

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



دانشکده حقوق

# مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۴

پاییز - زمستان

۱۳۸۵



## مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤؤل: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سر دبیر: دکتر محمد علی اردبیلی

مدیر اجرایی: صادق نجار فیروزجانی

اعضای هیأت تحریریه:

دکتر محمد آشوری، دکتر محمد رضا احمدی، دکتر محمد رضا پاسبان، دکتر عبدالله شمس،  
دکتر سید حسین صفایی، دکتر عزت‌اله عراقی، دکتر امیرحسین فخاری، دکتر هدایت‌اله فلسفی،  
دکتر سید مصطفی محقق داماد، دکتر رضانوربها، دکتر سید محمد هاشمی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا و انجمن ایرانی داوری

---

پاییز - زمستان ۱۳۸۵

شمارگان ۲۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۲۰۰۰ ریال

مرکز پخش:

فروشگاه کتاب انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، ساختمان مدیریت رایانه و خدمات ماشینی، طبقه همکف، تلفن ۲۹۹۰۲۷۰۰

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

---

## راهنمای نگارش و ارسال مقاله

- ۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یک بار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تالیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید.
- ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود، باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دست‌آورد علمی جدید باشد.
- ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود.
- ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد.
- ۵- زبان مجله فارسی است، بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.

### مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

- ۱- نام نویسنده یا مترجم و نشانی کامل پستی، شماره نمابر، تلفن و در صورت امکان نشانی پست الکترونیک.
- ۲- چکیده فارسی مقاله (حداکثر ۲۵۰ کلمه) با کل‌واژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۵ عبارت) باید پس از مقدمه‌های کوتاه، دست‌آورد اصلی مقاله را به طور اختصار بیان نماید.
- ۳- ترجمه چکیده مقاله به انگلیسی یا فرانسوی شامل عنوان مقاله، نام نویسنده به یکی از این زبانها باشد.
- ۴- منابع در متن به ترتیب شماره‌گذاری شده و برطبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه و در فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان آورده شود.
- ۵- اطلاعات منابع به صورت مقاله: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان مقاله داخل گیومه / نام ناشر / سال انتشار / جلد / صفحات.
- ۶- اطلاعات منابع به صورت کتاب: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار.
- ۷- مسؤولیت صحت مطالب مندرج در مقاله و یا ترجمه به عهده نویسنده یا مترجم است.
- ۸- مقاله دریافت شده را سردبیر و هیأت تحریریه بررسی خواهند کرد و هیأت تحریریه در اصلاح دستوری و املاي آن آزاد است.

### نحوه فرستادن مقاله

مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی یک دیسک ۳/۵ اینچ تایپ شده با Windows98-Word97 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله، تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی ارسال گردد.

مجله تحقیقات حقوقی  
شماره ۴۴

صفحه

بخش تحقیق

- ۱۱ ♦ تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها  
دکتر سید مصطفی محقق داماد
- ۵۵ ♦ نظام بین‌المللی ثبت اختراع: زمینه‌ها و ضرورت‌ها  
دکتر میرقاسم جعفرزاده
- ۱۰۹ ♦ محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین  
دکتر حمیدرضا نیکبخت
- ۱۳۹ ♦ مسئولیت مدنی ناشی از خسارات املاک، سازه‌ها و ساختمان‌ها  
دکتر مهرباب داراب‌پور
- ۱۹۹ ♦ بررسی تطبیقی تابعیت اصلی در حقوق ایران و فرانسه  
دکتر فرهاد خمایی‌زاده
- ۲۱۹ ♦ معاملات با حق استرداد در حقوق ایران  
حکمت‌الله عسکری

بخش ترجمه

- ۲۷۷ ♦ پیرامون امکان ارتکاب جرم از سوی دولت و مسئولیت  
کیفری او  
دکتر سیدعلی هنجنی
- ۳۱۱ ♦ عفو در پرتو تحولات حقوق بین‌الملل و تأسیس دیوان  
کیفری بین‌المللی  
علیرضا ابراهیم‌گل

♦ تکامل تدریجی قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی:

۳۵۳

سفر گذشته و چشم‌انداز آینده

ماشاءالله بناء نیاسری

گزارش آموزشی

فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته شده در دانشکده حقوق

۴۳۱

دانشگاه شهید بهشتی

♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی و فرانسوی





پنجشنبہ

تحقیق



## تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها\*

دکتر سید مصطفی محقق داماد\*\*

### چکیده

چالش میان عقل و دین در ادبیات اسلامی در دو حوزه بوده است؛ حوزه اصول بنیادین اعتقادی و حوزه شریعت و احکام عملی. در حوزه اخیر پیروزی از عقل در استنباط احکام شریعت به تدریج عنوان اجتهاد به خود گرفت. اجتهاد در بستر تاریخ تعریف واحد و ثابتی برای خود حفظ نمود، و به حسب مقتضیات زمان توسط متفکرین دگرگون شد. مکاتب اهل سنت باب اجتهاد را مسدود اعلام کردند، و پیروان مکتب تشیع، در معرف احکام شریعت به سطح وسیعی اجتهاد را توسعه بخشیدند. توسعه اجتهاد در میان شیعیان موجبات فریه شدن دانشی تحت عنوان «علم اصول فقه» را فراهم ساخت. شیعیان به موازات حوزه شریعت در بخش مباحث کلامی نیز خود را از قید و بند بحث‌های سنتی اشاعره و معتزله رها کرده و الهیاتی تحت عنوان «حکمت متعالیه» که می‌توان آن را «حکمت شیعی» نامید تأسیس نمودند. این حکمت مبتنی است بر تعقل بشری، و تدین به آموزه‌های وحیانی، و تعلیمات پیامبر و اهل بیت او (ع). علم اصول در سیر تاریخی خود رشد تکاملی داشت و در مدارس مختلف به روش-های متفاوتی تدوین و ارائه شده است.

---

\* این مباحث صرفاً به درخواست دانشجویان به‌خصوص فضلالی مقاطع تحصیلی پیشرفته در مجله ارزشمند دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی منتشر می‌شود و مایل نیستم بدون موافقت در روزنامه‌های کثیرالانتشار کشور (چنانکه مرسوم شده) برگرفته و چاپ شود.  
ضمناً این نوشتار شامل فصل نخست مقاله می‌باشد؛ ادامه مطلب در شماره بعدی همین مجله، به رشته تحریر در خواهد آمد.  
\*\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

در این مقاله نویسنده بر آنست تا به نحو اجمال تحول علم اصول فقه شیعی و روش‌ها و مکتب‌های آن را مورد بررسی قرار دهد.

واژگان کلیدی: اجتهاد، اصول فقه، عقل‌گرایی، حکمت شیعی.

## مقدمه

مطالعه در تاریخ ادیان نشان می دهد که گفتگوی میان عقل و دین از قدیم الایام موضوع چالش بوده است. این انگیزه در اسلام بحث‌انگیزترین مباحث فلسفی و کلامی را تشکیل داده است.

چالش مزبور در دو حوزه بوده است؛ حوزه مسائل بنیادین اعتقادی و حوزه شریعت و احکام عملی. در حوزه نخستین، مسائلی نظیر صفات خداوند و یا مجبور بودن و یا مختار بودن بشر مطرح بوده است، در حالی که در حوزه اخیر حدود دخالت عقل در استنباط احکام شریعت مورد نزاع قرار می‌گرفته است. پیدایش گروهها و نحله‌های مختلف کلامی و یا فقهی نتیجه همین چالش‌ها بوده است. دو مکتب کلامی اشاعره و معتزله در قرون اولیه اسلامی و به دنبال آن شاخه‌های منشعب از آنها با محوریت همین چالش پدیدار شده، همان‌طور که مکاتب چندگانه فقهی را می‌توان بر همین محور تعریف نمود. به تدریج پیروی از عقل در معرفت شریعت عنوان خاص «اجتهاد» به خود گرفت، هرچند که اجتهاد در بستر تاریخ اسلام تعریف و هویت واحد و ثابتی برای خود حفظ نمود، و به حسب مقتضیات و شرایط سیاسی و اقتصادی توسط متفکرین اسلامی دگرگون شد، و به دیگر سخن «اجتهاد» خود مورد اجتهاد قرار گرفت!

امروزه در مکاتب مختلف اسلامی واژه اجتهاد به کار می‌رود، ولی چه بسا با معانی متفاوت؛ هرچند که عقل‌گرایی در فهم دین را می‌توان وجه مشترک میان همه محسوب داشت. بی‌تردید حنفیان که بر اجتهاد پای می‌فشارند با آنچه فقهای شیعه از آن تصور دارند متفاوت است، هرچند که هر دو در جنس بعید عقل‌گرایی مشترکند.

نگاهی به تحولات قرون اخیر در کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که اعتراف به ضرورت تداوم و استمرار اجتهاد، و به تعبیر دیگر لزوم مقابله با انسداد باب آن یکی از ارکان تجدد فکری در جوامع اسلامی سنی بوده و بیشتر رهبران نواندیش از ترک، عرب و هندی در این باره همداستان بوده‌اند و همین امر هموارترین راه تفاهم با شیعیان به‌شمار می‌آمده است. شیعیان برای اجتهاد معنایی وسیع قائل و آن را از لوازم تفکر دینی محسوب می‌کردند. از یک سو، آنان با اندیشه‌گری در مسائل کلامی و حوزه عقلی الهیات از پای‌بندی به تفکرات غیرعقلانی متکلمین به تدریج خود را رها کردند و به جای آن به سوی «حکمت متعالیه» روی آوردند و آن را به‌عنوان «حکمت شیعی» باز شناساندند و از سوی دیگر، علم اصول فقه که تفقه بر پایه تعقل را توجیه می‌کند در میان حوزه‌های علمی شیعه به سرعت به بالندگی خود ادامه داد و از این رهگذر بر تحول روشمند تفقه اثر بخشید. ولی تجددخواهان سنی به جای حل مشکلات فلسفی، ذوق اجتهادی خود را در زمینه نظام حقوقی و قوانین زندگی اجتماعی به کار بردند؛ زیرا اولاً جنبش تجددخواهی در عالم اسلام تدافعی در قبال هجوم اندیشه غربی بود و این امر چنان شدت داشت که فرصت برای بحث و تفکر فلسفی و بازنگری در مسائل بنیادین فکری باقی نمی‌گذاشت؛ ثانیاً تجددخواهان معتقد بودند که بسیاری از مشکلات درونی عالم اسلام از ناتوانی مکاتب فقهی کهن در مقابله با اوضاع متغیر امروز برمی‌خیزد؛ و ثالثاً انتقاد غریبان از زندگی مسلمانان بیشتر متوجه نظام‌ها و تأسیسات حقوقی و اجتماعی‌شان بوده است، و گمان می‌رفت که اگر این نظام‌ها و تأسیسات اصلاح شوند مخالفان بهانه‌ای برای تلخ‌گویی علیه مسلمانان نخواهند داشت.<sup>۱</sup> ولی افزون بر همه این جهات و

۱. رک. فضل الرحمان، «الفلسفة الإسلامية الحديثة»، در مجموعه «الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة».

چاپ قاهره، ۱۹۵۵، ص ۷۸. به نقل از حمید عنایت، دین و تجدد، ص ۱۵.

بالتر از همه، از فقر اندیشیدن عقلانی در میان اهل سنّت نباید غافل بود. اجتهاد به هر معنا که باشد و هرگونه تفسیر شود آنچه مسلم است به سطحی بالا از تفکر عقلی و ذوق فلسفی و بصیرت نظری نیاز دارد. و چنین امری به برکت محیطی دست می‌دهد که تأمین‌کننده آزادی و تشویق‌گر بحث و رونق-بخش بازار اهل نظر باشد و محیط اسلام سُنّی از قرن سوم تا قرن سیزدهم هجری زمینه مساعدی برای رویدن و شکفتن اندیشه‌های فلسفی نبود.

در قرون آغازین اسلامی دوران کوتاهی در سایه روش مأمون خلیفه عباسی مبنی بر تشویق بحث‌های نظری بازار تفکر عقلانی رونق گرفت؛ ولی طولی نکشید که با روی کار آمدن متوکل خلیفه عباسی سیاستی که وی برای ختنی کردن آثار روش مأمون پیش گرفت، پیشرفت اندیشه عقلانی اسلامی را با دشواری مواجه ساخت، و هرچند که این امر تحت شعارهای عوام‌پسندانه جانبداری از دین صورت می‌گرفت، انگیزه سیاسی تحکیم قدرت مطلقه دربار خلافت نقش اصلی را در این امر ایفا می‌کرد. در سال ۲۴۱ هـ.ق. یعنی دقیقاً سال‌های میانی قرن دوم با مرگ احمد بن حنبل، تحت شعار جلوگیری از هرج و مرج دینی و ایجاد انضباط و حُسن جریان امور شرعی رسماً اجتهاد ممنوع و به اصطلاح باب اجتهاد مسدود شد و جامعه مسلمانان سُنّی را به شیوه تقلید و ادا ساخت.

مسدودکنندگان باب اجتهاد هدف سیاسی خود را که چیزی جز اطاعت مطلق و کور مردم نبود، در پوشش ریاکارانه دفاع از متون مقدس دینی و جلوگیری از ورود اندیشه‌های غیرخودی به جوامع اسلامی ارائه می‌دادند، ولی آنچه در این میان آسیب جدی می‌دید نظریه‌پردازی، تفکر و به‌طور کلی اندیشه-گری عقلانی و عقل‌گرایی دینی بود. افسوس که در این میان متفکرانی از جهان

اسلام را می‌بینیم که وسیله دست قدرت شده و انسداد فکر و تعقل را توجیه کرده و با تألیف مقاله، رساله و کتاب خواسته قدرت را تأمین نموده‌اند. مقاومت علیه تعقل و تفکر در دین در تاریخ ادبیات اسلامی گاه در قالب ضدیت و موضع‌گیری علیه حکمت و فلسفه بوده، و گاه در لباس ظاهرگرایی و یا اخباری‌گری تجلی می‌کرده است.

غزالی در مقطعی از تاریخ زندگی خویش به‌منظور توجیه رفتار سیاسی خواجه نظام‌الملک دست به تألیف کتاب «تهافت الفلاسفه» می‌زند، و از این رهگذر مهم‌ترین ضربه را بر پیکر عقل‌گرایی دینی وارد می‌سازد. خوشبختانه اقدام وی با رویارویی قاطع ابن رشد، فیلسوف، فقیه و قاضی اندلسی در غرب اسلامی مواجه می‌گردد. ابن رشد که فردی جامع معقول و منقول است در هر دو حوزه به تولید آثاری دست می‌زند که حاوی محوریت تعقل در الهیات به معنای وسیع آن است. و انصاف آن است که علی‌رغم عظمتی که برای غزالی و جایگاه وی در پیشرفت اندیشه بایستی قائل باشیم، ابن رشد با تألیف «تهافت التهافت» غزالی را به جای خویش نشانده است.<sup>۲</sup> درباره وی چنین گفته شده که «وی ضابطه دو حقیقت، و یا به عبارتی دیگر دوگونه وحی را به میان آورده است، یکی فلسفی و دیگری دینی که در تحلیل نهایی هر دو باید به یک نتیجه برسند» (همان، ص ۲۳۷). وی فقیه است و مالکی مذهب. کتاب فقهی او «بدایة المجتهد و نهاية المقتصد» عنوان دارد. این عنوان را از یکی از آیات قرآن بر گرفته است که مردم را در مقابل انبیای الهی به سه دسته تقسیم می‌کند: دسته اول آنان که با پذیرفتن تعلیمات انبیاء به خویشان ستم کرده‌اند؛ دسته دوم آنان-

۲. رک. سعید شیخ، مطالعات تطبیقی در فلسفه اسلامی، ترجمه سید مصطفی محقق داماد، انتشارات خوارزمی، تهران، ۱۳۶۹، فصل‌های غزالی و ابن رشد.



که «مقتصد» یعنی میانه‌روی (محافظة کاری و احتیاط) را پیشه خود می‌کنند و دسته سوم آنان که به تعبیر قرآن پیشتازان به سوی خیر هستند. به نظر ابن رشد دسته سوم خردگرایانند؛ وی مجتهدین را دسته سوم می‌داند (قرآن/ فاطر / ۳۲)، لذا کتابش را پایان میانه‌روی و آغاز تعقل نامیده و از جای جای کتاب مزبور عقل‌گرایی وی کاملاً مشهود است.

وی در مقدمه کتاب نکته‌ای عقلانی در خصوص محدوده قلمرو شریعت مطرح می‌کند که قطع نظر از ارزیابی و قبول و یا رد آن، بی‌تردید مهم و قابل توجه است. او می‌نویسد:

«طرقی که با استفاده از آنها می‌توان احکام شریعت را از پیامبر(ص) به دست آورد، سه راه است: ۱- لفظی ۲- فعلی ۳- تقریری. و اما در خصوص مواردی که شارع به سکوت برگذار نموده و حکمی نسبت به آنها اعلام نداشته، جمهور فقها گفته‌اند که باید عمل به قیاس کرد و از آن رهگذر حکم شریعت را به دست آورد. ولی اهل ظاهر گفته‌اند قیاس در شریعت باطل است و مواردی که شارع نسبت به آن سکوت کرده در آن موارد به‌طور کلی حکمی وجود ندارد. دلیل عقلی نظر ظاهریان را تأیید می‌کند، زیرا وقایع و روابط فیما بین مردم غیرمتناهی است، و نصوص، افعال و تقریرهای پیامبر (ص) متناهی، و محال است غیرمتناهی با متناهی برابری کند».<sup>۳</sup>

۳. ابن رشد الحفید، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ج ۱، چاپ نهم، دارالمعرفة، صص ۱۰-۵: «ان الطریق التي منها تلتق الاحکام عن النبی علیه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة: إما لفظ، وإما فعل، وإما إقرار. وأما ما سکت عنه الشارع من الاحکام، فقال الجمهور: إن طریق الوقوف علیه هو القیاس. و قال أهل الظاهر: القیاس فی الشرع باطل. و ما سکت عنه الشارع فلا حکم له و دلیل العقد یشهد بثبوتہ، و ذلك أن الوقائع بین أشخاص الأناسی غیر متناهیة، و النصوص، و الأفعال، و الاقرارات متناهیة، و محال أن یقابل ما لا یتناهی بما یتناهی».

برای نمونه آنجا که عموم فقیهان به عدم برابری زن در مقابل مرد در قصاص فائلند و معتقدند که مرد در مقابل قتل زن به قصاص محکوم نمی‌شود، می‌گویند «مصلحت اقتضا می‌کند که زن و مرد را در قصاص برابر بدانیم».<sup>۱</sup> ولی این رشد با مخالفت و انتقاد مخالفان تعقل دینی مواجه شد. و کاملاً در آثارش مشهود است که برای رسیدن به هدف نهایی خویش، یعنی روشن‌گری دینی و رفع تحجر و آشتی میان عقل و دین، تحت فشار شدید قرار داشته و به هیچ‌وجه از فضای باز برخوردار نبوده است. وی در سال ۵۹۸ هـ.ق. غریبانه در قرطبه درگذشت. نویسندگان غربی مرگ او را نمودار واپسین مرحله رونق تفکر فلسفی در اسلام دانسته‌اند.

خاموشی رونق تفکر عقلانی در جهان اسلام را بر فرض اگر در قسمت غرب اسلامی بپذیریم، به هیچ‌وجه این مدعا در شرق اسلامی به‌ویژه ایران قابل پذیرش نیست. در بخش علوم عقلی الهی نادرستی این مدعا توسط شادروان پروفیسور هانری کُرن، اسلام‌شناس فرانسوی در کتاب «تاریخ فلسفه اسلامی» به اثبات رسیده و معلوم گردیده که فلسفه پس از این رشد نیز همچنان پاینده و بالنده بوده است و چنان نیست که با انتقادهای غزالی از سُنَّت فلسفی ابن سینا پایان پذیرفته باشد.<sup>۲</sup>

کاملاً پیداست که منظور نظر پروفیسور کُرن جنبش‌های فلسفی در میان شیعیان است؛<sup>۳</sup> به عبارت دیگر نظر ایشان به حرکت‌های فلسفی به معنای خاص کلمه معطوف گردیده است. در حالی که در تفکر و نگرش عقلانی به الهیات،

۴. همان، ج ۲، ص ۴۰۰.

۵. ایزوتسو، مقدمه شرح منظومه سبزواری، تهران، ۱۳۴۸.

۶. عنایت، همان، ص ۱۶.

ایشان از پیدایش ستاره درخشان قرن پنجم در جهان اسلام شیعی که شیخ طوسی نام دارد و تحول عظیمی که توسط آثار او در مباحث کلامی و نیز در «اجتهاد» پدیدار گشت غفلت کرده‌اند. شیخ طوسی روش کاملاً جدیدی را برای اجتهاد پیش‌بینی کرد که در جهان تشیع مدت‌ها از آن پیروی می‌شد. در شیوه وی علوم معقول و منقول به یکدیگر آمیخته بود. تا چند قرن در جهان اسلام شیعی عالمان جامع فراوان دیده می‌شوند. خواجه طوسی (متوفی ۶۷۵ ه.ق.) با تکیه بر همین گونه اجتهاد است که حکومت بغداد را جائر معرفی می‌کند، و به کمک قدرت حکومت ایران در براندازی آن تلاش می‌کند و موفق می‌گردد؛ علی‌رغم آنکه در رأس آن حکومت شخصی که خود را خلیفه رسول-الله می‌دانست قرار داشت و توده مردم چنان او را مقدس می‌دانستند که براساس تعلیمات دینی برگرفته از عالمان وابسته به دربار حتی به خود اجازه سخن گفتن با صدای بلند را در محضر او نمی‌دادند<sup>۷</sup> و معتقد بودند که اگر کسی اندک دستی به سوی خلیفه دراز کند آسمان بر زمین فرود خواهد آمد و خلق را نابود خواهد ساخت.

البته نباید این نکته از نظر دور بماند که اجتهاد هرچند در عقلانی شدن جامعه شیعی سهم بسزا داشت و فقه شیعه را از جمود در متن‌گرایی افراطی رها ساخت، ولی در مقاطعی از تاریخ به عللی موجب دغدغه خاطر گروهی از دیندارانی شد که با حسن‌نیت معتقد بودند که توسعه قلمرو دین موجبات خسران دین را فراهم می‌سازد و خدمتی به دین محسوب نمی‌گردد. این نکته را ما به‌نحو تفصیل و تحلیل در کتاب فلسفه حقوق اسلامی (فلسفه فقه) بیان داشته‌ایم، و از خداوند توفیق تکمیل و انتشار آن را در آینده نزدیک مسئلت می‌داریم.

۷. نک. غزالی: المستظهری، و نیز احیاء العلوم، و نصیحة الملوك.

## فصل اول: روش‌شناسی اجتهاد شیعی

## مبحث اول: اصول فقه شیعه

در اینکه علم اصول فقه، یکی از علومی است که در دامن فرهنگ اسلامی تولد، رشد و تکامل یافته تردیدی وجود ندارد. هرچند در اینکه نخستین مصنف آن کیست و او به چه نحله و مکتبی از مکاتب اسلامی منتسب بوده گفتگو بسیار است؛ همان‌طور که اختلاف نظر در موضوع، تعریف، غرض، مسائل، مبادی تصویری و تصدیقه آن کم نیست، ولی با توجه به اینکه علم اصول فقه، همچون خود فقه، ادوار گوناگونی را طی کرده و در هر دوره‌ای مباحث جدیدی بر آن افزوده شده این اختلاف‌نظرها طبیعی است.

مطالعه در سیر تحول علم اصول از یک سو و نگاهی به سیر تاریخی تعریف‌های ارائه شده برای آن از سوی دیگر این حقیقت را به‌خوبی آشکار می‌کند که تعریف اصول فقه در تمامی ابعاد آن همراه با تحول مباحث آن تغییر یافته و با تحول روبرو گشته است.

## گفتار اول: ترکیب «اصول فقه»

نخستین پرسشی که قبل از هر چیز باید مطرح شود این است که در ترکیب «اصول فقه»، اصول به چه معناست؟ روشن است که اصول جمع اصل است، ولی «اصل» معانی مختلفی دارد، در اینجا کدام یک مراد است؟ آیا اصل در اینجا به معنای قاعده است؟ یا به همان معناست که در اصول عملیه اصطلاح شده؟ و یا هیچ کدام بلکه معنای دیگری مراد است؟

علمای فرنگ اصول فقه را به «ریشه‌های فقه» ترجمه کرده‌اند،<sup>۸</sup> آیا این برداشت صحیح است؟ و اگر صحیح نیست پس اصول به چه معناست؟

8 . Weiss, BG.. USUL ALFIQH, the Encyclopedia of Religion, Ed. M. Eliade, V.15.p.155, (1955).

پاسخ این پرسش به تعریف علم اصول و تا اندازه‌ای به موضوع آن بستگی دارد، و می‌توان گفت به طور کلی این پرسش، گونه‌ای دیگر از همان پرسش یعنی آنکه تعریف علم اصول چیست و موضوع آن کدام است می‌باشد و همان‌طور که گفتیم ارائه پاسخ قطعی و مردود دانستن نظریات مخالف بدون نگاه به تاریخ شکل‌گیری این دانش و ادوار مختلفی که طی نموده نه کار سهلی است و نه از نظر روش تحقیق صحیح و واجد شرایط منطقی خواهد بود.

مطالعه در آثار نویسندگان اولیه علم اصول نشان می‌دهد که اصول در این ترکیب به معنای ادله به‌کار می‌رفته و حتی تا سده‌های ۴ و ۵، چندان با این معنی فاصله نگرفته است.<sup>۹</sup>

به احتمال قوی آنچه که نظر محققین فرنگی را که از بیرون به یکی از شاخه‌های دانش اسلامی نگریسته‌اند به خود جلب نموده و واژه اصول را برابر ریشه‌ها ترجمه کرده‌اند همین معنا بوده است؛ به دیگر سخن آنان بر این باورند که مباحثی که در علم اصول به‌کار می‌رود به صورت اصول موضوعه در علم فقه جایگاه مبادی به خود می‌گیرد.

ولی ناگفته پیداست که علم اصول فقه، در دوره‌های میانی به این معنا مراد نشده، چه برسد به عصر حاضر. و بنابراین مشکل همچنان باقی است. در اینجا حلال مشکل را محقق حلی (متوفی ۶۷۷ ه.ق.) فقیه بزرگ دوره میانی می‌یابیم که به روش بسیار منطقی کتاب مستطاب «معارج الاصول» را چنین آغاز نموده است:

«چون بحث در این کتاب پیرامون اصول فقه است، نخست لازم است این دو واژه (اصل - فقه) تبیین گردد. معنای اصلی «اصل» عبارت است از آنچه که

۹. برای نمونه، رک. مفید، التذکره، صص ۲۸-۲۷؛ غزالی، المستصفی، ج ۱، صص ۵-۴.

چیزی بر آن مبتنی گردد و بر آن متفرع شود. و «فقه» به معنای معرفت است و در عرف فقها عبارت است از آگاهی نسبت به مجموعه‌ای از احکام شرعیه عملیه که نسبت به آنها دلیل وجود دارد. و مراد از «شرعیّه» احکامی است که تأسیس آن توسط شرع منقول است و یا شرع آن را تأیید، تقریر و امضا نموده است.<sup>۱۱</sup> جمله محقق حلی از این جهت مشکل را حل می‌کند که کاملاً می‌تواند حلقه واسطی میان دوران نخستین و متأخر قرار گیرد؛ زیرا همان‌طور که دیدیم اصل به «آنچه چیزی بر آن مبتنی است» معنا شده و از اصول، اموری که فقه بر آن مبتنی است مراد گردید است. هرچند این معنا در مقام توضیح در دوره‌های گوناگون تحوّل اصول فقه، تفسیری جدید به خود گرفته، در عین حال می‌تواند قدر مشترکی میان تعاریف ارائه شده از علم اصول در دوره‌های مختلف محسوب گردد.

در دوران نخستین، همان‌طور که اشاره شد از علم اصول، شناخت ادله منظور شده است.<sup>۱۱</sup> و در دوره بعد نه شناخت ادله بلکه شناخت قواعد فراهم

۱۰. محقق حلی، معارج الاصول، اعداد محمد حسین الرضوی، قم - ط اول، ۱۴۰۳ هـ. ق. «لما كان البحث في هذا الكتاب انما هو بحث في اصول الفقه، لم يكن بد من معرفة هاتين اللفظتين: فالاصل، في الاصل: هو ما يبتنى عليه الشئ و يتفرع عليه. و الفقه: هو المعرفة [عند المتكلم]، و في عرف الفقهاء: هو جملة من العلم باحكام شرعية عملية مستدل على اعيانها، و تعنى بالشرعية: ما استفيدت بنقل الشريعة لها عن حكم الاصل او باقرار الشريعة لها عليه. و اصول الفقه في الاصطلاح هي: طرق الفقه على الاجمال».

۱۱. سيد مرتضى (متوفى ۴۳۶ هـ.ق.) چنین می‌گوید:

اعلم ان الكلام في اصول الفقه انما هو على الحقيقة كلام في ادلة الفقه، يدل عليه انا اذا تأملنا ما يسمى بانه اصول الفقه، وجدناه لا يخرج من ان يكون موصلاً الى العلم او متعلقاً به و طريفاً الى ما هذه صفة، و الاختبار يحق ذلك. و لا يلزم على ما ذكرناه ان تكون الادله و الطرق الى احكام فروع الفقه الموجودة في كتب الفقهاء اصولاً للفقه لان الكلام في اصول الفقه انما هو كلام في كيفية دلالة ما يسئل من هذه

شده برای استنباط احکام شرعی مورد نظر بوده است.<sup>۱۲</sup> ولی به هر حال می‌توان گفت که تعبیر محقق حلی از واژه اصل، به نحوی با همه تعاریف ارائه شده چندان ناسازگار نیست؛ هرچند که منطبق ساختن آن با تعریف متأخرین خالی از تکلف نمی‌باشد.

به نظر می‌رسد با تعریفی که متأخرین از علم اصول ارائه می‌دهند مراد از اصول در این ترکیب نه به معنای ریشه‌ها، نه به معنای اصول عملی و نه به معنای قواعد است، بلکه اصول فقه به معنای **روش تفقه و اجتهاد** می‌باشد. این معنی هم با تعریف محقق حلی از علم اصول تطبیق می‌کند که گفته است: «هی طرق الفقه»، و هم با تعریف اصولی نامدار قرن معاصر، آخوند خراسانی (متوفی ۱۳۲۹ ه.ق.) مطابقت دارد که بیان داشته است: «اصول صناعتی است که با آن قواعدی شناخته می‌شوند که می‌توانند در طریق استنباط احکام به کار آیند».<sup>۱۳</sup>

### گفتار دوم: هسته‌های اولیه علم اصول

با توجه به اینکه علم اصول فقه را مقدمه فقه و علمی ابزاری و دستوری برای فقه می‌دانیم لذا بی‌شک، آغاز تدوین و شکل‌گیری آن را به صورت یک علم هیچ‌گاه در سده اول هجری نباید جستجو کرد، چراکه در آن تاریخ خود علم فقه که ذی‌المقدمه این دانش است مراحل آغازین و نام‌دون خود را طی

الاصول علی الاحکام علی طریق الجملة دون التفصیل». سید مرتضی، الذریعه، تصحیح ابوالقاسم گرجی،

ج ۱، ص ۷.

۱۲. رک. میرزای قمی، قوانین الاصول، چاپ سنگی، تبریز، ج ۱، ص ۵.

۱۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ج ۱، ص ۹.

می‌کرده است. ولی با الهام از تحلیل معنوی - تاریخی ترکیب اصول فقه، نخستین برخورد کاملاً نظری در مورد نحوه کاربرد ادله فقهی را در سده اوّل می‌توانیم ملاحظه کنیم.

در همان سال‌های اولیه این مسئله برای مسلمانان مطرح شد که در فرض وجود حدیثی معتبر که با عموم کتاب‌الله ناسازگار است چه باید کرد؟ تخصیص و تقیید کتاب توسط احادیث برای عموم مسلمانان امری مشکل و ناروا به شمار می‌رفت. از برخی تابعان نظیر سعید بن جبیر و نیز ائمه (ع) به صراحت نسبت به این امر اظهار نظر دیده می‌شود.<sup>۱۴</sup>

وجود اخبار متعارض و حیران شدن مسلمانان در هنگام عمل نیز، امری بود که بایستی در برخورد با آنها شیوه‌ای مستدل در پیش گرفت تا به صورت یک نظریه برگرفته شده از قاعده کلی بتوان در موارد مشابه نیز به آن عمل نمود.<sup>۱۵</sup>

در مورد اجماع نیز کهن‌ترین سندی که در دست است، روایتی کوتاه از مسیب بن رافع اسدی فقیهی از تابعان کوفه متوفی به سنه ۱۰۵ هـ.ق. می‌باشد که حسب نقل او مسلمانان سلف هرگاه در قضیه‌ای حدیثی از رسول‌الله (ص) نبود، گردهم می‌آمدند و اجماع می‌کردند و رأی مجمع علیه را عمل می‌کردند.<sup>۱۶</sup> این سند صرفاً یک گزارش تاریخی نیست، بلکه ابراز یک نظریه اصولی است.

۱۴. رک. دارمی، سنن، ج ۱، ص ۱۴۵؛ کلینی، کافی، ج ۲، ص ۲۸.

۱۵. رک. سید مصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر سوم، اصول عملیه و تعارض ادله، دفتر نشر علوم اسلامی، تهران ۱۳۷۸، ص ۱۲۱.

۱۶. رک. دارمی، همان، صص ۴۹-۴۸.



## گفتار سوم: تدوین اصول فقه

در اینکه نخستین مصنف و نظام‌دهنده علم اصول به شکل یک مجموعه کیست و به چه فرقه‌ای و نحله‌ای از مکاتب اسلامی بستگی داشته، گفتگوی نسبتاً جدی وجود دارد.

فخر رازی می‌گوید:

«بدان که نسبت شافعی به علم اصول همانند نسبت ارسطو به علم منطق و نیز نسبت خلیل بن احمد به علم عروض است».<sup>۱۷</sup>

و نیز ابن خلدون گفته است:

«نخستین کسی که در علم اصول فقه تألیف کرد شافعی (رض) است. وی در این خصوص رساله‌ای را املا نمود و درباره اوامر و نواهی بحث کرد».<sup>۱۸</sup>

این برداشت بعدها بهانه‌ای به دست اخباریون امامیه داد که در استدلالات خود گفته‌اند: اگر در استنباط احکام شرعیه قواعد اصولی اعمال گردد، فقه شیعه تحت الشعاع و سیطره فقه اهل سنت قرار خواهد گرفت؛ زیرا مبتکرین اصول، اهل سنت بوده‌اند.

آیت‌الله سید حسن صدر، در کتاب «تأسیس الشیعه»، مؤسس علم اصول را امامین هم‌امین، حضرت باقر و حضرت صادق (ع) دانسته و گفته است:

«نخستین کسی که علم اصول فقه را بنیان نهاد و باب آن را باز نمود و مسائل آن را شکافت حضرت ابی‌جعفر امام باقر (ع) و پس از وی فرزندش

۱۷. ابوزهره الشافعی، صص ۱۹۷-۱۹۶: «اعلم ان نسبة الشافعی الی علم الاصول کنسبة ارسطو الی علم المتطق و کنسبة خلیل بن احمد الی علم العروض».

۱۸. ابن خلدون، مقدمه، چاپ چهارم، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ص ۳۵۵: «کان اول من کتب فیہ (علم الاصول) الشافعی رضی الله عنه، و املی فیہ رسالته المشهوره و تکلم فیها فی الاوامر و النواهی».

حضرت ابی عبدالله صادق (ع) بوده‌اند که بر اصحاب خویش قواعد اصول را املاً فرموده‌اند.<sup>۱۹</sup>

با قطع نظر از اینکه آیا بحث فوق متمرکز است یا خیر، به یقین داوری منصفانه و حل اختلاف نهایی و به دور از هرگونه موضع‌گیری متعصبانه که فاقد وجهه منطقی و روش تحقیق است، فرصتی دیگر و رساله‌ای مستقل و جداگانه را می‌طلبد و ما ترجیح می‌دهیم برای آگاهی طلاب علوم دینی صرفاً به گزارشی کوتاه از «سیر اصول فقه در مکاتب فقهی شیعه» که به نظرمان می‌رسد در این زمینه کمتر اهتمام شده است بسنده نماییم.

#### گفتار چهارم: نخستین آثار اصولی فقیهان امامیه

مطالعه آثار فقیهان امامیه نشان می‌دهد که در مورد کاربرد ادله فقهی، از سده‌های ۲ و ۳ هجری میان آنان وحدت‌نظر وجود نداشته است و در این میان به خوبی می‌توان چند جناح کاملاً متمایز را از هم بازشناخت.

حلقه تعلیم کسانی چون زرارۀ بن أعین، محمدبن مسلم و ابوبصیر، با حلقه هشام‌بن سالم از یک سو و با حلقه هشام‌بن حکم (متوفای ۱۹۹ ه.ق.) و پیروان او از سوی دیگر تمایز روشن دارد. محور مباحث آن دوره را مسئله پرغوغای اختلاف‌الحدیث و اجتهادالرأی تشکیل می‌داده است. در این خصوص میان آنان مواضع فکری و اختلاف بارزی وجود داشته است، که ما می‌توانیم برای دست‌یابی به نحوه فکر آنان به اثر «کتاب الاخبار و کیف تصحیح» از هشام‌بن

۱۹. سید حسن صدر، تأسیس الشیعه، چاپ شركة النشر و الطباعة العراقية المحدودة، ص ۳۱۰: «اول من اسس علم الاصول و فتح بابه و فتق مسائله الامام ابو جعفر الباقر (ع) ثم بعده ابنه الامام ابو عبدالله الصادق (ع) املیا علی اصحابهما قواعد».

حکم<sup>۲۰</sup> و نیز کتاب «اختلاف الحدیث و مسائله» اثر یونس بن عبدالرحمان<sup>۲۱</sup> شاگرد نامدار هشام که هردو درباره تعارض دو حدیث و مربوط به باب تعادل و ترجیح است مراجعه کنیم. نگاهی به این دو اثر کاملاً نشان می‌دهد که دو مؤلف بزرگوار آنها به جریان واحدی تعلق داشته‌اند و هر دو دارای دیدگاهی کلامی بوده و نسبت به قیاس نگاهی معتدلانه داشته‌اند. هشام بن حکم دارای اثری دیگر در مباحث الفاظ بوده تحت عنوان «الالفاظ و مباحثها»<sup>۲۲</sup> و یا «الالفاظ»<sup>۲۳</sup> که متأسفانه به جز نامی از آن بر جای نمانده است؛ ولی همین عنوان نشان می‌دهد که این اثر کتابی تحلیلی در مباحث الفاظ بوده که بعدها بابی از ابواب علم اصول را تشکیل داده است. معاصرت شافعی با هشام و وجود این مبحث در رساله شافعی، نکته قابل توجه و تأملی است.

در سده ۴ هجری، اندیشه اصحاب حدیث یعنی بهره‌گیری از متون احادیث و بی‌توجهی به برخوردی نظری و مبتنی بر رأی، بر فقیهان شیعی غالب شد و کاربرد قواعد اصولی کمتر گشت.

پیدایش ابوسهل نوبختی (متوفی ۳۱۱ ه. ق.) متکلم نامدار امامی و ارائه نظامی جامع از کلام امامی موجب شد تا وی در مباحث اصول فقه نیز وارد شود و به شیوه متکلمین در این باره به نظریه‌پردازی بپردازد. نخستین اثر او ردیه‌ای است که بر «الرساله» تألیف شافعی نگاشته، و ابن الندیم و طوسی از او نام می‌برند.<sup>۲۴</sup> وی تألیفات دیگری در رد اجتهاد بالرأی و قیاس دارد که

۲۰. رک. ابن الندیم، الفهرست، ص ۲۲۴؛ نجاشی، الرجال، ص ۴۳۳.

۲۱. رک. ابن الندیم، همان، ۲۲۴؛ طوسی، الفهرست، ص ۱۸۱.

۲۲. نجاشی، همانجا.

۲۳. طوسی، همانجا.

۲۴. ابن الندیم، همان، ص ۲۳۵؛ طوسی، همان، ص ۱۳.

مشهورترین آنها با عنوان «ابطال القیاس» بوده که از هیچ یک اثری نمانده است.<sup>۲۵</sup> تألیف کتاب «العموم و الخصوص» توسط حسن بن موسی نوبختی و نیز کتاب «الخبر الواحد والعمل به» تألیف همو نشان‌دهنده موضوعات مطروحه در آن دوران است.

شیوه ابن ابی عقیل عُثمائی فقیه نیمه اول قرن چهارم ه.ق. را می‌توان به شیوه متکلمان معتزلی در «استخراج» نزدیک دانست، البته با ابتدای بر تعالیم ائمه اهل‌البیت (ع). نجاشی کتابی را در فقه به نام «المستمسک بحبل آل الرسول» از او می‌داند و معتقد است که کتاب مزبور در میان طایفه شیعه مشهور است و هیچ حاجی از خراسان وارد نشد مگر اینکه آن را درخواست داشت و از آن نسخه‌ها خریدند. و نیز می‌گوید از استادم ابو عبدالله (مفید) تمجید بسیاری نسبت به ابن ابی عقیل شنیده است.<sup>۲۶</sup>

در نیمه دوم همین قرن، ابن جنید اسکافی (۳۸۱ ه.ق.) را می‌بینیم که با روشی نزدیک به روش اصحاب رأی به تفقه می‌پردازد. او به صراحت حجیت قیاس و عمل به اجتهادالرأی را مطرح می‌سازد<sup>۲۷</sup> و سعی دارد که نظریه خود را از بدعت در فقه امامیه دور نگاهدارد. هرچند متن اصلی آثار ابن جنید، برای ما به جای نمانده ولی عنوان‌های باقی‌مانده از دو اثر او نمایانگر محتوای کامل آن دو است. «كشف التمیوه و الالتباس عن اغمار الشیعة فی امر القیاس» و «اظهار ما ستره اهل العناد من الروایة عن ائمه العترة فی امر الاجتهاد»<sup>۲۸</sup>.

۲۵. ابن‌الندیم، همانجا.

۲۶. نجاشی، رجال، ص ۳۵؛ آغابزرگ تهرانی، الذریعه، صص ۱۹، ۶۹.

۲۷. رک. سید مرتضی، الانتصار، ص ۲۳۸.

۲۸. رک. همانجا.

نجاشی درباره او می‌گوید «محمدبن احمدبن ابو علی الکاتب الاسکافی وجه من اصحابنا ثقة جلیل‌القدر، صنّف فاکثر»؛<sup>۲۹</sup> یعنی محمدبن جنید ابو علی کاتب اسکافی مقبول در نزد ما، مردی موثق، جلیل‌القدر و تصنیف‌های بسیار نموده است. وفات وی در ری اتفاق افتاده است.<sup>۳۰</sup>

دو دهه پایانی سده ۴ هجری، دوران ظهور دو ستاره تابناک شیعه امامیه، یعنی شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ هـ. ق.) و پس از او سید مرتضی (متوفی ۴۳۶ هـ. ق.) است. روش این دو فقیه نامدار در تفقه، همان شیوه معمول متکلمین بوده، بر پایه عدم حجیت خبر واحد بنا شده است. ایشان تنها به اخباری عمل می‌کردند که مضمون آنها با قرائنی خارجی همراه باشد.<sup>۳۱</sup> مفید کتابی تحت عنوان «النکت» تألیف کرد که نجاشی تعبیر می‌کند کتاب مزبور در «مقدمات علم اصول» است،<sup>۳۲</sup> ولی آغابزرگ تهرانی می‌گوید که کتاب مزبور مشتمل بر تمامی اصول به‌نحو اختصار است. و کراجکی آن را در کتاب «کنز الفوائد» خود که به چاپ رسیده مختصراً گنجانده است.<sup>۳۳</sup>

سید مرتضی کتابی به‌نام «الذریعه» در علم اصول تألیف کرده و در مقدمه آن می‌نویسد که این کتاب در روش اصولی شیعه امامیه بی‌نظیر است. کتاب «الذریعه» که در دو جزء است تا زمان محقق حلّی (قرن هفتم هـ. ق.) کتاب درسی طلاب بوده و حاوی اقوال مختلف و نقد آنها می‌باشد. مؤلف در مقدمه هدف از تألیف کتاب را چنین توصیف می‌کند:

۲۹. نجاشی، همان، ص ۲۷۳.

۳۰. شیخ عباس قمی، الکنی واللقاب، ج ۲، ص ۲۲.

۳۱. رک. مفید، همان، ص ۴۴؛ سید مرتضی، الذریعه، ج ۲، ص ۴۱ به بعد.

۳۲. نجاشی، ص ۲۸۴.

۳۳. سید مرتضی، الذریعه، ج ۲، ص ۲۰۹.

«بر آن شدم که کتابی متوسط در علم اصول بنگارم که نه به واسطه تطویل موجب گمراهی و نه به خاطر اختصار موجب اختلال گردد. من در این کتاب مسائل مورد اختلاف را مورد بررسی قرار می‌دهم؛ زیرا مسائل مورد وفاق نیاز چندانی به تشریح ندارد».<sup>۳۴</sup>

در دوره این دو بزرگوار استنباط احکام از حالت اولیه یعنی نقل متن نصوص خارج شد و به صورت نظریات و قواعد در امور مسائلی فقهی و اصولی از یکدیگر تفکیک شد.

در قرن پنجم با شیخ طوسی (متوفی ۶۶۰ هـ.ق.) فقیه سترگ شیعی و شاگرد نامدار سید مرتضی مواجه می‌شویم که در این راستا می‌توان او را پلی میان اصول اهل کلام، و تفقه اهل حدیث دانست. مجموعه نظریات اصولی او در کتابی تحت عنوان «عُدَّة الاصول» تألیف شده است. این کتاب همواره از متون و مراجع متداول در محافل امامی بوده است.

کتاب «عُدَّة» داری دو بخش است: بخش اول: در اصول دین، و بخش دوم: در اصول فقه است.

جالب است گفته شود که شیخ طوسی در مقدمه خطاب به کسانی که تألیف چنین اثری را از وی خواستار شده‌اند می‌نویسد:

«نگارش اثری مختصر را در اصول فقه که تمام ابواب آن را به‌طور ایجاز در بر داشته باشد و وفق مذهب ما باشد از من خواستید، خدا شما را تأیید فرماید، زیرا هرکه در این باب تصنیف کرده است بر طبق مسلک و روشی گام نهاده که مقتضای اصول خود بوده است. و از اصحاب ما کسی در این معنی کاری انجام نداده است به‌جز آنچه که استاد ما ابو عبدالله در مختصری که در

اصول فقه بحث کرده و آن را به پایان نرسانده است. و مطالبی از او ترک شده که نیاز به استدراک دارد. و سید آجلّ ما مرتضی ادام الله علوه اگرچه در امالی خود و آنچه تدریس می‌کرد آن را شرح بسیار کرده اما در این معنی چیزی که قابل مراجعه باشد تصنیف نکرده است.<sup>۳۵</sup>

همان‌طور که ملاحظه می‌شود کتاب «غده» در زمان سید مرتضی و ظاهراً قبل از تألیف «الذریعه» سید تألیف شده است.

شیخ طوسی در مورد حجیت خبر واحد تحولی اساسی بوجود آورد، البته با این توضیح که این امر بیش از آنکه تحولی کاربردی باشد، تغییر در نگرش-های نظری و به تعبیری واضح‌تر تجدیدنظر اصولی است. اجماع طایفه در نظریه اصولی شیخ طوسی همچنان از جایگاهی والا برخوردار است. آنچه بر همگان مسلم است این است که شیخ طوسی علم اصول و فقه شیعه را به بالاترین سطح ممکن در آن زمان رسانید. وی که می‌خواست برای فقه شیعه ساختار مستحکمی بنیان نماید راهی به جز توسعه علم اصول وجود نداشت؛ و لذا به نظر می‌رسد ارتباط میان توسعه فقه و پیشرفت علم اصول جای انکار ندارد.

آیهت و عظمت شیخ به‌گونه‌ای بود که تا مدت‌ها نظریات او بی‌چون و چرا مورد پیروی قرار می‌گرفت؛ تا آنجا که سدیدالدین حمصی، فقیهان پس از طوسی را مقلدان او شمرده است.<sup>۳۶</sup> پیروی کردن از شیخ طوسی از یک سو و عواملی نظیر جابجایی حوزه علمیه از بغداد به نجف و از همه بالاتر سد باب اجتهاد نزد اهل سنت و در نتیجه خاموش شدن گفتگوهای علمی میان اهل سنت و شیعه برای مدتی موجب رکود علم اصول شد.

۳۵. مقدمه غده الاصول.

۳۶. رک. سید مصطفی محقق داماد، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۲، مدخل ابن ادریس.

گفتار پنجم: اصول فقه شیعی در سده‌های میانی

### الف - نقادان شیخ طوسی

در فاصله میان شیخ طوسی و نویسندگان اصول فقه در مکتب حله، تنها «کتاب غنیه النزوع» ابن زهره حلبی (متوفی ۵۸۵ ه.ق.) برای ما بر جای مانده است. در این کتاب در مبحث الفاظ موضوعاتی نظیر اوامر و نواهی، عام و خاص، حجیت مفاهیم و ... به چشم خورده و بالاخره با مباحث اخبار، اجماع، قیاس و استصحاب ادامه یافته است.

نقادان نامدار پس از شیخ طوسی دارای آثار اصولی هستند، از جمله سدیدالدین حمصی که در اواسط قرن ششم دارای اثری از دست رفته تحت عنوان «عنوان المصادر فی اصول الفقه» بوده است. او همراه ابن ادریس (متوفی به ۵۹۸ ه.ق.) و ابن زهره به نقد اصول و روش‌های فقهی شیخ طوسی برخاست؛ مثلاً شیخ در «عده» معتقد است که نهی بر فساد و امر بر فور دلالت دارند، ولی ابن زهره در «غنیه» معتقد است که امر نه بر فور و نه بر تراخی دلالت دارد، و نیز ملازمه‌ای میان حرمت و فساد برقرار نمی‌باشد.<sup>۳۷</sup> ابن ادریس حلی نخستین کسی است که از ادله اربعه سخن گفته و عقل را چهارمین آنها برشمرده است.<sup>۳۸</sup> دوران ابن زهره و ابن ادریس را که پس از دوره رکود علم اصول است می‌توان دوره تجدید حیات علم اصول دانست.

### ب - علم اصول در حوزه حله

تحول اصول فقه در حوزه حله، با ظهور محقق حلی (متوفی ۷۲۶ ه.ق.) آغاز و با علامه حلی (متوفی ۶۷۶ ه.ق.) به اوج خود می‌رسد. به نظر می‌رسد

۳۷. محمدباقر صدر، المعالم الجدیدة، صص ۶۹-۶۳.

۳۸. السرائر، ص ۳.



در این دوره اصول فقه امامیه با اصول فقه اهل سنت نظیر غزالی و ابن حاجب به گفتگو می‌نشینند.<sup>۳۹</sup>

محقق حلّی که از شاگردان تلامذه ابن ادریس است، ساختار جدیدی به ادله فقه می‌دهد. اولاً، وی به ادله چهارگانه (کتاب، سنت، اجماع و دلیل العقل) استصحاب را نیز می‌افزاید و مجموعاً آنها را پنج تا می‌شمرد؛ ثانیاً، اصل برائت را نه در بخش دلیل چهارم (دلیل العقل) بلکه در استصحاب طبقه‌بندی می‌نماید و ثالثاً، دلیل العقل را به دو بخش تقسیم می‌کند، یک بخش مربوط به دلالت‌های عقلی مربوط به خطاب که عبارت است از «الحن الخطاب، فحوی الخطاب و دلیل الخطاب» و بخش دیگر مستقلات عقلیه.<sup>۴۰</sup> اثر مهم محقق حلّی در علم اصول فقه، کتاب «معارج الاصول» و اثر دیگر وی «نهج الوصول الی معرفه علم الاصول» است.

در حوزه حلّه، علامه حلّی (متوفی به ۷۲۶ ه.ق.) با آثار خود در این زمینه راه استاد خود محقق حلّی را دنبال کرده است. مهمترین آثار ایشان کتاب «مبادی الاصول» و «نهایه الاصول» و «تهذیب الوصول الی علم الاصول» است. پس از علامه حلّی، کم و بیش تألیفاتی در همان حلّه، ایران، بحرین و جبل عامل به چشم می‌خورد که از جمله آنها می‌توان به آثار شهید اول اشاره کرد. وی در مقدمه «ذکری»<sup>۴۱</sup> در خصوص ادله فقه برای دلیل عقل دامنه مبسوط‌تری را مطرح می‌سازد. سید بدرالدین کرکی (متوفی ۹۳۳ ه.ق.) به تألیف کتابی در

۳۹. رک. علامه حلّی، الاجازه، ص ۱۰۴.

۴۰. رک. المعنیر، صص ۶-۵.

۴۱. رک. ذکری الشیعه، ص ۵.

اصول تحت عنوان «العمدة الجلیه» دست زده، ولی به گواهی شاگردش شهید ثانی ناتمام مانده است.<sup>۴۲</sup>

تألیف کتاب «معالم الاصول» توسط شیخ حسن فرزند شهید ثانی را می‌توان نقطه عطفی در نگارش علم اصول دانست.

مؤلف در عین آنکه در بیشتر مسائل به نقد و بررسی نظریه‌های اصولیان مکتب حله پرداخته و نقطه‌نظرهای خاص خود را تحلیل نموده، در عین حال در تنقیح و تبویب چنان حُسن سلیقه بالایی از خویشان ارائه نموده که به یقین می‌توان گفت راز رواج آن تا زمان معاصر به‌عنوان یک کتاب درسی متداول در حوزه‌های علمی شیعه، همین جهت است.

### گفتار ششم: ظهور فکر اخباری‌گری

جرقه اندیشه اخباری‌گری به معنای مردود دانستن شیوه‌های اجتهاد مبتنی بر اصول فقه و منحصر ساختن مأخذ احکام در نصوص اخبار منقول از ائمه (ع)، و نیز نفی تقلید در همان روزها در حوزه حله به چشم می‌خورد. سید رضی الدین ابن طاووس (متوفی ۶۶۴ هـ.ق.) در آثار خود نسبت به این امر اصرار می‌ورزد،<sup>۴۳</sup> ولی هیچ‌گاه در زمان خود، آن را به صورت یک نظریه منسجم مطرح نمود.

نخستین کسی که به فکر اخباری‌گری ساختار و تدوین بخشید محمد امین استرآبادی (متوفی ۱۰۳۳ هـ.ق.) است. او با تألیف کتاب «الفوائد المدنیّه» که در

۴۲. رک. شهید ثانی، اجازه للشیخ حسین بن عبدالصمد، بحار الانوار مجلسی، کتاب الاجازات، بیروت، ۱۴۰۳ هـ.ق.

۴۳. رک. کشف المحجّه، چاپ نجف، ۱۳۷۰ هـ.ق، ص ۱۲۷.

۱۰۳۱ هجری قمری در مکه معظمه به پایان رسانیده، نظریه‌های حوزه حله را مورد انتقاد قرار داد و آنها را برگرفته و متأثر از اصول اهل سنت دانست. وی شیوه خود را نه طرحی نو، بلکه پیروی از سلف اصحاب حدیث امامی معرفی کرده و معتقد بود طریقه اصولیان با ساختار تفقه امامی ناسازگار است.<sup>۴۴</sup> محمد امین استرآبادی، ظواهر کتاب را فاقد حجیت دانسته، و تنها راه را برای دست‌یابی به مضامین کتاب و سنت نبوی منحصراً اخبار ائمه (ع) می‌داند.<sup>۴۵</sup> اجماع نیز در نزد وی فاقد اعتبار است.<sup>۴۶</sup> اندیشه محمد امین استرآبادی در تقابل با مکتب اصولی به صورت طرحی نو و مکتبی منسجم درآمد و شکل نهضتی برای سرکوب کردن اصولیین را به خود گرفت، و تا قرن دوازدهم دوام داشت.

رتوس افکار اخباریون را می‌توان در امور زیر خلاصه کرد:

- ۱- به‌کارگیری علم اصول در استنباط احکام موجب دوری از احادیث و رهنمودهای اهل بیت (ع) می‌شود.
- ۲- علم اصول ساخته دست اهل سنت است. آنان از منبع علوم اهل بیت (ع) محروم بوده و لذا ناچار شده‌اند که برای تحصیل شریعت به قواعد اصولی دست بیازند. و شاهد این امر تقدم تاریخی آنان در تألیف کتب اصول فقه است. اخباریون معتقدند نخستین کسی که به تألیف اصول فقه دست زده شافعی است، مستند آنان همان گفته‌های امثال ابن خلدون است که قبلاً اشاره شد. به نظر آنان شیعه پس از غیبت کبری اقدام به تألیف رساله‌های اصولی زده

۴۴. رک. الفوائد المدنیة، صص ۴۸-۴۷.

۴۵. رک. همان، ص ۱۷.

۴۶. همانجا.

است و لذا به تعبیر آنان این علم از مستحدثات و بلکه «بدعت» محسوب می‌شود.

۳- در علم اصول، عقل نقش عظیمی در استنباط احکام دارد، در حالی که به نظر اخباریون عقل راهی برای درک شریعت ندارد.

ولی به نظر می‌رسد هیچ‌گاه این مکتب به صورت یگانه‌تاز و حاکم مطلق در نیامد و علی‌رغم تلخ‌گویی‌ها و تندروی‌های پیروان آن علیه عالمان اصولی (گفته شده که بعضی از پیروان افراطی این طرز فکر وقتی می‌خواستند یکی از کتاب‌های فقهی عالمان اصولی را بردارند با دستمال بر می‌داشتند)،<sup>۴۷</sup> از مخالفان و نقادان سرآسوده نگشت، بلکه همواره با مدافعان اصولی رویاروی بود که اثر این رویارویی به صورت تألیفاتی گرانسنگ برای اهل نظر به جای مانده است. بعضی از آن آثار عبارتند از:

۱- زبدة الاصول از شیخ بهاء‌الدین عاملی معروف به شیخ بهایی (متوفی ۱۰۲۹ هـ.ق.)؛

۲- حاشیه بر معالم از سلطان العلماء (متوفی ۱۰۴۶ هـ.ق.)؛

۳- غایه المأمول فی شرح زبدة الاصول از جوادبن سعدالله بن جواد کاظمی معروف به فاضل جواد (متوفی اواسط سده ۱۱ هـ.ق.)؛

۴- شرح زبدة الاصول شیخ بهایی از مولی محمد صالح مازندرانی (متوفی ۱۰۸۱ هـ.ق.)؛

۵- حاشیه بر معالم از همو؛

۶- الوافیة الاصول از فاضل تونی (متوفی ۱۰۷۱ هـ.ق.)؛

۴۷. رک. محمد باقر خوانساری، روضات الجنات، ص ۱۲۴.

- ۷- شرح عدة الاصول از ملاخلیل قزوینی (متوفی ۱۰۸۹ ه.ق.)؛  
 ۸- حاشیه بر معالم الاصول از ملا محمد شیروانی (متوفی ۱۰۹۸ ه.ق.)؛  
 ۹- حاشیه بر شرح مختصر عضدی از آقاجمال خوانساری (متوفی ۱۱۲۵ ه.ق.)

در آثار فوق کلیه نقطه نظرهای اخباری یک به یک مورد نقادی قرار گرفته و به آنها پاسخ گفته شده است. به خصوص آنکه تقدم تاریخی اهل سنت در تألیف کتب اصولی که بهانه اصلی اخباریون شده بود به استناد دلایل محکم که به برخی از آنها در آغاز اشاره کردیم کاملاً مردود اعلام گردید. همچنین حوزه عقل و رابطه آن با ادله نقلی به تدریج در کتب اصولی تحلیل گردید.

#### دوران اعتدال

نکته جالب آنکه با ظهور عالمانی اخباری مسلک چون سید صدرالدین رضوی قمی و شیخ یوسف بحرانی، در نیمه‌های قرن ۱۲ هجری در حقیقت دوران اعتدال آغاز می‌گردد.

سید صدرالدین در «شرح وافیه» و بحرانی در «مقدمة الحدائق الناضره»، قسمت عمده‌ای از روش اصولیان را پذیرفته‌اند.

#### گفتار هفتم: نهضت ضد اخباری‌گری

اقدام معتدلانه این‌گونه عالمان که خود جزء نحله اخباریون بوده‌اند، زمینه مطلوبی برای ظهور وحید بهبهانی (متوفی ۱۲۰۵ ه.ق.) فراهم ساخت تا با تألیف کتاب «الفوائد الحائریه» بر نهضت اخباری‌گری شکستی شگرف وارد آورد. وی در آغاز کتاب می‌نویسد:

«لَمَّا بَعَدَ الْعَهْدَ عَنِ زَمَانِ الْإِثْمِ خَفِيَتْ أَمَارَاتُ الْفَقْهِ وَالْإِدْلَةُ عَلَى مَا كَانَ الْمَقْرَرُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ وَالْمَعْهُودُ بَيْنَهُمْ بِلَا خِيفَاءٍ بِانْقِرَاضِهِمْ وَخُلُوقِ الدِّيَارِ عَنْهُمْ الَّتِي أَنْ انْطَمَسَ أَكْثَرُ أَثَارِهِمْ كَمَا كَانَتْ طَرِيقَةُ الْأَمَمِ السَّابِقَةِ وَالْعَادَةُ الْجَارِيَةَ فِي الشَّرَائِعِ الْمَاضِيَةِ كَلَّمَا يَبْعَدُ الْعَهْدَ عَنِ صَاحِبِ الشَّرِيعَةِ تَخْفَى أَمَارَاتُ قَدِيمَةٍ وَتَحْدُثُ خَيَالَاتٌ جَدِيدَةٌ إِلَى أَنْ تَتَضَمَّنَ تِلْكَ الشَّرِيعَةَ ... تَوْهَمٌ مَتَوْهَمٌ أَنْ شَيْخَنَا الْمَفِيدَ وَ مَنْ بَعْدَهُ مِنْ فَهَائِنَا إِلَى الْآنَ كَانُوا مَجْتَمِعِينَ عَلَى الضَّلَالَةِ مُبَدِعِينَ بَدْعًا كَثِيرَةً، مُتَابِعِينَ لِلْعَامَةِ مُخَالَفِينَ لَطَرِيقَةِ الْإِثْمِ وَ مُعَيَّرِينَ لَطَرِيقَةِ الْخَاصَةِ مَعَ غَايَةِ قُرْبِهِمْ بَعْدَ الْإِثْمِ وَ نِهَايَةِ جَلَالَتِهِمْ وَ عَدَالَتِهِمْ وَ مَعَارِفِهِمْ فِي الْفَقْهِ وَ الْحَدِيثِ وَ تَبْحَرُهُمْ وَ زَهْدُهُمْ وَ وَرْعُهُمْ».

بهبهانی و شاگردانش در پاسخ به ایرادات و شبهات اخباریان، و متقابلاً اثبات احتیاج در استنباط مسائل فرعی به قواعد اصولی نهایت سعی و تلاش خویش را ایفا نمودند، که محصول آن مجموعه‌ای از ادبیات اصولی امامیه را تشکیل می‌دهد؛ از جمله کتاب «قوانین» میرزای قمی (متوفی ۱۲۳۱ هـ.ق.)، «مناهج» ملا احمد نراقی (متوفی ۱۲۳۵ هـ.ق.)، «فصول» میرزا محمد حسین اصفهانی (متوفی ۱۲۵۴ هـ.ق.)، «هدایة المسترشدين» میرزا محمد تقی اصفهانی (متوفی ۱۲۴۸ هـ.ق.)، «القواعد الاصولیه» و نیز «شرح الوافی» هر دو تألیف سید مهدی طباطبایی معروف به بحر العلوم (متوفی به ۱۲۱۲ هـ.ق.) و بسیاری دیگر.

در این مقطع فقاهت شیعی بر روش اصولی کاملاً اوج گرفت و کارهای فقهی عظیم و ماندگاری برجای ماند. در رأس این آثار کتاب مستطاب «جواهر الکلام» اثر شیخ محمد حسن نجفی (متوفی به ۱۲۶۶ هـ.ق.) است که دوره کامل فقه شیعه می‌باشد.

## گفتار هشتم: اصول شیخ انصاری

شیخ مرتضی انصاری (متوفی ۱۲۸۱ ه.ق.)، فقیه بزرگ و اصولی توانایی که از بدو ظهور تاکنون افکار فقهی و اصولیش بر مجامع و محافل امامیه سایه گسترده، نقطه عطفی در تطوّر علم اصول امامیه می‌باشد. تحقیقاتی که در این زمینه از ایشان به بعد انجام گرفته کمّاً و کیفاً بر مجموعه آثار اصولی ۱۱ قرن پیش برتری دارد.

شیخ انصاری در اواخر عمر مرحوم صاحب جواهرالکلام، در نجف اقامت دائم گزید و حوزه نجف اشرف با درخشش چهره این ستاره تابناک تجدید حیات نمود و فضلا و محققین پرنشاطی که به جهاتی نسبت به ادامه کار مردّد شده و قصد ترک آن دیار را داشتند عزم رحیلشان را بدل به اقامت نمود.<sup>۴۸</sup> شیخ

۴۸. مشهور است که میرزای شیرازی بعد از وفات محقق صاحب حاشیه بر معالم رهسپار نجف اشرف می‌شود و برای بهره و استفاده از درس خارج در دروس خارج نجف حاضر شده تا در آن میان درسی را برگزیند و در نجف بماند، اما بعد از چندی تفحص به درسی بر نمی‌خورد که ترجیحی بر درس بعضی از اساتید آن روز اصفهان ایشان داشته باشد، لذا تصمیم به مراجعه به اصفهان می‌گیرد. دوست جدید وی آخوند ملا علی نهایندی که از تصمیم میرزا با خبر می‌شود به میرزا می‌گوید چندی است شیخی دزفولی در نجف به تدریس خارج فقه و اصول پرداخته و بسیار محققانه به طرح مباحث می‌پردازد. او به اصرار میرزا را به جلسه درس شیخ می‌برد. میرزا با دقت به درس شیخ توجه کرده و می‌بیند که شیخ چگونه با مهارت از نظرهای گوناگون دفاع کرده و سپس با تحقیقات بدیع خود آنها را نقد و رد می‌کند. میرزا با دیدن چنین قدرت علمی از شیخ سخت شیفته درس وی می‌شود؛ چون درس به پایان می‌رسد، ملا علی نهایندی میرزا را به شیخ انصاری معرفی می‌کند و او را به فضل و ذکاء می‌ستاید و می‌گوید که او قصد بازگشت به اصفهان را دارد. میرزا که با دیدن درس شیخ و مهارت فوق‌العاده علمی او مواجه شده بود از تصمیم خود عدول کرده و این شعر شیخ اجل سعیدی شیرازی را در حضور شیخ می‌خواند:

عزم رحیلش بدل شود به اقامت

چشم مسافر چو بر جمال تو افتد

و در نجف می‌ماند و می‌رسد به آنجا که رسید.

