبت می‌کنند که این امر غیرقابل قبول است.

۳- نکته دیگر این است که طرفداران نظریه تخییری به اصطلاح جهت‌رهایی از مشکلات عملی نظریه تعیینی، از قبیل عدم امکان قصاص در فرض فوت قاتل و... که شرح آن گذشت به‌زعم

۱. محمدی جورکویه‌ای، پیشین: ۱۴.

۲. مفاتیح‌الغیب، ج ۵: ۲۴۱، به نقل از رحیمی‌نژاد و ذاکر: ۷۹.

خود ناگزیر به نظریه تعیینی روی می آورند. درحالی که این طور نیست. اگر نظریه تعیینی به درستی مورد تفسیر قرارگیرد تمام معایب صرفاً با چنین تفسیر درستی حل می شود؛ «فَقَدْ جَعَلْنَا لُولِيهِ سُلْطَانًا...» (۳۳/ اسراء). اگر همان طور که در معنای سلطنت گفتیم اگر نیت و غرض اصلی شارع در خصوص سلطنت درست فهمیده شود قطعاً خلأها و مشکلات اجرایی که ظاهراً در اجرای نظریه تعیینی وجود دارد برطرف خواهد شد مشروط بر اینکه بتوانیم نیت اصلی شارع، فلسفه اصلی قصاص که همان حیات اجتماعی است و معنای دقیق عبارات و لغات را بماهو حقه کشف کنیم یعنی در قتل عمدی، مجازات اصلی، قصاص نفس قاتل است و مجازات دیگری در عرض آن وجود ندارد تا بحث تخییر پیش بیاید اما با توجه به سلطنتی که شارع مقدس بر اولیای دم مقتول داده، آنها می توانند به جای قصاص، قاتل را بلاعوض یا مجانی عفو کرده و یا از حاکم از باب جنبه عمومی جرم، مجازات دیگری بخواهند و این به معنای تخییر نیست زیرا در تخییر پاسخهای متعدد از ابتدا در عرض همدیگر برای یک عمل مجرمانه از طرف شارع یا مقنن جعل و وضع می شود. اختیار بعدی ذی حق در گذشت از حق خویش یا تقاضای جایگزین دیگر، به هیچ وجه تخییر اصولی و فقهی نیست.

۴- یکی از چالش‌هایی که متوجه نظریه تعیینی شده و باعث شده مخالفان این نظریه به زعم خود، نظریه دیگری تحت عنوان نظریه تخییری ابداع و ارائه کنند این است که مخالفین نظریه وجوب تعیینی به چنین مواردی اشاره کرده‌اند که: «سقوط قصاص و دیه در صورت فوت قاتل پس از ارتکاب قتل... و موارد مربوط به تفاضل دیه (تفاضل دیه زن و مرد و تفاضل دیه شرکای در قتل عمد) و... تعدد اولیای دم در فرض وحدت قاتل و عدم امکان استیفای حق قصاص همگی به لحاظ منتفی شدن موضوع قصاص... مرگ و فرار قاتل تا زمان فوت یا دسترسی به قاتل، اولیای دم بلا تکلیف می مانند...»<sup>۱</sup>

چالش‌های دیگری هم در باب این نظریه مطرح می شود که به لحاظ گستردگی بحث از آن خودداری می کنیم. اما با نگرشی که نگارنده در کل تحقیق به مفهوم واقعی وجوب تعیینی قصاص به عنوان مجازات اولیه و اصلی قصاص کرده و تفسیری که از آیه شریفه «فقد جعلنا لولیه سلطاناً...»

۱. رحیمی نژاد و ذاکر، پیشین: ۷۷- ۷۸.

(اسراء/ ۳۳) ارائه داده است تمام این ایرادات منافع است و باعث پناه‌بردن به دامن نظریه دیگری به نام تخییر نمی‌شود؛ با این توضیح که مجازات‌های شرعی، محدودیت‌های خاصی دارند که این محدودیت‌ها صرفاً در قتل عمد موجب قصاص نیست. به‌عنوان مثال در جرایمی که مجازات اعدام دارد یا جرایمی که رد مال دارد آیا محکوم لهم به تمام حقوق قانونی خویش می‌رسند؟ اگر فردی مرتکب دو فقره محاربه شود و در جریان محاربه دو نفر را هم کشته باشد آیا می‌توان بیش از یک بار محارب را اعدام کرد؟ پس این مسئله مربوط به ضعف پشتوانه نظری نظریه تعیینی نیست بلکه ناشی از محدودیت‌های مجازات‌های دنیوی و بشری است و این مسئله باعث ارائه نظریه جدیدی به نام تخییر نیست. وانگهی اگر قائل به نظریه تخییر هم باشیم در برخی موارد حقوق اولیای دم به‌صورت کامل جبران نمی‌شود. مثلاً فردی که ۱۰ نفر را عملاً کشته باشد و تمام اولیای دم به فرض خواستار دیه باشند و قاتل هم توانایی مالی نداشته باشد اینجا تکلیف چیست؟ در بحث تفاضل دیه که در بحث قصاص زن و مرد و شرکای در قتل عمد هم مطرح می‌شود، ایراد منتقدین به نظریه تعیینی درست همین جاست؛ یعنی طبق نص صریح ماده ۳۷۳ (ق.م.ا.) ۹۲/۲/۱ مقنن با استعمال لفظ «باید» که مقید و آمره‌بودن آن است شرکای قتلی را که قصاص نمی‌شود ملزم به پرداخت سهم دیه خود به سایر شرکای قصاص‌شونده کرده است. در این فرض طبق قانون شرکای قتل نمی‌توانند از پرداخت دیه استنکاف کنند. شاید ایراد شود در نظریه تعیینی بدون رضایت قاتل یا شرکای قاتل نمی‌توان از او دیه گرفت اما بر اساس مفهومی که نگارنده از نظریه تخییری ارائه داده است، در این فرض، نظر قاتل هیچ اعتباری ندارد چون او مقصر است و این اولیای دم‌اند که مدیریت سلطنت بر حق قصاص را بر عهده دارند و مبنای این حق اولیای دم، آیه شریفه «و من احیایا فکانما احیاء الناس جمعاً...» (مائده/ ۳۲) است؛ زیرا مقتضای سلطنت ولی دم است که ایجاب می‌کند در مقابل کشته‌شدن یک نفر، گروهی را به کشتن ندهند و به همین خاطر اراده مقصر و قاتل اینجا عقلاً و منطقیلاً ملاک نیست و نباید باشد و این تفسیر از افزایش آمار قصاص نفس هم جلوگیری می‌کند و همین نظریه است که صریحاً در ماده ۳۶۰ در خصوص تفاضل دیه زن و مرد البته تحت نظریه تخییری، اختیار شده است؛ ولی قائلین به این نظریه، بی آنکه خود بدانند نام این نظریه را نظریه تخییری گذاشته‌اند درحالی که این برداشت نو از نظریه تعیینی است. از طرفی در آیات قرآن «احیای نفس به

معنای قصاص نکردن و نکشتن جانی آمده است»<sup>۱</sup> پس چه ایرادی دارد مفتون ظاهر الفاظ نشویم و رحم و رأفت الهی را در عمل نشان دهیم و باعث کاهش آمار قصاص نفس شویم؟ آیا این برداشت مخالف روح حاکم بر آیات قصاص است؟ پاسخ مشخص است.

## ۶- موضع رویه قضایی ایران در قبال حق قصاص قاتل

برای اینکه موضع رویه قضایی ما در مرحله تعقیب و صدور حکم و اجرای آن دقیقاً مشخص شود لاجرم باید سوابق تقنینی حق قصاص نفس را در این خصوص بررسی کنیم. بحث در خصوص تعیینی یا تخییری بودن حق قصاص نفس، محصول انقلاب اسلامی و حاکمیت نظام کیفری اسلامی در ایران است و این بحث قبل از انقلاب مسبوق به سابقه نبود. اولین مقررّه در این خصوص ماده ۴۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱/۶/۳ ش است<sup>۲</sup> که مقنن در این ماده به تبعیت از نظر غیر مشهور فقهای امامیه، نظریه تخییر را مورد پذیرش قرار داده بوده و سپس ماده ۲۰۵<sup>۳</sup> از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ ش طبق نظر مشهور فقها به نظریه تعیین روی آورد و سرانجام قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ش در ماده ۳۸۱<sup>۴</sup> (ق. م. ا.) در بحث قصاص نفس به نظریه تعیینی و در ماده ۳۶۰ از مقررّه اخیرالذکر در راستای تحوّل در حقوق زنان این چالش را رفع کرده است و به نظریه تخییری روی آورده است. در تجزیه و تحلیل رویه قضایی ایران در خصوص حق قصاص باید به نکات زیر توجه داشته باشیم:

۱. رحیمی نژاد، ۱۳۸۹: ۱۳۵.

۲. ماده ۴۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱/۶/۳ ش مقرر می‌داشت: «هرگاه مردی زنی را به قتل می‌رساند ولی دم مخیر است بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل».

۳. ماده ۲۰۵ از (ق. م. ا.) مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ ش: «قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است...»

۴. ماده ۳۸۱ (ق. م. ا.) مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ش: مجازات قتل عمدی در صورت تقاضای ولی دم و وجود سایر شرایط مقرر در قانون قصاص و در غیر این صورت مطابق قانون از حیث دیه و تعزیر عمل می‌شود.

- ماده ۳۶۰ (ق. م. ا.) مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ش: «در مواردی که اجرای قصاص مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص شونده است صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر در قانون ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است».

۱- سیستم حقوقی ایران مبتنی بر نظام نوشته است یعنی حقوق ایران عمدتاً مبتنی بر قانون نوشته شده و مکتوب است. رویه قضایی ما برخلاف کشورهای مبتنی بر کامن‌لا<sup>۱</sup> قدرت مانور بیشتری در تفسیر قوانین و قواعد حقوقی ندارد یعنی تقریباً می‌توان گفت رویه قضایی ما تابع قانون است. فقط در موارد خاصی امکان تفسیر قضایی برای قضات محاکم طبق اصل ۷۳ (ق.ا) وجود دارد. به دیگر سخن نمی‌توان فرضی را در سیستم حقوقی کشور ما تصور کرد که قانون به‌عنوان مثال از نظریه تعیینی تبعیت کرده باشد ولی رویه قضایی از نظریه تخییری تبعیت کند چون رویه قضایی نمی‌تواند خلاف نص صریح قانون باشد و الا اعتبار ندارد.

۲- همان طور که گفتیم مقنن در آخرین اراده خود یعنی در تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ همان طور که در سوابق تقنینی اشاره شد در دو ماده مجزا یعنی در ماده ۳۸۱ و ۳۶۰ از (ق.م.ا) در یک نظام قانونی واحد دو نظریه کاملاً متفاوت را مورد پذیرش قرار داده است؛ چیزی که در یک سیستم حقوقی ضابطه‌مند کاری خلاف عرف قانون‌گذاری است و غیرقابل قبول. چون مبانی هر یک از این نظریات با همدیگر متفاوت است و این به نظر ما به استنباط ناصحیح از آیات مربوط به قصاص و روایات وارده و احادیث منقول از ائمه معصومین (ع) مربوط می‌شود.

۳- در خصوص عکس‌العمل رویه قضایی هم به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که خوشبختانه در حال حاضر و حتی قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ رویه عملی دوایر اجرای احکام کیفری دادسراها بر این است که به نظریه تعیینی به معنای واقعی کلمه که در این مقاله بررسی شد پایبندند، و تمام جلد و جهد مسئولین و دادیاران و دادستان‌های اجرای احکام کیفری بر این است که ضمن اعتقاد و وفاداری به حق قصاص اولیای دم، سعی می‌کنند حتی‌الامکان قصاص اجرا نشود و به جنبه‌ها و جلوه‌های عدالت ترمیمی روی می‌آورند و سعی

عالی‌پژوه

شماره اول بهار ۱۳۹۶

#### 4. Common law

- اصل ۷۳ از قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ ش مقرر می‌دارد: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست» یعنی قضات می‌توانند تفسیر قضایی کنند و در ایران اصل بر تفکیک قوا است و قاضی نمی‌تواند قانون‌گذاری کند (اصل ۵۷ ق.ا) و تصمیم‌گیری قاضی صرفاً در محدوده پرونده است و نمی‌تواند به صورت عام و کلی حکم صادر کند (ماده ۴ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ ش)

می‌کنند به ای‌تحوکان یا رضایت اولیای دم را بگیرند یا با اخذ دیه از قاتل و دادن آن به اولیای دم، پرونده را مختومه کنند؛ این یعنی نظریه تعیینی به معنای واقعی و این یعنی بهادادن به سلطنت واقعی اولیای دم و محترم شمردن اراده و اختیار آن‌ها، و نگارنده به‌عنوان وکیل دادگستری و به‌عنوان کسی که سالیان سال است با قبول وکالت پرونده‌های متهمان و محکومان به قتل عمد و بعضاً با قبول وکالت اولیای دم و مداخله در مرحله اجرا بعینه این رویه مسلم را به‌خوبی ملاحظه می‌کنم و به نظر نگارنده مرحله اجرای حکم کیفری در پرونده‌های قتل بهترین نمود عینی نظریه تعیینی در نظام کیفری اسلام است و ترمیمی‌بودن مرحله اجرای احکام بالأخص در پرونده‌های قتل، مهم‌ترین رویکرد رویه قضایی اجرایی در سیستم حقوق کیفری ایران محسوب می‌شود و در جهت فراهم‌ساختن زمینه صلح و سازش در پرونده‌های قصاص و بر اساس بخشنامه مورخه ۱۳۸۱/۱۱/۱۶ ش رئیس قوه قضائیه نهادی به نام «واحد صلح و سازش» در دادگستری‌های سراسر کشور ایجاد کرده است...»<sup>۱</sup>

### نتایج و یافته‌های تحقیق

از مجموع مطالب مطروحه در مقاله به این نتایج می‌رسیم که:

- ۱- با بررسی نظریات مطروحه در فقه جزایی اسلام در مورد حق اعمال قصاص نفس و عضو، دو رویکرد عمده در بین فقهای اسلام وجود دارد که عبارت‌اند از نظریه تعیینی و نظریه تخییری.
- ۲- نظر مشهور در فقه امامیه و مقتضای این مذهب و اجماع حاصل، نظریه تعیینی است. ولی با توجه به برخی مشکلات عملی که ادعا می‌شود در اعمال نظریه حق تعیینی در قصاص ایجاد می‌شود، پاره‌ای از فقهای امامیه و اکثر فقهای اهل سنت به نظریه تخییر روی آورده‌اند اما این نظریه صرف‌نظر از اشتها آن، چندان قابل دفاع نیست و مبنای نظری و عقلی محکمی ندارد.
- ۳- به نظر نگارنده، نظریه مقبول و معقول در حوزه قصاص نفس و عضو، نظریه تعیینی است و علت اصلی اقبال به پذیرش نظریه تخییری، عدم تبیین دقیق مفهوم واژه‌های قصاص، ولی، تخییر و سلطنت است. اگر این واژه‌ها در کنار پیشینه تاریخی مجازات‌ها بالأخص قصاص در عصر نزول

۱. رهامی، پیشین: ۱۶۳.



آیه قصاص، به درستی تفسیر و تحلیل شود، تمام ایرادات نظریه تعیینی قابل رفع است زیرا مبنای تشریح حق قصاص، آیه «کتب علیکم القصاص فی القتلی» است؛ اما محدوده سلطنت، ولایت و حدود و ثغور اختیار ولی دم طبق آیه شریفه «مَنْ قَتَلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِیْهِ سُلْطٰناً» صورت می‌گیرد. تلفیق دقیق این دو آیه، مبین نظر قطعی شارح در پذیرش نظریه تعیینی است. از طرفی در بحث پرداخت تفاضل دیه هم اگر به مفهوم واقعی سلطنت و دکتزین احیای نفس توجّه شود این رویکرد هم به همان نظریه تعیینی رجعت کرده و چالش‌ها را برطرف خواهد کرد.

۴- عفو و دیه، نه در عرض قصاص، بلکه در طول پاسخ اصلی و اولیه قصاص نفس قرار می‌گیرد و برای قتل عمد اولاً و بالذات یک اختیار برای ولی دم پیش‌بینی شده است آن هم قصاص نفس است؛ اما در طول این پاسخ اصلی، پاسخ‌های غیرکیفری دیگری هم که هم‌وزن پاسخ اول نیستند و تناسبی هم با آن ندارد ولی در عین حال جنبه ترمیمی داشته و نماد صلح‌آمیز بودن احکام اسلام است جعل شده است و این حق البته صرفاً برای اولیاء دم پیش‌بینی شده است که اولیای دم با به‌کارگیری هوشمندانه حق خویش می‌توانند تمام انتقادات و غرض‌ورزی‌ها را حذف کرده و چهره رحمانی و حیاتی و عقلانی دین اسلام را به نمایش گذارند.

### پیشنهادها

با بررسی تحلیلی نظریات تعیینی و تخییری در قصاص نفس و مطالب مذکور بیان خلأها و مشکلات اجرایی و پیشنهادهای زیر برای برون‌رفت از معضلات حقوقی ارائه می‌شود:

۱- به مقنن پیشنهاد می‌شود در آئیه نزدیک با اصلاح و ادغام مواد ۳۶۰ و ۳۸۱ هر دو از ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ ش، نظریه تعیینی در حق قصاص را با لحاظ معانی واقعی قصاص، و احیای نفس، در تمام مراحل پرونده‌های قتل عمد در یک ماده قانونی به رسمیت بشناسد.

۲- به مقنن پیشنهاد می‌شود به دوگانگی پذیرش نظریات تعیینی و تخییری خاتمه داده در یک ماده قانونی صریحاً بیان دارد که منظور از سلطنت در آیه ۳۳ سوره مائده، فعال‌مایشاء بودن ولی دم و مدیریت آن‌ها در اتخاذ بهترین تصمیم حقوقی درباره وضعیّت حقوقی مقتول است؛ یعنی اگر اولیای دم به هر دلیلی نمی‌خواهند قصاص نفس را اجرا کنند مجاز باشند عفو بلاعوض

کرده یا بنا به درخواست خویش با تبدیل آن به دیه یا سایر جایگزین‌های موجود بر تشفی خاطر موردنظر دست یابند و این مسئله نیازی به رضایت مرتکب نداشته باشد تا بحث افزایش احکام محکومیت به قصاص نفس و ایرادات حقوق بشری و... پیش نیاید.