با ابداعات و طرح مسائل به روش تازه و قدرت نقد مطالب پیشینیان، فضلا را شیفته خویشتن ساخت. نوشته‌اند، شیخ که در هنگام اقامت دائمی در نجف به درس صاحب جواهر حاضر می‌شده و هنوز فضلا نسبت به وی معرفت کامل نداشته‌اند، یکی از بزرگان درس که گویا میرزا حبیب الله رشتی بوده است، به منظور ارزیابی وی راجع به سرترجیح یکی از دو دلیلی که در درس مورد سخن بوده سؤال می‌کند. شیخ بلافاصله می‌گوید چون «حاکم» است. تأسیس‌های «حکومت» و «ورود» از ابتکارات شیخ شناخته شده است؛ زیرا هرچند واژه حاکم به‌طور پراکنده در کلمات صاحب جواهر دیده شده ولی بی‌تردید با اسلوبی که شیخ طرح کرده کاملاً بدیع است، و لذا جا داشته که توجه شخصی مانند میرزای رشتی را جلب کرده و بلافاصله جویا شود؛ حکومت چیست؟ شیخ در جواب گفت برای آگاهی کامل به این امر، لااقل مدت شش ماه حضور در درس من ضروری است.<sup>۴۹</sup>

منبع اصلی برای مطالعه مبانی فکری شیخ در اصول فقه، کتاب «فرائد الاصول» است؛ زیرا تنها اثری که در این زمینه به‌خامه مبارک خود ایشان تحریر شده همین اثر گرانسنگ است، و کتاب‌های «مطارح الانظار» و «قوام الفضول» تقریرات دروس شیخ است که توسط دو تن از شاگردان نامدار ایشان، میرزا ابوالقاسم‌بن حاج محمد علی کلانتر معروف به تهرانی (متوفی ۱۲۹۳ هـ.ق.) و میرزا محمود میثمی (متوفی ۱۳۱۰ هـ.ق.) تهیه گردیده است. به‌طور کلی می‌توان گفت آنچه شیخ را در اصول فقه از دیگران ممتاز می‌سازد چند چیز است، که شیوه طرح او از مسائل در رأس نقاط امتیاز قرار

۴۹. رک. محمدرضا المظفر، اصول الفقه، چاپ نجف اشرف، ۱۳۸۶ هـ.ق.، ج ۲، ص ۲۲۰. البته اصطلاح حکومت در «العناوین» میرفتاح حسینی مراغی که گفته می‌شود تقریر درس شیخ موسی کاشف الغطا از اساتید شیخ انصاری است دیده می‌شود.



می‌گیرد. شواهد این مدعا بسیار است، از جمله طرح بحثی است که مبحث اصول عملیه را با آن آغاز می‌کند. این مبحث هر چند در آثار اصولی پیش از او نیز وجود داشته، ولی شیخ پس از آنکه با نگرش منطقی وضعیت مکلف متحیر و جویای حکم شرعی را به حصر عقلی به حالت‌های سه‌گانه قطع، ظن و شک منحصر دانسته و سپس تعرض به مباحث قطع و ظن را به قدر حاجت بسنده کرده، آن‌گاه بخش اصلی کتاب را به بررسی حالات شک اختصاص و میدان ابراز نظریات نقادانه خود قرار داده است. تنظیم دستگامی مبتنی بر اصول چهارگانه عملیه و ارائه طرحی جامع و مانع برای تعیین تکلیف شخص شک از این رهگذر کاملاً ابداعی است.

گرایش به مباحث عقلی و فلسفی از دیگر امتیازات شیخ است که با او آغاز و به شاگردانش انتقال یافته و هر دم افزون شده است. هر چند خط سیر آموختن و فراگیری علوم عقلی شیخ برای نگارنده چندان روشن نیست، ولی ملا احمد نراقی را که مدت قابل توجهی شیخ در محضر وی در کاشان تلمذ کرده نباید از نظر دور داشت؛ آگاهی وی به علوم عقلی در آثار ایشان مشهود است.<sup>۵۰</sup> البته تماس شیخ با حاج ملاهادی سبزواری در خراسان و تلمذ علوم عقلی نزد ایشان و متقابلاً تلمذ علوم نقلی توسط حاجی نزد شیخ نیز روایت شده که سند معتبری در این زمینه به دست نیامد. طرح مباحثی همچون قضایای حقیقیه و خارجی<sup>۵۱</sup> با ذهنیتی که حاجی سبزواری داشته است، قرینه‌ای برای تلاقی این دو فقیه و حکیم شناخته شده است.<sup>۵۲</sup>

۵۰. برای نمونه، رک. ملا احمد نراقی، مناهج الاحکام و الاصول، مبحث استصحاب امور تدریجیه، چاپ سنگی، بدون شماره صفحه.

۵۱. رک. فرائد الاصول، مبحث استصحاب احکام شرایع سابقه.

۵۲. رک. مرتضی مطهری، شرح مبسوط منظومه، انتشارات حکمت، تهران، ۱۴۰۴ هـ. ق. ج ۱، ص

ورود مباحث عقلی به علم اصول توسط شاگرد نامدار شیخ انصاری مرحوم آخوند ملا محمد کاظم خراسانی به شدت اوج گرفت، و پس از ایشان در آثار شاگردانش به ویژه اصولی بزرگ و محقق مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی (متوفی ۱۳۶۲ ه.ق.) و دو اصولی بزرگ قرن معاصر مرحوم حاج میرزا حسین نائینی (متوفی ۱۳۵۵ ه.ق.) و آقا ضیاءالدین عراقی (متوفی ۱۳۶۱ ه.ق.) جریان یافت. مباحث زیر نمونه‌ای از این جریان است: عوارض ذاتیه و واسطه در عروض و ثبوت<sup>۵۳</sup>، امتناع صدور کثیر از واحد و بالعکس<sup>۵۴</sup> امتناع توارد علتین بر معلول واحد<sup>۵۵</sup>، اصالت وجود و ماهیت<sup>۵۶</sup> الطبیعة بما هی لیست الّا هی<sup>۵۷</sup>، موجود واحد ماهیت واحده دارد<sup>۵۸</sup> مفاهیم خارج محمول<sup>۵۹</sup>، تعدد وجوه و عناوین موجب تکثر معنون نخواهد شد<sup>۶۰</sup> وجود کلی طبیعی در خارج<sup>۶۱</sup>، تعدد وجود جنس و فصل در خارج و عدم آن<sup>۶۲</sup>، حرکت قطعی و توسطی<sup>۶۳</sup>، الذاتی لایعلل<sup>۶۴</sup>، امتناع تأخر اجزاء علت از معلول<sup>۶۵</sup>، بساطت مشتق<sup>۶۶</sup>،

۵۳. رک. خراسانی، کفایه الاصول، آل البیت، قم، ۱۴۰۹ ه.ق.، ص ۷.

۵۴. رک. همان، مبحث واجب تخییری. و نیز در مبحث تعدد شرط، ص ۲۰۱.

۵۵. رک. همان، مبحث شرط و جزا، ص ۲۰۱.

۵۶. رک. همان، مبحث تعلق امر به طابع، ص ۱۳۹ و مبحث اجتماع امر و نهی، ص ۱۵۹.

۵۷. همانجا.

۵۸. همان، ص ۱۵۹.

۵۹. همان، ص ۱۵۸.

۶۰. همان، ص ۱۵۹.

۶۱. همانجا.

۶۲. همانجا.

۶۳. همان، مبحث استحباب، ص ۴۰۸.

۶۴. همان، مبحث طلب و اراده، ص ۶۸.

۶۵. همان، مبحث شرط متأخر، ص ۹۲.

۶۶. همان ص ۵۱؛ نیز رک. بساطت و ترکیب مشتق در بستر ادبیات عقلی اسلامی، اثر نگارنده، خردنامه صدرا، سال ۱۳۷۸، تهران.

فرق بین جنس و فصل و ماده و صورت<sup>۶۷</sup>، قضیه ممکنه و ضروریه<sup>۶۸</sup>، شوق مؤکد محرک عضلات<sup>۶۹</sup>، مباحث اراده و مبادی آن،<sup>۷۰</sup> جعل و تقسیم آن به ذاتی و عرضی و بسیط و مرکب<sup>۷۱</sup>، قضایای حقیقیه و خارجییه<sup>۷۲</sup>.

ناگفته نماند، بعضی از مباحث فلسفی که در آثار اصولیین از شیخ انصاری آغاز و در «کفایة الاصول» اثر گران سنگ محقق خراسانی و متعاقباً در آثار حاشیه پردازان و شاگردان ایشان آمده، از نظر اهل معقول گاهی خارج از مصطلحات اهل فن شناخته شده است؛ مثلاً طرح قضایای حقیقیه و خارجییه که اوّل بار توسط شیخ انصاری در اصول مطرح شده و سپس در «کفایه» آمده و بعدها بیت الغزل محقق نائینی در فقه و اصول قرار گرفته و مکرراً در آثار مقررین ایشان جعل احکام به نحو قضایای حقیقیه شناخته شده، با آنچه شیخ الرئیس ابوعلی بن سینا به عنوان ابداع کننده این اصطلاح بیان نموده منطبق نمی باشد<sup>۷۳</sup>. در زمره بزرگانی که انتقاد محققانه بر مرحوم نائینی در این جهت وارد ساخته اند جناب جامع الحکمتین مرحوم دکتر حاج شیخ مهدی حائری یزدی (متوفی ۱۳۷۸ ه.ش.) طاب ثراه است. ایشان در آخرین بخش از کتاب تحقیقی «کاوش های عقلی نظری» آن گاه که به تحلیل قضایای حملیه لابیّه و مقایسه آن با شرطیه می پردازد، به ابتکار حکمای اسلامی و اندیشه های آنان در

۶۷. رک. کفایه، مبحث مشتق، ص ۵۲.

۶۸. همان، مبحث مشتق، ص ۵۳.

۶۹. همان، مبحث واجب معلق، ص ۱۰۲.

۷۰. همان، مبحث طلب و اراده، ص ۶۴.

۷۱. همان، مبحث حجیت قطع، ص ۲۵۸.

۷۲. همان، مبحث استصحاب احکام شرابع سابقه، ص ۴۱۳.

۷۳. رک. مرتضی مطهری، همان، ص ۲۸۹.

این خصوص که می‌تواند حلال مشکلات بسیاری در مسائل فلسفی و منطقی که هم‌اکنون رویاروی فلسفه تحلیلی جدید اروپایی است قرار گیرد، بر این دستاورد ابداعی که در دامن فکر اسلامی رشد یافته به عنوان یک متفکر مسلمان می‌بالد و چنین می‌گوید:

«در این گفت و شنودها ما زیاد حق نداریم از بیگانگان بنالیم زیرا آنها وسایل کافی در دست ندارند تا از ذخایر فکری و عقلی ما کاملاً بهره‌یاب گردند و اگر هم توجهی به سوی دست‌یابی به افکار اسلامی پیدا کردند مسلماً از سطوح و اطراف این افکار تجاوز نکرده و از قعر پیمایی آن بی‌نصیب مانده‌اند. تأسف بیشتر ما از متفکرین اسلامی است که از تعمق کامل در این منابع عقلانی دریغ ورزیده‌اند، و سخنی را نسنجیده از جایی گرفته و در جای دیگر، آن هم محرف و ناموزون به‌کار گماشته‌اند.

یکی از مواردی که ما باید از آشنا شکوت کنیم این است که مرحوم محقق نائینی پس از طرح قضیه حقیقه در مباحث اصولی خود از قول حکمای عظام حملیات را صریحاً به قضایای شرطیه تأویل می‌کند و در این باره می‌گوید:

معنی این قضیه که می‌گوییم: هر شرابی مست‌کننده است، این است که اگر فرضاً در خارج چیزی موجود باشد که بر آن شراب صادق آید پس آن چیز مست‌کننده خواهد بود. و از همین روی است که دانشمندان گفته‌اند: هر قضیه حملیه‌ای به صورت قضیه شرطیه تحلیل می‌شود که مقدم آن شرطیه وجود موضوع و تالی آن ثبوت محمول خواهد بود (از کتاب اجود التقریرات، آیت‌الله خوئی، ص ۱۲۷، مباحث الفاظ).

در حالی که ملاحظه شد حملیات به قضایای لایته بازگشت می‌کنند نه شرطیات. شرط و تقدیر در این‌گونه حملیات در جانب عقد موضوع است و از

کیفیات نسبت نیست تا مقدم آن شرطیه وجود موضوع باشد و تالی آن ثبوت محمول. و به گفته مولانا صدرالدین شیرازی تفاوت بسیار است که شرط از متممات موضوع باشد یا کیفیت نسبت حکمیه میان مقدم و تالی. تنها عاملی که قضیه را به صورت شرطیه بیرون می‌آورد اشتراط و تقدیر در کیفیت نسبت است که از آن به ملازمه تعبیر می‌کنند نه ابهام و تقدیر در موضوع. و من یؤت الحکمة فقد أوتی خیراً کثیراً».<sup>۷۴</sup>

مبحث دوم: مکاتب اصولی قرون معاصر

#### الف - مکتب اصولی سامراً

حوزه شیعی شهر سامرا در عراق با هجرت فقیه و اصولی نامدار، مرجع بزرگ شیعیان عصر خویش و مجدّد مذهب در رأس قرن ۱۴ هجری، میرزا محمد حسن حسینی شیرازی (متوفی ۱۳۱۲ هـ. ق.) از نجف به آن دیار (شعبان ۱۲۹۱ هـ. ق.) بنیان یافت.

گروه کثیری از شاگردان او به دنبال استاد، نجف را ترک و در سامراً رحل اقامت افکندند. با پیوستن فضلالی جوان و پرنشاط از گوشه و کنار و به عزم تحقیق و تحصیل شمار آنان روزیبه روز افزون گشت. وجود میرزای شیرازی در بقا و دوام این حوزه نقش اصلی را ایفا می‌کرد و لذا با فوت او اکثریت قاطع آن بزرگان متفرّق و به سوی کربلا و نجف عزیمت نمودند. ولی علی‌رغم عمر کوتاه حوزه سامراً که از آغاز تا انجام بیش از بیست سال طول نکشید با توجه به حضور فعال استوانه‌های بزرگ علمی در رابطه با روش تحقیق و پژوهش در

۷۴. مهدی حائری یزدی، کاوش‌های عقلی نظری، آخرین صفحات، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۴۷ هـ.

فقه و اصول، مکتب خاصی شکل گرفت که در لسان اهل نظر به مکتب سامرا شهرت دارد. این مکتب در حقیقت همان روشی است که میرزای شیرازی با تأثیرپذیری از اساتید خویش در تدریس و نگارش فقه و اصول برای خود برگزیده بود و حتی قبل از عزیمت به سامرا، در نجف اشرف بدان روش سلوک می نمود. وجه نامگذاری به مکتب سامرا، صرفاً آن است که در دوران هجرت به آن دیار روش و مکتب مزبور به صورت ویژه خود، ترویج یافته است. شاهد این مدعا تقریراتی است که مرحوم ملاعلی دوزدری شاگرد با سابقه میرزای شیرازی از درس اصول استاد خویش در دوران اقامت ایشان در نجف به رشته تحریر در آورده است، که در مقایسه با آثار میرزا حبیب الله رشتی، فقیه و اصولی معاصر میرزای شیرازی از نظر شیوه طرح مسائل، وحدت رویه کاملاً مشهود است.

نکته قابل توجه اینکه با وجود تشکیل حوزه سامرا و جاذبه شدید میرزای شیرازی و انتقال مرجعیت عامه شیعه از نجف به سامرا که با صدور فتوای تنباکو و به زانو در آمدن دولت بریتانیا در قرارداد اقتصادی کمپانی رژی چهره جهانی به خود گرفت، حوزه کهن نجف اشرف استقرار و بقای خود را از دست نداد. گروه زیادی حسب میل خود و یا به سفارش و توصیه میرزای شیرازی کماکان در آنجا ماندگار شدند و به حیات علمی خویش ادامه دادند. اینان نیز برای خود روشی را در نگارش و تحقیق برگزیده اند که به مکتب نجف اشتهار دارد؛ در رأس این مکتب آخوند ملاً محمد کاظم خراسانی قرار گرفته است. ویژگی های بارز مکتب اصولی سامرا را به طور خلاصه می توان به شرح زیر بیان نمود:

۱- طرح تفصیلی هر مسئله از مسائل علم اصول؛

- ۲- مطرح کردن کلیه مسائل حتی آن دسته که یا به‌طور کلی فاقد ثمره فقهی هستند و یا کاربرد آنها اندک است؛
- ۳- پرداختن به اکثر اقوال موجود در هر مسئله حتی اقوالی که بَیِّن الفساد هستند؛
- ۴- توجه ویژه به وجهه نقلی مباحث اصولی و ورود کمتر به تحلیل‌های عقلی؛
- ۵- قوی بودن نگرش‌های بنائی و ترجیح آنها بر نگرش‌های مبنایی در رابطه با اقوال و نظریات اصولی.
- خلاصه آنکه مکتب سامرا روشی است مبتنی بر آمیختگی میان عناصر: تتبع، تحقیق، پرداختن تفصیلی به تمام و یا اکثر مباحث اصولی و تکثیر روزافزون مباحث، خواه کاربردی باشند و خواه نباشند.
- مهم‌ترین آثار اصولی که به روش مکتب سامرا نگاشته شده و ویژگی‌های نامبرده در آنها نمایان است عبارتند از:
- ۱- تقریرات میرزای شیرازی تألیف مُلاعلی دوزدری؛
- ۲- بدایع الافکار تألیف میرزا حبیب‌الله رشتی؛
- ۳- بُشری الأصول (تقریرات مرحوم سید حسین کوهکمری) تألیف میرزا محمد حسن مامقانی،
- ۴- رساله تعادل و ترجیح تألیف حاج سید محمد کاظم طباطبایی یزدی صاحب عروة الوثقی؛
- ۵- رساله اجتماع امر و نهی تألیف همان فقیه بزرگ.
- این روش موجب گردید که علم اصول به تعبیر آیت‌الله بروجردی «متورّم» شود و اشتغال به آن با وجود آنکه علم اصول علمی است ابزاری (آلی) و جنبه

مقدمیت برای فقه دارد سبب دغدغه خاطر فقیهان شده و از این رهگذر راهزن فقه گردد و فقه پژوهان را از آنچه مقصود اصلی علم اصول است باز دارد.<sup>۷۵</sup>

### ب - مکتب اصولی نجف

بازتاب مخالف مکتب سامرا نسبت به شیوه پردازش علم اصول و توسعه بی‌رویه آن را می‌توانیم در مکتب اصولی نجف مشاهده کنیم و آن را به‌عنوان دوره پیرایش و ویرایش علم اصول معرفی نماییم.

پیشکسوت این مکتب آخوند ملامحمد کاظم خراسانی (متوفی به ۱۲۹۹ هـ. ق.) از شاگردان متأخر شیخ انصاری و از فحول تلامذه میرزای شیرازی است. ایشان همان‌طور که اشاره شد همراه استادش به سامرا عزیمت نکرد و شاید به توصیه وی در نجف باقی ماند. وی با تألیف اثر گران‌قدر «کفایة الاصول» گامی بزرگ در این راه برداشت. او آغازگر نهضتی نوین در علم اصول است. پس از وی شاگردانش راه استاد را ادامه دادند و در این راه از هرگونه تلاش قلمی و بیانی دریغ ننمودند. گفت‌مان‌هایی که از شاگردان آخوند خراسانی در نقد روش سامرایان برای ما روایت شده حکایت‌گر عمق ذهنیت حاکم بر این گروه است. مشهور است که مرحوم آقا سید محمد فشارکی اصفهانی (متوفی ۱۳۱۶ هـ. ق.) بعد از رحلت استادش میرزای شیرازی به نجف اشرف منتقل شد.

۷۵. از مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی شاگرد دیگر آخوند خراسانی که در جامعیت از نوادر قرن به‌شمار می‌رود، جمله منتقدانه دیگری به شرح زیر روایت شده است. ناقل این جمله مرحوم آیت-الله حاج سید عبدالاعلی سبزواری صاحب کتاب «تهذیب الاصول و مهذب الاحکام» است. وی می‌گوید: «سمعت من استاذی العلّامة الشیخ محمد حسین الاصفهانی: ان الاصول کلبٌ یمنع صاحبه من حدیقه الفقه»، نقل از مجله النور، چاپ لندن.



گروهی از شاگردان برجسته آخوند خراسانی، با تشویق ایشان به مجلس درس وی حضور یافتند که در میان آنان اصولی سترگ قرن معاصر مرحوم آقا ضیاءالدین عراقی درخشش ویژه‌ای داشت. وی پس از مدتی درس فشارکی را ترک و مجدداً به جرگه درس استاد اصلی خود صاحب کفایه پیوست. وقتی از وی علت این امر سؤال شد، در پاسخ گفت: تفاوت میان درس آخوند خراسانی با آقای فشارکی این است که فرضاً شخصی به قصد زیارت مرقد حضرت مولا علی (ع) وارد نجف شود و راه را نداند. یکی دست او را گرفته و از کوچه پس کوچه‌ها و مسیرهای پرپیچ و خم عبور می‌دهد تا سرانجام او را به مقصد می‌رساند، و دیگری دست او را می‌گیرد و از مسیر مستقیم و روشن وی را به حرم مطهر واصل می‌نماید. راهنمای اول آقای فشارکی است و راهنمای دوم آقای آخوند خراسانی است!

و بالاخره اگر سال‌ها بعد از لسان مرحوم آیت‌الله بروجردی، یکی دیگر از اصحاب میرز حلقه درس مرحوم آخوند خراسانی، در انتقاد از حجم علم اصول و تورم آن اظهار تأسف می‌شنویم، دقیقاً بازتاب همان فکر است. ولی ذکر این نکته نیز ضروری است که این گونه نقدها و ایرادات در مورد علم اصول از سوی این دسته از بزرگان صرفاً در خصوص روش و شیوه مکتبی است که مدتی بر حوزه‌های علمی شیعی به‌خصوص حوزه سامراً حکمفرما بوده است، و به هیچ‌وجه آنان در مقام تخفیف و کاهش ارزش فراورده‌های فکری این دانش نبوده‌اند. نظر نقادان بر آن بوده که هدف اصلی فقه است و علم اصول نقش ابزاری و مقدماتی دارد، و شیوه طرح مسائل باید به‌گونه‌ای باشد که کاربرد آن در فقه روشن و ملموس گردد. پیشوایان نهضت ویرایش نگران آن بوده‌اند که کاوش‌های فکری در علم اصول چنان نقش محوری و اصلی و به اصطلاح

خودشان «موضوعیت» بیابد که مقصود اصلی یعنی فقه، تحت الشعاع قرار گیرد. انگیزه آنان کاملاً با آنچه که در دوران ما دستاویز برخی ناآشنایان قرار گرفته تفاوت ژرف دارد. اینان همچون کودکانی که در مواجهه با اشیای شگفت‌آور به جای فروتنی و بهره‌یابی، به پرتاب سنگ مبادرت نموده و فرار می‌کنند، بی‌رحمانه بر این میراث عظیم فکری می‌تازند و عقده‌جهل را بدین وسیله می‌کشایند، که در عرصه دانش این امر ناسپاسی آشکاری است.

به هر حال مهم‌ترین آثار اصولی که در فضای نهضت ویرایش تهیه و تحریر گردید به شرح زیر است:

۱- کفایة الاصول اثر پیشوای نهضت و بنیانگذار مکتب اصولی نجف مرحوم آخوند ملأ محمد کاظم خراسانی؛

۲- مقالات الاصول اثر آقا ضیاءالدین بن محمد عراقی (وی در سال ۱۲۷۸ هجری قمری در سلطان آباد اراک متولد شد و پس از فرا گرفتن مقدمات به نجف عزیمت کرد. هر چند وی درس‌های فشارکی و سید طباطبایی یزدی را درک کرده، ولی عمده تحصیلاتش نزد خراسانی بوده و نبوغ خاصی در علم اصول داشته است. وی در سال ۱۳۶۱ هجری قمری در نجف وفات کرد)؛

۳- الاصول علی نهج الحدیث اثر حاج شیخ محمد حسین بن محمد اصفهانی مشهور به کمپانی (وی در سال ۱۲۹۶ هجری قمری در کاظمین عراق متولد شد. وی که از نبوغ ذهنی بالایی برخوردار بود موفق شد که در رشته‌های معقول و منقول سرآمد گردد. سیزده سال نزد خراسانی دانش آموخت و شاگردان نامداری تربیت نمود. و سرانجام در سال ۱۳۶۱ هجری قمری همزمان با گذشت یک هفته از فوت مرحوم آقا ضیاءالدین عراقی وفات کرد)؛

۴- نهایة الدرایه فی شرح الکفایه اثر همو؛

۵- فوائد الاصول و اجدود التقریرات که هر دو تقریرات درس اصول میرزا حسین غروی نائینی (متوفی ۱۳۵۵ هـ.ق.) می‌باشند؛<sup>۷۶</sup>

۶- بدایع الافکار و نهایة الافکار که هر دو تقریرات درس اصول آقا ضیاء‌الدین عراقی می‌باشند.

مکتب اصولی نجف به زودی بر مکتب سامراً تفوق یافت و به سرعت مرزها را در نوردید، به طوری که همه حوزه‌های علمیّه اقماری شیعه را پیرو خود ساخت و کتاب «کفایة الاصول» کتاب درسی سطوح عالیّه شناخته شد.

پس از شاگردان نسل نخستین خراسانی، یعنی نائینی، عراقی و اصفهانی، علم اصول توسط شاگردان آنان توسعه یافت. درس‌های سید ابوالقاسم خوئی شاگرد نامدار میرزای نائینی در دوره‌های مختلف اصول فقه به صورت تقریر درآمده و تحت عنوان «محاضرات فی علم الاصول» به قلم شیخ اسحاق فیاض در پنج جلد و تحت عنوان «مصباح الاصول» به قلم واعظ حسینی در سه جلد به چاپ رسیده است.

### ج - مکتب اصولی قم یا مکتب اعتدال

شاید بتوان گفت که عکس‌العمل مکتب اصولی سامراً، پیشکسوتان نهضت پیرایش نجف را به افراط کشانید؛ تا آنجا که پیشوای نهضت را در تألیف «کفایة الاصول» به منظور خلاصه‌نویسی و قناعت به کمترین جملات، دچار اغلاق و ارائه جملاتی لَغَز و معماگونه نمود، که در بعضی موارد تفسیر آنها برای حاشیه-پردازان بعدی سال‌ها موضوع بحث و گفتگو قرار گرفت و هنوز هم گاه و

۷۶. نائینی در سال ۱۲۷۷ هجری در نائین ایران متولد شد و عمده درس خود را نه نزد خراسانی بلکه نزد سید محمد فشارکی اصفهانی در کربلا و نجف گذرانده است.

بی‌گانه ادامه دارد. جالب است مواضعی مشاهده می‌شود که میان شاگردان اولیه آن بزرگوار که دروس استاد را بلاواسطه درک کرده‌اند، اختلاف نظر بر سر مقصود او وجود دارد.

در این اوان حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی (متوفی ۱۳۱۵ هـ. ش.) یکی از برجسته‌ترین شاگردان مرحوم سید محمد فشارکی اصفهانی (متوفی ۱۳۱۶ هـ. ق.) به نگارش کتابی مستطاب همت گماشت به نام «درالفوائد»<sup>۷۷</sup> که از نظر سبک و شیوه طرح مسائل و آیین نگارش نه از «کفایة الاصول» الگو گرفته و نه از مکتب سامراً پیروی کرده است، بلکه از همان روزهای پس از تألیف به داشتن سبک بدیع و طرح جدید اشتهار یافت.<sup>۷۸</sup> مقایسه‌ای کوتاه میان کتاب «درر» و آنچه از قلم<sup>۷۹</sup> مرحوم سید محمد فشارکی (قده) در «الرسائل

۷۷. این کتاب با نام «درالاصول» نیز به چاپ رسیده است، شاید به جهت اشتراک اسم اولیه آن با کتاب «درالفوائد» آخوند خراسانی که مجموع حواشی ایشان بر رسائل شیخ انصاری است.

۷۸. از استاد مرحوم آیت‌الله حاج شیخ مرتضی حائری رحمه الله علیه شنیدم که از قول والد معظمشان (مؤسس حوزه علمیه قم) نقل کردند وقتی پس از فوت فشارکی به نجف رفتم، مرحوم آخوند خراسانی به دیدن من آمدند، در همان جلسه کتاب «درر» را از من خواستند و نگاهی بدان افکندند و پس از تورق کوتاه منصفانه گفتند: اگر من این کتاب را قبلاً دیده بودم کتاب «کفایة الاصول» را بدان سبک و طرح می‌نوشتم.

۷۹. اخیراً به صورت معجزه‌آمیزی متن تقریرات درس اصول مرحوم فشارکی اصفهانی به قلم و خط مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی طاب ثراه به دست این‌جناب رسیده است. این جزوه که مشتمل است بر دوره کامل ادله عقلیه در روستای هزاره از قراء اطراف اراک در منزل جناب حجه الاسلام مهدوی هزاره‌ای یافت شده که حسب نقل ایشان مرحوم شیخ مؤسس در سفر نخستین به اراک در این روستا تابستان را می‌گذراندند. و آن‌گاه که اراک را ترک می‌کنند اثاث‌البیت از جمله تعدادی کتب و دست‌نوشته‌های خود را در پستیوی از اطاق جای داده و علی‌الظاهر بعدها به علت کثرت مشاغل فراموش کرده‌اند. راقم این سطور بر آن است که برای بهره‌یابی اهل پژوهش آن را به چاپ رساند. دعای خیر موالی کرام موجب عنایات و کسب توفیق الهی است.

الفشارکیه» آمده نشان می‌دهد که مؤلف «ڈرر» هرچند متأثر از آرای استاد فرزانه خویش است اما آرا و اندیشه‌های نو و ابتکارات جدید وی در مواضع متعدد آشکارا می‌درخشد؛ افزون آنکه در شیوه طرح مباحث روش کاملاً بدیع و ویژه خود را در پیش گرفته است. ایشان از سوی دیگر بی‌تردید در زمره نخستین منتقدان آرای اصولی صاحب کفایه آن هم در اوج شهرت و رواج افکار او به-شمار می‌رود.<sup>۸۰</sup>

این شیوه به دنبال تأسیس حوزه عملیه قم در سال ۱۳۰۰ هجری شمسی توسط مؤلف عالی‌مقام «ڈرر الفوائد» تجلی و رواج یافت که جا دارد آن را «مکتب قم» بنامیم.

ویژگی‌های عمده این مکتب اصولی عبارتند از:

- ۱- ساده‌نگاری مباحث اصولی و دوری از پیچیده ساختن مباحث و اجتناب از اغلاق؛
- ۲- زدودن دقائق فلسفی و عقلی محض از مباحث اصول<sup>۸۱</sup> و جایگزین کردن بنای عقلاً و عرف خردمندان در ساختار قواعد اصولی و ارائه راهکاری عرفی منطبق با ذوق سلیم در مبانی استنباط احکام شرعیه؛

۸۰. در کتاب «دررالفوائد» هر جا مطلبی از صاحب «کفایه الاصول» نقل شده، و مورد نقد قرار گرفته، منبع نقل نظر فقط جلد اول کفایه و حواشی ایشان بر رسائل شیخ انصاری است. و لذا با توجه به آنکه تاریخ چاپ نخستین جلد کفایه در سال ۱۳۲۴ هجری قمری و چاپ جلد دوم ۱۳۲۵ هجری قمری است تاریخ تألیف «ڈررالفوائد» را می‌توان حدس زد. البته در حواشی «منه» بر «ڈررالفوائد» که به دوران اقامت اراک و قم مربوط می‌شود از جلد دوم کفایه نیز نقل مطلب شده است.

۸۱. بعضی از نگارندگان اصولی معاصر ایشان آنچنان مبانی اصولی را بر فلسفه مبتنی کرده‌اند که گویی اصول شاخه‌ای از فلسفه است. شیخ مؤسس این طرز تلقی را افراط می‌دانسته و بر آن مهر تأیید نهاده است. به طوری که مشهور است گاه در پاسخ به اعتراضات و انتقادات عقلی بعضی از شاگردان خویش

۳- برخورداردی نو با مباحث عمیق و پیچیده اصولی، و طرح استدلالات جدید برای اثبات رأی مختار.

ویژگی اخیر اسباب توجه بزرگان معاصر مرحوم شیخ مؤسس را نسبت به «دُرر الفوائد» و نقّادی آرای ایشان فراهم ساخته است؛ آقا ضیاءالدین عراقی در «مقالات الاصول» و آقا شیخ محمد حسین اصفهانی در «نهایة الدرایه» و حاج آقا رضا مسجد شاهی اصفهانی در «وقایة الاذهان» از جمله آن بزرگانند.

شایسته ذکر است که همین استقامت سلیقه در آثار فقهی ایشان نیز جلوه‌گر است. فقه به جای مانده از ایشان نیز با فقه نجف تفاوتی آشکار دارد و به سبک رایج در نجف یعنی «فقه صنعتی» محض نیست، بلکه بخش مهمی از دقت‌های فقهی ایشان مربوط به بخش فقه‌الحديث است.

سبک شیخ مؤسس بعدها توسط شاگردان دلباخته وی به نحو عمیق و مستوفا تعقیب شد و موجبات تمایز هرچه بیشتر مکتب قم از مکتب نجف را فراهم ساخت. به نظر می‌رسد سبک مزبور آنچنان بر فضای حوزه منوره قم حاکم بوده که بزرگان وارد به حوزه از جمله آیت‌الله بروجردی نیز تحت تأثیر همین فضا به تعلیم پرداخته‌اند و حسب اطلاع به کرات آن را ستوده‌اند.

از افراد موثقی شنیده‌ام که آیت‌الله بروجردی طاب ثراه گفته است: از «کتاب الصلوه» مرحوم حاج شیخ (عبدالکریم حائری یزدی) استقامت سلیقه ایشان در مباحث فقهی و اعمال قواعد اصولی به خوبی آشکار می‌گردد.

---

که در مجلس درس ایراد می‌نموده‌اند می‌گفته است: «اگر معقول نخوانده‌ام عقل که دارم؛ منظور از این جمله آن است که من بر این باورم که در علم اصول بایستی عقل به دور از شوائب و مغالطات و مجادلات فنی به کار گرفته شود. به عبارت دیگر: «عقل نزدیک به عرف سلیم».

# نظام بین‌المللی ثبت اختراع: زمینه‌ها و ضرورت‌ها

دکتر میرقاسم جعفرزاده\*

اصغر محمودی\*\*

## چکیده

تصویب معاهده همکاری در ثبت اختراع، واکنشی بین‌المللی در برابر دشواری‌ها و هزینه‌های فراوان ناشی از به‌کارگیری روش سنتی ثبت اختراع در کشورهای مختلف بوده است. نظر به اهمیت اقتصادی و حقوقی ثبت همزمان اختراع در کشورهای متعدد، تحقیقی مستقل در معرفی اجمالی این سند، شناسایی اصول کلی حاکم بر آن و تبیین فرایند ثبت بین‌المللی اختراع از طریق معاهده مزبور و بیان پیامدها و نتایج به‌کارگیری این شیوه ثبت ضروری است. بر این اساس، تحقیق حاضر سعی خواهد نمود ابتدا اصول کلی تشکیل‌دهنده ساختار معاهده را شناسایی نموده تا راهنمای عملی متقاضیان، مفسران و مجریان باشد. با این هدف، اصولی چون دو مرحله‌ای بودن فرایند ثبت بین‌المللی، ناظر بودن معاهده به تشریفات شکلی و واگذاری مسائل ماهوی به کشورهای متعاقد، توجه به حقوق و آزادی‌های متقاضی در فرایند ثبت اختراع، مدنظر قراردادن ملاحظات حاکمیتی کشورهای متعاقد و ارائه خدمات اطلاع‌رسانی و کمک‌های فنی به کشورهای در حال توسعه با هدف پیشبرد علم و فناوری و توسعه نظام‌های ثبت اختراعات مورد بررسی قرار می‌گیرد. آنگاه فرایند ثبت بین‌المللی اختراع از طریق معاهده تبیین شده و سرانجام مزایا و

---

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس.

فواید الحاق به معاهده مورد اشاره قرار خواهد گرفت. در این راستا، مزایایی چون صرفه‌جویی در زمان، تلاش و هزینه‌های متقاضی و ادارات مالکیت صنعتی، توسعه نظام ثبت اختراع داخلی، جبران ضعف‌های سیستم اعلامی - به- میزان قابل توجه- و همچنین تحول در بخش صنعت مهم‌ترین مزیت‌های به- کارگیری نظام ثبت بین‌المللی اختراع مورد تأکید قرار می‌گیرد.

**واژگان کلیدی:** اظهارنامه بین‌المللی، مراجع جستجوی بین‌المللی، مراجع بررسی مقدماتی بین‌المللی، اداره دریافت‌کننده، دفتر بین‌المللی، فاز بین‌المللی، فاز ملی یا منطقه‌ای.



## مقدمه

در کلیه نظام‌های ملی، اختراع در صورتی قابل حمایت است که نزد یک مرجع رسمی ملی به ثبت رسیده باشد. محدوده صلاحیت این مرجع و تشریفات ثبت اختراع نزد آن معمولاً در قوانین ملی به تفصیل بیان می‌شود.<sup>۱</sup> صرف‌نظر از دلایل ضرورت ثبت اختراع نزد یک مرجع ثبت ملی<sup>۲</sup>، تفاوت نظام‌های ملی ثبت در این خصوص<sup>۳</sup> و نقاط قوت و ضعف این نظام‌ها در ارائه یک

۱. قانون ثبت علائم و اختراعات ایران مصوب ۱۳۱۰ به‌ویژه مواد ۲۶ و ۳۰ و آیین‌نامه اصلاحی اجرای قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات سال ۱۳۳۷ به شرح تفصیلی این مسائل پرداخته‌اند.  
 ۲. شایسته ذکر است قلمرو اعتبار گواهی اختراع صادره از مراجع ثبت ملی، علی‌الاصول محدوده جغرافیایی کشور متبوع اداره ثبت ملی است و در صورتی در کشور دیگر معتبر می‌گردد که مجدداً نزد مرجع ثبت آن کشور به ثبت برسد. ر.ک. ماده ۳۰ قانون ثبت علائم و اختراعات ایران مصوب ۱۳۱۰. مع‌ذلک، به‌موجب پیمان‌های منطقه‌ای مرجع ثبت منطقه‌ای تشکیل و گواهی اختراع صادره از این مراجع می‌تواند در تمام کشورهای عضو معتبر باشد، نظیر اداره ثبت اختراعات اروپا که به‌موجب کنوانسیون اروپایی حمایت از اختراعات (European Patent Convention) تأسیس شده است و متقاضی می‌تواند در چارچوب مقررات این کنوانسیون تقاضای ثبت اختراع خویش را نزد این مرجع نموده و موفق به تحصیل گواهی اختراع قابل حمایت در کشورهای عضو گردد. نظیر همین نظام ثبت اختراع را می‌توان در کنوانسیون آفریقایی حمایت از اختراعات یعنی: «Africa Intellectual Property System & Harare Protocol System» در محدوده سازمان منطقه‌ای مالکیت فکری آفریقایی یا «ARIPO» مشاهده نمود.  
 ر.ک.

WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, WIPO Publication No. 489 (E), 2004, 2<sup>nd</sup> ed., p. 277.

۳. تشریفات ثبت اختراع از یک نظام ملی به نظام دیگر متفاوت می‌باشد. مع‌ذلک، این تفاوت‌ها در دو دسته طبقه‌بندی می‌گردد. نخستین تفاوت در سیستم رسیدگی به شرایط ماهوی حمایت از اختراعات و چگونگی احراز آنها می‌باشد. در برخی از نظام‌های ملی، سیستم معمول برای احراز شرایط ماهوی اختراعات اعلامی بوده و لذا قبل از صدور گواهی اختراع بررسی دقیقی در خصوص تعیین این شرایط به‌عمل نمی‌آید و تنها به اظهارات مخترع بسنده می‌شود و در برخی دیگر، سیستم پیش‌آزمایشی و رسیدگی تفصیلی اعمال می‌گردد. دومین تفاوت در سازوکار و شیوه رسیدگی به اعتراضات متقاضی و

حمایت مؤثر از متقاضی ثبت اختراع، در این سیستم، اختراع در صورتی قابل حمایت خواهد بود که متقاضی با رعایت کلیه تشریفات مربوطه موفق به ثبت اختراع خویش و تحصیل گواهی اختراع از مرجع مورد نظر گردد. از سوی دیگر، ارزش اقتصادی هر اختراع به گستره حمایت حقوقی در کشورهای متعدد بستگی دارد. حال اگر مخترع در جستجوی توسعه این حمایت باشد به‌ناچار باید شخصاً یا از طریق وکیل خود، فرایند ثبت اختراع را در تک تک ادارات ملی ثبت اختراع مورد نظر خود طی نموده و موفق به تحصیل گواهی اختراع گردد. این شیوه ثبت علاوه بر اتلاف وقت، هزینه‌هایی متعدد نظیر هزینه ترجمه اظهارنامه و ضمائم آن به زبان‌های محلی، هزینه مراجعه به ادارات ملی ثبت و هزینه وکلای محلی - در صورت اقدام از طریق وکیل -، بر متقاضی تحمیل می‌نماید. علاوه بر موارد مذکور، متقاضی در این سیستم نمی‌تواند پیشاپیش ارزیابی دقیقی از عکس‌العمل ادارات ملی ثبت نسبت به تقاضای خود، نوع و میزان ایرادات وارد بر تقاضا و میزان توفیق در تحصیل گواهی اختراع از اداره مربوطه داشته باشد. از طرف دیگر، همه ادارات ثبت ملی اختراع که متقاضی خواهان حمایت از اختراع خویش در کشور متبوع آنها می‌باشد، اظهارنامه را از حیث شرایط شکلی و همچنین شرایط ماهوی اختراع مورد بررسی قرار می‌دهند که نتیجه آن اتلاف وقت این ادارات و تحمیل هزینه‌های مازاد بر متقاضی می‌باشد. علاوه بر موارد مذکور، فرایند طولانی تقدیم اظهارنامه‌های مستقل به ادارات ملی ثبت اختراع، از یک سو مانع بهره‌برداری به موقع مخترع از فرصت‌های تجاری در کشورهای مقصد بوده و از سوی دیگر مانعی بزرگ در مسیر عرضه به موقع

اشخاص ثالث می‌باشد. در برخی نظام‌های ملی کلیه اعتراضات و رسیدگی‌ها به مراجع قضایی ارجاع می‌گردد، ولی در برخی دیگر اعتراضات نزد مراجع ثبت به عمل می‌آید. رک.

WIPO Intellectual Property Handbook, *ibid.*, p. 79 & seq.

دانش و فناوری نوین به عموم و در نتیجه موجب گسترش شکاف علمی بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه می‌گردد.

تأسیس ادارات ثبت اختراعات منطقه‌ای نظیر اداره ثبت اختراعات اروپایی در چارچوب کنوانسیون اروپایی حمایت از اختراعات، کوششی در جهت رفع مشکلات و دشواری‌های فوق بوده است. اما تلاش‌های از این دست تنها در محدوده کشورهای عضو کنوانسیون‌های موجود این ادارات و در محدوده مناطق مورد نظر می‌باشد. ایده ضرورت تأسیس یک مرجع بین‌المللی ثبت که در سطحی جهانی آماده ارائه کمک و راهنمایی به کلیه متقاضیان ثبت اختراع باشد نخستین بار در سپتامبر ۱۹۶۶ شکل گرفت. در این سال کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، کمیته اجرایی اتحادیه پاریس یعنی بیرپی<sup>۴</sup> (سلف سازمان جهانی مالکیت فکری) را مأمور مطالعه‌ای مستقل برای به حداقل رساندن تلاش‌ها، زمان‌ها و هزینه‌های متقاضی و ادارات ثبت اختراع می‌نمایند.

حاصل این بررسی و تحقیق، تهیه پیش‌نویس معاهده همکاری در ثبت اختراع یا پی. تی. تی. (PCT)<sup>۵</sup> بود<sup>۶</sup> که متعاقب کنفرانس‌ها، همایش‌ها و

4. BIRPI.

5. Patent Cooperation Treaty.

۶. بیرپی در سال ۱۹۶۷، پیش‌نویس معاهده بین‌المللی را آماده کرد. پیش‌نویس مزبور سیستمی شبیه سیستم مادرید را برای ثبت بین‌المللی علائم تجاری مقرر کرده بود. برطبق پیش‌نویس مزبور اظهارنامه‌های بین‌المللی می‌بایست به بیرپی تسلیم شده و مرجع مزبور آنها را مورد بررسی قرار دهد. این پیش‌نویس جهت مطالعه به کمیته‌ای از کارشناسان که متشکل از نمایندگان ادارات ثبت اختراع ۲۳ کشوری بودند که سالانه به آنها ۵۰۰۰ اظهارنامه تسلیم می‌شد، داده شد. در این کمیته همچنین نمایندگان سازمان‌های نظیر سازمان ملل، مؤسسه بین‌المللی ثبت اختراعات لاهه، شورای اروپا، سازمان‌های غیردولتی، نمایندگان مخترعان و صاحبان صنایع و حقوقدانان ثبت اختراع نیز حضور داشتند. به هر حال، متعاقب کنفرانس‌ها، همایش‌ها و مشاوره‌ها تغییرات شکلی زیادی در پیش‌نویس به عمل آمد، ولی اساس طرح

مشاوره‌ها با انجام اصلاحاتی در نوزدهم ژوئن سال ۱۹۷۰ در کنفرانس واشنگتن به امضا رسید و از اول ژوئن ۱۹۷۸ قابلیت اجرایی پیدا کرد. این سند همچنین در بیست و هشتم سپتامبر ۱۹۷۹ و سوم فوریه ۱۹۸۴ مجدداً مورد بازنگری قرار گرفت و تاکنون ۱۲۸ کشور به آن ملحق شده‌اند و تعدادی از کشورها از جمله ایران نیز الحاق به آن را در دست بررسی دارند.<sup>۷</sup>

این معاهده<sup>۸</sup> مهم‌ترین اهداف خویش را مشارکت اعضا در توسعه جهانی علم و فناوری، توسعه فراگیر حمایت حقوقی از اختراعات، تسهیل و کارآمد نمودن تحصیل همزمان حمایت از اختراع در چندین کشور، تسهیل و تسریع دسترسی همزمان عموم به دانش و فناوری نوین از طریق اظهارنامه‌ها و تسریع در توسعه اقتصادی کشورهای در حال توسعه اعلام می‌نماید.<sup>۹</sup>

اولیه پذیرفته شد. مهم‌ترین تغییر صورت گرفته در پیش‌نویس اولیه این بود که تسلیم اظهارنامه به بیری و بررسی آن توسط مرجع مزبور پذیرفته نشده و کنار گذاشته شد. رک.

Stephan P., Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, National and International Protection, Vol. 1, Harvard University Press, 1975, pp. 563-564.

۷. این سند در هشت فصل و ۶۹ ماده تنظیم شده است. فصل اول این سند ناظر به اظهارنامه بین‌المللی و جستجوی بین‌المللی است و فصل دوم آن به بررسی مقدماتی بین‌المللی اختصاص یافته است. در فصل سوم مقررات مشترک و در فصول سوم و چهارم خدمات فنی و مقررات اداری معرفی شده است. فصول ششم و هفتم هم به اختلافات و مقررات نهایی اختصاص داده شده است. این سند همچنین دارای آیین‌نامه‌ای مفصل (Regulations Under the PCT) متشکل از پنج قسمت و ۹۶ ماده می‌باشد که قواعد مربوط به اجرای این سند را معرفی کرده است. این آیین‌نامه از اول جولای سال ۱۹۹۸ لازم الاجرا شده است.

۸. از این پس به‌جای عنوان طولانی «معاهده همکاری در ثبت اختراع»، از واژه «معاهده» استفاده می‌شود.

9. See in this respect the Preamble of the Treaty which provides: "The Contracting States; Desiring to make a contribution to the progress of science and technology, Desiring to perfect the legal protection of inventions, Desiring to simplify and render more economical the obtaining of protection for inventions where protection is sought in several countries, Desiring to

برای رسیدن به این هدف، معاهده با پیش‌بینی سازوکارهایی نظیر تسلیم اظهارنامه‌ای واحد به یک اداره ثبت اختراع که در همه ادارات ملی و منطقه‌ای واجد اثر باشد، برقراری مراجع جستجو به منظور کشف سابقه اختراع و ایجاد مراجع بررسی مقدماتی با هدف احراز شرایط ماهوی اختراع سعی در کاهش هزینه‌ها و اتلاف وقت متقاضیان و ادارات ثبت اختراع نموده است.<sup>۱۰</sup>

تحقیق حاضر ضمن ارائه و شناسایی اصول کلی حاکم بر معاهده، فرایند ثبت بین‌المللی اختراع در چارچوب معاهده را مورد بررسی و سرانجام مزایا و فرصت‌های مفید الحاق به آن را مورد توجه قرار خواهد داد. با این هدف، بحث‌ها در سه قسمت تنظیم می‌شود؛ مبحث اول اصول کلی حاکم بر معاهده را بررسی خواهد نمود. تشریح فرایند ثبت بین‌المللی اختراع و بیان تشریفات مربوطه موضوع مبحث دوم را تشکیل خواهد داد. و در مبحث سوم مزایا و فواید استفاده از این سیستم ثبت مورد توجه قرار خواهد گرفت.

### مبحث اول- اصول حاکم بر معاهده

facilitate and accelerate access by the public to the technical information contained in documents describing new inventions, Desiring to foster and accelerate the economic development of developing countries through the adoption of measures designed to increase the efficiency of their legal systems, whether national or regional, instituted for the protection of inventions by providing easily accessible information on the availability of technological solutions applicable to their special needs and by facilitating access to the ever expanding volume of modern technology, Convinced that cooperation among nations will greatly facilitate the attainment of these aims, Have concluded the present Treaty”.

۱۰. لازم به ذکر است که متقاضی مجبور نیست به منظور تحصیل گواهی اختراع در کشورهای مختلف، صرفاً از نظام مقرر توسط معاهده استفاده نماید، بلکه می‌تواند بدون توجه به تسهیلات معاهده، مثل سابق عمل نماید.

معاهده و آیین‌نامه مربوطه در تنظیم مقررات تفصیلی خود بر چند اصل بنیادین استوار است. آشنایی با این اصول از یک سو فهم فرایند ثبت بین‌المللی را آسان نموده و از سوی دیگر در تفسیر مقررات معاهده، آیین‌نامه و دیگر مقررات مربوطه، راهنمای متقاضیان و ادارات ثبت اختراعات می‌باشد. با توجه به مقررات معاهده به نظر می‌رسد معاهده مزبور از اصول زیر تبعیت می‌نماید.

### گفتار اول: حفظ حقوق و آزادی‌های متقاضی

معاهده و آیین‌نامه آن به حقوق و آزادی‌های متقاضی در فرایند ثبت اختراع اهتمام جدی داشته و متقاضی به‌موجب آن حق دارد هر کشور یا کشورهای عضو مورد نظر خود را انتخاب نماید. ایشان همچنین حق اصلاح اظهارنامه خود را حسب مورد دارد. در زیر این حقوق و دیگر امتیازات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### الف- حق تعیین کشور یا کشورهای متعاهد

این نکته بدیهی به نظر می‌رسد که متقاضی باید در تعیین کشور یا کشورهای یک می‌خواهد اختراع خود را در آنها به ثبت برساند، آزاد باشد، به-خصوص که تعیین کشورها بدون هزینه نمی‌باشد. اما معاهده در مواردی آزادی متقاضی در تعیین یا عدم تعیین کشورها را محدود کرده است. بند ۲ ماده ۴ معاهده مقرر می‌دارد: «... اگر به‌موجب یک معاهده ثبت اختراع منطقه‌ای، متقاضی نتواند اظهارنامه خود را به کشورهای خاصی از اعضای آن محدود نماید، تعیین یکی از آن کشورها و اظهار تمایل به تحصیل گواهی اختراع منطقه‌ای، به‌عنوان تعیین تمامی کشورهای عضو آن معاهده خواهد بود. اگر به-موجب قانون ملی کشور تعیین شده، تعیین آن کشور دارای اثر یک اظهارنامه

برای تحصیل گواهی اختراع منطقه‌ای باشد، تعیین آن کشور قرینه‌ای خواهد بود دایر بر تمایل به تحصیل گواهی اختراع منطقه‌ای).

نتیجه چنین محدودیتی روشن است، زیرا یا متقاضی به منظور اجتناب از تحمل هزینه‌های اضافی، از انتخاب بعضی از کشورها صرف‌نظر می‌نماید یا به‌رغم تمایل خود، مجبور می‌شود بعضی از کشورها و به تبع آن هزینه‌های زایدی را بپذیرد.

### ب- حق اصلاح نواقص و تأخیرهای موجه

تنظیم اظهارنامه کار آسانی نیست، به‌ویژه اگر مخترع بخواهد شخصاً اقدام نماید یا تنظیم اظهارنامه اولین تجربه او باشد. با توجه به واقعیت فوق، معاهده در موارد مختلف چه در فاز ملی و چه در فاز بین‌المللی، حق اصلاح نواقص را پیش‌بینی کرده است. در این زمینه می‌توان به شق (الف) بند ۲ ماده ۱۱، شق (ب) بند ۵ ماده ۱۴، ماده ۱۹، ماده ۲۶، ماده ۲۸، شق (ب) بند ۲ ماده ۳۴ و ماده ۴۱ معاهده اشاره نمود.

همچنین متقاضی باید اظهارنامه خود را با رعایت الزامات مقرر در معاهده تنظیم و تسلیم نماید. یکی از این موارد، رعایت مهلت‌ها و مواعد تعیین شده است، اما در مواقعی ممکن است به دلایلی که عرفاً به متقاضی قابل انتساب نیست و از طرفی از حوزه کنترل او خارج است، مهلت رعایت نشود. با توجه به غیرقابل انتساب بودن آنها به متقاضی، نباید حدوث چنین اتفاقاتی به تضییع حقوق متقاضی منجر شود.

معاهده در برخورد با این مسئله، اولاً بعضی از اتفاقات را موجه تلقی کرده است، بند ۱ ماده ۴۸ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه مهلت تعیین شده در

این معاهده یا آیین‌نامه به علت وقفه در خدمات پستی، مفقود شدن و یا تأخیر غیرقابل اجتناب در پست رعایت نشود، عدم رعایت مهلت مزبور در این موارد طبق دلایل و سایر شرایط مقرر در آیین‌نامه موجه تلقی خواهد شد.<sup>۱۱</sup> ثانیاً، کشورهای عضو را ملزم نموده است تا آنجا که به آن کشور مربوط می‌شود، طبق دلایل مورد قبول در قانون ملی خود، هرگونه تأخیر در رعایت هر مهلت را موجه قلمداد نمایند.<sup>۱۱</sup> ثالثاً، کشورهای متعاهد را آزاد گذاشته است تا آنجا که به آن کشور مربوط می‌شود، تأخیر در رعایت هر مهلت را طبق دلایلی غیر از آنچه که مورد قبول قانون ملی است، موجه تلقی نمایند.<sup>۱۲</sup>

معاهده تأخیرهای موجه را به‌نحوی مطرح کرده است که ابهامات متعددی را موجب شده است؛ نخست اینکه بند یک ماده ۴۸ طوری تنظیم شده است که گویی صرفاً تأخیر در خدمات پستی می‌تواند موجه تلقی شود، حال آنکه ممکن است تقاضی به دلایلی غیر از اتفاقات پستی مثل حوادث غیرمترقبه طبیعی یا انسانی مثل سیل، زلزله، آشوب و... مهلت‌ها را رعایت نمایند.<sup>۱۳</sup> دوم اینکه چنانچه مقررات ملی، در این خصوص نص قانونی نداشته باشند، تقاضی با مشکل مواجه خواهد شد زیرا بار اثبات دلایل موجه با متقاضی است. و سوم اینکه با احاله موضوع تعیین دلایل موجه و غیرموجه به قوانین ملی، متقاضی مجبور خواهد بود مقررات ملی هر کشور را بررسی نماید که به علت عدم

۱۱. شق (الف) بند ۲ ماده ۴۸ معاهده.

۱۲. شق (ب) بند ۲ ماده ۴۸ معاهده.

۱۳. البته از آنجا که اکثر مقررات ملی، چنین مواردی را دلایل موجه به حساب می‌آورند، تا جایی که به ادارت ملی مربوط می‌شود، مشکلی پیش نمی‌آید ولی تا حدی که به دفتر بین‌المللی و مراجع جستجو و بررسی بین‌المللی مربوط می‌شود، به نظر می‌رسد که نمی‌توان دلایلی غیر از اتفاقات پستی را موجه تلقی کرد.



آشنایی با مقررات محلی، مجبور خواهد شد از طریق یک وکیل محلی عمل نماید که نتیجه آن تحمیل هزینه‌ها و تلاش‌های اضافی به متقاضی است؛ نتایجی که در تعارض آشکار با معاهده‌ای است که هدف آن کاهش تلاش و هزینه‌های متقاضی در فرایند ثبت اختراع می‌باشد.

### ج- محرمانه ماندن محتویات اظهارنامه

افشای اطلاعات مربوط به اختراع قبل از انتشار اظهارنامه، موجبات تقلید و سوءاستفاده دیگران را فراهم می‌آورد و متقاضی نیز از آنجا که هنوز به تحصیل گواهی اختراع موفق نشده است، نمی‌تواند اقدامات قانونی لازم را در جهت تأمین حقوق خود به‌عمل بیاورد. از سوی دیگر، افشای اطلاعات اختراع به اشخاص ثالث موجب می‌شود یکی از شرایط ماهوی اختراع یعنی تازگی زایل شود و در نتیجه مخترع در مواردی در تحصیل گواهی اختراع ناکام بماند.<sup>۱۴</sup> بنابراین، ضروری است قبل از انتشار اظهارنامه محتویات آن از افشای به اشخاص ثالث مصون بماند. از این‌رو، معاهده در مواد ۳۰ و ۳۸ دفتر بین‌المللی و مراجع صلاحیت‌دار جستجو و بررسی بین‌المللی را ملزم کرده است که به هیچ شخص یا مرجعی اجازه ندهند قبل از انتشار، به اظهارنامه دسترسی داشته باشند مگر بنا به تقاضای متقاضی یا اجازه او.<sup>۱۵</sup>

۱۴. این در صورتی است که مخترع بخواهد اظهارنامه خود را مسترد نماید یا اظهارنامه او به هر دلیلی مثل عدم پرداخت هزینه‌ها در موعد مقرر مسترد شود. در این صورت افشای اختراع به اشخاص ثالث موجب می‌شود که او بعداً نتواند گواهی اختراع تحصیل نماید زیرا در زمان تنظیم و تسلیم اظهارنامه بعدی، اطلاعات اختراع به علت قرار گرفتن در حیطه معلومات عموم فاقد تازگی خواهد بود. بنابراین اگر همان اظهارنامه متقاضی به تحصیل گواهی اختراع منجر شود، هیچ مشکلی پیش نمی‌آید.

۱۵. به‌نظر می‌رسد این تکلیف به همه ادارات دست‌اندرکار اظهارنامه مثل اداره دریافت‌کننده، ادارات تعیین‌شده و منتخب هم قابل تسری باشد.

پیش‌بینی تعهد به محرمانه نگه داشتن محتویات اظهارنامه در جهت حفظ حقوق مخترع بسیار ضروری است، زیرا با پیش‌بینی چنین تعهدی، ادارات مذکور تکلیف قانونی نسبت به عدم افشای اطلاعات پیدا می‌کنند. نتیجه و اثر چنین تکلیفی این است که در صورت نقض آن، تازگی اختراع از بین نمی‌رود، زیرا امروزه مقررات ملی و منطقه‌ای و حتی بین‌المللی به‌طور فراگیر این قاعده را پذیرفته‌اند که اگر اختراع به‌واسطه نقض تعهد قانونی یا اخلاقی فاش شود، تازگی اختراع از بین نمی‌رود.<sup>۱۶</sup>

### گفتار دوم: دو مرحله‌ای بودن فرایند ثبت و تفکیک مسائل شکلی از ماهوی الف - دو مرحله‌ای بودن فرایند ثبت بین‌المللی اختراع

معاهده در صدد حذف نقش ادارات ثبت ملی یا منطقه‌ای در فرایند ثبت بین‌المللی اختراع نیست. مهم‌ترین هدف این سند کاهش هزینه‌ها و تلاش ادارات ملی و منطقه‌ای و همچنین هزینه متقاضی به میزان قابل ملاحظه‌ای می‌باشد. از این‌رو، ثبت بین‌المللی اختراع از طریق این معاهده دارای دو مرحله می‌باشد: مرحله بین‌المللی و مرحله ملی یا منطقه‌ای.

۱۶. نگاه کنید به: بند ۴ از بخش ۲ قانون اختراعات سال ۱۹۷۷ انگلیس. به‌موجب ماده ۵۵ کنوانسیون اختراعات اروپایی نیز تازگی اختراع به دلیل افشای آن به‌واسطه یا در نتیجه سوءاستفاده آشکار از مراد به متقاضی یا قائم مقام او و ... زایل نمی‌گردد. از نگاه اداره ثبت اختراع اروپایی، نقض تعهد اخلاقی و قانونی از مصادیق سوءاستفاده به‌شمار می‌رود. در این زمینه به منابع زیر نگاه کنید:

- جعفرزاده، دکتر میر قاسم و محمودی، اصغر، شرط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، سال

۱۳۸۴، صص ۱۰۴-۱۰۰؛

- Legal Research Service for the Boards of Appeal Department, Case Law of the Boards of Appeal European Patent Office, 4<sup>th</sup> edition, 2001, pp.41-42. Available at: the European Patent Office Website, and Stephan P., Ladas, *ibid.*, p. 619.

مرحله بین‌المللی شامل تنظیم اظهارنامه و تسلیم آن به مرجع ثبت توسط متقاضی، جستجوی بین‌المللی درخصوص سوابق اختراع ادعایی توسط مرجع جستجوی بین‌المللی، بررسی مقدماتی بین‌المللی - در صورت درخواست متقاضی - به منظور احراز شرایط ماهوی (تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی) اختراع مورد ادعا توسط مرجع صلاحیت‌دار بررسی مقدماتی بین‌المللی و انتشار اظهارنامه توسط دفتر بین‌المللی می‌شود. در ادامه مرحله بین‌المللی، مرحله ملی یا منطقه‌ای قرار دارد. در این مرحله، اختراع نزد مقامات ملی یا منطقه‌ای به ثبت می‌رسد. بنابراین برخلاف ثبت بین‌المللی علائم تجاری که توسط دفتر بین‌المللی صورت می‌گیرد، برای ثبت بین‌المللی اختراع، مقام واحد بین‌المللی تعیین نشده و انجام این امر به ادارات ملی یا منطقه‌ای واگذار شده است.

#### ب- تفکیک مسائل شکلی از ماهوی

همان‌طور که از عنوان معاهده بر می‌آید، هدف این سند برقراری یک نظام جامع با حداقل تشریفات و پیچیدگی و در عین حال کارآمد برای مواقعی است که متقاضی در جستجوی ثبت اختراع واحد در کشورهای مختلف است. به همین دلیل معاهده مزبور اساساً یک سند شکلی بوده و شرایط ماهوی ثبت اختراع را مورد توجه قرار نمی‌دهد. نظر به شکلی بودن مقررات معاهده و آیین‌نامه مربوطه، تصمیم‌گیری در خصوص شرایط ماهوی حمایت از اختراع و مسائل مربوط به آن به کشورهای عضو واگذار شده است.

از شکلی بودن مقررات معاهده و آیین‌نامه و احاله مسائل ماهیتی به قانون ملی، نتایج زیر قابل استخراج است:

۱- کشورهای عضو نمی‌توانند برای اظهارنامه‌های بین‌المللی، شرایط شکلی متفاوت یا مازاد بر آنچه که در معاهده و آیین‌نامه آمده است، مقرر دارند. در بند

۱ ماده ۲۷ معاهده صریحاً به این مطلب اشاره شده است. البته اگر مقررات ملی مساعدتر از مقررات بین‌المللی باشند، ادارات ملی، دادگاهها و هر مرجع صلاحیت‌دار دیگر محلی می‌توانند به جای مقررات بین‌المللی، مقررات داخلی خود را اعمال نمایند مگر اینکه متقاضی بر اجرای مقررات بین‌المللی اصرار ورزد.<sup>۱۷</sup>

۲- مقررات ماهوی موجود در معاهده و آیین‌نامه آمرانه نبوده و جنبه ارشادی دارند. از این‌رو، گزارش مقام جستجوی بین‌المللی در خصوص سابقه اختراع ادعایی و همین‌طور گزارش مقام بررسی مقدماتی بین‌المللی که در ارتباط با شرایط ماهوی اختراع یعنی تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی می‌باشد، برای ادارات ملی الزام‌آور نیست.<sup>۱۸</sup>

۳- هیچ‌کدام از مقررات معاهده و آیین‌نامه نباید به نحوی تفسیر شوند که آزادی کشورهای عضو برای تعیین شرایط ماهوی مربوط به ثبت اختراعات را محدود نمایند.<sup>۱۹</sup>

۴- تشخیص مخالفت یا عدم مخالفت اختراع با نظم عمومی و اخلاق حسنه و به‌طور کلی قرار گرفتن یا قرار نگرفتن اختراع در زمره استثنائات جزو اختیارات کشورهای عضو می‌باشد.

تصمیم‌گیری در خصوص قابلیت ثبت یا عدم ثبت اختراع به کشورهای عضو واگذار شده است.

۵- در مسائل شکلی، تقدم با مقررات معاهده و آیین‌نامه و در مسائل ماهوی، تقدم با مقررات ملی یا منطقه‌ای است.

۱۷. بند ۴ ماده ۲۷ معاهده.

18. Ian Muir, Matthias Brandi-Dohrn, Stephan Gruber, European Patent Law, Law and Procedure under the EPC and PCT, 2<sup>nd</sup>, ed., Oxford University Press, 2002, pp.8-9.

۱۹. رک. بند ۵ ماده ۲۷ معاهده.

گفتار سوم: شناسایی ملاحظات حاکمیتی و بسترسازی جهت انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه

#### الف- شناسایی ملاحظات حاکمیتی کشورهای متعاقد

احترام به حق حاکمیت دولت‌ها در اداره امور داخلی کشورشان، اصلی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل می‌باشد. با توجه به این اصل، دولت‌ها می‌توانند به منظور انتظام امور داخلی کشور خود تدابیر لازم را به مرحله اجرا بگذارند. اصل فوق در بند ۸ ماده ۲۷ معاهده انعکاس یافته است. این بند مقرر می‌دارد: «هیچ چیز در این معاهده و آیین‌نامه نباید به نحوی تفسیر شود که آزادی کشورهای متعاقد را در اعمال تدابیر لازم برای حفظ امنیت ملی خود و یا حق اتباع و سکنه آن کشور را در تسلیم اظهارنامه‌های بین‌المللی به علت حفاظت از منافع عمومی و اقتصادی آن کشور محدود نماید». براساس همین اصل، کشورهای متعاقد در جهت صیانت از منافع عمومی و امنیت ملی می‌توانند محدودیت‌هایی را هم برای تبعه خود و هم اتباع دیگر کشورها ایجاد نمایند. اگرچه شناسایی حق حاکمیت دولت‌ها به منظور برقراری امنیت داخلی و انتظام امور لازم می‌باشد، ولی ممکن است دولت‌ها با مستمسک قراردادن مسائل حاکمیتی، محدودیت‌های بی‌موردی را برای متقاضیان ایجاد نمایند.