## منابع و مأخذ

### الف: منابع فارسی

۱. آماده، غلامحسین، «تأملی در ضرورت استیذان از ولی امر در مجازات قصاص»، پیام آموزش، ش ۱۹، ۱۳۸۷.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، علم حقوق در گذر تاریخ، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۳. حسنی، حسن، «بررسی کیفر واحکام قصاص و تطور آن در اعصار و نزد ملل مختلف»، مجله حقوق و مردم، ش ۳۰ و ۲۹، ۱۳۵۱.
۴. حکیمی نژاد، امرالله، «تأملی در ضرورت استیذان از ولی امر در مجازات قصاص»، پیام آموزش، ش ۴۸، ۱۳۸۹.
۵. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۶. رحیمی نژاد، اسماعیل؛ ذاکر، منصور، «واکاوی نظریه و وجوب تعیینی قصاص در قتل عمد در محاکمه با نظریه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۹، پاییز و زمستان ۹۲.
۷. -----، «دکترین احیاء نفس و رابطه آن با عدالت ترمیمی»، نامه مفید، ش ۸۲، اسفند ۱۳۸۹.
۸. رهامی، محسن، «عرفی شدن مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۹. -----، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۴، زمستان ۱۳۸۵.
۱۰. -----، «تحول و تعدیل مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، مجله اندیشه‌های حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲.

۱۱. ساریخانی، عادل؛ اسلامی‌نیا، قاسم، «بررسی تبدیل قصاص به دیه با فوت قاتل یا عدم دسترسی به وی»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره ششم، شماره زمستان ۱۳۹۳.
۱۲. سلیمانی، حسین، *عدالت کیفری در آیین یهود (مجموعه مقالات)*، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، چاپ اول، قم، ۱۳۸۴.
۱۳. سهرابی اسمرود، یعقوب (مهران)، «نگرشی نو به قاعده وزر» *پیام آموزش*، سال هشتم، ش ۴۵، ۱۳۸۹.
۱۴. شکری، رضا؛ قادر، سیروس، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، نشر مهاجر، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۵. صادقی، محمدهادی، *حقوق جزای اختصاصی (۱) (جرایم علیه اشخاص، صدمات جسمانی)*، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۷۸.
۱۶. معین، محمد، *فرهنگ معین*، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۰.
۱۷. محمدی جورکویه‌ای، علی، «تخیری یا تعیینی بودن حق قصاص»، *حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، ش ۴۴، ۱۳۹۴.
۱۸. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دهم، ۱۳۷۷.
۱۹. مزروعی، رسول، «گفتاری در عقلانیت قصاص»، *مجله تخصصی فقه اهل بیت*، سال ۷۵، ش ۷۶، ۱۳۹۲.
۲۰. موسوی کرمانشاهی، سیدسجاد، «تخیر در اصناف دیه در عصر حاضر»، *مجله تخصصی فقه اهل بیت*، سال ۱۹، ش ۷۲، ۱۳۹۲.
۲۱. ملکیان، روح‌اله، «قصاص در قرآن کریم»، *فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت*، سال شانزدهم، شماره ۶۴ - ۱۳۸۹، ۶۳.
۲۲. مدیرشانه‌چی، کاظم، *آیات/الأحكام*، انتشارات سمت، تهران، چاپ ششم، ۱۳۸۵.
۲۳. نوبهار، رحیم، «بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، پرتال جامع علوم انسانی (یادنامه استاد مهدی شهیدی)، بی تا

### ب: منابع عربی

۱. اصفهانی، علامه راغب، *المفردات فی الفاظ القرآن الکریم*، ترجمه حسین خداپرست، قم، انتشارات نوید اسلام، چاپ دوم، بهار ۱۳۸۹.
۲. زراعت، عباس؛ عبدالزهره، عناد، الغزالی، عبدالأمیر، *فرهنگ لغات عربی به فارسی و فارسی به عربی (معجم المصطلحات القانونیه)*، تهران، انتشارات خطّ سوم، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۳. خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکلمه المنهاج*، قم، انتشارات ستاره، چاپ سوم، ۱۴۲۸ق.
۴. موسوی خمینی (ره)، روح اله، *تحریر الوسیله*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ ۲۳، ۱۳۸۶.
۵. حر عاملی، محمدبن الحسن، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، قم، ایران، ۱۴۰۹ق.
۶. قیم، عبدالنبی، *فرهنگ معاصر میانه (عربی - فارسی)*، انتشارات فرهنگ معاصر، چاپ دوم، ۱۳۸۶.

### ج: منابع انگلیسی

1. Hudson, B, *understanding justice: An introduction to ideas, Theory*. Buckingham, England: open university press, 1996.
2. KAuko, Aromaa, "Responsible criminal policy crime and criminal policy", *crimino logyjos studijos*, 2014.



## مقررات مربوط به حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و مقایسه آن با حقوق کار ترکیه

دکتر محمدرضا مجتهدی<sup>۱</sup>

لاله ایزدی<sup>۲</sup>

**چکیده:** مزد به عنوان نتیجه خدمات کارگر به کارفرما باید مورد توجه و حمایت قرار گیرد. یکی از این توجهات، سیاست‌های حمایتی تعیین حداقل دستمزد است تا کارفرما نتواند کمتر از مقدار تعیین شده به کارگر بدهد و همچنین این حداقل مزد باید به نوعی تعیین شود که بتواند نیازهای کارگر را تأمین کرده و مطابق شرایط اقتصادی جامعه باشد. بر این اساس روش‌های تعیین حداقل دستمزد یکی از مهم‌ترین موضوعات اقتصادی و اجتماعی است که هر کشور بر اساس اقتصاد و سیاست‌هایی که در این زمینه دارد، یکی یا ترکیبی از آن‌ها را انتخاب می‌کند. سازمان بین‌المللی کار صرفاً روش تعیین حداقل دستمزد بر اساس مراجع تعیین آن را معرفی کرده است. علاوه بر این روش که آن سازمان معرفی کرده است، روش‌هایی وجود دارد که بر اساس موضوع کار و گستره جغرافیایی، حداقل دستمزد را مشخص می‌کنند. ایران و ترکیه نیز روش‌هایی بر اساس سیستم اقتصادی و اجتماعی خود انتخاب کرده‌اند که در اغلب موارد مشابه هم بوده و تفاوت‌های اندکی در این خصوص دارند. در این جستار، سعی بر آن است با ارائه الگوی مطلوبی که سازمان بین‌المللی کار در این خصوص ارائه داده است به بررسی روش‌های حداقل دستمزد در این دو کشور پرداخته شود.

**کلیدواژگان:** حداقل دستمزد، ایران، ترکیه، معیار تعیین، روش تعیین، دوره تعدیل.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، استاد حقوق دانشگاه تبریز. [mojtehed2004@yahoo.com](mailto:mojtehed2004@yahoo.com)

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز. [izadirji@gmail.com](mailto:izadirji@gmail.com)

## ۱- مقدمه

تعیین حداقل دستمزد<sup>۱</sup> یکی از مهم‌ترین موضوعات اقتصادی کشور است که مورد توجه دولت و بخش گسترده جامعه است. این امر نیازمند اصول و ضوابطی است که از طریق قانون برای آن تعیین می‌شود. اهمیتی که تعیین حداقل دستمزد دارد به دلیل مربوط بودن آن به قشر کارگر جامعه است؛ طی تحولاتی که بیش از یک قرن پیش اتفاق افتاد، صنعت گسترش پیدا کرده و عده بیکاران نیز بیشتر شد. این برهم خوردن تعادل نتیجه‌ای جز زیاد شدن بیکاران نداشت که به دلیل نیازهای معیشتی مجبور به انجام کار با اجرت پایین بودند و این باعث گسترش فقر در جامعه می‌شد، به این دلیل دولت‌ها تصمیم به تعیین حداقل مزدی گرفتند که کارفرما نباید از آن میزان کمتر به کارگر پردازد تا از این طریق بتواند از قشر ضعیف جامعه حمایت کند. با توجه به اهمیتی که حداقل دستمزد برای کارگران، کارفرمایان و دولت دارد، برای تعیین بهتر حداقل دستمزد نیاز به قالب‌بندی قانونی است تا معیارها، ضوابط، دوره تعدیل، مجازات‌ها و... را مشخص کند تا امکان تعدی در آن وجود نداشته باشد. این قالب‌بندی در کشورهای مختلف به گونه‌های متفاوت است که مقایسه آن‌ها بهترین راه برای شناخت کمبودها و امتیازهای کشورهای مختلف ایجاد می‌کند. به این منظور در این تحقیق تلاش شده است ابعاد و زوایای مختلف حداقل دستمزد و روش‌های آن در حقوق کار ایران و ترکیه مقایسه شده و به درک بهتری از حقوق کار هر دو کشور برسیم. از طرفی دیگر تحقیق و کوشش‌هایی که در این زمینه وجود دارد اکثراً از بعد اقتصادی است و کمتر توجهی به جنبه حقوقی آن شده است، لذا در این مقاله ابتدائاً به تاریخچه و مفاهیم و سپس به روش‌ها و معیارهای تعیین حداقل دستمزد و دوره تعدیل آن پرداخته می‌شود. اما سؤالاتی که در این راستا در این تحقیق می‌خواهیم به آن‌ها پاسخ دهیم عبارت‌اند از:

۱- تفاوت و تشابهات حقوق کار ایران و ترکیه در زمینه تعیین حداقل دستمزد کدام‌اند و

چگونه؟

۲- مراجع تصمیم‌گیری در مورد تعیین حداقل دستمزد در این دو کشور چگونه است و نحوه

تصمیم‌گیری‌شان به چه صورتی است؟

1. the minimum wage.



### ۳- دوره تعدیل در حقوق کار ترکیه و ایران چگونه است؟

#### ۲- سیر تحول تاریخی

از دیرباز اندیشه حداقل دستمزد مورد توجه بوده است. در حدود سال‌های ۱۷۰۰ تا ۲۰۰۰ قبل از میلاد، به موضوع حداقل دستمزد در قوانین حمورابی اشاره شده است که «اگر کسی کارگر کشاورزی استخدام کند باید حداقل هشت گوسفند سالانه مزد بپردازد» و یا بر اساس لوح‌های به‌دست‌آمده در تخت جمشید، مزد کارگران به‌طور عمده به‌صورت جنسی پرداخت می‌شد و پایه اصلی محاسبه آن جو و حداقل مزد یک مرد ۳ «بن» جو در ماه بود؛ یک «بن» ده «دقه» و هر «دقه» نود و هفت صدم لیتر بود. در عصر حاضر زلاندنو در سال ۱۸۹۴ و استرالیا در سال ۱۹۰۹، فرانسه در سال ۱۹۱۵، اتریش در سال ۱۹۲۶ و بلژیک در سال ۱۹۳۴ قوانینی را در مورد حداقل دستمزد به‌اجرا گذاشتند. در ادامه برخی کشورهای آفریقایی بعد از جنگ جهانی اول قوانینی را به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده از استخدام کارگران بومی تصویب کردند.<sup>۱</sup> در کشورهای آسیایی مقررات مربوط به حداقل دستمزد تحولات متفاوتی را داشته است و شروع اجرای این مقررات نسبت به سایر کشورها دامنه محدودی داشته است. کشورهای فیلیپین، ایران، لبنان، سوریه، افغانستان، ترکیه و عراق نسبت به سایر کشورهای آسیایی مقررات مربوط به دستمزد را با پوشش وسیع‌تری تصویب و اجرا کرده‌اند. در این بین فیلیپین نسبت به سایر کشورها سابقه طولانی‌تری دارد.<sup>۲</sup> اما قدمت تعیین دستمزد در ترکیه مربوط به دوره سلجوقی است که در آن مؤسسه‌ای به‌طور خاص به دستمزد و تنظیم روابط و نظارت بر کارآموزان، سرکارگران و کارگرانی که نزد اصناف و صنعتگران کار می‌کردند، می‌پرداخت. در دوره عثمانی هم تحت یک فرمان تاریخی در سال ۱۸۰۶ حداقل دستمزد با واحد پول آن زمان تعیین شد.

۱. نجفی کاج‌آبادی، قاسم، «نگاهی به روش‌های تعیین حداقل دستمزد و شیوه‌های اجرای آن در برخی کشورها و ایران»، کار و جامعه، آبان ۱۳۹۰، ص ۶۰.  
۲. عیسی‌زاده، سعید و دیگران، «تحلیلی بر حداقل دستمزد و آثار اقتصادی آن بر علوم اقتصادی»، زمستان ۱۳۸۸، شماره ۹، صص ۱۳۲-۱۳۳.

در دوره جمهوری هم برای اولین بار در تاریخ ۱۹۳۶ در قانون کار شماره ۳۰۰۸ در ماده ۳۲ حداقل دستمزد جای گرفت. بر اساس این قانون به دلیل ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی، در مشاغلی که وزارت اقتصاد پیشنهاد می‌کند، باید بر اساس اینکه کار ساعتی، روزانه، هفتگی و یا ماهانه است و بر اساس واحد کار و مقدار آن، حداقل دستمزد پرداختی تحت یک نظام هماهنگ پرداخت معین می‌شد. اما چون این قانون به شکل آئین‌نامه در نیامده بود سیستم تعیین حداقل دستمزد مناطق در آن دوره ایجاد نشده بود. تا اینکه در سال ۱۹۵۰ در ماده ۳۲ قانون کار شماره ۵۵۱۸ کار تعیین حداقل دستمزدها به کمیسیون محلی منتقل شد که وزارت کار این کمیسیون‌ها را انتخاب می‌کرد و همچنین این وزارت در سال ۱۹۵۱ آئین‌نامه‌ای برای عملی کردن حداقل دستمزد تصویب کرد که بر طبق آن مزد یک روز کاری معمولی که بتواند نیازهای ضروری و اولیه خود را تأمین کند مبنای تعیین حداقل دستمزد قرار گرفت. به این دلیل شروع تعیین حداقل دستمزد سال ۱۹۵۱ شناخته می‌شود. بعد از آن در سال ۱۹۵۳ برای عوامل و کارکنان مطبوعاتی و کارکنان دریایی حداقل دستمزد به شکل خاص معین شد و آئین‌نامه هر کدام از آن‌ها نیز به تصویب رسید. مابین سال‌های ۱۹۵۱ و ۱۹۶۷ تعیین حداقل دستمزد وظیفه کمیسیون‌های محلی بود اما در سال ۱۹۶۷ شرایط حداقل دستمزد به وسیله قانون کار شماره ۹۳۱ در یک مقررات جدید مشخص شد. بر اساس این قانون که در سال ۱۹۶۸ تصویب شد کمیسیون‌های محلی برداشته شد و به جای آن یک کمیسیون باقی ماند. علاوه بر آن این حداقل دستمزد اعلامی، شامل همه کارکنان می‌شد و از آن به بعد تعیین حداقل دستمزد دو سال یک‌بار انجام می‌شد. با وجود این، دادگاه قانون اساسی در سال ۱۹۶۹ قانون کار شماره ۹۳۱ را ابطال کرد اما این تغییرات باز هم در قانون کار شماره ۱۴۷۵ جای گرفت. قانون کار ۴۸۵۷ مصوب ۲۰۰۳ با اینکه در سیستم حداقل دستمزد نوآوری جدیدی نداشت اما در معیت قانون ۱۴۵۷ نظام گسترده‌ای رادر بر گرفت.<sup>۱</sup> اما آخرین مصوبه‌ای که در مورد تعیین حداقل دستمزد تصویب شد آئین‌نامه حداقل دستمزد مصوب سال ۲۰۰۴ بود.<sup>۲</sup>

1. Alpaydın ,Yusuf, «Türkiye’de İnsani Ücretin Hesaplanması: Türkiye İçin Bir Model» , ezegen Basım San,İstanbul, ۲۰۱۵ ,ss ۳۰-۲۹.
2. KORKMAZ ,Adem , «Türkiye’de Asgari Ücretin Hukuksal Yönü» , International Journal of Alanya Faculty of Business, Yıl:2012, C:4, S:155.

در ایران تعیین حداقل دستمزد و شناسایی آن در نظام حقوقی آن اندکی دیرتر از کشور ترکیه صورت گرفت. در ایران طرح آئین‌نامه مربوط به حداقل دستمزد و طبقه‌بندی کارگران برای اولین بار از طرف شورای عالی کار در سال ۱۳۲۵ توسط هیئت وزیران به تصویب رسید. حداقل دستمزد کارگر ساده طبق این آئین‌نامه، در تمام نقاط کشور براساس هزینه زندگی تعیین شد. علی‌رغم تأثیری که مفاد این آئین‌نامه در ثبات اوضاع کارگری داشت، لیکن به علت اوضاع نابسامان اقتصادی، جز در مرکز آبادان و مناطق نفت‌خیز در سال ۱۳۳۷ و در چارچوب پیمان‌های خاص دسته‌جمعی در جای دیگری به مرحله اجرای قطعی نرسید. به دنبال تصویب قانون کار سال ۱۳۳۷ و تأیید همان اصول، آئین‌نامه‌ای نیز در سال ۱۳۳۹ به تصویب شورای عالی کار رسید که این آئین‌نامه به اجرا درنیامد و آئین‌نامه مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۱۵ شورای عالی کار جایگزین آن شد. بر پایه ماده ۲۲ قانون کار مصوب سال ۱۳۳۷ حداقل دستمزد باید هر دو سال یک‌بار توسط هیئتی مرکب از نمایندگان دولت، کارفرماها و کارگران پیشنهاد شود و پس از تأیید وزارت کار و امور اجتماعی و تصویب شورای عالی کار به اجرا گذاشته شود. شورای عالی کار از سال ۱۳۵۰ تا ۱۳۵۷، حداقل دستمزد را بر مبنای صنایع مختلف و نیز مناطق سه‌گانه (منطقه یک، مراکز استان‌ها و مناطق دو و سه شهرهای دورتر) تعیین کرد. در سال ۱۳۵۲ نیز مقرر شد که حداقل دستمزد در عوض دو سال یک‌بار، در هر سال تعیین شود.

در ادامه پیگیری اهداف تعیین حداقل دستمزد و به استناد ماده ۲۲ قانون کار و تبصره ۵ ماده واحده قانون اجرای طرح طبقه‌بندی مشاغل در کارگاه‌ها، شورای عالی کار ضمن ادغام مناطق یک و دو در تاریخ ۱۳۵۶/۱/۲۷، حداقل دستمزد واحدی را برای کل کشور و حداقل دستمزدهای مختلفی را برای صنایع مختلف تعیین کرد. از آغاز سال ۱۳۵۸ تقسیم‌بندی برحسب صنایع نیز حذف و یک حداقل دستمزد کلی اعلام شد.<sup>۱</sup> سرانجام در ماده ۴۱ قانون کار ۱۳۶۹ همچون قوانین پیشین نظام حداقل دستمزد نیز الزامی دانسته شد و تنها در روش آن تحولاتی رخ داد.<sup>۲</sup>

۱- عیسی‌زاده، سعید، «اثرات تورمی حداقل دستمزد در بخش صنعت: مطالعه موردی ایران»، کار و جامعه، شهریور و مهر ۱۳۸۹، شماره ۱۲۳ و ۱۲۴، ص ۱۲.

۲- ابدی، سعیدرضا و دیگران، «نظام حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و ایالات متحده آمریکا»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵، ص ۱۹۱.

### ۳- تعارف و مفاهیم حداقل دستمزد

تعاریف مختلفی از حداقل دستمزد ارائه شده است که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: «حداقل دستمزد عبارت است از نرخ‌های مزدی که از طریق قانون یا مذاکرات دسته‌جمعی برقرار می‌شود و با مزدهای پایین‌تر از این نرخ‌ها نمی‌توان کارگران را استخدام کرد یا به‌عبارت‌دیگر مزدها نمی‌توانند و نباید از این حد پایین‌تر باشند و پرداخت آن باید به‌صورت نقدی باشد و پرداخت‌های غیرنقدی که در قراردادهای پیش‌بینی می‌شود به‌عنوان پرداختی تلقی می‌شود که اضافه بر حداقل مزد است» یا «منظور از حداقل مزد، مزدی است که بدون توجه به میزان بهره‌وری کار و دیگر روابط و قوانین حاکم بر مزدها نظیر عرضه و تقاضای نیروی کار، قدرت چانه‌زنی و مذاکرات دسته‌جمعی، صرفاً بنا بر ملاحظات زیستی و معیشتی کارگر و خانواده او تعیین می‌شود».<sup>۱</sup>

در هیچ‌یک از مقاله‌نامه‌ها و توصیه‌نامه‌های مصوب سازمان بین‌المللی کار در زمینه حداقل دستمزد و حمایت از مزد از واژه حداقل دستمزد تعریفی ارائه نشده است. اما در یکصد و هشتمین نشست کارشناسان سازمان بین‌المللی کار، تعاریف زیر در این خصوص ارائه شده است: «حداقل دستمزد نشان‌دهنده پایین‌ترین سطح مزدی است که بر اساس عرف و یا قانون صرف‌نظر از روش محاسبه آن یا صلاحیت کارگر در تصدی شغل تعیین می‌شود و یا حداقل مزد عبارت از مزدی است که در هر کشور اعتبار قانونی دارد و با تصدی شغل، تعیین می‌شود و ضمانت‌های کیفی (یا ضمانت‌های متناسب دیگر) به اجرا درمی‌آید».<sup>۲</sup>

اما در قوانین ایران و ترکیه بدون آنکه تعریفی از حداقل دستمزد ارائه شود نحوه تعیین حداقل دستمزد بیان شده است که با توجه به آن قوانین می‌توان گفت در کشور ترکیه حداقل مزد عبارت است از مزد یک روز کاری معمولی از جهت تهیه و تأمین غذا، مسکن، لباس، بهداشت، حمل و نقل و نیازهای فرهنگی کارگران به‌عنوان احتیاجات روزمره که برای اصلاح وضعیت اجتماعی و اقتصادی آن‌ها داده می‌شود. در ایران نیز حداقل دستمزد عبارت است از حداقل مزدی که بدون

۱. عیسی‌زاده، سعید و دیگران، «حداقل دستمزد و روش‌های تعیین آن»، مجله بررسی‌های بازرگانی، شماره ۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۲۲.

۲. حاجیها، فاطمه، «نگرشی تطبیقی بر مزد در حقوق ایران و موازین بین‌المللی»، کار و جامعه، شماره ۳۵، شهریور ۱۳۷۹، ص ۴۲.

توجه به ویژگی‌های جسمی و روحی و ویژگی‌های کار محول‌شده باید به کارگر داده شود تا بتواند هزینه یک خانوار را که متوسط آن را مراجع دولتی مشخص می‌کند، از آن مزد تأمین کند.

#### ۴- اهداف تعیین حداقل دستمزد

یکی از اهداف مهم اقتصادی اجتماعی دولت‌ها حمایت و پشتیبانی از نیروی کار جهت حفظ و ارتقای قدرت خرید و رفاه زندگی و تأمین امنیت شغلی آنان و در نهایت ایجاد محیطی مناسب برای نیروهای فعال جامعه است. نظریه‌های حقوق و دستمزد به‌طور عمده شامل نظریه عرضه و تقاضا، هزینه زندگی، قدرت پرداخت، کارایی و سایر نظریات جدیدند که غالباً کرامت انسانی کارگر را مورد توجه قرار نمی‌دهند. از این رو حداقل دستمزد و دیگر استانداردهای اشتغال برای بهبود وضعیت نیروهای فعال جامعه و ترویج رفتار قانونی تر کارکنان به‌وجود آمده‌اند.

مطالعات و بررسی‌هایی که در زمینه هدف‌های تعیین حداقل دستمزد به‌عمل آمده، نشان می‌دهد که هدف اکثر دولت‌ها جلوگیری از استثمار نیروی انسانی، بالارفتن سایر سطوح دستمزد، از میان‌بردن رقابت غیرقانونی کارفرمایان، تأمین رشد سریع و توزیع عادلانه درآمد ملی بوده است. بدین ترتیب حداقل دستمزد و روش‌های تعیین آن می‌تواند از لحاظ اجتماعی اهمیت ویژه‌ای داشته باشد.<sup>۱</sup> در ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر این اهداف تا حدودی مورد تأکید قرار گرفته و گفته شده است هر کس در مقابل کار حق دارد دستمزدی منصفانه و ارضاکننده دریافت کند که برای او و خانواده‌اش وجه معیشتی فراهم آورد که شایسته حیثیت کمال‌یافته انسانی باشد و در صورت مقتضی حق دارد از کلیه وسایل حمایت اجتماعی استفاده کند. همچنین مبارزه با فقر و ارضای نیازهای کارگران و خانواده‌های آن‌ها مهم‌ترین هدفی است که در توصیه‌نامه ۱۳۵ سازمان بین‌المللی کار راجع به تعیین حداقل دستمزد در کشورهای در حال توسعه مورد تأکید قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

۱. نجفی کاج‌آبادی، قاسم، «نگاهی به روش‌های تعیین حداقل دستمزد و شیوه‌های اجرای آن در برخی کشورها و ایران»، پیشین، ص ۵۸.

۲. ابدی، سعیدرضا و دیگران، «نظام حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و ایالات متحده»، ص ۱۹۱.

بر طبق ماده ۵ قانون اساسی ترکیه «تأمین رفاه و آرامش اشخاص و جامعه و حفظ حقوق و آزادی‌های اساسی اشخاص با رفع موانع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی محدودکننده حقوق و آزادی‌های اساسی و رفع عوامل ناهماهنگ با قواعد عدالت و حقوق اجتماعی دولت و کوشش در مسیر فراهم ساختن شرایط لازم برای توسعه و رشد مادی و معنوی انسان» یکی از اهداف و وظایف دولت شمرده شده است. بر این اساس عدالت و حقوق اجتماعی و رشد و توسعه مادی و معنوی یکی از اهداف دولت است که با تعیین حداقل دستمزد می‌تواند تا حدودی به این اهداف دست یابد. در این راستا ماده ۳۹ قانون کار شماره ۴۸۵۷ نیز در صدر ماده این موضع را در نظر گرفته هدف تعیین حداقل دستمزد را اصلاح وضعیت اجتماعی و اقتصادی کارگران دانسته است و بدین گونه هدف تعیین حداقل دستمزد به صورت صریح بیان شده است.

اصل چهل و سوم قانون اساسی ایران تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او را یکی از ضوابطی می‌داند که اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر آن استوار شده است. بند چهار این اصل رعایت آزادی انتخاب شغل، و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگران را بیان کرده است. از این اصل استنباط می‌شود که جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگران یکی از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران است که یکی از موارد جلوگیری از این کار، تعیین حداقل دستمزد است. ولی در قانون کار جمهوری اسلامی ایران در مورد اهداف تعیین حداقل دستمزد سکوت شده است.

### ۵- روش‌های تعیین حداقل دستمزد

در هر کشوری برای تعیین حداقل دستمزد به گونه‌های مختلفی عمل می‌شود که از دو نظر ممکن است با همدیگر متفاوت شود یکی بر اساس گستره جغرافیایی و صنایع مختلف و دیگری بر حسب مرجع وضع حداقل دستمزد.

۱- روش تعیین حداقل دستمزد بر اساس گستره جغرافیایی و صنایع مختلف: در این روش بر اساس مناطق مختلف یا صنایع گوناگون حداقل دستمزد را مشخص می‌کنند و همچنین در این

روش ممکن است یک حداقل دستمزد برای کل کشور انتخاب شود. صاحب‌نظران، برای تعیین حداقل دستمزد سه سیاست و روش را معرفی می‌کنند:

الف- تعیین حداقل دستمزد در سطح ملی به صورت یکنواخت: فراگیرترین شیوه گسترده حداقل دستمزد «حداقل دستمزد ملی» است که در سراسر کشور معتبر است. گرچه تعیین یک حداقل دستمزد برای کل مناطق و بخش‌های مختلف اقتصادی با انتقادهای زیادی همراه است اما اطلاع‌رسانی و نظارت بر آن نسبتاً ساده است. ایران، کره جنوبی، آرژانتین، ترکیه و شیلی از جمله کشورهای دارای حداقل دستمزد ملی هستند.<sup>۱</sup> یادآور می‌شود با آنکه طبق قانون کار ایران، راه برای تعیین حداقل دستمزد منطقه‌ای و بخشی باز است از سال ۱۳۵۵ و بنا بر قانون تعیین یک حداقل دستمزد ملی، تنها یک سطح حداقل دستمزد در کشور وجود دارد که شامل تمامی کارگران در تمامی مناطق و گروه‌های فعالیتی می‌شود. بنابراین کشور ایران و ترکیه را می‌توان در یک طبقه‌بندی جزو کشورهایی به حساب آورد که یک حداقل دستمزد برای کل کشور انتخاب می‌کنند.<sup>۲</sup>

ب- تعیین حداقل دستمزد برای هر منطقه به صورت متفاوت: طبق سیاست‌های مزد به صورت متفاوت، افزایش مزدهای هر بخش و منطقه و گاهی نیز هر بنگاه، به تحول بهره‌وری همان منطقه و بنگاه معین مربوط می‌شود و از آنجا که اصولاً بنیان‌های مناطق، بخش‌ها و بنگاه‌ها و در نتیجه، نرخ و تغییرات بهره‌وری متفاوت است، لذا میزان افزایش مزدها نیز در یک منطقه و بخش، با منطقه و بخش دیگر متفاوت خواهد بود.

ج- تعیین حداقل دستمزد به صورت مختلط: این روش، تلفیقی از دو روش قبلی است. بدین ترتیب، علاوه بر اینکه یک حداقل مزد ملی تعیین می‌شود، برای مناطق مختلف و صنایع گوناگون نیز حداقل مزد جداگانه‌ای وضع می‌شود. طبق این سیاست، سهم نسبی حداقل مزد در مجموعه درآمد ملی تعیین می‌شود و بر مبنای سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی تنظیم می‌شود و با

۱. عیسی‌زاده، سعید و دیگران، «حداقل دستمزد و روش‌های تعیین آن»، پیشین، ص ۲۵.

۲. موسی، سیدمحمد و دیگران، «معیارها و روش‌های تعیین حداقل دستمزد؛ بررسی مقایسه‌ای قوانین کار کشورهای منتخب و

سازمان بین‌المللی کار»، کار و جامعه، مرداد ۱۳۹۲، شماره ۱۵۹، ص ۴۵.

توجه به ضریب اهمیت و تأثیر هر یک از نسبت‌ها بر روی توسعه اقتصادی اجتماعی، به تدریج در نسبت مزدها تجدیدنظر می‌شود. سپس، با مشخص شدن نسبت‌ها، برای از بین بردن شکاف‌های موجود عایدی گروه‌های کم‌درآمد نسبت به عایدی گروه‌های متوسط و متمول و نظایر آن عمل می‌شود.<sup>۱</sup>

۲- روش تعیین حداقل دستمزد از نظر مرجع وضع: در توصیه‌نامه شماره ۱۳۵ سازمان بین‌المللی کار، قانون، تصمیم‌های مقام صلاحیت‌دار، تصمیم‌های هیئت یا شورای تعیین دستمزد، تصمیم‌های دادگاه‌های کار و تصمیم‌هایی که به مفاد پیمان‌های دسته‌جمعی اعتبار قانونی می‌بخشد، جزء روش‌هایی هستند که برای تعیین حداقل دستمزد نام برد شده است و بسته به شرایط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی هر کشور یکی از شیوه‌های فوق یا ترکیبی از آنها ممکن است به کار گرفته شوند.

در کشور ترکیه از هر یک از گروه‌های دولت، کارگران و کارفرمایان ۵ نماینده در کمیسیون حداقل دستمزد حضور دارند که در ماده ۸ آئین‌نامه حداقل دستمزد مصوب سال ۲۰۰۴ به آن اشاره شده است. اعضای دولتی آن عبارت‌اند از مدیر کل وزارت کار یا معاون او، مدیر کل بهداشت و ایمنی حرفه‌ای یا معاون او، رئیس مؤسسه دولتی آمار از گروه آمار اقتصادی و یا معاون او (کار، خدمات، گروه آمار و شاخص اقتصادی)، نماینده وزارت خزانه‌داری، رئیس شعبه مربوط به معاونت سازمان برنامه‌ریزی دولتی یا مقامی که به او اختیار داده شده است؛ از گروه کارگری پنج نماینده کارگری به انتخاب سازمان کارگری که اکثریت کارگران را در شاخه‌های مختلف اقتصادی دارند و از گروه کارفرمایان پنج نماینده به انتخاب بزرگ‌ترین تشکیلات آنها در شاخه‌های مختلف. ذکر این نکته لازم است که این کمیسیون به ریاست یکی از اعضای این کمیسیون که وزارت کار و تأمین اجتماعی معین کرده و با مشارکت ۱۰ نفر تشکیل شده است و تصمیم با اکثریت آرا اتخاذ می‌شود.

در ایران از سال ۱۳۲۵ و ۱۳۶۲ وضع حداقل دستمزد در دو مرحله صورت می‌گرفت؛ بدین شرح که ابتدا هیئتی سه‌جانبه مرکب از نمایندگان دولت، کارگران و کارفرمایان حداقل دستمزد را

۱. رضوی، سیدمحمد، «بررسی وضعیت حداقل دستمزد، تازه‌های اقتصاد»، مهر ۱۳۷۶، شماره ۶۵، ص ۵۲.



تعیین و سپس شورای عالی کار آن را تصویب می‌کرد اما اکنون از سال ۱۳۶۹ که ماده ۴۱ مجراست حداقل دستمزد در یک مرحله و توسط شورای عالی کار در قالب بخشنامه صورت می‌پذیرد.<sup>۱</sup> در مورد شورای عالی کار می‌توان گفت که بر طبق ماده ۱۶۷ قانون کار در وزارت کار و امور اجتماعی شورایی به نام شورای عالی کار تشکیل می‌شود. وظیفه شورا انجام همه تکالیفی است که به موجب این قانون و سایر قوانین مربوط به عهده آن واگذار شده است. اعضای شورا متشکل از سه نفر از نمایندگان دولت که عبارت‌اند از وزیر کار و امور اجتماعی، که ریاست شورا را به عهده خواهد داشت، دو نفر از افراد بصیر و مطلع در مسائل اجتماعی و اقتصادی به پیشنهاد وزیر کار و امور اجتماعی و تصویب هیئت وزیران که یک نفر از آنان از اعضای شورای عالی صنایع انتخاب خواهد شد، سه نفر از نمایندگان کارفرمایان (یک نفر از بخش کشاورزی) به انتخاب کارفرمایان و سه نفر از نمایندگان کارگران (یک نفر از بخش کشاورزی) به انتخاب کانون عالی شوراهای اسلامی کار. شورای عالی کار از افراد فوق تشکیل شده که به استثنای وزیر کار و امور اجتماعی بقیه اعضای آن برای مدت دو سال تعیین و انتخاب می‌شوند و انتخاب مجدد آنان بلامانع است و هر یک از اعضای شرکت‌کننده در جلسه دارای یک رأی خواهند بود. بنابراین با توجه به این ماده روش تعیین حداقل دستمزد به لحاظ مرجع وضع از طریق شورای عالی کار و به طریق معیارهای قانونی است.

با ملاحظه قانون کار ایران و ترکیه استنباط می‌کنیم که علی‌رغم تفاوت‌های اندکی که در مرجع تصمیم‌گیری و روش تعیین حداقل دستمزد وجود دارد ولی در هر دو کشور حداقل دستمزد توسط هیئت یا شورای تعیین دستمزد و توسط قانون تعیین می‌شود.

## ۶- معیارهای تعیین حداقل تعیین دستمزد

اینکه بر چه اساسی حداقل دستمزد تعیین می‌شود یکی از مهم‌ترین بحث‌های شرکای اجتماعی در تعیین حداقل دستمزد است. سابقه و تجربه جهانی نشان می‌دهد معیارهای تعیین حداقل دستمزد طی زمان و در میان کشورها در حال تغییر است. این بدان علت است که هر کدام از این معیارها با

۱. ابدی، سعیدرضا و دیگران، «نظام حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و ایالات متحده آمریکا»، پیشین، ص ۱۹۵.

اهداف متفاوتی تعیین می‌شود. حداقل دستمزد در کشوری ممکن است به‌عنوان شیوه‌ای برای تضمین یک سطح استاندارد مناسب زندگی باشد که در این میان معیار قدرت خرید نسبت به سایر معیارها اولویت خواهد داشت و درعین حال در کشوری دیگر مبارزه با تورم در اولویت باشد.<sup>۱</sup>

ماده ۳ مقاوله‌نامه ۱۳۱ سازمان بین‌المللی کار با در نظر گرفتن همه این موارد، عناصر موردلحاظ در تعیین حداقل دستمزد را عبارت می‌داند از؛ نیازهای کارگران و خانواده آن‌ها، سطح عمومی مرزها در کشور، هزینه زندگی، مزایای تأمین اجتماعی، سطح زندگی کارگران در قیاس با سایر گروه‌های اجتماعی، عوامل اقتصادی شامل ضرورت‌های توسعه اقتصادی، سطوح بهره‌وری، اشتیاق جهت دستیابی و حفظ اشتغال در سطح متعالی را عنوان کرده است.