ب- بسترسازی مناسب برای انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه  
گروهی از کشورهای در حال توسعه در کنفرانس واشنگتن اعلام کردند که متن پیشنهادی معاهده صرفاً تأمین‌کننده منافع کشورهای پیشرفته و صنعتی است و فاقد ویژگی مشاوره فنی و انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه می‌باشد.<sup>۲۰</sup>

20. Stephan P. Ladas, *ibid.*, p. 619.

علی‌رغم واکنش منفی کشورهای صنعتی، بالاخره به واسطه اصرار کشورهای در حال توسعه، خواسته آنها اجابت شد و در مبحث چهارم معاهده (مواد ۵۰ و ۵۱) عینیت یافت. در این مبحث، ارائه خدمات اطلاع‌رسانی با هدف تسهیل انتقال فناوری توسط دفتر بین‌المللی و عرضه کمک‌های فنی با هدف توسعه نظام‌های ثبت اختراع توسط کمیته کمک‌های فنی پیش‌بینی گردید.

شماری از اطلاعات به واسطه انتشار اظهارنامه و گزارش‌های جستجو و بررسی از طریق مجله بین‌المللی در دسترس عموم قرار می‌گیرند، اما هدف از این مقررات، ارائه اطلاعات بیشتری است که دفتر بین‌المللی می‌تواند آنها را از مقامات جستجو و بررسی بین‌المللی و یا دیگر مؤسسات تخصصی ملی یا بین‌المللی کسب نماید.<sup>۲۱</sup>

از آنجا که این اطلاعات متضمن فنون و تکنیک‌های جدید می‌باشند، لذا از طرفی راهنمای ارزنده‌ای جهت تحصیل فناوری برای بخش‌های مختلف صنعت و تجارت کشورهای در حال توسعه می‌باشد و از طرف دیگر، ارائه این اطلاعات وسیله مناسبی برای تبلیغ اختراعات و فناوری‌های جدید می‌باشد. این اطلاعات در قبال دریافت هزینه‌های مربوطه ارائه می‌شوند. لازم به ذکر است که استفاده از خدمات فوق‌مختص کشورهای در حال توسعه نیست و کشورهای پیشرفته نیز می‌توانند از آنها بهره‌مند شوند.<sup>۲۲</sup>

هدف از کمک‌های فنی فوق‌الذکر سازمان دادن و نظارت بر توسعه نظام‌های ثبت اختراع کشورهای در حال توسعه می‌باشد. کمک‌های فنی شامل

21. *Ibid.*

22. استفاده از واژه «می‌تواند» در بند یک ماده ۵۰ معاهده برای ارائه خدمات اطلاع‌رسانی توسط دفتر بین‌المللی که عدم الزام را تداعی می‌کند، نشان می‌دهد که تکلیف فوق‌دارای هیچ نوع ضمانت‌اجرایی نیست و صرفاً به خاطر تأمین رضایت کشورهای در حال توسعه گنجانده شده است.

مواردی از قبیل آموزش متخصصین، ارسال کارشناس و تأمین وسایل و تجهیزات لازم جهت اهداف عملیاتی می‌شود. استفاده از کمک‌های فنی فوق مستلزم پرداخت هزینه می‌باشد. در بند ۴ ماده ۵۱ اعلام شده است، دفتر بین‌المللی تلاش خواهد نمود برای تأمین هزینه چنین خدماتی، موافقت‌نامه‌هایی را بین سازمان‌های تأمین مالی بین‌المللی، سازمان‌های بین‌الدولی به‌ویژه سازمان ملل متحد، آژانس‌های سازمان ملل متحد و آژانس‌های تخصصی مرتبط با سازمان ملل متحد که دست‌اندرکار کمک‌های فنی هستند از یک طرف و کشورهای دریافت‌کننده چنین کمک‌هایی از طرف دیگر منعقد نماید.

### مبحث دوم- فرایند ثبت بین‌المللی اختراع

تحصیل گواهی اختراع از طریق معاهده مستلزم رعایت دو دسته تشریفات در دو فاز بین‌المللی و ملی یا منطقه‌ای می‌باشد. فاز بین‌المللی شامل تشریفات تنظیم اظهارنامه توسط متقاضی و تسلیم آن به مرجع ثبت مربوط، جستجوی بین‌المللی توسط مرجع جستجوی بین‌المللی، بررسی مقدماتی بین‌المللی توسط مرجع صلاحیت‌دار، و انتشار بین‌المللی اظهارنامه توسط دفتر بین‌المللی است. در مرحله فاز ملی یا منطقه‌ای نیز ادارات ملی یا منطقه‌ای پس از بررسی‌های لازم و انطباق اظهارنامه با مقررات ملی یا منطقه‌ای یا با درخواست متقاضی موافقت و گواهی اختراع لازم را صادر می‌کنند یا اینکه اختراع را غیرقابل حمایت تشخیص داده و از صدور گواهی اختراع اجتناب می‌نمایند.

### گفتار اول: فاز بین‌المللی

#### الف - تنظیم اظهارنامه

متقاضی با تنظیم اظهارنامه واحد که در ادارت ثبت کشورهای متعاقد، همان آثار اظهارنامه‌های ملی و منطقه‌ای را دارد، فرایند ثبت بین‌المللی را آغاز می‌نماید. همانند اظهارنامه‌های تقدیمی به ادارات ثبت ملی، اظهارنامه‌های بین‌المللی نیز حاوی بخش‌های مختلفی می‌باشد که در زیر برخی از آنها به همراه محل تنظیم اظهارنامه، اشخاص صلاحیت‌دار برای تنظیم اظهارنامه، زبان اظهارنامه، هزینه‌ها و اظهارنامه‌های الکترونیکی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### ۱- محتویات اظهارنامه

اظهارنامه دربرگیرنده اطلاعات ریز و مفصلی در مورد مخترع و اختراع می‌باشد که توسط متقاضی ثبت اختراع در فرم‌های چاپی خاص به شرح ماده ۳ آیین‌نامه تنظیم می‌گردد. در اینجا، مهم‌ترین محتویات اظهارنامه یعنی درخواست، توصیف، یک یا چند ادعا، خلاصه و یک یا چند نقشه - که عنداللزوم ارائه می‌شوند- و تسلیم نمونه یا مدل مورد اشاره قرار می‌گیرند. درخواست:

درخواست اولین بخش اظهارنامه بین‌المللی است که در آن متقاضی باید علاوه بر اعلام این مطلب که می‌خواهد اظهارنامه او طبق معاهده مورد رسیدگی قرار بگیرد، کشورهای مدنظر خود را نیز تعیین نماید. همین‌طور باید به مواردی از قبیل مشخصات متقاضی، مشخصات کارگزار متقاضی، مشخصات مخترع و عنوان اختراع، اعلامیه حق تقدم -در صورت وجود- و نظایر آن اشاره نماید.<sup>۲۳</sup> توصیف:

الزام متقاضی به توصیف اختراع به‌نحوی که شخص ماهر در فن مربوطه را قادر سازد اختراع را عملی و بازسازی نماید، به‌عنوان یکی از محتویات

۲۳. ماده ۴ آیین‌نامه به‌طور مفصل به محتویات اجباری و اختیاری درخواست اشاره کرده است.



اظهارنامه است که هم در مقررات ملی و منطقه‌ای و هم در ماده ۳ معاهده پیش-بینی شده است.<sup>۲۴</sup> علاوه بر این، در ماده ۵ آیین‌نامه به نحوه توصیف اختراع نیز اشاره شده است. مطابق ماده مزبور، در توصیف اختراع باید به رشته فنی که اختراع به آن مربوط می‌شود، مشکلات فنی موجود، راه‌حل ارائه شده، اثرات مفید اختراع و طریق استفاده از اختراع اشاره شود.

#### ادعا یا ادعاها:

همچنین متقاضی با بیان ادعا یا ادعاهای خود، اختراع و محدوده آن را مشخص می‌سازد. بنابراین، ادعا یا ادعاها تجلی‌گاه موضوع یا موضوعاتی هستند که متقاضی خواهان حمایت از آنهاست. ادعاها باید واضح و منجز بوده و به-وسیله توصیف، تأیید و پشتیبانی شوند.<sup>۲۵</sup>

#### نقشه یا نقشه‌ها:

علاوه بر این، در مواقعی شرح و توصیف اختراع برای فهم آن کافی نبوده و ارائه نقشه ضرورت پیدا می‌کند. از این‌رو، معاهده به مانند مقررات ملی و منطقه‌ای، تسلیم نقشه‌ها را در مواردی الزامی دانسته است.<sup>۲۶</sup> هدف از توصیف اختراع و تسلیم نقشه این است که اختراع ادعا شده در اختیار عموم قرار بگیرد. نمونه یا مدل:

۲۴. هدف از الزام مزبور عرضه اطلاعات و دانش جدید از سوی مخترع به جامعه می‌باشد. در واقع با افشای اطلاعات جدید است که دولت‌ها حق انحصاری مخترع را به رسمیت می‌شناسند. اطلاعات جدید در صورتی در اختیار جامعه قرار می‌گیرد که مخترع شرح کاملی از اختراع خود، مشکلات فنی موجود و راه‌حلی که اختراع جهت حل مشکل عرضه می‌کند را ارائه نماید.

۲۵. ماده ۶ آیین‌نامه به تفصیل به نحوه بیان ادعاها اشاره کرده است.

۲۶. ماده ۷ معاهده و همچنین ماده ۷ آیین‌نامه. لازم به ذکر است که در بند ۱ ماده ۷ آیین‌نامه، نمودارهای گردش کار و دیاگرام‌ها هم به عنوان نقشه تلقی شده‌اند.

گاهی اوقات با وجود توصیف اختراع و ارائه نقشه‌ها، اختراع همچنان غیرقابل دسترس برای عموم محسوب می‌شود و لذا مرجع ثبت در راستای لزوم افشای کامل دانش تولیدی، تسلیم نمونه یا مدلی از اختراع را به اداره ثبت درخواست می‌نماید. اختراعات میکروارگانیسم چنین وضعیتی دارند. معاهده بوداپست<sup>۲۷</sup> ارائه نمونه یا مدلی از اختراع ادعایی در خصوص میکروارگانیسم‌ها را ضروری اعلام داشته، ولی نظر به پرهزینه بودن تحویل نمونه به هریک از کشورهای مقصد، تسلیم نمونه به اولین اداره ثبت را برای حمایت در کشورهای دیگر کافی دانسته است.<sup>۲۸</sup> با وجود این، در معاهده همکاری در ثبت اختراعات به این موضوع اشاره نشده است. با توجه به سکوت معاهده، دو نظر قابل طرح است؛ یک نظر اینکه، کشورهای متعاقد در صورت نیاز می‌توانند متقاضی را ملزم نمایند نمونه و مدلی از اختراع خود را به اداره ثبت تسلیم نماید. ایراد این نظر مغایرت آن با بند ۱ ماده ۲۷ معاهده می‌باشد که به موجب آن، کشورهای متعاقد از درخواست الزامات شکلی یا محتوایی متفاوت یا مازاد بر آنچه که معاهده یا آیین‌نامه مقرر کرده است، منع شده‌اند. نظر دیگر اینکه، به علت عدم پیش‌بینی چنین مسئله‌ای در معاهده، ادارت ملی یا منطقه‌ای حق درخواست نمونه اختراع را ندارند. هرچند این نظر باری از دوش متقاضی برداشته و مانع تحمیل هزینه تهیه شماری از مدل‌های اختراع بر متقاضی می‌گردد، با ایراد بزرگتری مواجه می‌باشد، چراکه دولت‌ها را مجبور می‌نماید در بعضی مواقع، بدون اینکه اطلاعات جدیدی به دست بیاورند، به متقاضی گواهی اختراع اعطا نمایند.

27. Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purpose of Patent Procedure Done at Budapest on April 28, 1977 and amended on September 26, 1980.

۲۸. بند یک ماده ۳ معاهده بوداپست.

## خلاصه:

از دیگر اجزای اظهارنامه خلاصه می‌باشد که ارائه دهنده اطلاعات فنی در خصوص موضوع اختراع است و با استفاده از زبانی بسیار فنی که مختص فناوری مربوطه است، تنظیم می‌شود. با ملاحظه خلاصه می‌توان پی برد که اختراع مربوط به چه رشته‌ای از فناوری است تا برای تعیین شرایط ماهوی، از متخصصین آن رشته استفاده کرد. به‌خصوص در کشورهایی که قبل از صدور گواهی اختراع، اقدام به بررسی ماهوی می‌نمایند، خلاصه حائز اهمیت فراوانی است، زیرا متصدی ثبت با ملاحظه آن، بدون رجوع به سایر قسمت‌های اظهارنامه و ضمایم آن، متوجه می‌شود برای بررسی فنی اختراع، بایستی آن را در اختیار متخصص چه رشته یا رشته‌هایی قرار دهد. همچنین خلاصه، طبقه‌بندی اختراع و دسترسی به آن را برای مراجعین آسان می‌سازد، زیرا مراجعه‌کننده (به‌عنوان مثال یک بنگاه صنعتی که به دنبال تحصیل لیسانس اختراعات جدید در رشته خاصی می‌باشد) با ملاحظه خلاصه، به‌راحتی می‌تواند تصمیم بگیرد که آیا اختراع همان چیزی است که او به دنبال آنست یا نه.<sup>۲۹</sup>

## ۲- محل تنظیم اظهارنامه و اشخاص صلاحیت‌دار برای تنظیم اظهارنامه

۲۹. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رک. محمودی، اصغر، اختراعات قابل حمایت (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، به راهنمایی دکتر میرفاسم جعفرزاده، ۱۳۸۱، صص ۷۲-۷۳. لازم به ذکر است که خلاصه صرفاً به منظور ارائه اطلاعات فنی است و لذا نمی‌توان از آن برای منظور دیگری خصوصاً تفسیر محدوده اختراع استفاده کرد. اما مراجعه به ادعاها، توصیف و نقشه‌ها به‌منظور تعیین محدوده اختراع ایرادی ندارد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رک. همان منبع، صص ۷۰-۶۶.

متقاضی باید اظهارنامه خود را به اداره دریافت‌کننده صلاحیت‌دار<sup>۳۰</sup> تسلیم نماید.<sup>۳۱</sup> به موجب ماده ۱۹ آیین‌نامه، ادارات دریافت‌کننده صلاحیت‌دار عبارتند از (۱) اداره ملی یا اداره عمل‌کننده برای کشور متعاهدی<sup>۳۲</sup> که متقاضی در آن ساکن است، (۲) اداره ملی یا اداره عمل‌کننده برای کشور متعاهدی که متقاضی تبعه آن است و (۳) دفتر بین‌المللی، قطع نظر از اینکه متقاضی در چه کشور متعاهدی ساکن بوده یا تابعیت آن را داشته باشد.

هر شخصی که مقیم یا تبعه یکی از کشورهای عضو باشد، می‌تواند اظهارنامه بین‌المللی تسلیم نماید.<sup>۳۳</sup> اشخاص مقیم یا تبعه کشورهای عضو کنوانسیون پاریس که عضو معاهده نیستند، نیز در صورتی می‌توانند اظهارنامه تنظیم نمایند که مجمع چنین اختیاری را به آنها داده باشد.

معاهده واژه‌های «ساکن»<sup>۳۴</sup> و «تبعه»<sup>۳۵</sup> را تعریف نکرده ولی آیین‌نامه، تعیین ساکن یا تبعه بودن را به حقوق داخلی کشور اداره دریافت‌کننده اظهارنامه واگذار کرده است.<sup>۳۶</sup> با این حال، شخص حقوقی که طبق قانون ملی کشور عضو تشکیل می‌شود، باید به‌عنوان تبعه آن کشور تلقی گردد.<sup>۳۷</sup> و قرار داشتن مؤسسه

### 30. Competent Receiving Office.

۳۱. ماده ۱۰ معاهده.

۳۲. منظور از اداره عمل‌کننده، اداره ملی یک کشور یا سازمان بین‌دولتی است که با توافق کشور عضو برای همه یا بخشی از اهداف، به‌عنوان اداره دریافت‌کننده متقاضیان ساکن یا مقیم کشور اول عمل می‌نماید (شق (ب) بند ۱ ماده ۱۹ آیین‌نامه).

۳۳. بند ۱ ماده ۹ معاهده.

### 34.- Resident.

### 35. National.

۳۶. بند ۱ ماده ۱۸ آیین‌نامه.

۳۷. جزء ۲ شق (ب) بند ۱ ماده ۱۸ آیین‌نامه.

تجاری یا صنعتی به‌طور واقعی و مؤثر در یک کشور عضو، عنوان مقیم را به مؤسسه می‌بخشد.<sup>۳۸</sup>

در مورد متقاضیان مشترک نیز حق تسلیم اظهارنامه بین‌المللی زمانی بوجود می‌آید که یکی از آنها طبق ماده ۹ معاهده، ساکن یا مقیم یکی از کشورهای عضو باشد.

### ۳- زبان اظهارنامه و هزینه‌ها<sup>۳۹</sup>

اظهارنامه بین‌المللی را می‌توان به هر زبانی که اداره دریافت‌کننده می‌پذیرد، تنظیم کرد. اگر اظهارنامه به زبانی تنظیم شود که مرجع جستجوی بین‌المللی، اظهارنامه‌های تنظیم‌شده به آن زبان را بررسی نمی‌کند، اظهارنامه و ضمایم آن باید جهت جستجوی بین‌المللی، به یکی از زبان‌های مورد قبول مرجع جستجوی بین‌المللی ترجمه شود.

همچنین اداره دریافت‌کننده ملزم است اظهارنامه‌هایی را بپذیرد که اولاً، به یکی از زبان‌های مورد قبول مرجع جستجوی بین‌المللی باشد. ثانیاً، به یکی از زبان‌های انتشار یعنی زبان‌های چینی، انگلیسی، آلمانی، ژاپنی، روسی یا اسپانیایی تهیه شده باشد.<sup>۴۰</sup>

۳۸. جزء ۱ شق (ب) بند ۱ ماده ۱۸ آیین‌نامه.

۳۹. جدول هزینه‌های معاهده که در وب‌سایت معاهده قابل دسترسی است، اطلاعات لازم در خصوص میزان هزینه‌ها اعم از هزینه‌های بین‌المللی، هزینه انتقال، هزینه جستجو(در مراجع مختلف جستجو) و هزینه‌های بررسی (شامل هزینه اقدام و هزینه بررسی در مراجع مختلف بررسی) در سال ۲۰۰۶ را در اختیار می‌گذارد.

۴۰. قسمت (الف) از بند ۳ ماده ۴۹ معاهده.

همچنین پرداخت هزینه‌های پیش‌بینی شده در معاهده از شرایط الزامی برای پذیرش اظهارنامه‌های بین‌المللی می‌باشد.<sup>۴۱</sup> اگر اداره دریافت‌کننده متوجه شود که هزینه‌های پیش‌بینی شده پرداخت نشده‌اند، اظهارنامه را مسترد شده تلقی و مراتب را به متقاضی اعلام می‌نماید.<sup>۴۲</sup>

براساس مقررات معاهده و آیین‌نامه مربوطه، متقاضی موظف به پرداخت سه نوع هزینه به شرح زیر می‌باشد.

#### هزینه‌های انتقال

اداره دریافت‌کننده می‌تواند مبلغی را بابت هزینه‌های دریافت اظهارنامه و ارسال نسخه‌ای از آن به دفتر بین‌المللی و مرجع صالح برای جستجوی بین‌المللی دریافت نماید. میزان هزینه‌های انتقال - در صورت وجود - باید ثابت باشد.

متقاضی ملزم نیست هزینه‌های انتقال را موقع تنظیم اظهارنامه پرداخت نماید، بلکه برای پرداخت آن یک ماه فرصت دارد، بدون اینکه از بابت استفاده از مدت مذکور مجبور به پرداخت مبلغ اضافه بر مبلغ اصلی باشد.<sup>۴۳</sup>

#### هزینه‌های بین‌المللی

میزان هزینه‌های بین‌المللی، در جدول هزینه‌ها که پیوست آیین‌نامه می‌باشد، مشخص شده است. در این جدول، هزینه تنظیم اظهارنامه ۱۴۰۰ فرانک سوئیس تعیین شده است. البته، در صورتی که تعداد برگ‌های اظهارنامه یا ضمائم آن بیش از ۳۰ برگ باشد، برای هر برگ اضافی ۱۵ فرانک سوئیس اضافه بر مبلغ

۴۱. بند ۴ ماده ۳ معاهده.

۴۲. شق (الف) بند ۳ ماده ۱۴ معاهده.

۴۳. ماده ۱۴ آیین‌نامه.

اصلی اخذ می‌شود. هزینه‌های بین‌المللی توسط اداره دریافت‌کننده وصول می‌شود. متقاضی می‌تواند آنها را با فاصله یک ماه بعد از تنظیم اظهارنامه پرداخت نماید. در صورت استفاده از فرجه مذکور نیز وجه مازادی پرداخت نمی‌شود.<sup>۴۴</sup> لازم به ذکر است که مبالغ مزبور باید به پول یا ارزهایی باشد که مورد قبول اداره دریافت‌کننده است.<sup>۴۵</sup>

### هزینه‌های جستجو

مرجع جستجوی بین‌المللی برای انجام جستجو و دیگر اموری که معاهده یا آیین‌نامه، انجام آنها را در اختیار او قرار داده است، مبلغی را از متقاضی دریافت می‌دارد. هزینه‌های جستجو هم توسط اداره دریافت‌کننده اظهارنامه وصول می‌شود که باید به ارز یا ارزهایی باشد که مورد قبول اداره دریافت‌کننده است. میزان هزینه‌های جستجو بسته به نوع مرجع بین‌المللی بررسی که انتخاب می‌شود، متفاوت است که تقریباً به میزان ۱۸۰ تا ۱۹۰۰ دلار آمریکا می‌باشد.<sup>۴۶</sup>

44-14.1(c), 15.4, 16.1(f).

۴۵. شایسته ذکر است، وفق معاهده و آیین‌نامه مربوطه هزینه‌های بین‌المللی: ۱- در مواردی که اظهارنامه به صورت الکترونیکی (از طریق سیستم نرم‌افزاری آسان معاهده) تنظیم می‌شود (مبنای کاهش مزبور بعداً به‌هنگام بحث از تنظیم اظهارنامه به صورت الکترونیکی مورد بررسی قرار خواهد گرفت). ۲- در مواقعی که متقاضی شخص حقیقی است و در کشوری اقامت یا سکونت دارد که میزان درآمد سرانه ملی آن از ۳۰۰۰ دلار آمریکا کمتر می‌باشد و ۳- در مواقعی که متقاضی (شخص حقیقی یا حقوقی) مقیم یا ساکن یکی از کشورهای باشد که توسط تقسیم‌بندی‌های سازمان بین‌الملل، کشوری با حداقل توسعه-یافتگی تلقی می‌شود، هزینه تنظیم بین‌المللی به میزان هفتاد و پنج درصد کاهش داده می‌شود. لازم به ذکر است که اگر متقاضیان متعدد باشند، همه آنها باید شرایط فوق را دارا باشند. رک. به جدول هزینه‌ها که ضمیمه آیین‌نامه می‌باشد.

46. World Intellectual Property Organization, Protecting Your Inventions Abroad: Asked Questions About the Patent Cooperation Treaty (PCT), p.6.

#### ۴- تنظیم اظهارنامه به صورت الکترونیکی

نظر به تحولاتی که با رواج و رشد سریع اینترنت در حوزه ارائه خدمات اتفاق افتاده است، تنظیم اظهارنامه به صورت سنتی، کاری وقت‌گیر، پرهزینه و غیرملموس به نظر می‌رسد. آیین‌نامه با درک این واقعیت از ابتدای سال ۲۰۰۴، تنظیم اظهارنامه به شکل الکترونیک را نیز امکان‌پذیر ساخته است.<sup>۴۷</sup>

اکنون تنظیم اظهارنامه به صورت الکترونیک در بیش از ۷۰ اداره دریافت‌کننده امکان‌پذیر است. علاوه بر این، متقاضیان می‌توانند با مراجعه به وب‌سایت دفتر بین‌المللی وایپو، اظهارنامه خود را به صورت الکترونیکی تنظیم نمایند.<sup>۴۸</sup> به حکایت آمار، در سال ۲۰۰۴، حدود چهل و هشت درصد از اظهارنامه‌ها از این

در خصوص هزینه‌ها ذکر این نکته لازم است که چنانچه اظهارنامه شرایط مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ معاهده را دارا نباشد، به‌عنوان مثال، فاقد ادعا یا ادعاها، توصیف، نام متقاضی و ... باشد، و یا در صورتی که قبل از ارسال یک نسخه از اظهارنامه به دفتر بین‌المللی، اظهارنامه مسترد شود یا مسترد شده تلقی گردد، و یا به موجب مقتضیات مربوط به امنیت ملی، اظهارنامه به‌عنوان اظهارنامه بین‌المللی تلقی نشود، اداره دریافت‌کننده مکلف به استرداد آنها به متقاضی می‌باشد. رک. بند ۶ ماده ۱۵ آیین‌نامه.

۴۷. هرچند ماده ۸۹ مکرر آیین‌نامه، تسلیم، رسیدگی و ارسال اظهارنامه و سایر اسناد به شکل الکترونیک یا با وسایل الکترونیک را پیش‌بینی کرده است، این به معنای امکان تسلیم موارد فوق به صورت الکترونیک در همه ادارات ملی یا سازمان‌های بین‌الدولی نیست بلکه مراجع فوق تنها زمانی ملزم به دریافت یا رسیدگی به چنین اسنادی می‌باشند که قبلاً به دفتر بین‌المللی اعلام کرده باشند که آمادگی دریافت یا رسیدگی به‌نحو مذکور را دارند (شق (د) بند ۱ ماده فوق).

۴۸. نرم‌افزار تنظیم الکترونیکی اظهارنامه وایپو (PCT-SAFE (Secure Applications Filed Electronically)) که می‌توان آن را از وب‌سایت پی. سی. تی. وایپو دانلود کرد یا به صورت رایگان از سی دی کپی کرد، به متقاضیان این امکان را می‌دهد که بتوانند اظهارنامه خود را به صورت الکترونیکی تنظیم نمایند. زمانی که اطلاعات وارد اظهارنامه می‌شود، نرم‌افزار مزبور، اطلاعات را تأیید می‌کند یا اینکه توجه متقاضی را به قسمت‌های نادرست جلب می‌نماید. همچنین از طریق همین نرم‌افزار متقاضی می‌تواند متن یا نقشه‌هایی با فرمت «PDF» یا «TIFF» و یا «XML» (eXtensible Markup Language) ضمیمه اظهارنامه نماید. رک.

- World Intellectual Organization, Protecting Your Inventions Abroad, *ibid.*, p.7.



طریق تنظیم شده‌اند و در سال ۲۰۰۵، این رقم به شصت و چهار درصد افزایش یافته است.<sup>۴۹</sup>

متقاضی با تنظیم اظهارنامه خود به صورت الکترونیکی، از تخفیف‌های قابل توجهی در هزینه‌های بین‌المللی برخوردار خواهد شد. میزان تقلیل هزینه‌ها، بسته به نوع تنظیم اظهارنامه و فرمت‌های استفاده شده فرق می‌کند. بر این اساس، چنانچه اظهارنامه روی کاغذ همراه با یک نسخه به صورت الکترونیک تسلیم شده باشد، هزینه‌های بین‌المللی (هزینه تنظیم و هزینه اقدام) به میزان ۱۰۰ فرانک سوئیس کاهش خواهد یافت و در صورتی که این عمل با فرمت «TIFF» یا «PDF» به صورت الکترونیک تنظیم شود ولی متون توصیف، ادعاها و خلاصه با فرمت کددار نباشند، به میزان ۲۰۰ فرانک سوئیس کاهش خواهد یافت. اما اگر این عمل با فرمت «XML» به صورت الکترونیک تنظیم شود ولی متون توصیف، ادعاها و خلاصه به فرمت کددار باشند، به میزان ۳۰۰ فرانک سوئیس کاهش خواهد یافت.<sup>۵۰</sup>

### ب - جستجوی بین‌المللی

پس از تسلیم اظهارنامه، مرجع جستجوی بین‌المللی آن را بررسی می‌نماید. بند ۱ ماده ۱۵ معاهده با اعلام این مطلب که «هر اظهارنامه بین‌المللی مشمول جستجو خواهد بود»، به الزام‌آور بودن جستجو اشاره دارد.<sup>۵۱</sup>

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. For a detailed discussion on this issue see: Goddar. Heinz, Overview of International Search and Examination under the PCT, Including Strategy Opinions for Search and Examination Centers. Presented at WIPO National Seminar on the PCT and Innovative and Inventive Activity. Tehran, 22-23 June 2003.

هدف از جستجوی بین‌المللی، کشف سوابق قبلی اختراع ادعایی است.<sup>۵۲</sup> از دید معاهده، سابقه قبلی یعنی هر آنچه که قبل از تاریخ تسلیم اظهارنامه بین‌المللی، در هر جایی از دنیا، از طریق افشای کتبی در دسترس عموم قرار بگیرد و بتواند بر تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا اختراع ادعایی جدید است یا جدید نیست و یا حائز گام ابتکاری می‌باشد یا نه، کمک نماید.<sup>۵۳</sup>

در این خصوص، ذکر دو نکته مهم لازم می‌نماید؛ نکته اول این است که برخلاف نظام‌های ملی و منطقه‌ای، در تعیین سابقه قبلی، افشای شفاهی، استفاده و نمایش مدنظر قرار نمی‌گیرد و صرفاً به بررسی سوابق مکتوب بسنده می‌شود.<sup>۵۴</sup> لازم به ذکر است که مقامات ملی یا منطقه‌ای می‌توانند در تعیین سوابق افشا، سوابق غیرمکتوب (شفاهی، استفاده و نمایش) را هم مدنظر قرار دهند. در این راستا، بند ۵ ماده ۲۷ معاهده مقرر می‌دارد: «هرگونه مقرراتی در این معاهده و آیین‌نامه در ارتباط با تعریف سابقه اختراع ادعایی منحصر به اهداف آیین کار بین‌المللی است و در نتیجه هر کشور متعاهد آزاد است ... ضوابط قانون ملی خود را در مورد سابقه اختراع ادعایی ... اعمال نماید».

نکته دوم این است که در این مرحله، تازگی و گام ابتکاری مورد بررسی قرار نمی‌گیرد، بلکه صرفاً سوابق مکتوبی مورد بررسی قرار می‌گیرند که می‌توانند در تعیین تازگی یا گام ابتکاری مفید باشند.

۵۲. بند ۲ ماده ۱۵ معاهده.

۵۳. شق (الف) از بند ۱ ماده ۳۳ آیین‌نامه.

۵۴. در مواردی که هرگونه افشای کتبی به افشای شفاهی، استفاده یا نمایش یا هر وسیله دیگری ارجاع دهد که از آن طریق محتویات افشای کتبی در اختیار عموم قرار گرفته باشد، در گزارش جستجوی بین‌المللی به این مطلب اشاره خواهد شد (شق (ب) بند ۱ ماده ۳۳ آیین‌نامه).

در جستجوی بین‌المللی نه تنها زمینه‌های فنی که اختراع ادعایی در آن قابل طبقه‌بندی است، بلکه زمینه‌های فنی و صنعتی مشابه نیز مورد جستجو و بررسی قرار می‌گیرند.<sup>۵۵</sup> لازم به ذکر است که زمینه‌های مشابه با توجه به کارکرد اصلی یا موارد استفاده اختراع تعیین می‌شوند، نه کارکردهای خاص که صراحتاً در اظهارنامه به آنها اشاره شده است.<sup>۵۶</sup>

جستجوی بین‌المللی بر اساس ادعاها و با توجه مقتضی به توصیف و نقشه‌ها (در صورت وجود) و با تأکید خاص بر مفهوم نوآوری که ادعاها به آن مربوط می‌شود، انجام می‌گیرد.<sup>۵۷</sup>

جستجوی بین‌المللی توسط مرجع صلاحیت‌دار جستجوی بین‌المللی<sup>۵۸</sup> انجام می‌گیرد. بخش خصوصی اصرار داشت یک مقام جستجوی بین‌المللی واحد، امر جستجو را انجام دهد تا جستجو در مقام واحدی متمرکز شود یا حداقل زیر نظر مقام واحد صورت بگیرد. آنها استدلال می‌کردند که در این صورت، همه مخترعین در وضعیت یکسانی قرار می‌گیرند و به علت استفاده از اشخاص یا گروه‌های مشابه و همچنین روش‌های مشابه، کیفیت بررسی یکسان می‌شود، مضافاً اینکه پذیرش چنین بررسی‌ای برای ادارات اختراع ملی یا منطقه‌ای راحت‌تر است. به منظور جلب رضایت بخش خصوصی، پیشنهاد آنان پذیرفته شد و در بند ۲ ماده ۱۶ عینیت یافت، لکن به لحاظ فقدان نهاد واحد

۵۵. شقوق (الف) و (ب) بند ۲ ماده ۳۳ آیین‌نامه.

۵۶. شق (ج) بند ۲ ماده ۳۳ آیین‌نامه.

۵۷. شق (الف) بند ۳ ماده ۳۳ آیین‌نامه.

۵۸. مراجع جستجو و بررسی مقدماتی بین‌المللی صالح عبارتند از: اداره اختراعات اروپا، امریکا، ژاپن، سوئد، جمهوری کره، استرالیا، چین، کانادا، اتریش، اسپانیا و روسیه. رک.

-World Intellectual Organization, The International Patent System in 2004, Yearly Review of the PCT, pp.10-11.

بین‌المللی، انجام جستجو تا زمان تأسیس یک مرجع واحد بین‌المللی، به دیگر مراجع سپرده شد.<sup>۵۹</sup> به تصریح بند ۱ ماده فوق، مرجع صلاحیت‌دار می‌تواند یک اداره ملی یا یک سازمان بین‌الدولی نظیر مؤسسه بین‌المللی اختراع باشد. مراجع صالح توسط مجمع منصوب می‌شوند. پس از احراز شرایط مقرر<sup>۶۰</sup>، دفتر بین‌المللی با اداره یا سازمان قرارداد منعقد می‌نماید. قرارداد مزبور باید به تأیید مجمع برسد.

سؤال قابل طرح در این خصوص این است که در صورت تعدد مراجع جستجوی بین‌المللی، آیا متقاضی حق انتخاب از بین آنها را دارد یا نه؟ پیشنهاد اولیه این بود که متقاضی حق انتخاب از بین مقامات مختلف را داشته باشد، اما این پیشنهاد به تصویب نرسید<sup>۶۱</sup> و در بند ۲ ماده ۱۶ معاهده، اختیار انتخاب به اداره دریافت‌کننده داده شد. در این راستا، اداره دریافت‌کننده باید به دفتر بین‌المللی اعلام نماید که کدام مقام جستجو از دید آن اداره، صالح می‌باشد.<sup>۶۲</sup> البته اگر اداره دریافت‌کننده چندین مرجع را به‌عنوان مرجع صالح به دفتر بین‌المللی معرفی نماید، می‌تواند اعلام نماید که کدام مراجع یا مرجع برای جستجوی نوع خاصی از اختراعات صالح می‌باشد یا اینکه بدون اختصاص آن به انواع خاصی از اظهارنامه‌های اختراعات، حق انتخاب از بین مقامات را به متقاضی بدهد.<sup>۶۳</sup>

59. Stephan P., Ladas, *Ibid.*, p. 587.

۶۰. در ماده ۳۶ آیین‌نامه به شرایط لازم اشاره شده است.

61. Stephan P., Ladas, *Ibid.*, p. 589.

۶۲. بند ۱ ماده ۳۵ آیین‌نامه.

۶۳. جزء دوم شق (الف) بند ۲ ماده ۳۵ آیین‌نامه.

در ماده ۳۴ آیین‌نامه به حداقل اسنادی اشاره شده است که مقام جستجوی بین‌المللی باید در مقام کشف سابقه اختراع، آنها را در نظر بگیرد. اسناد فوق عبارتند از:

- ۱- اظهارنامه‌های بین‌المللی منتشر شده در چارچوب این معاهده، اظهارنامه‌های منطقه‌ای منتشر شده برای اختراعات و گواهی‌های مخترعین و همچنین اختراعات منطقه‌ای و گواهی‌های مخترعین منطقه‌ای منتشر شده؛<sup>۶۴</sup>
- ۲- ورقه‌های اختراع صادر شده در و بعد از سال ۱۹۲۰ توسط فرانسه، اداره ثبت اختراع آلمان سابق، ژاپن، اتحاد جماهیری شوروی سابق، سوئیس (فقط به زبان‌های فرانسه و آلمانی)، انگلیس و ایالات متحده امریکا؛
- ۳- ورقه‌های اختراع صادر شده توسط جمهوری فدرال آلمان و فدراسیون روسیه؛
- ۴- اظهارنامه‌های اختراع انتشار یافته در و بعد از سال ۱۹۲۰ در کشورهای مندرج در دو بند فوق در صورت وجود؛
- ۵- گواهی‌نامه‌های اختراع صادر شده توسط اتحاد جماهیر شوروی سابق؛
- ۶- گواهی‌نامه‌های ثبت اختراع اشیای مصرفی صادر شده توسط فرانسه و اظهارنامه گواهی‌های اختراع اشیای مصرفی انتشار یافته توسط این دولت؛ و
- ۷- ورقه‌های اختراع و همچنین آن اظهارنامه‌های اختراعی که در هر کشور دیگری پس از سال ۱۹۲۰ صادر شده‌اند و به زبان‌های انگلیسی، فرانسوی، آلمانی یا اسپانیایی هستند و در آن کشورها حق تقدم ادعا نشده است، مشروط بر اینکه اداره ملی کشور ذینفع، این اسناد را مرتب کرده و آنها را در اختیار هر مرجع جستجوی بین‌المللی قرار دهد.<sup>۶۵</sup>

۶۴. قسمت دوم بند (ب) ماده ۳۴ آیین‌نامه.

۶۵. شقوق شش‌گانه بند (ج) ماده ۳۴ آیین‌نامه.

مرجع جستجوی بین‌المللی باید از روند و نتایج جستجوی خود گزارش تهیه نماید. گزارش فوق باید ظرف سه ماه از تاریخ دریافت نسخه جستجو توسط مرجع جستجوی بین‌المللی یا نه ماه از تاریخ حق تقدم، هر کدام که دیرتر منقضی شود، تهیه شود.<sup>۶۶</sup>

شکل و فرم گزارش جستجو در ماده ۴۲ آیین‌نامه پیش‌بینی شده است. در گزارش باید مشخصات مرجع جستجوی بین‌المللی، شماره اظهارنامه بین‌المللی، نام متقاضی، تاریخ جستجو، طبقه‌ای که اختراع بدان تعلق دارد، موضوعاتی که بررسی شده‌اند و ... مورد اشاره قرار گیرد.

مرجع جستجوی بین‌المللی صرفاً به تهیه و جمع‌آوری سوابق مکتوب اقدام می‌نماید، بنابراین باید در تهیه گزارش از هرگونه اظهار عقیده، دلیل‌سازی، استدلال یا توضیح اجتناب نماید. مرجع جستجوی بین‌المللی می‌تواند در موارد زیر اقدام به جستجو یا تهیه گزارش ننماید:

- ۱- عدم رعایت الزامات مقرر درباره توصیف، ادعاها یا نقشه‌ها به‌حدی که جستجوی بین‌المللی معنادار را متعذر سازد.
- ۲- اظهارنامه بین‌المللی به موضوعی مرتبط باشد که به‌موجب آیین‌نامه نیازی به جستجوی مرجع صلاحیت‌دار جستجوی بین‌المللی نداشته باشد.<sup>۶۷</sup>

آیین‌نامه در ماده ۳۹ موارد فوق را به شرح زیر احصا کرده است:

- ۱- نظریه‌های علمی و ریاضی؛
- ۲- گونه‌های مختلف گیاهی یا حیوانی یا فرایندهای اساساً بیولوژیکی برای تولید حیوانات یا گیاهان به غیر از فرایندهای میکروبیولوژیکی و محصولات این نوع فرایندها؛

۶۶. ماده ۴۲ آیین‌نامه.

۶۷. شقوق ۱ و ۲ بند (الف) ماده ۱۷ معاهده.

- ۳- طرح‌ها، قواعد یا روش‌های انجام تجارت، انجام عملیات فکری محض یا بازی‌های مختلف؛
- ۴- روش‌های معالجه بدن انسان یا حیوان از طریق درمان یا جراحی و همچنین روش‌های تشخیص طبی؛
- ۵- ارائه محض اطلاعات؛ و
- ۶- برنامه‌های رایانه‌ای تا حدودی که مرجع جستجوی بین‌المللی، تجهیزات لازم برای جستجوی سابقه قبلی مربوط به این برنامه‌ها را در اختیار نداشته باشد.
- به هر حال، گزارش جستجو در صورت تهیه برای متقاضی و دفتر بین‌المللی ارسال می‌شود. متقاضی پس از دریافت گزارش مرجع جستجوی بین‌المللی، حق دارد برای یک بار و در ظرف مهلت معین اصلاحیه‌هایی را درخصوص ادعاهای مذکور به دفتر بین‌المللی تسلیم نماید. همزمان با این اقدام، مشارالیه می‌تواند یادداشت مختصری را به‌نحو مقرر در آیین‌نامه تسلیم نموده و طی آن اصلاحیه را تشریح و اثراتی که این اصلاحیه‌ها ممکن است بر توصیف و نقشه‌ها داشته باشد را مشخص نماید.<sup>۶۸</sup> اصلاحات افشای اختراع نباید فراتر از حدی باشد که در اظهارنامه بین‌المللی تسلیمی آمده است. البته اگر قانون ملی هر کشور تعیین شده، افشای اختراع در اصلاحیه‌ها را فراتر از آنچه در اظهارنامه بین‌المللی تسلیمی آمده، اجازه دهد، در این صورت بر عدم رعایت شرط فوق هیچ‌گونه اثری در آن کشور مترتب نخواهد بود.<sup>۶۹</sup>

### ج - بررسی مقدماتی

۶۸. بند ۱ ماده ۱۹ معاهده.

۶۹. بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۹ معاهده.

فصل دوم معاهده تحت عنوان «بررسی مقدماتی بین‌المللی»، بخش اختیاری معاهده می‌باشد. بنابراین، کشورهای عضو می‌توانند اعلام نمایند که ملزم به رعایت مفاد این فصل نخواهند بود.<sup>۷۰</sup> حتی این بخش از معاهده برای متقاضی با وجود عدم استثنای آن توسط کشور متبوعش، اختیاری است. هدف بررسی مقدماتی بین‌المللی عبارت است از تدوین یک نظر مقدماتی و غیرالزام‌آور درباره این سؤال که آیا اختراع ادعایی حائز شرایط ماهوی یعنی تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی می‌باشد یا خیر؟<sup>۷۱</sup> بررسی مقدماتی بین‌المللی توسط مرجع صلاحیت‌دار بررسی مقدماتی بین‌المللی صورت می‌گیرد.<sup>۷۲</sup> انتصاب مراجع بررسی مقدماتی بین‌المللی بمانند مراجع جستجوی بین‌المللی است.

هر متقاضی که مقیم یا تبعه کشور متعاهدی باشد که ملزم به فصل دوم معاهده است، می‌تواند تقاضای بررسی مقدماتی بین‌المللی بنماید.<sup>۷۳</sup> متقاضیانی هم که کشور متبوع یا محل اقامت آنها، عضو معاهده نیست یا ملزم به فصل دوم نمی‌باشد، با اجازه مجمع می‌توانند بررسی مقدماتی بین‌المللی را خواستار شوند.<sup>۷۴</sup> تقاضای بررسی مقدماتی بین‌المللی باید جدای از اظهارنامه بین‌المللی انجام بگیرد.<sup>۷۵</sup> در ماده ۵۳ آیین‌نامه به تفصیل درباره فرم تقاضا، محتوای آن و ... بحث شده است. حتی بند ۳ ماده مزبور مقرر می‌دارد که تقاضا ترجیحاً با این عبارات و مضمون باشد: «تقاضا طبق ماده ۳۱ معاهده همکاری در ثبت

۷۰. شق (الف) بند ۱ ماده ۶۴ معاهده.

۷۱. بند ۱ ماده ۳۳ معاهده.

۷۲. بند ۱ ماده ۳۲ معاهده.

۷۳. شق (الف) بند ۲ ماده ۳۱.

۷۴. شق (ب) بند ۲ ماده ۳۱.

۷۵. بند ۳ ماده ۳۱ معاهده.



اختراعات: امضاکننده زیر تقاضا می‌نماید که اظهارنامه بین‌المللی ذیل‌الذکر مشمول بررسی مقدماتی بین‌المللی بر طبق معاهده همکاری در ثبت اختراعات قرار بگیرد».

تقاضا باید به زبانی باشد که اظهارنامه بین‌المللی به آن زبان است و اگر اظهارنامه بین‌المللی به زبانی غیر از زبانی که انتشار یافته، تسلیم شده باشد، تقاضا به زبانی خواهد بود که انتشار بین‌المللی به آن زبان صورت گرفته است.<sup>۷۶</sup> هرگاه زبانی که اظهارنامه بین‌المللی به آن زبان تسلیم شده یا زبانی که اظهارنامه بین‌المللی به آن زبان منتشر شده، مورد قبول مرجع بررسی مقدماتی بین‌المللی نباشد، تقاضا باید به زبانی که هم مورد قبول مرجع بررسی باشد و هم یک زبان انتشار باشد، ترجمه شود.

بررسی مقدماتی بین‌المللی مستلزم پرداخت هزینه اقدام به نفع دفتر بین‌المللی به میزان ۲۰۰ فرانک سوئیس و هزینه بررسی مقدماتی می‌باشد که بسته به مرجع انتخابی فرق می‌کند.<sup>۷۷</sup>

تهیه گزارش بررسی مقدماتی، موارد عدم تهیه گزارش، ارسال آن به متقاضی و دفتر بین‌المللی، محرمانه نگه داشتن پرونده بررسی و اصلاح ادعاها، توصیف و نقشه‌ها شبیه مراحل جستجوی بین‌المللی است. در این زمینه فقط به ذکر این مطلب بسنده می‌شود که گزارش بررسی مقدماتی بین‌المللی حاوی هیچ توضیحی در این خصوص که آیا اختراع ادعایی طبق قانون ملی قابل ثبت است یا نه و یا به نظر می‌رسد که قابل ثبت می‌باشد یا خیر، نخواهد بود.<sup>۷۸</sup>

۷۶. بند ۱ ماده ۵۵ آیین‌نامه.

۷۷. به جدول هزینه‌های معاهده که در وب‌سایت معاهده قابل دسترسی است، نگاه کنید.

۷۸. بند ۲ ماده ۳۵ معاهده.

## د - انتشار اظهارنامه

پس از جستجوی بین‌المللی، نوبت به انتشار اظهارنامه توسط دفتر بین‌المللی می‌رسد. انتشار بین‌المللی بلافاصله پس از خاتمه مدت ۱۸ ماه از تاریخ حق تقدم اظهارنامه صورت می‌گیرد.<sup>۷۹</sup> ولی با این حال، متقاضی می‌تواند از دفتر بین‌المللی بخواهد که اظهارنامه‌اش قبل از انقضای ۱۸ ماه منتشر شود.<sup>۸۰</sup>

در مواردی که کشورهای انتخاب شده در اظهارنامه از کشورهایی باشند که به دفتر بین‌المللی اعلام نموده‌اند که آنها انتشار بین‌المللی را لازم نمی‌دانند، اظهارنامه منتشر نخواهد شد. همین‌طور اگر اظهارنامه قبل از تکمیل مقدمات فنی مربوط به انتشار، مسترد شود یا مسترد شده تلقی گردد، انتشار صورت نخواهد گرفت.<sup>۸۱</sup>

در ماده ۴۸ آیین‌نامه به تفصیل در مورد شکل انتشار، محتویات و زبان انتشار بحث شده است. در زمان انتشار اظهارنامه، گزارش مرجع جستجوی بین‌المللی یا اعلامیه عدم تهیه گزارش که توسط مرجع مزبور تنظیم می‌شود، نیز منتشر می‌شود. انتشار بین‌المللی به شکل دفترچه خواهد بود. خلاصه و چکیده در بالای صفحه منتشر می‌شود. اگر در زمان انتشار بین‌المللی، گزارش جستجو آماده نباشد، می‌توان انتشار دفترچه را تا زمان آماده بودن گزارش به تأخیر انداخت یا اینکه گزارش به صورت جداگانه منتشر شود. اگر اظهارنامه بین‌المللی به یکی از زبان‌های انگلیسی، آلمانی، فرانسوی، ژاپنی یا روسی تنظیم شده باشد، انتشار به همان زبان خواهد بود. در غیر این صورت، اظهارنامه به صورت ترجمه انگلیسی که توسط مقام جستجو آماده می‌شود، منتشر خواهد شد. اگر اظهارنامه

۷۹. بند ۲ ماده ۲۱ معاهده.

۸۰. بند ۴ ماده ۴۸ آیین‌نامه.

۸۱. بند ۵ ماده ۲۱ معاهده.

بین‌المللی حاوی عبارات و یا نقشه‌هایی باشد که به عقیده دفتر بین‌المللی خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی تلقی شود و یا اینکه به عقیده آن دفتر اظهارنامه متضمن عباراتی باشد که بر حسب تعریف آیین‌نامه موهن تلقی می‌گردد، دفتر می‌تواند عبارات، نقشه‌ها و تقریرات مورد نظر را از انتشار خود حذف و محل و تعداد کلمات یا نقشه‌های حذف شده را مشخص نماید و در صورت تقاضا، نسخه‌ای از بخش‌های حذف شده را در اختیار متقاضی قرار دهد.<sup>۸۲</sup>

بعد از انتشار بین‌المللی، اظهارنامه در کشورهای تعیین شده همان اثراتی را دارا خواهد بود که قانون ملی کشور تعیین شده برای انتشار «الزامی» اظهارنامه‌های ملی «بررسی نشده» در داخل مقرر می‌دارد.<sup>۸۳</sup>

اگر زبان مورد استفاده در انتشار بین‌المللی با زبان به‌کار رفته در انتشار به‌موجب قانون ملی کشور تعیین شده متفاوت باشد، قانون ملی کشور مزبور می‌تواند مقرر سازد که اثرات مذکور فقط زمانی قابل اعمال خواهد بود که: ترجمه به زبان اخیرالذکر (ملی) به‌نحو مقرر در قانون ملی منتشر شده باشد؛ ترجمه به زبان اخیرالذکر (ملی) از طریق قرارداد آن در معرض بازدید عموم به‌نحو مقرر در قانون ملی در دسترس عموم قرار گرفته باشد یا متقاضی.

۸۲ بند ۶ ماده ۲۱ معاهده.

۸۳ ماده ۲۹ معاهده. از آنجا که در حقوق ایران بر خلاف اداره اختراعات اروپا و کشورهای مثل انگلیس، قبل از بررسی و صدور گواهی اختراع، هیچ انتشاری صورت نمی‌گیرد، لذا انتشار بین‌المللی اظهارنامه. موجب اثر خاصی نخواهد بود. معاهده با استعمال واژه «الزامی» در واقع خواسته است انتشار دفاعی و غیرالزامی که به درخواست متقاضی صورت می‌گیرد، را خارج نماید. همین‌طور، منظور از به‌کارگیری عبارت «بررسی نشده»، محدود نمودن اثر انتشار بین‌المللی به انتشاری است که صرفاً قبل از بررسی صورت می‌گیرد. رک.

Stephan P. Ladas, *ibid.*, p. 598.

ترجمه‌ای به زبان اخیرالذکر (ملی) را برای استفاده‌کننده غیرمجاز بالفعل یا بالقوه اختراع مورد ادعا در اظهارنامه بین‌المللی ارسال نموده باشد.<sup>۸۴</sup>

در موردی که بنا به تقاضای متقاضی، انتشار بین‌المللی قبل از ۱۸ ماه از تاریخ حق تقدم صورت گرفته باشد، قانون ملی کشور تعیین‌شده می‌تواند مقرر نماید که آثار انتشار بین‌المللی در آن کشور فقط از زمان انقضای ۱۸ ماه از تاریخ حق تقدم قابل اعمال خواهد بود.<sup>۸۵</sup>

همین‌طور قانون ملی کشور تعیین‌شده می‌تواند مقرر نماید که آثار انتشار بین‌المللی در آن کشور فقط از تاریخی قابل اعمال خواهد بود که یک نسخه از اظهارنامه بین‌المللی منتشره توسط اداره ملی آن کشور و یا اداره عمل‌کننده برای آن کشور دریافت شده باشد.<sup>۸۶</sup>

به‌منظور حفظ حقوق متقاضی، قبل از انتشار اظهارنامه باید اطلاعات آن محرمانه نگه داشته شود. در این راستا معاهده، دفتر بین‌المللی و مراجع صلاحیت‌دار جستجوی بین‌المللی را مکلف نموده به هیچ شخص یا مرجعی اجازه ندهند قبل از انتشار بین‌المللی اظهارنامه به آن دسترسی داشته باشند، مگر به تقاضای متقاضی یا اجازه او.<sup>۸۷</sup>

تنها استثنای ممنوعیت فوق، این است که اداره تعیین‌شده می‌تواند اجازه دسترسی به اظهارنامه را به مقامات قضایی بدهد.<sup>۸۸</sup>

۸۴. بندهای ۱، ۲ و ۳ ماده ۲۹ معاهده.

۸۵. بند ۳ ماده ۲۹ معاهده.

۸۶. بند ۴ ماده ۲۹ معاهده.

۸۷. شق (الف) بند ۱ ماده ۳۰ معاهده.

۸۸. شق (ج) بند ۲ ماده ۳۰.

## گفتار دوم: فاز ملی یا منطقه‌ای

فاز ملی یا منطقه‌ای دومین و آخرین مرحله از فرایند ثبت بین‌المللی اختراع می‌باشد. در این مرحله که متعاقب فاز بین‌المللی شروع می‌شود، ادارات ملی یا منطقه‌ای پس از بررسی‌های لازم یا گواهی اختراع صادر می‌نمایند یا اینکه اختراع را غیرقابل حمایت تشخیص داده و از صدور گواهی اختراع اجتناب می‌نمایند.

ادارات ملی یا منطقه‌ای در بررسی اظهارنامه از اختیارات وسیعی برخوردارند، آنها می‌توانند اظهارنامه را از حیث رعایت تشریفات معاهده و آیین‌نامه مورد بررسی قرار دهند. همین‌طور می‌توانند بدون توجه به نتیجه جستجو یا بررسی مقامات بین‌المللی جستجو و مقامات بررسی مقدماتی،<sup>۸۹</sup> در خصوص سوابق اختراع و وجود شرایط ماهوی ثبت اختراع یعنی تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی بررسی مستقلی به‌عمل بیاورند یا به‌لحاظ مخالفت اختراع با اخلاق حسنه یا نظم عمومی، اظهارنامه را مردود اعلام نموده و از صدور گواهی اختراع خودداری نمایند.

با وجود اختیارات وسیع ادارات ملی یا منطقه‌ای در خصوص اظهارنامه‌های بین‌المللی، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی هم برای این ادارات مقرر شده است، زیرا مقررات ملی یا منطقه‌ای نمی‌تواند در خصوص شکل یا محتوای اظهارنامه‌های بین‌المللی الزاماتی فراتر از آنچه که در معاهده و آیین‌نامه پیش-

۸۹ هر چند ادارات ملی یا منطقه‌ای ملزم به تبعیت از نتایج گزارش جستجوی بین‌المللی و بررسی بین‌المللی نمی‌باشند، ولی بدون شک، ارسال چنین گزارش‌هایی به ادارت مذکور موجب می‌شود فرایند بررسی ملی یا منطقه‌ای سرعت بیشتری به خود بگیرد یا اینکه با وجود گزارش، دیگر نیازی به بررسی مجدد احساس نشود.

بینی شده است مقرر نماید.<sup>۹۰</sup> همین‌طور، ادارات مذکور تنها زمانی می‌توانند اظهارنامه را به دلیل عدم رعایت تشریفات مقرر در معاهده و آیین‌نامه رد نمایند که به متقاضی جهت تصحیح نقایص فرصتی در حد و مطابق آیین کاری که در مقررات ملی یا منطقه‌ای برای اظهارنامه‌های ملی یا منطقه‌ای در موارد مشابه یا قابل مقایسه مقرر است اعطا نموده باشند.<sup>۹۱</sup> همچنین ادارات مذکور باید به متقاضی فرصت مناسبی جهت اصلاح ادعاها، توصیف و نقشه‌ها بدهند.<sup>۹۲</sup>

فاز ملی یا منطقه‌ای زمانی شروع می‌شود که متقاضی اقدامات لازم جهت ورود به فاز ملی را در ظرف زمانی مشخصی انجام داده باشد. در زیر «ظرف زمانی مشخص» و «اقدامات لازم» جهت ورود به فاز ملی مورد بررسی قرار می‌گیرد. قبل از ورود به بحث اصلی، ابتدا تذکر چند نکته لازم است؛ نکته اول اینکه ادارات تعیین‌شده یا منتخب نمی‌توانند قبل از انقضای مهلت‌های تعیین‌شده، اظهارنامه را به جریان بیندازند مگر در صورت تقاضای صریح متقاضی.<sup>۹۳</sup> دوم اینکه ادارات تعیین‌شده یا منتخب می‌توانند جهت ورود به فاز ملی، مهلتی بیش از آنچه که در معاهده آمده است، مقرر نمایند. سوم اینکه متقاضی باید

۹۰. بند ۱ ماده ۲۷ معاهده.

۹۱. ماده ۲۶ معاهده به این خاطر از عبارت «در موارد مشابه یا قابل مقایسه» استفاده کرده است که نمی‌توان نقایص اظهارنامه‌هایی که طبق معاهده و آیین‌نامه تنظیم می‌شوند را عین نقایص اظهارنامه‌هایی دانست که مطابق مقررات ملی یا منطقه‌ای تنظیم می‌شوند. رک.

- Stephan P., Ladas, *ibid.*, p. 606.

۹۲. بند ۱ ماده ۲۸ معاهده.

۹۳. چنین ممنوعیتی به خاطر حمایت از حقوق متقاضی مقرر شده است. با این توضیح که متقاضی می‌تواند در این مدت خود را برای فاز ملی یا منطقه‌ای آماده نماید، مثلاً هزینه‌های ملی را پرداخت کند و اظهارنامه را به زبان‌های محلی ترجمه نماید. پرواضح است که به جریان انداختن اظهارنامه قبل از مهلت مذکور، چنین فرصت‌هایی را از او می‌گیرد.

اقدامات پیش‌بینی شده جهت ورود به فاز ملی را در زمان‌های تعیین شده انجام دهد، هرچند که بنا به دلایلی، گزارش مرجع جستجو یا مرجع بررسی بین‌المللی آماده نبوده یا در دسترس او قرار نگرفته باشد.<sup>۹۴</sup> و نکته چهارم اینکه اعلامیه یا اختطاریه‌ای جهت شروع فاز ملی به متقاضی ارسال نمی‌گردد، بلکه او خودش باید قبل از اتمام مدت‌های تعیین شده، فاز ملی را آغاز نماید.<sup>۹۵</sup> به عبارت دیگر، ادارت ثبت کشورهای متعاقد برای مطلع کردن متقاضی، هیچ تکلیفی ندارند.

#### الف- ظرف زمانی لازم جهت ورود به فاز ملی

زمان لازم جهت ورود به فاز ملی نزد ادارات تعیین شده<sup>۹۶</sup> و منتخب فرق می‌کند، لذا در دو فرض به پاسخ مسئله فوق می‌پردازیم:

**ظرف زمانی لازم جهت ورود به فاز ملی نزد «ادارات تعیین شده»:**  
متقاضی باید در مدت ۳۰ ماه از تاریخ تسلیم اظهارنامه یا حق تقدم، اقدامات لازم برای شروع فاز ملی را انجام دهد. این مدت قبلاً ۲۰ ماه بود و در اصلاحات بعدی به ۳۰ ماه تغییر پیدا کرد. بعضی از کشورها به علت ناسازگاری اصلاحیه با مقررات ملی، مدت ۳۰ ماه جدید را نپذیرفته‌اند و همچنان مدت قبلی یعنی ۲۰ ماه را اعمال می‌کنند.<sup>۹۷</sup>

94. World Intellectual Property Organization, PCT Applicants Guide, Vol. II, 2004, p.3.

ایراد شروع فاز ملی قبل از آماده شدن گزارش مرجع جستجو یا مرجع بررسی بین‌المللی این است که امکان ارزیابی در خصوص احتمال ثبت یا عدم ثبت اختراع که صرفاً با ملاحظه گزارش مقامات مذکور امکان‌پذیر می‌شود، را از متقاضی می‌گیرد. نتیجه اینکه متقاضی بدون اینکه بتواند پیش‌بینی دقیقی از آینده اقدامات خود داشته باشد، تلاش‌ها و هزینه‌هایی را متحمل می‌شود که چه بسا با ملاحظه گزارش مراجع مزبور، آنها را متحمل نمی‌شد.

95. *Ibid.*, p. 3.

۹۶. اگر متقاضی خواهان بررسی مقدماتی بین‌المللی در خصوص اظهارنامه خود نباشد، ادارات ملی یا منطقه‌ای که از طرف او انتخاب شده‌اند، ادارات تعیین شده نامیده می‌شوند (بند ۱۳ ماده ۲ معاهده).

97. *Ibid.*, p. 4.

ظرف زمانی لازم جهت ورود به فاز ملی نزد «ادارات منتخب»<sup>۹۸</sup>:  
 متقاضی جهت شروع فاز ملی نزد ادارات منتخب از مهلت ۳۰ ماهه برخوردار  
 است، البته به شرطی که انتخاب کشورهای متعاقد قبل از انقضای ۱۹ ماه از  
 تاریخ حق تقدم صورت گرفته باشد. در غیر این صورت متقاضی، از همان  
 مهلتی برخوردار خواهد بود که جهت شروع فاز ملی نزد ادارات تعیین شده باید  
 رعایت نماید.<sup>۹۹</sup>

### ب- اقدامات لازم جهت ورود به فاز ملی

متقاضی باید با رعایت مهلت‌های پیش‌بینی شده، اقدامات متعددی را جهت  
 ورود به فاز ملی انجام دهد. ضمانت‌اجرای ترک این اقدامات این است که  
 اظهارنامه در کشورهای متعاهدی که اقدامات مدنظر آنها انجام نشده است، هیچ  
 اثری نخواهد داشت.

نخست اینکه ایشان باید در صورت وجود، هزینه‌ها را با ارزی که ادارات  
 ملی تعیین می‌کنند، پرداخت نمایند.<sup>۱۰۰</sup> همچنین اگر زبانی که برای تنظیم  
 اظهارنامه یا انتشار آن به کار رفته است، زبانی نباشد که مورد قبول ادارات ملی  
 است، در این صورت متقاضی باید اظهارنامه را به زبان محلی مورد قبول اداره

۹۸. اگر متقاضی خواهان بررسی مقدماتی بین‌المللی در خصوص اظهارنامه خود باشد، ادارات ملی یا  
 منطقه‌ای که از طرف او انتخاب شده‌اند، ادارات منتخب نامیده می‌شوند (بند ۱۴ ماده ۲ معاهده).

۹۹. *Ibid.*, p.4.

همچنین شق (الف) از بند ۱ ماده ۳۹ معاهده.

۱۰۰. میزان هزینه‌های ملی، روش پرداخت، موارد معافیت، تخفیف و استرداد چنین هزینه‌هایی در  
 ادارات مختلف در فصل ملی جلد دوم اصول راهنمای متقاضی در وب‌سایت معاهده قابل دسترسی  
 است.



ملی ترجمه نماید. لازم نیست کل اظهارنامه ترجمه شود لکن متقاضی باید توصیف، ادعاها و متون نقشه‌ها را ترجمه نماید. به هر حال ادارات ملی تعیین می‌کنند که چه مدارکی از اظهارنامه باید ترجمه شود.<sup>۱۰۱</sup> علاوه بر این، اگرچه در حالت عادی، متقاضی الزامی به ارسال نسخه‌ای از اظهارنامه به ادارات ملی ندارد - چونکه دفتر بین‌المللی یک نسخه از اظهارنامه را به همراه گزارش مرجع جستجوی بین‌المللی به ادارات مزبور ارسال می‌دارد (ماده ۲۰ معاهده-)، اما گاهی ممکن است در زمان شروع فاز ملی، اظهارنامه توسط ادارات ملی واصل نشده باشد.<sup>۱۰۲</sup> در چنین مواردی باید نسخه‌ای از اظهارنامه به ادارات ملی تسلیم شود.

ضمناً اگر متقاضی بخواهد اظهارنامه او در ادارات تعیین‌شده نه برای صدور گواهی اختراع بلکه برای نوع خاصی از حمایت مثل گواهی مدل‌های مفید یا گواهی‌نامه تکمیل اختراع که در آن اداره امکان‌پذیر است، به گردش بيفتد یا اگر به دنبال بیش از یک نوع حمایت باشد، باید در مهلت‌های تعیین‌شده آنها را مشخص نماید.<sup>۱۰۳</sup> و سرانجام هرگاه قانون ملی کشور تعیین‌شده، ذکر نام و سایر مشخصات مخترع را در تاریخی مؤخر بر تاریخ تسلیم اظهارنامه اجازه دهد، متقاضی باید ظرف مهلت مشخص شده برای تعقیب فاز ملی، چنین مشخصاتی را به اداره ملی ارائه نماید.<sup>۱۰۴</sup>

101. Ian Muir, Matthias Brandi-Dohrn, and Stephan Gruber, *ibid.*, pp.10-11. and World Intellectual Property Organization, PCT Applicants Guide, Vol. II, 2004, p.6.

۱۰۲. ممکن است دلیل آن، تمایل متقاضی به شروع فاز ملی قبل از انقضای مهلت‌های تعیین‌شده یا آماده نشدن گزارش مرجع جستجو باشد.

۱۰۳. مواد ۴۳ و ۴۴ معاهده، در صورت تجویز قانون ملی، انتخاب نوع خاصی از حمایت یا دو نوع حمایت را پیش‌بینی کرده‌اند.

104. *Ibid.*, p. 9, and Article 22 (1) of Treaty

### مبحث سوم - مزایا و فواید الحاق به معاهده

نظام ثبت بین‌المللی اختراع به شرح منعکس در معاهده اگرچه از دولت‌های عضو یکسان‌سازی مقررات ماهوی حمایت از اختراعات را درخواست نمی‌نماید<sup>۱۰۵</sup>، با پیش‌بینی مقررات شکلی و ارائه سازوکارهای مناسب بستری مناسب را برای ثبت همزمان اختراعات در کشورهای متعدد فراهم می‌نماید. این نظام علاوه بر مزیت‌های فراوان برای متقاضیان، اداره مالکیت‌های صنعتی و بخش صنعت را هم منتفع می‌سازد. در زیر این مزایا به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### گفتار اول: مزایای ثبت بین‌المللی برای متقاضیان

نظام ثبت بین‌المللی اختراع تلاش، هزینه و زمان متقاضیان جویای ثبت اختراع در کشورهای متعدد را به‌میزان قابل توجهی کاهش می‌دهد؛ زیرا اولاً، متقاضی تنها یک اظهارنامه با یک زبان در یک اداره و با رعایت تشریفات واحد تنظیم می‌نماید که همان آثار اظهارنامه‌های ملی و منطقه‌ای را دارد. ثانیاً، متقاضی به‌جای اینکه در همه کشورهای تعیین‌شده، هزینه‌های تنظیم اظهارنامه‌ها را با ارزهای مختلف پردازد، تنها یک هزینه در یک اداره آن هم تنها با یک نوع ارز می‌پردازد. ثالثاً، گزارش مرجع جستجوی بین‌المللی در زمینه سابقه اختراع و گزارش مرجع بررسی مقدماتی بین‌المللی درخصوص شرایط ماهوی اختراع،

۱۰۵. لازم به ذکر است که سازمان جهانی مالکیت فکری از سال ۲۰۰۰ کمیته‌ای را مأمور تهیه پیش‌نویس سندی بین‌المللی با هدف همسان‌سازی مقررات ماهوی حمایت از اختراعات نموده است. برای ملاحظه شرح فعالیت‌های این مرجع به اسناد ذخیره شده در بخش «فعالیت‌ها»ی (Activities) این سازمان در سایت اینترنتی وایبو مراجعه شود.