همان‌طور که قبلاً گفته شد طبق قانون کار شماره ۴۸۵۷ ترکیه، هدف از تعیین حداقل دستمزد اصلاح وضعیت اقتصادی و اجتماعی کارگران است فلذا آئین‌نامه حداقل دستمزد مصوب ۲۰۰۴ با در نظر گرفتن این هدف، برای تعیین حداقل دستمزد به معیارهایی چون وضعیت اقتصادی و اجتماعی کشور، شاخص هزینه‌های زندگی، وضعیت کلی شاخص واقعی درآمدها و استاندارد زندگی توجه دارد.

در ایران طبق ماده ۴۱ قانون کار، شورای عالی کار همه‌ساله موظف است، میزان حداقل مزد کارگران را برای نقاط مختلف کشور و یا صنایع مختلف با در نظر گرفتن حداقل مزد کارگران با توجه به درصد تورمی که از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌شود، تعیین کند و همچنین حداقل دستمزد را باید به گونه‌ای تعیین نمایند تا زندگی یک خانواده را که تعداد آن توسط مراجع رسمی اعلام می‌شود، تأمین کند.<sup>۲</sup> بدیهی است که یکی از ابزارهای لازم برای وضع حداقل دستمزد، بررسی و تعیین میزان واقعی درآمد، هزینه خانوار کارگری در بخش‌های مختلف اقتصادی و همچنین وضع حداقل سبد هزینه خانوار کارگری است که قبلاً به صورت محدود توسط اداره مزد و بهره‌وری انجام می‌گرفته است، لیکن از آنجاکه داده‌های آماری این بررسی

۱. عیسی‌زاده، سعید و دیگران، «تحلیلی بر حداقل دستمزد و آثار اقتصادی آن بر علوم اقتصادی»، ص ۱۳۶.

۲. موسی، سیدمحمد و دیگران، «معیارها و روش‌های تعیین حداقل دستمزد؛ بررسی مقایسه‌ای قوانین کار کشورهای منتخب و سازمان بین‌المللی کار»، ص ۴۵.

کاربردهای متنوعی داشت از جمله مبنا قرار دادن آن در محاسبات مربوط به حداقل دستمزد، و نیز ضرورت اجرای آن به صورت جامع و عملی اجتناب‌ناپذیر بود، لذا از سال ۱۳۶۶ انجام این بررسی به اداره کل آمار و مطالعات نیروی انسانی وزارت کار و امور اجتماعی محول شد. وزارت کار و امور اجتماعی نیز برای تعیین حداقل سبد هزینه زندگی خانوار کارگری از طریق پرسشنامه‌های مختلف در طول سال در مناطق مختلف شهری به بررسی قیمت‌ها و به دست آوردن متوسط قیمت اقلام خوراکی و غیرخوراکی اقدام می‌کند و معمولاً فرم حداقل سبد هزینه، با مراجعه به محل خرید طبقات کم‌درآمد و متوسط تکمیل می‌شود.<sup>۱</sup>

تعداد اعضای خانواده در قانون کار پیشین یک مرد، یک زن و دو فرزند (۱۲ساله) اعلام شده بود، اما بند ۲ ماده ۴۱ تعداد اعضا خانواده متوسط را با توجه به سیاست‌های دولت در کنترل جمعیت به اعلام مراجع رسمی موکول کرده است.<sup>۲</sup> بنابراین با در نظر گرفتن قوانین ایران و ترکیه می‌توان گفت که تورم و نیازهای معیشتی دو معیاری است که در مقاله‌نامه سازمان کار هم مورد عنایت بوده و در هیئت‌های تعیین دستمزد هر دو کشور مورد توجه است و در این خصوص می‌توان گفت هر دو کشور خود را به معیارهای جهانی نزدیک کرده‌اند.

## ۷- دوره تعدیل

در توصیه‌نامه شماره ۱۳۵ سازمان بین‌المللی کار در مورد دوره تعدیل حداقل دستمزد تعبیر «هرچند یکبار» را آورده است که هرچند یکبار حداقل دستمزد مورد تجدیدنظر قرار بگیرد. این فاصله زمانی بر اساس اوضاع هر کشور اعلام شده است.

در ترکیه با توجه به ماده ۳۹ قانون کار شماره ۴۸۵۷ حداقل هر دو سال یکبار نرخ دستمزد مشخص می‌شود؛ اما در عمل در ترکیه دستمزدها وسط سال بر اساس تورم آن دوره مورد بازنگری قرار گرفته و مبالغی به‌عنوان جبران ضرر تورمی به کارکنان پرداخت می‌شود. دولت هر

۱. رضوی، سیدمحمد، «بررسی وضعیت حداقل دستمزد»، پیشین، صص ۵۲-۵۳.

۲. رنجبری، ابوالفضل، حقوق کار، انتشارات مجد، چاپ هشتم، سال ۱۳۸۷، ص ۱۲۳.

شش ماه یکبار، با نمایندگان سندیکاها کارگری و کارمندی به چانه‌زنی پرداخته و دستمزدها را با مشاوره با نمایندگان سندیکاها تعیین می‌کند.<sup>۱</sup>

در ایران نیز تبصره ۵ ماده واحد مصوب ۱۳۵۲ مقرر داشته بود که تأثیر تغییر حداقل مزد بر سایر سطوح مزد نیز باید هر سال یکبار تعیین و پس از تصویب شورای عالی کار اجرا شود. برحسب قانون کار سال ۱۳۶۹ ایران شورای عالی کار همه‌ساله موظف است نرخ حداقل دستمزد را مشخص کند. به این ترتیب دوره تعدیل در ایران سالیانه است. با توجه به آنچه گفته شد گونه‌ای پویایی را می‌توان در تعیین حداقل دستمزد در ترکیه دید.

## ۸- نتیجه‌گیری

تعیین حداقل دستمزد از نظر تاریخی دارای قدمت زیادی است اما تعیین حداقل دستمزد به‌نحوی که امروزه مطرح است سابقه کمی دارد. در مورد ایران و ترکیه هم باید گفت که کشور ترکیه نسبت به ایران دارای سابقه بیشتری در زمینه تعیین حداقل دستمزد به شکل قانونی بوده است. از نظر اهداف باید گفت که ترکیه به نحو صریح، اصلاح وضعیت اجتماعی و سیاسی را به‌عنوان هدف تعیین حداقل دستمزد آورده ولی در ایران به‌طور مستقیم چه در قانون اساسی و چه در قانون کار هدف از تعیین حداقل دستمزد مشخص نشده است و تنها از بندهایی از اصول قانون اساسی می‌توان هدف از تعیین حداقل دستمزد را که جلوگیری از بهره‌کشی از کارگران است، فهمید. پیشنهادی که در این زمینه وجود دارد این است که هدف تعیین حداقل دستمزد در قانون مشخص شود تا شورای عالی کار دارای جهت‌گیری واضح باشد و بهتر بتواند تصمیم بگیرد. در مورد روش تعیین حداقل دستمزد نیز می‌توان گفت روشی که در ایران و ترکیه برای تعیین حداقل دستمزد در نظر گرفته شده است با اندکی چشم‌پوشی، می‌توان گفت یکسان است چه از نظر مرجع وضع حداقل دستمزد که قانون و حالت شورایی دارد و چه از نظر موضوع که به‌صورت یکنواخت برای کل کشور تعیین می‌شود. معیارهایی که در ایران و ترکیه تعریف شده‌اند نیز مشابه‌اند. همچنین یکی از

۱. گروه تحقیقات و پژوهش کانون مدافعان حقوق کارگر، «تحدیه کارگری در ترکیه»، جنبش کارگری ترکیه، بهمن ۱۳۹۳، ص ۲۰.

مواردی که از مقایسه حقوق کار این دو کشور درمی‌یابیم عدم پویایی دوره تعدیل حداقل دستمزد در ایران است زیرا کشور ترکیه اگرچه فاصله حداقل دو سال را تعیین کرده است اما در صورت تغییر وضعیت اقتصادی این مزد تعیین شده نیز با توجه به نرخ تورم تغییر کند اما در ایران این وضعیت پیش‌بینی نشده است؛ امری که قابل تأمل و درخور توجه است و بهتر است وضعیت‌های فوق‌العاده اقتصادی که ممکن است دامن‌گیر کشور شود مدنظر قرار گرفته و در مواردی تا قبل از پایان سال در مورد حداقل دستمزد تجدیدنظر شود.

## منابع و مأخذ:

### الف- منابع فارسی

- ۱- ابدی، سعیدرضا و دیگران، «نظام حداقل دستمزد در حقوق کار ایران و ایالات متحده آمریکا»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵، بی تا.
- ۲- حاجیها، فاطمه، «نگرشی تطبیقی بر مزد در حقوق ایران و موازین بین‌المللی»، کار و جامعه، شماره ۳۵، شهریور ۱۳۷۹.
- ۳- رضوی، سیدمحمد، «بررسی وضعیت حداقل دستمزد»، تازه‌های اقتصاد، شماره ۶۵۳، مهر ۱۳۷۶.
- ۴- رنجبری، ابوالفضل، حقوق کار، چاپ هشتم، تهران؛ انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- ۵- عراقی، عزت‌الله، حقوق کار، جلد دوم، چاپ اول، تهران؛ انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- ۶- عیسی‌زاده، سعید و دیگران، «تحلیلی بر حداقل دستمزد و آثار اقتصادی آن»، علوم اقتصادی، شماره ۹، زمستان ۱۳۸۸.
- ۷- -----، «حداقل دستمزد و روش‌های تعیین آن»، مجله بررسی‌های بازرگانی، شماره ۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۳.
- ۸- گروه تحقیقات و پژوهش کانون مدافعان حقوق کارگر، «اتحادیه‌های کارگری در ترکیه»، جنبش کارگری ترکیه، بهمن ۱۳۹۳.
- ۹- موسی، سیدمحمد و دیگران، «معیارها و روش‌های تعیین حداقل دستمزد؛ بررسی مقایسه‌ای قوانین کار کشورهای منتخب و سازمان بین‌المللی کار»، کار و جامعه، مرداد ۱۳۹۲، شماره ۱۵۹.
- ۱۰- نجفی کاج‌آبادی، قاسم، «نگاهی به روش‌های تعیین حداقل دستمزد و شیوه‌های اجرای آن در برخی کشورها و ایران»، کار و جامعه، آبان ۱۳۹۰.
- ۱۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ۱۲- قانون کار (۱۳۶۹/۸/۲۹).

## ب- منابع ترکی

- 1-Alpaydın, Yusuf, «*Türkiye’de İnsani Ücretin Hesaplanması: Türkiye İçin Bir Model*», Gezen Basım San, İstanbul, 2015.
- 2- KORKMAZ, Adem, «*Türkiye’de Asgari Ücretin Hukuksal Yönü*», International Journal of Alanya Faculty of Business, Yıl:2012, C:4.
- 3- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982/9/12).
- 4- 4857 SAYLI İş Kanunu (2003/6/10).
- 5- Asgari Ücret Yönetmeliği (2004/8/1).





## بررسی تطبیقی اجاره فرعی و انتقال اجاره در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی (DCFR & PEL LG)

فرناز میرحیدری مسجیدی<sup>۱</sup>

**چکیده:** عقد اجاره یکی از عقود کاربردی در تمام جوامع بشری است و در تمامی سیستم‌های حقوقی از جمله نظام کامن‌لا و رومی‌ژرمنی قواعدی به آن اختصاص یافته است. یکی از موضوعات مهم در ارتباط با عقد اجاره، بررسی تمایز میان عقد اجاره فرعی (یا ثانوی) با نهاد انتقال اجاره است. در حقوق موضوعه ایران شرایط و آثار انتقال اجاره مورد نظر قرار نگرفته و وجوه افتراق آن با اجاره فرعی بیان نشده است. اما در قوانین پاره‌ای از کشورها این تمایز مورد توجه قانون‌گذار واقع و احکام مستقلی برای آن دو در نظر گرفته شده است. در این میان اتحادیه اروپا در راستای یکسان‌سازی حقوق قراردادهای نسبت به تدوین قواعدی جامع در زمینه عقد اجاره اقدام کرده است و قواعد ویژه‌ای برای اجاره فرعی و انتقال اجاره در نظر گرفته است که مطالعه آن برای رفع خلأهای حقوق داخلی مفید است. در انتقال اجاره، انتقال‌گیرنده، قائم‌مقام مستأجر شده و تمام حقوق و تعهدات وی را به عهده می‌گیرد و ناقل از رابطه قراردادی حذف می‌شود، ولی در اجاره فرعی رابطه بین مالک و مستأجر اول کماکان باقی است. در این مقاله سعی شده است ضمن تبیین ماهیت این دو نهاد، شرایط و آثار و وجوه افتراق آن‌ها در دو سند بین‌المللی مهم اروپا یعنی پیش‌نویس قانون مدنی آینده اروپا (DCFR) و اصول راجع به حقوق قراردادهای اجاره در اروپا (PEL LG) بررسی شده و نیز با حقوق داخلی تطبیق داده شود.

**کلیدواژگان:** اجاره فرعی، انتقال اجاره، حقوق تطبیقی، قائم‌مقام، اسناد بین‌المللی.

## مقدمه

عقد اجاره یکی از مهم‌ترین عقود کاربردی در تنظیم روابط اجتماعی انسان‌ها است. در مقررات قانون مدنی و سایر قوانین داخلی، احکامی برای اقسام مختلف اجاره پیش‌بینی شده است، لیکن این احکام در مواردی ناقص یا حتی دارای ایراد و اشکال بوده و معمولاً حقوق‌دانان و قضات تلاش می‌کنند نقایص و اشکالات را با رجوع به منابع فقهی و عرف حل و رفع کنند. در این میان نهاد انتقال اجاره و همین‌طور اجاره فرعی (ثانوی)، تا حدودی از منظر توجه به‌دور مانده‌اند و گاهی این دو عنوان به‌اشتباه با یکدیگر خلط شده‌اند کمااینکه این دو نهاد دارای تفاوت‌هایی در ماهیت و شرایط و آثارند که این مهم در قوانین کشورهای دیگر با نکته‌سنجی و موشکافی بیشتری تحلیل و تبیین شده است. بدیهی است در چنین وضعیتی مطالعات تطبیقی می‌تواند نقش ارزنده‌ای در بارورکردن حقوق داخلی داشته باشد چرا که مطالعه تطبیقی، پدیده‌ها را در کنار هم می‌نهد و به‌منظور یافتن نقاط افتراق و تشابه، آن‌ها را تجزیه و تحلیل می‌کند. از این‌رو مطالعه تطبیقی مفاهیم حقوق خصوصی با اسناد بین‌المللی مربوط طی دو دهه اخیر توسعه یافته و مهم‌ترین دلیل آن گرایش به استفاده از این گونه اسناد در قانون‌گذاری‌های داخلی و همچنین تنظیم روابط حقوقی در صحنه بین‌المللی است. یکی از اسناد مورد مطالعه در این مقاله، طرح چارچوب مشترک مرجع<sup>۱</sup> است. طرح چارچوب مشترک مرجع در دسامبر سال ۲۰۰۷ در حوزه حقوق خصوصی اروپا به کمیسیون اروپا ارائه شد. این پیش‌نویس، نتیجه چهار سال فعالیت مستمر گروه مطالعه قانون مدنی اروپا و گروه تحقیق حقوق خصوصی موجود اتحادیه اروپا است که شامل اصول، تعاریف و قواعد حقوق خصوصی اروپاست. این سند که از اهمیت نظری و آکادمیک بسیار زیادی برخوردار است، در حقیقت پیش‌نویس قانون مدنی آینده اروپا محسوب می‌شود و حاوی مهم‌ترین و بهترین قواعد اجاره قابل‌اعمال در حقوق کشورهای اروپایی است.

1. C von Bar, E Clive & H Schulte-Nölke (eds). (2009). "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)". Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Vol. 2.

سند بین‌المللی مهم دیگر، اصول حقوق اروپا در اجاره اشیا است که به اختصار (PEL LG)<sup>۱</sup> نامیده می‌شود و مجموعه‌ای از اصول حقوق اروپا در قراردادهای اجاره اشیا در چارچوب گروه مطالعه در قانون مدنی اروپا است. این اصول توسط نظرات و یادداشت‌های توضیحی و مقایسه‌ای، حاوی اطلاعاتی در مورد قواعد حاکم بر اجاره برای ۲۷ کشور اروپایی گردآوری شده است که به تجزیه و تحلیل حقوق قراردادهای خاص و بحث در مورد موضوعات حقوق خصوصی اروپا می‌پردازد. البته توضیح این نکته لازم است که این دو سند تفاوت‌هایی نیز با یکدیگر دارند. در این مقاله با توجه به مواد موجود در اسناد بین‌المللی، سعی شده تلاشی در خصوص مقایسه و برجسته‌نمایی شباهت‌ها و تفاوت‌های اجاره فرعی و نهاد انتقال اجاره در حقوق داخلی و دو سند بین‌المللی طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR) و اصول حقوق اروپا (اجاره اشیا) (PEL LG) صورت پذیرد.

## ۱- مفهوم انتقال قرارداد و اجاره فرعی

شناخت دقیق مفاهیم مورد بحث این مقاله در تبیین موضوع، نقشی کلیدی ایفا می‌کند و از آنجا که موضوعات مورد پژوهش در این مقاله موضوعاتی نسبتاً نوپا هستند، شناسایی مفهوم آن‌ها بسیار مهم و درخور توجه جلوه می‌کند. اصطلاح «انتقال قرارداد» در حقوق داخلی کمتر به چشم می‌خورد. انتقال قرارداد از دو جزء انتقال و قرارداد تشکیل شده است. انتقال در لغت به معنای جابه‌جاشدن، نقل کردن، واگذاری چیزی از مال خود به دیگری، جابه‌جاشدگی و درک آمده است<sup>۲</sup> و قرارداد نیز مرادف عهد، اتفاق دو یا چند تن در امر و پیمان است.<sup>۳</sup> قرارداد در معنای اعم شامل عقود معین و غیرمعین و در معنی اخص فقط شامل عقود غیرمعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است و در تعریف اصطلاحی قرارداد بیان شده که همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت

1. Kåre Lilleholt & Others. (2008) "*Principles of European Law, Lease of Goods (PEL LG)*". Sellier Pub.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران: نشر امیرکبیر، ۱۳۷۸، ص ۳۶۵.

۳. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، نشر امیرکبیر، ۱۳۶۹، ص ۲۳۹.

حقوقی است.<sup>۱</sup> انتقال قرارداد در اصطلاح حقوقی دارای مفهوم خاصی است که در حقوق ما کمتر بدان اشاره شده است. با وجود این، برخی اظهار داشته‌اند طرف قرارداد می‌تواند شخص ثالثی را قائم‌مقام خود سازد و حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به دیگری انتقال دهد از این رو اصطلاح دیگری را تحت عنوان انتقال موقعیت قراردادی مطرح و آن را مترادف انتقال قرارداد دانسته‌اند.<sup>۲</sup> برخی نیز انتقال موقعیت خود از لحاظ طرف پیمان‌بودن را انتقال قرارداد دانسته‌اند.<sup>۳</sup> قائم‌مقام در لغت به معنای جانشین و نائب آمده است ولی در قوانین تعریف صریحی از آن ارائه نشده است. با وجود این، برخی تعریفی از قائم‌مقام اظهار داشته‌اند: «قائم‌مقام کسی است که به‌طور مستقیم یا به‌وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته ولی در نتیجه انتقال، تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است.»<sup>۴</sup> همچنین اظهار شده «قائم‌مقام کسی است که مستقیماً در عقد یا قرارداد مداخله نداشته ولی آثار آن به جهتی از جهات از متعاملین به او سرایت می‌نماید.»<sup>۵</sup> اجاره فرعی یا ثانوی، قراردادی است که در طول اجاره اول صورت می‌پذیرد و در آن مستأجر بخشی از منافع خود از یک قرارداد اجاره را به شخص دیگری منتقل می‌کند. اولین مستأجر را مستأجر اصلی و مستأجر دوم را مستأجر فرعی می‌گویند و قرارداد بین این دو را اجاره‌نامه فرعی می‌گویند. اجاره فرعی به‌عنوان یک رابطه حقوقی جدید میان مستأجر اول و دوم، ارتباطی به مالک ندارد و اجاره اول میان طرفین، تنظیم‌کننده روابط حقوقی آن دو خواهد بود. رابطه بین مستأجر اصلی و مستأجر فرعی همان رابطه بین مالک و مستأجر است و همه حقوق و مسئولیت‌ها را شامل می‌شود. معادل انگلیسی واژه انتقال، Assign, Assignment, Transfer, Alienation است.<sup>۶</sup> در اسناد بین‌المللی اصطلاحات

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، جلد ۱، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۴۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ۱۳۷۶ جلد ۳، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۳، صص ۲۹۳ و ۲۹۴.

۳. غمامی، مجید، پیشین، ص ۱۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳، پیشین، ص ۲۷۹.

۵. امامی، سیدحسن، حقوق ملکی، جلد ۱، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۳، صص ۲۳۴ و ۲۳۵.

۶. حبیب، سلیمان، فرهنگ فارسی-انگلیسی، تهران، نشر فرهنگ معاصر، ۱۳۷۱، ص ۷.

Assignment, Transfer, برای انتقال قرارداد به کار رفته است و در باب اجاره فرعی موادی با عنوان sublease وضع شده است.

## ۱-۲ مبنای فقهی

در حقوق ایران هنگامی که به پیشینه فقهی انتقال ارادی عقد رجوع می‌کنیم، حکم صریحی در این خصوص ملاحظه نمی‌شود و باب مستقلی به آن اختصاص نیافته است. با وجود این، در برخی قواعد فقهی امکان انتقال ارادی عقد و کالت، مزارعه، مضاربه و اجاره مطرح شده است. اکثریت قاطع فقهای امامیه<sup>۱</sup> انتقال عین از ناحیه موجر را سبب بطلان اجاره ندانسته‌اند و معتقدند می‌توان مالکیت عین را به دیگری واگذار کرد همان طور که در انتقال قهری مالکیت به ارث چنین است و تفاوتی میان مالکیت قهری و اختیاری وجود ندارد.<sup>۲</sup> در فقه عامه نیز بیشتر تمایل به بقای اجاره پس از فروش عین مستأجره دیده می‌شود، چنان که فقهای شافعی و مالکی معتقد به صحت بیع پس از اجاره‌اند.<sup>۳</sup> در میان فقهای معاصر برخی با اشاره به مشروعیت سرقتی در اجاره مغازه‌ها، معتقدند که اگر در ضمن عقد اجاره، حق واگذاری برای مستأجر پیش‌بینی شده باشد و او مورد اجاره را به دیگری منتقل سازد، به موجب توافق به عمل آمده، مالک مکلف است با مستأجر جدید طبق همان اجاره مستأجر اول رفتار کرده و شروط مندرج در اجاره اصلی را در حق مستأجر جدید محترم شمارد<sup>۴</sup> و این نظریه مؤید مشروعیت انتقال ارادی اجاره از ناحیه مستأجر است.

۱. قمی، علی بن محمد، جامع‌الخلافت والوفاق، قم: زمینه‌سازان ظهور امام عصر ع، ۱۳۷۹، ص ۳۵۹.

۲. خویی، سیدابوالقاسم، مستند العروه الوثقی، کتاب الاجاره، قم، نشر علمیه، ۱۳۶۵، صص ۱۱۵ و ۱۱۶؛ حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم، شرایع الاسلام، جلد ۲، تهران، نشر استقلال، ۱۴۰۹، ص ۴۱۳؛ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، قم، نشر مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷، ص ۴۹۹؛ محقق کرکی، جامع‌المقاصد، جلد ۷ و ۹، قم، نشر آل‌بیت، ۱۴۰۸، ص ۸۴؛ ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه‌النزوع، قم، نشر مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷، ص ۲۸۶؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، عروه الوثقی، جلد ۱۳، قم، نشر مؤسسه اسلامی، ۱۴۲۰، ص ۲۶.

۳. حسینی تفرشی، مهدی، بدایع الاحکام فی فقه الاسلام، کربلا، ۱۳۲۴، ص ۱۸۷.

۴. خویی، سیدابوالقاسم، رساله توضیح‌المسائل، قم، نشر چاپخانه علمیه، ۱۳۹۵، ص ۵۴۳؛ منتظری، حسینعلی، توضیح‌المسائل، تهران، نشر تفکر، ۱۳۷۷، ص ۳۹۸؛ سیستانی، سیدعلی، الفتاوی‌المیسره، نشر مکتب‌السماحه آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۷، ص ۲۶۴.

### ۱-۳ مبنای حقوقی و رویه محاکم

ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ انتقال ارادی عقد اجاره از ناحیه مستأجر به دیگری را مجاز شمرده و صراحتاً مرقوم داشته است: «مستأجر جدید نیز از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم مقام مستأجر سابق خواهد بود». برخی از حقوق دانان انتقال ارادی عقد را با عنوان انتقال موقعیت قراردادی مطرح ساخته و اجاره را از جمله عقود قابل انتقال معرفی کرده‌اند و بر این باورند که در چنین وضعیتی کلیه حقوق و تعهدات ناشی از عقد به منتقل‌الیه تسری می‌یابد.<sup>۱</sup> برخی از حقوق دانان نیز به‌طور ضمنی امکان انتقال قرارداد اجاره از ناحیه مستأجر به دیگری را تأیید کرده‌اند.<sup>۲</sup>

در موارد متعددی محاکم انتقال ارادی اجاره را مورد تأیید قرار داده‌اند. به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۹ مورخ ۱۰/۳/۳۵۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، انتقال مورد اجاره پس از انقضای مدت به مستأجر جدید سبب قطع رابطه مستأجر سابق با قسمتی که واگذار کرده شده و بین مستأجر جدید و مالک رابطه استیجاری برقرار می‌شود.<sup>۳</sup> همچنین در رأی شماره ۱۲۲۳ مورخ ۱۶/۹/۱۳۷۴ بیان شده است: «پس از انتقال منافع، مستأجر جدید نسبت به تمام شرایط اجاره قائم مقام مستأجر سابق خواهد بود». اداره حقوقی دادگستری طی نظریه شماره ۷۳۱/۷ مورخ ۲۱/۲/۶۱ مستأجر دوم را در انتقال اجاره بعد از انقضای مدت، از هر حیث قائم مقام مستأجر اول شناخته و وی را در برابر مالک، مسئول پرداخت اجاره‌بها دانسته است. همچنین قضات محاکم حقوقی ۲ تهران، طی نظریه مورخ ۲۳/۱۲/۱۳۶۳ به اتفاق آراء، اظهار عقیده کرده‌اند که پس از صدور حکم به تجویز انتقال منافع، مستأجر حق دارد به هر طریق و به هر عنوان مورد اجاره و سرفلی آن را به دیگری واگذار کند و پس از انتقال، ناقل که همان مستأجر اول است دیگر سمتی نخواهد داشت.<sup>۴</sup> از این رو می‌توان گفت رویه قضایی و عرف، انتقال اجاره را به رسمیت شناخته‌اند

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، پیشین، ص ۲۹۲ به بعد.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، نشر بحر العلوم، ۱۳۷۳، ص ۲۸۳.

۳. مجموعه قوانین سال ۱۳۵۵، ص ۹.

۴. نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، تهران، نشر کیهان، ۱۳۷۰، ص ۲۳۳.

ولی باین حال انتقال اجاره از ناحیه مستأجر که در قوانین بسیاری از کشورها پیش‌بینی شده و با اجاره ثانوی متمایز شده است، مورد کم‌توجهی واقع شده است تا جایی که در قانون مدنی هیچ ماده‌ای به انتقال عقد اجاره اختصاص داده نشده و اجاره فرعی با انتقال اجاره در هم آمیخته شده است.

#### ۱- ۴ شرایط و آثار

وجود قرارداد صحیح لازمه صحت انتقال قرارداد است. قراردادی که به دلایلی از جمله نداشتن شرایط اساسی صحت معاملات باطل است یا قراردادی که منحل شده است، قابلیت انتقال نخواهند داشت. دیگر آنکه مالیت داشتن و عقلایی بودن از شرایط موضوع عقد است و قرارداد انتقال عقد نیز دارای ارزش دادوستد است. منفعت عقلایی مشروع نیز در انتقال قرارداد به‌وضوح ملاحظه می‌شود و قابل انتقال بودن قرارداد را نیز می‌توان از شرایط اساسی صحت انتقال دانست. از آنجا که یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده، آزادی انتخاب طرف عقد است رضایت طرف قرارداد هم از جمله شرایط انتقال قرارداد است. طرف دیگر عقد هرچند در مرحله انعقاد قرارداد با فرد معینی قرارداد بسته است ولی در مرحله انتقال طرف وی منقلب شده و ناخواسته با طرفی دیگر رابطه قراردادی پیدا می‌کند؛ بنابراین رضایت وی باید مورد توجه قرار گیرد و ناخواسته شخصی بر وی تحمیل نشود.<sup>۱</sup> در حقوق ما مسئولیت مستأجر اول با انتقال اجاره پایان می‌یابد و وی دیگر سمتی در قرارداد اجاره نخواهد داشت. انتقال قرارداد سبب می‌شود که قائم‌مقام در موقعیت ناقل قرار گیرد و حقوق و تعهدات عقد به وی تسری یابد؛ بنابراین گروهی از خیارات چون اقاله یا اقامه دعوی ناشی از قرارداد به قائم‌مقام منتقل می‌شود.<sup>۲</sup> انتقال حق حبس در انتقال تبعی قرارداد متصور است. به‌عنوان مثال اگر شخصی منزل خود را به دیگری اجاره دهد و قبل از تسلیم عین مستأجره و دریافت اجاره‌بها آن را به دیگری بفروشد، خریدار به‌عنوان قائم‌مقام فروشنده در عقد اجاره دارای همان مقام خواهد بود. در حقوق ما اشاره‌ای به این امر نشده ولی برخی حقوق‌دانان عرب انتقال

۱. شعاریان، ابراهیم، *انتقال قرارداد*، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۲۰۳.

۲. همان، ص ۳۲۴-۳۲۵.

حق حبس خریدار، به واسطه فروش عین مستأجره را تأیید کرده‌اند.<sup>۱</sup> در انتقال ارادی نیز برخی حقوق‌دانان ایرانی این نظر را مورد تأیید قرار داده‌اند زیرا دلیلی نیست تا بتوان قائل بر انتفای حق حبس با انتقال ارادی عقد شد. همچنین انتقال حق فسخ نیز مورد تأیید قرار گرفته است.<sup>۲</sup> در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، مستأجر جانشین از هر نظر قائم‌مقام مستأجر سابق بوده و مسئول اجرای تعهدات ناشی از قرارداد اجاره در مقابل طرف اصلی عقد (مالک) است. احکام انتقال ارادی اجاره از تنوع زیادی در حقوق خارجی برخوردار است و هر یک از کشورها با توجه به شرایط حاکم مقررات خاصی در این زمینه وضع کرده‌اند. در حقوق ایران اجاره فرعی یا ثانوی به‌عنوان یک قاعده تأیید شده است چرا که اجاره فرعی در حقوق موضوعه ایران مبتنی بر ماده ۴۷۴ ق.م که مقرر داشته است: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد.» ملاحظه می‌شود که اجاره فرعی رابطه حقوقی جدیدی مابین مستأجر اول و دوم است و مالک در این میان نقشی ندارد و اجاره اول همچنان بین مالک و مستأجر اول برقرار و حقوق و تعهدات هر کدام پایرجاست. در حالی که در انتقال اجاره برخلاف اجاره فرعی، مستأجر قائم‌مقام مستأجر اول در همان عقد اجاره سابق می‌شود و از این رو مستأجر اول سمتی در این رابطه حقوقی نخواهد داشت. با وجود این، نویسندگان ما ضمن تبیین شرایط و احکام اجاره، اجاره فرعی و انتقال اجاره را از هم تفکیک نکرده‌اند، هر چند برخی به تمایز این دو اشاره‌ای داشته و بیان کرده‌اند که در انتقال اجاره مستأجر انتقال‌گیرنده، جانشین مستأجر سابق می‌شود در حالی که در اجاره فرعی، رابطه جدیدی میان دو مستأجر ایجاد می‌شود و مستأجر اول همچنان در مقابل مالک مسئول اجاره‌بها و تعهدات است و بین مستأجر جدید و مالک نیز رابطه قراردادی وجود ندارد. بنابراین می‌توان اظهار داشت که انتقال اجاره، قرارداد اجاره نبوده و در حقوق ما معمولاً این انتقال از طریق صلح امکان‌پذیر است. در حقوق ما انتقال قرارداد،

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۶، صص

۸۳۹ و ۸۵۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، پیشین، ص ۲۹۴.



نیازمند رضایت طرف دیگر عقد است در حالی که در اجاره فرعی نیازی به رضایت طرف دیگر نیست. با وجود این، در هر دو می‌توان شرط خلاف آن را وضع کرد.

### ۳. اسناد بین‌المللی

در ماده ۷:۱۰۳ کتاب چهارم طرح چارچوب مشترک مرجع در باب اجاره فرعی مقرر شده است: «۱. مستأجر نمی‌تواند اشیا را بدون رضایت موجر به اجاره فرعی بدهد. ۲. اگر از رضایت فرعی بدون هیچ دلیل مناسبی خودداری شود، مستأجر می‌تواند اجاره را با اطلاع‌دادن در مدتی معقول، فسخ کند. ۳. در مورد حق اجاره‌دادن مستأجر مسئول تعهدات قراردادی خود باقی می‌ماند.»<sup>۱</sup> اگر مستأجر با شخص ثالث در اشیا قرارداد اجاره، مشترک باشد، تا حدودی یا کاملاً، برای این طرف، حق اجاره فرعی وجود دارد. مستأجر نباید بدون اجازه موجر، به اجاره دهد مگر اینکه در زمان انعقاد قرارداد یا بعد از آن توافقی در این زمینه صورت گرفته باشد. اجاره فرعی معمولاً اشیائی را در بر می‌گیرد که در مدت طولانی در قبض مستأجر نخواهند بود و به‌عنوان مستأجر فرعی با مستأجر اول در ارتباط است.<sup>۲</sup> اجاره فرعی، طرفین جدیدی در رابطه قراردادی بین موجر و مستأجر ایجاد نمی‌کند و تعهدات و حقوق قراردادی اجاره بین موجر و مستأجر پابرجاست. برای مثال اگر تعمیری در مورد اجاره نیاز باشد، مستأجر فرعی به مستأجر اصلی اطلاع می‌دهد و اگر آن تعمیرات انجام نگیرد و مستأجر فرعی در نتیجه آن زیان مالی ببیند، می‌تواند علیه مستأجر اصلی ادعای غرامت کند. در جایی که مستأجر استفاده از اشیا را برای طرف دیگر به‌طور بلاعوض فراهم کند، اجاره فرعی نیست بلکه یک قرارداد قرض بین مستأجر به‌عنوان وام‌دهنده و ثالث به‌عنوان وام‌گیرنده است و از آنجا که قراردادهای اجاره اشیا در طرح چارچوب مشترک مرجع از قراردادهای خصوصی و غیر رسمی‌اند، اجاره فرعی نیز از قراردادهای خصوصی محسوب می‌شود. در طرح چارچوب مشترک مرجع در مورد حقوق موجر در زمانی که مستأجر بدون رضایت موجر جانشین شده است، مقررات خاصی وضع نشده است. باین‌حال اگر مستأجر به تعهد خودش در

1. DCFR, Art.-IV.B.-7:103.

2. DCFR, Art.-IV.B.-7:103, Comment B; PEL LG, P.281.

به دست آوردن رضایت موجر عمل نکند، موجر می تواند به راه های جبران عدم ایفای تعهد که در مجموعه ای از قوانین کلی طرح چارچوب مشترک مرجع به عنوان حق خسارت ویژه و فسخ قرارداد اجاره موجود است، متوسل شود.<sup>۱</sup>

در کتاب چهارم طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR)، به تغییر در مالکیت و جانشینی موجر پرداخته شده است. در این ماده مقرر شده است: «۱. در جایی که مالکیت از موجر به یک مالک جدید می رسد و مستأجر اشیا را قبض کرده باشد، مالک جدید اشیا، به عنوان یک طرف اجاره جانشین شده است. ۲. نقض انتقال مالکیت، طرفین را وادار به برگشت به موقعیت اصلی خودشان به جز تعهداتی که در زمان نقض انتقال داده شده اند، می نماید.»<sup>۲</sup>