این امکان را به متقاضی می‌دهد که در زمینه احتمال صدور یا عدم صدور گواهی اختراع به‌طور معقول تصمیم‌گیری نماید. رابعاً، امکان اصلاح اظهارنامه در مراحل جستجوی بین‌المللی و بررسی مقدماتی بین‌المللی، فرصتی را برای متقاضی ایجاد می‌نماید تا با رفع نواقص اظهارنامه خود، اظهارنامه بدون عیب و نقصی را به ادارات ملی یا منطقه‌ای تقدیم نماید. علاوه بر این، متقاضی برای تعقیب فاز ملی یا منطقه‌ای، ۳۰ ماه فرصت دارد؛ در این مدت، او می‌تواند در خصوص انتخاب کشورهای خارجی، تهیه ترجمه‌های لازم و پرداخت هزینه‌های ملی تصمیم‌گیری نماید.<sup>۱۰۶</sup> همچنین، انتشار بین‌المللی اظهارنامه موجب می‌شود جهانیان از وجود اختراع ایشان خبردار شده و لذا فرصت مناسبی برای تبلیغ اختراع و جستجوی طرف‌های معامله برای ایشان فراهم شود.<sup>۱۰۷</sup> و سرانجام اینکه، ثبت اختراع به‌صورت الکترونیکی که با مقتضیات تجارت اینترنتی و الکترونیک همخوانی دارد و از طرفی هزینه‌های ثبت را به میزان قابل توجهی کاهش می‌دهد، برای متقاضی امکان‌پذیر می‌باشد.

### گفتار دوم: مزایای ثبت بین‌المللی برای اداره مالکیت صنعتی

همان‌طور که می‌دانیم، سیستم معمول در اداره مالکیت‌های صنعتی کشورمان اعلامی است. از آنجا که در این سیستم، قبل از صدور گواهی اختراع بررسی دقیقی در خصوص سوابق اختراع و همچنین تعیین شرایط ماهوی

۱۰۶. لازم به ذکر است که این مدت در کنوانسیون پاریس، ۱۲ ماه است، بنابراین با ثبت بین‌المللی متقاضی فرصت بیشتری پیدا می‌کند.

107. World Intellectual Organization, PCT Applicants Guide, Vol. I, pp. 5-6 and World Intellectual Organization, Protecting Your Inventions Abroad: Asked Questions about the Patent Cooperation Treaty (PCT), pp. 14-15.

به عمل نمی‌آید و تنها به اظهارات مخترع بسنده می‌شود، در نتیجه گواهی‌های اختراع بی‌شماری صادر می‌گردد که در واقع حائز شرایط لازم نیستند. این امر به بروز اختلافات فراوان فی‌مابین صاحبان ورقه‌های اختراع منجر خواهد شد که علاوه بر درگیر ساختن دادگاهها و بی‌اعتباری گواهی‌های صادره، نظم تجاری و فعالیت‌های اقتصادی را مختل خواهد ساخت.

به نظر می‌رسد با الحاق به معاهده می‌توان تاحدی از ضعف‌های سیستم اعلامی که یکی از بزرگ‌ترین معایب نظام اختراعات ایران است، کاست. زیرا اولاً، می‌توان جستجویی شبیه جستجوی بین‌المللی که در جهت کشف سوابق اختراع صورت می‌گیرد را در مورد اظهارنامه‌های داخلی نیز پیش‌بینی و حتی الزامی نمود. مؤید مطلب فوق، شق‌های (الف) و (ب) بند ۵ ماده ۱۵ معاهده می‌باشد. به موجب این مقرر «در صورت تجویز قانون ملی کشور متعاهد، هر متقاضی که اظهارنامه ملی را به اداره ملی آن کشور یا اداره عمل‌کننده برای آن کشور تسلیم می‌نماید، می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در قوانین ملی مزبور درخواست نماید که جستجویی شبیه جستجوی بین‌المللی در مورد چنین اظهارنامه‌ای معمول گردد». شق (ب) فراتر رفته و از امکان اجباری نمودن جستجوی بین‌المللی در مورد اظهارنامه‌های ملی سخن می‌گوید. در این شق می‌خوانیم: «در صورت تجویز قانون ملی کشور متعاهد، اداره ملی آن کشور یا اداره عمل‌کننده برای آن کشور می‌تواند هر اظهارنامه ملی تسلیم شده را مشمول جستجو از نوع بین‌المللی قرار دهد». بنابراین با اختیاری اعلام کردن استفاده از جستجویی شبیه جستجوی بین‌المللی، می‌توان برای متقاضیان این امکان را فراهم نمود که بتوانند در جهت تحصیل گواهی اختراع معتبر، استفاده از جستجویی شبیه جستجوی بین‌المللی را درخواست نمایند. با الزامی نمودن

جستجویی شبیه جستجوی بین‌المللی در مورد اظهارنامه‌های ملی، نیز می‌توان از ثبت اختراعات غیرواقعی در اداره مالکیت‌های صنعتی کشورمان جلوگیری نمود. در هر حال، اختیاری یا الزامی کردن جستجو مستلزم تجویز قانون می‌باشد.

ثانیاً، اگرچه به علت عدم پیش‌بینی بررسی شبیه بررسی مقدماتی بین‌المللی برای اظهارنامه‌های ملی در معاهده<sup>۱۰۸</sup>، مراجع صالح برای بررسی مقدماتی بین‌المللی، تکلیفی در پذیرش اظهارنامه‌های ملی ندارند، از آنجا که آنها تبرعی کار نمی‌کنند و هزینه‌های کار خود را دریافت می‌کنند، لذا ممکن است مخالفتی از خود نشان ندهند و اظهارنامه‌های ملی را نیز بپذیرند. به هر حال، به نظر می‌رسد کشورهای دارای سیستم اعلامی نظیر ایران که فاقد امکانات لازم برای بررسی مقدماتی در خصوص شرایط ماهوی اختراعات می‌باشند، بتوانند با پیش‌بینی بررسی شبیه بررسی مقدماتی بین‌المللی حتی الزامی کردن آن، ضعف سیستم اعلامی را تا حد زیادی مرتفع نمایند. ولی به علت هزینه‌بر بودن چنین بررسی‌ای برای متقاضیان، تاوان فقدان امکانات ثبتی اداره مالکیت‌های صنعتی را متقاضیان خواهند پرداخت.

ثالثاً، گزارش مرجع جستجوی بین‌المللی و همچنین مرجع بررسی مقدماتی بین‌المللی که به صورت مکتوب تنظیم شده و به همراه اظهارنامه به ادارات ملی یا منطقه‌ای ارسال می‌گردد، می‌تواند تا حد قابل ملاحظه‌ای کار اداره مالکیت‌های صنعتی کشورمان را تسهیل نماید، به طوری که اداره مالکیت‌های صنعتی به گزارش مراجع مذکور بسنده نموده و خود بررسی مستقلی به عمل نیاورد.

۱۰۸. بهتر بود معاهده امکان استفاده از بررسی‌ای شبیه بررسی مقدماتی بین‌المللی را برای اظهارنامه‌های ملی پیش‌بینی می‌کرد تا متقاضیان در جهت اعتبار بخشیدن به گواهی‌های اختراع خود، بتوانند از بررسی‌های یک مرجع بین‌المللی متخصص بهره‌مند شوند.

بنابراین از این طریق، در وقت و هزینه‌های اداره مالکیت‌های صنعتی می‌توان صرفه‌جویی نمود.

و نهایتاً اینکه، با الحاق به معاهده، اداره مالکیت‌های صنعتی کشورمان می‌تواند از کمک‌های کمیته فنی در جهت سازمان دادن و توسعه نظام ثبت اختراع و همچنین آموزش پرسنل خود استفاده نماید.<sup>۱۰۹</sup>

### گفتار سوم: مزایای ثبت بین‌المللی برای بخش صنعت

همان‌طور که در مقدمه معاهده آمده است، معاهده درصدد تأمین اهداف مهمی نظیر «خدمت به پیشرفت علم و فناوری؛ تسهیل و تسریع در دسترسی عموم به اطلاعات فنی موجود در اسنادی که اختراعات جدید را توصیف می‌نماید؛ ترویج و توسعه اقتصادی در کشورهای درحال توسعه از طریق اتخاذ تدابیری در سطح ملی و منطقه‌ای با هدف افزایش کارایی نظام‌های حقوقی آنان در زمینه حمایت از اختراعات از طریق ارائه اطلاعات سهل‌الوصول درباره دسترسی به راه‌حل‌های تکنولوژیکی قابل اعمال نسبت به نیازهای خاص آنان و تسهیل دسترسی به حجم فزاینده فناوری‌های نوین»، می‌باشد.

به‌طور حتم مطالب مزبور بیش از اینکه رنگ واقعیت داشته باشند، حالت آرمانی و شعاری دارند که معمولاً در ابتدای تمام اسناد بین‌المللی آورده می‌شوند، ولی سازوکار انتشار بین‌المللی اختراع و ارائه خدمات اطلاع‌رسانی توسط دفتر بین‌المللی، می‌تواند زمینه پیشرفت در صنعت را هموار نماید. در زیر به برخی از اثرات مفیدی که الحاق به معاهده می‌تواند برای بخش صنعت به دنبال داشته باشد، اشاره می‌شود:

۱۰۹. ماده ۵۱ معاهده.

- ۱- آن قسمت از بخش‌های صنعت که به دنبال تحصیل فناوری‌های جدید از طریق قراردادهای انتقال فناوری هستند، با بهره‌گیری از خدمات اطلاع‌رسانی، بهتر می‌توانند فناوری و طرف‌های معامله خود را انتخاب نمایند.
- ۲- به علت قرار گرفتن نوآوری‌های داخلی در دسترس جهانیان، بخش صنعت فرصت بهتری جهت عرضه یافته‌های جدید تکنولوژیکی خود پیدا می‌کند.
- ۳- اطلاع از نوآوری‌ها موجب می‌شود بخش صنعت کشورمان از درگیر شدن به موضوعاتی که قبلاً برای آنها راه‌حل تعیین شده است، رها شده و به سمت موضوعات جدید روی بیاورد.

## نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر ضمن ارائه تصویری اجمالی از فرایند ثبت بین‌المللی اختراع در چارچوب معاهده همکاری بین‌المللی در ثبت اختراع، کوشیده است اصول کلی حاکم بر معاهده را شناسایی و آنگاه پیامدها و نتایج مثبت الحاق به آن را در ابعاد مختلف منعکس نماید.

به‌هنگام بحث از اصول حاکم بر معاهده، ملاحظه شد که دو مرحله‌ای بودن فرایند ثبت بین‌المللی، تفکیک مسائل ماهوی از مسائل شکلی و واگذاری مسائل ماهوی به کشورهای متعاقد، توجه به حقوق و آزادی‌های متقاضی در فرایند ثبت اختراع، مدنظر قراردادن ملاحظات حاکمیتی کشورهای متعاقد، ارائه خدمات اطلاع‌رسانی به‌منظور پیشبرد علم و فناوری و عرضه کمک‌های فنی به کشورهای در حال توسعه با هدف توسعه نظام‌های ثبت اختراعات این کشورها، از مهم‌ترین مشخصه‌های این معاهده می‌باشد.

همچنین به‌هنگام بحث از فرایند ثبت بین‌المللی ملاحظه شد که ثبت اختراع از طریق نظام معاهده در مقایسه با روش سنتی، دشواری و هزینه کمتری دارد. در این روش، متقاضی به‌جای مراجعه به تک تک ادارات ملی ثبت اختراع و تنظیم اظهارنامه‌های مختلف به زبان‌های مختلف محلی، با مراجعه به یک اداره ثبت که معمولاً اداره کشور متبوع خودش است و با تسلیم اظهارنامه واحد با زبان واحد که در همه ادارات ملی و منطقه‌ای، همان آثار اظهارنامه‌های ملی و منطقه‌ای را دارد، فرایند ثبت اختراع را شروع می‌نماید.

در روش سنتی، پس از به جریان افتادن اظهارنامه، همه ادارات ثبت اختراع ملی و منطقه‌ای، اظهارنامه را از حیث کشف سوابق اختراع و همچنین احراز شرایط ماهوی مورد بررسی قرار می‌دهند، ولی معاهده بدون اینکه چنین حقی را از ادارات ثبت سلب نماید، با پیش‌بینی مراجع تخصصی جهت انجام امور فوق خواسته است تلاش و هزینه ادارات ثبت را به حداقل یا حتی به صفر برساند.



پیش‌بینی مراجع تخصصی به‌منظور کشف سوابق اختراع و همچنین احراز شرایط ماهوی، به‌ویژه فواید زیر را دارد: نخست، متقاضی با ملاحظه گزارش مراجع مزبور می‌تواند در خصوص آینده اظهارنامه خود (توفیق یا عدم توفیق در تحصیل گواهی اختراع) ارزیابی دقیقی داشته باشد. بنابراین اگر احتمال تحصیل گواهی اختراع را خیلی کم تشخیص دهد، می‌تواند فاز ملی را شروع ننموده و در نتیجه از تحمل هزینه‌های مختلف ملی یا منطقه‌ای اجتناب نماید. دیگر اینکه، به‌لحاظ تخصصی بودن مراجع مزبور، بررسی‌های صورت‌گرفته به‌طور حتم در مقایسه با بررسی‌های ادارات مختلف ثبت اختراع، به‌ویژه اداراتی که فاقد سیستم پیش‌آزمایی هستند، از کیفیت بسیار بالایی برخوردار خواهند بود. بنابراین، ادارات ثبت اختراعی که دارای سیستم اعلامی هستند، می‌توانند بدون اینکه بررسی مجددی به‌عمل بیاورند، به نتایج بررسی‌های مراجع مزبور بسنده نمایند. در این تحقیق، همچنین فرصت‌ها و مزایای الحاق به معاهده از نقطه‌نظر متقاضیان، اداره مالکیت صنعتی و بخش صنعت شناسایی گردید. بر این اساس، متقاضیان ثبت اختراع از کاهش هزینه‌ها و تلاش به‌میزان قابل توجه، دسترسی به ثبت الکترونیک اختراع و همسویی با رویکردهای جدید در زمینه تجارت الکترونیکی و اینترنتی بهره‌مند می‌شوند. همچنین اداره مالکیت صنعتی کشورمان نیز فرصت خواهد یافت تا ضعف‌های سیستم اعلامی مورد اعمال را جبران و نظام ثبت اختراع کشور را توسعه و بهبود بخشد. علاوه بر این، به‌کارگیری این شیوه ثبت موجب فعال شدن بخش صنعت در عرضه یافته‌های جدید خود به دنیا و همچنین انتخاب به‌موقع فناوری‌های مناسب خواهد شد.

نظر به فواید و مزایای مزبور ضرورت دارد مراجع تصمیم‌گیر دولتی اهمیت موضوع را در سیاستگذاری‌های کلان دولتی مورد توجه قرار داده و الحاق به معاهده را با جدیت بیشتری پیگیری نمایند.

## فهرست منابع

در تهیه این مقاله عمدتاً منابع انگلیسی به‌کار آمده‌اند که مشخصات کامل آنها در زیر ذکر می‌شوند:

## الف - کتب و مقالات انگلیسی

- 1- Goddar, Heinz, Overview of International Search and Examination under the PCT, Including Strategy Opinions for Search and Examination Centers, Presented at WIPO National Seminar on the PCT and Innovative and Inventive Activity, Tehran, 22-23 June 2003.
- 2- Ian Muir, Matthias Brandi-Dohrn and Stephan Gruber, European Patent Law, Law and Procedure under the EPC and PCT, 2nd ed., Oxford University Press, 2002.
- 3- Legal Research Service for the Boards of Appeal Department, Case Law of the Boards of Appeal European Patent Office, 4<sup>th</sup> ed., 2001. Available at: the European Patent Office Website.
- 4- Stephan P. Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights, National and International Protection, Vol. I, Harvard University Press, 1975.
- 5- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, WIPO Publication No. 489 (E), 2004, 2<sup>nd</sup> ed. Available at: WIPO's Website.
- 6- World Intellectual Property Organization, Protecting Your Inventions Abroad: Asked Questions about the Patent Cooperation Treaty (PCT). Available at: WIPO's Website.
- 7- World Intellectual Property Organization, The International Patent System in 2004, Yearly Review of the PCT. Available at: WIPO's Website.
- 8- World Intellectual Property Organization, Regulations under the Patent Cooperation Treaty, 2004. Available at: WIPO's Website.
- 9- World Intellectual Property Organization, PCT International Search and Preliminary Examination Guidelines, 2004. Available at: WIPO's Website.

- 10- World Intellectual Property Organization, PCT Receiving Office Guidelines, 2004. Available at: WIPO's Website.
- 11- World Intellectual Property Organization, PCT Applicants Guide, Vol. I, 2005.
- 12- World Intellectual Property Organization, PCT Applicants Guide, Vol. II, 2004.
- 13- World Intellectual Property Organization, PCT Newsletter, Feb. 2006.
- 14- World Intellectual Property Organization, PCT Newsletter, Mar. 2006.

#### ب - منابع فارسی

- ۱- جعفرزاده، دکتر میر قاسم و محمودی، اصغر، شرایط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، سال ۱۳۸۴.
- ۲- محمودی، اصغر، اختراعات قابل حمایت (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.



# محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین

دکتر حمید رضا نیکبخت\*

## چکیده

موارد زیادی در سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین کشورهای مختلف وجود دارد که اعمال قانون کشورهای دیگر (خارجی) را برای دادگاههای خود جایز می‌شمارند. در عین حال در همین سیستم‌های حقوقی قواعدی وجود دارد که در شرایطی مانع اعمال قوانین خاص تجویز شده می‌گردند. موضوع ممانعت که مورد نظر قواعد می‌باشد، اساساً نظم عمومی و قواعد آمره قانونی می‌باشند. به این صورت که چنانچه قواعد قانون خارجی که اعمال آن مجاز شمرده شده، مغایر با نظم عمومی یا مغایر با قواعد آمره قانونی مقرر دادگاه باشد، دادگاههای این کشور آن قانون را اعمال نخواهند نمود. بنابراین، به‌رغم پذیرش قانون خارجی در داخل نظام حقوقی - قضایی یک کشور باید توجه داشت که این پذیرش مطلق و بدون محدودیت نیست.

**واژگان کلیدی:** حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، قواعد تعارض، آزادی و استقلال اراده، نظم عمومی، قواعد آمره، محدودیت‌های آزادی اراده، محدودیت‌های اعمال قانون خارجی.

---

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## مقدمه

وقتی که به‌موجب قواعد حل تعارض یک کشور، اعمال قانون کشور دیگر (خارجی) مجاز یا الزامی می‌گردد، قواعد قانون خارجی ممکن است به دلایل متعدد در دادگاه‌های آن کشور پذیرفته نشوند؛ مثلاً ممکن است آنها خلاف اصول اخلاقی یا فرهنگی - اجتماعی یا کلاً مغایر اصول بشری مقرر دادگاه باشند، مانند قوانینی که برای نژاد یا گروه خاصی از افراد جامعه تبعیض ناروا قائل هستند مثل اینکه قانونی افرادی از جامعه را که از نژاد معین یا مذهبی خاص هستند از بعضی از حقوق و مزایای قانونی نظیر بعضی از عقود و قراردادهای منع نماید یا استفاده‌های غیراخلاقی و غیربشری از انسان را مجاز شمارد؛ یا ممکن است قانون خارجی مغایر منافع ملی یا منافع دولت مقرر دادگاه باشد، مانند قوانینی که تحریم صادرات یا واردات را برای کشور مقرر دادگاه برقرار می‌کنند یا قوانینی که نظم و کنترل اقتصاد ملی را بر هم می‌زنند یا به میراث ملی خلل وارد می‌آورند؛ یا قانون خارجی ممکن است ناقض حاکمیت مقرر دادگاه محسوب شود، مانند قوانینی که حقوقی را در اموال غیرمنقول یا املاک یا منابع و ذخایر طبیعی در مقرر دادگاه ایجاد می‌کنند؛ یا اینکه قانون خارجی ممکن است با منافع قشر خاصی از جامعه مانند کارگران یا مصرف‌کنندگان، که در مقرر دادگاه برای آنها قوانینی حمایتی وجود دارد، مغایرت داشته باشد.

بنابراین ضرورت داشته است که در سیستم‌های تعارض قوانین مختلف گرچه اعمال قانون خارجی را به‌طور مستقیم (مانند ماده ۶ قانون مدنی ایران) یا غیرمستقیم با به رسمیت شناختن آزادی یا حاکمیت اراده طرفین دعاوی (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ ق.م.ا) می‌پذیرند، اما در عین حال برای زمانی که اعمال قانون

۱. ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۹، شماره ۳۲-۳۱، ص ۱۲۵.

خارجی در مواردی مثل موارد فوق با قواعد و اصول گذشت‌ناپذیر مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، تمهیداتی را ببیندیشند. از این رو مشاهده می‌گردد که در سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف قواعدی پیش‌بینی شده است که به موجب آنها چنانچه قانون خارجی اساساً با قواعد آمره و یا نظم عمومی کشور مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، آن قانون که اصولاً باید اعمال می‌شد، اعمال نخواهد شد.

در واقع موانع اعمال قانون خارجی در انواع و اشکال مختلف ظاهر می‌شوند، بعضی به صورت قانون و مدون هستند و بعضی به طور قضایی اعمال می‌شوند و ریشه در عرف و رسوم و نظم و اخلاق جامعه دارند؛ مثلاً در قانون مدنی ایران از یک طرف مقرر گردیده است که قانون خارجی در صورتی که مخالف با قوانین مخصوصه نباشد به اجرا گذاشته خواهد شد<sup>۲</sup> و از طرف دیگر نیز مقرر گردیده است که چنانچه قانون خارجی برخلاف اخلاق حسنه و یا مخالف با نظم عمومی باشد به موقع اجرا گذاشته نخواهد شد.<sup>۳</sup> به طور کلی در این مقاله محدودیت‌های اعمال قانون خارجی کلاً تحت دو عنوان «قواعد آمره قانونی» مقرر دادگاه و «نظم عمومی» مقرر دادگاه<sup>۴</sup> با تأکید بر محدودیت اعمال قانون خارجی در قرارداد<sup>۵</sup> مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. هر دو عنوان در

۲. ماده ۹۷۴ قانون مدنی ایران.

۳. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران.

۴. گرچه معمولاً در حقوق بین‌الملل خصوصی گفته می‌شود قواعد آمره مقرر دادگاه بر یک رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی، به رغم اینکه قانون حاکم یا قابل اعمال بر آن قانون خارجی باشد، اعمال خواهد گردید، و نظم عمومی مانع اعمال قانون حاکم یا قابل اعمال خارجی خواهد بود، اما در واقع در مواردی نیز که اعمال قانون خارجی با قواعد آمره مقرر دادگاه (به شرحی که بعداً خواهد آمد) مغایرت دارد، این قواعد مانع اعمال قانون خارجی خواهد گردید.

۵. برای مطالعه تعارض قوانین در قرارداد، ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، تعارض قوانین در قرارداد (قانون حاکم بر تمهیدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)، مجله حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۳۲، ص ۷.

قسمت اول مقاله مطالعه خواهد شد که در ضمن عنوان اول به اثر قواعد آمره قانونی کشور ثالث نیز اشاره خواهد گردید. در عنوان دوم حدود نظم عمومی مور توجه خواهد بود.<sup>۶</sup>

در قسمت دوم، به بررسی عناوین مطرح در قسمت اول در چند سیستم حقوقی ملی و بین‌المللی پرداخته خواهد شد و در پایان نتیجه‌گیری قسمت‌های بحث شده نگاشته خواهد شد.

---

۶. علاوه بر دو عنوان قواعد آمره قانونی و نظم عمومی مقر دادگاه، موضوعی دیگر با عنوان «تقلب نسبت به قانون» نیز می‌تواند مانع اعمال قانون خارجی محسوب شود. اما چون این موضوع در عمل به ندرت پیش می‌آید و بیشتر به عنوان موضوعی نظری (دکترین) مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و کمتر جنبه قاعده قانونی دارد، لذا در این مقاله از محدودیت‌های اساسی و فراگیر همه سیستم‌های حقوقی بحث می‌شود. به علاوه، چنانچه چنین موضوعی در عمل مطرح شود، ممکن است بتوان آن را داخل دو عنوان دیگر قرار داده و تحت آن عناوین از اعمال قانونی خارجی ممانعت نمود.



## قسمت نخست

### مفهوم قواعد آمره و نظم عمومی

#### ۱- مفهوم قواعد آمره

قواعد قانونی سیستم‌های حقوقی مختلف به اعتبار حکم، یا آمره می‌باشند (قوانین امری) یا غیرآمره و اعلامی (قوانین تخییری). قواعد آمره قواعدی هستند که هدف از وضع آنها حمایت از یک یا دو طرف رابطه حقوقی یا شخص ثالث و یا به‌طور کلی حفظ منافع و نظم جامعه می‌باشد. افراد یا اطراف رابطه حقوقی نمی‌توانند با توافق از قواعد آمره صرف‌نظر نمایند یا تنها می‌توانند تحت شرایط خاصی از آنها عدول نمایند.

در یک معنای کلی، قاعده آمره، یک قاعده قانونی است که افراد نمی‌توانند با قرارداد یا توافق از اجرا یا اعمال آن جلوگیری نمایند، یا آن را تغییر دهند، یا محدود نمایند. قواعد آمره معمولاً دوتنوع‌اند، یک نوع قواعدی هستند که در سیستم حقوقی مربوطه دارای اهمیت ویژه‌ای بوده و برای اهداف کلی و حتی مبهم که ماهیت سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی خاص دارند وضع گردیده‌اند. این‌گونه قواعد عموماً در غالب سیستم‌های حقوقی یافت می‌شوند، مثل لزوم ایجاب و قبول برای تشکیل عقد یا شرایط اساسی برای صحت معاملات (مثل ماده ۱۹۰ قانون ایران). نوع دیگر از قواعد آمره معمولاً مختص یک سیستم حقوقی یا یک کشور خاص می‌باشد و در قالب قوانین خاص یا مخصوص که حاصل شرایط و اوضاع و احوال ویژه‌ای هستند، قراردارند. این‌گونه قواعد هدف‌هایی خارج از محدوده معمول قواعد آمره کلی دنبال می‌کنند، مانند قوانینی که (قراردادهای مربوط به) صادرات کالایی خاص را بدون مجوز دولت ممنوع می‌کند یا قوانینی که (قرارداد) صادرات کالایی را به کشور خاصی ممنوع

اعلام می‌دارد (مثل قوانین مربوط به تحریم برخی از کشورها) یا قانون مربوط به کنترل ارز یا صادرات و واردات یک کشور به‌طور کلی، یا قواعد مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان یا قواعد مربوط به قانون حمایت از طرف‌های ضعیف برخی از قراردادها نظیر قراردادهای استخدام و به‌کارگیری افراد یا قراردادهای بیمه.<sup>۷</sup>

از طرف دیگر قواعد آمره از لحاظ قلمرو و محدوده نفوذ نیز دو دسته می‌شوند، یک دسته از آنها گستره داخلی دارند و قلمرو اعمالشان بر موضوعات داخلی است، لذا ارتباطی به تعارض قوانین ندارند. غالب قواعد آمره کلی یا عام در این دسته قرار می‌گیرند. دسته دیگر از قواعد آمره گستره فرامرزی یا بین‌المللی دارند و قلمرو اعمالشان علاوه بر موضوعات داخلی بر موضوعات خارجی نیز می‌باشد و در موارد بسیاری در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شوند. غالب قواعد قوانین خاص یا مخصوصه از این قبیل هستند.

در سیستم حقوقی کشورها غالباً قواعد آمره به‌صورت قوانین مدون و موضوعه مشخص شده‌اند و آمره بودن آنها ممکن است یا تصریح شده باشد یا می‌تواند قابل برداشت و تشخیص باشد؛ برای مثال، چنانچه در قانون ذکر شده باشد که نمی‌توان از مقررات این قانون عدول کرد یا طرفین نمی‌توانند به زیان یکدیگر یا شخص ثالث توافق کنند، یا در قانون امری یا نهی وجود داشته و از واژه‌هایی مانند «باید» و «مکلف است» یا «ممنوع است» استفاده شده باشد،<sup>۸</sup> همه دلالت بر امری بودن آن قانون دارند.<sup>۹</sup>

۷. باید توجه داشت که در غالب کشورها قواعد مربوط به این‌گونه قراردادها از قواعد حقوق خصوصی محسوب می‌شوند.

۸. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شماره ۹۳۰.

۹. به‌عنوان مثال: در ماده ۳۱ قانون کار مصوب ۱۳۳۷ آمده بود: «در قرارداد کار نمی‌توان مزایایی کمتر از آنچه در این قانون برای کارگر مقرر شده است منظور نمود»؛ یا ماده ۸ قانون کار (جدید) می‌گوید:

قواعد حقوق عمومی و حقوق مالیه (از قبیل قوانین مالیاتی، گمرکی، کنترل ارز)، و قوانین محدودکننده صادرات و واردات و کسب حقوق در املاک توسط خارجیان و قوانین حافظ منابع طبیعی و بومی و قوانین کارگری که به‌گونه‌ای در آنها اهداف تنظیم و کنترل اقتصاد ملی یا بازار نهفته است، یا از منافع ملی در حقوق املاک و تأمین و حفظ موازنه پرداخت‌ها و یا از میراث ملی یا فرهنگی حمایت به‌عمل می‌آید و آن دسته از قواعد حقوق خصوصی که اشخاص خاصی را در قراردادهای خصوصی‌شان حمایت می‌کنند (از قبیل کارگران، مصرف‌کنندگان، سرمایه‌گذاران، بیمه‌گذاران)، یا مربوط به نظم خانوادگی و احوال شخصیه هستند، همگی از قواعد آمره محسوب می‌شوند. گرچه به نظر می‌رسد بسیاری از موضوعات فوق در قواعد حقوق عمومی قرار دارند و نقض آنها ممکن است مجازات کیفری داشته باشد، اما ابطال قراردادهای مربوط به آنها (مغایر آنها)، یا حقوق اشخاص خصوصی طرف این قراردادها نیز مطرح است، که چنانچه عنصر خارجی در آنها باشد قطعاً بحث اعمال قانون خارجی و محدودیت‌های آن نیز مطرح خواهد بود.

چنانچه طرفین با توافق یکدیگر از یک قاعده آمره عدول نمایند، دادگاه در دعوای رخ داده بین آنها چنانچه توافق خلاف قسمتی یا شرطی از آن قرارداد باشد، همان قاعده آمره را اعمال خواهد نمود. بنابراین، نتیجه توافق طرفین لزوماً بی‌اعتباری قرارداد نیست (مگر توافق مخالف باعث مخالفت کل قرارداد با قانون

---

و شرط مذکور در قراردادهای کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید. این دو ماده از قانون کار نشان می‌دهند که قواعد قانون کار برای کارگر و کارفرما آمره می‌باشند و آنها نمی‌توانند خلاف این قواعد با یکدیگر توافق کنند، اما چون منظور این قانون حمایت از کارگر است، طرفین می‌توانند توافقی کنند که بیشتر به نفع کارگر باشد (این قانون تنها در یک جهت آمره می‌باشد).

شود)،<sup>۱۱</sup> بلکه اثر آن این است که توافق یا شرط آنها در ارتباط با عدول از قاعده آمره بی‌اعتبار خواهد بود و همان قاعده آمره جایگزین آن توافق خواهد شد. در سیستم‌های حقوقی مختلف به همین روش عمل می‌شود.<sup>۱۲</sup> به عبارت دیگر، هرکدام از توافقات طرفین اگر معارض قاعده‌ای باشد که آنها نمی‌توانند از آن عدول نمایند (قاعده آمره)، آن قاعده غالب است.

قواعد غیرآمره یا اعلامی که به قوانین تفسیری یا تکمیلی نیز موسومند، قواعدی هستند که بوجود آمده‌اند تا عمدتاً راهنمای افراد باشند، یا راه‌حلی را برای اختلافات طرفین رابطه حقوقی (قراردادهای خصوصی) در مواردی که آنها خود چاره‌ای نیندیشیده‌اند، ارائه دهند. این قواعد در صورت وجود توافق مخالف طرفین به کنار گذاشته خواهند شد و به کار نخواهند آمد.

به عبارت دیگر، در هر سیستم حقوقی برخی قواعد در صورتی اجرا یا اعمال خواهند شد که افراد با توافق یا قرارداد خود مانع اجرای آنها نگردیده

۱۰. مثلاً در قراردادی که جهت معامله تصریح شده و آن جهت نامشروع است، گرچه طرفین بر آن توافق دارند اما این معامله باطل می‌باشد، زیرا مخالف ماده ۲۱۷ قانون مدنی است که آمره محسوب می‌شود؛ یا چنانچه کسی در مقابل دیگری (برحسب توافق یا قرارداد) از خود سلب حق تمتع یا سلب حریت نماید یا حق اجرای حقوق مدنی را از خود سلب نماید، این توافق یا قرارداد باطل و بلااثر خواهد بود، زیرا با مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی که آمره هستند مغایرت دارد. ماده ۲۱۷ ق.م. «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است».

ماده ۹۵۹ ق.م. «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

ماده ۹۶۰ ق.م. «هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر نماید».

11. Diamond, Current Legal Problems, (1979) 32, 155, 172.

باشند؛ این قواعد آمره نیستند. گاهی اعلامی بودن قاعده قانونی از سیاق قاعده مشخص است و در خود قانون به صراحت بیان شده است که می‌توان خلاف آن توافق نمود، و گاهی با تفسیر قصد ضمنی قانونگذار می‌توان بدین نتیجه رسید؛ مثلاً ماده ۴۴۸ قانون مدنی با بیان این که «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود»، دلالت دارد بر اینکه قواعد مربوط به خیارات جنبه آمره ندارند. همین‌گونه است ماده ۱۰۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود به عهده صاحب حق می‌باشد مگر اینکه بین او و صاحب ملک بر خلاف آن قراری داده شده باشد». یا در خصوص محل تسلیم مبیع یا مخارج تسلیم آن یا موعد و محل تأدیه ثمن، به ترتیب مواد ۳۷۵، ۳۸۲ و ۳۹۴ قانون مدنی تصریح می‌نمایند که توافق طرفین غالب بر احکام پیش‌بینی شده در این مواد است. در نگارش قانون، واژه‌ها یا عباراتی چون طرفین «می‌توانند» یا «ممکن است» یا «اختیار دارند» که طبق قاعده مربوطه عمل کنند، از نشانه‌های قصد قانونگذار بر آمره نبودن آن قانون هستند. قسمت عمده قواعد حقوق خصوصی و به‌ویژه مجموعه کثیری از قانون قراردادها که در آنها اراده وسیع و منافع و ابتکارهای خصوصی مطرح هستند از قواعد اعلامی یا تفسیری محسوب می‌شوند.

### قواعد آمره کشور ثالث

رویه معمول آن است که قواعد آمره کشورها ارتباطی به دادگاههای کشورهای دیگر ندارند. اما در بعضی از سیستم‌های حقوقی در بعضی موارد که

می‌تواند شرایط استثنایی و خاص باشد، قواعد آمره کشور ثالث که ارتباطی با موضوع دارد نیز اعمال می‌گردد، حتی اگر قانون حاکم قانون مقر دادگاه باشد.<sup>۱۲</sup> این حالت به‌ویژه در ارتباط با قانون (خارجی) قابل اعمال بر قرارداد ممکن است پیش آید که بعضی از عهدنامه‌های منطقه‌ای نیز آن را مورد توجه قرار داده‌اند.<sup>۱۳</sup>

علمای حقوق عموماً بر این اعتقادند که آن دسته از قواعد آمره مقر دادگاه که گستره یا جنبه بین‌المللی دارند می‌بایست اعمال گردند. اما نسبت به اعمال قواعد آمره کشور ثالث (یا قانون مرتبط) بین علمای حقوق اختلاف است. نظر غالب آن است که هرچه بیشتر به طرفین قراردادهای بین‌المللی اختیار و قدرت داده شود تا به طریقی که خود مایلند قواعد و قوانین را بر قرارداد خود

۱۲. به‌عنوان مثال، مواردی در انگلستان مشاهده می‌شود که دادگاههای انگلستان به قراردادی که انجام عملی را در کشور خارجی مقرر می‌کرده‌اند و در قانون آن کشور (خارجی) آن عمل غیرقانونی بوده است، ترتیب اثر نداده‌اند. برای نمونه ببینید:

*Regazzoni v. Sethina*, [1958] AC 301; [1957] 3 All ER 286. (England) *Surniam Currency case*, 12 January 1979 NJ 1980, 526; *Sensor case*, (*CEP v. Sensor Netherlands*), The Hague Regional Court, 17 September 1982, KG 1982 No. 167.

در سوئیس نیز از این روش حمایت شده است. رجوع شود به:

Schnyder, *Anwendung Ausländischer. Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte*. 59 (1995) *Rabeles* 293, at 299-301.

بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس تصریح دارد بر اینکه «چنانچه به موجب مفاهیم حقوقی سوئیس منافع مشروع و مرجح یک طرف ایجاب نماید قاعده آمره قانونی غیر از آنکه توسط این قانون تعیین می‌شود، ممکن است، چنانچه اوضاع و احوال قضیه ارتباط نزدیک با آن قانون داشته باشد، مورد توجه قرار گرفته شود».

برای حمایت از این روش در کشورهای سیستم حقوق‌نویسته اروپایی دیده شود:

Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2e Aufe, 1994; See: 3II., *Batiffol and Lagarde, Traité*, 4th ed., 1991, par. 123.

۱۳. برای مثال ببینید: عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، ماده (۳) و ۷(۱). توضیحات بیشتر در این خصوص را در صفحات بعد ببینید.

حاکم نمایند و از اعمال قوانین و مقررات الزامی خودداری گردد. هیچ تردیدی نیست که دولت‌ها یا دادگاههای آنها این امکان برای‌شان وجود دارد که همه قواعد آمره خود را از لحاظ بین‌المللی الزام‌آور بدانند؛ البته در این صورت قواعد حل تعارض از بین خواهد رفت. لذا، اعمال قواعد آمره از هر نوع، استقلال یا آزادی اراده را از بین می‌برد و باید در جهت هرچه محدودتر کردن اعمال این دسته از قواعد حرکت کرد.

## ۲- مفهوم نظم عمومی

گاهی محدودیت بر اعمال قانون خارجی یا بر اصل استقلال اراده به صورت نظم عمومی وارد می‌شود. نظم عمومی یک جامعه را مجموعه اصول بنیادین نهادهای اجتماعی اعم از اخلاقی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی تشکیل می‌دهند، به طوری که هرگونه عدول، تخطی و تجاوز نسبت به آنها نقض اصول اساسی و بنیان‌های زندگی اجتماعی جامعه محسوب شده و به هیچ صورت پذیرفته نخواهد بود. بنابراین، نظم عمومی ارتباط تنگاتنگی با منافع و مصالح عمومی دارد، و ارتکاب خلاف آن، تشنج و آشفتگی اجتماعی و اختلال در نظم جامعه را در پی خواهد داشت. نظم عمومی مورد بحث در قوانین موضوعه وجود ندارد، مع‌هذا نمی‌توان برخلاف آن عمل نمود یا توافق کرد، و این دادگاه است که مرجع تشخیص نهاد مربوطه (نظم عمومی) و خلاف انجام شده است. در موارد بسیاری قانونگذار اموری را که برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شوند به صورت حکم یا منع قانونی مدون نموده است. در واقع اینها همان قوانین آمره هستند و توافقات مغایر با آنها برخلاف قانون به‌شمار خواهند آمد.<sup>۱۴</sup>

۱۴. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، بند ۸۸ به بعد؛ همو، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، بند ۸۸ به بعد، و بند ۱۳۰ به بعد؛ الماسی، دکتر

نظم عمومی در قراردادهای صرفاً داخلی برای ممانعت از اجرای قرارداد یا شرایط قراردادی مخل نظم عمومی به‌طور کلی اعمال می‌گردد. چنانچه قراردادی بین‌المللی باشد و آن نیز ناقض نظم عمومی مقرر دادگاه باشد، نظم عمومی بر آن غالب بوده و در نتیجه به قرارداد ترتیب اثر داده نخواهد شد، حتی اگر قانون حاکم بر آن قرارداد هم قانون خارجی باشد. در مورد اخیر، می‌توان گفت که نظم عمومی یک موضوع اساسی در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهاست، با این توضیح که براساس دکترین نظم عمومی، در صورت تعارض بین قانون خارجی و یک مشی یا سیاست مهم کشور مقرر دادگاه، قانون خارجی مغلوب خواهد بود؛ یعنی قاعده حل تعارض قوانین (قاعده معمولی انتخاب قانون) یک کشور تحت تأثیر نظم عمومی آن کشور بوده و در فرض فوق حتی به‌کار نخواهد آمد.

در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها اصولاً اعمال قانون خارجی پذیرفته شده است و تنها در موارد اخلاف در نظم عمومی قانون خارجی اعمال نخواهد گردید. نظم عمومی یک نهاد اساسی در کلیه سیستم‌های حقوق بین‌الملل خصوصی است. در کشورهایی که پای‌بندی به اصول اخلاقی مستحکم و آن اصول عمیقاً بر زندگی مردم (جامعه) حاکمیت دارند، نظم عمومی حساس و سریعاً متأثر می‌گردد و این قابل توجهیه و پذیرفتنی است که نباید قوانین خارجی آن را بر هم زده و آشفته نماید، و قانونگذار و قضات وظیفه دارند از حریم آن پاسداری نمایند؛ قانونگذار با تکلیف لحاظ نمودن نظم عمومی و قضات با تفسیر و تعیین موارد و مصادیق آن.

نجدعلی، تعارض قوانین، جلد سوم، مرکز نشر دانشگاهی، ص ۱۲۵، احمدی و استانی، دکتر عبدالغنی، رساله نظم عمومی در حقوق خصوصی.



به هر حال مفهوم نظم عمومی برای امور داخلی یک کشور گسترده‌تر است تا برای امور خارجی؛ مثلاً قراردادهای خارجی (با قانون حاکم خارجی) زمانی در داخل محدوده نظم عمومی کشور مقرر دادگاه قرار خواهند گرفت که واقعاً تأثیری بر آن کشور داشته و با نظم عمومی آنجا تداخل نمایند. تنها در این صورت فرقی بین قراردادهای داخلی و بین‌المللی تابع قانون خارجی نخواهد بود. دادگاهها چنین قراردادهایی را اجرا نخواهند نمود، گرچه مغایرت و تناقضی هم با قوانین موضوعه مقرر دادگاه نداشته باشند؛ برای مثال می‌توان به قرارداد ارتکاب جرم یا قرارداد معامله با دشمن بیگانه در حال جنگ اشاره کرد. بنابراین، براساس دکترین نظم عمومی یک قاعده معمولی قانون خارجی چنانچه با مشی و سیاست مهمی از کشور مقرر دادگاه در تعارض باشد، آن قاعده نادیده گرفته خواهد شد؛ یا یک قرارداد بین‌المللی که تحت حاکمیت قانون خارجی است تنها در صورتی مغایر نظم عمومی مقرر دادگاه محسوب خواهد شد که اثر نامطلوب یا مفسده‌ای بر زندگی آن جامعه داشته باشد.

گرچه در بادی امر به نظر می‌رسد تمییز بین قواعد آمره و نظم عمومی مشکل باشد و نتوان مرزی بین این دو قائل شد، اما نزد دادگاهها تفاوت قواعد آمره با نظم عمومی در محدود نمودن اعمال قانون خارجی و استقلال اراده یا رد قرارداد یا شرطی از آن، در این است که دادگاهها وقتی قواعد آمره قانونی را اعمال می‌نمایند، در واقع قانون را اجرا می‌کنند، در حالی که نظم عمومی در جایی مورد استناد دادگاه قرار می‌گیرد که قانون ساکت است و مستند قانونی یافت نمی‌شود، اما در هر حال اصول کلی و نهادهای تشکیل‌دهنده نظم عمومی جامعه مورد تخطی قرار گرفته‌اند.<sup>۱۵</sup> این در حالی است که مبنای قواعد آمره و

۱۵. این است که ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب، نظم عمومی را به‌عنوان یک نهاد مستقل از قانون، معیار عدم پذیرش قرارداد می‌دانند.

نظم عمومی هر دو منافع و مصالح جامعه می‌باشند و به لحاظ حفظ منافع خاص بوده که قانونگذار قواعدی را به صورت آمره وضع نموده است و لذا این نفع ایجاب می‌کند، همان‌گونه که در نظم عمومی مورد عمل می‌باشد، قواعد آمره بر هر اراده و نهایتاً بر هر قاعده یا قانون (خارجی) دیگر غالب باشد<sup>۱۶</sup>، یا در کنار آن اعمال شود. بنابراین مبنا و توجیه غالب بودن قواعد آمره مقرر دادگاه بر قانون خارجی می‌تواند نظریه یا دکترین نظم عمومی باشد.<sup>۱۷</sup>

### قسمت دوم

#### قواعد آمره و نظم عمومی در سیستم‌های حقوقی

##### ۱- قواعد آمره و نظم عمومی در سیستم‌های حقوقی ملی

نظم عمومی و قواعد آمره در سیستم‌های حقوقی مختلف دنیا به‌عنوان محدودکننده‌های اعمال قانون خارجی و اصل آزادی یا استقلال اراده در تعارض

۱۶. امروزه نظریه تحلیل منافع (Interest Analysis) به‌عنوان زیربنای بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مورد قبول شمار زیادی از علمای حقوق و قضات دادگاهها می‌باشد. اولین بار نظریه تحلیل منافع در امریکا توسط براینرد کاریه در سال ۱۹۶۳ در کتابش با عنوان "Brainerd Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, Duke University Press" مورد بحث و بررسی قرار گرفت و در بین قضات و نویسندگان حقوقی امریکا طرفداران بسیاری پیدا کرد. برای بررسی این موضوع در قراردادهای رجوع شود به تصمیم دادگاه عالی امریکا در قضیه: *Allstate Ins. Co. v. Hague*, 101 S Ct. 633 (1981); *Lilienthal v. Kaufman* 395, p. 2d 543 (1964): یا دیده شود:

*Bemkrant v. Fowler*, 360, p. 2d 906 (1961).

۱۷. برخی از حقوقدانان سیستم حقوق‌نویسته اروپایی نظریه خاصی را برای توجیه اعمال قواعد آمره مقرر دادگاه مطرح می‌کنند؛ به اعتقاد ایشان این هدف اجتماعی و اهمیت ویژه و خاص قواعد آمره است که زمینه اعمال بین‌المللی آنها را فراهم می‌آورد. به‌عنوان مثال ببینید:

L.1.de Winter, *Dwingend Recht bij Internationale Overeenkomsten*, (1964) 11 *Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 329, at p. 331.

قوانین در قراردادها پذیرفته شده‌اند. در ذیل به بررسی چند سیستم حقوقی می‌پردازیم:

در سیستم حقوقی ایران، در موارد مختلفی که تعارض قوانین یا وجود عنصر خارجی در یک عمل یا واقعه حقوقی - قضایی مطرح می‌باشد مثلاً، در اعمال قانون خارجی، قرارداد، اجرای احکام خارجی، اسناد تنظیم شده در خارج، داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری و اجرای آرای داوری خارجی)، بحث از موانع نظم عمومی و قواعد آمره هم وجود دارد.

در مورد اعمال قانون خارجی، ماده ۹۷۴ قانون مدنی با پیش‌بینی دو نوع قاعده آمره خاص مقرر می‌دارد، قانون خارجی در صورتی در ایران اعمال خواهد شد که اولاً خلاف عهودی که ایران عضو آن است، و ثانیاً خلاف قوانین مخصوصه، نباشد.

ماده ۹۷۴ چنین است: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد».

در ماده ۹۷۵ قانون مدنی مانع اخلاق حسنه و نظم عمومی مطرح می‌شود. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به - موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در این ماده همان‌طور که ملاحظه می‌گردد اخلاق حسنه به‌عنوان مانع اصلی و عمده مطرح است، و نظم عمومی به‌صورت فرعی و خاص مورد نظر می‌باشد. اخلاق حسنه می‌تواند معیار شخصی داشته و گستره آن بسیار وسیع

باشد، در حالی که نظم عمومی، احساسات جامعه و موارد مشابه آن است که ضرورتاً خلاف اخلاق حسنه نخواهد بود.

گرچه تمییز این دو مفهوم و تعیین مرز بین آنها آسان نیست، آنچه مسلم است، آنکه این دو واژه مترادف یکدیگر به کار گرفته نشده‌اند و به نظر می‌رسد قانونگذار غرض خاصی از استعمال هریک از آنها داشته است. بدین گونه که نه تنها آنچه که مغایر اخلاق حسنه می‌باشد، بلکه آنچه که احساسات جامعه را جریحه‌دار می‌کند و به آن خلاف نظم عمومی اطلاق می‌شود و جامعه رعایت آن را لازم می‌داند و خلافش را تقبیح می‌نماید، غیر قابل قبول است. بنابراین، در سیستم حقوقی ایران معنای گسترده یا دامنه وسیعی برای منهیات اجتماعی به - عنوان مانع اعمال قانون خارجی یا قراردادهای خارجی در نظر بوده است، به - گونه‌ای که نظم عمومی بر اخلاق حسنه به عنوان موضوعی محدود و اجتماعی اضافه گردیده است. در واقع خلاف نظم عمومی آن طور که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی آمده است، احساسات جامعه را جریحه‌دار می‌کند، اما خلاف اخلاق حسنه اثرش در جامعه ممکن است خفیف‌تر بوده و هیجان یا تنش کمتری در اجتماع ایجاد کند؛ در واقع اثر خلاف اخلاق حسنه در حدی است که تنها برخی از مردم یا قشری از اجتماع آن را نمی‌پسندد و یا آن را غیر اخلاقی می - داند؛ مثال خلاف اخلاق حسنه را ممکن است قراردادی دانست که به موجب آن مقرر می‌شود یک طرف قرارداد طرف دیگر را به لحاظ بعضی از ویژگی‌های خاص او در قفسی به نمایش عموم گذاشته و از او درآمد حاصل نماید، و برای خلاف نظم عمومی، قرارداد ارتکاب جرم مانند قرارداد اخذ رشوه یا قرارداد استفاده ایزاری از یک فرد را می‌توان مثال زد.

در مورد قراردادهای خارجی، قواعد آمره در ماده ۱۰ قانون مدنی مطرح می‌باشد، این ماده خلاف قواعد آمره را با عنوان «خلاف صریح قانون»<sup>۱۸</sup> بیان می‌دارد. ماده ۱۰ چنین مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

بحث خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی در ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز ذکر گردیده است. این ماده مقرر می‌دارد: «... ثانیاً، مفاد آنها {استاد تنظیم شده در کشورهای خارجه} مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا خلاف اخلاق حسنه ایران نباشد». همچنین ماده ۹۶۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر کند». در مورد قراردادها می‌توان به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب نیز اشاره کرد که چنین مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

در مورد اجرای احکام خارجی، قواعد آمره و نظم عمومی در ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ به‌عنوان مانع اجرای احکام خارجی مطرح شده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد که احکام مدنی صادره از دادگاههای خارجی در صورتی که واجد شرایط زیر باشند در ایران اجرا خواهند شد:

۱۸. دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: «برای آنکه عقود معینه یا قرارداد صحیح واقع شود باید دارای شرایط زیر باشد: ۱- دارای شرایط صحت معامله باشد. ۲- مخالف صریح قانون نباشد. ۳- بر خلاف اخلاق حسنه نباشد. ۴- مخالف با نظم عمومی نباشد». ایشان توضیح می‌دهند که «منظور از قانونی که قرارداد باید مخالف آن نباشد، قوانین آمره است...». امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۴، کتاب فروشی اسلامی، ص ۴۸.

بند ۲ این ماده بحث از قواعد آمره می‌کند و چنین مقرر می‌دارد: «... ۲- مفاد حکم [خارجی] مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد».<sup>۱۹</sup>

همچنین بندهای ۳ و ۶ ماده ۱۶۹ اعلام می‌دارند: «... ۳- اجرای حکم مخالف با عهد بین‌الملل که دولت ایران آن را امضا کرده یا مخالف قوانین مخصوص نباشد ... ۶- رسیدگی به موضوع دعوا مطابق با قوانین ایران اختصاص به دادگاههای ایران نداشته باشد».

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در باب توافقات مربوط به آیین داوری، در بند ۱ ماده ۱۹ تصریح می‌نماید که توافقات طرفین نباید خلاف قواعد آمره «این قانون» باشد: «۱- طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند»؛ ماده ۳۴ این قانون نیز بیان می‌دارد: «... ۲- در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد» اساساً باطل و غیرقابل اجراست.

در مورد اجرای آرای داوری خارجی نیز دو موضوع نظم عمومی و قواعد آمره مطرح می‌باشند. در خصوص این مورد، ایران در سال ۱۳۸۱ عضو عهدنامه ۱۹۵۸ نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی شده است. این عهدنامه در ایران مجری می‌باشد و لذا بر اساس ماده ۹ قانون مدنی اکنون در سیستم حقوقی ایران در حکم قانون است و خود از قوانین آمره می‌باشد.

۱۹. در یک ماده (۹۷۵ ق.م.) اخلاق حسنه و نظم عمومی به‌عنوان نهاد حقوقی مورد اشاره قرار گرفته‌اند، در حالی که در ماده دیگر (ماده ۱۶۹(۲) ق. اجرای احکام) از «قوانین مربوط به» نظم عمومی و اخلاق حسنه نام برده شده است.

طبق ماده (ب) (۲) ۵ این عهدنامه، چنانچه رأی داوری خارجی مخالف «نظم عمومی» کشور محل اجرا باشد ممکن است اجرا نگردد.<sup>۲۰</sup>

در سیستم حقوقی عرفی<sup>۲۱</sup> انگلستان، محدودیت اعمال قانون خارجی یا انتخاب قانون توسط طرفین از طریق مقررات قانونی (قانون موضوعه) اعمال می‌شود؛ مثل اینکه قانون موضوعه «کار» باید بر قراردادهای استخدامی (کار) اعمال شود، علی‌رغم هر قانونی که بر چنین قراردادی حاکم باشد.<sup>۲۲</sup> علاوه بر آن، چنانچه قانون موضوعه‌ای وجود نداشته باشد، انتخاب قانون صریح توسط طرفین نیز معتبر شناخته نخواهد شد، چنانچه با حسن‌نیت<sup>۲۳</sup> یا مشروع<sup>۲۴</sup> نباشد یا ناقض نظم عمومی<sup>۲۵</sup> انگلستان باشد.<sup>۲۶</sup> گفته شده است که از مصادیق عدم

20. Article V. 2 (b). "Recognition and enforcement of arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country".

ببینید همچنین:

Harris and Meisel, *Public Policy and Enforcement of International Arbitration Awards: Controlling the Unruly Hours*, (1998) 1 LMCLQ; Belesing, Mark, *Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration*, (1997) 14 *Journal of International Arbitration*.

۲۱. انگلستان عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است. این عهدنامه از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی انگلستان به اجرا در آمده است. این عهدنامه قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد.

Dicey and Morris *Conflict of Laws*, 10 ed., Sweet & Maxwell, 2000, p. 792; Cheshire and North, *Private International Law*, 12th ed., (1992), pp. 518-519

22. *Employment Protection (Consolidation) Act 1987*, s. 153(5); *Unfair Contract Terms Act 1977*, s.27(2);

در سیستم تعارض قوانین اتریش نیز قواعد آمره حمایت‌کننده از کارگر بر انتخاب هرگونه قانونی که به زبان کارگر باشد غالب خواهد بود - ماده (۳) ۴۱ قانون تعارض (Conflict Statute Act) اتریش.

23. *Bona fide*.

24. *Legal*.

25. *Public Policy*.

26. *Vita Food Products Ltd. v. Unis Shipping Co. Ltd.* [1039] A. C. 277, 290.

وجود حسن‌نیت آن است که انتخاب طرفین با قصد گریز (تقلب) از قانونی (یا هر قاعده‌ای از آن) باشد که دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد است یا با هدف رد قواعد آمره قانونی باشد که در صورت فقدان انتخاب اعمال می‌گردد.<sup>۲۷</sup> همین‌گونه است شرط‌های انتخاب قانونی که طی آن قانونی را معین می‌نمایند که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد و در واقع منظور از آن مشکل نمودن و پیچیده کردن حل و فصل اختلاف آینده می‌باشد.<sup>۲۸</sup> به‌طور کلی در انگلستان ممکن است تحت سه عنوان از اعمال قانون خارجی حاکم بر قرارداد خودداری شود: عنوان نخست، در صورتی که قانون خارجی خلاف وجدان قضایی<sup>۲۹</sup> یا نظم عمومی یا سیاست خارجی انگلستان باشد.<sup>۳۰</sup>

عنوان دوم، در صورتی که قرارداد ناقض قوانین جزایی یا آمره کشور ثالث و به‌خصوص محلی باشد که قرار است قرارداد در آنجا اجرا شود (مثل قوانینی که تحریمی را برقرار می‌کنند).<sup>۳۱</sup>

27. Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 792.

28. Mann (1978) 27 I.C.L.Q.661.

29. *Rousillon v. Rousillon* (1880) 14 ch. D.351.

۳۰. برای مثال ببینید: *Kaufman v. Gerson* [1904] 1 K.B. 591. در این پرونده دادگاه انگلستان قراردادی

را که تحت قانون فرانسه بود و بر اساس آن معتبر شناخته می‌شد، به‌عنوان اینکه در وضعیتی منعقد شده است که یک اصل اساسی عدالت را نقض نموده است، اجرا نمود.

۳۱. مثلاً در پرونده *Foster v. Driscoll* [1929] 1, K.B. 470 قرارداد حمل نوعی ماده الکلی به آمریکا به این دلیل که در آن زمان واردات این کالا به آنجا مغایر قانون منع ورود ماده الکلی آمریکا بوده است (گرچه مغایر قانون انگلستان هم نبود)، باطل اعلام شد؛ یا در پرونده *Regazzoni v. Sethia* [1958] A.C. 301 قرارداد صادرات کالایی از هند به مقصد نهایی آفریقای جنوبی توسط دادگاه عالی انگلستان باطل اعلام شد، زیرا این قرارداد را ناقض قانون تحریم آفریقای جنوبی یافت که با نیرنگ و فریب دادن مسئولین هندی درخصوص مقصد نهایی کالا، مجوز صادرات را اخذ نموده بودند. بنابراین، در این پرونده دادگاه انگلستان قراردادی را که انجام عملی غیرقانونی را در کشور خارجی مقرر می‌نمود، اجرا نکرد.



عنوان سوم، در مواردی است که قانون انگلیس خود را در اعمال قواعد آمره خود ذینفع می‌داند.<sup>۳۲</sup> بنابراین، در انگلستان قانون خارجی حاکم بر قرارداد در موارد سه گانه فوق قابل اعمال نخواهد بود؛ مثلاً قرارداد تقسیم هزینه‌ها و عواید یک دعوای انگلیسی (مثل پرداخت حق الوکاله بدین صورت)، گرچه تابع قانون خارجی باشد، به عنوان قرارداد شرکت در دعوا یا شرخری، خلاف قواعد حقوق عرفی محسوب و دادگاه انگلیسی آن را نخواهد پذیرفت. همچنین قراردادی که در امر تجارت در انگلستان محدودیت ایجاد کند، به عنوان محدودیت تجاری غیرمعقول، خلاف قواعد حقوق عرفی (انگلستان) محسوب شده و بی اعتبار خواهد بود.<sup>۳۳</sup> دادگاههای انگلستان قراردادی را که محل اجرای آن در انگلستان است، چنانچه در صورت اجرا مقررات قانون کنترل ارز یا گمرک این کشور را نقض کند، قانون خارجی حاکم بر آن را قابل اعمال ندانسته و به جای آن قانون متبوع خود را اعمال خواهند نمود. بدیهی است که این امر را نمی‌توان با اصل نظم عمومی توجیه کرد.<sup>۳۴</sup> موارد عکس هم وجود دارد، یعنی دادگاه انگلستان از اجرای قراردادی انگلیسی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم قانون محل اجرا را نقض می‌کند، خودداری خواهند کرد؛ مثل قضیه - ای که قرارداد موضوع آن تحت حاکمیت قانون انگلستان بود و به پرداخت کرایه یک کشتی در اسپانیا مربوط می‌شد، دادگاه انگلستان با این بیان که کرایه بیش از حد مجازی بوده که قانون اسپانیا مقرر می‌کرد، این قرارداد را اجرا ننمود.<sup>۳۵</sup>

۳۲. در واقع در این حالت قانون انگلستان براساس نظریه تحلیل منافع (Interest Analysis) عمل می‌کند و این نفع را به بر آوردن انتظارات تجارت بین‌الملل و تسهیل نمودن آن نیز تروی می‌دهد.

33. *Rousillon v. Rousillon* (1880) 14 ch. D.351.

34. *Dacey and Morris, op.cit.*, p. 792.

۳۵. غیرقانونی بودن به موجب قانون محل اجرا موضوعی است در اختیار قاضی و یک ارجاع بسیار محدود به قانون کشور ثالث می‌باشد.

در امریکا در ایالت کالیفرنیا، دادگاهی یک شرط قراردادی را که به موجب قانون حاکم بر قرارداد (قانون نیویورک) معتبر بود، به عنوان ناقض نظم عمومی کالیفرنیا نپذیرفت، اما قبول کرد که سایر جنبه‌های قرارداد تحت قانون منتخب قرار داشته باشند.<sup>۳۶</sup> در تجدید بیان قانون (دوم)<sup>۳۷</sup> امریکا، انتخاب طرفین پذیرفته شده است، مشروط بر اینکه کشور منتخب ارتباط اساسی با طرفین داشته، یا مبنای منطقی دیگری برای انتخاب آنها موجود باشد، یا اعمال قانون کشور منتخب مغایر با یک مشی اساسی کشوری نباشد که نفع ماهوی بیشتر در تصمیم‌گیری موضوع نسبت به کشور منتخب دارد و اینکه قانون آن کشور در صورت فقدان انتخاب قانون مؤثر قانون قابل اعمال باشد.<sup>۳۸</sup>

در ایتالیا، یکی از نکات کلیدی سیستم تعارض قوانین از سال ۱۸۶۵ توجه به نظم عمومی<sup>۳۹</sup> و اعمال محدودیت بر اجرای قواعد قانون خارجی به واسطه آن بوده است. در وضعیت کنونی سیستم حقوقی ایتالیا گرچه احترام زیادی بر انتخاب طرفین گذاشته می‌شود، اما قواعد حمایتی (آمره) مربوط به قراردادهای مقرر شده در قانون ایتالیا (مقر دادگاه) اعمال می‌شوند، هرچند این‌گونه قواعد اندک هستند.<sup>۴۰</sup>

در آلمان، نه تنها نظم عمومی و قواعد آمره به عنوان عوامل محدودکننده اراده طرفین قرارداد عمل می‌کنند، بلکه دادگاه‌های آلمان قواعد آمره و نظم

Dacey and Morris, *op.cit*; Cheshire and North, *op.cit*; F. A. Mann (1987) 36 I.C.I.Q. 437, 449.

36. *Fram v. Merrill Lynch 20 Cal. APP. 3d, 668, 97 Cal. Rptr. 811 (1971)*.

37. Second Restatement.

38. Second Reastement, Section 187.

39. Ordine Publico.

40. *Vita Dritto Internazionale Privato, I, 1972, 415 et seq*;

ایتالیا، عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است؛ این عهدنامه که از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی به اجرا در آمده است، قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد.

عمومی کشوری را که قرارداد با آنجا ارتباط نزدیک (نزدیک‌ترین ارتباط) دارد نیز اعمال و بدین وسیله مانع اجرای قانون خارجی مخالف آن قواعد خواهند شد. به عنوان نمونه، دادگاه فدرال آلمان قرارداد فروش محصولات شیمیایی دارای اهمیت استراتژیک توسط یک فروشنده آلمانی به یک خریدار دانمارکی را به این دلیل که قرارداد ارتباط نزدیک با امریکا دارد و ناقض «قانون تجارت با دشمن» آن کشور می‌باشد، بی‌اعتبار اعلام نمود.<sup>۴۱</sup> یا در پرونده‌ای دیگر، قرارداد بیمه حمل دریایی کالایی که صادرات آن از کشور نیجریه ممنوع بود (به موجب قانون منع صادرات هنرهای باستانی (میراث فرهنگی) نیجریه) باطل اعلام شد، چون معامله اصلی این کالا مغایر قانون نیجریه بود.

در سوئیس، قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۶ این کشور عوامل محدودکننده اعمال قانون خارجی یا استقلال اراده و آزادی انتخاب طرفین قراردادها را به صورت جداگانه و مستقل نظم عمومی و قواعد آمره می‌داند.<sup>۴۲</sup> ماده ۱۷ قانون سوئیس در ارتباط با نظم عمومی مقرر می‌دارد: «اعمال مقررات قانون خارجی، چنانچه نتیجه‌ای مغایر با نظم عمومی سوئیس ایجاد نماید، ممنوع خواهد شد».<sup>۴۳</sup>

41. BGHZ 21.12.1960 BGHZ 34. 169;

آلمان، عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است؛ این عهدنامه که از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی به اجرا در آمده است، قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد. همچنین ببینید:

Knofel, Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to Article 7(2) of the Rome Convention [1999] JBL 239.

42. K.H., Nadelman, Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on The Law Application to Contractual and Non-Contractual Obligations (1976)24 Am. Jo. Comp.L.1.

43. Art. 17: "The application of provisions of foreign law shall be precluded if it would produce a result which is incompatible with Swiss public policy".

در ارتباط با قواعد آمره در مفهوم تعارض قوانین، قانون سوئیس در ماده ۱۸ چنین مقرر می‌دارد: «این قانون تابع آن مقررات آمره قانون سوئیس است که، به دلیل هدف خاص آن، علی‌رغم قانون تعیین شده توسط این قانون، قابل اعمال می‌باشند».<sup>۴۴</sup>

بر اساس بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، قاعده آمره قانون کشوری که دارای ارتباط نزدیک با قرارداد می‌باشد ممکن است بر انتخاب طرفین غالب بشود.<sup>۴۵</sup>

منع نظم عمومی و قواعد آمره در سیستم‌های حقوقی اروپای شرقی مثل چکاسلوواکی،<sup>۴۶</sup> لهستان<sup>۴۷</sup> و آلمان شرقی<sup>۴۸</sup> نیز پذیرفته شده است. در این کشورها اصل استقلال اراده به‌طور محدود مورد نظر بوده است.

در بعضی از سیستم‌های حقوقی، قواعد آمره قانون خارجی به لحاظ اینکه حمایت بیشتری از طرف قرارداد (مثل کارگر به‌عنوان فشر ضعیف جامعه در مقابل کارفرما) می‌کند بر قانون مقر دادگاه ترجیح داده می‌شود، با این توجیه که عدم اعمال آن قواعد حمایتی مغایر نظم عمومی مقر دادگاه خواهد بود که

44. Art.18: "This Code is subject to those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code".

45. Art. 19: "If, pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a party so require, a mandatory provision of a law other than designated by this Code may be taken in to account if the circumstances of the case are closely connected with the law".

۴۶. ماده ۱۶ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۴ دسامبر ۱۹۶۳. متن این قانون را ببینید در: (1965) Rev. Crit. D. I. p. 615.

۴۷. ماده ۳۲ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵. متن این قانون را ببینید در: (1996) Rev. Crit D. I. p. 323.

۴۸. در ماده ۲۷ قانون تعارض قوانین ۵ دسامبر ۱۹۷۵ آلمان شرقی. استقلال اراده در قراردادهای استخدامی (کار) پذیرفته نشده بود. متن این قانون را ببینید در: 25 Am. Jo. Comp L. (1977) 354.

هدفش برقراری عدالت بیشتر در جامعه و حمایت بیشتر از قشر ضعیف می‌باشد.<sup>۴۹</sup>

## ۲- قواعد آمره و نظم عمومی در عهدنامه‌های بین‌المللی

موانع نظم عمومی و قواعد آمره هر کدام به‌طور جداگانه در عهدنامه‌های بین‌المللی مربوط به تعارض قوانین قراردادهای مورد تأکید قرار گرفته‌اند. عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در ماده ۱۶ تصریح می‌نماید که قانون خارجی معارض با نظم عمومی مقرر دادگاه پذیرفته نخواهد شد.<sup>۵۰</sup>

قواعد آمره در عهدنامه ۱۹۸۰ رم در دو مفهوم داخلی و تعارض قوانین استعمال شده است. در مفهوم داخلی، قواعد آمره قواعدی هستند که نمی‌توان از آنها اجتناب نمود (ماده ۳(۳)). در این مفهوم از قواعد آمره که در ماده ۵ (مربوط به قراردادهای مصرف‌کننده) و ماده ۶ (مربوط به قراردادهای استخدامی «کار») نیز به‌کار می‌رود، یک معنای موسع مورد نظر است، به‌طوری که همه مقررات قانون داخلی را که نمی‌شود با قرارداد از آنها اجتناب نمود، از جمله قواعد مربوط به قانون حمایت از مصرف‌کننده و قانون کار، شامل شده و فرصت‌گریز از آنها را توسط یک بند انتخاب قانون سلب می‌نماید.

۴۹. مثلاً در پرونده Cass. civ. 29.1.1975 (1976) Rev. Crit. D.I.p. 338 پذیرش قانون خارجی منتخب طرفین توسط دادگاه فرانسوی به این دلیل بود که قانون منتخب بیشتر از قانون فرانسه از کارگر حمایت به‌عمل می‌آورد و بیشتر به نفع کارگر بود.

۵۰. ماده ۱۶ عهدنامه ۱۹۸۰ مقرر می‌دارد: «از اعمال قاعده‌ای از قانون هر کشوری که به‌وسیله این عهدنامه مشخص می‌شود، فقط در صورتی که آشکاراً [صریحاً] مغایر با مشی عمومی (نظم عمومی) کشور مقرر دادگاه باشد، ممکن است امتناع شود.»

در مفهوم تعارض قوانین، این عهدنامه قواعدی را شامل می‌شود که نمی‌توان با انتخاب قانونی دیگر از آن قواعد اجتناب نمود (ماده ۷(۲) و ۹(۶)). این در واقع یک قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی است و ممکن است با عنوان «قواعد امره بین‌المللی» از آن یاد شود و این اجازه را به دادگاه می‌دهد که قانون مناسب هر چه که باشد و با انتخاب صریح و یا ضمنی معین شده باشد، قواعد قانون کشور مقرر دادگاه را اعمال نماید.<sup>۵۱</sup> بدیهی است که این دسته از قواعد در سیستم‌های حقوقی محدود و اندک هستند. همان‌گونه که از گزارش جولیانو و لاگارد در خصوص عهدنامه برمی‌آید، این ماده قواعدی از قانون مقرر دادگاه را در بر می‌گیرد که به‌ویژه به کارتل‌ها و عملیات رقابتی و محدودکننده، حمایت از مصرف‌کننده و قواعد خاص مربوط به حمل و نقل مربوط می‌شوند.<sup>۵۲</sup>

عهدنامه ۱۹۸۰ رم نه تنها قواعد امره مقرر دادگاه (ماده ۷(۲)) بلکه قواعد امره قانون کشور یا کشورهای دیگر را نیز به‌عنوان محدودکننده اراده طرفین قابل اعمال می‌داند. به‌موجب این عهدنامه قواعد امره قوانین کشورهای خاصی در ارتباط با مصرف‌کننده و مستخدم (کارگر) (ماده ۵ و ۶)، قانون کشوری که همه عناصر رابطه حقوقی بدان ارتباط دارند (قانون کشور دارای تنها ارتباط - ماده ۳(۳))،<sup>۵۳</sup> قانون کشوری که ارتباط نزدیک با رابطه حقوقی دارد اما قانون

۵۱. به‌عبارت دیگر، قواعد مواد ۳(۳)، ۵(۲) و ۶(۱) اشاره دارند به قواعد امره با گستره داخلی، اما قواعد مواد ۷(۱) و ۹(۶) اشاره دارند به قواعد امره با گستره بین‌المللی.

52. O.J. 1980. C 28/28.

۵۳. مفهوم قواعد امره در ماده ۷(۲) محدودتر از مفهوم آن در ماده ۳(۳) می‌باشد. در ماده ۳(۳) قواعد امره به‌عنوان قواعدی که نمی‌توان از آنها با قرارداد عدول کرد تعریف می‌شوند، به‌عبارت دیگر قواعد امره به‌موجب این ماده قواعدی هستند که بر تعهدات قراردادی علی‌رغم هر توافق مخالفی اعمال می‌گردند. اما در ماده ۷(۲) قواعد امره قواعدی هستند که علی‌رغم قانون حاکم بر قرارداد، قواعد امره محسوب می‌شوند نه همه قواعدی که با قرارداد نمی‌توان از آنها عدول نمود. این قواعد در انگلستان به-

حاکم نیست (قانون کشور دارای ارتباط نزدیک - ماده (۱) ۷) و قانون کشور محل وقوع مال غیرمنقول (ماده (۶) ۹) در نظر گرفته خواهد شد.

به هر حال، قواعد امره فوق یکدیگر را دفع نمی‌کنند، بلکه ممکن است چند تا از آنها در یک زمان با یکدیگر اعمال شوند. به موجب ماده (۲) ۷، دادگاه می‌تواند قواعد امره مقرر خود را به جای قانون حاکم بر قرارداد اعمال نماید، بدون اینکه از ماده ۱۶ عهدنامه در خصوص نظم عمومی استفاده شود.

در عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی برخلاف عهدنامه همتای خود، عهدنامه ۱۹۸۰ رم، تنها به قواعد امره مقرر دادگاه و قواعد امره کشور ثالث (با تجویز قانون مقرر دادگاه)<sup>۵۴</sup> و نظم عمومی مقرر دادگاه<sup>۵۵</sup> به عنوان مانع اعمال قانون حاکم بر قرارداد به موجب آن عهدنامه، اشاره شده است.

در عهدنامه ۱۹۸۶ قانون حاکم بر بیع بین‌المللی، برخلاف عهدنامه ۱۹۸۰ رم، قواعد امره در مفهوم تعارض قوانین استعمال شده است<sup>۵۶</sup> و فقط به این نوع از قواعد امره مقرر دادگاه و نه کشور دیگری ترتیب اثر داده خواهد شد؛ از طرف دیگر همانند عهدنامه ۱۹۸۰ نظم عمومی مقرر دادگاه به عنوان مانع اجرای قانون حاکم پذیرفته شده است. ماده ۱۸ این عهدنامه مقرر می‌دارد، در صورتی که اعمال قانون حاکم خارجی آشکارا (به صراحت) برخلاف نظم عمومی مقرر

عنوان «قواعد غالب» (Overriding Rules) و در فرانسه به عنوان قواعد «Lois d'application immédiate» یا «Lois de police» معروف می‌باشند.

p. 1240.

54. Article 11: "Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements.

It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another state with which he contract has close ties".

55. Article 18: "Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum".

۵۶. ماده ۱۷.

دادگاه باشد، آن قانون اعمال نخواهد شد. لذا به نظر می‌رسد از نظر این عهدنامه، قاعدهٔ اعمال نظم عمومی مقر دادگاه کافی خواهد بود تا قواعد امرهٔ مقر دادگاه در مفهوم داخلی را هم در بر بگیرد، البته مشروط به آنکه قائل به تفکیک بین این دو نوع قاعده نباشیم.

### نتیجه‌گیری

موانع یا استثنائات نظم عمومی و قواعد امره در سیستم‌های تعارض قوانین نظام‌های حقوقی مختلف به‌عنوان حفاظ یا سوپاپ اطمینان عمل می‌کنند. نظم عمومی یک کشور ممکن است با اموری داخلی مانند قراردادهای داخلی (اراده اشخاص) و اموری خارجی مانند قراردادهای بین‌المللی یا دارای عنصر خارجی و یا قوانین خارجی و یا احکام خارجی تراحم پیدا نماید. در چنین حالتی نه امور داخلی و نه امور خارجی تاب مقابله با نظم عمومی را نخواهند داشت. البته دامنه نظم عمومی و تفسیر آن در مقابل امور خارجی محدودتر و مضیق‌تر می‌باشد تا در مقابل امور داخلی.

به هر صورت این نهاد در تعارض قوانین (در حقوق بین‌الملل خصوصی)، باید به‌عنوان موضوعی استثنایی در اوضاع و احوال استثنایی به‌کار گرفته شود، یعنی در جایی که واقعاً قاعده قانون خارجی ضربه و صدمه مهلک بر اصول اساسی عدالت، وجدان حقوقی، منافع اساسی عمومی یا رفاه عمومی و اخلاق حسنه یک کشور (مقر دادگاه) وارد می‌آورد، از اعمال آن ممانعت به‌عمل آید (جلوگیری، صرف‌نظر یا خودداری شود). این مهم برعهده قاضی است که تشخیص دهد و اعلام دارد که چنین وضعیتی بوجود خواهد آمد و از اعمال آن جلوگیری یا خودداری نماید. به‌عبارت دیگر، نتیجه حاصل از اعمال قانون خارجی باید با مفاهیم حقوقی - اخلاقی و منافع غالب جامعه توسط قاضی



مقایسه شود تا اگر مغایرت و تضاد این دو زیاد و عمیق باشد و نتیجه نامطلوب و نامطبوع ایجاد نماید، قانون خارجی را نپذیرد. بدیهی است هرچه ارتباط موضوع با کشور قاضی کمتر و دورتر باشد، تأثیر آن بر نهادهای آن کشور از جمله نظم عمومی هم کمتر خواهد بود.

یک سری قواعد دیگر در سیستم‌های حقوقی وجود دارند که افراد به هیچ صورت نمی‌توانند مانع اجرای آنها شوند، نه با قرارداد و نه با انتخاب قانون خارجی، این‌گونه قواعد، امره نامیده می‌شوند. قواعد امره کشورها همیشه یک منظور و هدف خاصی را تأمین می‌کنند. آنها نمایانگر نفع خود دولت یا نفع خصوصی‌ای می‌باشند که دولت می‌خواهد از آن حمایت نماید. در واقع آنچه یک قانون را امره می‌سازد سیاستی است که اساس و مبنای این قواعد است. در حقوق بین‌الملل خصوصی بحث این نیست که آیا قاعده‌ای خصوصیت امره دارد یا خیر، بلکه سؤال حدود قلمرو قواعد امره است، یعنی آیا گستره آن در داخل یک کشور است یا گستره بین‌المللی دارد. از این قواعد آنهایی که دارای گستره بین‌المللی هستند، علی‌رغم قواعد معمولی حقوق بین‌الملل خصوصی آن سیستم حقوقی اعمال خواهند گردید، اما قواعد امره با گستره داخلی تابع قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین) می‌باشند، و مانع اعمال قانون خارجی در آنجایی که باید اعمال گردد، نخواهند شد.

در تعارض قوانین، نظم عمومی و قواعد امره هم خصوصیت منفی دارند و هم خصوصیت مثبت؛ وقتی به‌طور منفی عمل می‌کنند از اعمال یک قاعده قانون خارجی که با آنها مغایرت دارد ممانعت به عمل می‌آورند و نتیجه مثبت آنها این است که قواعد حقوقی مقر دادگاه را که تحت قواعد حل تعارض قوانین معمولی قابل اعمال نیستند، قابل اعمال می‌نماید (معمولاً در چنین مواردی قواعد امره دادگاه علی‌رغم قانون خارجی حاکم بر قضیه اعمال خواهد شد).



# مسئولیت مدنی ناشی از خسارات املاک، سازه‌ها و ساختمان‌ها

(پژوهش مقایسه‌ای با حقوق انگلستان)

دکتر مهرباب داراب‌پور\*

## چکیده

به دلیل کمبود تحقیقات در خصوص خسارات ناشی از املاک، سازه‌ها و ساختمان‌ها، مطالعه جامع و مفیدی در این باره ضروری است. در این خصوص فقط چند صفحه مطلب در لابه‌لای کتاب‌های حقوقی مسئولیت مدنی می‌توان ملاحظه کرد که آن هم بسیار کلی می‌باشد و حلال همه مشکلات نیست. حقوق انگلیس به‌طور جامعی وارد جزئیات موضوع فوق شده و در این مورد خاص قوانین ضروری را تصویب کرده، به‌طوری که فقط حجم قوانین مرتبط با این موضوع از کلیه مطالبی که در مجموع کتب ایرانی و فقه نوشته شده، بیشتر است. دوران تجربه عملی ایجاد مسئولیت برای نهادهای عمومی ناظر (نظیر شهرداری) و رفع این مسئولیت‌ها می‌تواند راهگشای قانونگذار ایران باشد تا راه پیموده را باز نپیماید.

در این نوشتار پس از تعریف متصرف، به رکن نبودن تقصیر در هر دو حقوق ایران و انگلیس اشاره شده است؛ هر چند در حقوق ایران عده‌ای به اصل بودن تقصیر، بر خلاف مقاله حاضر، تکیه کرده ولی در اثبات آن عاجز مانده‌اند. سپس مسئولیت مدنی متصرفین مجاز و غیرمجاز مطالعه و در قسمت سوم

---

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مسئولیت مدنی مالک در هر دو حقوق ایران و انگلیس مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. سیستم حقوق انگلیس بر خلاف حقوق ایران، به‌نحو گسترده‌ای موضوع مسئولیت مدنی سازندگان را در عمل محک زده است، ولی این بدان معنا نیست که قاضی در حقوق ایران نتواند با عقل سلیم و اصول کلی به همان نتایج برسد که این سیستم حقوقی بدان نائل شده است. البته امکان دارد برخی از دادرسان جوان با این سرعت نتوانند خود را، بدون ترس و دغدغه خاطر، وارد این حیطة نموده و گره‌گشایی نمایند. این است که قانونگذاران با توجه به تجارب دیگران می‌توانند اصولی را وضع کنند که راهگشا باشد. این اصول و مطالب را می‌توان در لابه‌لای این مباحث به‌وضوح یافت، به‌ویژه که با محک تجربه امتحان خود را پس داده‌اند.

مطالعه این مقاله، ضمن دستیابی خواننده به نواقص و کمبودهای حقوق ایران، وی را به تفکر در ارائه راه‌حل در این‌باره رهنمون می‌شود.

واژگان کلیدی: متصرف، مسئولیت مدنی، مراجعه‌کننده، املاک، سازه‌ها، ساختمان‌ها، بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در ساخت، نگهداری، تعمیر، حقوق انگلیس.

## ۱- کلیات

در مورد مسئولیت مدنی متصرفین، مالک و سازندگان سازه‌ها یا ساختمان‌ها، بر خلاف حقوق انگلیس<sup>۱</sup> تحقیقی در حقوق ایران صورت نگرفته است و کل نوشته‌های مرتبط با این موضوع نیز از چند صفحه محدود فراتر نمی‌رود. لذا لازم است در آغاز، بررسی‌های ابتدایی انجام گیرد تا راه تحقیق فراتر برای سایر نویسندگان و محققان فراهم آید.

سه موضوع فوق را در سه قسمت مورد بحث و بررسی مقایسه‌ای قرار خواهیم داد. اما قبل از آن لازم است مفهوم متصرف و سازه مشخص شود و تأکید گردد که هرچند در موارد زیادی تقصیر حکایت از رابطه سببیت در ورود ضرر دارد اما در صورت عدم وجود تقصیر، مسئولیت مدنی منتفی نیست؛ به همین علت تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی نمی‌باشد. حتی در مواقع ابهام، در اصل بودن تقصیر نیز تردید جدی وجود دارد. لذا لازم است قبل از شروع بحث نگاهی گذرا بر این موضوعات داشته باشیم.

## ۱-۱- متصرف املاک، سازه‌ها و ساختمان‌ها

منظور از متصرف کسی است که حفاظت و سلطه فعلی مادی بر ساختمان و بنا دارد نه ضرورتاً کسی که مالک است یا از نظر قانونی تعهد بر حفاظت از

## 1. See:

- Buckley, R. [1984] Conv. 413;
- Mesher, J. [1979] Cony. 58;
- Jones, M. [1984] 47 MLR 713;
- Cooke, R. [1991] 107 LQR 46;
- Spencer, J. [1974] CLJ 307 [1975] CLJ 48;
- Stapleton J. [1991] 107 LQR 249;
- Wallace I.D. [1991] 107 LQR 228;
- Weir, T. [1991] CLJ 24.

شیء و جلوگیری از ورود ضرر به دیگران دارد. بنابراین، برای مثال دزد متصرف اموال منقول یا غاصب متصرف سازه‌ها، ساختمان‌ها، دیوار، باغات و املاک مسئول حفاظت از آنها برای جلوگیری از ورود ضرر به دیگران می‌باشند. با این توصیف، سلطه فعلی و قدرت تصرف، ملاک مسئولیت است.

منظور از املاک، ملک‌های غیرمنقول مثل قطعات زمین، باغات، حیاط‌ها، راهروها، کلاس‌ها، انبارها و قلعه‌هایی است که با آهن، سنگ، سیمان، آجر، چوب و غیره ساخته شده‌اند، اعم از اینکه به منظور سکونت انسان باشد یا برای نگهداری حیوانات یا تولید محصولات کارخانجات یا منظورهای دیگری مثل نگهداری و غیره. دیوارها، ستون‌های یادبود، مجسمه‌ها، پل‌ها، سدها و دیوارهای حایل آنها و سیلوها و تونل‌های ساخته شده در داخل زمین و گذرگاههای آب و گاز نیز به‌عنوان سازه و بنا شناخته می‌شوند، اعم از اینکه در مرحله ساخت باشند یا ساخت آنها به اتمام رسیده باشد.

متصرف سازه، ساختمان و بنا کسی است که سلطه فعلی بر آنها دارد و مکلف به نگهداری و ترمیم آنها به‌نحوی است که باعث ورود ضرر به دیگری نشوند و در اثر کهنگی یا وجود عیب در آنها خطرزا نباشند. شخص متصرف ممکن است متصرف قانونی و یا غیرقانونی املاک، ساختمان‌ها و بناها باشد. پس اعم از اینکه سلطه متصرف ناشی از حق و مشروع باشد یا خیر، شخص به-محض سلطه فعلی و قدرت بالفعل، متصرف محسوب می‌شود. لازم نیست متصرف مالک باشد، اما امکان دارد مالک به‌عنوان متصرف نیز شناخته شود.

امکان دارد مالک به‌عنوان متصرف برای حفاظت از ملک محسوب شود. اگر مالک از ملک یا ساختمان و یا باغ خود اعراض کند و اعراض وی مسجل شده باشد، به‌نحوی که اعیان و عرصه فوق داخل در مباحات گردد، متصرف محسوب نمی‌شود.

انتقال مالکیت نیز دلیل بر تصرف نیست و خریدار تا زمان تحویل ملک، بنا یا ساختمان متصرف محسوب نمی‌شود. فروشنده‌ای که این‌گونه املاک و ساختمان‌ها را فروخته است لیکن هنوز آنها را تسلیم خریدار نکرده است، متصرف به حساب نمی‌آید. مالکی که صرفاً با تحفظ حق مالکیت،<sup>۲</sup> مالک قانونی محسوب می‌شود، متصرف جهت حفاظت از املاک و ساختمان‌ها شمرده نمی‌شود.

اگر عقد بیع یا عقود انتقالی دیگر باطل باشد یا نقل مالکیت معلق بماند ولی شیء به خریدار تحویل شده باشد، وی متصرف محسوب می‌شود، زیرا آنچه برای داشتن عنوان تصرف معتبر است سلطه فعلی بر املاک و ساختمان‌ها است، نه داشتن مالکیت. مالک در عقد مشروط به شرط فاسخ یا عقد معلق، تا هنگامی که موضوع عقد را تسلیم خریدار ننموده باشد، به‌عنوان متصرفی که دارای مسئولیت مدنی برای حفاظت از آنها می‌باشد، شمرده می‌شود.

مهندسین ناظر، عمران، تأسیسات برقی و الکترونیک، ساخت و ساز ساختمان‌ها و مقاطعه‌کاران مازامی که سازه، تأسیسات و نظایر آن را به مالک یا مآذون از طرف او تحویل نداده‌اند متصرف شمرده می‌شوند.<sup>۳</sup>

مستأجر تا آنجا که تسلط بر عین مستأجره دارد، متصرف محسوب می‌شود. بنابراین کارهایی نظیر پوشیدن چاه‌های آب، بستن پنجره‌ها و لوله‌های گاز و آب و غیره بر عهده او است. اگر مستأجر مسئول نگهداری عین مستأجره

## 2. Title Retention Clause.

۳. این موضوع عمومیت دارد و نه تنها در حقوق ایران و انگلیس بلکه در حقوق سایر کشورها نیز این‌گونه است. برای مثال به‌موجب ماده ۶۵۱ قانون مدنی مصر، مهندسین ساختمان‌ها و مقاطعه‌کاران تا ده سال در قبال ضرر و زیان‌های ناشی از خرابی و اخلال در ارکان ساختمان مسئولند. هیئت وزرای ایران نیز در اردیبهشت ماه ۱۳۸۵ مقرر نمود که سازندگان ساختمان‌ها تا ده سال مسئول باشند، ولی وجود چنین وظیفه‌ای خارج از قواعد کلی مسئولیت مدنی، هنوز محل تردید است.

باشد، تمام مسئولیت‌های مدنی وی در رابطه با اشخاص ثالث تا پایان زمان نگهداری و تحویل ملک به مالک یا نماینده قانونی وی به قوت خود باقی است. لازم نیست متصرف شخص حقیقی باشد، اشخاص حقوقی مانند شرکت‌ها، احزاب، مؤسسات علمی و پژوهشی، دانشگاهها و دولت یا سازمان‌های وابسته به آن نیز ممکن است به‌عنوان متصرف به حساب آیند.

فروشنده ساختمان که ضامن عیب مخفی موجود در ساختمان است نیز امکان دارد به‌عنوان متصرف محسوب شود.

ضرر و زیان و اموری که مرتبط با نفس ساختمان، ساخت و ساز، خرابی و ریزش آن نمی‌باشند، بلکه ناشی از امور دیگری هستند، معمولاً به‌عنوان مسئولیت ناشی از ساختمان محسوب نمی‌شوند؛ مثلاً چنانچه روغن یا جسم لغزنده‌ای بر سطح حیاط یا نردبان کسی ریخته شده باشد و باعث ورود ضرر گردد، ضرر و زیان حاصله ناشی از خرابی و عیب ساختمان محسوب نمی‌شود و داخل در قواعد عمومی مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. پس ضرر و زیان‌های ناشی از خرابی بالفعل بنا ملاک است نه امور دیگر، یا حتی آمادگی و قابلیت ریزش یا خرابی ساختمان و بنا.

در حقوق روم کسی که در معرض تهدید از تخریب ساختمان یا بنا قرار می‌گرفت حق داشت که رفع خطر را از متصرف درخواست نماید و چنانچه وی در این مورد تلاش شایسته و بایسته‌ای انجام نمی‌داد، می‌توانست با مراجعه به دادگاه، با استیلائی بر ساختمان یا بنای یاد شده ایراد آن را مرتفع سازد. قانون مصر نیز چنین مجوزی را برای اتخاذ تدابیر احتیاطی به کسی که در معرض خطر قرار گرفته، داده است.<sup>۱</sup> در این خصوص، قواعد کلی در حقوق ایران

۱. بند ۲ ماده ۱۷۷ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «کسی که در معرض ضرر و زیان ناشی از ساختمان است، می‌تواند از مالک، خواستار انجام اقدامات ضروری برای رفع خطر گردد و اگر مالک دست به چنین اقدامی نزند می‌تواند از دادگاه اجازه انجام این اقدامات را به حساب مالک، اخذ نماید».



وجود دارد و قواعد خاصی بر آن حکومت نمی‌کند. معمولاً هرگونه بلندی و پستی ایجاد شده در زمین، اعم از اینکه برای منظورهای ساختمانی و یا صنعتی یا حفر چاه و غیره باشد، در حکم بنا می‌باشد. خسارات ناشی از زیرسازی و پی‌ریزی ساختمان‌ها یا تخریب و تجدید بنای آن نیز خسارات مرتبط با ساختمان محسوب می‌شود. اما در نظام حقوقی ایران مسئولیت ناشی از آتش-سوزی در بنا و ساختمان‌ها امری جداگانه است.

به نظر می‌رسد این مقدمه برای شناخت متصرف کافی باشد، لیکن باز هم در قسمت دوم این نوشتار موضوع متصرف با دقت بیشتری در حقوق ایران و انگلیس بررسی خواهد شد.

## ۲-۱- رکن نبودن تقصیر در ورود ضرر

در حقوق قدیم فرانسه ارکان مسئولیت عبارت بود از:

الف) تقصیر؛

ب) ضرر؛

ج) رابطه سببیت بین تقصیر و ضرر.

اما کم‌کم تقصیر رنگ خود را باخت و از سیمای شخصی به لباس تقصیر نوعی در آمد. شاید مشکل بتوان نظریه بی‌پایه و اساسی مثل نظریه تقصیر در حقوق فرانسه را پیدا کرد که این همه بی‌ثبات بوده و در مدت زمان اندکی رنگ و بوی خود را باخته باشد. با این وجود، برخی از نویسندگان ایرانی نیز، به تصور اینکه حرف آخر حقوق مسئولیت مدنی در ایران را زده‌اند، از آن نظریات قدیمی تبعیت نموده و قانون ایران را بر این اساس تعبیر و تفسیر نموده‌اند. دیگران نیز بدون تحقیق و تعمق، از این نظریات پیروی کرده و آن را شرح و بسط داده‌اند.

پیش از این یادآور شدیم که حقوق فرانسه بر اساس نظریه تقصیر بنا شده بود، لیکن هم اکنون با آرای دادگاهها و تفاسیر به عمل آمده از قانون مدنی، تقصیر نوعی ملاک عمل قرار گرفته که در واقع پذیرش مسئولیت افرادی است که از دیدگاه نوعی مقصر شناخته می‌شوند، هر چند مرتکب هیچ‌گونه تقصیری نشده باشند.

در حقوق ایران، مسئولیت بر مبنای تقصیر بنا نشده است، تقصیر اشخاص در ورود ضرر یکی از مواردی است که رابطه سببیت را ثابت کرده و ایجاد مسئولیت مدنی می‌کند. این مطلب دقیقاً شبیه حقوق انگلیس است که در آن مسئولیت مدنی در نتیجه تقصیر<sup>۵</sup> پذیرفته شده و گسترش یافته است. برخی افراد در رساله‌های دکترای خود (دانشگاه شهید بهشتی) و برخی از تهیه‌کنندگان گزارش برای وزارتخانه‌ها (به‌ویژه وزارت امور خارجه ایران) مرتکب اشتباهی بزرگ شده و عنوان کرده‌اند که مسئولیت در حقوق انگلیس صرفاً بر پایه تقصیر می‌باشد، در حالی که هیچ‌گاه چنین مسئله‌ای در حقوق انگلیس مطرح نبوده و احراز تقصیر برای احراز نقض وظیفه است. مسئولیت مدنی ناشی از تقصیر، تقصیر را رکن قرار نمی‌دهد. در این نوع از مسئولیت، مانند سایر مسئولیت‌های مدنی، باید وظیفه محافظت و مراقبت وجود داشته و این وظیفه نقض شده و در نتیجه آن خسارتی حادث گردیده باشد. این وظیفه ممکن است در نتیجه تقصیر نقض شده باشد یا به علت دیگری؛ مسئولیت‌های مرتبط یا وظیفه‌هایی که در نتیجه تقصیر نقض شده‌اند به‌عنوان «Tort of Negligence» شناخته می‌شوند.

5. Tort of Negligence.

در حقوق ایران، ضرر باید متناسب به زیان‌زننده باشد و همین امر برای مسئولیت کفایت می‌کند و احتیاجی به اتکای به استحسان و امثال آن نبوده و نیست.

هر کس به دیگری ضرر وارد کند مسئول است، خواه تقصیر کرده یا نکرده باشد. پس کسانی که معتقدند «نمی‌توان برای کسی مسئولیت بدون تقصیر قائل شد یا برای اثبات تقصیر اماره قانونی ایجاد کرد»<sup>۷</sup> تفسیر قانون ایران را بر اساس گذشته‌های دور فرانسه و نه حتی ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه بنا نهاده‌اند که مطلوب طبع جامعه ایرانی نمی‌باشد.

## ۲- مسئولیت مدنی متصرفین املاک و ساختمان‌ها

در قانون مسئولیت مدنی متصرفین انگلیس<sup>۷</sup> مصوب ۱۹۵۷ میلادی تعریفی از متصرف به عمل نیامده است. لیکن منظور از متصرف شخصی است که کنترل ساختمان یا سازه را در اختیار دارد، نه اینکه به ضرورت متصرف فیزیکی آن باشد. در پرونده ویت علیه ای لکن<sup>۸</sup> دیوان عالی کشور انگلیس (مجلس اعیان) با توجه به اینکه مدیر هتل و مالکین مجتمعاً آن را در اختیار داشتند آنها را به-طور مشترک، به‌عنوان متصرف شناخت. در این پرونده لرد دینینگ<sup>۹</sup> متصرفین را به چهار دسته تقسیم کرد:

الف) مستأجری که همه اختیارات و کنترل ساختمان را به نیابت از مالک در اختیار دارد.

۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، الزام خارج از قرارداد، ضمان فهری، ج اول (مسئولیت مدنی)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، پاراگراف ۲۹۱.

7. Occupier's Liability.

8. *Wheat v. E. Lacon & Co. Ltd* [1966] Acc. 522.

9. Lord Denning.

- ب) مستأجری که قسمتی از ساختمان را در اختیار دارد و بقیه در اختیار مالک است و هریک به نسبت خود متصرف محسوب می‌شوند.
- ج) مالکینی که اجازه می‌دهند دیگران از ساختمان‌های آنان استفاده کنند، شخصاً متصرف شمرده می‌شوند.
- د) مقاطعه‌کارانی که کنترل کامل ساختمان را در اختیار دارند. پس امکان دارد که سازه، ساختمان یا عرصه، همزمان دارای چند متصرف باشد.

### ۲-۱- مسئولیت مدنی متصرفین نسبت به مراجعه‌کنندگان مجاز

چنانچه ورود به ساختمان‌ها و نزدیکی به سازه‌ها و داخل شدن در املاک با اجازه مالک یا قانون باشد، به فرد مأذون، «مراجعه‌کننده مجاز» گفته می‌شود. در حقوق ایران، قواعد عمومی مسئولیت مدنی نسبت به واردشوندگان مجاز و مأذونین به کار می‌رود. طبیعی است که واردشوندگان مجاز و غیرمجاز دارای حقوق و تکالیف متفاوتی نسبت به متصرف می‌باشند که بررسی آنها در اینجا ضروری است.

در حقوق انگلیس، مسئولیت مدنی متصرفین، در مورد مراجعه‌کنندگان مجاز، توسط قانون مسئولیت مدنی متصرفین مصوب سال ۱۹۵۷ میلادی معلوم و مشخص شده است. بر خلاف تصور برخی حقوقدانان ایران، قوانین موضوعه کشورهای کامن‌لو، اگر بیشتر از قوانین کشورهای حقوق نوشته نباشد، کمتر نیست. در حقوق نوشته، اصول کلی به شکل قانون ظهور می‌کند و قاضی بر اساس همان اصول کلی جزئیات را استنباط می‌نماید، اما در قوانین موضوعه کامن‌لو، اگر تمام جزئیات در قانون منعکس نشود، قاضی به صورت خودکار به طرف قواعد مذکور در پرونده‌ها<sup>۱۰</sup> کشیده می‌شود. این است که قانونگذاران

10. Case Laws.

کامن لو معمولاً همه جزئیات را در قوانین موضوعه مطرح می‌کنند به نحوی که حجم این قوانین نسبت به قوانین کشورهای حقوق‌نویسته، بسیار بیشتر است. بر اساس سیستم حقوقی انگلیس، اگر شهرداری ملکی را وفق مقررات قانونی تملک نماید و مالک قبلی از ملک خارج شود و ملک تخلیه گردد، شهرداری متصرف شمرده می‌شود،<sup>۱۱</sup> چون در موقعیت مناسب‌تری است تا از ملک محافظت کند.

قانون مسئولیت مدنی واردشوندگان مجاز مصوب ۱۹۵۷ در موارد زیر اعمال می‌شود:

الف) خسارت وارده به تمامیت جسمی افراد و ضرر و زیان به اموال اشخاص.

ب) این قانون، هرچند صراحت ندارد، شامل «وظیفه مرتبط با متصرف» و «وظیفه مرتبط با اقدامات» می‌شود. این تمایز نیز مهم نیست، زیرا به محض اینکه «وظیفه» مراقبت محرز گردد، استاندارد «مراقبت و محافظت» برای هر دو یکی است.

مراجعه‌کننده مجاز به همه کسانی گفته می‌شود که دعوت شده‌اند، یا جواز ورود دارند، یا به موجب قرارداد وارد می‌شوند و مقررات قراردادی در مورد محافظت و مراقبت از آنها ساکت است.<sup>۱۲</sup> اشخاصی که به موجب قانون وارد ملکی می‌شوند نیز مراجعه‌کننده مجاز شناخته می‌شوند.<sup>۱۳</sup> اما کسانی که از حق قانونی عبور استفاده می‌کنند<sup>۱۴</sup> یا دارای حق عبور از ملکی می‌باشند،<sup>۱۵</sup> به عنوان مراجعه‌کننده مشمول قانون ۱۹۵۷ نمی‌شوند.

11. *Harris v Birkenhead Corporation* [1976] 1 WLR. 279.

12. Occupancy Duty.

13. Activity Duty.

۱۴. بند یک ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی متصرفین ۱۹۵۷ انگلیس.

۱۵. بند شش ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی متصرفین ۱۹۵۷ انگلیس.

اشخاصی که به طور قانونی حق عبور خصوصی از ملکی را دارا می‌باشند، به‌عنوان مراجعه‌کننده به‌شمار نمی‌آیند و لذا مشمول قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۹۵۷ نمی‌شوند.<sup>۱۶</sup> در حال حاضر، چنین افرادی تابع قانون مسئولیت مدنی متصرفین مصوب سال ۱۹۸۴ هستند<sup>۱۷</sup> و معیار وظیفه مراقبت مذکور در این قانون در مورد آنها اعمال می‌شود.

کسانی که دارای حق عبور از ملکی می‌باشند به‌عنوان مراجعه‌کننده محسوب نمی‌گردند،<sup>۱۸</sup> و گفته شده است که حتی قانون ۱۹۸۴ نیز شامل حال آنها نمی‌شود؛<sup>۱۹</sup> زیرا بند هفت ماده ۱ همان قانون این اشخاص را استثنا کرده است. بنابراین، هرگونه وظیفه مراقبت از آنها را باید در حقوق کامن‌لو جستجو کرد. مالک زمینی که مردم به‌عنوان راه عبور عمومی از آن استفاده می‌کنند، به خاطر «سهل‌انگاری ناشی از ترک فعل» مسئولیتی نسبت به اشخاصی که از آن استفاده می‌کنند ندارد.<sup>۲۰</sup>

امکان دارد اجازه ورود به املاک یا ساختمان‌ها ضمنی باشد؛ شخصی که مدعی است به‌طور ضمنی اجازه ورود یافته است باید ادعای خود را ثابت کند. در کشورهای اروپایی معمولاً مجوز ضمنی متصرف برای واردشونده به ملک جهت تبلیغ خدمات و تجارت شخصی وجود دارد. اگر متصرف از اینگونه افراد بخواهد تا ملک را ترک کنند، باید مهلت متعارف و معقولی جهت ترک محل به آنها داده شود. پس از انقضای این مهلت چنین افرادی به‌عنوان واردشونده غیرمجاز و متجاوز محسوب می‌گردند. در این صورت می‌توان از

16. *Holden v. White* [1982] 2 WLR 1030.

17. Section (1) (a).

18. *Greenhalgh v. British Railways Board* [1969] 2. B 286.

19. *Negligence Nonfeasance*.

20. *Mc Geown v. NI Housing Executive* [1994] 3 All E R 53.

نیروی مناسب برای اخراج آنها استفاده کرد. فرض مجوز ضمنی ورود را می‌توان با قرار دادن تابلوی اخطار که به طور صریح ورود افرادی نظیر فروشندگان دوره‌گرد و مبلغین سیاسی را منع می‌کند منتفی نمود.

در گذشته که وظیفه متصرف نسبت به واردشوندگان غیرمجاز و متجاوزین محدود به ورود صدمه عمدی یا در نتیجه بی‌احتیاطی بود، مفهوم «مجوز ضمنی ورود» اهمیت به‌سزایی داشت. به هر حال، موفقیت یا عدم موفقیت طرح دعوا بستگی به این دارد که آیا خواهان و مدعی وجود مسئولیت مدنی، تحت عنوان متجاوز تلقی می‌گردد یا خیر.

گاهی در برخی از پرونده‌هایی که ضروری باشد، دادگاه‌ها قائل به مجوز ضمنی ورود می‌شوند.

اگر کسی مجوز ورود به سالن پذیرایی را داشته ولی مجوز استفاده از سونا را نداشته باشد، در صورت ورود، در مورد اول مراجعه‌کننده مجاز و در مورد دوم غیرمأذون محسوب می‌شود. اذن در شیء فقط اذن در لوازم آن است و لا غیر<sup>۲۱</sup> آن هم در همان دوره زمانی و برای همان منظوری که اجازه داده شده است. چنانچه افراد آشنای با خواننده در زمینی عبور کنند، به‌طوری که مالک قلباً راضی باشد، ورود این افراد، با مجوز ضمنی شمرده می‌شود و غیرمأذون به-شمار نمی‌آیند.<sup>۲۲</sup>

وظیفه مراقبت و محافظت، در بند دو ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی سال ۱۹۵۷ آورده شده است:

«وظیفه عمومی مراقبت آنچنان وظیفه‌ای است که در اوضاع و احوال مختلف معقول و متعارف برای امنیت و سلامت مراجعه‌کننده در استفاده از

21 The Cal Garth [1927] p.93.

22. For example see: *Lowery v. Walker* [1911] AC 10.

اعیان و عرصه است برای همان منظورهایی که به آنجا دعوت شده یا اجازه ورود گرفته است».

در موارد ویژه، مثل کودکان، اعیان و عرصه باید برای امثال آنها دارای ایمنی باشد؛<sup>۲۳</sup> پس اگر در حیاط یا پارک درخت سمی وجود داشته باشد محل برای کودکان غیرممیز به اندازه کافی ایمن نیست.<sup>۲۴</sup> در اینگونه موارد باید دور درخت حصاری کشیده شده و اخطار مؤثری هم در این خصوص داده شده باشد، در غیر این صورت متصرف مسئول خواهد بود.

به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز مانند حقوق انگلیس، زمین‌های بازی پارک‌های عمومی و خصوصی و باغچه‌ها باید برای کودکان امن باشد. پس اگر گودالی در آنجا باشد،<sup>۲۵</sup> یا سیم برق بدون پوشش در آنجا رها شده باشد متصرف به‌طور قطع مسئول خواهد بود. متصرف در اینجا کسی است که کنترل آن محل را در اختیار دارد. اگر کسی صرفاً مسئول آبیاری چمن‌ها باشد و کودکی در اثر برخورد با برق کشته شود یا صدمه ببیند، متصرف مسئول است نه کسی که کنترل باغچه یا پارک را در دست نداشته و صرفاً به امور آبیاری اشتغال داشته است.

دقت نظر قضات انگلیسی<sup>۲۶</sup> را در پرونده‌ها کمتر می‌توان در مورد پرونده‌ها و دعاوی ایرانی ملاحظه کرد. باید در مورد اشیاء و وسایل رها شده در مکان‌هایی که در دسترس عموم می‌باشند نیز دقت لازم را مبذول داشت، در غیر این صورت ممکن است متصرف مسئول قلمداد شود. در یک پرونده، متصرف

۲۳. بند ۳ (ب) ماده دو قانون مدنی مسئولیت مدنی ۱۹۵۷.

24. *Glasgow Corporation v. Taylor* [1992] 1 AC 44.

25. For example see: *Phipps v. Rochester Corporation* [1955] 1 K. B. 450.

۲۶. نظر برخی قضات را در تعدادی از پرونده‌ها در مباحث بعدی خواهیم دید.



قایق رها شده در پارک، که کودکان از طریق جک زدن و بلند کردن آن به بازی مشغول شده و در نتیجه بی احتیاطی و بی مبالاتی کودکان خسارت به آنها وارد شده بود، مسئول شناخته شد.<sup>۲۷</sup>

بهموجب بند ۳ (ب) ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی ۱۹۵۷، از متصرف انتظار می رود که خطرات موجود در محل هایی را که در تصرف وی می باشد شناسایی کرده و اقدامات شایسته ای معمول دارد تا مراجعه کنندگان در ایمنی و سلامت باشند؛ خواه این مراجعه کنندگان مدعو بوده یا از طریق قانونی، مثل آتش نشان ها، وارد شده باشند.

بهموجب بند ۴ (ب) ماده ۲ قانون مذکور:

«هنگامی که در نتیجه خطرات ناشی از اشتباه در ساخت ساختمان یا نگهداری یا تعمیرات توسط مقاطعه کار مستقل، به یک مراجعه کننده صدمه ای وارد می شود، متصرف پاسخگوی آن خطرات نیست، مشروط بر اینکه در همه اوضاع و احوال در واگذاری کار به مقاطعه کار مستقل صالح، به طور متعارف عمل کرده باشد، و همچنین مشروط بر اینکه در صورت ضرورت اقداماتی معمول داشته باشد که خودش به طور متعارف قانع شده که مقاطعه کار، برای انجام آن کار صالح بوده است و کار هم به طور صحیحی انجام گرفته است».

در اینجا باید نکاتی چند در مورد این ماده را که برای تغییر موضع یک قاعده در حقوق کامن لو (که بهموجب آن متصرف نمی توانست وظایف مربوط به مراقبت از برخی مراجعه کنندگان خاص را بر دوش دیگری بگذارد) وضع شده، عنوان کرد. بدیهی است که در این سیستم حقوقی نمی توان با واگذاری کار به یک مقاطعه کار مستقل از این وظیفه و مسئولیت، مگر در موارد خاص، فرار کرد.

27. *Jolly v. Sutton Borough Council* [2000] 3 ALL ER 409.

در موارد خاص، هنگامی که شرایط لازم وجود داشته باشد، امکان تبری از این وظیفه وجود دارد.

با این توصیف:

الف) موضوع پرونده باید در حیطه این ماده باشد؛ یعنی اینکه این ماده فقط در مورد «تقصیر در ساخت، نگهداری و تعمیر است». هنگامی که موضوع پرونده خارج از این حیطه است قواعد کامن لو حاکم بر آن خواهد بود.

ب) باید کار به یک مقاطعه کار مستقل، متعارف و منطقی واگذار شود. هر چه موضوع تخصصی تر و تکنیکی تر باشد، احتمال معقول و متعارف بودن واگذاری به متخصص بیشتر است. در این رابطه وضعیت متصرف نیز باید ملحوظ نظر قرار گیرد.

اگر متصرف فردی عادی و بدون تخصص باشد، اغلب کارها به طور متعارفی به مقاطعه کار مستقل واگذار می شود. البته در رابطه با متصرفانی نظیر ادارات محلی و شهرداری، موقعیت ممکن است متفاوت باشد. در مورد این گونه اشخاص امکان دارد معیار دقیق تری در نظر گرفته شود.

پ) متصرف باید اقدامات متعارفی را برای بررسی صلاحیت انجام کار مورد نظر توسط مقاطعه کار معمول دارد. از یک فرد عامی انتظار نمی رود که بتواند صلاحیت چندانی در این مورد اعمال نماید، به جز این که با اتحادیه شغلی مربوطه مشورتی داشته باشد. ممکن است لازم باشد شرکت های بزرگ و ادارات محلی تلاش های وسیع تری در راستای تعیین مقاطعه کار صلاحیت دار معمول دارند.

ت) متصرف باید اقدامات متعارفی را برای بررسی این که کار به طور صحیح انجام گرفته است یا خیر معمول دارد. در مورد کارهای بسیار فنی، برگزیدن یک مقاطعه کار صلاحیت دار ممکن است برای انجام این وظیفه کافی باشد.

در حقوق ایران چنین تفکیک‌هایی صورت نگرفته است و قواعد و اصول کلی در هر مورد اعمال می‌شود که البته امکان دارد نتیجه دعوا، شبیه با حقوق انگلیس باشد، زیرا هر دو از اصول مشابهی بهره می‌برند و مسبب را مسئول می‌شناسند. حقوق انگلیس مسبب‌ها را از قبل مشخص کرده، حال آنکه در حقوق ایران این مسبب‌ها از قبل مشخص نیستند.

همانند حقوق ایران که شرح آن خواهد آمد، به موجب بند ۴ (ب) ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی ۱۹۵۷ انگلستان:

«هنگامی که در نتیجه خطری که متصرف راجع به آن اخطار و تحذیر داده ضرری به مراجعه‌کننده وارد شود، اخطار و تحذیر نباید به‌عنوان عامل تبرئه‌کننده متصرف از مسئولیت محسوب گردد، مگر اینکه در تمامی اوضاع و احوال مربوطه آن اخطار و تحذیر به اندازه‌ای صریح، مفید و کافی بوده که مراجعه‌کننده به‌طور متعارف و معقول بتواند امنیت داشته باشد».

در حقوق انگلیس کسی که اقدام به ضرر خود می‌کند، همانند حقوق ایران، نمی‌تواند از متصرف تقاضای پرداخت خسارت کند. بند ۵ ماده ۲ قانون مذکور استثنای قاعده «اقدام به ضرر خود» را به تصویر می‌کشد. وظیفه عمومی مراقبت و مواظبت راجع به کاری که مراجعه‌کننده با رغبت و میل آن را پذیرفته است، وظیفه‌ای بر متصرف تحمیل نمی‌کند. این استثنا مشمول قاعده «اقدام به ضرر خود» می‌باشد.<sup>۲۸</sup> مدعی و خواهان باید داوطلبانه اقدام کرده باشند، بنابراین، کسی که چاره‌ای جز ورود به ملک مورد نظر (یا انجام اقدام خاص) ندارد، به‌عنوان داوطلب و اقدام‌کننده به ضرر خود محسوب نمی‌شود.

۲۸. این موضوع را به زودی بررسی خواهیم کرد.

در حقوق انگلیس صرف اطلاع از وجود خطر، به‌عنوان استثنا و دلیل رفع مسئولیت در دادگاه شمرده نمی‌شود که این مهم با حقوق ایران مشابهت دارد. به همین منوال اگر شخصی خود در ورود ضرر و یا گسترش آن شریک باشد در مسئولیت نیز شریک خواهد بود.<sup>۲۹</sup> اگر کسی در اثر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در ورود ضرر یا گسترش آن کمک کند، تا همان حد، شخصاً مسئول است. در مورد وظیفه عمومی مراقبت و مواظبت، اوضاع و احوال مراجعه‌کننده از جمله مرتبه و درجه مراقبت معمولی و مورد نیاز مراجعه‌کننده مجاز را باید مورد توجه قرار داد.

شرط عدم مسئولیت را در برخی موارد نمی‌توان بر علیه مراجعه‌کننده مطرح نمود. اصل بر این است که امکان شرط عدم مسئولیت وجود دارد، اما استثنائاتی در این مورد وجود دارد. متصرف املاک اصولاً در قبال تمامی مراجعه‌کنندگان همان وظیفه عمومی مراقبت و مواظبت را به عهده دارد، مگر در مواردی که او آزادانه از راه توافق یا وسیله دیگری وظیفه فوق را نسبت به مراجعه‌کننده یا مراجعه‌کنندگان استثنا کرده یا گسترش داده باشد. به عبارت دیگر، او می‌تواند این وظیفه را «محدود کرده یا تعدیل کند». منظور از عبارت «توافق یا وسیله دیگری» این است که وظیفه مراقبت و مواظبت ممکن است با شروط قراردادی و یا اختطاری که به مراجعه‌کننده داده شده است، استثنا یا تعدیل شود.

البته متصرف برای استثنا کردن و تعدیل مسئولیت خویش با محدودیت‌هایی روبه‌رو است. این استثنائات در حقوق انگلیس به شرح ذیل است:

29 Contributory Negligence.

الف) اولین استثنا قانون شروط ناعادلانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ است. این قانون وقتی اعمال می‌شود که ساختمان برای منظوره‌های تجاری استفاده می‌شود، به نحوی که در بند ۳ ماده ۱ تعریف شده است. در اینجا منظوری که ساختمان برای آن استفاده می‌شود مهم‌تر و بیشتر مورد نظر است تا شخص مراجعه‌کننده به آن. تجارت و منظوره‌های تجاری شامل فعالیت‌های شغلی و پیشه‌های مختلف و اقدامات حکومت و ادارات محلی نیز می‌شود.

این قانون شامل مجوزهایی که به منظور تفریح و تعلیم و تربیت داده می‌شوند نمی‌گردد، مگر اینکه این مجوزها در زمره مقاصد تجاری متصرف قرار گیرند (ماده ۲ قانون مسئولیت مدنی متصرفین مصوب ۱۹۸۴).

متصرف نمی‌تواند مسئولیت‌های مربوط به فوت و صدمه‌های ناشی از بی‌احتیاطی را استثنا کند (بند ۱ ماده ۲). هرگونه تلاش برای استثنای مسئولیت راجع به اموال هم مشروط به رعایت معیار متعارف و معقول بودن آن استثنا است (بند ۲ ماده ۲). صرف این حقیقت که شخصی از شرط استثنای مسئولیت یا اخطار مطلع است، بدین معنی نیست که او به‌طور داوطلبانه خطر و ضمان مربوطه را پذیرفته است (بند ۳ ماده ۲).

ب) متصرف حق ندارد مسئولیت خود را نسبت به افرادی که به‌موجب حق قانونی وارد ملک می‌شوند استثنا نماید.

پ) اگر قبول کنیم که وظیفه مراقبت از متجاوزین به املاک، یک حداقل استاندارد دارد که این حداقل قابل استثنا نیست، در این صورت به طریق اولی حداقل استاندارد مذکور را نمی‌توان نسبت به مراجعه‌کنندگان مجاز نیز استثنا کرد.<sup>۳۰</sup>

30. See: Liability to Trespassers.

ت) بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌دارد، هنگامی که متصرف به موجب قرارداد ملزم است اجازه دهد غریبه‌ها وارد ملک شوند یا از آن استفاده کنند، مسئولیت مراقبت از آنها، به‌عنوان مراجعه‌کننده مجاز، را نمی‌توان محدود یا استثنا کرد. مالکی که کنترل قسمت‌های عمومی ساختمان، مثل راه پله‌ها، را به عهده دارد و در قرارداد اجاره استثنایی نسبت به مستأجر قائل شده، نمی‌تواند مسئولیت مدنی خود نسبت به مراجعه‌کنندگان به مستأجر را با توجه به شرط مذکور در قرارداد اجاره، استثنا نماید.

این‌گونه استثنائات در حقوق ایران مطرح نشده است، ولی تا آنجایی که به حقوق قراردادی مرتبط می‌شود امکان استثنا وجود دارد، به‌نحوی که تمامیت جسمی و حیثیت و شخصیت افراد تحت‌الشعاع قرار نگیرد.

## ۲-۲- مسئولیت مدنی متصرفین نسبت به مراجعه‌کنندگان غیرمجاز

بر خلاف ظاهر حقوق ایران، در حقوق انگلستان برای واردشونده غیرمجاز به املاک دیگران نیز حقوق ویژه‌ای قائل شده‌اند. واردشونده غیرمجاز به کسی اطلاق می‌شود که بدون هرگونه دعوتی وارد ملک دیگری می‌شود. امکان دارد مالک یا متصرف، متوجه حضور او در آن ملک نبوده یا در صورت اطلاع، نسبت به حضور وی معترض باشد.

قبلاً در کامن‌لو، توجه خاصی به واردشونده غیرمأذون نمی‌شد. وظیفه اصلی مالک، مانند حقوق فعلی ایران، محدود بود به اینکه از روی عمد و قصد به غیرمأذون ضرری وارد نکند.<sup>۳۱</sup> این قاعده تا زمان تصمیم دادگاه پژوهش (یعنی سال ۱۹۷۲ میلادی) در پرونده بریتیش ریل وی برد علیه هارینگتون<sup>۳۲</sup> به-عنوان قانون به‌شمار می‌آمد. تا قبل از این پرونده، دادگاه‌های انگلیس مجبور

31. *Addie v. Dumbreck Collieries* [1992] A. C. 358.

32. *British Railways Board v. Harrington* [1972] A. C. 877.

بودند برای اجرای عدالت به تفاسیر موسع و فرض‌های قانونی متوسل شوند؛ مثلاً برای مسئول شناختن مالک، فرض وجود مجوز ضمنی مالک را مطرح می‌کردند یا کودکان را به‌عنوان متجاوز محسوب ننموده، بلکه آنها را به‌عنوان مراجعه‌کننده مجاز، که حکم خاص خود را داشت، به‌شمار می‌آوردند. در پرونده فوق مجلس اعیان انگلیس وظیفه جدیدی را به عهده مالکین گذاشت؛ به‌موجب تصمیم اعضای این دادگاه متصرف وظیفه دارد در مورد واردشوندگان غیرمأذون نیز، حقوق انسانیت و بشریت را مراعات کند. متصرفی که از حضور غیرمأذون در حیطه تصرف خود مطلع است، وظیفه دارد تا حقوق راجع به تمامیت جسمی مراجعه‌کننده غیرمأذون فوق را مراعات کند. از آنجا که این وظیفه متصرف یک وظیفه درون ذاتی و ذهنی شمرده می‌شد که حالت و وضعیت متصرف را برای احراز آن مورد توجه قرار می‌داد، مورد انتقاد شدید قرار گرفت و لذا جهت بررسی به کمیسیون حقوقی ارجاع شد؛ به این ترتیب نظریه کمیسیون حقوقی<sup>۳۳</sup> پایه و مبنای قانون مسئولیت مدنی واردشوندگان غیرمأذون مصوب سال ۱۹۸۴ میلادی انگلیس قرار گرفت.

قانون مسئولیت مدنی متصرفین، نسبت به واردشوندگان غیرمأذون فوق در

موارد زیر اعمال می‌شود:

- ۱- واردشوندگان غیرمجاز.
- ۲- متجاوزین به املاک.
- ۳- واردشوندگان به پارک‌های ملی و حومه شهرها.
- ۴- اشخاص که به طریق قانونی از راه اختصاصی دیگران استفاده و عبور می‌کنند.

33. Law Commission, No. 75 Cmnd 6428.

این قانون هم شامل ضرر و زیان وارده از ملک به دیگران می‌شود و هم ضرر و زیان‌های ناشی از اقداماتی که در آن ملک انجام می‌شود، اعم از اینکه این اقدامات ایجابی باشد یا سلبی، را در بر می‌گیرد.

با وجود این، متصرف ملک تنها در موارد ذیل در قبال واردشوندگان غیرمجاز مسئول خواهد بود:

اولاً- متصرف از وجود خطر در ملک تصرفی خود مطلع بوده یا قراین و شواهدی موجود باشد که وی اعتقاد به وجود خطر برای افراد واردشونده پیدا کند.

البته این یک معیار شخصی و درون ذاتی است که در ماده ۱ قانون سال ۱۹۸۴ آمده است.

ثانیاً- متصرف شخصاً مطلع باشد که ممکن است افراد در املاک یا ساختمان‌های وی در خطر باشند یا در معرض خطر قرار گیرند.

ظاهراً این حالت نیز حکایت از معیاری شخصی و درون ذاتی برای تشخیص مسئولیت مدنی متصرف دارد.

ثالثاً- خطر موجود در ساختمان یا ملک از نوعی باشد که مردم به‌طور معقول و متعارف از متصرف انتظار دارند تا آن را رفع کند یا اجازه ندهد که باعث ورود ضرر به دیگری شود.

این معیار تشخیص مسئولیت مدنی، معیاری نوعی و برون ذاتی است. به-عبارت دیگر، مسئولیت متصرف در این مورد، بستگی به این دارد که آیا مردم وی را مسئول می‌شناسند یا خیر؟

تفاوت این دو معیار (شخصی و نوعی) در این است که در معیار اول، متصرف در صورتی مسئول است که عالمانه و عامدانه چشم خود را بر روی خطر بسته و از ورود ضرر به دیگری جلوگیری نکند. اما در معیار دوم اقدام



خود شخص متصرف مهم نیست، بلکه برداشت مردم از اقدامات سلبی یا ایجابی اوست که مشخص می‌کند آیا اقدام وی از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی صورت گرفته است یا خیر؟

به هر حال، از ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۹۸۴ انگلیس می‌توان چنین استنباط کرد که اگر متصرف به‌طور معقول و متعارف بر این باور است که خطری برای دیگران (افراد غیر مأذون) وجود دارد یا احتمال ورود افراد غیرمأذون می‌رود، دارای مسئولیت مدنی خواهد بود.

ظاهر حقوق فعلی ایران، شبیه حقوق انگلیس قبل از ۱۳۵۰ هجری شمسی است. به نظر می‌رسد مسئولیت متصرف در قبال افراد غیرمجاز محدود است به اینکه عمداً ضرری به واردشوندگان غیرمجاز وارد نکند. اما هنگامی که به اصول کلی اسلامی توجه خاص معطوف می‌شود، در این‌گونه موارد که احتمال ورود افراد غیرمجاز وجود دارد، نبایستی سبب ورود ضرر به آنها فراهم شود و الا متصرف همانند حقوق انگلیس مسئول خواهد بود. به عبارت دیگر، در حقوق ایران مانند حقوق انگلیس،<sup>۳۴</sup> یک وظیفه انسانی وجود دارد که مطابق آن در اوضاع و احوال پرونده، منطقی و متعارف است که با واردشوندگان غیرقانونی، که یا به اجبار یا به اشتباه یا به دلیل دیگری وارد ملک شده‌اند، از طریق خطرات موجود صدمه‌ای وارد نشود.<sup>۳۵</sup>

در حقوق انگلیس، چنانچه کسی برای دفاع از وسایل موجود در ساختمان یا املاک مبادرت به ضرب و جرح کسی نماید لیکن این دفاع متناسب با حمله

۳۴. بند ۴ ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۹۸۴ میلادی.

۳۵. در حقوق اسکاتلند به موجب قانون مسئولیت مدنی متصرفین سال ۱۹۶۰ میلادی، متصرف باید نسبت به همه واردشوندگان، اعم از مجاز و غیرمجاز، اصول ایمنی را رعایت کند.

نباشد، مثل اینکه از روزنه در به طرف سارق بالقوه شلیک شود،<sup>۳۶</sup> ضارب نسبت به سارق بالقوه دارای مسئولیت مدنی است؛ البته، به علت دخالت سارق بالقوه در ورود ضرر به خویش مسئولیت ضارب (متصرف ملک) به تناسب تقلیل می‌یابد. ظاهراً همین موضوع نیز در حقوق ایران صادق است، به‌ویژه که سارق بالقوه وارد ملک نشده و صرفاً مبادرت به اقدامات اولیه برای شکستن حرز کرده باشد.

البته هتک حرمت منازل و املاک غیر، در حقوق ایران<sup>۳۷</sup> مانند حقوق انگلیس، جرم است، ولی انجام این جرم متصرف و مالک را برای ورود ضرر به متهم، متجاوز و یا مجرم مجاز نمی‌دارد، مگر در حد دفاع مشروع که شرح آن در کتب حقوقی آمده است.

به‌موجب بند ۵ ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی متصرفین مصوب ۱۹۸۴ انگلیس، متصرف می‌تواند از قبل به واردشوندگان غیرمجاز اخطار و هشدار دهد که در صورت ورود چه خطراتی آنها را تهدید می‌کند. اگر کسی به متجاوزین بالقوه، اخطار و هشدار دهد که در اوضاع و احوال پرونده معقول و متعارف تلقی گردد، امکان دارد از مسئولیت مدنی برای صدمات بدنی و خسارات وارده مبرا شود. اخطار باید مؤثر در مقام بوده و با توجه به سن و سال و وضعیت واردشونده به منازل یا املاک باشد؛ اخطاری که برای یک بزرگسال باسواد کارآیی دارد ممکن است برای دیگران، به‌ویژه کودکان، به‌عنوان هشدار به‌شمار نیاید و مسئولیت متصرف را منتفی نسازد.

36. *Reville v. Newbery* (1996) ALL ER 291.

۳۷. مواد ۶۹۰ تا ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی.

همانند حقوق انگلیس، در حقوق ایران نیز قاعده هشدار و اخطار وجود دارد؛ به موجب این قاعده هر گاه عامل زیان اقداماتی را انجام داده باشد که مخاطب<sup>۳۸</sup> را از خطر موجود یا خطر قریب الوقوع دور نگه دارد، ولی طرف مقابل به رغم صریح، مفید و کافی بودن تحذیر خود را در معرض ضرر و زیان قرار داده باشد، به نحوی که عامل زیان قادر به جلوگیری از ورود ضرر به وی نباشد، عامل زیان مسئول نمی‌باشد. به موجب این قاعده، هشداردهنده مخاطب را از وجود خطر آگاه می‌سازد و در این خصوص هیچ‌گونه قصد فعل و یا قصد نتیجه ندارد.

همانند حقوق انگلیس، صرف تحذیر رافع ضمان نیست، بلکه باید به مخاطب مهلتی داده شده باشد تا خود را از خطر دور کند یا در معرض خطر قرار ندهد.

هشدار باید بر حسب موقعیت مخاطب به نحوی داده شود که کاملاً به اطلاع وی رسیده شود؛ اگر هشدار صوتی است آن را بشنود و اگر دیداری است آن را به خوبی ببیند و اگر امواج است قادر به درک آن باشد. همچنین تحذیر و هشدار باید مؤثر و مفید باشد. اگر ایجاد مانع بعد از ورود مخاطب به منطقه خطر باشد، ایجاد آن مانع به عنوان هشدار مؤثر و مفید شمرده نمی‌شود؛ مثلاً در خیابانی که ورود به آن خطر آفرین می‌باشد اگر بعد از ورود وسیله نقلیه به خیابان، راه مسدود شده باشد تحذیر مفید صورت نگرفته است. اگر علامت‌های نوشتاری به نحوی باشد که فرد در معرض خطر نتواند آن را بخواند، این‌گونه علامت‌ها اخطار به معنای تحذیر از خطر شمرده نمی‌شوند. اگر اخطار با ارسال امواج باشد، باید فرد در معرض خطر قادر به گرفتن آن امواج و فهم و تفسیر آن باشد و الا تحذیر صورت نگرفته است.

۳۸. اعم از مدعو یا واردشونده غیرمجاز.

اگر مخاطب هشدار و تحذیر از وجود خطر مطلع شود و هشداردهنده نیز بتواند ثابت کند که در حد متعارف هشدار داده است، باز هم تحذیر، رافع مسئولیت مدنی نیست، مگر اینکه اجتناب از خطر توسط مخاطب تحذیر نیز امکان داشته باشد. توضیح اینکه اگر زمان برای فرار لازم است، فرصت کافی برای مخاطب موجود باشد و چنانچه قدرت جسمی برای اجتناب از خطر ضرورت دارد وی آن توان را داشته باشد. مخاطب هشدار باید با توجه به زمان و مکان و قدرت و توانایی خود بتواند در آن شرایط و اوضاع و احوال خود را از خطر دور سازد و مانع غیر قابل دفع یا رفع نیز برای دور شدن وی از خطر وجود نداشته باشد.

هشدارهای قانونگذار هم از موارد رافع ضمان هستند، مانند ماده ۴ و تبصره ۳ آن از قانون ایمنی راهها و راه‌آهن ایران و مواد ۹ و ۱۰ آن قانون<sup>۳۹</sup> که تا حدودی از عامل زیان سلب مسئولیت کرده‌اند.

۳۹. قانون ایمنی راه مصوب ۱۳۴۹/۳/۳۰ چنین مقرر می‌دارد:

ماده ۴- ورود و عبور عبابرین پیاده و انواع وسائل نقلیه غیرمجاز و عبور دادن دام در شاهراهها و همچنین توقیف وسائط نقلیه در خطوط عبور ممنوع است.

هرگاه به جهات مذکور حادثه‌ای واقع شود که منجر به ضرب یا جرح یا قتل یا خسارت مالی شود راننده مجاز که وسیله نقلیه او مجاز به حرکت در شاهراه باشد نسبت به موارد فوق مسئولیتی نخواهد داشت. ولی در هر حال مکلف است در صورت بروز حادثه وسیله نقلیه را در شانه سمت راست متوقف نموده و مصدوم را با وسیله نقلیه خود یا وسیله دیگر بلافاصله به اولین درمانگاه یا بیمارستان برساند و مراتب را به مأمورین انتظامی اطلاع دهد. عدم مسئولیت راننده مذکور مانع استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود.

تبصره ۳ (الحاقی ۱۳۶۷/۱۰/۱۷)- مأمورین سازمان‌های دولتی و انتظامی و یا افرادی که به سبب ضرورت جهت انجام مأموریت و ارائه خدمات در سطح یا حاشیه بزرگراهها به‌صورت پیاده تردد یا

برخی مواقع هشدار قانونگذار تنها، مخاطب را از طرح دعوای کیفری منع می‌کند ولی امکان دارد از باب مسئولیت مدنی و بیمه قادر به طرح دعوای مسئولیت مدنی باشد.<sup>۴۰</sup>

توقف می‌نمایند با رعایت ضوابط ایمنی در صورت بروز حادثه از شمول حکم ماده ۴ مستثنی می‌باشند و مسئولیت راننده مقصر وسیله نقلیه مجاز که منجر به تصادف شده است، به قوت خود باقی است. ماده ۹- عبور از روی خطوط راه‌آهن و ورود در محوطه ایستگاه‌ها و کارخانه‌ها و تأسیسات فنی راه‌آهن به استثنای سکوهای مسافری و امکان و گذرگاهها و معابر مجاز واقع در ایستگاه‌ها و در طول خطوط ممنوع است جز برای آن عده از مأمورین راه‌آهن که بر حسب وظیفه مجاز به ورود و عبور می‌باشند و در صورت تخلف و بروز حادثه راه‌آهن دولتی ایران مسئول نخواهد بود.