برای مثال (الف)، ظروف زباله های صنعتی را برای مدت یک سال به (ب)، اجاره می دهد. بعد از ۶ ماه (الف)، ظروف را به (ج)، می فروشد بدون اینکه (ج) را از قرارداد اجاره مطلع کند. (ج)، به عنوان طرفی که تحت رابطه قراردادی اجاره است، جانشین شده است و مجبور است استفاده (ب) از ظروف را برای بقیه مدت اجاره تحمل کند. (ج) باید یکی از ظروف را که بعد از هشت ماه آسیب دیده است، تعمیر کند که این جزو تعهدات موجر بر اساس قرارداد است. علاوه بر این (ج) می تواند اجاره بها را مستقیماً از (ب) مطالبه کند.<sup>۳</sup> در کتاب چهارم طرح چارچوب مشترک مرجع و اصول حقوق قراردادهای اروپا در اجاره اشیا مقرر شده است: «حقوق مستأجر به انجام تعهدات موجر تحت قرارداد اجاره، نمی تواند بدون رضایت موجر واگذار شود.»<sup>۴</sup>

با توجه به اینکه دین و طلب از اجزای قرارداد است، طبق شرایط قانونی مستقل از آن قابل انتقال است و انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث، انتقال دین است که با انتقال قرارداد متفاوت است. در موضوع انتقال قرارداد در کتاب سوم طرح چارچوب مشترک مقرر شده است: «۱. یک طرف رابطه قراردادی، می تواند با شخص ثالث توافقی کند که با رضایت طرف دیگر قرارداد، ثالث جانشین رابطه قراردادی شود. ۲. رضایت طرف دیگر ممکن است قبلاً اخذ

1. Ivan Tot, 2011, p. 12.

2. DCFR, Art. IV. B. -7: 101.

3. DCFR, Art., IV. B. -7: 101, Comment C.

4. DCFR, Art. IV. B. -7: 102 ; PEL LG, P. 278.

شود.<sup>۱</sup> مثلاً (الف) با شرکت (ب)، قراردادی برای پیمانکاری یک ساختمان با قیمت معین منعقد می‌کند و قسط اول را پرداخت می‌کند ولی (ب)، بعد از آن فوراً ورشکست می‌شود. اگر (الف) موافقت کند، شرکت (ج) می‌تواند وارد رابطه قراردادی شود و با تمام حقوق و تعهداتی که قبلاً شرکت (ب) داشته جایگزین شود.<sup>۲</sup>

در اصول حقوق اروپا (اجاره اشیا) در باب اجاره فرعی مقرر شده است: «۱. مستأجر نمی‌تواند اشیا را بدون رضایت موجر به اجاره فرعی بدهد. ۲. اگر از رضایت فرعی بدون هیچ دلیل مناسبی خودداری شود، مستأجر می‌تواند اجاره را با اطلاع‌دادن در مدتی معقول فسخ کند. ۳. در مورد حق اجاره‌دادن مستأجر مسئول تعهدات قراردادی خود باقی می‌ماند.»<sup>۳</sup> چنانچه ملاحظه می‌شود در اسناد بین‌المللی، موادی به اجاره فرعی و انتقال اجاره اختصاص یافته‌اند که دارای شرایط مخصوصی هستند. در اجاره فرعی، مستأجر مورد اجاره را که در اصل از موجر دریافت کرده است، برای مالکیت موقت یا استفاده برای مدتی مشخص در اختیار طرف سوم که طبق موافقتنامه اجاره، مستأجر فرعی نامیده می‌شود، قرار می‌دهد و رابطه بین مستأجر اصلی و مستأجر فرعی همان رابطه بین مالک و مستأجر است و همه حقوق و مسئولیت‌ها را شامل می‌شود ولی در انتقال اجاره، شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می‌شود و در انتقال قرارداد هدف این است که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص ثالث منتقل شود. پس انتقال زمانی محقق می‌شود که مستأجر تمام منافع خود را به دیگری منتقل کند و مستأجر جدید جای مستأجر اصلی را بگیرد و به‌طور مستقیم به مالک کرایه بپردازد و همه مسئولیت‌ها و وظایف مستأجر اولیه را بر عهده بگیرد.

1. DCFR, Art., III.-5:302.  
2. DCFR, Art., III.-5:302, Comment B.  
3. PEL LG, P.280.

### نتیجه‌گیری

انتقال قرارداد باید به‌عنوان یک ماهیت حقوقی مستقل مورد شناسایی قرار گیرد. در قانون مدنی ما قاعده عمومی برای انتقال ارادی عقد مقرر نشده است ولی در برخی از عقود معین همچون اجاره، احکامی برای آن پیش‌بینی شده است. از آنجا که انتقال قرارداد و اجاره فرعی باعث تسهیل روابط حقوقی اشخاص می‌شود باید قانون‌گذار این امر را مورد توجه قرار داده و نسبت به وضع قانون که در بردارنده تعریف، شرایط و آثار آن باشد، اقدام کند. در اسناد بین‌المللی، مقرراتی راجع به انتقال اجاره و اجاره فرعی پیش‌بینی شده است. به‌طور کلی باید گفت ماهیت حقوق انتقال اجاره و اجاره فرعی با یکدیگر تفاوت دارند و اجاره فرعی ماهیتاً اجاره است ولی انتقال قرارداد، قراردادی جداگانه است. در طرح چارچوب مشترک مرجع انتقال اجاره از طریق بیع یا هبه صورت می‌گیرد و ماهیت حقوقی اجاره فرعی، عقد اجاره است. شرط انتقال قرارداد وجود قرارداد صحیح است و قرارداد باطل و منحل شده قابلیت انتقال ارادی را ندارد. انتقال قرارداد با قرارداد فرعی متفاوت است. در قرارداد فرعی نیازی به رضایت طرف دیگر نیست ولی در انتقال قرارداد، رضایت طرف دیگر لازمه انتقال است. از آثار مهم انتقال قرارداد، انتقال حقوق و تعهدات است در حالی که در اجاره فرعی رابطه بین مستأجر اصلی و مستأجر فرعی همان رابطه مالک و مستأجر است و تمامی حقوق و مسئولیت‌ها را شامل می‌شود.

## منابع و مآخذ

### فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: نشر کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶.
۲. حمیم، سلیمان، فرهنگ کوچک حمیم، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۷۱.
۳. شعاریان، ابراهیم، انتقال قرارداد، تهران: نشر شهر دانش، ۱۳۹۴.
۴. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوق دانان، ۱۳۷۷.
۵. عدل، مصطفی (به کوشش محمدرضا بندرچی)، حقوق مدنی، قزوین: نشر بحر العلوم، ۱۳۷۳.
۶. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران: نشر راه رشد، ۱۳۸۹.
۷. غمامی، مجید، «آزادی‌گزینش طرف قرارداد»، مجله تحصیلات تکمیلی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر انتشار، ۱۳۸۳.
۹. -----، عقود معین، تهران: نشر برنا، ۱۳۷۱.
۱۰. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، جلد ۱ و ۲، تهران: نشر امیر کبیر.
۱۱. نوبخت، یوسف، ( )، اندیشه‌های قضایی، تهران: نشر کیهان، ۱۳۷۰.

### عربی

۱. ابن ادریس، حلی، سرائر، قم: نشر جامعه مدرسین، ۱۴۰۹.
۲. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه‌النروع، قم: نشر مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۶.
۳. حسینی تفرشی، مهدی (لاهورتی ملقب به بدایع‌نگار)، بدایع‌الاحکام فی فقه‌الاسلام، تهران: کتابخانه شرافت، ۱۲۸۴.
۴. حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم، شرایع‌الاسلام، تهران: نشر استقلال، ۱۴۰۸.

۵. خویی، سید ابوالقاسم، رساله توضیح المسائل، قم: نشر چاپخانه علمیه، ۱۳۷۱-۱۲۷۸.
۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۶.
۷. سیستانی، سید علی، الفتاوی المیسره، نشر مکتب السماحه آیت الله سیستانی، ۱۴۱۶.
۸. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم: نشر مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶.
۹. -----، العروه الوثقی (کتاب الاجاره)، قم: نشر علمیه، ۱۴۰۶.
۱۰. قمی، علی بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق، قم: زمینه سازان ظهور امام عصر (ع)، ۱۴۲۰.
۱۱. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم: نشر آل بیت، ۱۴۰۸.
۱۲. منتظری، حسینعلی، توضیح المسائل، قم: دار الفکر، ۱۳۰۱-۱۳۸۸.
۱۳. یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، قم: نشر مؤسسه اسلامی، ۱۴۱۹.

## خدمات عام‌المنفعه، مقررات دولتی و داورى‌هاى سرمایه‌گذارى انرژی<sup>۱</sup>

نایجل بلكبى و راث تیتلبوم<sup>۲</sup>  
ترجمه بهراد صغیری<sup>۳</sup>

### ۱- سرمایه‌گذارى در خدمات عام‌المنفعه بین‌المللى: نوسانات، خطرات و منافع عمومى

خدمات عام‌المنفعه در راستای پاسخ به مقررات و تکنولوژی‌هاى جدید، شاهد تغییرات چشمگیری در سراسر جهان است. رشد سریع اقتصادى، تقاضای روزافزون انرژی را در اقتصادهاى نوظهور آسیا و امریکای لاتین در پی داشته است<sup>۴</sup> و چین با پیشی گرفتن از بسیاری از کشورهاى صنعتى، دومین مصرف‌کننده انرژی پس از امریکا شده است.<sup>۵</sup>

با این حال، طبق گزارش آژانس بین‌المللى انرژی، بیش از دوسوم جمعیت جنوب صحراى افریقا، یعنى بالغ بر ۶۲۰ میلیون نفر، هنوز از نعمت برق محروم‌اند. مدیر اجرائی آژانس بین‌المللى انرژی از وضعیت مذکور با عنوان «بحران فقر انرژی» یاد می‌کند که نیازمند اصلاحاتی از جانب

---

۱. متن فوق ترجمه مقاله‌ای است با عنوان « Utilities, Government Regulations and Energy Investment Arbitrations»، که توسط مؤسسه «law business research ltd» در سال ۲۰۱۵، در لندن، در حوزه حقوق داورى‌هاى انرژی منتشر شده است.

2. Nigel Blackaby and Ruth Teitelbaum; Nigel Blackaby is a partner and Ruth Teitelbaum is a senior associate at Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP.

۳. وکیل پایه یک دادگستری، دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق اقتصادى دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

4. David Blumental, 'Sources of Funds and Risk Management for International Energy Projects', 16 *Berkeley J. Int'l Law* 267 (1998), available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol16/iss2/6>.

5. Handel Lee et al, 'Preparing Itself for the Next Century', 65 *Petroleum Economist* 19 (1998).

دولت، برای ایجاد شرایطی جهت جذب لاقفل ۵۰۰ میلیارد دلار برای مصرف در بخش انرژی افریقا است.<sup>۱</sup>

علاوه بر چشم انداز در حال تغییر عرضه و تقاضا، و نیز فرصت‌های جدید برای سرمایه‌گذاری جهانی، ساختارهای اساسی صنعت خدمات عام‌المنفعه، با وجود برنامه‌های خصوصی‌سازی شاهد تغییرات زیربنایی بوده است. با اینکه در زمان‌های گذشته، انحصارگران بزرگ دولتی خدمات عام‌المنفعه را، از تولید برق گرفته تا توزیع و پخش آن، در دست داشتند، اما در بسیاری از کشورهای ساختارهای بخش خدمات دولتی، موضوع قوانین دولتی به نفع خصوصی‌سازی منحل شده‌اند. خصوصی‌سازی‌های مذکور به چندین دلیل رخ داد: انباشت خزانه عمومی از عایدات خصوصی‌سازی، افزایش سرمایه‌گذاری و ارتقای سطح کیفی خدمات عمومی و رهایی‌داری‌های عمومی از بار بدهی‌های غیرقابل تحمل.<sup>۲</sup>

سرمایه‌گذاران خارجی بخش خدمات عام‌المنفعه، با مشکلات خاصی مانند خطرات مقررات‌گذاری و دخالت‌های دولتی مواجه می‌شوند. خصوصی‌سازی، دولت‌ها را از مداخله باز نمی‌دارد. به‌عنوان مثال، خدمات عام‌المنفعه نیازمند سیاست‌های بلندمدت دولتی در خصوص معیارهای امنیت و کیفیت و نحوه قیمت‌گذاری است که در صنایع رقابتی، نمونه آن مشاهده نمی‌شود.<sup>۳</sup>

همچنین خصوصی‌سازی خدمات عام‌المنفعه، مشکلات عدیده‌ای را برای دولت به ارمغان می‌آورد، چرا که این خدمات دسترسی عموم به نیازهای اساسی مانند گرمایش، پخت‌وپز و جریان برق را در دست دارد. دولت باید با موجی از ناامنی‌های سیاسی دست به گریبان شود، چرا که فعالان بخش خصوصی که به‌اندازه دولت پاسخگو نخواهند بود، بیش از آنکه منافع عمومی را مدنظر قرار دهند، چشم به منافع شخصی خود خواهند داشت. لذا برای خدمات عمومی ارائه‌شده با

1. Maria van der Hoeven, 'Opening Remarks', *World Energy Outlook 2014 Special Report: Africa Energy Outlook*, 13 October 2014. See also Editorial, 'Looking Ahead: The Top Ten Energy and Natural Resources Issues in 2015', *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 33, No. 1, 1-9, p. 2.
2. Randall S. Wood, 'The Privatization of Public Utilities: What are the Gains? Why the Popular Opposition?' (2004). Available at: <http://therandymon.com/papers/privatization.pdf>.
3. Id.



کیفیت پایین قیمت بالایی مطالبه خواهند کرد.<sup>۱</sup> در این پیکار، سرمایه‌گذار خارجی به راحتی مغلوب دولت خواهد شد، به خصوص اگر طرح خصوصی مربوط به دولت قبلی و پیشین باشد که اغلب به لحاظ سیاسی، مطلوب و قابل پذیرش توسط دولت جدید نیست.

سرمایه‌گذاران خصوصی بخش خدمات عام‌المنفعه، غالباً قراردادهای طویل‌مدتی منعقد می‌کنند. لذا مشاهده قراردادهای امتیاز ۳۰ یا حتی ۵۰ ساله حمل و توزیع برق و گاز چندان نامتداول نیست. این مقیاس زمانی، مبین نیاز به استهلاک طولانی‌مدت سرمایه‌گذاری‌های سنگین پیشین است که سرمایه‌گذاران بخش خصوصی را به منافع برساند که چندین دهه توسط دولت بهره برداری شده است. تعیین روشی که به طریق آن سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان از تخصیص تجارت و خطرات مقررات‌گذاری، در مدت اعتبار قرارداد مطلع شوند، لازم و ضروری خواهد بود، به خصوص که اگر دولت میزبان و سرمایه‌گذار با بی‌ثباتی‌های اقتصادی و سیاسی مواجه باشند.<sup>۲</sup>

## ۲- مدیریت خطر با حمایت‌های قراردادی

برای طرح و برنامه‌ریزی میزان و حجم سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاران به درجه‌ای از ثبات قانونی و مقرراتی نیازمند خواهند بود. آن‌ها تصمیمات سرمایه‌گذاری خود را بر پایه‌ای از نظام قانونی خاص بنا کرده و هر تغییری در این نظام قانونی، ضربه‌ای ویرانگر بر اقتصاد قرارداد منعقد خواهد بود. با وجود این، دولت‌ها غالباً تصمیمات خود را در خصوص چهارچوب حاکم بر خدمات عام‌المنفعه تغییر می‌دهند و به همین دلیل، سرمایه‌گذاران اغلب در سال‌های اولیه قرارداد، هزینه‌های سنگینی می‌پردازند، به خصوص که پس از انعقاد قرارداد، خطر تغییر در قوانین اجرائی، آن‌ها را تهدید می‌کند. در مقابل، دولت‌ها خدمات عام‌المنفعه خصوصی‌سازی شده را از طریق اقداماتی چون تثبیت تعرفه و یا کاهش مالیه دولتی با هزینه کم و گاه بدون هزینه، به‌عنوان هدفی آسان و ارزان

1. Id.

2. H. Woss, A. San Román Rivera, S. Dellepiane, 'Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts' (2014), Chapter 3, *The Nature of Complex Long-Term Contracts*, p. 37.

برای انباشت حمایت‌های مالی در نظر می‌گیرند. علاوه بر موارد فوق، بنا به دلایل زیست‌محیطی و اجتماعی، ممکن است با تغییر قوانین و مقررات، اقتصاد قرارداد نیز دستخوش تأثیر قرار گیرد. برای حمایت از سرمایه‌گذاری در قبال مداخلات مقررات‌گذاری، بهترین حالت برای سرمایه‌گذار آن است که با مذاکرات خاصی که در خصوص حمایت‌های قراردادی با دولت یا ارگان دولتی ذی‌ربط انجام می‌دهد، شروط ثابتی در قرارداد بگنجانند. چنین حمایت‌های قراردادی یا موجب مصون‌ماندن سرمایه‌گذار از تغییرات مقررات می‌شود یا اینکه معمولاً به سرمایه‌گذار کمک می‌کند که با جبران خسارات وی در قبال این تغییرات، موازنه اقتصادی قرارداد وی تأمین شود. همچنین ممکن است سرمایه‌گذار بر مبنای فرمول و روشی از پیش تعیین شده، با وقوع حوادثی خاص در مورد امکان تغییر در تعرفه‌ها و دیگر مبالغ مذاکره کند. چنین فرایندهایی برای تخصیص خطر تغییرات مقرراتی آینده، ابزاری کارا برای کاهش خطرات مقررات‌گذاری محسوب می‌شود. چنین تعهدات قراردادی می‌تواند اساس انتظاراتی قانونی را پی‌ریزی کند که نقض آن‌ها زیربنای دعوای نقض معیار «رفتار عادلانه و منصفانه»<sup>۱</sup> را فراهم می‌کند؛ معیار مذکور در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری وجود دارد.