ماده ۱۰- عبور هرگونه وسیله نقلیه اعم از موتور و غیرموتوری از یک طرف خط آهن به طرف دیگر در غیر محل‌های مجاز ممنوع است و متخلف از این امر مسئول هرگونه پیشامد و خسارت وارد می‌باشد.

۴۰. ماده ۸ قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرایم رانندگی مقرر می‌دارد:

«در صورتی که عابر پیاده در عبور از سواره‌رو معابر و خیابان‌ها جز از نقاطی که خط‌کشی شده و مخصوص عبور عابر پیاده است (محل مجاز) از محل دیگری (محل‌های غیرمجاز) عبور نماید متخلف شناخته می‌شود و مکلف به پرداخت جریمه مقرر در آیین‌نامه می‌باشد و در صورتی که در این قبیل نقاط غیرمجاز وسیله نقلیه موتوری یا عابر پیاده تصادف نماید، راننده وسیله نقلیه در صورتی که کلیه مقررات راهنمایی و رانندگی را رعایت نموده باشد مسئول شناخته نمی‌شود. عدم مسئولیت راننده مانع استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود» (مصوب ۱۳۵۰/۳/۳). تبصره: «در شهر تهران در خیابان‌هایی که به وسایل ایمنی عبور عابر پیاده مجهز شده باشد و به وسیله شهرداری برای اطلاع عامه آگهی شود عابر پیاده مکلف است فقط از محل‌های مخصوص عابر پیاده عبور کند در غیر این صورت اگر تصادفی بین وسیله نقلیه و عابر پیاده در سواره‌رو واقع شود، مشروط بر آنکه راننده مست نبوده و گواهی‌نامه مجاز رانندگی داشته باشد و با سرعت مجاز حرکت کرده و وسیله نقلیه او نقص فنی مؤثر در حادثه نداشته باشد. در صورتی که سه نفر افسر ارشد کارشناس تصادفات راهنمایی و رانندگی عدم مسئولیت راننده را گواهی نمایند مسئولیت جزایی متوجه راننده نخواهد بود و راننده آزاد خواهد شد و پرونده به مراجع قضایی جهت اقدام مقتضی ارسال می‌شود. عدم مسئولیت جزایی راننده مانع استفاده شخص متضرر از حادثه از مقررات بیمه شخص ثالث نخواهد بود» (الحاقی ۱۳۵۴/۴/۲۵).

در حقوق ایران نیز متصرف مانند حقوق انگلیس، در قبال کسانی که بر علیه خود اقدام می‌کنند و در منازل و املاک مورد تصرف وی متحمل خسارت می‌شوند مسئول نیست. اگر کسی با میل و رغبت<sup>۴۱</sup> خود خطرها را بپذیرد، متصرف نسبت به وی مسئولیتی ندارد. پس اگر کسی به‌طور غیرقانونی وارد محوطه استخر دیگری شود و در منطقه کم عمق شیرجه رود و باعث صدمه به خود گردد متصرف استخر مسئول خسارات وارده به وی نیست<sup>۴۲</sup> چون دانسته و از روی علم بر علیه خود اقدام کرده است. قاعده اقدام در حقوق اسلامی و ایران نیز همین برخوردار با موضوع را ایجاب می‌نماید.

به نظر می‌رسد، شرایط سلب مسئولیت از متصرف در حقوق ایران و انگلیس شباهت‌های زیادی با هم داشته باشند. در حقوق انگلیس می‌توان وظیفه مراقبت و محافظت در مورد واردشوندگان غیرمجاز را، مگر در موارد خاص، استثنا نمود؛ همان‌گونه که می‌توان این وظیفه را نسبت به افراد مأذون در حدود قانون، محدود و استثنا کرد. اگر بپذیریم که در حقوق ایران نیز نسبت به واردشوندگان غیرمجاز چنین وظیفه‌ای وجود دارد، می‌توان آن را با قرارداد یا هشدار یا طرق قانونی دیگر استثنا نمود.

### ۳- مسئولیت مدنی مالک املاک، سازه‌ها و ساختمان‌ها

#### ۳-۱- در حقوق انگلیس

در گذشته، نظام حقوقی کامن‌لو اصولاً تمایلی به شناسایی مسئولیت مدنی برای مالک ساختمان‌ها و ابنیه نداشت. اما در سال ۱۹۸۴ میلادی دادگاه پژوهش

۴۱. بند ۶ ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی متصرفین، مصوب سال ۱۹۸۴.

42. *Ratcliffe v. Mc Connell* [1999] WLR. 670.

انگلیس مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی و بی مبالاتی مالک را پذیرفت. در پرونده ریمر علیه لیورپول،<sup>۴۳</sup> دادگاه، شهرداری را به علت طراحی معیوب یک ساختمان و احداث آن، محکوم به پرداخت خسارت به مستأجری نمود که دستش به خاطر قرار گرفتن بین پنجره و چارچوب آن صدمه دیده بود.

در قانون املاک و ساختمان‌های معیوب مصوب ۱۹۷۲ انگلیس، دو ماده در رابطه با مسئولیت مالکین به چشم می‌خورد.

در ماده ۳ این قانون عنوان شده است:

«هنگامی که ساختمان ساخته یا تعمیر یا حفظ و نگهداری یا تخریب می‌شود یا هرگونه اقدامی بر روی ساختمان یا در رابطه با آن انجام می‌پذیرد، وظیفه مراقبت و محافظت ناشی از انجام این کار (یعنی وظیفه شخصی که این وظیفه را نسبت به اشخاصی دارد که احتمال ورود ضرر به آنها در نتیجه این اقدامات می‌رود)، با نقل و انتقال بعدی ساختمان به دیگری منتفی نشده و تخفیف نمی‌یابد.»

این ماده در مورد اقدامات سلبی و همچنین در موردی که کار یا اقدامی پس از اجاره دادن ساختمان صورت می‌پذیرد حاکم نیست.

ماده ۴ قانون مذکور که از نظر عملی حائز اهمیت بیشتری است بیان می‌دارد:

«۱- هنگامی که ساختمانی به اجاره داده می‌شود و به موجب قرارداد اجاره، مالک نسبت به همه اشخاصی که امکان دارد به‌طور متعارف در نتیجه عیب موجود در ساختمان صدمه ببینند، به اندازه‌ای وظیفه مراقبت و محافظت دارد که اقدامات متعارف و معمول در همه اوضاع و احوال را انجام دهد، به‌نحوی که

43. *Rimmer v. Liverpool City Council* (1984) All ER 930.

امنیت متعارف و معقول حاصل شود و صدمه به تمامیت جسمی افراد وارد نگردد، همچنین در نتیجه آن عیوب، به اموال دیگران خسارت وارد نشود.

۲- وظیفه مذکور در صورتی مسجل می‌شود که مالک، چه از طریق مستأجر یا از طریق دیگری کسب اطلاع کرده باشد یا با توجه به تمامی شرایط و اوضاع و احوال باید می‌دانست و کسب اطلاع می‌کرد که عیب مورد نظر وجود دارد».

برای اعمال این ماده، مالک باید نسبت به مستأجر متعهد شده باشد که تعمیر، حفظ و نگهداری را انجام دهد، و حق<sup>۴۴</sup> یا اقتدار<sup>۴۵</sup> ورود به ملک برای انجام نوع نگهداری یا تعمیر آن ملک را داشته باشد. این تعهد ممکن است به-صراحت در قرارداد اجاره، یا به‌طور ضمنی در قانون آمده باشد؛ مانند مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مالک و مستأجر ۱۹۷۵ انگلیس. به‌موجب این قانون، از مالک خواسته شده تا تعمیرات خارجی ساختمان و تعمیرات مربوط به ساختار و پایه‌های اساسی آن را برای اجاره‌های کمتر از ۷ سال در ساختمان‌های مسکونی انجام دهد. این تکلیف را نمی‌توان با شروط قراردادی استثنا نمود.

در رابطه با عیب و نقصی که مالک، ناقض تعهد نسبت به مستأجر برای تعمیر و حفظ و نگهداری به حساب می‌آید در صورتی وظیفه مذکور، وجود خواهد داشت که مالک بداند یا عرفاً باید می‌دانست که آن عیب و نقص وجود دارد.

این وظیفه در مقابل مستأجر و کسانی که در آن ملک سکونت دارند و همچنین در مقابل همسایگان و کسانی که از اطراف آن ساختمان عبور می‌کنند

44. Right to Enter the Premises.

45. Power to Enter the Premises.



نیز وجود دارد، اما معلوم نیست که آیا متجاوز یا واردشونده غیرقانونی نیز می‌تواند به‌عنوان مدعی بر اساس این ماده طرح دعوا کند یا خیر. قابل ذکر آنکه در مورد ورود صدمات به همسایگان یا عابرین کوچه‌های اطراف، بین این ماده و قانون مربوط به مزاحمت<sup>۴۶</sup> تداخل وجود دارد.

### ۲-۳- در حقوق ایران

یکی از موارد بارزی که قانونگذار ایران، مسئولیت ناشی از اشیاء را پذیرفته، ماده ۳۳۳ قانون مدنی است که اشعار می‌دارد:

«صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه، مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می‌شود مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده یا از عدم مواظبت او تولید شده است.»

منظور از «صاحب» در ماده فوق، مالک دیوار عمارت یا کارخانه است، یا حداکثر کسی که ایمنی و نگهداری و حفاظت از آنها به وی سپرده شده است؛ با این توصیف کسی که وظیفه نگهداری را دارد مسئول خسارت ناشی از خرابی نمی‌باشد. مگر این که مسئولیت نگهداری از تخریب با وی باشد.

لازم نیست که ضرر ناشی از ساختمان‌ها و سازه‌ها، بر اثر دخالت ایجابی مالک باشد، دخالت سلبی نیز ممکن است باعث ورود ضرر گردد؛ مثل مواقعی که برای ورود اشخاص غیرممیز به یک محل خطرآفرین مانعی قرار داده نشده باشد.

برخی از حقوقدانان ایرانی تصور نموده‌اند که مسئولیت مدنی در حقوق ایران نیز بر اساس تقصیر بنا شده است؛ لذا، بر دیگران ایراد گرفته‌اند که قانونگذار ایران قصد نداشته است که به «تقلید از ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی

46. The Law of Nuisance.

فرانسه، برای مالک دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئولیتی خارج از حدود تقصیر او بوجود آورد.<sup>۴۶</sup> ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «در صورتی که خرابی ساختمان، ناشی از تقصیر مالک در نگهداری آن یا به علت نقص ساختمان باشد، مالک مسئول خساراتی است که از سقوط ساختمان بوجود می‌آید». اما حقیقت این است که حقوق ایران مسئولیت مدنی مالک را بر اساس حقوق اسلامی پذیرفته است که در آن تقصیر به‌عنوان رکن شناخته نمی‌شود، بلکه چنانچه محرز شود که تقصیر وجود دارد احراز وجود رابطه سببیت تسهیل می‌گردد.

در صورت وجود رابطه سببیت، اطلاع مالک از عیب و عدم رفع آن با تمکن اصلاح یا عدم مواظبت با تمکن اصلاح، کافی برای مسئولیت مدنی است؛ در نتیجه اگر قوه قاهره<sup>۴۷</sup> یا شخص ثالث<sup>۴۸</sup> موجب خرابی بنا یا دیوار شود مالک مسئول نمی‌باشد.

بدیهی است که اگر مالک در تعمیر یا بازسازی آن ساختمان‌ها تقصیر کند، مسئول است.<sup>۴۹</sup> هرگاه کسی چیزی را بر روی بالکن یا دیوار ساختمان خود به-

۴۷. ماده ۳۴۹ قانون مجازات اسلامی در این مورد مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی در ملک خود یا ملک مباح دیگری، دیواری را با پایه محکم بنا کرده لکن در اثر حادثه پیش‌بینی نشده مانند زلزله سقوط کند و موجب خسارت گردد صاحب آن عهده‌دار خسارت نمی‌باشد و همچنین اگر آن دیوار را به سمت ملک خود بنا نموده که اگر سقوط کند طبعاً در ملک او سقوط خواهد کرد لکن اتفاقاً به سمت دیگری سقوط کند و موجب آسیب یا خسارت شود صاحب آن عهده‌دار چیزی نخواهد بود».

۴۸. ماده ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی در مورد مسئولیت ثالث می‌گوید: «هر گاه کسی دیوار دیگری را منحرف و مایل به سقوط نماید آن گاه دیوار ساقط شود و موجب آسیب یا خسارت گردد آن شخص عهده‌دار خسارت خواهد بود».

۴۹. ماده ۳۵۰ قانون مجازات اسلامی عنوان می‌کند: «هر گاه کسی دیواری را در ملک خود به‌طور معتدل و بدون میل به یک طرف بنا نماید لکن تدریجاً مایل به سقوط به سمت ملک دیگری شود اگر قبل از

نحوی قرار دهد که عادتاً سقوط می‌کند، مسئول خسارات وارده است.<sup>۵۰</sup> قرار دادن اشیاء بر روی ساختمان‌ها و دیوارهای مشرف به شوارع عام که منع قانونی دارد و سبب خسارت می‌شود، موجب مسئولیت جاعل می‌شود، هرچند که در این امر، مرتکب تقصیری نشده باشد.<sup>۵۱</sup>

اگر شخصی در زمین خود یا زمین مباح دیگری بنایی را با رعایت اصول فنی به‌طور محکم بسازد، لیکن آن بنا در اثر سیل یا زلزله یا حادثه پیش‌بینی نشده دیگری سقوط کند و موجب خسارت گردد، چون خسارت متناسب به مالک نیست نمی‌توان وی را عهده‌دار خسارت نمود. سایر اتفاقات ناشی از ساختمان که به علت عدم اطلاع مالک متناسب به او نیست، را نیز نمی‌توان بر عهده مالک نهاد. پس اگر کسی دیواری را بنا نهد که مایل به سمت زمین خویش است، ولی در اثر فرونشست زیرساخت یا سایر اعمالی که متناسب به مالک است به طرف دیگری سقوط کند و موجب آسیب یا خسارت شود مالک باید آن خسارت را جبران نماید. ولی اگر همین دیوار بر خلاف اصول علمی و بدون اینکه بتوان آن را به مالک متناسب نمود به طرف دیگر خراب شود، مالک مسئولیتی ندارد. این امر به علت این نیست که دیوار را مایل به زمین خود

آن که صاحب دیوار، تمکن اصلاح آن را پیدا کند ساقط شود و موجب آسیب یا خسارت گردد چیزی بر عهده صاحب دیوار نیست و اگر بعد از تمکن از اصلاح یا سهل‌انگاری سقوط کند و موجب خسارت شود مالک آن ضامن می‌باشد.

۵۰. ماده ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی چیزی را بر روی دیوار خود قرار دهد و در اثر حوادث پیش‌بینی نشده به معبر عام بیفتد و موجب خسارت شود عهده‌دار نخواهد بود مگر آنکه آن را طوری گذاشته باشد که عادتاً ساقط می‌شود».

۵۱. ماده ۳۴۰ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی در ملک دیگری با اذن او یکی از کارهای مذکور در ماده ۳۳۹ را انجام دهد و موجب آسیب یا خسارت شخص ثالث شود عهده‌دار دبه یا خسارت نمی‌باشد».

ساخته، بلکه به این دلیل است که خرابی دیوار یا ساختمان به وی منتسب نیست. امکان دارد در این مورد، سازنده مسئول باشد که بحث آن خواهد آمد. چیزی که از نظر عرف قابل انتساب به مالک نباشد، برای وی مسئولیت آور نیست؛ در نتیجه هر زمان از دیدگاه علمی و پیش‌بینی‌های معمول احتمال سقوط دیواری نمی‌رفته است و خرابی یا ضرری که اتفاق افتاده ناشی از عوامل خارجی یا اتفاقی باشد که به علت عدم اطلاع مالک، قابلیت انتساب به وی را ندارد، نمی‌توان او را مسئول شناخت. علت عدم مسئولیت صاحب ساختمان یا دیوار یا عمارت یا به‌طور کلی سازه‌ها، عدم وجود یکی از ارکان مسئولیت مدنی (رابطه سببیت) است.<sup>۵۲</sup>

به همین منوال، چنانچه کسی ساختمان یا دیوار یا عمارتی را با رعایت استانداردهای معمول ساختمان بسازد، لیکن بر اثر عواملی خارج از اختیار مالک و اموری که به او منتسب نیست به طرف ملک دیگری مایل شده و خراب شود و موجب آسیب یا خسارت گردد، به علت عدم انتساب ضرر وارده به مالک، نمی‌توان وی را مسئول شناخت.<sup>۵۳</sup>

اما اگر خرابی بنا یا دیوار منتسب به مالک و صاحب دیوار باشد، مثلاً به-محض اینکه وی از تمایل دیوار به طرف ملک دیگر مطلع گردید، اقدام به تخریب آن ننموده یا دیوار در نتیجه سهل‌انگاری او سقوط کند، مالک به علت انتساب خرابی دیوار و ورود ضرر به دیگران مسئول خسارات وارده است. در اینجا بحث از تقصیر مالک یا صاحب دیوار صرفاً برای احراز رابطه سببیت بین اقدامات سلبی مالک و خسارات وارده است نه وجود یا عدم وجود تقصیر. به

۵۲. ماده ۳۴۹ قانون مجازات اسلامی.

۵۳. ماده ۳۵۰ قانون مجازات اسلامی.

طریق اولی، اگر مالکی در ورود ضرر ناشی از سازه‌ها، ساختمان‌ها و املاک تقصیر داشته باشد رابطه سببیت به سهولت احراز می‌گردد و مسئولیت وی قطعی است.

افعال سلبی مالک، که گاهی به تقصیر تعبیر می‌شود، عدم احتراز و جلوگیری نکردن از خطرات ناشی از اموال مالک برای دیگران و عدم انجام تکالیف عرفی، مسئولیت آفرین می‌باشد. اگر مالک در نتیجه افعال سلبی، باعث ورود ضرر به دیگران شده باشد مسئول است.

مالکی که از عیب ساختمان مطلع است، به موجب ماده ۳۵۰ قانون مجازات اسلامی، باید تمکن اصلاح داشته باشد. منظور از تمکن اصلاح، ساختن مجدد و یا اصلاح دیوار و ساختمان نیست، بلکه تمکن در رفع خطر است، مثلاً اگر با خراب کردن دیوار خطر رفع می‌شود همین اندازه، از دید عرف و اجتماع «تمکن اصلاح» محسوب می‌شود. نداشتن امکانات اقتصادی نیز رافع ضمان نیست و موجبی برای ورود ضرر به دیگران نمی‌باشد. «تمکن اصلاح» با گذاشتن نگهبان و دور نگه داشتن مردم از خطر و یا حتی فروش ملک خطر آفرین مصادق پیدا می‌کند.

اگر شخص ثالثی باعث خرابی ساختمان یا دیوار کسی شود و یا آن را به طرف دیگری مایل نماید که باعث ضرر شود، آن شخص طبق قواعد کلی مسئول است.<sup>۵۴</sup> در این مورد رابطه سببیت، بین فعل شخص ثالث و ضرر موجود است نه بین مالک و ضرر. مالک در اینجا متضرر محسوب می‌شود و حق اقامه دعوا بر علیه ثالث را دارد، مشروط بر اینکه از این باب به او ضرر وارد شده باشد. در اینجا مالک یا متصرف ضامن نمی‌باشند، زیرا رابطه علیتی بین فعل آنها و ضرر وارده توسط ثالث وجود ندارد.

۵۴. ماده ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی.

اگر شخص ثالث دیوار یا ساختمان را به طرف دیگر مایل نماید و مالک از این اقدام مطلع گردد، دو وظیفه برای وی در این حالت متصور است؛ اول وظیفه جلوگیری از ضرر به دیگران و دوم وظیفه جلوگیری از ضرر به خود وی.

برخی از حقوقدانان فرموده‌اند: «در این فرض ضرر به بار آمده دو سبب دارد:

۱- عامل انحراف دیوار،

۲- مالک آگاه که در احتراز از خطر کوتاهی کرده است».

آن گاه با عدول از اصول مسئولیت عام مدنی، ضمان اشتراکی هر دو سبب را راه حل عادلانه دانسته‌اند.<sup>۵۵</sup>

لیکن اگر مالک، تمکن بر اصلاح پیدا کرده و با وجود اطلاع از تمایل دیوار خطر را رفع نکرده باشد شخصاً مسئول است و ضرر وارده متناسب به او می‌باشد. شخص ثالثی که دیوار را مستعد خرابی و ورود ضرر نموده است، عامل ورود ضرر نیست، بلکه عامل انحراف دیوار است و به ضرورت، بین فعل وی و ورود ضرر به دیگران رابطه علیت وجود ندارد. هنگامی که رکن اصلی مسئولیت مدنی (رابطه سببیت) وجود نداشته باشد، چگونه می‌توان کسی را که نه عامل ایجابی ورود ضرر است و نه عامل سلبی آن، مسئول شناخت؟

بر خلاف نظر برخی نویسندگان، صرف آگاهی مالک از عیب مخرب که او خود ایجاد نکرده برای ضمان وی کافی نیست، بلکه باید وی فرصت اجتناب از

۵۵. کاتوزیان، همان، پاراگراف ۲۹۲. باید توجه داشت که بر خلاف عقیده برخی افراد، عدالت، تخریب اصول و نادیده گرفتن آنها نیست، بلکه رعایت اصول از قبل تعیین شده‌ای است که مردم بر اساس آن زندگی خود را بنا نهاده‌اند. عمل کردن بر اساس ایده‌های شخصی باعث تخریب اصول شده و منجر به بی‌نظمی و اعمال سلیقه‌های شخصی خواهد شد و در نهایت منجر به بی‌عدالتی محض خواهد گردید.

خطر و به اصطلاح تمکن اصلاح داشته باشد. اگر چنین فرصت و تمکنی وجود نداشته باشد، اصولاً ضرر و زیان وارده منتسب به مالک نمی‌شود تا بتوان وی را مسئول شناخت یا او را شریک در جبران ضرر محسوب نمود.

در این مورد، دو حالت وجود دارد:

اول- مالک از انحراف دیوار مطلع نیست و یا فرصت و تمکن اصلاح ندارد. در این حالت، عامل ورود ضرر شخص منحرف کننده دیوار است و مسئولیت مدنی بر عهده او است.

دوم- مالک از انحراف دیوار مطلع است و فرصت و تمکن اصلاح آن را نیز دارد. در این صورت، علت ورود ضرر اقدام سلبی مالک است که در مقابل آن مسئولیت مدنی دارد. البته ضرر و زیان‌های ناشی از انحراف دیوار یا ساختمان و ضرر و زیان‌های ناشی از جلوگیری از ورود خسارت به دیگران و تخریب و ساخت آنها به عهده منحرف کننده دیوار است و در این مورد او نسبت به مالک مسئولیت عام مدنی دارد. اگر مالک شخصاً یا توسط کسی که برای او مسئولیت دارد، عیب را ایجاد کرده باشد، تمکن اصلاح مطرح نمی‌شود، چون خود مالک باعث ورود ضرر شده است و رابطه سببیت محرز است. شاید غرض از طرح تمکن اصلاح، در مواردی که ناشی از افعال مالک نیست و صرفاً وی از وجود خطر مطلع شده، نیز رفع شبهه در وجود رابطه سببیت باشد.

آنچه که پایه و اساس مسئولیت مالک در حقوق ایران و انگلیس است، انتساب ضرر زیان‌دیده به او است. هر جا مالک فعل زیانباری انجام دهد، یا از انجام فعلی برای دفع ضرر سازه‌ها، ساختمان‌ها و املاک خود به دیگران خودداری کند و یا از عیب مطلع بوده یا از عدم مواظبت او، در ساختمان عیب حاصل شده و باعث ورود ضرر گردیده باشد، مسئولیت مدنی وی محرز است.

امکان دارد برخی از مواد قانونی نظام حقوقی ایران، در مورد واردشوندگان غیرمجاز ظاهری مخالف با مطالب فوق داشته باشند؛ مثلاً اگر کسی در ملک خود چاهی حفر کند و شیء لغزنده‌ای را در کنار آن قرار دهد تا هر کسی که وارد ملک او شد در آن فرو افتد و جان و سلامتی‌اش را از دست بدهد، به موجب ظاهر ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی<sup>۵۶</sup> مسئول نیست. مضافاً اینکه مالک یا هر شخص متصرف قانونی به موجب این ماده مجاز است هر عملی را که موجب ورود ضرر به مردم باشد، از جمله حفر چاه و پوشاندن آن با گاه یا خار و خاشاک برای سقوط مردم در آن انجام دهد! مالک می‌تواند بر اساس این ماده بر دیوارهای خود پاره شیشه و نیزه نصب کند و در داخل و کنار دیوار خود اشیای زیان‌آور و مرگ‌آفرین قرار دهد؛ همچنین به موجب این ماده او می‌تواند از دیه و خسارت نیز فرار کند. بنابراین، اگر کسی از ترس دزد یا متجاوز دیگری به ملک یا ساختمان ثالثی فرار کند و جان خود را از دست بدهد یا متحمل صدمات بدنی شود یا خسارت دیگری را متحمل شود، بر اساس این ماده نمی‌تواند علیه مالک یا متصرف ملک اقدام کند.

البته، به نظر می‌رسد که نباید ظاهر این ماده را برای انتفاء مسئولیت مدنی، ملاک قرار داد زیرا، اولاً اقدامات مالک باید متعارف باشد؛ ثانیاً به قصد اضرار به دیگران نباشد. چنانچه کسی با قصد اضرار به دیگران در زیر درخت میوه چاله‌ای بکند و روی آن را با خاشاک بپوشاند و در نتیجه عبیرینی که برای خوردن میوه مراجعه می‌کنند در آن سقوط کنند و صدمه ببینند، مسئول است،

۵۶. ماده ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه کسی در معبر عام یا هر جای دیگری که تصرف در آن مجاز نباشد چاهی بکند یا سنگ یا چیز لغزنده‌ای بر سر راه عبیران قرار دهد یا هر عملی که موجب آسیب یا خسارت عبیران گردد انجام دهد عهده‌دار دیه یا خسارت خواهد بود ولی اگر این اعمال در ملک خود یا در جایی که تصرفش در آن مجاز است واقع شود عهده‌دار دیه و خسارت نخواهد بود».



هر چند مالک باشد و در زمین خود مبادرت به چنین اقدامی کرده باشد. ثالثاً اقدامات مالک باید برای بهره‌وری وی لازم و ضروری باشد، پس مالک نمی‌تواند در ملک خود چاهی حفر کند و شیء لغزنده‌ای در کنار آن گذارد یا حتی آن را نپوشاند تا به دیگران ضرر وارد شود. تصرفات مالک یا متصرف باید معقول و متعارف و برای استفاده بهینه از ملک باشد، آن هم به نحوی که موجبات ورود ضرر به دیگران را فراهم نیاورد.

به موجب ماده ۳۴۲ قانون مجازات اسلامی،<sup>۵۷</sup> مالک باید ایمنی مراجعه‌کنندگان و مدعوین را تضمین نماید. پس اگر مراجعه‌کننده قانونی یا مدعو، بدون اطلاع از وجود خطر در منزل یا زمین یا ساختمان مورد نظر، متحمل صدمه‌ای گردد، مالک یا متصرف مسئول است. اقدامات مالک نباید موجب ورود خسارت به نایبانیان و ناآگاهان از جمله کودکان گردد. هر گونه خسارتی که به این‌گونه افراد وارد می‌شود، برای مالک یا متصرف ضمان‌آور است!

ظاهر این ماده نیز حکایت از این دارد که اگر فردی برای فرار از دشمن وارد ملکی گردد یا به تصور اینکه وارد ملک خود یا ملک کسانی می‌شود که مجوز ورود به آن را دارد، ولی در واقع به اشتباه وارد ملک غیر یا ملکی که ورود به آن ممنوع می‌باشد شود، خسارت و دیه به وی تعلق نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، ظاهراً انسانیت انسان‌ها و حفاظت از جان و مال آنها که به اجبار یا به

۵۷. ماده ۳۴۲ قانون مجازات اسلامی: «هر گاه کسی یکی از کارهای مذکور در ماده ۳۳۹ را در منزل خود انجام دهد و شخصی را که در اثر نایبانی یا تاریکی آگاه به آن نیست به منزل خود بخواند عهده‌دار دیه و خسارت خواهد بود و اگر آن شخص بدون اذن صاحب منزل یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از صاحب منزل گرفته است وارد شود و صاحب منزل مطلع نباشد عهده‌دار هیچ گونه دیه یا خسارت نمی‌باشد.»

اشتباه وارد ملکی شده‌اند مطرح نیست. آنچه مهم است آزادی مالک در اقدامات خویش است.

به نظر می‌رسد که در اینجا نیز نباید به ظاهر این ماده قانونی برای انتفاء مسئولیت مدنی متوسل شد و آن را باید در حد عرف تفسیر کرد؛ یعنی مالک تنها برای انجام کارهای عادی در ملک خود، که عموماً باعث ورود ضرر به دیگری نمی‌شوند، مثل ریختن سنگ و شن و ماسه برای ساخت ساختمان، مسئول خسارت وارده به افراد غیرمأذون و ناخوانده نمی‌باشد. اگر صاحب منزل متوجه حضور اغیار در ملک خود باشد باید آنها را از خطرات موجود بر حذر دارد. بنابراین، اگر مالک از حضور افراد غیرمأذون در ملک خود مطلع باشد، باید ضمن دادن اخطار به وجود خطرات، مبادرت به اقدامی نکند که باعث ورود ضرر به آنها گردد؛ مثلاً اگر چاهی را در ملک خود حفر می‌کند روی آن را با وسایل محکم بپوشاند یا اگر ساختمان یا دیوار در شرف ریزش است، مانعی برای نزدیکی افراد غیرمأذون به وجود آورد تا آنها به منطقه خطر نزدیک نشوند. این‌گونه اقدامات از اصول کلی انسانی است و منطبق با قواعد مسئولیت مدنی اسلامی نیز می‌باشد، چون هرکس باعث ورود ضرر به دیگری شود ضامن جبران آن است، اعم از اینکه مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد. مانع و حصار که برای حفاظت از اموال قرار داده می‌شود نیز باید برای افراد دیگر ایجاد خسارت و ضرر ننماید.

به موجب ماده ۳۴۸ قانون مجازات اسلامی<sup>۵۸</sup> مالک ساختمان ضامن سقوط اتفاقی اشیاء که به‌طور مجاز قرار داده شده‌اند نمی‌باشد، یعنی اگر نصب آن

۵۸. ماده ۳۴۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه ناودان یا بالکن منزل و امثال آن که قرار دادن آن در شارع عام مجاز نبوده و در اثر سقوط موجب آسیب یا خسارت شود مالک آن منزل عهده‌دار خواهد بود و اگر نصب و

اشیاء در ساختمان مجاز بوده، ولی اتفاقاً و بدون وجود رابطه سببیت بین فعل مالک و سقوط موجب آسیب یا خسارت شوند مسئولیت مدنی ایجاد نمی‌شود. غرض قانونگذار در این ماده نیز رفع مسئولیت از کسی که باعث ضرر شده است نمی‌باشد. به عبارت دیگر، این ماده نیز به‌عنوان استثنا بر قواعد مسئولیت مدنی شمرده نمی‌شود.

#### ۴- مسئولیت مدنی سازندگان سازه‌ها و ساختمان‌ها

##### ۴-۱- در حقوق انگلیس

منظور از سازندگان، همه اشخاصی هستند که در ساخت و فروش ساختمان‌ها دخیل می‌باشند. شرکت‌های توسعه و عمران، بناها، مقاطعه‌کاران دست اول و دوم، معماران، نقشه‌کش‌ها، طراحان ساختمان، مهندسین ناظر، عمران، محاسب، تأسیسات مکانیکی و برق و مقامات محلی در زمره اشخاص فوق‌الذکر شمرده می‌شوند.

برای مثال یک شخص حقیقی یا حقوقی، قطعه زمینی را تهیه یا خریداری می‌کند و برای امر ساخت اختصاص می‌دهد؛ ممیزی زمین‌شناسی آن توسط ممیز نقشه‌کشی انجام می‌گیرد؛ معمار ساختمان، نقشه مربوطه را طراحی می‌کند، مهندسین محاسبات و تأسیسات طرح مربوطه را ارائه می‌کنند. این نقشه‌ها و محاسبات جهت بررسی به مقامات محلی (شهرداری) تحویل می‌شود تا مطابقت آن با مقررات و آیین‌نامه‌های ساختمانی، که حداقل استاندارد مربوط به سلامتی و امنیت را مقرر می‌دارند، تأیید گردد؛ پس از آن بناها مشغول ساخت خانه

---

قرار دادن آن مجاز بوده و اتفاقاً سقوط کند و موجب آسیب یا خسارت گردد مالک منزل عهده‌دار آن نخواهد بود.

می‌شوند که ممکن است برخی از کارها و اقدامات ساختمانی را به شرکت‌های متخصص دیگر واگذار نمایند. مجری و سازنده ساختمان ممکن است با شرکت توسعه عمران، شخص واحدی باشند. هر خانه یا آپارتمان به خریدار اول فروخته می‌شود که او هم بعد از چند سال آن را به دست‌های بعدی واگذار می‌کند. عیب موجود در ساختمان ممکن است پس از گذشت چندین سال بروز کند. یکی از مشکلاتی که غالباً حادث می‌شود نشست ناشی از فروکش نمودن زیرسازی ساختمان است که یا به اندازه کافی ضخیم ریخته نشده یا اینکه کیفیت مواد به کار رفته در آن مطلوب یا به‌موقع نبوده است. این‌گونه ساختمان‌ها برای داشتن ایمنی احتیاج به بازسازی دارند، اما چه کسی باید هزینه این‌گونه اقدامات و بازسازی‌ها را بپردازد؟ اگر اقدامی صورت نپذیرد، نهایتاً ساختمان مذکور فرو می‌ریزد و ممکن است باعث ورود صدمه به تمامیت جسمانی ساکنین آن شود.

عیبی که در ساختمان ایجاد شده در کدام یک از طبقه‌بندی‌های خسارات قرار می‌گیرد؟ آیا برای جبران خسارات باید به مسئولیت مدنی متوسل شد یا به تعهدات قراردادی روی آورد؟

در حقوق انگلیس، دادگاهها نظر داده‌اند که این خسارات صرفاً ضرر و زیان اقتصادی می‌باشد که از نظر قراردادی قابل مطالبه‌اند. ولی اگر برای مثال خانه‌ای خراب و به اموال نزدیک آن خسارتی وارد شود، خسارت وارده به‌عنوان خسارت فیزیکی (خسارت به سایر اموال) شمرده می‌شود و از باب مسئولیت مدنی می‌توان آن را مطالبه نمود.

در حقوق انگلیس، از نظر عملی، بهترین شیوه جبران خسارت وارده به خریدار دوم آن است که به «تضمین‌نامه ایمنی شورای ساختمانی خانه‌های

کشور»<sup>۵۹</sup> متوسل شد. این تضمین در مورد سازندگان و توسعه‌دهندگان ساختمانی که به‌طور قانونی ثبت شده‌اند اعمال می‌گردد. خریدار چنین خانه‌ای، از فروشنده «توافق‌نامه تضمین خریداران مسکن»<sup>۶۰</sup> تحصیل و اخذ می‌نماید. در این توافق‌نامه آمده که خانه مورد نظر به شیوه کاملاً مؤثری ایمن و به‌طور ماهرانه‌ای بنا خواهد شد و مصالح مناسب در آن به‌کار خواهد رفت، به‌نحوی که برای سکونت مردم مناسب باشد. فروشنده توافق می‌کند، در صورتی که عیب ناشی از نقض استاندارد (تضمین نامه ایمنی شورای ساختمانی خانه‌های کشور) باشد، هرگونه عیب و نقصی را در دو سال اولیه با هزینه خود رفع نماید، و چنانچه در ظرف ده سال عیب دیگری در ساختمان حادث شود، آن عیب تحت پوشش بیمه‌نامه قرار می‌گیرد. این توافق‌نامه<sup>۶۱</sup> همراه با انتقال خانه، قابلیت انتقال دارد.

در این سیستم حقوقی، اگر ساختمان تحت شمول تضمین‌نامه فوق باشد احتمال دارد خریدار دوم بتواند هزینه تعمیر و بازسازی خانه را بر اساس آن مطالبه کند. اگر چنین تضمین‌نامه‌ای وجود نداشته باشد، تنها راهی که خریدار دوم برای جبران خسارت دارد مراجعه به خریدار اول است.

باید توجه داشت که در حقوق انگلیس هرگونه خرید و فروش خصوصی خانه‌ها تابع دکترین «خرید به مسئولیت مشتری»<sup>۶۲</sup> است؛ به عبارت دیگر، چنین فرض می‌شود که مشتری از هرگونه عیب و نقص آشکار یا پنهان در ساختمان مطلع است. به‌موجب قانون این کشور، خریدار اول هیچ وظیفه قراردادی ندارد تا عیوبی را که از آن مطلع است به اطلاع خریدار دوم برساند، مگر اینکه

59. The National House Building Council Scheme (NHBCS).

60. The House Purchaser's Agreement.

61. The House Purchaser's Agreement.

62. Caveat Emptor.

خریدار دوم به صراحت از وجود یا عدم وجود آن عیوب پرسش و جستجو نماید. به هر حال، این عیوب ممکن است در زمان بیع شناخته نشده باشد. وضعیت غیرقابل تغییر در اینجا آن است که خریدار دوم، در این حالت، نمی‌تواند بر اساس قرارداد علیه فروشنده اول اقامه دعوا کند، چون قاعده نسبی بودن قراردادها وی را از این کار منع می‌کند.

از آنجا که خریداران بعدی با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، رابطه قراردادی با سازنده ساختمان نداشته و نمی‌توانند بر اساس قرارداد علیه وی طرح دعوا کنند، دو راه حل، در این سیستم حقوقی، برای جبران خسارت آنها وجود دارد.

#### ۱-۱-۴- مسئولیت بر اساس قوانین موضوعه

به موجب قانون ساختمان‌های معیوب مصوب ۱۹۷۲ میلادی، مجلس عوام انگلیس حمایت محدودی برای مالکین ساختمان‌ها در مقابل سازندگان قائل شده است.

بند ۱ ماده ۱ این قانون، مسئولیت سه‌گانه‌ای را بر عهده سازندگان، مقاطعه‌کاران دست دوم، معماران و سایر مجریان متخصص درگیر در امر ساختمان‌ها قرار می‌دهد:

الف) کار ساخت ساختمان باید ماهرانه و استادانه انجام شود؛

ب) مصالح مناسب در ساختن ساختمان استفاده شود؛

پ) خانه ساخته شده مناسب برای سکونت مردم باشد.

این مسئولیت‌ها فقط در مورد خانه‌های مسکونی اعمال می‌شود و در

خصوص ساختمان‌هایی که کاربرد تجاری یا صنعتی دارند اعمال نمی‌شود.

این تعهد نسبت به افرادی که سفارش انجام کار و ساختن ساختمان را داده و همچنین نسبت به اشخاص دیگری هم که به نحوی از انحا منافی در آن خانه مسکونی کسب کرده‌اند، وجود دارد. به عبارت دیگر، در اینجا دکترین انگلیسی نسبی بودن قراردادها اعمال نمی‌شود، و خریداران دست دوم نیز از دیدگاه تئوری قانونی، حق طرح دعوا علیه سازنده را دارند.

مسئولیت در این ماده قانونی، یک مسئولیت قاطع<sup>۶۳</sup> است؛ بدین معنا که ضرورتی ندارد تقصیر سازنده در دادگاه ثابت شود. قابل توجه آنکه در حقوق انگلیس به موجب قرارداد نیز نمی‌توان چنین وظیفه‌ای را استثنا کرد، چون این وظیفه استثنای پذیر نمی‌باشد.

در حالی که دادگاهها مبادرت به ایجاد مسئولیت وسیع‌تری در نظام حقوقی کامن‌لو می‌کردند، این مقرر قانونی چندان مورد توجه قرار نگرفت. حذف عملی مسئولیت مورد نظر در کامن‌لو توسط دادگاههای پژوهش، حقوقدانان را مجبور کرد تا بر علت حذف و عیوب ناشی از حذف این مسئولیت تمرکز بیشتری نمایند.

در حقوق انگلیس مشکل عمده زیان‌دیدگان، در این مورد، مسئله مرور زمان است که از زمان تکمیل ساختمان تا شش سال بیشتر ادامه پیدا نمی‌کند و بعد از شش سال حق طرح دعوا منتفی می‌شود. خریداران بعدی تا شش سال حق شروع و طرح دعوا بر اساس این ماده را دارند. به هر حال، در بسیاری از موارد، عیب ساختمان تا سال‌های سال پس از ساخت و تکمیل آن، ظاهر نمی‌شود. هنوز متصرف متوجه عیب ساختمان نشده و به حق طرح دعوا برای خود پی نبرده که، موضوع مشمول مورد زمان می‌شود؛ زیرا هیچ ماده و مقرره‌ای هم در مورد عیوب پنهانی در قوانین موضوعه انگلیس وجود ندارد.

63. Strict Liability.

مشکل بعدی در حقوق انگلیس این است که به موجب ماده ۲ قانون فوق‌الذکر، ماده یک در مواردی که ساختمان مشمول تضمین‌نامه است، اعمال نمی‌شود.

در عمل منظور از عبارت «تضمین‌نامه»، طرح ایمنی شورای ساختمانی خانه‌های کشور<sup>۶۴</sup> است که قبلاً بیان گردید. این تضمین‌نامه، از سال ۱۹۸۸ میلادی به مرحله اجرا رسیده و صرف این حقیقت که ساختمان مسکونی تحت آن تضمین‌نامه ایمنی ساخته شده است، مانع مالک برای طرح دعوا بر اساس ماده ۱ قانون فوق‌الذکر نخواهد بود.

مشکلی بعدی، در رابطه با دایره شمول ماده ۱ است و این که آیا این ماده شامل عیوب در کیفیت نیز می‌گردد یا فقط به مناسب بودن خانه مسکونی جهت سکونت محدود می‌شود؟

دادگاه پژوهش در پرونده اندروز علیه اس کولینگ<sup>۶۵</sup> رأی داد که این ماده، هم شامل ترک فعل و هم شامل اقدام نامناسب در ساختن ساختمان می‌شود. هرگونه قصور در انجام کارهای ضروری ساختمان نیز باعث ایجاد مسئولیت می‌گردد. طبق این سیستم حقوقی، اگر ساختمان مسکونی فاقد اوصاف و امکانات و ویژگی‌های ضروری، نظیر مجاری فاضلاب یا سقف باشد، این ساختمان برای زندگی مردم نامناسب خواهد بود، هرچند مشکلات مربوط به کمبود آن امکانات در آن زمان مشهود نباشد.<sup>۶۶</sup>

در پرونده بایومی علیه پروتیم سرویس لیمیتد<sup>۶۷</sup> چنین رأی صادر شد که معیار رابطه سببیت و علت این است که نقض وظیفه خواننده علت عمده

64. NHBCS.

65. *Andrews v. Schooling* [1991] 3 All ER, 723.

66. *Thompson v. Alexander* [1992] 59 BLR 77.

67. *Bayoumi v. Protim Services Ltd.* [1996] EGCS 187.



نامناسب بودن ساختمان، یا یکی از عوامل مهم آن بوده باشد. ضرورتی ندارد که این علت یا عامل، علت تامه نامناسب بودن ساختمان برای سکونت باشد. مقدار غرامت قابل پرداخت، در حقوق انگلیس کلیه خساراتی است که به طور طبیعی از نقض تعهد حادث می‌شود و این غرامت‌ها به هزینه‌های تعمیر و کاهش ارزش ساختمان محدود نمی‌شود.

## ۲-۱-۴- مسئولیت براساس بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی

در دهه ۱۹۷۰ دادگاههای انگلیس مسئولیت سازندگان بر اساس بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی (تقصیر) را گسترش دادند. آنها وظیفه‌ای را بر عهده سازندگان گذاشتند که این وظیفه باید نسبت به زیان‌دیدگان در مورد ضررهای قابل پیش‌بینی، در اثر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی سازندگان، مراعات شود. از آنجا که ضرر و زیان متصرفی که مالک است یک ضرر و زیان اقتصادی (مسئولیت قراردادی) است، دادگاهها برای رفع مشکل و آوردن مسئولیت تحت عنوان مسئولیت مدنی چنین چاره‌جویی نمودند که وظیفه‌ای که سازنده نسبت به متصرف دارد، وظیفه ساختن ساختمانی است که برای سلامتی و ایمنی مردم خطر آفرین نباشد.<sup>۶۸</sup>

از آنجا که در انگلستان معاملات ساختمان به‌نحو بسیار زیادی از نظر اقتصادی بی‌ثبات بود و احتمال می‌رفت سازنده از دایره تجارت ساختمان خارج شده باشد، لذا دعاوی بسیاری بر علیه شهرداری مبنی بر اینکه در تصویب نقشه‌ها و بازرسی خانه‌های در حال ساخت بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی و قصور کرده است، اقامه گردید.

68. *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] AC 728.

از سال ۱۹۸۳ میلادی دادگاهها از توسعه مسئولیت مدنی، که بر ضرر سازندگان در حال گسترش بود، جلوگیری کردند. دلیل واقعی چنین اقدامی نامشخص است، اما در هر حال هماهنگ با روند کلی عدم اجازه طرح دعاوی اقتصادی (مسئولیت‌های قراردادی) تحت عنوان بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی (مسئولیت‌های مدنی) می‌باشد. امکان دارد دادگاهها تحت تأثیر حق بیمه‌های کلانی قرار گرفته باشند که باید توسط افراد دست‌اندرکار ساخت و ساز پرداخت می‌شد. علت این امر هم، همانا موفقیت در دعاوی بود که تحت عنوان اصل بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی (مسئولیت مدنی) طرح شده بودند.

از گفته نویسنده انگلیسی چنین استنباط می‌شود که کاهش این روند توسعه، توسط دادگاهها در دو پرونده مجلس اعیان صورت پذیرفت؛ اگرچه بعید است که مشکلات موجود با این پرونده‌ها حل شده باشد.

در پرونده *دی اند اف استیتز لیمیتد علیه چرچ کامیشنرز فور انگلند*<sup>۶۹</sup> یک شرکت ساختمانی، ساخت یک سری آپارتمان را بر عهده گرفته بود. این شرکت کار پلاستر آپارتمان‌ها را به مقاطعه‌کاران دست دوم واگذار نمود که این مقاطعه‌کاران آن را با بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی انجام دادند. نتیجه این شد که پانزده سال بعد، پلاسترها ناپایدار و از جای خود کنده شده و احتیاج به تعویض داشتند. خواهان‌ها که مستأجرین آن ساختمان‌ها و متصرفین یک آپارتمان از آن مجموعه بودند، سازنده را مورد تعقیب قانونی قرار دادند تا خسارات مربوط به تعمیر و جایگزینی پلاسترها را که انجام شده بود و هزینه سایر مواردی که نیاز به تعمیر داشت اخذ نمایند.

مجلس اعیان انگلیس رأی صادر کرد که در صورت فقدان رابطه قراردادی بین طرفین، هزینه تعمیر عیوب در ساختار ساختمان، که قبل از ورود صدمه

69. *D & F Estates Ltd v. Church Commissioners for England* [1989] AC 177.

بدنی یا خسارت فیزیکی به سایر اموال کشف شده است، بر اساس دعوای مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی و بی مبالاتی قابل مطالبه و جبران نیست. هزینه انجام تعمیرات صرفاً یک خسارت و ضرر اقتصادی (مسئولیت قراردادی) است که از طریق دعوای مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی و بی مبالاتی قابل مطالبه نبوده است، مگر بر اساس اصل هادلی بای می<sup>۷۰</sup> یا رابطه سببیت نزدیک که در پرونده جونیر بوکر علیه ویتچی ذکر آن آمده است.<sup>۷۱</sup>

با اتخاذ این تصمیم توسط مجلس اعیان انگلیس، تردیدهایی بوجود آمد. ایده مربوط به ساختارهای مجموعه‌ای پیچیده نیز مطرح شد. اگر ساختمان به-عنوان یک ساختار مجموعه‌ای پیچیده تلقی شود، خسارت به یک قسمت از این مجموعه، که ناشی از عیب پنهانی در قسمت‌های دیگر است، می‌تواند به‌عنوان ورود خسارت به اموال دیگر محسوب شود و تحت عنوان مسئولیت مدنی مطرح گردد. وضعیت شهرداری هم در هاله‌ای از ابهام رها شد تا پرونده بعدی وضعیت فعلی قانون انگلیس را روشن سازد.

در پرونده مورفی علیه برنت وود دیستریکت کانسلیل<sup>۷۲</sup> خواهان یک ساختمان دو آپارتمان متصل، از یک شرکت ساختمانی خریداری نمود. آپارتمان‌ها بر روی یک فونداسیون سخت که یک قسمت خالی را پر می‌کرد بنا شده بودند. از آنجا که فونداسیون معیوب بود، ساختمان نشست کرده و شکاف‌های عمیقی در دیوارهای آپارتمان‌ها بوجود آمد. چنین ادعا شد که شهرداری با بی احتیاطی و بی مبالاتی طرح‌ها و نقشه‌های مربوط به فونداسیون را تصویب کرده است. استدلال خواهان بر این مبنا و معیار استوار بود که انجام تعمیرات برای جلوگیری و اجتناب از خطر موجود و ضرر و زیان قریب‌الوقوع

70. Hedley Byme Principle.

71. *Proximity of Junior Books Ltd v. Veitchi Co. Ltd.* [1988] 1 AC 250.

72. *Murphy v. Brentwood District Council* [1990] 2 All ER 908.

به سلامتی و ایمنی متصرفین ضروری است. لوله‌های گاز و فاضلاب در نتیجه این نشست شکسته بودند و احتمال شکست در بیشتر قسمت‌های دیگر نیز می‌رفت.

مجلس اعیان انگلیس در حکم خود شهرداری را مسئول خسارات وارده به خواهان ندانست و اعلام داشت که این خسارات صرفاً اقتصادی هستند و در طبقه‌بندی خسارات مورد ادعای خواهان قرار نمی‌گیرند.

لرد بریج<sup>۷۳</sup> در این پرونده عنوان کرد، همان‌گونه که قبلاً هم مطرح شده از آنجا که وظیفه شهرداری در تصویب نقشه‌ها و طرح‌ها یا بازرسی ساختمان‌های در حال ساخت، برای این مقرر شده است که سازندگان ساختمان‌ها مقررات و آیین‌نامه‌های ساختمانی را رعایت کنند، برای من قابل درک نیست که چگونه می‌توان وفق اصول مسئولیت مدنی، حیطه مسئولیت و وظایف شهرداری را (برای قصور و سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی در تضمین رعایت این مقررات و آیین‌نامه‌ها) فراتر از مسئولیت سازنده (برای قصور و سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی در رعایت مقررات) دانست و مسئولیت تصویب‌کننده نقشه و بازرس (شهرداری) از مسئولیت سازنده که موظف به رعایت مقررات بوده بیشتر شود!

البته به گفته لرد بریج امکان دارد موقعیت‌هایی وجود داشته باشد که، حتی در صورت فقدان هرگونه رابطه قراردادی، یک رابطه بسیار نزدیکی بین سازنده و مالک ساختمان وجود داشته که به اندازه کافی مرتبط با قرارداد باشد، به نحوی که باعث ایجاد اعتماد گردد و بنابراین، حیطه مسئولیت مدنی و وظیفه سازنده در مقابل مالک ساختمان به اندازه کافی وسیع باشد که خسارات صرف اقتصادی را هم در بر گیرد. به نظر لرد بریج، تصمیم مذکور در پرونده جونیر بوکرز لیمیتد علیه ویتچی، با این اصل اعتماد، قابلیت فهم و تجزیه و تحلیل و بررسی را دارد.

73. Lord Bridge.

به موجب این تصمیم لرد بریج، شهرداری از نظر وظیفه مراقبت و محافظت هم‌بایه و هم‌طراز سایر سازندگان است. شهرداری‌ها مسئولیت مدنی برای بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی در رابطه با هزینه‌های تعمیر، که در نتیجه عیب در ساختار ساختمان حادث شده، ندارند و در این رابطه تعهدی بر عهده آنها نمی‌باشد.

به گفته حقوقدانان انگلیسی حتی بعد از این تصمیم دادگاه نیز، چندین نکته همچنان در حاله‌ای از ابهام قرار گرفته است:

الف) آیا شهرداری مسئول نقض وظیفه مراقبت و محافظت قانونی می‌باشد

یا خیر؟ اگر مسئول است حدود این مسئولیت چه میزان است؟

ب) آیا شهرداری در قبال صدمات بدنی و خسارت وارده به اموالی که در نتیجه عدم مراعات مقررات در ساختمان بازرسی شده توسط او حادث شده، مسئول است یا خیر؟ در پرونده تارگت علیه ترفائن بوروکانسیل<sup>۷۴</sup> دادگاه اعلام داشت، خواهان که در یکی از خانه‌های طراحی و ساخته شده توسط شهرداری (خواننده) مستأجر بوده است، می‌تواند برای صدمات بدنی وارده در نتیجه طراحی بد پله‌هایی که نور کافی و نرده کناری نداشته، خسارت مطالبه کند. دادگاه پژوهش برای اتخاذ این تصمیم به پرونده دیمر علیه لیورپول سیتی کانسیل<sup>۷۵</sup> استناد نمود؛ ولی گفته شده است که دادگاه قاعده مذکور در پرونده مورفی<sup>۷۶</sup> را گسترش داده است، زیرا خواهان قبل از ورود صدمات به وی از عیب موجود مطلع بوده است. تفسیر دادگاه از پرونده مورفی این بود که برای عیوب پنهان که هنوز باعث صدمات فیزیکی نشده، نمی‌توان خسارت (از باب

74. *Target v. Torfaen Borough Council* [1992] 3 ALL ER 27.

75. *Liverpool City Council* [1984] 1 ALL ER 930.

76. *Murphy*.

مسئولیت مدنی) مطالبه کرد، اما اگر صدمات فیزیکی وارد شود خسارت قابل مطالبه است، حتی اگر خواهان از عیب آگاه بوده باشد. این مورد را می‌توان به-طور مفید با مسئولیت ناشی از محصولات معیوب در کامن‌لو، و یا موقعی که یک بازرسی متوسط توسط خواهان باعث تبرئه خوانده می‌شود، مقایسه نمود.

در پرونده تسکو علیه واردز کانستراکشن<sup>۷۷</sup> خواهان‌ها مدعی شدند که علت گسترش آتش‌سوزی به مرکز خرید جدید، عیب موجود در طراحی و ساخت ساختمان آن بوده و شهرداری وظیفه محافظت و مراقبت خود را در رابطه با تأیید و تصویب نقشه‌ها و بازرسی در هنگام ساخت ساختمان به درستی انجام نداده است. دادگاه رأی خود را به این شرح اعلام داشت، شهرداری وظیفه‌ای در رابطه با ورود خسارت به اموال ندارد، زیرا مقررات مربوط به ساختمان مرتبط با سلامتی و ایمنی اشخاص است نه اموال، مضافاً اینکه ایجاد و تحمیل وظیفه مراقبت و محافظت برای شهرداری نه منصفانه، نه عادلانه، نه معقول و نه متعارف است.<sup>۷۸</sup> صدمات بدنی در این پرونده مورد بحث و بررسی قرار نگرفت. نه سازنده و نه شهرداری، برای تعمیر خانه خریدار دوم مسئولیتی بر اساس بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی ندارند. هزینه جبران نواقص یک ضرر اقتصادی (مسئولیت قراردادی) است و برای هیچ‌کدام از آن دو نسبت به خریداران دست دوم در این رابطه وظیفه‌ای متصور نیست.

گفته شده است که تصمیم مذکور در پرونده مورفی، توسط نویسندگان مختلف مورد انتقاد قرار گرفته و نظر مفسران دانشگاهی به‌طور عموم در این رابطه خصمانه بوده است. هم‌اکنون، علائمی حاکی از این وجود دارد که

77. *Tesco Stores Ltd. v. Wards Construction (Investment) Ltd.* [1995] 76 BLR 94.

78. *Applying Marc Right & Co. v. Bishops Rock Marine (The Nicholas H)* [1995] 3 WLR 227.

دادگاههای مادون، پرونده فوق را به نحوی تفسیر و تعبیر می‌کنند که مورد نظر قضات عالی رتبه نبوده است.

در پرونده تارگت علیه ترافان که در بالا مطرح شد، اشاره شد که دادگاهها ممکن است با سعه صدر و دست باز در مورد دعاوی صدمات بدنی بر علیه سازندگان ساختمان‌ها عمل کنند و در برخی از پرونده‌ها هم با انعطاف بیشتر در رابطه با خسارت به اموال اشاراتی شده است.

در پرونده نیتریژن اریان تئورانتو علیه اینکو آلویز لیمیتد<sup>۷۹</sup> ترکیدگی لوله‌های فلزی استیل که بخشی از یک پالایشگاه بود، باعث انفجار در آن پالایشگاه شد. خواهان‌ها از وجود ترکیدگی مطلع بوده و فرصت تعمیر نیز داشتند. دادگاه در این خصوص رأی صادر کرد که دوره مرور زمان از تاریخ انفجار آغاز می‌شود، نه از زمانی که ترکیدگی در لوله‌ها ظاهر شده‌اند.

این پرونده مفهوم ساختارهای مجتمع و پیچیده را نشان می‌دهد.<sup>۸۰</sup> خوانندگان لوله‌های قسمتی از پالایشگاه را تدارک دیده بودند. خواهان‌ها قادر به جبران خسارات مرتبط با تعمیر لوله‌ها نبودند، زیرا این خسارات در رابطه با عیب در کیفیت لوله‌ها بود و بنابراین خسارت محض اقتصادی شمرده می‌شدند. به هر حال، خوانندگان مسئول هرگونه خسارتی شناخته شدند که در نتیجه آن عیوب به قسمت‌های دیگر پالایشگاه، که اموال دیگر شناخته می‌شدند، وارد شده بود. در اینجا فرض شده است که عیوب پنهان بوده و برای خواهان‌ها که تمام دقت خود را معمول می‌داشتند قابل کشف نبوده‌اند. خواهان‌ها از وجود

79. *Nitrogen Eireann Teoranto v. Inco Alloys Ltd.* [1992] 1 ALL ER 854.

۸۰ در ساختمان‌ها یا تأسیساتی که قسمت‌های مختلفی دارند و به ساختارهای مجتمع و پیچیده معروف هستند، چنانچه در نتیجه عیب در یک قسمت، به قسمت دیگری خسارت وارد شود، می‌توان علیه مسبب بر اساس مسئولیت مدنی طرح دعوا کرد.

ترکیدگی در لوله‌ها آگاهی داشتند و برای تعمیر آن نیز تلاش می‌کردند، اما از علت ترکیدگی بی‌اطلاع بودند. بنابراین، دادگاه رأی داد که خواهان‌ها از عیوبی که باعث صدمات بدنی شده، مطلع نبوده‌اند. دادگاه (به‌عنوان یک اظهارنظر جانبی) اعلام داشت که اگر خواهان‌ها در کشف علت ترکیدگی لوله‌ها بی‌احتیاطی و بی‌مبالائی می‌نمودند، باز هم حق طرح دعوا داشتند، منتها خسارت آنها به علت این که در ورود ضرر به خودشان دخالت داشتند،<sup>۸۱</sup> تقلیل داده می‌شد.

## ۲-۱- در حقوق ایران

اصولاً در ایران قانون خاصی یا حتی مقرراتی در قوانین موضوعه وجود ندارد که راجع به مسئولیت سازنده ساختمان (به جز مهندس ناظر، آن هم به‌نحو بسیار محدود) داد سخن داده باشد.

آنچه بیشتر از همه توجه قانونگذار را در امر دولتی جلب کرده، قوانینی برای به اصطلاح توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی<sup>۸۲</sup> یا نظارت مجلس بر انعقاد قراردادهای دولتی<sup>۸۳</sup> یا نحوه ارجاع کار به پیمانکاران و انواع ضمانت‌نامه و نحوه اخذ و استرداد آنها است. تا آنجا که مربوط به قراردادهای خصوصی است، هیچ‌گونه مقررات خاصی برای مسئولیت مدنی سازندگان سازه‌ها، راه‌ها، ساختمان‌ها، دیوارها و ابنیه وجود ندارد. بنابراین، مسئولیت سازندگان را باید در قواعد عمومی مسئولیت، به‌ویژه قواعد عمومی قراردادها جستجو کرد.

81. Contributory Negligence.

۸۲. برای مثال، قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۷۹/۱/۱۷).

۸۳. برای مثال، قانون نظارت مجلس شورای اسلامی بر انعقاد قراردادها در دستگاههای اجرایی (۱۳۸۱/۷/۲۹).



مهندسین طراح نقشه، محاسب، تأسیسات، برق و ناظر و معمارانی که همگام با مجری به ساختن ابنیه مبادرت می‌ورزند، تابع قواعد کلی مسئولیت قراردادی یا مسئولیت‌های عام مدنی هستند. این سردرگمی و بی‌قانونی باعث شد که هیئت وزرا در اردیبهشت ۱۳۸۵ برای سازندگان مسئولیتی ده ساله قائل شود. به فرض وجود چنین مسئولیتی، چه کسی می‌تواند سازنده را پیدا کند و به فرض در دسترس بودن سازنده، چه کسی می‌تواند هفت‌خوان دادگاهها را طی کند و در پایان چه تضمینی برای ملائت او و پرداخت خسارت وجود دارد؟ در روستاها و شهرهای کوچک اصولاً سابقه‌ای از مهندس ناظر و مجری وجود ندارد و در شهرهای بزرگ نیز مهندس ناظر و مجری می‌توانند از مسئولیت‌های قراردادی و مدنی فرار کنند؛ چون اولاً در قرارداد خود را متعهد به امر خاصی نمی‌کنند و ثانیاً در مسئولیت مدنی هم اثبات انتساب ضرر به مهندس ناظر و مجری بسیار سخت و دشوار است. اگر نظریه آن دسته از حقوقدانان ایرانی را بپذیریم که برای تقصیر در مسئولیت مدنی نقش ویژه قائلند، اثبات مسئولیت مدنی مشکل‌تر و ثقیل‌تر خواهد شد.

اگر به قواعد عرفی جامعه مراجعه شود، در حقوق ایران نیز مانند حقوق انگلیس، مهندسین عمران و معماران و مجریان باید کار ساخت ساختمان را ماهرانه و استادانه انجام دهند، در صورتی که مالک و کارفرما مخالفت ننمایند از مصالح مناسب در ساخت استفاده کنند و طبعاً خانه یا سوله یا سایر سازه‌هایی که ساخته می‌شود مناسب برای مقاصد باشد که اعیانی‌های فوق برای آن منظور ساخته شده‌اند.

البته مسئولیت مستقیم قانونی برای عدم رعایت این تعهدات عرفی پیش‌بینی نشده است و باید برای احراز مسئولیت به مقررات قراردادی یا اصول کلی مسئولیت عام مدنی استناد جست.

بر خلاف حقوق انگلیس، تضمین‌نامه خاصی برای مالک یا خریداران در حقوق ایران وجود ندارد. قواعد مرور زمان که توسط شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد و در برخی موارد برای آن استثنا قائل شده‌اند نیز به شدت مورد تعجب و تمسخر دیوان‌های داوری و وکلا و داوران خارجی شده است. هرچند هیچ قاعده مرور زمانی در امور ساختمانی وجود ندارد، لیکن این موضوع کمکی به مالک یا خریداران ساختمان‌ها نمی‌کند، زیرا یا رابطه قراردادی متین و متقنی برای مسئولیت سازندگان وجود ندارد و یا احراز انتساب ضرر و زیان به آنها امری بعید یا محال است، به‌نحوی که خسارت زیان‌دیدگان بدون جبران باقی می‌ماند. در حقوق ایران، سازندگان نیز از پایان مسئولیت خود و مرور زمان قانونی بی‌نصیبند. نگرانی، مانند مسائل دیگر در این جامعه نیز وجود دارد. مرور زمان برای سلامت اجتماعی جامعه امری حیاتی است. جامعه بدون مرور زمان با مشکلات جدی مواجه می‌شود و تحقیق جداگانه برای تجدید حیات آن لازم و ضروری است.

با وجود این، در حقوق ایران، شبیه حقوق انگلیس چنانچه بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی سازندگان ثابت گردد و به عبارت دیگر علت ورود ضرر، فعل یا ترک فعل سازنده باشد و رابطه سببیت بین آن اقدام و ورود ضرر احراز شود، مسئولیت سازنده مسجل می‌گردد.

تجربه پرونده‌های رسیدگی شده در حقوق انگلیس نشان می‌دهد که چنانچه در ایران نیز خواسته شود اعطاکنندگان جواز ساختمان (شهرداری) مسئول باشند، نباید راه افراط و تفریط را طی کرد. در ایجاد مسئولیت برای نهادهای عمومی باید راه صحیحی را پیمود، به‌نحوی که این امر باعث توقف ساخت و ساز و مزاحمت و دردسر برای مردم نشده و یا هزینه‌های سنگین بر دوش مردم گذاشته نشود.

در حال حاضر، مسئولیت شهرداری‌ها در مورد طرح‌ها، نقشه‌ها و مجوزهای صادره در مقابل خریداران ساختمان‌ها محدود به قواعد عمومی مسئولیت عام مدنی است و در نتیجه کمتر کسی می‌تواند ضرر وارده به خود را به شهرداری منتسب نماید. کارشکنی‌ها و خساراتی را که شهرداری‌ها به علت تأخیر در صدور جواز یا بهانه‌های واهی یا کم‌کاری بوجود می‌آورند، از باب مسئولیت‌های عام مدنی قابل مطالبه هستند و حسب مورد باید از شهرداری به-عنوان یک نهاد یا از مسئولین و دست‌اندرکاران آن، حسب مورد، مطالبه شوند.

در تئوری، امکان دارد شهرداری‌های ایران در قبال صدمات بدنی و خسارات مالی که نتیجه بازرسی‌های غیردقیق و مجوزهای خلاف قانون آنهاست مسئول قلمداد شوند، لیکن در عمل تاکنون کسی نتوانسته است چنین مسئولیتی را برای شهرداری‌ها احراز نماید. بنابراین، چنانچه پرونده‌ای شبیه تارگت علیه ترفائن بوروکاتسیل در دادگاههای ایران مطرح شود، بعید به نظر می‌رسد که نتیجه مطلوبی را از آن شاهد باشیم. همین موضوع در مورد پرونده نیتريژن اريان تئورانتو عليه اينكو آلويز ليميتد نیز صادق است.

آیا خریداران دست دوم می‌توانند به‌موجب حقوق ایران علیه سازندگان طرح دعوا کنند؟ در این مورد بر خلاف حقوق انگلیس، ماده صریح قانونی در قوانین ایران وجود ندارد. اما اگر خریداران دست دوم به‌عنوان قائم‌مقام‌های عام (در مقابل قائم‌مقام‌های خاص) مالک محسوب شوند، می‌توانند خسارات وارده به ساختمان را از باب قراردادی از آنها مطالبه کنند. همچنین این امکان وجود دارد، چنانچه ارکان مسئولیت عام مدنی موجود باشد، یعنی ضرر وارده به خریداران دست دوم ناشی از اقدامات سلبی یا ایجابی سازندگان باشد، خریداران و متصرفین و به‌طور کلی زیان‌دیدگان بتوانند بر این اساس علیه سازندگان مذکور اقامه دعوا نمایند.

## شمره بحث

چنانکه از مباحث سه گانه فوق بر می آید، در حقوق ایران، بر خلاف حقوق انگلیس، فقط قواعد کلی وجود دارد. قاضی و وکیل ایرانی سرگردانند که در موضوعات مطروحه چه طریقه‌ای را در پیش گیرند. هر چند اصول ساختاری در هر دو قانون ایران و انگلیس همسان است و هر دو علت ورود ضرر (عامل) را مسئول می‌شناسند، ولی در حقوق ایران تفکیک مناسبی نسبت به مسئولیت متصرفین (در رابطه با واردشوندگان مجاز و غیرمجاز)، مالک و سازندگان وجود ندارد و باز هم باید به قواعد کلی متوسل شد. متضرر باید در حقوق انگلیس وجود وظیفه را اثبات کند (که این امر با توجه به مقررات وسیع قانونی امر آسانی است) و چنانچه در نتیجه نقض آن وظیفه ضرری وارد شده باشد آن ضرر قابل جبران است. در حقوق ایران نیز به محض احراز رابطه سببیت بین فعل ایجابی یا سلبی زیان‌زننده و ضرر وارده، مسئولیت ثابت می‌شود، ولی آن‌گونه که باید و شاید در این نظام حقوقی از قبل وظیفه‌ای برای اشخاص تعریف نشده است. اصول کلی موجب گمراهی خواهان و صلاح‌دید وسیع دادگاهها خواهد شد و زیان‌دیدگان هم به حق خود نمی‌رسند. تا آنجا که مربوط به مسئولیت مدنی می‌شود، ظاهر مواد و مقررات قانون موضوعه ایران بهای زیادی به قاعده تسلیط می‌دهند، به طوری که امکان دارد عملاً جان و مال مردم فدای این قاعده شود. پس ضرورت دارد یک سلسله مقررات قانونی در مورد مسئولیت متصرفین، مالکین و سازندگان تدوین شود تا هم قضات و وکلا به حقوق مردم واقف باشند و هم اشخاص مذکور تکلیف خود را بدانند. علاوه بر اصول کلی، وضع مقررات در موارد تخصصی ضرورت دارد که در این خصوص بررسی قوانین خارجی و استفاده از تجارب دیگران می‌تواند کارساز

باشد. هرچند اصول کلی دو نظام حقوقی ایران و انگلیس شباهت‌هایی به یکدیگر دارند، اما در حقوق انگلیس به اندازه‌ای وارد جزئیات عملی شده‌اند که تقریباً (صرف‌نظر از مسائل مربوط به سیاست قضایی) نتیجه و تصمیم دادگاه با درصد بالایی از قبل قابل پیش‌بینی است، ولی در حقوق ایران چنین نیست. دست‌قضا در حقوق ایران آن‌قدر باز است که می‌تواند واردکننده ضرر را با عدم احراز انتساب رابطه سببیت از پرداخت غرامت مبرا دارند یا دستور جبران تمامی خسارات وارده از ناحیه وی را با حکم خویش صادر نمایند.

مزید بر همه کمی و کاستی‌ها در حقوق ایران، عیوب و اشکالات شکلی در رسیدگی به چنین پرونده‌هایی است که حتی حقوقی هم که امکان دارد در تئوری به اشخاص تعلق گیرد قابل تحصیل از طریق دادگاهها نمی‌باشد. بعید است که این امر آینده خوبی را فرا راه نظام حقوقی ایران قرار دهد. اما نباید در تلاش برای جبران مافات سستی و کاهلی رخ دهد. همچنین باید به خاطر داشت که ساخت بناهای حقوقی عظیم و با شکوه، با رعایت اصول انسانی و عدالت‌خواهانه موجود، و نگرش دقیق بر سایر ساختارهای حقوقی مطلوب، مفید و کارساز، با کندی و تأنی خاص خود باید پیگیری شود. در این راه بدون تردید غفلت از تجارب و راه‌حل‌های ارائه شده توسط نظام‌های حقوقی دیگر جایز نیست.



# بررسی تطبیقی تابعیت اصلی در حقوق ایران و فرانسه

دکتر فرهاد خمایی زاده\*

## چکیده

یکی از روش‌هایی که برای جلوگیری از بی‌تابیتی و به‌عنوان تابعیت اصلی مطرح شده اعمال سیستم خون یا تابعیت نسبی می‌باشد که بر اساس آن تابعیت هر شخص بر اساس تابعیت والدینش تعیین می‌گردد. روش دیگر سیستم خاک است که به موجب آن محل تولد تعیین‌کننده تابعیت می‌باشد. مع-ذلک، در رابطه با این موضوع که نسب و یا محل تولد با چه شرایطی مبنای تحمیل تابعیت واقع می‌شود اختلاف نظر وجود دارد و هر کشور بنا به مقتضیات و مصالح خاص خود در این مورد تصمیم‌گیری می‌نماید.

واژگان کلیدی: تابعیت، تابعیت اصلی، سیستم خاک، سیستم خون، بی‌تابیتی.

---

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## ۱- مقدمه

تابعیت رابطه‌ای سیاسی و معنوی بین یک شخص و یک دولت است که موجب آثاری حقوقی می‌باشد.<sup>۱</sup> تصمیم در مورد به دست آوردن یا از دست دادن تابعیت با دولت‌ها می‌باشد و اراده اشخاص در این رابطه تعیین‌کننده نیست. به عبارت دیگر هر دولت خود تصمیم می‌گیرد چه کسانی و با چه مشخصاتی تبعه او محسوب می‌شوند.

یکی از اصول مهم مطروحه در رابطه با تابعیت لزوم جلوگیری از بی‌تابعیتی<sup>۲</sup> است. در راستای تحقق این امر باید در وضع مقررات مربوط به تابعیت کشورها ترتیبی اتخاذ گردد تا هر شخص دارای تابعیتی باشد و بر اساس آن حقوق و تعهدات وی مشخص شود. دو سیستم خون و خاک<sup>۳</sup> به عنوان ضابطه اعطای تابعیت توسط دولت‌ها مطرح شده‌اند. در سیستم خون تحمیل تابعیت از راه نسب می‌باشد و تابعیت والدین در زمان تولد شخص ملاک تعیین

۱. البته تعاریف دیگری هم از تابعیت ارائه شده، از جمله این که «تابعیت عبارت است از رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی یک شخص حقیقی یا حقوقی و یا یک شیء با یک دولت معین، به طوری که حقوق و تکالیف وی از همین رابطه ناشی شود». ابراهیمی، دکتر سید نصرالله، «حقوق بین‌الملل خصوصی»، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۲، ص ۸۴. در رابطه با تابعیت اشیاء می‌توان به کشتی‌ها اشاره نمود که اصولاً تابع قانون پرچم می‌باشند و بنابراین وقایعی که مثلاً در یک کشتی فرانسوی اتفاق می‌افتد این‌طور تلقی می‌شود که در خاک کشور فرانسه رخ داده‌اند.

2. E. apartheid

این وضعیت مثلاً زمانی حادث می‌شود که شخصی در کشور مبدأ از وی سلب تابعیت شده و به کشور دیگری پناهنده می‌شود، بدون اینکه تابعیت کشور میزبان به وی داده شده باشد. در سطح بین‌المللی کنوانسیون‌هایی برای جلوگیری از بی‌تابعیتی و حمایت از اشخاص بی‌تابعیت منعقد گردیده است، از جمله کنوانسیون ژنو ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ در رابطه با وضعیت پناهندگان.

3. *Jus sanguinis - Jus soli.*



تابعیت وی می‌باشد، در حالی که در سیستم خاک محل تولد تعیین‌کننده تابعیت هر شخص قرار داده شده است. کشورهای مختلف معمولاً ضمن اینکه تلفیقی از سیستم خاک و سیستم خون را پذیرفته‌اند، در مقررات تابعیت خود صور متنوعی از سیستم‌های فوق را اتخاذ نموده‌اند.

در مقاله حاضر به‌عنوان نمونه، اختلاف موجود در رابطه با اعمال سیستم خون و سیستم خاک در حقوق فرانسه و ایران مورد بررسی قرار خواهند گرفت. مع‌ذلک، در ابتدا و تحت عنوان کلیات مشخصات کلی هر یک از دو سیستم تشریح خواهند شد.

## ۲- سیستم خون

### ۲-۱- کلیات

یکی از راههای پیشنهاد شده برای جلوگیری از بی‌تابعیتی تحمیل تابعیت به شخص بر اساس تابعیت والدین او می‌باشد. تابعیت به‌دست آمده به این طریق تابعیت نسبی نیز نامیده می‌شود.<sup>۴</sup> طرفداران اعمال سیستم خون دلایل زیر را در توجیه آن بیان داشته‌اند:

الف) قائل شدن تابعیت والدین برای فرزند در واقع مبتنی بر این فرض است که خود فرزند نیز به این امر تمایل دارد.

ب) اعمال سیستم خون موجب می‌شود فرزندان اشخاصی که کشور متبوع خود را ترک و در کشور دیگری ساکن می‌شوند، حتی اگر کشور متبوع والدین

۴. سیستم خون با سیستم نژادی متفاوت است، زیرا در سیستم نژادی که قبل از جنگ جهانی دوم مورد توجه عده‌ای از علمای آلمان قرار داشت، نژاد پدر و مادر تعیین‌کننده تابعیت است و نه تابعیت ایشان. برای مطالعه بیشتر رک. مثلاً، نصیری، دکتر محمد، «حقوق بین‌الملل خصوصی»، چاپ پنجم، نشر نیل، ۱۳۷۷، ص ۳۱.

خود را ندیده و یا در آنجا سکونت ننموده باشند، یک پیوند عاطفی با کشور مذکور داشته باشند و در صورت نیاز از جهات مختلف کشور متبوع خود را در مواقع مقتضی یاری دهند. این امر ناشی از این است که علاقه به آب و خاک یک کشور و فرهنگ و تاریخ آن در خون پدر و مادر آمیخته شده و به فرزندشان منتقل می‌شود. به همین دلیل کشورهای پرجمعیت و مهاجرفرست<sup>۵</sup> از حامیان سیستم خون هستند.

ج) با اجرای سیستم خون به تعداد اتباع کشور مهاجرفرست در کشور میزبان افزوده می‌شود و در نتیجه نفوذ سیاسی و اعتبار آن کشور در خارج از مرزهایش افزایش می‌یابد.

معدّلک، اینکه پذیرش سیستم خون در مقررات تابعیت همه کشورها موجب از بین رفتن کامل پدیده بی‌تابعیتی شود، مورد تردید واقع شده است، زیرا در صورتی که طفل متولد شده پدر و مادرش معلوم نباشند و یا در حالتی که والدین معلوم هستند ولی بی‌تابعیت می‌باشند، پدیده بی‌تابعیتی همچنان بروز می‌نماید. به همین دلیل است که در سیستم‌های مختلف حقوقی معمولاً سیستم خاک که محل تولد طفل را مبنای تعیین تابعیت می‌داند،<sup>۶</sup> در کنار سیستم خون به‌عنوان تعیین‌کننده تابعیت طفل در زمان تولد قرار می‌گیرد. تابعیتی که به‌موجب

##### 5. Pays d'emigration.

۶. البته طرفداران این سیستم نیز به‌نوبه خود معتقدند که با توجه به اینکه تمام هر قسمت از کره زمین لزوماً جزو قلمرو حاکمیت کشور معینی می‌باشد، با اعمال سیستم خون در کشورهای مختلف کسی بی‌تابعیت نخواهد ماند. با توجه به وجود قسمت‌هایی خارج از حاکمیت هر دولت از جمله دریاهای آزاد پذیرش ادعای مذکور با تردید مواجه می‌شود. به هر حال، کشورهای مهاجرپذیر از جمله آمریکا و استرالیا از این سیستم حمایت می‌نمایند. برای مطالعه بیشتر رک. ابراهیمی، همان منبع، ص ۹۱.

این دو سیستم در زمان تولد به طفل تحمیل می‌گردد تابعیت اصلی<sup>۷</sup> نامیده می‌شود.

از جمله پرسش‌های مهمی که در رابطه با چگونگی اتخاذ سیستم خون مطرح شده این است که آیا کیفیت ایجاد نسب در اعمال سیستم خون مؤثر است؟ اگر تابعیت پدر و مادر متفاوت باشد تابعیت کدام یک از پدر و مادر باید در نظر گرفته شود؟ تابعیت والدین در زمان تولد طفل باید ملاک عمل قرار گیرد یا در زمان انعقاد نطفه؟

در قسمت‌های آتی پاسخ پرسش‌های فوق در مقررات تابعیتی دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه مورد توجه قرار می‌گیرد.

## ۲-۲- نحوه پیدایش نسب مبنای تعیین تابعیت

یکی از پرسش‌های مهم که می‌تواند در رابطه با نحوه اعمال سیستم خون مطرح شود این است که آیا تنها فرزند ناشی از ازدواج صحیح تابعیت والدینش را می‌گیرد یا اینکه سیستم خون در مورد فرزندان خارج از رابطه ازدواج و به-عبارتی نامشروع نیز قابل اعمال می‌باشد؟

در حقوق ایران بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسانی که پدر آنها ایرانی است اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند» ایرانی محسوب می‌شوند. از طرفی حسب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود».

7. Nationalité d'origine.

این اصطلاح در برابر تابعیت اکتسابی به‌کار می‌رود، یعنی تابعیتی که مثلاً بعد از واقعه تولد از راه تحصیل تابعیت به‌دست می‌آید.

به نظر عده‌ای از حقوقدانان، نسبی که مبنای تحمیل تابعیت ایرانی بر مبنای سیستم خون در بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران می‌باشد نسب مشروع است و «اطفالی که نامشروع هستند و پدر آنها به جهت عدم امکان انتساب طفل نامشروع به زانی نامعلوم است»<sup>۸</sup> مشمول بند ۳ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران می‌شوند که اشخاص متولد در ایران از پدر و مادر نامعلوم را ایرانی می‌داند و یا مشمول بند ۱ ماده ۹۷۶ که به موجب آن «کلیه ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تابعیت خارجی آنها مسلم باشد ایرانی محسوب می‌شوند»<sup>۹</sup> قرار می‌گیرند. در مقابل به نظر آقای دکتر نصیری چنین استدلالی نتیجه خلط تابعیت به عنوان یک موضوع حقوق عمومی با موضوعات حقوق خصوصی می‌باشد؛ «تابعیت را نمی‌توان از حقوق مالی یا موضوعات حقوق خصوصی دانست تا موضوع انتقال یا توارث در بین باشد. تابعیت یک عمل حاکمیت دولت است که بنا به مقتضیات اجتماعی یا سیاسی، با رعایت ضابطه‌های معینی، به هر که می‌خواهد اعطا می‌کند و بنابراین در صورتی که اثبات نسب ممکن بوده، مخالف با نظم عمومی نباشد، سیستم خون به خوبی قابل اعمال است».<sup>۱۰</sup>

به نظر می‌رسد گرچه بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی در مقام بیان چگونگی تحمیل تابعیت ایرانی به موجب سیستم خون به عنوان یک موضوع حقوق عمومی می‌باشد، معذک، چون در این بند تحمیل تابعیت ایرانی موکول به احراز رابطه پدری است و این رابطه باید طبق ضوابط حقوق خصوصی صورت پذیرد که نسب نامشروع را موجد رابطه پدر و فرزندی نمی‌داند، تحمیل تابعیت ایرانی براساس سیستم خون به اطفال طبیعی پذیرفتنی نیست.

۸. ابراهیمی، همان منبع، صص ۱۱۲-۱۱۱.

۹. نصیری، همان منبع، ص ۶۶.

۱۰. همان منبع.

قابل ذکر است که حسب ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی ایران «هرگاه به واسطه وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل باطل باشد نسب طفل به هریک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت به دیگری نامشروع خواهد بود»؛ یعنی ممکن است ازدواجی باطل باشد ولی فرزند ناشی از آن را بتوان قانوناً ملحق به پدر ایرانی و در نتیجه نسب را مشروع دانست که در این صورت تابعیت پدر به چنین فرزندی حسب بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی تحمیل خواهد شد.

در حقوق فرانسه تا قبل از ۱۹۷۳ بر خورد یکسانی با اطفال طبیعی و قانونی صورت نمی گرفت، اما در مقررات جدید تابعیت، فرقی بین نسب طبیعی و نسب قانونی در اعطای تابعیت بر مبنای سیستم خون نیست.<sup>۱۱</sup> مع ذلك، اگر طفل تبعه خارج قبل از ۱۸ سالگی توسط یک فرانسوی به فرزندی قبول شده باشد در حالت فرزندخواندگی کامل (از دو طرف)<sup>۱۲</sup> رابطه طفل با والدین اصلی قطع شده و از طریق نسب، فرانسوی محسوب می شود؛ به موجب قانون ۲۲ دسامبر ۱۹۷۶ این طریق از موارد تحمیل تابعیت است و نه تحصیل تابعیت<sup>۱۳</sup> و لذا نه نیاز به درخواست دارد و نه قابل رد است. مع ذلك، قابل ذکر است فرزند پذیرفته شده توسط والدینی که لااقل یکی از آنها فرانسوی است و محل تولدش در خارج از فرانسه می باشد شناخته شده است.<sup>۱۴</sup>

11. Loussuarn, Y., Bourel, P., "Droit international privé", 4ed., Dalloz, 1993, pp.573-574.

در این قانون تفاوت های زیادی نسبت به قانون تابعیت ۱۹۴۵ مشاهده می شود.

12. Adoption pleniere.

13. Un cas d'attribution: Acquisition.

Mayer, p., *op.cit.*, p.543.

14. Loussuam, Y., Bourel, p., *op.cit.*, p. 575.

در حالت فرزندخواندگی ساده (پذیرفته شده توسط یک شخص)<sup>۱۵</sup> اعطای تابعیت به صورت اتوماتیک نیست و تابعیت پدرخوانده یا مادرخوانده فرانسوی خود به خود به فرزندخوانده تحمیل نمی‌شود. در این حالت رابطه طفل با والدین اصلی باقی می‌ماند و تابعیت خارجی آنها برای او حفظ می‌شود، ولی وی می‌تواند درخواست تابعیت فرانسوی را بنماید، مشروط به اینکه در زمان چنین درخواستی ساکن فرانسه باشد. مع‌ذلک، این الزام به داشتن سکونت در فرانسه در حالتی که طفل توسط یک تبعه فرانسوی که ساکن فرانسه نمی‌باشد به فرزندپذیری قبول شده باشد، لغو می‌شود.<sup>۱۶</sup>

### ۲-۳- تابعیت کدام یک از والدین مبنای تعیین تابعیت قرار می‌گیرد؟

در حقوق ایران همان‌گونه که ذکر شد، حسب بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، در صورتی که طفلی دارای پدر ایرانی باشد تبعه ایران محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، تابعیت مادر به هیچ وجه مبنای تحمیل تابعیت ایرانی به موجب سیستم خون نمی‌باشد،<sup>۱۷</sup> یعنی اگر زنی ایرانی با مردی خارجی ازدواج نماید و با عدم تحمیل تابعیت خارجی شوهر زوجه تابعیت ایرانی خود را حفظ نماید،<sup>۱۸</sup>

15. Adoption simple.

16. Article 21; Loi du 8 mars 1803 promulguee le 18 mars 1803, (Loi du 10 aout 1927 art. 13).

۱۷. مع‌ذلک، حسب بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران در بیان یکی از مواردی که به موجب سیستم خاک تابعیت ایرانی تحمیل می‌شود، به تولد مادر در ایران به عنوان عاملی برای تحمیل تابعیت ایرانی توجه و ذکر شده است: «کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آنها در ایران متولد شده بوجود آمده‌اند ایرانی محسوب می‌شوند». این امر مورد انتقاد است، زیرا در اعطای تابعیت ایرانی، به تابعیت ایرانی مادر که به مراتب مهم‌تر از محل تولد اوست توجه نشده است.

۱۸. به موجب ماده ۹۸۷ قانون مدنی ایران، زن ایرانی که با تبعه خارجی مزاجت می‌نماید به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند، مگر اینکه مطابق قانون مملکت زوج تابعیت شوهر به واسطه وقوع عقد ازدواج به زوجه تحمیل گردد.

فرزند ناشی از چنین ازدواجی نمی‌تواند به استناد ایرانی بودن مادرش دارای تابعیت ایرانی گردد.<sup>۱۹</sup>

در حقوق فرانسه در ابتدا و در کد ناپلئون غلبه تابعیت پدر نسبت به مادر در رابطه با تحمیل سیستم خون پذیرفته شده بود و به موجب آن طفل ناشی از پدر فرانسوی، فرانسوی محسوب می‌شد. در قانون تابعیت ۱۹۴۵ نیز این برتری برای پدر خانواده شناخته شد و محل تولد طفل یا تابعیت مادر در تعیین تابعیت طفل دارای تابعیت فرانسه نقشی نداشت (ماده ۱-۱۷). متعاقب نیاز فرانسه به افزایش جمعیت و جلب و جذب هرچه بیشتر افراد به این کشور، این تفاوت از بین رفت، به نحوی که به موجب قانون ۱۹۷۳ طفل قانونی یا طبیعی که لااقل یکی از والدینش فرانسوی باشند تبعه فرانسه محسوب می‌شود؛ در حالی که به موجب قانون تابعیت ۱۹۴۵ اگر فقط پدر تابعیت فرانسه داشت فرزند وی نیز به طور قطعی فرانسوی محسوب می‌شد، بدون داشتن حق رد تابعیت.

حسب قانون ۱۹۷۳ اگر والدین هر دو یا یکی از ایشان فرانسوی باشند طفل به طور قطعی تابعیت فرانسوی پیدا می‌کند. مع‌ذک، در حالتی که تنها یکی

۱۹. البته این امر موجب بی‌شناسنامه ماندن هزاران طفل ناشی از ازدواج‌های ثبت نشده زنان ایرانی با اتباع خارجی، عمدتاً افغانی یا عراقی، شده است. به همین علت، اخیراً طی طرحی به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد شد اصلاحات ذیل در ماده ۹۶۴ و بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی معمول گردد:

ماده ۹۶۴ قانون مدنی: «روابط بین ابویین و اولاد تابع قانون دولت متبوع پدر است مگر اینکه تابعیت ایرانی از طریق مادر به وی اعطا شده باشد یا نسبت طفل فقط به مادر مسلم باشد، که در این صورت روابط طفل و مادر او تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود.»

بند ۲ ماده ۹۷۶: «کسانی که پدر یا مادر آنها ایرانی است اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند» ایرانی محسوب می‌شوند.

این طرح مورد تصویب مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۵/۲/۲۸) قرار نگرفت.

از والدین فرانسوی باشند و طفل در خارج از فرانسه متولد شده باشد، با توجه به شکنندگی رابطه چنین طفلی با کشور فرانسه حق رد تابعیت از ۶ ماه قبل از رسیدن به سن قانونی تا ۱۲ ماه پس از آن پیش‌بینی شده است (ماده ۱۹). این اختیار در صورتی که پدر یا مادر خارجی یا پاترید قبل از رسیدن طفل به سن قانونی تابعیت فرانسوی را تحصیل نموده باشد، ساقط می‌شود. این حق همچنین در حالتی که ذینفع در خدمت ارتش باشد ساقط می‌شود.<sup>۲۱</sup>

دستورالعمل مورخ ۱۲ ماه می ۲۰۰۰<sup>۲۱</sup> نیز در همین رابطه تولد از والدین فرانسوی را از موارد اعطای تابعیت فرانسوی بر شمرده است.<sup>۲۲</sup>

#### ۴-۲- زمان انعقاد نطفه باید در نظر گرفته شود یا زمان تولد؟

ممکن است در زمان انعقاد نطفه والدین تابعیت کشور (الف) را داشته باشند ولی در زمان تولد طفل تغییر تابعیت داده و به تابعیت کشور (ب) در آیند. در این صورت، تابعیت والدین در چه زمانی ملاک عمل برای اعمال سیستم خون خواهد بود؟

در حقوق ایران از بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی عمدتاً چنین استنباط شده که ممکن است انعقاد نطفه تاریخ مشخصی نداشته باشد و یا مشکوک‌الحدوث باشد و تابعیت بر امری عدمی یا مشکوک‌الحدوث تعلق نمی‌یابد. «از طرفی برای نطفه یا جنین روابط سه‌گانه معنوی، حقوقی و سیاسی با دولت متبوع متصور نیست تا دولت تابعیت را بدان واگذار کند».<sup>۲۳</sup> لذا تابعیت پدر در زمان

۲۰. ماده ۱-۱۸ قانون مدنی فرانسه.

21. Cirulaire du 12 mai 2000 DPM 2000/254.

22. Sos- net. eu. org/ interne/etrangers/ natidx. htm.

۲۳. ابراهیمی، همان منبع، ص ۱۱۱.



تولد طفل باید ملاک عمل قرار گیرد و نه زمان انعقاد نطفه. تابعیت پدر در فاصله زمانی بین انعقاد نطفه و تولد طفل و یا بعد از تاریخ تولد طفل تأثیری در تابعیت طفل که به طور مشخص بر اساس تابعیت پدر در زمان تولد تعیین می شود، ندارد.

البته لازم به ذکر است که عده ای معتقدند باید از بین تابعیت های پدر در زمان انعقاد نطفه و تولد طفل تابعیتی را در نظر گرفت که بیشتر منافع طفل را تأمین می نماید، در حالی که گروهی دیگر با سیاسی دانستن تابعیت معتقدند مصلحت اشخاص در امر تعیین تابعیت جایی ندارد و بر مبنای مصالح دولت ها باید در این رابطه تصمیم گیری شود.<sup>۲۴</sup>

در حقوق فرانسه دکترین<sup>۲۵</sup> و رویه قضایی<sup>۲۶</sup> زمان تولد طفل را ملاک عمل می دانند، هر چند این امر با ملاحظات وراثتی تباین دارد؛ این تباین چنین توجیه شده است که تاریخ انعقاد نطفه به طور دقیق قابل تشخیص نیست. در صورتی که در زمان تولد طفل پدر و مادر هر دو فرانسوی باشند تابعیت فرانسوی والدین به طور قطعی به فرزندان منتقل می شود.

در حالتی که طفل پس از فوت یکی از والدین، چه پدر و چه مادر، متولد شده باشد تابعیت متوفی در زمان فوت وی در نظر گرفته می شود. این نظر حتی قبل از قانون ۱۹۷۳ (البته تنها در موردی که پدر قبل از تولد فرزند فوت نموده باشد) مورد قبول دکترین واقع شده بود.<sup>۲۷</sup> مع ذلک، در حالتی که یکی از والدین قبل از تولد طفل فوت نموده باشد و پدر یا مادر زنده قبل از تولد طفل تابعیت

۲۴. نصیری، همان منبع، ص ۶۵.

25. Batiffol et Lagarde, Traite, n. 95, p. 102.

26. Cour de cassation, civ., 25 février 1956, Revue critique de droit international privé, 1957, 273, 5 mars 1957, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles), n. 115, Revue critique de droit international privé, 1958, 761.

27. Loussuarn, Y., *op. cit.*, p. 572.

خارجی گرفته باشد تحمیل تابعیت فرانسه به طفل باید همراه با حق رد تابعیت باشد.<sup>۲۸</sup> این راه حل کماکان در حقوق فرانسه اعمال می‌شود.

آنچه مسلم است در حال حاضر تشخیص دقیق و علمی تاریخ انعقاد نطفه ممکن نیست و لذا درست به نظر نمی‌رسد تابعیت که منشأ آثار مهمی در زندگی فرد است بر مبنای امری مبهم تعیین شود.

### ۳- سیستم خاک

#### ۳-۱- کلیات

در سیستم خاک فرض بر این است که هر شخص لزوماً در محل معینی که تحت حاکمیت کشور خاصی می‌باشد، متولد می‌شود؛ لذا در این سیستم تابعیت محل تولد ملاک تعیین تابعیت هر شخص قرار می‌گیرد. به عقیده طرفداران این سیستم به این ترتیب دیگر پدیده بی‌تابعیتی وجود نخواهد داشت. دلایلی را که له سیستم خاک مطرح شده می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

الف) فردی که در قلمرو دولت معینی متولد شده و در آنجا سکونت دارد تحت سلطه و حاکمیت همان دولت است و هیچ دولت دیگری نفوذ واقعی و مؤثر بر این ندارد تا بتواند تابعیتش را بر او تحمیل نماید.

ب) تمام کسانی که در قلمرو یک دولت ساکن هستند علی‌الاصول باید از رژیم حقوقی واحدی پیروی نمایند و نباید بعضی از ساکنین یک کشور حقوق یا امتیازات خاصی ناشی از تابعیت اعطا شده توسط یک کشور دیگر نسبت به دیگر ساکنین داشته باشند. بنابراین تمام متولدین در یک کشور باید تابعیت محل تولد را داشته و از حقوق یکسانی برخوردار باشند.

28. *Ibid.*, note 6.

ج) شخصی که در کشور معینی متولد شده و در آنجا سکونت می‌یابد خواه ناخواه تحت تأثیر محیط زندگی خود واقع می‌شود، تا حدی که نقش عوامل ارثی کم‌رنگ شده و یا حتی از بین می‌رود، به نحوی که می‌توان گفت «کسی که در سرزمینی تولد یافته و در آنجا رشد و نمو کرده است تابعیت او به اقتضای یک اختلاط معنوی بایستی محل تولدش باشد».<sup>۲۹</sup>

د) اتخاذ این سیستم به نفع کشورهای مهاجرپذیر است. این‌گونه کشورها به لحاظ اینکه مایلند تعداد هرچه بیشتری تبعه داشته باشند معمولاً مقررات تابعیتی خود را به تدریجی وضع می‌نمایند که تابعیت محل تولد با شرایطی ساده تحمیل شود.

علی‌رغم مزایای فوق‌الذکر باید اذعان نمود که نمی‌توان به‌طور قطع مطمئن بود حتماً محل تولد یک شخص تحت حاکمیت دولت خاصی می‌باشد تا بر مبنای آن بتوان تابعیت همان دولت را بر وی تحمیل نمود. البته اگر طفلی در یک کشتی و در محدوده دریای آزاد متولد شود می‌توان با این استدلال که هر کشتی دارای پرچم یک کشور خاص می‌باشد و لذا به عنوان خاک دولت صاحب پرچم تلقی می‌شود، تابعیت کشور متبوع کشتی را بر طفل متولد در آن کشتی تحمیل نمود. همین قاعده در رابطه با هواپیماها نیز پذیرفته شده است.

با توجه به شناخت کلی از سیستم خاک ذیلاً به مواضع متخذه در حقوق کشورهای ایران و فرانسه در رابطه با این سیستم نظری می‌افکنیم:

## ۲-۳- طفل از پدر و مادر نامعلوم یا بدون تابعیت

در ایران به موجب بند ۳ ماده ۹۷۶ قانون مدنی «کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنها غیر معلوم باشد» ایرانی محسوب می‌شوند. بنابراین طفل

۲۹. نصیری، همان منبع، ص ۲۶.

نامشروعی که در بیمارستانی در ایران متولد شده، چون مادرش معلوم است مشمول این بند واقع نمی‌شود.<sup>۳۰</sup> همچنین اطفال سرراهی که معلوم نیست محل تولدشان در ایران باشد نیز نمی‌توانند به موجب بند مذکور تبعه ایران محسوب شوند، مگر اینکه فرض شود چنین اطفالی متولد ایران هستند. البته این امر مانع از آن نیست که این اشخاص به دلیل دیگری تابعیت ایران را داشته باشند.<sup>۳۱</sup> در رابطه با طفل متولد در ایران از پدر و مادر بی‌تابعیت، قانون ایران اعمال سیستم خاک را نپذیرفته است.

در فرانسه نیز، مانند قانون ایران به موجب بند ۱ ماده ۲۱ کد تابعیت ۱۹۴۵ «طفل متولد در فرانسه از پدر و مادر نامعلوم تبعه فرانسه محسوب می‌شود». در بند ۲ ماده مذکور محدودیتی در رابطه با این تابعیت پیش‌بینی و مقرر شده است: «مع‌ذلک، اگر قبل از رسیدن به سن قانونی نسب چنین طفلی به یک تبعه خارجی اثبات شود و حسب قانون کشور متبوع این شخص خارجی طفل مذکور تبعه آن کشور محسوب شود، تابعیت فرانسوی طفل مذکور کأن لم یکن تلقی می‌شود». به عبارت دیگر، در این حالت باید قائل شد به اینکه طفل مذکور اصلاً تابعیت فرانسوی نداشته است که مسلماً با این عطف به ماسبق شدن، اعتبار کلیه اموری که با توجه به تابعیت فرانسوی طفل واقع شده زیر سؤال خواهد رفت.

۳۰. به عقیده بعضی «اگرچه قانون در این خصوص ساکت است، به نظر می‌رسد اطفالی که نامشروع هستند و پدر آنها به جهت عدم امکان انتساب طفل نامشروع به زانی نامعلوم است نیز مشمول این بند از قانون می‌باشند». ابراهیمی، همان منبع، ص ۱۲.

۳۱. مثلاً به استناد بند ۱ ماده ۹۷۶ قانون مدنی کلیه سکنه ایران به استثنای اشخاصی که تابعیت خارجی آنها معلوم و مسلم است، ایرانی محسوب می‌شوند.

در رابطه با اعمال این قاعده فرقی بین طبیعی یا قانونی بودن نسب نیست.<sup>۳۲</sup> همچنین فرقی در این نیست که تابعیت خارجی شخصی که نسبش به طفل ثابت شده، تابعیت اصلی بوده است یا اکتسابی.

در رابطه با شخص متولد شده در فرانسه از والدین *آپاترید*، قانون ۹ ژانویه ۱۹۷۳ ماده ۱-۲۱ را به قانون تابعیت اضافه و مقرر نموده است: «طفل متولد در فرانسه از والدین *آپاترید* و همچنین طفل متولد در فرانسه از والدین خارجی که تابعیت هیچیک از ایشان حسب قوانین کشورهای خارجی مربوطه به طفل داده نمی‌شود، تبعه فرانسه محسوب می‌شود».

به نظر لوسوارن اگر منظور از این قانون ملحق شدن چنین طفلی به جامعه فرانسه باشد مشکل بتوان پذیرفت که والدین *آپاترید* یا بدون تابعیت و یا حتی والدین خارجی که تابعیت آنها قابل انتقال به فرزندشان نیست در فرانسه ساکن شوند و بخواهند به همراه فرزندشان در فرانسه بمانند، حتی اگر فرزند مذکور در فرانسه متولد شده باشد.<sup>۳۳</sup>

### ۳-۳- تأثیر محل تولد والدین

در حقوق ایران بندهای ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، تابعیت والدین را در اعمال سیستم خاک مؤثر دانسته‌اند. به موجب بند ۴ «کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آنها در ایران متولد شده بوجود آمده‌اند» ایرانی

۳۲. مع‌ذک، به نظر بعضی این استثنا تنها در رابطه با نسب طبیعی می‌باشد و نه نسب قانونی.

Loussuarn, Y., *op.cit.*, p.577.

33. *Op.cit.*, p.578.

لوسوارن همچنین معتقد است که استثنا و محدودیت مورد اشاره در رابطه با تابعیت فرانسوی اعطا شده به طفل متولد در فرانسه از پدر و مادر نامعلوم در این مورد نیز باید اعمال شود، هرچند در قانون ۱۹۷۳ به این مورد اشاره نشده است. همان منبع.

محسوب می‌شوند. بنابراین علاوه بر تولد طفل در ایران لازم است یکی از والدینی که هر دو خارجی هستند در ایران متولد شده باشند. بند (الف) ماده ۹۷۷ قانون مدنی نیز در رابطه با این بند اضافه نموده است: «هرگاه اشخاص مذکور در بند ۴ ماده ۹۷۶ پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام بخواهند تابعیت پدر خود را قبول نمایند باید ظرف یک سال درخواست کتبی به ضمیمه تصدیق دولت متبوع پدرشان دایر بر اینکه آنها را تبعه خود خواهد شناخت به وزارت امور خارجه تسلیم نمایند». در واقع در اینجا حق رد تابعیت ایرانی برای طفل ایرانی شده حسب بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی در نظر گرفته شده است.

حسب بند ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران مورد دیگری از سیستم خاک پیش‌بینی و مقرر شده است: «کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است بوجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام یک سال دیگر در ایران اقامت نموده باشند [تبعه ایران محسوب می‌شوند] والا قبول شدن آنها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است». در این ماده به تابعیت مادر اشاره‌ای نشده است و تابعیت ایرانی مادر نیز هیچ نقشی در اعطای تابعیت ایرانی در این بند ندارد. به‌علاوه، شرط تثبیت تابعیت ایرانی شخصی که به این ترتیب ایرانی شده این است که پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام یک سال دیگر در ایران اقامت نماید.

بند (ب) ماده ۹۷۷ قانون مدنی در این رابطه اضافه نموده است: «هرگاه اشخاص مذکور در بند ۵ ماده ۹۷۶ پس از رسیدن به ۱۸ سال تمام بخواهند به تابعیت پدر خود باقی بمانند باید ظرف یک سال درخواست کتبی به ضمیمه تصدیق دولت متبوع پدرشان دایر بر اینکه آنها را تبعه خود خواهد شناخت به وزارت امور خارجه تسلیم نمایند».

نهایتاً در رابطه با سیستم خاک ماده ۹۷۸ قانون مدنی ایران مقرر می‌نماید: «نسبت به اطفالی که در ایران از اتباع دولی متولد شده‌اند که در مملکت متبوع آنها اطفال متولد از اتباع ایرانی را به موجب مقررات تبعه خود محسوب داشته و رجوع آنها را به تابعیت ایران منوط به اجازه می‌کنند معامله متقابل خواهد شد». قابل ذکر است که حسب تبصره ماده ۹۷۶ قانون مدنی «اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و قنصلی خارجه مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود».

در حقوق فعلی فرانسه در رابطه با تأثیر محل تولد والدین در تحمیل تابعیت فرانسوی بر طفل متولد در فرانسه ماده ۲۳ کد تابعیت مقرر می‌دارد: «در صورتی که لااقل یکی از والدینش فرانسوی باشد تبعه فرانسه محسوب می‌شود». در این رابطه دو حالت متفاوت پیش‌بینی شده است:

اگر طفلی از والدین فرانسوی در خاک فرانسه متولد شده باشد تابعیت فرانسوی به‌طور قطعی و بدون داشتن حق رد این تابعیت به طفل تحمیل می‌شود. این راه‌حل چنین توجیه شده که این اشتراک محل تولد والدین و فرزند در فرانسه می‌تواند نشانگر اقامت طولانی خانواده طی چندین نسل در فرانسه باشد. ولی در ماده ۲۴ قانون تابعیت پیش‌بینی شده که اگر طفلی از والدینی که یکی از ایشان متولد فرانسه است، در فرانسه متولد شده باشد تابعیت فرانسوی اصلی باز هم به طفل تحمیل می‌شود، مع‌ذلک، در این حالت حق رد تابعیت فرانسوی برای طفل مذکور ظرف مدت ۶ ماه پس از رسیدن به سن قانونی پیش‌بینی شده است. البته در صورتی که پدر و مادری غیرفرانسوی قبل از رسیدن طفل به سن قانونی تابعیت فرانسه را تحصیل نمایند این حق ساقط می‌شود.<sup>۳۴</sup>

34. Lossuarn, Y., *op. cit.*, p. 579.

در حقوق فرانسه نیز اطفال متولد از نمایندگان و مأمورین دیپلماتیک کشورهای خارجی در فرانسه از قواعد پیش گفته مستثنا شده‌اند. این استثنا قبل از قانون تابعیت ۱۹۴۵ و سپس در ۱۹۲۷، ۱۹۳۸ و قانون ۱۹۷۳ پذیرفته شده است. علت این استثنا رعایت نزاکت ذکر شده و اینکه ماهیت مأموریت والدین طوری است که تولد طفل در فرانسه کاملاً اتفاقی است و فرض سکونت قطعی و جذب ایشان در جامعه فرانسه را منتفی می‌سازد.<sup>۳۵</sup>

#### ۴- نتیجه

مقررات اعطای تابعیت اصلی در دو کشور ایران و فرانسه متفاوتند. هرچند در هر دو کشور تلفیقی از سیستم خون و سیستم خاک پذیرفته شده، مع‌ذلک، هریک با شرایط خاص خود تحمیل تابعیت بر اساس دو سیستم مذکور را پذیرفته‌اند.

در رابطه با سیستم خون هر دو کشور معتقدند نسب هر شخص می‌تواند عامل تعیین‌کننده تابعیت او باشد، ولی هریک شرایطی را در این رابطه قائل می‌شوند. در حقوق ایران تنها تابعیت پدر در زمان تولد طفل آن هم در صورتی که نسب مشروع و ناشی از ازدواج قانونی باشد برای تحمیل تابعیت از طریق سیستم خون مدنظر قرار می‌گیرد، در حالی که در حقوق فرانسه تابعیت فرانسوی هریک از والدین در زمان تولد طفل طبیعی یا قانونی در نظر گرفته می‌شود.

این راه حل در رابطه با فرزندخواندگی کامل (قانون ۲۲ دسامبر ۱۹۷۶ که کد تابعیت را اصلاح نموده است) از این پس اجرا می‌شود.

35. Mayer, P., *op cit.*, p.541.



در مورد سیستم خاک، در مقررات تابعیت هر دو کشور پیش‌بینی شده است طفل متولد در خاک هریک اگر والدینش نامعلوم باشند تبعه کشور محل تولد محسوب می‌شود. مع‌ذلک، در فرانسه اضافه شده که اگر قبل از رسیدن به سن قانونی نسب طفل متولد در این کشور به یک تبعه خارجی اثبات شود و تابعیت خارجی مذکور به طفل تحمیل شود، تابعیت فرانسوی وی کان لم یکن تلقی می‌شود.

همچنین در حقوق دو کشور با استناد به سیستم خاک تأثیر محل تابعیت والدین در تحمیل تابعیت به فرزندشان پذیرفته شده است، مع‌ذلک، در مورد جزئیات این تأثیرگذاری و شرایط و نحوه اعطای حق رد به شخصی که با این ترتیب تبعه شده است میان این دو کشور اختلاف دیدگاه وجود دارد.

مسلماً این قبیل اختلاف‌نظرها همانند سایر تفاوت‌ها در اتخاذ قواعد حقوقی در زمینه‌های مختلف، ناشی از وجود دیدگاه‌های متفاوت اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و ... در کشورهای گوناگون می‌باشد؛ دیدگاه‌هایی که در داخل یک کشور نیز ممکن است در طول زمان با رعایت اصول و موازین داخلی تعدیل شوند.

با توجه به اینکه تابعیت رابطه بین شخص با یک دولت است که موجد حقوق و تکالیفی می‌باشد، عدم اتخاذ رویه واحد در اعطای تابعیت می‌تواند مشکل آفرین باشد. لذا اصلح است تلاش در زمینه ایجاد وحدت حقوقی، به امر تابعیت و نحوه اعمال سیستم خون نیز تسری یابد و کشورهای مختلف سعی نمایند با حفظ ارزش‌ها و باورهای خود تا حد امکان مواضع خود را به یکدیگر نزدیک نمایند.



# معاملات با حق استرداد در حقوق ایران

## حکمت‌الله عسکری\*

### چکیده

اصطلاح معاملات با حق استرداد را قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ در خصوص معاملاتی نظیر بیع شرط که از آنها سوءاستفاده شده است ابداع کرده و اثر تملیکی را از این‌گونه معاملات سلب نموده است. قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد مقررات مفصلی طی مواد ۳۳ تا ۳۹ وضع نموده است؛ با وجود اهمیت این موضوع از لحاظ حقوق ثبت و حقوق مدنی، تاکنون بحث مفصلی در مورد آن صورت نگرفته است.

در این مقاله پس از ارائه تعریفی از این‌گونه معاملات، مبانی، آثار و اجرای آنها به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### واژگان کلیدی :

معاملات با حق استرداد، عقود تملیکی، عقود معوض، بیع شرط و

اجرایه.

---

\* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

## ۱- مقدمه

## ۱-۱- معرفی بحث

نظر به اینکه در طول تاریخ از بیع شرط سوءاستفاده‌هایی شده است، در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت این بیع به همراه یک سری معاملات دیگر تحت عنوان «معاملات با حق استرداد» توصیف و مشمول مقررات خاصی در این قانون قرار گرفته‌اند. از آنجایی که در عمل استفاده از این معاملات بسیار شایع می‌باشد و جای یک متن حقوقی در این زمینه در ادبیات حقوقی ما خالی است این مقاله می‌تواند مقدمه‌ای برای نوشته‌های بعدی باشد.

در مقاله پیش رو، تلاش می‌شود این معاملات تعریف شده، آثار آنها و مبانی حقوقی و فقهی اقدام قانونگذار در قانون ثبت و نیز تاریخچه این مقررات بررسی شوند.

## ۱-۲- سوءاستفاده از بیع شرط و معاملات مشابه

در حقوق اسلام ربا حرام و قرارداد راجعه آن باطل است.<sup>۱</sup> از طرف دیگر هرگاه در عقد رهن شرط شود که اگر مدیون در موعد مقرر دین خود را نپردازد، رهنه به صورت شرط نتیجه به ملکیت مرتهن در بیاید، چنین شرطی نیز باطل است.<sup>۲</sup>

۱. شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، منشورات جامعة النجف الدینیة، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۸ به بعد.

۲. ...ولو شرط کون الرهن مبیعا مع تعذر الاداء بعد المحلول بطلا... قواعد علامه حلی به نقل از: عاملی، سید محمد جواد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دار التراث، بیروت، ج ۱۱، ص ۳۲۴؛ همچنین از مبسوط و ظاهر سرائر و صریح مسالک و مجمع البرهان نقل اجماع بر بطلان چنین شرطی

در یک قرارداد وام، مصلحت وام‌دهنده در این است که هم سود وام خود را بگیرد و هم اینکه وثیقه‌ای داشته باشد تا در صورت عدم وصول طلب خود، بدون دردسر وثیقه مذکور به تملک او درآید.

با بطلان شرط تملک رهنه در پایان مدت رهن و بطلان شرط ربح، تأمین این مصلحت وام‌دهنده از طریق قرارداد وام و وثیقه غیرممکن است. استفاده از بیع شرط به وام‌دهنده امکان استفاده از هر دو هدف را می‌دهد:

وام‌دهنده، خانه وام‌گیرنده را به‌عنوان مبیع (ولی فی‌الواقع جهت توثیق طلب) می‌خرد، ثمن این بیع همان وامی است که می‌خواهد به وام‌گیرنده بپردازد. مطابق نظر مشهور فقها در بیع شرط، مالکیت مبیع به محض انعقاد عقد بیع، به خریدار منتقل می‌شود و اثر خیار صرفاً تزلزل در مالکیت است، زیرا صاحب خیار می‌تواند مالکیت تحقق یافته را به هم زند<sup>۳</sup>. از این اثر عقد بیع، به جای تملک رهنه در عقد رهن استفاده می‌شود؛ به‌علاوه اینکه استفاده از بیع شرط در این خصوص این مزیت و امتیاز را نیز نسبت به عقد رهن دارد که در بیع شرط به محض تحقق عقد بیع، مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود، در حالی که در عقد رهن با شرط تملک رهنه (بر فرض صحت شرط)، رهنه پس از انقضای اجل دین و نپرداختن دین منتقل می‌شود.

از طرف دیگر، نظر به انتقال مالکیت مبیع به خریدار، منافع نیز به تبع آن به مالکیت خریدار درمی‌آید. بنابراین وام‌دهنده که بدین ترتیب نقش خریدار را در بیع شرط دارد، مالک مبیع می‌شود و همین مبیع را به اجاره وام‌گیرنده

شده است. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، چاپ دارالکتب الاسلامیه، تهران، بازار سلطانی، ۱۳۹۴ هـ.ق، ج ۲۵، ص ۲۲۶.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ ششم، ص ۱۶۰؛ وکیف کان فالاقوی هوالمشهوره، همان، ص ۱۶.

می دهد ، در این عقد اجاره، اجاره بها با توجه به ربح وام مذکور در بازار تعیین می شود .

برای مثال، وام دهنده خانه وام گیرنده را به مبلغ ده میلیون تومان می خرد و آن را به وام گیرنده به ازای ماهی چهارصد هزار تومان اجاره می دهد .  
می بینیم که مال الاجاره فی الواقع همان ربح و سودی است که وام دهنده از دادن وام خود ، تعقیب می کرد و بدین وسیله از یک وسیله مشروع به یک هدف نامشروع نائل می آید .

### ۳-۱- تاریخچه مقابله با این سوءاستفاده

الف) غازان خان به تأثیر از فقه عامه فرمانی مبنی بر منع ربا صادر کرد.<sup>۴</sup>  
ب) ناصرالدین شاه نیز فرمانی جهت جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط صادر کرد.<sup>۵</sup>

ج) ماده ۶۶۳ قانون مدنی برای جلوگیری از سوءاستفاده از بیع شرط چنین مقرر داشته است: «اگر در بیع شرط ، معلوم شود که قصد بایع، حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن ، مجری نخواهد بود».

د) قانون ثبت : برای اولین بار با تصویب ماده ۲ متمم قانون ثبت مصوب ششم دی ماه ۱۳۰۷ قانونگذار اقدام به سلب اثر تملیکی از بیع شرط و سایر معاملات مشابه نمود . بعداً در سال ۱۳۱۰ ، اصطلاح «معاملات با حق استرداد» تأسیس شد که در سال های ۱۳۱۲ ، ۱۳۲۰ و ۱۳۵۱ اصلاحاتی در قانون ثبت داده شد .

۴. جعفری لنگرودی ، دکتر محمد جعفر ، تاریخ حقوق ایران ، چاپ کانون معرفت ، ص ۲۸۷.

۵. امامی ، دکتر سید حسن ، حقوق مدنی ، کتابفروشی اسلامی ، ۱۳۷۰ ، ج ۱ ، ص ۵۶۷.

## ۲- تعریف و ماهیت معاملات با حق استرداد

بهترین تعریفی که برای این اصطلاح ارائه شده، از آقای دکتر ناصر کاتوزیان است:

«مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال‌دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است، مال تملیک شده را استرداد کند، خواه صورت معامله بیع با شرط خیار باشد یا صلح و خواه امکان استرداد به وسیله خیار باشد یا وکالت و نذر»<sup>۶</sup>.

منظور این است که هرگاه در عقدی که برحسب قانون مدنی و فقه امامیه تملیکی و معوض است، مثل بیع شرط، انتقال‌دهنده حق استرداد مال انتقال داده شده را داشته باشد، این معامله موضوع حکم قانونگذار در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بوده و در زمره معاملات با حق استرداد محسوب می‌شود.

بیع شرط بر حسب قانون مدنی یک معامله تملیکی و معوض است که در آن بایعی حق دارد با رد ثمن، مبیع را مسترد دارد؛ لیکن چون مشمول ماده ۳۴ قانون ثبت قرار می‌گیرد برخی خصوصیات خود نظیر تملیکی بودن را از دست می‌دهد.

منظور از بیع با شرط وکالت در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت نیز، این است که در عقد بیع، شرط شود که بایعی وکیل خریدار باشد یا در مدت معینی بتواند با رد ثمن، مبیع را به خود منتقل کند.

منظور از شرط نذر خارج نیز این است که طرفین عقد بیع شرط نذر می‌کنند که هرگاه بایعی ثمن را رد کرد، مبیع ملک او باشد. در خصوص

۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۷۷.

مصادیق تعریف معاملات با حق استرداد، با توجه به تعریف منتخب، اشاره به دو نکته ضروری است:

الف) ماده ۳۴ بیانگر یک اماره مطلق است. هر معامله تملیکی و معوضی که شرط حق استرداد به هر عنوانی اعم از خیار شرط، شرط وکالت و یا شرط نذر خارج و یا هر شرط نامعین دیگری در آن درج شده باشد، معامله با حق استرداد محسوب می‌شود و خلاف آن نیز غیرقابل اثبات است.<sup>۷</sup> تبصره اول ماده ۳۳ نیز بیانگر همین اماره است.

ب) مواد ۳۳ و ۳۴ شامل هر معامله‌ای می‌شود که برحسب قانون مدنی معوض و تملیکی بوده و در آن شرط حق استرداد درج گردد، اعم از بیع شرط و یا هر عقد معوض و تملیکی نامعین و اعم از اینکه معامله ثبت شده یا نشده باشد.

### ۳- اوصاف حقوقی معاملات با حق استرداد

الف) معاملات با حق استرداد مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی. لازم هستند و وجود شرط خیار یا حق استرداد نیز باعث توصیف این معاملات به عقد جایز نمی‌شود. به همین ترتیب فوت هیچ‌کدام از طرفین نیز در دوام عقد تأثیری ندارد.

ب) معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند.

۷. کاتوزیان، همان. البته آقای دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی این اماره را از مواد ۳۳ و ۳۴ استنباط نمی‌کند و بیع شرط را به دو قسم تقسیم می‌کند: یکی بیع شرط مشمول ماده ۳۴ و دیگری بیع شرط مشمول قانون مدنی. رک. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، ص ۲۹۵، شرح ماده ۵۸.



هرچند که معاملات با حق استرداد، برحسب طبیعت اولیه خود تملیکی هستند، لیکن بنا به مقررات وضع شده در مواد ۳۳ و ۳۴، اثر تملیکی از این معاملات سلب شده و بنابراین خریدار مالک میباید نمی‌شود. در ماده ۳۴، خریدار به‌عنوان بدهکار و فروشنده به‌عنوان طلبکار مطرح گردیده، ثمن طلب و میباید وثیقه طلب مذکور قرار داده شده است.

در این ماده، فروشنده به‌عنوان طلبکار فقط حق مطالبه طلب (ثمن) خود را دارد و اگر طلب او با شرایط ماده ۳۴ وصول نشد، وثیقه فروخته شده و طلب وی از محل فروش برداشت می‌شود؛ از این جهت معاملات با حق استرداد در حکم معاملات استقراضی و وثیقه‌ای هستند.

ج) تفاوت معاملات با حق استرداد با عقد رهن: همان‌طور که گفته شد معاملات با حق استرداد، برحسب طبیعت خود معوض و تملیکی هستند، لیکن عقد رهن برحسب طبیعت خود یک عقد وثیقه‌ای است و مع‌ذلک به‌طوری که در قسمت قبلی گفته شد، ماده ۳۴، احکام عقد رهن را بر بیع شرط و معاملات مشابه (معاملات با حق استرداد) بار کرده است پرسش این است که چه تفاوتی بین رهن و معاملات با حق استرداد وجود دارد؟

این تفاوت‌ها بدین شرح هستند:

۱- منافع مال در عقد رهن متعلق به راهن (بدهکار) (ماده ۸۷۶ق.م.) است، ولی در معاملات با حق استرداد این منافع به طلبکار تعلق دارد. در ماده ۳۴ برای وصول اصل طلب و اجور و ... صدور اجرائیه پیش‌بینی شده است؛ منظور از اجور همان منافع مال در مدت حق استرداد است که معمولاً چون مال در تصرف بدهکار است عوض این منافع را به‌عنوان اجور باید بپردازد.

۲- در عقد رهن قبض شرط صحت است (ماده ۷۷۲ ق.م.ا)، لیکن چون معاملات با حق استرداد بر حسب طبیعت خود معوض و تملیکی هستند، قبض در آنها شرط صحت نیست.<sup>۸</sup>

#### ۴- اعتبار مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت

شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۸۹۸-۱۹/۹/۱۳۶۴ خود، در خصوص سلب اثر تملیکی از معاملات با حق استرداد اظهار نظر کرده و مقررات مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ را از این حیث مغایر موازین شرعی اعلام داشته است.<sup>۹</sup>

اینک پرسش این است که آیا با وجود این نظریه مقررات مذکور همچنان معتبر هستند یا خیر؟ و نیز پرسش دیگر این است که صرف نظر از امکان نسخ قانون توسط شورای نگهبان یا عدم امکان آن، اساساً چه مبانی حقوقی یا فقهی می‌تواند اقدام قانونگذار را در مواد ۳۳ و ۳۴ توجیه کند؟ در ذیل به ترتیب به این دو پرسش به‌طور مختصر پاسخ داده می‌شود، بدیهی است بحث در این خصوص مستلزم مقاله مفصل و مستقلى است.

#### ۴-۱- پاسخ پرسش اول

در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد، برخی به استناد اصل ۴ قانون اساسی قائل به نسخ مواد ۳۳ و ۳۴ از این جهت هستند<sup>۱۰</sup> و گروهی نیز نظریه

۸ کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، انتشارات بهنشر، چاپ اول، تیرماه ۱۳۶۴، ص ۵۹۹.

۹. مجموعه تفسیح شده قوانین و مقررات حقوقی، تألیف غلامرضا شهری، ۱۳۸۵، ص ۱۵۴۹.

۱۰. مهرپور، دکتر حسین، مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶ و ۱۴۷، بهار و تابستان ۱۳۶۸، صص ۳۱-۱۷.

شورای نگهبان را در خصوص قوانین موجود یعنی قوانینی که قبل از این گونه اظهارنظرها تصویب شده‌اند بلااثر می‌دانند.<sup>۱۱</sup>

به نظر می‌رسد نظر اخیر صحیح‌تر باشد، شورای نگهبان چون واضع قانون نیست، نسخ قانون نیز نمی‌تواند باشد. به علاوه وظایف شورای نگهبان در اصول ۹۱ به بعد قانون اساسی مشخص شده و نسخ قانون قبلی در صلاحیت این شورا گنجانده نشده است. بدیهی است شورای نگهبان از جهت عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و قانون اساسی حافظ شرع و قانون اساسی است، ولی این صلاحیت شامل قوانین قبلی نمی‌شود.

## ۲-۴- پاسخ پرسش دوم

به طوری که آمد، بیع شرط و معاملات مشابه در طول تاریخ مورد سوءاستفاده قرار گرفته و از آنها به عنوان وسیله‌ای جهت تقلب نسبت به قانون استفاده شده است. در ذیل مبانی فقهی و حقوقی که می‌تواند اقدام قانونگذار را در وضع مواد ۳۳ و ۳۴ توجیه کند به طور خلاصه مورد اشاره قرار می‌گیرند:

### الف) نظریه تقلب نسبت به قانون<sup>۱۲</sup>

در قانون، ربا حرام و ممنوع شده است. شرط تملک وثیقه به صرف عدم پرداخت دین در عقد رهن نیز منع و باطل اعلام شده است. با استفاده از بیع شرط و معاملات مشابه به راحتی هر دو نتیجه حاصل می‌شوند.

۱۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دوازدهم، مهرماه ۱۳۶۹، ص ۱۷۷.

## ب) اعتبار قصد و اراده در عقد

منظور طرفین از انعقاد عقد بیع شرط و معاملات مشابه، حقیقت بیع نیست بلکه منظور قرض و وثیقه است، در حالی که مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی عقد با قصد انشاء (واقعی) منعقد می‌شود. ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

«اگر در بیع شرط، معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

از آنجایی که در همه موارد استفاده از بیع شرط، هدف نامشروع شده است، عملاً وضع این ماده نیز عقیم مانده، به طوری که نهایتاً قانون ثبت بر مبنای غلبه، هر بیع شرط یا معامله مشابهی را تحت شمول خود قرار داده است.

۵- فقه عامه

در فقه اهل سنت در خصوص بیع شرط (بیع الوفاء) با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این بیع شده اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن را باطل می‌دانند،<sup>۱۳</sup> لیکن اکثریت فقهای عامه این عقد را در حکم رهن دانسته‌اند.<sup>۱۴</sup> در فقه اهل سنت نیز منع حيله<sup>۱۵</sup>، تعارض نیت و ظاهر<sup>۱۶</sup> و سد ذرایع<sup>۱۷</sup>، به‌عنوان مبانی این فتوا معرفی شده‌اند. در حقوق مصر نیز در حالی که ماده ۴۲۴

۱۲. کاشانی، دکتر سید محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، دانشگاه شهید بهشتی (دانشگاه ملی)، چاپ دوم، ۱۳۵۴، ص ۳۶.

۱۳. رد المختار علی الدر المختار: حاشیه ابن عابدین، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۴، بیروت، ص ۲۴۶.

۱۴. الفتاوی الهندی، شیخ نظام و گروهی از علمای هند، دارالاحیاء التراث العربی، ج ۳، بیروت، ص ۲۱۸

۱۵. همان، ص ۳۰۸، «الباب العشرون فی البیاعات المکروهه و الارباح الفاسده...» محمضانی، صبحی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه ابراهیم گلستانی، ص ۲۱۰؛ عبدالله بن احمد بن قدامه، المغنی، عالم الکتب، ج ۴، ص ۶۳.

۱۶. مؤلف کتاب معین الحکام، به نقل از دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، رهن و صلح، شماره ۶.

۱۷. عبدالله بن احمد بن قدامه، همان، ص ۶۲: «هو الحیل کلها محرمة غیر جائزه فی شیء من الدین. و هو أن يظهر عقداً مباحاً یرید به محرماً، مخادعاً و توسلاً الی فعل ما حرم الله...»

قانون مدنی سابق این کشور مقرر می‌داشت که به مجرد وقوع بیع الوفاء مبیع ملک مشتری می‌شود، بنا به سوءاستفاده‌هایی که از این نوع معاملات شده بود در تقنین جدید ماده ۴۶۵ این قانون این نوع معاملات باطل اعلام شد.<sup>۱۸</sup>

## ۶- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نهاد «Mortgage» به معاملات با حق استرداد شبیه است. به موجب این عقد یک طرف به طرف دیگر وام می‌دهد، وام‌گیرنده نیز مالکیت مال منقول یا غیرمنقول خود را جهت تضمین بازپرداخت این وام به وام‌دهنده منتقل می‌کند، با این شرط که اگر ظرف مدت مقرر، بدهی خود را پرداخت کرد، می‌تواند مالکیت مورد معامله را مجدداً به دست آورد.<sup>۱۹</sup>

در کامن‌لو مدت مقرر شده بین طرفین الزام‌آور بود، یعنی در صورتی که در موعد مقرر مدیون قادر به پرداخت دین خود نمی‌شد، مورد معامله ملک طلق وام‌دهنده<sup>۲۰</sup> می‌شد.

بعداً انصاف بنا به مشکلاتی که کامن‌لو ایجاد می‌کرد، در مواردی از جمله در «Mortgage» دخالت کرد و با توجه به سوءاستفاده‌ای که از این عقد و الزام‌آور بودن مدت آن می‌شد، شرط مدت را برداشته و به مدیون حق داد که هر وقت خواست، بتواند با بازپرداخت وام، مورد معامله را مسترد کند.<sup>۲۱</sup>

۱۸. ماده ۴۳۳ قانون مدنی سوریه (۱۹۴۹) نیز بیع‌الوفاء را باطل اعلام داشته است، ولی ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی عراق آن را رهن حیازی (رهن تصرف) می‌داند. سنه‌وری، دکتر عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون المدنی، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۷۰، ج ۴، مجلد اول، ص ۱۴۴.

19. Kevin, Gray, Elements of Land Law, University Lecturer in Law, Cambridge, p.571.

20. Ibid.

21. Jenk, Edward, The Book of English Law, Entity on Contracts, Vol. 2. Specific Contracts, 1994, p.285.

به هر حال مالکیت مورد معامله به وام‌دهنده منتقل می‌شود، ولی وام-گیرنده هر وقت توانست وام را بپردازد می‌تواند مالکیت مورد معامله را مسترد کند.

در سال ۱۹۷۹ نیز به موجب بند ۴ بخش ۶۲ قانون بیع کالاها مقرر شد که هرگاه منظور طرفین عقد بیع این باشد که از آن به‌عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف «Mortgage» استفاده کنند، مقررات عقد بیع اعمال نشود.<sup>۲۲</sup>

#### ۷- آثار معاملات با حق استرداد

##### ۷-۱- سلب اثر تملیکی از عقد بیع شرط و عقود مشابه (معاملات با حق استرداد)

سلب اثر تملیکی از این عقود از ماده ۳۳ قابل استفاده است؛ این ماده مقرر می‌دارد در مورد عقد بیع شرط و معاملات مشابه، فروشنده حق تقاضای ثبت ملک را دارد نه خریدار:

«نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به‌عنوان قطعی با شرط نذر خارج و یا به‌عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان صلح و یا با هر عنوان دیگر با حق استرداد ... انتقال داده شده ... حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است ...».

اگر قانون ثبت برای بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد اثر تملیکی می‌شناخت حق تقاضای ثبت را به خریدار می‌داد.

در مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر نیز از انتقال‌دهنده به‌عنوان بدهکار و از انتقال-گیرنده به‌عنوان طلبکار و از ثمن به‌عنوان طلب و از میبوع به‌عنوان وثیقه یاد می‌شود.

22. Chitty on Contracts, 1994, Vol. 2, No. 41-002.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین بیان می‌دارد:

«در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی ... در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند».

بنابراین خریدار در بیع شرطی فقط طلبکار محسوب می‌شود و می‌تواند طلب خود را مطالبه کند.

## ۲-۷- مالکیت منافع

پرسش این است که منافع مورد معامله در فاصله انعقاد عقد تا اجرای حق استرداد و انحلال این معاملات به چه کسی تعلق دارد؟

قاعده کلی در مورد مالکیت منافع اموال، تابعیت آنها از مالکیت عین است.<sup>۳۳</sup> ماده ۳۲ قانون مدنی نیز همین قاعده است.

ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیز هم عین و هم منافع آن را در مدت خیار شرط، ملک خریدار می‌داند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت انتقال مالکیت عین را از بیع شرط و معاملات مشابه سلب کرده است. بنابراین اصولاً می‌بایست انتقال منافع نیز در این گونه معاملات سلب شده باشد؛ لیکن مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر علی‌رغم سلب اثر تملیکی از این عقود، تعلق منافع به خریدار (موضوع ماده ۴۵۹ ق.م.) را حذف نکرده‌اند.

در این مواد مقرر شد که طلبکار می‌تواند در هنگام مطالبه، اصل طلب خود و اجور مورد معامله را نیز تقاضا کند.

۳۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره عقود معین، جلد ۱، معاملات معوض، عقود تملیکی، شرکت سهامی

انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص ۱۷۰.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد:

«دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار اجراییه برای وصول طلب و اجور و خسارت دیرکرد صادر خواهد کرد ...».

ماده ۳۴ مکرر نیز بیان می‌دارد:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون، بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور ... سند مورد معامله را آزاد ... کند.»