یکی از موارد تخصیص خطر، حقی است که در قراردادهای تأمین گاز به طرف مقابل داده می‌شود تا بتواند در صورت تغییرات اقتصادی خاص، برای اعمال قیمت‌های جدید به داوری رجوع کند.<sup>۲</sup> از دیگر تمهیدات قراردادی برای حمایت از سرمایه‌گذار در برابر کاهش ارزش پول رایج، محاسبه تعرفه‌های مربوط بر اساس نرخ‌های ثابتی مانند دلار امریکا است که حتی در صورتی که تعرفه‌ها بر مبنای پول رایج بسته شده باشند، باید بر مبنای ارز معتبر خارجی محاسبه

1. Fair and Equitable Treatment

2. See, e.g., Ben Holland & Phillip Spencer Ashley, 'National Gas Price Reviews: Past, Present and Future, Journal of Energy', *Natural Resources & Environmental Law*, 30 (No. 1), 2012, page 29. See also, William W. Park, 'The Predictability Paradox: Arbitrators and Applicable Law, in the Application of Substantive Law by International Arbitrators', *Dossier XI of the ICC Institute of World Business Law* (ICC Publication No. 753E), p. 67.

شوند.<sup>۱</sup> دیگر شروط، تعرفه‌ها و قیمت‌ها را به شاخص‌های قیمت‌گذاری خاصی پیوند داده و بدین سان ارزش عایدات را در شرایط واقعی نگه داشته است. دیگر تمهیدات از دقت پایین‌تری برخوردارند و صرفاً نشان می‌دهند که سرمایه‌گذار حق ادعای نرخ بازگشت مناسب [سود خود] را دارد.

### ۳- محدودیت اختیار داوران، در داوری تجاری به طرفیت دولت

قرارداد تجاری بین سرمایه‌گذار و دولت یا شرکت دولتی، همیشه اقدامات اتخاذی توسط دولت در دوران نوسان و رکود اقتصادی یا تغییرات سیاسی را مد نظر قرار نمی‌دهد. با اینکه داوران در داوری‌های تجاری، بر مبنای اصول کلی حقوق یا اعمال قوانین داخلی که در حقوق بین‌الملل<sup>۲</sup> نیز متداول است، سعی در پرکردن خلأها و شکاف‌های موجود دارند، اما با محدودیت‌های قراردادی و قانون حاکم بر قرارداد که منشأ اختیارات آن‌ها است، محدود می‌شوند. در ادامه شرح داده خواهد شد که محدودیت‌های بالقوه داور ریشه در قرارداد دارد. فرض کنید یک سرمایه‌گذار، قراردادی تجاری و طولانی‌مدت با دولت یا ارگانی دولتی منعقد کند که شرط ثبات مالیاتی، بر مبنای قانون حاکم آن دولت در آن قید شده است. دولت با سوء نیت اقدام به ممیزی مالیاتی کرده و مدعی می‌شود که سرمایه‌گذار سعی در فرار مالیاتی داشته، لذا مجازات کیفری وی را خواستار شده است. داورانی که اختیارات آن‌ها محدود به تعهدات قراردادی در روابط تجاری است، لاجرم باید مشخص کنند که آیا اختیارات قراردادی آن‌ها شامل ارزیابی قانونی بودن استفاده دولت از حقوق کیفری خود نیز می‌شود؟ در این قضیه، داوران ممکن است برای احتراز از بی‌عدالتی، به اصول کلی حقوق مانند

۱. این مسئله قضیه ای بود که در قراردادهای توزیع برق و گاز آرژانتین و پس از خصوصی سازی‌های خدمات عام المنفعه در دهه ۱۹۹۰، رخ داد.

2. See Robert B. von Mehren and P. Nicholas Kourides, 'International Arbitrations between States and Foreign Private Parties: The Libya Nationalization Cases', 75 *AJIL* 504. In the BP arbitration, Judge Lagergren applied a detached system of general principles of law, and in the *TOPCO* and *LIAMCO* arbitrations, sole arbitrators Dupuy and Mahmassani applied a system of municipal law, i.e., principles of Libyan law on the basis of their commonality with principles of international law.

اصل حسن نیت<sup>۱</sup> یا اصل لزوم وفای به عهد<sup>۲</sup> یا استاپل<sup>۳</sup> و یا داراشدن بلاجهت<sup>۴</sup>، تمسک جویند.<sup>۵</sup>

در قضیه دوک انرژی به طرفیت پرو، دیوان داوری که صلاحیت و اختیارات خود را از قرارداد کسب کرده بود، با تمسک به اصول حقوقی مانند استاپل و حسن نیت، برداشت مضیق از شرط ثبات مالیاتی را نپذیرفته و بیان داشت صرفاً تغییر قانون نیست که دولت پرو را مسئول می‌گرداند؛ تغییر در نحوه محاسبه مالیات نیز مضمول شرط ثبات می‌شود.<sup>۶</sup>

هرگاه قرارداد تحت حاکمیت قانون دولت میزبان باشد، دولت به‌سادگی با تغییر قانون از ایفای تعهدات خود شانه خالی خواهد کرد. به‌عنوان مثال می‌تواند به‌راحتی قانونی تصویب کند که نشان دهد اقدامات ثبات مالیاتی از همان ابتدا باطل بوده و قابل اجرا نیست. در این قضیه، داوران ممکن است طبق مقررات حقوقی داخلی که سرحد صلاحیت خود را از آن دارند، احساس محدودیت کنند. درحالی که ممکن است چنین استدلال شود که بر اساس مفاهیم حقوقی ای چون «اقدامات دولت»<sup>۷</sup>، به دیوان اختیار صدور حکم به پرداخت غرامات سرمایه‌گذار در برابر چنین تغییراتی اعطا شده است، اما داوران می‌توانند درک کنند که در صورتی که چنین رأیی را برای عدم اجرای قانون حاکم بر قرارداد صادر کنند، رأی آن‌ها در معرض خطر نقض و ابطال قرار خواهد گرفت.

---

1. good faith

2. pacta sunt servanda

3. Estoppels

برای مشاهده مفهوم و انواع سه‌گانه قاعده استاپل رجوع کنید به: افتخار جهرمی، گودرز، شهبازی‌نیا، مرتضی، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و امریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۳، شماره ۳۰، (م)

4. unjust enrichment

۵. در قضیه لنا گلدفیلد (*Lena Goldfields*) که اختیارات داوران از قرارداد اعطای امتیاز معدنی‌ای منبث می‌شد که بین سرمایه‌گذار بریتانیایی و اتحاد جماهیر شوروی منعقد شده بود، دیوان با اعمال قاعده منع داراشدن بلاجهت، حکم به جبران خسارات ناشی از مصادره غیرقانونی داد.

*The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd and the Soviet Government, Award dated 3 September 1930, 36 Cornell Law Quarterly 31, 51 to 52 (1950).*

6. *Duke Energy v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award dated 18 August 2008, para. 227.

در واقع دیوان دریافت که حقوق پرو شامل اصل حسن نیت نیز می‌شود؛ یعنی چیزی که در قضیه حاضر از طرف دولت پرو مورد توجه قرار نگرفته بود.

7. *fait du prince*

### ۳- داوری معاهدات سرمایه‌گذاری: اطمینان از چهارچوب ثابت سرمایه‌گذاری،

#### تحت حقوق بین‌الملل

در مقابل چنین تنش‌هایی که در داوری‌های تجاری وجود دارد، معاهدات سرمایه‌گذاری ابزاری در اختیار داوران قرار می‌دهد تا اقدامات مستقل دولت را از دید حقوق بین‌الملل ارزیابی کنند. توانایی دیوان داوری در معاهدات سرمایه‌گذاری، در خصوص قضاوت در مورد اقدامات مستقل دولت، مانند تغییر در قوانین و مقررات خود، دلیل بحث‌برانگیزی و جدال‌آمیز بودن داوری معاهدات سرمایه‌گذاری است،<sup>۱</sup> و نیز دلیل ضرورت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را تبیین می‌کند.<sup>۲</sup>

داوران، حقوق سرمایه‌گذار خارجی را تحت معاهده سرمایه‌گذاری مورد تدقیق و بررسی قرار می‌دهند، و با ارزیابی تعهدات قراردادی و اصول حقوقی دولت میزبان، دیوان داوری این نکته را معین خواهد کرد که آیا دولت، معاهده سرمایه‌گذاری قابل‌اجرائی را نقض کرده است یا نه؟ چنان‌که در داوری اختلافات مربوط به بخش برق بولیوی مشاهده شد، هدف ارزیابی این نکته است که آیا تغییر در قوانین منجر به نقض معیارهای قابل‌اجرای بین‌المللی شده است یا نه:

اولاً؛ در خصوص ادعای مربوط به میزان بها، نباید از دیوان انتظار داشت که قیمت مدنظر تولیدکنندگان را تعیین کند بلکه دیوان باید به این نکته بپردازد که آیا تغییرات اعمالی دولت بولیوی در چهارچوب قانون در خصوص میزان بها، انتظارات مشروع مدعی از معیارهای رفتار منصفانه و منصفانه را مخدوش و مختل کرده است یا نه؟<sup>۳</sup>

1. See, e.g., *The Backlash Against Investment Arbitration*, Balchin, Chung, Kaushal, Waibel, 2010; see also Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.
2. See Michael Reisman, 'Fifteenth Annual Grotius Lecture Response', *American University International Law Review* 29 no. 5 (2014): 1003-1008 at 1004.  
پروفسور ریزمن (Professor Reisman) بیان داشت که تداخل با حاکمیت، علت وجود دیوان‌های بین‌المللی همانند دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری و دیوان‌های حقوق بشری است.
3. *Guaracachi America Inc. and Rurelec PLC v. Bolivia*, UNCITRAL Award dated 31 January 2014, para. 253. Available at [www.italaw.com/cases/518](http://www.italaw.com/cases/518). (dictum).

تعیین اینکه تغییر در چهارچوب قانون، منجر به نقض حقوق بین‌الملل شده است یا نه، نیازمند علم به نحوه تخصیص خطر توسط سرمایه‌گذار و دولت میزبان و نیز آگاهی از انتظارات دولت در وهله اول از جذب سرمایه‌گذار خارجی است.

#### ۴- تغییرات اساسی در نظام مقرراتی: تضعیف انتظارات قانونی در نقض رفتار منصفانه و عادلانه

حمایت از انتظارات قانونی، مؤلفه اصلی رفتار منصفانه و عادلانه در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup> حتی در ریزبینانه‌ترین و بحث‌برانگیزترین<sup>۲</sup> معیار این رفتار، نقض آن از طریق ایجاد انتظارات عینی توسط دولت برای جذب سرمایه‌گذاری و انکار انتظارات مذکور بعد از طرح آن رخ می‌دهد.<sup>۳</sup> دولت‌ها هرگاه بخواهند بر اساس چهارچوب‌های قانونی مشخص و وعده‌های ویژه، اقدام به جذب سرمایه‌گذار کنند، برای نیل به سرمایه‌گذاری، انتظارات عینی را مطرح می‌کنند. در دعوی سی‌ام‌اس به طرفیت آرژانتین،<sup>۴</sup> دیوان به این نتیجه رسید که درج شروط معینی در مجوز سرمایه‌گذار در چهارچوب قوانین آرژانتین مانند قانون گاز، انتظارات قانونی از طرف سرمایه‌گذار را به همراه خواهد داشت که باید توسط دولت محترم شمرده شود. دیوان دریافت که سؤال این نیست که چه چهارچوب‌های قانونی‌ای باید تثبیت شوند هنگامی که همواره امکان تکامل و تطبیق با شرایط، برای آن چهارچوب‌ها وجود دارد، و نیز به این نکته نیز نمی‌پردازد که موقع طرح

According to the *Generation Ukraine* tribunal, 'the protection of [legitimate expectations] is a major concern of the minimum standards of treatment contained in bilateral investments treaties.' *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award dated September 16, 2003, para. 20.37, 44 ILM 404 (2005). Also available at: [www.italaw.com/cases/482](http://www.italaw.com/cases/482). See also *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award dated 17 March 2006, para. 309, available at [www.italaw.com/cases/documents/963](http://www.italaw.com/cases/documents/963).

2. See Michael Reisman, "Case Specific Mandates" versus "Systemic Implications": How Should Investment Tribunals Decide? - The Freshfields Arbitration Lecture', 29(2) *Arb. Int'l* 131 (2013).

3. *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, Award dated 8 June 2009 at para. 22. Available at [www.state.gov/s/l/c10986.htm](http://www.state.gov/s/l/c10986.htm).

4. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award dated 12 May 2005, 44 ILM 1205. Also available at [www.italaw.com/cases/288](http://www.italaw.com/cases/288).

تعهدات خاص، آیا می‌توان کل چهارچوب قانون را تثبیت و منجمد کرد؟ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی و حمایت‌های آن، با هدف ممانعت از چنین تأثیرات سوء قانونی شکل گرفته است.<sup>۱</sup> به‌طور مشابه، در دعوی ای‌دی‌اف به طرفیت آرژانتین<sup>۲</sup> که قرارداد پایه آن با هدف جذب سرمایه‌گذار خصوصی منعقد شده بود، اختلاف از چهارچوب مقررات بخش برق حاصل شد. وعده‌های چهارچوب قانونی، قسمتی از تعهدات قراردادی بود که دولت در برابر سرمایه‌گذار بر عهده گرفته بود. دیوان داوری ای‌دی‌اف به این نتیجه رسید که دولت آرژانتین، دست به اقداماتی ضروری زده است که تغییر نرخ پول رایج و شروط تعدیل هزینه‌های نرخ تعرفه برق را که در چهارچوب قانون و مجوز سرمایه‌گذار طرح شده بود، به همراه داشته است. با توجه به اینکه آرژانتین پس از مهار بحران اقتصادی ۲۰۰۱ و ۲۰۰۲ از مذاکره مجدد و جبران این تغییرات باز ماند، لذا به دلیل تغییر در چهارچوب قانونی که سرمایه‌گذار به اتکای آن سرمایه‌گذاری کرده بود، مسئولیت جبران نقض رفتار عادلانه و منصفانه را بر عهده خواهد داشت.

#### ۵- بی‌ثباتی: ناتوانی در طرح چهارچوبی ثابت و معقول برای سرمایه‌گذار

دیوان‌ها همچنین دریافته‌اند که ناتوانی در ارائه چهارچوبی ثابت و معقول برای سرمایه‌گذاری، نقض معیار رفتار عادلانه و منصفانه را به همراه خواهد داشت. قضیه پی‌اس‌ای‌جی به طرفیت ترکیه،<sup>۳</sup> در ارتباط با پروژه ناتمام برقی بود که با اعمال تغییرات در چهارچوب مقررات مطرح شد. در پی درخواست روزافزون برق در ترکیه طی دهه ۱۹۸۰، دولت قوانینی را تصویب کرد که به شرکت‌های خصوص امکان راه‌اندازی تأسیسات تولید برق و فروش برق به دولت را فراهم می‌کرد. در این راستا دولت مشوق‌های مختلفی، از جمله ضمانت‌های خزانه<sup>۴</sup> و قراردادهای طولانی‌مدت خرید برق را ارائه کرد. در سال ۱۹۹۴، شرکت خواهان، برای فراهم کردن امکان

1. Id, para. 277.

2. *EDF International S.A. et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award dated 11 June 2012. Available at [www.italaw.com/cases/372](http://www.italaw.com/cases/372).

3. *PSEG Global et al v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award dated 4 June 2004, 44 ILM 465 (2005).

4. treasury guarantee

تولید برق اقدام کرد و دولت این اجازه را داد که شرکت مطالعات امکان‌سنجی خود را از ساختمان نیروگاه برق زغال‌سنگی و معادن زغال‌سنگ اطراف آن انجام دهد. متعاقب آن، خواهان، قرارداد بهره‌برداری و یک قرارداد تخصیص امتیاز با ترکیه منعقد کرد. اختلاف بین طرفین ناشی از آن بود که آیا امتیازنامه شامل توافق نهایی در خصوص شرایط اصلی تجارت نیز می‌شود یا نه؟ همچنین طرفین در مورد محتوا و محدوده شرایط تجاری و ساختار مناسب همکاری در زمینه بهره‌برداری از پروژه که عواقب مالیاتی مهمی در پی داشت، به توافق نرسیدند. در حالی که این اختلافات و عدم توافقات در حال شکل‌گیری بود، تغییراتی در چهارچوب قانونی ترکیه صورت گرفت؛ از جمله این تغییرات، قانونی بود که امکان تهیه ضمانت خزانه برای پروژه سرمایه‌گذار را حذف می‌کرد. هرچند ساخت نیروگاه برق و معدن زغال‌سنگ پیشنهادی پی‌اس‌ای جی هرگز شروع نشد، اما خواهان ادعا کرد که میلیون‌ها دلار برای مطالعات امکان‌سنجی و مطالعات بعدی و نیز برگزاری چندین دوره جلسه مذاکره با مقامات دولتی که با تکیه و اطمینان به چهارچوب مقررات آن زمان صورت گرفته بود، هزینه کرده است.

دیوان داوری دریافت که دولت ترکیه به دلیل ناتوانی در انجام مذاکرات به نحو مطلوب و مداخلات گوناگون، مسئول نقض رفتار عادلانه و منصفانه طبق مقررات معاهده است.<sup>۱</sup> دیوان در طول جلسات و تفاسیر خود مشاهده کرد که در شرایطی که قانون به صورت پیوسته و مداوم در حال تغییر است، خبری از ثبات وجود نخواهد داشت. در این حالت، نه تنها قانون بلکه دیدگاه‌ها و سیاست‌های اجرایی نیز تغییر خواهد یافت.<sup>۲</sup> دیوان از تغییراتی که در ترکیه اتفاق افتاده بود با عنوان تأثیر «ترن هوایی»<sup>۳</sup> بر سرمایه‌گذاری یاد کرد.<sup>۴</sup>

1. Id.

2. Id, para. 254.

۳. ترن هوایی (roller-coaster) استعاره‌ای از بی‌ثباتی و دواربودن همراه با خطر در قوانین است. در واقع دیوان تغییرات مذکور را با عنوان تأثیر بی‌ثباتی بر سرمایه‌گذاری یاد کرده است. (م)

4. Id, para. 250.



در قضیه توتال به طرفیت آرژانتین<sup>۱</sup> نیز اختلاف شبیه به آنچه در قضیه سی‌ام‌اس رخ داد، ناشی از اقدامات فوری دولت آرژانتین بود. توتال با طرح ادعای خود در زمینه تخطی از قیمت واحد و تمام‌شده در بخش انرژی توسط دولت آرژانتین عنوان داشت که تغییر نظام حقوقی مربوط به قیمت تمام‌شده برق که دولت آن را اعمال کرده است، اصل رفتار عادلانه و منصفانه را در معاهده سرمایه‌گذاری نقض کرده است.<sup>۲</sup> دیوان با پذیرش ادعای سرمایه‌گذار دریافت که دولت آرژانتین نتوانسته است چهارچوبی ثابت برای سرمایه‌گذاری در بخش تولید نیروی برق ارائه کند. هرچند دیوان به این نتیجه رسید که قانون برق شامل ضمانت ثبات نمی‌شود، لیکن اقدامات دولت آرژانتین معیارهای رفتار عادلانه و منصفانه معاهده را نقض می‌کند چرا که این اقدامات با اصول منطقی اقتصادی، منافع جمعی، معقولیت و تناسب، ناسازگار بوده و انتظارات معقول توتال را تحت اصول حاکم زیر پا می‌گذارد.<sup>۳</sup>

بنا به اظهار دیوان مذکور، حتی در صورت نبود تعهدات خاص قراردادی، این امکان وجود دارد که دولت میزبان با تحمیل چهارچوبی غیرمنطقی، اصل رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده و مفاهیم کلیدی انصاف و عقلانیت را تحت تأثیر قرار دهد. به هنگام سنجش عقلانیت و انصاف از منظر حقوق بین‌الملل، باید اصول حاکم بر قوانین دولت میزبان نیز مدنظر قرار گیرد.

این تصمیمات نشانگر نظریان برونلی<sup>۴</sup> است که بیان می‌دارد نباید انتظار داشت که سرمایه‌گذار خارجی، تغییرات غیرقابل‌لمس و انحرافی مربوط به رویه حقوقی دولت میزبان را پذیرا باشد.<sup>۵</sup> این وقایع ممکن است خطرات تجاری قابل‌پیش‌بینی‌ای باشند که وابسته به ماهیت سرمایه‌گذاری و نوع

1. *Total S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1), Decision on Liability, 27 December 2010. Available at [www.italaw.com/cases/documents/1106](http://www.italaw.com/cases/documents/1106).

2. *Id.*, paras 325–327.

3. *Id.*, para 333.

4. Ian Brownlie

5. Ian Brownlie, *Treatment of Aliens: Assumption of Risk and the International Standard in International Law and Economic Order: Essays in Honour of F.A. Mann on the Occasion of his 70th Birthday on August 11, 1977* at 319. Professor Brownlie made this statement as a 'provisional expression of view' in the context of an essay concerning whether aliens may be said to assume certain risks under international law. He observed that '[i]t may be the case – this is a very provisional expression of view – that the principle of assumption of risk does not apply to cases of dolus or abuse of rights.' *Id.*

تعهدات مدنظر دولت میزبان‌اند. هرگاه وعده‌ای داده می‌شود یا انتظارات عینی از یک چهارچوب عقلانی برای سرمایه‌گذاری توسط دولت میزبان تقویت می‌شود، وعده‌ها و انتظارات مذکور تحت حمایت حقوق بین‌الملل جایگاهی می‌یابند که به‌سادگی توسط قوانین داخلی دولت میزبان از بین نمی‌روند.

## ۶- خطر مصادره

سرمایه‌گذاری در بخش خدمات عام‌المنفعه، همیشه با خطر مصادره و بحث چالش‌برانگیز قیمت‌گذاری به هنگام مصادره رودرروست. سرمایه‌گذاری در این بخش نیازمند سرمایه‌های کلانی است که باید در همان سال‌های ابتدایی اخذ مجبور و امتیاز تزریق شود. این حالت و نحوه سرمایه‌گذاری، به‌خصوص اگر پای منافع عمومی و فشارهای سیاسی در میان باشد، دولت را برای مصادره برخواهد انگيخت.<sup>۱</sup> دولت‌ها معمولاً تمایل دارند که دارایی‌های مستغرق در پروژه و خارج از دسترس سرمایه‌گذار را مصادره کنند چرا که هزینه مستقیم این مصادره‌ها، در قیاس با هزینه منافع سیاسی کوتاه‌مدتی که با کاهش هزینه‌های عمومی به‌دست می‌آید، چندان چشمگیر نخواهد بود.<sup>۲</sup> طبق مشاهدات برگارا، هنیش و اسپیلر:<sup>۳</sup>

انگیزه مصادره اموال مستغرق سرمایه‌گذار، عمدتاً در کشورهایی به‌صورت گسترده مورد انتظار و ممکن است که دولت رویه‌های رسمی و غیر رسمی لازم و مورد نیاز برای اتخاذ تصمیمات مقرراتی نداشته باشد؛ جایی که سیاست‌های مقررات‌گذاری بر مبنای حاکمیت نهاده شده باشد؛ یعنی زمانی که نظام قضائی، قدرت و رویه بازبینی تصمیمات اجرایی را نداشته باشد؛ و جایی که عمر دولت کوتاه باشد.<sup>۴</sup>

1. Mario E. Bergara, Witold J. Henisz and Pablo T. Spiller, Political Institutions and Electricity Investment: A Cross Nation Analysis, *California Management Review*, Vol. 40, No. 2, Winter 1998, pp. 19-20.

2. Id, p. 20.

به‌عبارت‌دیگر اگر تبعات مصادره را که طبیعتاً لزوم پرداخت غرامت و ناامنی سرمایه‌گذاری را در پی خواهد داشت از یک طرف، و منافع سیاسی را که با کاهش هزینه‌های عمومی از طریق به‌دست آوردن اموال مصادره‌ای و کارهای انجام‌یافته به‌دست می‌آید از طرف دیگر مدنظر قرار دهیم، نتیجه هزینه فرصت این دو جنبه ایجاب می‌نماید که مصادره با توجه به اینکه در زمینه خدمات عام‌المنفعه به همراه بخش عظیمی از سرمایه مستغرق سرمایه‌گذار است، برای دولت مقرون‌به‌صرفه باشد. (م)

3. Bergara, Henisz and Spiller

4. Id, p. 20, citing D. Salant, 'Behind the Revolving Door: A New View of Public Utility Regulation', *Rand Journal of Economics*, 26/3 (1995), *inter alia*.

بخشی از عوامل فوق، در بطن دعوای گواراکاچی امریکا و رورلک پی‌ال‌سی، به طرفیت دولت بولیوی مشاهده شد.<sup>۱</sup> دولت بولیوی مدعی قانونی بودن مصادره امپرسا الکتريکا گواراکاچی اس ای (EGSA)<sup>۲</sup> بود چرا که مدعی بود دولت ارزش دارایی مصادره‌شده شرکت خواهان را برآورد و ارزیابی کرده و به این نتیجه رسیده است که EGSA دارای ارزش منفی بوده است. لذا بنا به ادعای بولیوی، از آنجا که شرکت در زمان مصادره دارای ارزش منفی بوده است، پس نیازی به پرداخت غرامت نداشته و مصادره قانونی خواهد بود. دیوان ادعای دولت را نپذیرفت و چنین دریافت که غرامت به شرکت تعلق گرفته و دولت سرمایه‌گذاری صورت گرفته را به صورت غیر قانونی مصادره کرده است. علت غیرقانونی بودن مصادره را نیز عدم پرداخت غرامت «منصفانه و مؤثر»<sup>۳</sup> در حق سرمایه‌گذار به عنوان یکی از شرایط الزامی طبق معاهده دوجانبه بین انگلیس و بولیوی دانست. دیوان به این نتیجه رسید که:

از دولتی که مصادره را انجام می‌دهد، انتظار می‌رود که ارزش عینی و عملی اموال مصادره‌ای را ارزیابی کند. دولت بولیوی در واقع غرامتی به رورلک نپرداخت، چرا که در آن زمان ارزیابی دقیقی از ارزش دارایی EGSA انجام نداده بود. در واقع دولت عکس آن را انجام داد و چنانچه دیوان دریابد که ارزش‌گذاری آشکارا ناکافی بوده است، دولت را مقصر خواهد شناخت. چنان‌که در ادامه شرح داده خواهد شد، در واقع موضوع از همین قرار است و مصادره غیرقانونی بوده است.<sup>۴</sup>

قضیه رورلک بر این مبنا قرار دارد که مصادره بدون پرداخت غرامت به خودی خود غیرقانونی بوده است و مشخصاً لزوم پرداخت غرامت مبرهن و واضح است. همچنین در دعوای مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی، این قضیه نیاز مبرم به ارزش‌گذاری مستقل اموال سلب مالکیت‌شده‌ای دارد که باید توسط دیوان داوری بی‌طرفی انجام پذیرد.

1. *Guaracachi America Inc. and Rurelec PLC v. Bolivia*, UNCITRAL Award dated 31 January 2014, para. 441, available at [www.italaw.com/cases/518](http://www.italaw.com/cases/518).  
2. *Empresa Eléctrica Guaracachi SA (EGSA)*  
3. 'just and effective' compensation  
4. *Id.*, para. 441.

## ۷- آینده داورهای خدمات عام‌المنفعه چگونه خواهد بود؟ بررسی دقیق

### مقررات و نگرانی در زمینه منافع عمومی

خدمات عام‌المنفعه ضرورتاً مستلزم منافع عمومی و مقررات و نظارت دولت است که نگرانی‌هایی در خصوص سلامت، محیط زیست و امنیت ملی را در پی دارد. نیروگاه‌های هسته‌ای هنوز هم با وجود سه فاجعه عظیم هسته‌ای تری‌ماییل‌آیلند، چرنوبیل و اخیراً فوکوشیما، به فعالیت‌های خود ادامه می‌دهند. دولت‌های ژاپن، آلمان و سوئیس اخیراً به فکر تعطیلی نیروگاه‌های هسته‌ای خود افتاده‌اند. شورای اروپا در اکتبر ۲۰۱۴ توافق کرد که اتحادیه را برای تأمین ۲۷ درصد انرژی خود از منابع تجدیدپذیر متعهد کند.<sup>۱</sup> در خصوص بخش‌های مذکور نیز اختلافاتی رخ داده است؛ برای مثال با پیشی گرفتن عرضه از تقاضا در خصوص تأسیس انرژی‌های تجدیدپذیر مانند انرژی خورشیدی در اسپانیا، هدف دولت در تشویق سرمایه‌گذاری در حوزه مذکور منجر به نتیجه معکوس شد. متعاقباً عقب‌نشینی دولت از مشوق‌هایی که پیش از این داده بود، موجی از دعاوی سرمایه‌گذاری را در پی داشت.<sup>۲</sup>

در کنار تمرکز بر انرژی‌های پاک و محیط زیست، دولت‌ها همچنین در سراسر جهان نگران امکان حمله‌های سایبری به شبکه‌های انرژی‌اند.<sup>۳</sup> لذا مباحث مربوط به این حوزه که سرمایه‌گذاران خصوصی به چه طریق پاسخگوی عموم خواهند بود، یکی از سؤالات اساسی در زمینه سرمایه‌گذاری خدمات عام‌المنفعه خواهد بود.

1. European Council, Conclusions 23 and 24 2014, EUCO 169/14, CO EUR 13 COCL 6, [www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/145397.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/145397.pdf); See also Editorial, 'Looking Ahead: The Top Ten Energy and Natural Resources Issues in 2015', *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 33, No. 1, 1-9, p. 2.
2. See, e.g., *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/1), case details available on ICSID's website at <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/14/1>. See also, Leo Szolnoki, 'Spain sees new solar claim at ICSID', *Global Arbitration Review*, 27 May 2014, available at <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32674/spain-sees-new-solar-claim-icsid>.
3. See, e.g., Stephen Heifetz and Michael Gershberg, 'Why Are Foreign Investments in Domestic Energy Projects Now Under CFIUS Scrutiny?' *Harvard Business Law Review OnLine*, Volume 3 (2013), available at [www.hblr.org/2013/05/why-are-foreign-investments-in-domestic-energy-projects-now-undercfius-scrutiny/](http://www.hblr.org/2013/05/why-are-foreign-investments-in-domestic-energy-projects-now-undercfius-scrutiny/), discussing the United States' regulation of Chinese investment in U.S. utilities and concerns over cyber-security.

تمامی این پیشرفت‌ها که نتیجه تکنولوژی، مقررات، بازیگران و خطرات جدید است، دونه‌ای پیچیده‌ای خواهد داشت. داوری بین‌المللی طبق قراردادهای و معاهدات تجاری، نقش مهمی در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری‌های حوزه خدمات عام‌المنفعه بازی خواهد کرد. با وجود این، داوری بین‌المللی در برهه حیاتی و بحرانی خود قرار گرفته است. واکنش‌های شدید نسبت به داوری‌های معاهدات بین‌المللی که ناشی از نگرانی‌های مربوط به اثرات پنهان و احتمالی داوری بین‌المللی بر عدم پویایی مقررات دولتی است،<sup>۱</sup> تغییر رویه‌های داوری را محتمل خواهد کرد. پیش از این نیز شاهد افزایش تمرکز بر اخلاق داوری در حقوق نرم<sup>۲</sup> و اصلاح قواعد داوری همانند تغییرات اساسی در معیارهای معاهدات تجاری بوده‌ایم.

زمانی که پای خدمات عمومی در میان باشد، تقاضا برای شفافیت<sup>۳</sup> بیشتر نیز فزونی خواهد یافت. تقاضاهای مذکور پیش از این منجر به برخی تغییرات اساسی مانند اصلاحات در قواعد ایکسید در سال ۲۰۰۶ شد، که مربوط به امکان همکاری «مشاور دادگاه»<sup>۴</sup> بود. اخیراً نیز قواعد شفافیت آنسیترال ۲۰۱۳<sup>۵</sup> و کنوانسیون شفافیت داوری سازمان ملل متحد بر مبنای معاهده بین دولت و سرمایه‌گذار<sup>۶</sup> (۲۰۱۴ نیویورک) (کنوانسیون شفافیت مارتیبوس)<sup>۷</sup> به دولت‌ها این امکان را می‌دهد تا قواعدی با شفافیت بیشتر، مانند دسترسی عموم به جلسات دفاع و استماع داوری‌های معاهدات سرمایه‌گذاری را فراهم کنند. در برخی موارد، دولت و سرمایه‌گذار به‌طور داوطلبانه و صرف‌نظر از شرایط معاهدات سرمایه‌گذاری خود، در خصوص اعمال بهترین معیار شفافیت به توافق می‌رسند. این نوع از توافق در دعوی رورلک<sup>۸</sup> به طرفیت بولیوی<sup>۹</sup> رخ داد که تمامی دفاعیات در تارنمای دادگاه دائمی داوری<sup>۹</sup> منتشر شد.

1. See, e.g., *The Backlash Against Investment Arbitration*, Balchin, Chung, Kaushal, Waibel, 2010; see also Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

2. Soft Law

3. transparency

4. amicus curiae

5. UNCITRAL's 2013 Transparency Rules

6. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

7. the Mauritius Convention on Transparency

8. *Rurelec v. Bolivia*

9. Permanent Court of Arbitration

تقاضای روزافزون شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری، در داوری‌های تجاری نیز نفوذ یافته است. در کنفرانس اخیر شورای بین‌المللی داوری تجاری (ICCA)<sup>۱</sup> در هنگ‌کنگ، شرکت کنندگان در خصوص نیاز داوری تجاری به پیروی از داوری سرمایه‌گذاری از طریق فراهم کردن شفافیت بیشتر و قابل‌دسترس بودن آن نزد عموم، بحث و گفتگو کردند.<sup>۲</sup>

در دنیای امروزی، با امکان دسترسی سریع به اطلاعات، ماهیت محرمانه و غیرمتمرکز داوری بین‌المللی موجب نگرانی خواهد بود. نگرانی در مورد کمبود دموکراسی در داوری بین‌المللی<sup>۳</sup> که اخیراً در مذاکرات «مشارکت دو سوی اقیانوس آرام» (TPP)<sup>۴</sup> نیز مدنظر قرار گرفته می‌شود، مشخصاً مربوط به اختلافات خدمات عام‌المنفعه و زیرساخت‌های عمومی و محیط زیست است.

تعیین و تمیز مقررات‌گذاری‌ها و اجرای مقررات قانونی از تحمیل و سوءاستفاده‌های دولتی، یکی از چالش‌های اصلی دیوان‌های داوری است. نسل جدید معاهدات سرمایه‌گذاری، جدا از اینکه امکان دسترسی عموم به رویه‌های داوری را تسهیل می‌کند، ملاحظات و استثنائات زیادی نیز با هدف محدود کردن انواع اختلافات و ادعاهای مورد داوری مطرح می‌کند. برای مثال، برخی معاهدات امروزی، این امکان را که اقدامات با حسن نیت محیط‌زیستی دولت، مصداق مصادره مستقیم در نظر گرفته شود استثنا کرده‌اند.<sup>۵</sup>

1. International Council for Commercial Arbitration - ICCA
2. See Kyriaki Karadelis, 'Hong Kong summit focuses on south-south trade', *Global Arbitration Review*, 14 May 2015. Available at <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33803/hong-kong-summitfocuses-south-south-trade>.
3. See, e.g., letter dated 30 April 2015 by Professor Laurence Tribe, Nobel Laureate Joseph Stiglitz and others to Majority Leader McConnell, Minority Leader Reid, Speaker Boehner, and Minority Leader Pelosi concerning the dangers of investor-state arbitration, available at [www.citizen.org/documents/letter-seniorlegal-experts-oppose-isds.pdf](http://www.citizen.org/documents/letter-seniorlegal-experts-oppose-isds.pdf).
4. Trans-Pacific Partnership
5. See, e.g., Annex 10. 11 of the Canada-Honduras Free Trade Agreement concerning indirect expropriation, which provides in section (c) that 'except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it cannot be reasonably viewed to have been adopted and applied in good faith, a non-discriminatory measure of a Party that is designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, does not constitute an indirect expropriation.'

این استثنائات چالش کشف واقع جهت تعیین انگیزه دولت در مقررات‌گذاری بر خدمات عام‌المنفعه را در پی داشته است.<sup>۱</sup>

---

1. One of the best-known investment arbitrations concerning the motive of a state when issuing a regulatory measure is the *Methanex* case. There the tribunal explored whether the claimant's inferences could be reasonably supported by testing the claimant's theory against concrete facts, including scientific expert reports. The tribunal found that the expert testimony went to the heart of the question of whether the USA's measures, as alleged by Methanex, constitute[ ] a 'sham environmental protection in order to cater to local political interests or in order to protect a domestic industry'. *Methanex v. USA*, Final award on jurisdiction and merits dated 3 August 2005, para. 41, 44 I.L.M. 1345. On assessing a state's motive concerning tax measures and interpreting a tax carve-out in the Energy Charter Treaty, see *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* awards dated 18 July 2014, available at [www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1599](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599).