در ماده ۳۸ قانون ثبت نیز محاکم در مورد معاملات با حق استرداد مکلف شده‌اند که حکم به رد اصل و اجور و ... بدهند.

منظور از اجور در این مواد چیست؟

معمولاً در معاملات با حق استرداد، مورد معامله در تصرف فروشنده (بدهکار) باقی می‌ماند و از منافع آن در مدت حق استرداد منتفع می‌شود. منظور از اجور، عوض منافع مورد معامله در این مدت است.

بنابراین شرط صدور اجراییه برای اجور، تصرف بدهکار در مورد معامله است. پس در موردی که مورد معامله در تصرف خریدار (طلبکار) بوده باشد، موضوع اجراییه منتفی خواهد شد. با این وصف، منافع، ملک انتقال‌گیرنده محسوب است.<sup>۲۴</sup>

۳-۷- آیا در بیع شرط اخذ به شفعه جاری می‌شود؟

مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی هرگاه دو نفر مالک مشاع مال غیرمنقول قابل تقسیمی باشند و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد «بیع» به شخص ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق شفعه دارد.

۲۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، جلد ۵، ص ۱۷۹.



حال پرسش این است که با توجه به مقررات ثبت در خصوص بیع شرط، آیا باز هم در خصوص بیع شرط حصه مشاعی، برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌شود یا خیر؟

فلسفه‌ای که حق شفعه را ایجاب می‌کند، ضرری است که از انتقال مالکیت حصه یک شریک و ورود بیگانه به ملک، به شریک دیگر وارد می‌شود. به همین خاطر شیخ طوسی انتقال مالکیت را در بیع شرط با انقضای این مدت می‌داند.<sup>۲۵</sup> در حالی که مشهور فقها چون انتقال مالکیت را از حین انعقاد عقد می‌دانند، ثبوت حق شفعه را نیز از همان زمان می‌دانند؛ قانون مدنی نیز در مواد ۳۶۴ و ۸۱۴ از همین نظر پیروی نموده است.

مع‌ذلک، از آنجایی که مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اثر تملیکی را از بیع شرط سلب کرده‌اند و انتقال مالکیت مورد معامله منتفی شده و بنابراین ضرری متوجه شریک دیگر نخواهد شد (مبنای ایجاد حق شفعه)، لذا در این نوع بیع شریک دیگر حق شفعه ندارد.<sup>۲۶</sup>

## ۸- حقوق و تکالیف طرفین

### ۸-۱- حقوق و تکالیف انتقال‌دهنده

۲۵. احمدی طباطبایی، دکتر محمد جواد، اخذ به شفعه در حقوق ایران و فقه اسلام، ص ۴۴.  
 ۲۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، ایقاع، نشر یلدا، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۳۰؛ در فقه عامه: سرخسی، مبسوط، ج ۱۳، ص ۱۶۰: «اگر مبیع خانه‌ای باشد و بایع حق خیار شرط داشته باشد، حق شفعه در این ملک پیدا نمی‌شود زیرا خیار بایع مانع خروج مبیع از مالکیت او می‌شود... و وجوب شفعه نیز مبنی بر انقطاع حق بایع است زیرا شفعه برای دفع ضرر است... و چنین ضرری محقق نخواهد شد مگر بعد از انقطاع حق بایع...».

## الف) تقاضای ثبت

در نقاطی که هنوز لزوم ثبت عمومی اعلام نشده است، ممکن است نسبت به املاکی که بعداً ثبت آنها لازم می‌شود، بیع شرط یا سایر معاملات با حق استرداد منعقد شود؛ در این موارد هرگاه ثبت املاک آن منطقه الزامی اعلام شود، در خصوص ملکی که موضوع بیع شرط یا سایر معاملات با حق استرداد قرار گیرد، حق تقاضای ثبت برای فروشنده است و نه خریدار. ولی فروشنده مکلف است حق خریدار را در تقاضانامه خود قید کند، اعم از اینکه مدت خیار یا عمل به شرط و به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و نیز اعم از اینکه مورد معامله در تصرف انتقال‌گیرنده باشد یا انتقال‌دهنده. با وجود این، استثنائاً در موارد ذیل حق تقاضای ثبت متعلق به انتقال‌گیرنده است:

- ۱- در صورتی که ملک قبل از تاریخ اجرای قانون ثبت، به‌موجب حکم نهایی دادگاه به ملکیت قطعی منتقل آیه محکوم شده باشد.
- ۲- در صورتی که پس از انقضای مدت حق استرداد، انتقال‌دهنده مالکیت قطعی (بدون حق استرداد) انتقال‌گیرنده را کتباً تصدیق کرده باشد.

## ب) حق استرداد - تکلیف پرداختن دین

انتقال‌دهنده، حق دارد با پرداخت دین خود، مال مورد معامله را از وثیقه آزاد کند. این پرداخت هم حق و هم تکلیف انتقال‌دهنده است؛ زیرا از یک طرف حق استرداد مورد معامله است که مطابق ماده ۳۹ قانون ثبت غیرقابل اسقاط است و از طرف دیگر دین محسوب می‌شود و طلبکار حق دارد مطالبه آن را از طریق دفترخانه تنظیم‌کننده سند بخواهد. این‌گونه ماهیت‌ها را در فقه، حکم<sup>۲۷</sup> می‌گویند.

۲۷. گرجی، دکتر ابوالقاسم، حق و حکم، فصل‌نامه حق، ج اول.

### ج) حق درخواست فروش ملک از طریق حراج و انصراف از آن

انتقال‌دهنده بعد از ابلاغ اجراییه بدوی، حق دارد ظرف شش ماه تقاضای فروش مورد معامله را از طریق حراج (مزایده) کند.

در صورتی که تقاضای حراج از طرف انتقال‌دهنده، طی مدت مزبور به اجرای ثبت یا ثبت محل واصل نشد، پس از انقضای هشت ماه مورد معامله (در صورتی که غیرمنقول باشد) با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد (ماده ۳۴ قانون ثبت).

در مورد اموال منقول درخواست مزبور لازم نیست، در صورتی که بدهکار ظرف چهار ماه بدهی خود را نپردازد، مورد معامله به مزایده گذاشته خواهد شد.

در خصوص حق درخواست فروش ملک از طریق حراج تذکر نکات

ذیل لازم است:

۱- این حق غیرقابل اسقاط است (ماده ۳۹ قانون ثبت).

۲- تقاضا قابل انصراف است و بدهکار می‌تواند با انصراف از تقاضای

حراج، دین خود را نقداً پرداخت کند.

۳- یکی از حقوق مهم انتقال‌دهنده این است که مبلغ حراج از مجموع

مبلغ طلب، اجور و خسارت دیرکرد و سایر هزینه‌ها شروع شده و به هر حال به کمتر از این قیمت فروخته نشود.

لازم به ذکر است که مطابق تبصره ۹ ماده ۳۲ قانون ثبت، در مورد وام-

های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی بانک وام‌دهنده نیز می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه تقاضای حراج مال مورد معامله را بنماید.

## ۲-۸- حقوق و تکالیف انتقال گیرنده (طلبکار)

## الف) حق عینی طلبکار

موجب این حق ، در صورتی که طلب طلبکار در موعد مقرر پرداخت نشود . مورد معامله از طریق مزایده فروخته شده و از محل فروش آن طلب طلبکار وصول می شود. این حق نیز همانند حق مرتهن در عقد رهن دارای حق تقدم است ، با این حال دو تفاوت مشاهده می شود:

۱- در عقد رهن در صورتی که رهنه کفاف طلب را نکند ، طلبکار حق رجوع به سایر اموال مدیون را دارد ، در حالی که در معاملات با حق استرداد ، طلبکار حق رجوع به سایر اموال مدیون را ندارد .

۲- مطابق تبصره ماده ۳۴ قانون ثبت ، حق عینی در عقد رهن قابل اعراض است و بنابراین بستانکار می تواند از رهن اعراض کند و عملیات اجرایی را براساس اسناد ذمه پیگیری کند ، لیکن در معاملات با حق استرداد حق عینی طلبکار قابل اعراض نیست ، زیرا روی دیگر این حق ، حق انتقال- دهنده است که دین او فقط از محل فروش مورد معامله پرداخت شود و طلبکار حق رجوع به سایر اموال او را نداشته باشد .

## ب) حق تقاضای وصول طلب

مطابق صدر ماده ۳۴ قانون ثبت ، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد بستانکار می تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند .

منظور از کلمه «می تواند» این نیست که بستانکار حق اعراض داشته باشد و بتواند به جای مراجعه به دفترخانه ، به سایر اموال بدهکار رجوع کند ، بلکه

منظور این است که وی «فقط می‌تواند» طلب خود را از طریق دفترخانه تنظیم-کننده سند تقاضا کند.<sup>۲۸</sup>

ج) انتقال‌گیرنده مالک منافع مورد معامله در مدت حق استرداد

در این خصوص قبلاً توضیح داده شد.<sup>۲۹</sup>

د) حق واگذاری مال مورد معامله به انتقال‌گیرنده در صورت نبودن خریدار به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت در صورتی که خریداری برای مورد معامله به مأخذ اصل طلب و اجور و خسارت دیرکرد پیدا نشود و نیز در صورتی که در مورد اموال غیرمنقول تقاضای حراج از سوی فروشنده (بدهکار) ظرف مدت شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه نشود، مال مورد معامله به انتقال‌دهنده واگذار می‌شود.

البته در این صورت هرگاه طلبکار قبلاً قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد باید آن را مسترد کند.

#### ۹- انحلال معاملات با حق استرداد

معاملات با حق استرداد نیز نظیر سایر معاملات تابع اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ ق.م.) می‌باشند؛ با این تفاوت که به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۳۹ قانون ثبت که حقوق مقرر در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷ و ۳۸ برای انتقال‌دهنده را غیرقابل اسقاط می‌داند، و اقاله نیز به معنی توافق طرفین برای اسقاط این حقوق می‌باشد، بنابراین معاملات با حق استرداد غیرقابل اقاله هستند.

۲۸. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، انتشارات ابن سینا، چاپ

۱۳۴۹، شماره ۱۲۲.

۲۹. رک. شماره ۸-۲.

یکی دیگر از اسباب انحلال قراردادها فسخ با اعمال خیار است که در خصوص معاملات با حق استرداد تحت عنوان اعمال حق استرداد مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۱۰- اعمال حق استرداد

در بیع شرط، بایع به استناد خیار شرط، حق دارد ثمن را رد کرده و مبیع را مسترد دارد.

در بیع قطع با شرط وکالت نیز بایع حق دارد به استناد وکالت از جانب خریدار در صورت پرداخت ثمن، مبیع را تملک کند. در واقع در هر یک از این موارد و موارد دیگری نظیر آن، بایع حقی را اعمال می‌کند که به موجب آن، مبیع منتقل شده را مسترد می‌دارد. قانون ثبت از این حق، به اصطلاح «حق استرداد» تعبیر می‌کند.

بنابراین منظور از حق استرداد، در معاملات با حق استرداد، حقی است که به موجب آن انتقال‌دهنده می‌تواند، با رد ثمن، مال تملیک شده را مجدداً مسترد کند، اعم از اینکه عنوان این حق، خیار شرط یا شرط وکالت یا حق استرداد و یا هر عنوان دیگری باشد.<sup>۳۰</sup>

قانون ثبت، انتقال مالکیت را در معاملات با حق استرداد نپذیرفته است (ماده ۳۴ ق.ث.) و بنابراین صحت کاربرد اصطلاح «حق استرداد» که در واقع باید مسبوق به انتقال مالکیت باشد، مورد تردید واقع می‌شود.<sup>۳۱</sup> به علاوه، قانون ثبت نیز از «رد ثمن» به «پرداخت دین» تعبیر می‌کند (ماده ۳۴ ق.ث.).

۳۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۷۷.

۳۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دانشنامه حقوق، انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۷۶، ص ۳۶۲.

بنابراین، طرح بحث تحت عنوان «حق استرداد» نیز با اشکال مواجه می‌شود و شاید بهتر بود این گفتار را تحت عنوان «اجرای اختیاری دین» مطرح می‌کردیم. لیکن چون خود قانونگذار، این اصطلاح را به کار برده است، ما نیز این گفتار را تحت همین عنوان مطرح و بررسی می‌کنیم.

#### ۱-۱۰-۱- شرایط اعمال حق استرداد

معاملات با حق استرداد، به هر شکلی که باشند، مشمول ماده ۳۴ قانون ثبت قرار می‌گیرند. و هر اعتباری که طرفین برای رد ثمن در بیع شرط قائل شوند، جای خود را به ترتیب مقرر در ماده ۳۴ می‌دهد. بنابراین شرایط اعمال حق استرداد را باید در ماده ۳۴ قانون ثبت جست.

#### الف) لزوم رد ثمن یا پرداخت دین

ماده ۳۴ قانون ثبت، معاملات با حق استرداد را در حکم قرض با وثیقه قرار داده و ثمنی را که خریدار به بایع داده است، طلبی می‌داند که فقط باید وصول آن خواسته شود. از طرف دیگر انتقال‌دهنده اگر بخواهد مال متعلق به خود را که مورد معامله با حق استرداد قرار داده، آزاد کند، باید ثمنی را که دریافت کرده است رد کند.

رد ثمن تکلیفی است برای اعمال حق استرداد.

#### ب) لزوم رد مثل ثمن

معاملات با حق استرداد، معاملاتی هستند که به قصد استقراض صورت می‌گیرند؛ بنابراین ثمن آنها نوعاً وجه نقد است و فروشنده آن را مصرف می‌نماید. در واقع ثمن به فروشنده تملیک می‌شود و او مدیون خریدار می‌گردد.

ماده ۶۵۰ قانون مدنی در خصوص عقد قرض چنین مقرر می‌دارد :  
«مقترض باید مثل مالی را که قرض کرده است رد کند؛ اگرچه قیمتاً  
ترقی یا تنزل کرده باشد».

ماده ۴۵۸ قانون مدنی نیز رد مثل ثمن را لازم می‌داند .  
رد مثل ثمن ناظر به مورد غالب است که ثمن ، وجه نقد می‌باشد.<sup>۳۲</sup>  
معاملات با حق استرداد نیز همان‌طوری که گفته شد ، به قصد استقراض  
صورت می‌گیرند و ثمن هم همیشه وجه نقد است .

قانونگذار در ماده ۳۴ در این خصوص اشاره‌ای نکرده است ، چون آن را  
امری بدیهی می‌دانست . به هر حال از مجموع مقررات یاد شده چنین استنباط  
می‌شود که انتقال‌دهنده جهت اعمال حق استرداد هیچ نیازی به رد عین ثمن  
دریافتی ندارد، بلکه او موظف است برای اعمال حق استرداد و آزادسازی مال  
خود از وثیقه ، مثل ثمنی را که دریافت کرده است رد کند .

انتقال‌دهنده ، برای اعمال حق استرداد باید تمام مثل ثمن را به انتقال-  
گیرنده رد کند تا مال او از وثیقه آزاد گردد .

ماده ۴۵۸ قانون مدنی در خصوص بیع شرط ، رد تمام مثل ثمن را لازم  
می‌داند . این ماده چنین مقرر می‌دارد :

«... در هر حال حق خیار تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه  
نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد ، خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد  
تمام ثمن».

مطابق این ماده ، اصل بر لزوم «تمام مثل می‌باشد، مگر اینکه خلاف آن  
تصریح شده باشد».<sup>۳۳</sup>

۳۲. کاتوزیان ، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۷۵.

۳۳. امامی ، همان، ص ۵۶۲؛ نجفی ، همان، ج ۲۳ ، ص ۳۶ : «اذا اطلق توقف (خیار) علی رد الجمیع  
(الثلث) اجماعاً فی اصل المسئله».



در عقد رهن نیز اگر راهن بخواهد مال خود را از وثیقه خارج کند، باید تمام دین را بپردازد .

ماده ۷۸۳ قانون مدنی در این خصوص چنین مقرر می‌دارد :

«اگر راهن مقداری از دین را ادا کند حق ندارد مقداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می‌تواند تمام آن را تا تأدیه کامل دین نگه دارد مگر اینکه بین راهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد».

از ماده ۳۴ نیز، لزوم رد تمام ثمن استنباط می‌شود . این ماده چنین مقرر می‌دارد :

«... مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و ... شروع شود ... هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد ، در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد نماید ...».

شروع حراج از کل مبلغ طلب اعم از این است که بستانکار قسمتی از طلب خود را به هر نحوی دریافت کرده یا نکرده باشد . بنابراین حتی اگر قسمتی از طلب یا ثمن ، رد شده باشد باز هم تمام مال در وثیقه باقی مانده و اقدام به حراج تمام آن مال خواهد شد .

در واقع منظور قانونگذار این است که حتی الامکان ، طلب بستانکار از محل مورد معامله وصول شود و تا زمانی که تمام طلب پرداخت نشود ، مورد معامله در وثیقه او باقی بماند .

پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا طرفین می‌توانند برخلاف ترتیب مذکور شرطی را در ضمن معامله درج کنند ؟ یعنی آیا طرفین می‌توانند شرط کنند که هرگاه قسمتی از ثمن رد شد ، قسمتی از معامله نیز فسخ شود ؟

تنها مانع و عاملی که محدودکننده شروط ضمن عقد می باشد، ماده ۳۹ قانون ثبت است که این ماده نیز قراردادها و شروطی را که حقوق انتقال دهنده یا بدهکار را اسقاط کنند، باطل اعلام می کند، در حالی که اگر طرفین شرط کنند که پرداخت قسمتی از ثمن باعث فسخ قسمتی از معامله شود، نه تنها حقوقی از انتقال دهنده ساقط نمی شود بلکه به نفع او نیز می باشد؛ بنابراین به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، چنین شرطی، صحیح می باشد و هیچ مباینتی با ماده ۳۹ قانون ثبت نیز ندارد.

ماده ۴۵۸ قانون مدنی در خصوص بیع شرط و ماده ۷۸۳ در خصوص عقد رهن نیز امکان شرط خلاف را مقرر کرده اند. در فقه نیز چنین شرطی صحیح دانسته شده است.<sup>۳۴</sup>

### ج) چگونگی رد ثمن

منظور از رد ثمن این است که بایع آن را تسلیم خریدار کند، به طوری که خریدار قادر باشد هر تصرفی را بخواهد، در آن بنماید. اگر خریدار از اخذ ثمن امتناع ورزد، بایع می تواند با تسلیم ثمن به حاکم یا قائم مقام او، عقد را فسخ کند. این ترتیبی است که قانون مدنی در ماده ۴۶۱ مقرر داشته است.

ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، در خصوص معاملات ثبت شده انتقال دهنده را راهنمایی می کند تا به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید. این ماده چنین مقرر می دارد:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد

۳۴. امامی، همان، ص ۵۶۱؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۳۲.

سردفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند، مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید یا کلیه بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودיעی به دفترخانه تنظیم کننده سند موجبات فسخ و فک سند را فراهم کند.

دارنده حق استرداد، در تمام مدت حق استرداد (که در عقد معین شده است) حق دارد با رد عوض دریافتی، مال خود را که در وثیقه است آزاد کند لیکن مهلت اعمال حق او، محدود به زمان معین شده در قرارداد نیست بلکه او می تواند تا آخر مدت قانونی حق استرداد از پرداخت دین خود، خودداری کند که در آن صورت «بستانکار می تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند (که در این حالت) دفترخانه بنا به تقاضای بستانکار برای وصول طلب، اجور و خسارت دیرکرد اجراییه صادر خواهد کرد و به اداره ثبت ارسال خواهد داشت و بدهکار از تاریخ ابلاغ اجراییه هشت ماه مهلت خواهد داشت که نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام کند» (ماده ۳۴ ق.ث.).

مهلت هشت ماه مذکور مخصوص اموال غیرمنقول می باشد؛ ولی مهلت مذکور در مورد اموال منقول چهار ماه می باشد (قسمت بعدی همین ماده). نهایتاً در مورد اموال غیرمنقول در صورت نبودن خریدار و همچنین در صورتی که تقاضای بدهکار ظرف مدت مقرر (شش ماه) به اجرای ثبت واصل نشود، پس از انقضای هشت ماه ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه های قانونی به موجب سند رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد. و در مورد اموال منقول نیز پس از چهار ماه بعد از حق استرداد قراردادی، اگر بدهکار بدهی خود را نپرداخت، اقدام به مزایده خواهد شد و در صورت نبودن خریدار، مال مذکور به طلبکار واگذار خواهد شد.

بنابراین عملاً مهلت اعمال حق استرداد در مورد اموال غیرمنقول عبارت است از مدت قراردادی به علاوه هشت ماه و در مورد اموال منقول نیز این مهلت، عبارت است از مدت قراردادی به علاوه چهار ماه .

## ۲-۱۰-۱- اهلیت اعمال حق استرداد

اعمال حق استرداد ، یک روی سکه است ، پرداخت دین نیز روی دیگر آن می باشد و سکه مذکور نیز یکی است . در پرداخت دین ، آن گاه که مستلزم انتقال مال می باشد ، همان طور که در مورد معاملات با حق استرداد ، چنین است اهلیت تصرف را قانون مدنی شرط لازم و ضروری دانسته است (ماده ۲۶۹ ق.م.ق).

فقدان اهلیت یا ممنوعیت از تصرف انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد مسلماً ناشی از جنون یا سفه متعاقب از معامله و یا ورشکستگی او می باشد .

ماده ۴۲۳ قانون تجارت چنین مقرر می دارد :

«هرگاه تاجر بعد از توقف، معاملات ذیل را بنماید باطل و بلا اثر خواهد بود: ۱- ... ۲- تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هر وسیله که به عمل آمده باشد.»

بنابراین ، اعمال حق استرداد ، در صورت جنون یا سفه انتقال دهنده، توسط قیم او صورت گرفته و در صورت ورشکستگی او نیز توسط مدیر تصفیه و با رعایت مقررات مربوط به ورشکستگی صورت خواهد گرفت (ماده ۴۱۸ ق.ث.ق).

## ۳-۱۰- انتقال حق استرداد به وارث

## الف) اصل امکان انتقال

حق استرداد یک حق مالی است، زیرا با اعمال آن صاحب آن می‌تواند مال خود را از هرگونه حقی آزاد کرده و مورد نقل و انتقال مجدد قرار دهد (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.). این حق همچون سایر اموال و حقوق متوفی به وارث او منتقل می‌شود.

ماده ۴۴۵ قانون مدنی در خصوص انتقال قهری خیار چنین می‌گوید:

«هر یک از خیارات، بعد از فوت منتقل به ورثه می‌شود».

تبصره یکم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت هم این انتقال را پذیرفته است:

«انتقال قهری حق استرداد ...».

بنابراین تردیدی در خصوص انتقال حق استرداد به وارث وجود ندارد.

در این خصوص سه نکته قابل تذکر است:

**نکته اول:** هرگاه طرفین در ضمن عقد، خیار شرط، شرط وکالت و... را مفید به شخص انتقال‌دهنده و مباشرت او کرده باشند، در این صورت مطابق قانون مدنی انتقال آن، نه با قرارداد و نه به‌طور قهری، امکان‌پذیر نیست<sup>۳۵</sup> و شرط وکالت نیز خود به‌خود در اثر فوت موکل باطل می‌شود حتی اگر حق به دیگری داده شده باشد.

لیکن باید گفت، معامله‌ای که عنوان معامله با حق استرداد را پیدا کرده است، شمول مقررات قانون ثبت بر آن، سبب سلب برخی از آثار می‌شود، از جمله این آثار همین قید مباشرت در اعمال حق استرداد می‌باشد، زیرا این قید

۳۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۰۸.

به منزله سقوط حق استرداد بعد از مرگ انتقال‌دهنده است که به موجب ماده ۳۹ قانون ثبت این قید باطل و کأن لم یکن می‌باشد. بنابراین چون شرط مباشرت در اعمال حق استرداد باطل است، این حق با وجود چنین شرطی باز هم به ورثه منتقل می‌شود.

**نکته دوم:** اگر حق استرداد را برای بیگانه قرار داده باشند و خود انتقال‌دهنده هم به موجب ماده ۳۴ حق استرداد داشته باشد، این حق نیز به وراث او منتقل می‌شود (ماده ۳۴ مکرر ق.ث.)، ولی اگر بیگانه فوت کند، این حق به وراث بیگانه نمی‌رسد، زیرا او داور طرف است که اختیار فسخ را به‌عنوان یک منصب دارد.<sup>۳۶</sup>

**نکته سوم:** اگر مورد معامله زمین باشد، آیا حق استرداد به زوجه متوفی منتقل می‌شود؟

این تردید از آنجا ناشی می‌شود که زوجه از زمین ارث نمی‌برد (ماده ۹۴۶ ق.م.). البته در مورد ارث خیار، قانون مدنی ساکت و نظر فقها مختلف است. مبنای اختلاف نظر فقها در مفهومی است که از خیار ارائه می‌دهند: آنهایی که خیار را حقی برای انحلال قرارداد می‌دانند، قائل به انتقال قهری آن به زوجه نیز می‌باشند،<sup>۳۷</sup> ولی کسانی که حق خیار را حقی برای استرداد مبیع می‌دانند معتقدند زوجه از خیار، ارث نمی‌برد. مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) از این گروه است. مطابق عقیده وی<sup>۳۸</sup>: حق خیار حقی است برای استرداد مالی که به

۳۶. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۰۸.

۳۷. نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۷۷. به نقل از کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ج ۵، ص ۱۱۶.

۳۸. انصاری، همان، صص ۲۹۰ و ۲۹۲: «ان حق الخیار علقه فی الملک التقل الی الغیر من حیث التسلط علی استرداد الی نفسه او الیمن هو منصوب من قبله، كما فی الاجنبی، و به عبارت اخری ملک

واسطه عقد منتقل شده است. این حق به وارثی می‌رسد که خود بتواند مال مسترد شده را تملک کند در حالی که زوجه نمی‌تواند چنین کاری کند، پس حق خیار هم به او منتقل نخواهد شد.

در مورد حق استرداد نیز علاوه بر اینکه می‌توان به فرمایش شیخ اشاره کرد باید گفت در معاملات با حق استرداد، مال موضوع معامله به خریدار منتقل نمی‌شود و در مالکیت بایع باقی می‌ماند (ماده ۳۴ ق.ث.)، این مال مستقیماً به سایر وراث، به غیر از زوجه منتقل می‌شود. پس زوجه بعد از فوت زوج خود، مالک مورد معامله نیست تا بخواهد حق استرداد را اعمال کند.

#### ب) اثر فوت انتقال‌دهنده در حق استرداد

فوت انتقال‌دهنده در مهلت و چگونگی اعمال حق استرداد مؤثر است که ذیلاً هر دو مورد بحث قرار می‌گیرند:

##### ۱- اثر فوت انتقال‌دهنده در مهلت حق استرداد

هرگاه انتقال‌دهنده در مدت قراردادی حق استرداد فوت کند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا طلبکار می‌تواند به استناد حال شدن دیون متوفی، به وراث او مراجعه کرده و طلب خود را مطالبه کند یا نه؟

دانستیم که اثر معاملات با حق استرداد، ایجاد دین برای انتقال‌دهنده می‌باشد و مطابق ماده ۲۳۱ ق.ا.ح. نیز «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می‌شود». از طرف دیگر، همان‌گونه که قبلاً گفته شد ادای دین توسط

---

لتملك المعوض لنفسه . او لمن نصب عنه و هذه العاقبة لا ينتقل من الميت الا الى وارث يكون كالميت في كونه مالکالان يملك ، فاذا فرض ان الميت باع ارضا بثمن ، فالعاقبة المذكوره انما هي لسائر الورثه دون الزوجه لانها بالخيار لاترد شيئا من الارض الى نفسها . و لا الى آخر هي من قبله لتكون كلاجيني المجمول له».

انتقال‌دهنده ، در راستای اعمال حق استرداد صورت می‌گیرد. پس باید دید آیا این حق استرداد است که به وراثت منتقل می‌شود ، یا دین مورث ؟ و بنا به این تکلیف مهلت پرداخت چه مقدار می‌شود ؟

مستفاد از مجموعه مقررات قانون ثبت در خصوص معاملات با حق استرداد ، علی‌الخصوص ماده ۳۹ آن ، این است که هدف و مقصود قانونگذار، ایجاد و تضمین حقوقی هر چه بیشتر برای انتقال‌دهنده می‌باشد. به همین سبب به نظر می‌رسد ، بهتر باشد در تفسیر ، باز هم به حمایت از وراثت انتقال‌دهنده بپردازیم تا مقصود قانونگذار تکمیل گردد. به همین خاطر است که تبصره ۲ ماده ۳۴ چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه بعد از ابلاغ اجراییه و قبل از واگذاری مال به غیر یا انتقال یا تحویل مال به بستانکار وقوع فوت بدهکار مستنداً به مدرک رسمی اعلام شود، از تاریخ فوت وارث نسبت به اموال منقول سه ماه و نسبت به اموال غیرمنقول شش ماه مهلت خواهند داشت که نسبت به پرداخت بدهی مورث اقدام نمایند. در هر مورد که مهلت استفاده از حق استرداد بیش از مهلت‌های مذکور فوق باشد باید همان مهلت بیشتر رعایت و احتساب شود».

صدر این تبصره ، حکم را به فوت بعد از ابلاغ اجراییه اختصاص داده است . ابلاغ اجراییه هم ، خود بعد از انقضای حق استرداد صورت می‌گیرد (ماده ۳۴ ق.ث.). پس چرا بعداً می‌گوید اگر مهلت استفاده از حق استرداد بیش از مهلت‌های مذکور فوق باشد ، مهلت بیشتر رعایت می‌شود؟

مگر نه این است که مهلت حق استرداد تمام شده و اجراییه نیز صادر و ابلاغ شده و آن‌گاه بدهکار می‌میرد؟ پس در ظاهر به نظر می‌رسد که در این تبصره یک تعارضی نهفته باشد و لیکن این تعارض را به این صورت می‌توان



رفع کرد که بگوییم حکم این تبصره، اختصاص به فوت بعد از ابلاغ اجراییه ندارد بلکه فوت قبل از آن، یعنی در زمان حق استرداد را نیز شامل می‌شود. مضافاً اینکه این تبصره هم با وجود انقضای مهلت قراردادی حق استرداد به وراثت مهلت می‌دهد و هم اینکه می‌گوید مهلت بیشتر رعایت و احتساب می‌شود. پس به طریق اولی باید قائل به حاکمیت آن در زمان قبل از صدور اجراییه و نیز قبل از انقضای مدت قراردادی حق استرداد شویم و در مورد فوت قبل از انقضای مدت قراردادی می‌بایست مهلت بیشتری را رعایت کرد. به‌طور خلاصه برای حال نشدن دین متوفی در این مورد می‌توان به سه دلیل ذیل تمسک جست:

اول- بنا به ماده ۳۹ و تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت لازم است قرارداد به نفع بدهکار تفسیر شود.

دوم- رابطه بین طرفین حق استرداد مبیع هم حق است و هم تکلیف، حقی است برای مدیون که ماده ۳۴ برای حمایت از حقوق وی تشریح کرده است. آنچه که حال می‌شود دین است نه حق.

سوم - تبصره ۲ ماده ۳۴ قانون ثبت در ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ اصلاح شده است، در حالی که قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲ می‌باشد، پس قانون خاص لاحق قانون عام سابق را تخصیص داده است.

## ۲- اثر فوت انتقال‌دهنده در چگونگی اعمال حق استرداد

گفته شد که در صورت فوت انتقال‌دهنده، حق استرداد به ورثه او منتقل می‌شود. هرگاه ورثه منحصر به یک نفر باشد در عمل اشکالی ایجاد نخواهد شد، لیکن ممکن است متوفی دارای وراثت متعدد باشد و در اعمال حق استرداد

نیز اختلاف پدید آید؛ برخی بخواهند آن را اعمال کنند و دین خود را بپردازند و برخی دیگر حاضر به پرداخت سهم خود از دین نباشند. پرسش این است که آیا در این صورت، اعمال جزئی از حق استرداد توسط برخی از وراث پذیرفته می‌شود؟

آیا اساساً حق استرداد قابل تجزیه است؟

در خصوص اعمال خیار شرط توسط وراث، قانون مدنی ساکت است، فقها نیز در این خصوص اختلاف کرده‌اند.<sup>۳۹</sup> مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره) معتقد است که خیار برای مجموع وراث ثابت می‌شود. اگر مجموع وراث، عقد را فسخ کردند، کل عقد فسخ می‌شود و اگر نه دلیلی بر ثبوت خیار به نحو استقلال وجود ندارد.<sup>۴۰</sup>

نویسندگان حقوق مدنی نیز معتقدند که خیار، حق بسیط و غیرقابل تجزیه‌ای است و تمام ورثه باید با توافق آن را اعمال کنند و در صورت اختلاف در فسخ، فسخ بلا اثر خواهد بود.<sup>۴۱</sup>

حق استرداد، که خیار شرط یکی از مصادیق آن می‌باشد، نیز چون مستلزم انحلال معامله می‌باشد، تجزیه در اعمال آن موجب ضرر طرف معامله خواهد شد. به همین سبب تبصره یکم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد: «انتقال قهری حق استرداد به وراث بدهکار موجب تجزیه مورد معامله

۳۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۲۰.

۴۰. انصاری، همان، ص ۲۹۲؛ و اما ثبوت الخیار لکل منهم مستقلاً فی حصه فلا یستفاد من تلك الادله فالمتیقن من مفادها هو ثبوت الخیار الواجد للشخصی للمجموع فان اتفق المجموع علی الفسخ، انفسخ فی المجموع، و الا فلا دلیل علی الانفساخ فی شئی منه. مرحوم آیت اله خوئی نیز در مسئله ۱۶۹ منهاج الصالحین همین نظر را دارد.

۴۱. امامی، همان، ص ۵۳۳؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۲۹.

نخواهد بود». یعنی هیچ یک از وراثت به تنهایی و مستقلاً نمی‌توانند حق استرداد خود را اعمال و سبب تجزیه مورد معامله شوند.

در نتیجه، در صورت فوت بدهکار، حق استرداد او تجزیه نمی‌شود و اعمال آن منوط است به همکاری تمامی وراثت.

لیکن بحث به همین جا ختم نمی‌شود، چون تبصره مذکور بعداً امکان پرداخت تمام دین را توسط احد از وراثت مطرح می‌کند. این تبصره در ادامه چنین مقرر می‌دارد:

«هرگاه قبل از صدور اجراییه یا قبل از خاتمه عملیات اجرایی کلیه بدهی و خسارت قانونی و حق اجرا در صورت صدور اجراییه از ناحیه احد از وراثت مدیون در صندوق ثبت یا مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین نماید تودیع شود مال مورد معامله در وثیقه وارث مزبور قرار می‌گیرد. در این مورد هرگاه هر یک از وراثت به نسبت سهم‌الارث بدهی خود را به وراثت مزبور بپردازد به همان نسبت از مورد وثیقه به نفع او آزاد خواهد شد.»

هرگاه احد از ورثه کلیه بدهی را پرداخت کند، این پرداخت هم در حق خود او، و هم در دارایی سایر ورثه مؤثر است (فک وثیقه).

مسئله دیگری که بابت دین پرداخت می‌شود همان «ادای دین» می‌باشد، لیکن پرسشی که مطرح است ماهیت پرداخت اضافه به سهم خود از دین می‌باشد. آیا این پرداخت، «ادای دین از جانب ثالث» است؟

در خصوص ادای دین از جانب ثالث ماده ۲۶۷ قانون مدنی چنین مقرر می‌دارد:

«ایفای دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد.»

مطابق این ماده اگر احد از ورثه سهم سایرین را از دین پرداخت کند در صورتی می‌تواند به آنها رجوع کند که مأذون از قبل آنها باشد.

در حالی که می‌بینیم تبصره ۱ ماده ۳۴، نه تنها رجوع ورثه پرداخت‌کننده به سایرین را منوط به اخذ اذن از آنها نمی‌کند بلکه از این هم فراتر رفته و پس از مدیون دانستن سایر ورثه نسبت به وارث پرداخت‌کننده، مورد معامله را نیز وثیقه دین آنها در قبال او می‌داند.

بنا بر این تبصره، می‌توان گفت چنین پرداختی از بحث ادای دین از جانب غیرمدیون خارج بوده و ماهیتاً می‌تواند به منزله قراردادی فیما بین ورثه پرداخت‌کننده و طلبکار باشد که به موجب آن پرداخت‌کننده قائم مقام طلبکار می‌شود (ماده ۲۶ آیین‌نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد ۱۳۵۲).

### ج) اثر پرداخت یا عدم پرداخت دین توسط وراث

بعد از فوت انتقال‌دهنده، مورد معامله و حق استرداد به وراث او منتقل می‌شود.

وراث نیز همچون مورث خود باید برای اعمال حق استرداد، تمام دین را بپردازند، اکنون باید دید، اثر پرداخت یا عدم پرداخت دین توسط وراث چیست؟

#### ۱- پرداخت دین

هرگاه تمام ورثه دین را پرداخت کنند مورد وثیقه فک می‌شود. هرگاه تمام ورثه حاضر یا قادر به پرداخت نباشند احد از وراث می‌تواند تمام دین را پرداخته و قائم مقام طلبکار شود، در این صورت سایر وراث نسبت به سهم خود در مقابل او مدیون می‌شوند و هرکدام می‌توانند مستقلاً دین خود را پرداخته و به همان نسبت مورد وثیقه را آزاد کنند (تبصره ۱ ماده ۳۴ مکرر ق.ث.).

از طرف دیگر ورثه مذکور نیز می‌توانند علیه سایر وراث نسبت به سهم-الارث آنها مبادرت به صدور اجراییه نمایند (ماده ۲۶ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.). هرگاه پرداخت وجه قبل از صدور اجراییه باشد، پس از انقضای موارد مقرر، نسبت به اموال منقول و غیرمنقول و ابلاغ مراتب به سایر وراث و انقضای هشت ماه در مورد اموال غیرمنقول و شش ماه نسبت به اموال منقول و عدم پرداخت بدهی هر یک از ورثه، مورد وثیقه به وارثی که وجه را پرداخته است برابر مقررات تملیک و سند انتقال با ارائه گواهی حصر وراثت به‌نام او صادر خواهد شد (ماده ۲۸ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.).

#### ۲- عدم پرداخت دین توسط ورثه

دین طلبکار باید تماماً پرداخت گردد تا مورد معامله آزاد گردد (تبصره ۳۴ مکرر ق. ث.). لیکن ممکن است هیچ یک از ورثه حاضر به پرداخت تمام دین نشوند. در این صورت هریک از وراث، تا دو ماه قبل از انقضای مواعد مذکور در تبصره ۲ ماده ۳۴ اصلاحی (نسبت به اموال منقول سه ماه و نسبت به اموال غیرمنقول شش ماه) حق دارند تقاضای حراج مورد معامله را بنمایند.

در این صورت برای حراج مورد معامله اقدام می‌شود و اگر تا قبل از حراج بعضی از ورثه تمامی بدهی و خسارت را ایداع نمایند از حراج خودداری می‌شود (ماده ۲۷ آ. ط. ا. م. ش. ر. ب.).

و هرگاه هیچ یک از ورثه حاضر نشوند تمام دین را بپردازند و نیز هیچ-کدام تقاضای حراج نکنند، به نظر می‌رسد پس از گذشت تمامی مواعد مقرر، مورد معامله به طلبکار تملیک شود<sup>۴۲</sup> (مستفاد از ماده ۳۴).

۴۲. این ماده اقدام به حراج را منوط به تقاضای بدهکار کرده است و یکی از شرایط واگذاری ملک به خریدار را نیز نرسیدن تقاضای حراج قرار داده است.

## ۴-۱۰- اسقاط حق استرداد

مسلماً صاحب اختیار، هر وقت خواست می‌تواند، حق خیار خود را اسقاط کند،<sup>۴۳</sup> ولی در مورد معاملات با حق استرداد، وضعیت تفاوت می‌کند. ماده ۳۹ قانون ثبت، هرگونه قراردادی را که متضمن اسقاط حقی از حقوق انتقال‌دهنده، مندرج در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۷ و ۳۸ باشد، باطل و کأن لم یکن می‌داند؛ بنابراین اسقاط حق استرداد غیرممکن است.

## ۵-۱۰- اثر اعمال حق استرداد

همان‌گونه که گفته شد، اعمال حق استرداد باید عملاً و با رد ثمن صورت گیرد. باتوجه به مواد ۳۳ و ۳۴ مکرر قانون ثبت، اثر رد ثمن یا اعمال حق استرداد این است که مورد معامله آزاد شده و مالک آن می‌تواند هرگونه تصرفی را که بخواهد در آن به‌عمل آورد (ماده ۳۳ ق.م.).

این مطلب را ماده ۳۴ مکرر به‌صراحت و وضوح بیان می‌کند:

«در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارت قانونی و حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید ...».

## ۱۱- اجرای معاملات با حق استرداد

قبلاً در مورد آثار وضعی معاملات با حق استرداد صحبت شد، این آثار عبارت است از:

۴۳. کاتوزیان، همان، ص ۱۲۹.

اول- انتقال‌دهنده مالک ثمن می‌شود؛

دوم- ثمن پرداختی به انتقال‌دهنده دین او محسوب می‌شود؛

سوم - مالکیت مبیع به خریدار منتقل نمی‌شود و او طلبکار محسوب می‌شود. مبیع نیز وثیقه طلب اوست؛

چهارم- منفعت مال در مدت تعیین شده به خریدار (طلبکار) تعلق دارد. اجرای معامله، مربوط به آثار آن می‌باشد.

اجرای معاملات با حق استرداد مربوط به آثار تکلیفی آنها می‌شود که در این قسمت مورد بحث قرار می‌گیرند.

همان‌طوری که گفته شد، در معاملات با حق استرداد، بایع شرطی یا هر انتقال‌دهنده با حق استرداد، نسبت به وجهی که به‌عنوان ثمن دریافت کرده است مدیون می‌گردد. این دین در ذمه انتقال‌دهنده باقی می‌ماند و او موظف است آن را ظرف مدت مقرر شده بپردازد. به همین خاطر انتقال‌دهنده در قانون ثبت، بدهکار نامیده شده است.

آنچه که در این مبحث از آن تحت عنوان «اجرا» صحبت می‌شود، اجرای همین تعهد انتقال‌دهنده است.

بدیهی است گاهی انتقال‌دهنده خود اقدام به پرداخت این دین یا به اصطلاح اقدام به رد ثمن می‌کند که این پرداخت تحت عنوان حق استرداد در مبحث نخست این فصل بررسی شد. اما گاهی نه خود بدهکار و نه وارث و یا ثالث، اقدامی برای پرداخت داوطلبانه این دین به‌عمل نمی‌آورند و به همین خاطر اجرای اجباری آن مطرح می‌شود.

در خصوص چگونگی اجرای اجباری معامله با حق استرداد، باید معاملات با حق استرداد ثبت‌شده را از معاملات با حق استرداد ثبت‌نشده، متمایز کرد. مقررات مربوط به اجرای این دو دسته از معاملات متفاوت است.

اجرای معاملات با حق استرداد ثبت نشده، از طریق طرح دعوا در دادگاه و رعایت آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد، در حالی که اجرای معاملات با حق استرداد ثبت شده مشمول مقررات خاصی می‌باشد که قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۵۵/۴/۶ و آیین‌نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد مصوب ۱۳۵۲، مقرر داشته‌اند. در این قسمت صرفاً اجرای معاملات با حق استرداد ثبت شده مورد توجه قرار می‌گیرد.

با توجه به مادتين ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت تعهداتی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در اثر معامله‌ای ایجاد شده و مندرج در سند رسمی باشند، لازم‌الاجرا هستند، ولی مطابق ماده ۵۰ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی و تبصره ۲ ماده ۴ آیین-نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا، ورقه اجراییه را فقط نسبت به موضوعاتی می‌توان صادر کرد که در سند منجزاً قید شده باشند.

اسناد رسمی معاملات با حق استرداد، از حیث دین انتقال‌دهنده منجز می‌باشند و برای صدور اجراییه در مورد آنها نیازی به رسیدگی قضایی نیست.

ماده ۳۴ قانون ثبت در این مورد چنین مقرر می‌دارد:

«... بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده

سند درخواست کند...».

## ۱۲- صدور اجراییه

### ۱-۱۲- درخواست وصول طلب

گفته شد در صورتی که سند معامله با حق استرداد در یکی از دفاتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شده باشد، لازم‌الاجرا است و به همین دلیل طلبکار بدون



احتیاج به مراجعه به دادگاههای دادگستری می‌تواند مستقیماً با مراجعه به دفترخانه مذکور وصول طلب خود را بخواهد.

ماده ۳۴ قانون ثبت در این مورد چنین مقرر می‌دارد:

«در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند.»

چون منظور بستانکار از مراجعه به دفترخانه، صدور اجراییه می‌باشد، او باید فرم‌های مخصوصی را که آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی برای درخواست اجرا پیش‌بینی کرده است، به ضمیمه مدارک لازم، به دفترخانه مذکور تقدیم کند.

اگرچه صدر این ماده صرفاً از اموال غیرمنقول نامبرده است، ولی حکم آن شامل اموال منقول نیز می‌گردد. به علاوه، در این مورد اخیر طلبکار می‌تواند حین ابلاغ اجراییه یا پس از آن درخواست بازداشت مورد معامله را نیز بنماید (ماده ۱۱۲ آ.م.ا.ل.).

درخواست صدور اجراییه علاوه بر شرایط عمومی که آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مقرر داشته است، باید مطابق ماده ۲ آیین‌نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد مصوب ۱۳۵۲/۲/۱۶ وزارت دادگستری حاوی نکات ذیل نیز باشد:

اول- میزان اصل طلب؛

دوم - میزان اجور عقب افتاده (اگر قبوض اقساطی دارد پیوست نماید)؛

سوم - میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه.

## ۲-۱۲- مفاد اجراییه

دفترخانه تنظیم‌کننده سند معامله با حق استرداد، بنا به تقاضای بستانکار، مطابق ماده ۳۴ اقدام به صدور اجراییه خواهد کرد. مطابق این ماده اجراییه برای «اصل طلب»، «اجور» و «خسارت دیرکرد» صادر می‌شود:

## الف) اصل طلب

منظور از اصل طلب مبلغی است که بدهکار تحت عنوان ثمن دریافت کرده، یا وجهی است که بدهکار برای تضمین آن، مال منقول یا غیرمنقول خود را، با حق استرداد آن به طلبکار تملیک نموده است. اجراییه برای «تمام اصل طلب» صادر می‌شود، حتی اگر طلبکار قبلاً قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد.

## ب) اجور

اجور جمع اجرت است. قانون ثبت و ماده ۷۲۲ ق. آ. د. م. سابق منافع مورد معامله را در معاملات با حق استرداد، متعلق به انتقال‌گیرنده یا طلبکار می‌دانند.<sup>۴۴</sup> به همین دلیل اگر مورد معامله در تصرف انتقال‌دهنده یا بدهکار باشد، او باید اجرت مدت مذکور را به طلبکار بدهد. این اجور در واقع بهره پولی است که تحت عنوان ثمن به بدهکار داده شده است.

۴۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص ۱۸۰.

## ج) خسارت تأخیر تأدیه

ثمن معامله با حق استرداد عموماً وجه نقد است و در صورتی که انتقال- دهنده، مبلغ مذکور را ظرف مدت مقرر در سند (مدت حق استرداد) نپردازد، موظف است مبلغی را علاوه بر اصل و اجور تحت عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» بپردازد.

در رابطه با خسارت تأخیر تأدیه، نکات زیر باید مورد توجه قرار گیرند:

۱- مبدأ خسارت تأخیر تأدیه در معاملات با حق استرداد، تاریخ انقضای مهلت مقرر در سند می‌باشد و احتساب آن نیازی به مطالبه طلبکار ندارد؛<sup>۴۵</sup> این در حالی است که در مورد رهن تصرف، مبدأ مذکور زمان تخلیه و تحویل می- باشد (تبصره ۴ ماده ۳۴ ق.ث.).

۲- تعلق خسارت تأخیر تأدیه در معاملات با حق استرداد و در رهن تصرف و به‌طور کلی در دیون و معاملات استقراضی، در صورتی است که وجه التزامی بین طرفین در ضمن معامله اصلی یا هر نوع قرارداد و معامله دیگری، به‌طوری که التزام مزبور راجع به معامله اصلی باشد، مقرر نشده باشد و بدهکار در صورت دیرکرد به‌طور مستقیم به تأدیه آن ملزم نگردیده باشد (تبصره ۴ ماده ۳۴ ق.ث.).

۳- تحدید مبلغ خسارت تأخیر تأدیه: مطابق تبصره ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت و ماده ۳۶ این قانون، مبلغی که به‌عنوان خسارت تأخیر در اجراییه درج می‌شود نمی‌تواند بیشتر از دوازده درصد در سال باشد. ولی هرگاه در سند، کمتر از آن شرط شده باشد، همان مبلغ کمتر منظور خواهد گردید.

۴۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۲۶۸.

۴- خسارت تأخیر تأدیه در مورد دیون ورشکسته : گفته شد که مطابق تبصره ۴ ماده ۳۴ قانون ثبت، انتقال گیرنده یعنی همان بدهکار باید علاوه بر اصل طلب و اجور ، خسارت تأخیر تأدیه دین خود را نیز از روز انقضای مدت پردازد. لیکن نویسندگان حقوق تجارت عقیده دارند جهت یکنواخت کردن وضع طلبکاران و همین طور پیشبرد امور تصفیه ، نباید به دیون ورشکسته بهره-ای تعلق بگیرد.<sup>۴۶</sup>

هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در پی اختلاف نظر در شعبه اول و سوم آن دیوان در خصوص جواز پرداخت یا عدم پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به طلبکار وثیقه دار ورشکسته، در تاریخ ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ اقدام به صدور رأی وحدت رویه به شماره ۱۵۵ نموده است که به موجب آن به دیون ورشکسته، بهره ای تعلق نمی گیرد، اعم از اینکه طلبکار وثیقه داشته یا نداشته باشد.<sup>۴۷</sup>

### ۳-۱۲- مرجع صدور اجراییه

مرجع صدور اجراییه، دفترخانه تنظیم کننده سند مذکور می باشد . گفته شد که مطابق مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت برای صدور اجراییه نسبت به اسناد معاملات با حق استرداد، احتیاجی به مراجعه به دادگاه نیست، اکنون باید دید آیا طلبکار با داشتن چنین حقی می تواند به دادگاه نیز مراجعه کند، یا اینکه مواد مذکور او را از داشتن چنین حقی محروم کرده اند؟

مرحوم آقای دکتر امامی با توجه به لازم الاجرا بودن سند رسمی، مراجعه دارنده آن را به دادگاه ، تحصیل حاصل دانسته و مصلحت را در این می بیند که

۴۶. قائم مقام ، دکتر محمد حسین ، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)، ص ۸۴

۴۷. هیئت عمومی دیوان عالی کشور ، موازین قضایی ، ج ۴، صص ۱۰۷-۱۰۶.

«برای جلوگیری از تراکم دعاوی دادگاهها راهی برای منع رسیدگی دادگاه به سند رسمی در موارد غیر ضروری پیش‌بینی شود».<sup>۴۸</sup>

منظور از «موارد غیر ضروری» همان مواردی است که مفاد سند رسمی منجز بوده و دفترخانه رأساً می‌تواند اقدام به صدور اجراییه کند.<sup>۴۹</sup>

این استدلال مورد پذیرش دادگاهها قرار نگرفته است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در تاریخ ۱۳۶۰/۳/۱۶ با صدور رأی دارنده سند رسمی را مجاز به رجوع به دادگستری دانسته است. متن این رأی چنین است:

«رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور - نظر به اینکه مرجع تظلمات عمومی دادگستری است، فلذا به جز آنچه که در قانون مستثنا شده انواع مختلفه دعاوی از جمله دعاوی مربوط به اسناد رسمی و قبوض اقساطی لازم‌الاجرا در دادگاههای دادگستری قابل استماع و رسیدگی است و حکم ماده ۹۲ قانون ثبت اسناد و املاک مبنی بر اینکه مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم دادگستری لازم‌الاجرا است منافات و مغایرتی با حق و اختیار اقامه دعوا در دادگاههای دادگستری ندارد و لازم‌الاجرا بودن اسناد مزبور مزیتی است که در قانون برای چنین اسنادی در نظر گرفته شده است تا صاحبان حق بتوانند از هر طریقی که مصلحت و مقتضی می‌دانند، برای احقاق حق خود اقدام نمایند. بنابراین رأی شعبه نهم دادگاه صلح تهران که بر وفق نظر فوق صادر گردیده صحیح و مطابق موازین قانونی است.

این رأی بر طبق ماده ۳ اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مرداد ماه ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».<sup>۵۰</sup>

۴۸. امامی، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۸۳

۴۹. همان.

۵۰. رأی شماره ۱۲ وحدت رویه، ردیف ۹/۵۹ روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین

سال ۱۳۶۰، قسمت رویه‌های قضایی، ص ۱۶.

## ۴-۱۲- اجرائیه علیه چه کسی صادر می‌شود

اصولاً اجرائیه به طرفیت بدهکار صادر می‌شود (ماده ۳۴ ق.ث.). لیکن ممکن است مالک موضوع معامله شخص دیگری غیر از بدهکار و دارنده حق استرداد باشد. چنانچه شخصی حاضر شود در مقابل دین موجود دیگری مال خود را به طلبکار انتقال دهد با این شرط که هرگاه مدیون یا مالک، دین مذکور را پرداخت کردند، مال مذکور مسترد گردد، این معامله همان‌طوری که قبلاً نیز گفته شد مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح بوده و معامله با حق استرداد است (تبصره ۱ م ۳۴ ق.ث.). اکنون پرسش این است که در این موارد، اجرائیه به طرفیت چه کسی صادر و ابلاغ می‌شود؟ در این رابطه در قانون ثبت تصریحی نشده است، لیکن ماده ۱۱۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی چنین می‌گوید:

«در مواردی که وثیقه‌دهنده غیر از مدیون اصلی است ابلاغ اجرائیه و سایر عملیات اجرایی باید به طرفیت مالک وثیقه جریان یابد و در عین حال مراتب باید به مدیون نیز ابلاغ شود تا از جریان کار، آگاه گردد مگر اینکه ابلاغ به او متعسر باشد».

## ۵-۱۲- ارسال اجرائیه به اداره ثبت و اطلاع به بدهکار

پس از اینکه دفترخانه بنا به تقاضای طلبکار اجرائیه را صادر کرد، باید آن را جهت اجرا به اداره ثبت بفرستد (ماده ۳۴ ق.ث.). این کار باید ظرف ۴۸ ساعت صورت گیرد (ماده ۱ آ.ط.ا.م.ش.ر.ب.). به‌علاوه، دفترخانه باید مراتب را به آخرین نشانی بدهکار یا مالک از طریق پست سفارشی اطلاع دهد و برگ اجرائیه را به ضمیمه قبض پست سفارشی جهت ابلاغ اجرائیه و عملیات اجرایی به ثبت محل ارسال دارد.

هرگاه محل اقامت متعهد در سند قید نشده و یا به جهات دیگر احراز محل اقامت میسر نباشد، ثبت محل موضوع اجراییه را به طور اختصار یک نوبت در یکی از جراید کثیرالانتشار محل یا نزدیکتر به محل آگهی خواهد نمود (تبصره ۳ ماده ۳۴).

### ۶-۱۲- ابلاغ اجراییه

ابلاغ اجراییه مطابق مواد ۱۴ به بعد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی به عمل می آید. به علاوه، آیین نامه طرز اجراییه معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد نیز در این خصوص مقرراتی را طی مواد ۵ به بعد وضع کرده است که باید رعایت شوند؛ چون اشاره به همه این مقررات موجب تطویل بلاجهت کلام خواهد شد از این کار صرف نظر کردیم.

### ۷-۱۲- محل اقامت متعهد

اقامتگاه متعاملین همان است که در سند قید شده است؛ متعاملین مادام که تغییر اقامتگاه خود را قبل از صدور اجراییه به دفترخانه و قبل از ابلاغ به اجرا با نشانی صحیح و ذکر شماره پلاک محل اقامت اعم از خانه و مهمانخانه و غیره که بتوان اجراییه را به آنجا ابلاغ کرد اطلاع ندهند کلیه برگها و اخطاریه های اجرایی به محلی که در سند قید شده ابلاغ می شود و متعهد نمی تواند به عذر عدم اطلاع متعذر گردد (تبصره ۳ ماده ۳۴).

### ۱۳- ترتیب اجرا

## ۱-۱۳- تقاضای حراج و انصراف از آن

منظور از حراج «فروش مال (و یا اموال) در حضور جمع به وسیله عرضه آن به جمعیت به این ترتیب که پیشنهادکننده بالاترین قیمت، مشتری (برنده حراج) محسوب است»<sup>۵۱</sup> می‌باشد.

باید توجه داشت، در شروع حراج مبلغی برای قیمت فروش عرضه نمی‌شود. این در حالی است که ماده ۳۴ مقرر می‌دارد:

«مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوقی و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد».

پس باید گفت، کاربرد اصطلاح «حراج» در این ماده، درست نیست و آنچه که باید صورت گیرد «مزایده» است نه حراج، زیرا در مزایده قیمت معینی به‌عنوان مبدأ و مأخذ شروع آن در نظر گرفته می‌شود.<sup>۵۲</sup>

تقاضای حراج (مزایده) موضوع معامله اصولاً حق بدهکار می‌باشد. مطابق ماده ۳۴ قانون ثبت، در مورد اموال غیرمنقول، بدهکار می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه درخواست نماید که ملک از طریق حراج (مزایده) به فروش برسد. در این صورت اجرای ثبت یا ثبت محل، پس از انقضای شش ماه، اقدام به حراج (مزایده) خواهد کرد.

بدهکار می‌تواند تا قبل از فروش ملک، از تقاضای خود منصرف شود؛ در این صورت حراج (مزایده) مزبور موضوعاً منتفی خواهد بود.

در مورد اموال منقول، اعم از اینکه اجراییه نسبت به تمام یا باقیمانده طلب صادر شده باشد، هرگاه بدهکار ظرف چهار ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه،

۵۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، واژه حراج.

۵۲. همان، واژه مزایده.



نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید، مال موضوع معامله توسط اجرای ثبت به حراج (مزایده) گذاشته می‌شود.

تبصره ۹ ماده ۳۴ قانون ثبت، در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی، به بانک وام‌دهنده (طلبکار) نیز حق داده است ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجراییه تقاضای حراج کند. مطابق این تبصره، پس از انقضای مدت مذکور اقدام به حراج (مزایده) خواهد شد، اعم از اینکه بدهکار تقاضایی برای حراج کرده یا نکرده باشد.

### ۲-۱۳- اقدام به مزایده و زمان آن

تقاضای حراج (مزایده) از سوی هر کسی صورت گرفته باشد، اجرای ثبت یا ثبت محل، در مورد اموال غیرمنقول پس از انقضای شش ماه و در مورد اموال منقول پس از انقضای چهار ماه، اقدام به مزایده خواهد کرد.

مطابق تبصره یکم ماده ۳۴ قانون ثبت، حراج (مزایده) اموال منقول و غیرمنقول بدون تشریفات انتشار آگهی خاص در روزنامه، در مرکز یا مراکز حراج به عمل می‌آید.

ختم عملیات حراج یا مزایده نباید از دو ماه تجاوز نماید و انجام حراج یا مزایده باید در هفته آخر دو ماه مذکور صورت گیرد.

همان‌طور که گفته شد، مقامی که اقدام به مزایده اموال بدهکار می‌کند، اجرای ثبت یا ثبت محل می‌باشد، لیکن در مورد بدهکار ورشکسته این‌طور نیست؛ فروش اموال بدهکار ورشکسته توسط اداره تصفیه صورت می‌گیرد (رای وحدت رویه شماره ۱۵۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۴۷/۱/۱۴).

## ۳-۱۳- مهلت نهایی بدهکار برای پرداخت دین

بدهکار در مورد اموال غیرمنقول هشت ماه و در مورد اموال منقول چهار ماه بعد از صدور و ابلاغ اجراییه، حق دارد دین خود را پرداخت و مورد معامله را از وثیقه بودن آزاد کند.

بعد از گذشت این دو دوره، موضوع معامله یا از طریق مزایده به فروش می‌رود و یا به طلبکار تملیک می‌شود؛ در هر صورت امکان استرداد آن با پرداخت دین توسط بدهکار، دیگر وجود نخواهد داشت.

## ۱۴- ختم اجرا

عملیات اجرایی که با صدور اجراییه و ابلاغ آن به بدهکار شروع شده بود، در موارد زیر خاتمه پیدا می‌کند:

## ۱-۱۴- پرداخت طلب بستانکار

هرگاه طلب بستانکار از طرف خود بدهکار یا از محل فروش مال موضوع معامله به طریق مزایده پرداخت شود، عملیات اجرایی خاتمه پیدا می‌کند (تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر و تبصره ۸ ماده ۳۴ ق.ث.).

## ۲-۱۴- واگذاری مورد معامله به انتقال‌گیرنده

مطابق قانون مدنی، هرگاه در معاملات با حق استرداد، انتقال‌دهنده ظرف مهلت مقرر ثمن را رد نکند، با انقضای مدت، مال موضوع معامله ملک طلق خریدار می‌شود (مواد ۱۰ و ۳۹۹ و ۴۵۶ ق.م.).  
با وجود این، قانون ثبت این اثر را از معاملات با حق استرداد سلب کرده و موضوع معامله را وثیقه طلب انتقال‌گیرنده قرار داده است.

هدف قانونگذار این بوده است که انتقال مال به انتقال گیرنده را در کنترل خود قرار داده و مانع از آن شود که انتقال گیرنده چیزی بیشتر از طلب خود به دست آورد.

معذک در مواردی، قانونگذار امکان واگذاری موضوع معامله را به انتقال گیرنده پیش بینی کرده است. این موارد به شرح زیر است:

#### الف) در خصوص اموال غیرمنقول

اول - در صورت نبودن خریدار؛

دوم - در صورتی که تقاضای بدهکار (برای حراج ملک) ظرف مدت مقرر (شش ماه) به اجرا یا ثبت محل واصل نشود (ماده ۳۴ ق.ت.).

#### ب) در خصوص اموال منقول

چنانچه مال به قیمتی بیش از طلب موضوع معامله و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه های قانونی تا روز حراج به فروش نرود (ماده ۳۴ ق.ت.).

هرگاه موضوع معامله، مال غیرمنقول باشد، با سند رسمی و هرگاه مال منقول باشد با تحویل آن به انتقال گیرنده واگذار می شود (ماده ۳۴ ق.ت.).  
در خصوص واگذاری موضوع معامله به انتقال گیرنده تذکر دو نکته ضروری است:

۱- لزوم رد وجوه دریافتی توسط انتقال گیرنده در صورت واگذاری مورد معامله به او

ممکن است انتقال دهنده و یا ثالث قبل از واگذاری موضوع معامله به انتقال گیرنده، قسمتی از طلب او را پرداخت کرده باشند. این پرداخت

همان طوری که قبلاً گفته شد، سبب فک هیچ قسمتی از مورد معامله نخواهد شد؛ تا وصول تمام طلب، مال موضوع معامله نیز به عنوان وثیقه باقی می ماند. مع ذلک، ممکن است نهایتاً به دلایلی که گفته شد، مال موضوع معامله به انتقال گیرنده واگذار شود. در این صورت انتقال گیرنده باید وجوهی را که دریافت کرده است مسترد دارد، زیرا خود او قبلاً همین مال را در مقابل ثمنی که اکنون عنوان طلب را داراست، از انتقال دهنده گرفته بود، پس اکنون که مال مذکور به طور قطعی به او واگذار می شود، نباید هیچ قسمتی از ثمن مذکور نزد او باقی باشد، چرا که این امر باعث دارا شدن بلا جهت او می شود و چون او نمی تواند بلا جهت دارا شود باید آن را به انتقال دهنده مسترد دارد.

هرگاه انتقال گیرنده از استرداد این وجه خودداری ورزد چه باید کرد؟ شورای عالی ثبت در رأی شماره ۸۹ خود به تاریخ ۱۳۴۵/۷/۳۰ چنین بیان داشته است:

«چنانچه بستانکار حاضر به تودیع مبلغ مورد اشتباه به نفع مدیون نباشد آگهی قهراً تجدید خواهد شد».

مطابق این رأی شورای عالی ثبت، باید مجدداً اقدام به مزایده شود، ولی چون مزایده از مبلغ ثابتی (مبلغ طلب، اجور عقب افتاده و خسارات دیرکرد) شروع می شود و این کار یک بار انجام شد و نتیجه ای نداد، باید تجدید آگهی برای «حراج» که عبارت است از فروش مال به هر مبلغ بیشتری که خریدار پیدا کند، صورت گیرد که این را هم قانون نپذیرفته است. به موجب قانون، در صورت نبودن خریدار، مال به طلبکار واگذار می شود.

در نتیجه به نظر می رسد تجدید آگهی صحیح نباشد. بهتر است که از انتقال رسمی یا تحویل مال به انتقال گیرنده خودداری گردد تا او و ادار به استرداد وجوه دریافتی شود.

ماده ۳۴ در مورد بانک‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی مقرر می‌دارد که وجوه دریافتی از اصل طلب مسترد می‌گردد. به موجب این قسمت از ماده، هرگاه طلبکار، مؤسسه یا شرکت دولتی و یا بانک بوده و وجوهی را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری مورد معامله به او، فقط آن قسمت از وجوهی را که بابت «اصل طلب» دریافت کرده است باید مسترد کند. پس اگر طلبکار مذکور (بانک، شرکت یا مؤسسه دولتی) وجهی را تحت عنوان دیگری غیر از «اصل طلب» دریافت کرده باشد، ملزم به رد آن نخواهد بود.

## ۲- عدم کفایت مورد معامله نسبت به طلب

ماده ۷۸۱ قانون مدنی در خصوص عقد رهن چنین مقرر می‌دارد: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس، حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید برای نقیصه به رهن رجوع کند».

مع‌ذلک، با ترتیبی که ماده ۳۴ قانون ثبت در خصوص فروش مورد وثیقه (اعم از رهن و معاملات با حق استرداد) مقرر می‌دارد، در مورد رهن و معاملات با حق استرداد، مرتهن و انتقال‌گیرنده چنین حقی ندارند.

ماده ۳۴ قانون ثبت چنین مقرر می‌دارد:

«... مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد. در صورت نبودن خریدار ... ملک به موجب سند انتقال رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد. هرگاه بستانکار قسمتی از طلب خود را دریافت کرده باشد در صورت واگذاری ملک به او باید وجوه دریافتی را مسترد دارد».

این ماده سه نکته را بیان می‌کند:

اول - مورد معامله به کمتر از مبلغ مزایده فروخته نخواهد شد؛  
دوم - اگر به این قیمت خریداری پیدا نشد ملک به انتقال‌گیرنده واگذار می‌شود؛

سوم - اگر بستانکار مبلغی را دریافت کرده باشد، در صورت واگذاری ملک به او، مبالغ مذکور باید مسترد گردند.

در نتیجه هنگامی که برای موضوع معامله به مبلغ مزایده خریداری پیدا نشد و مورد معامله به بستانکار واگذار شد، معلوم می‌شود که ارزش موضوع معامله کمتر از طلب بوده است و از آنجایی که او موظف است مبالغی را که دریافت کرده به بدهکار مسترد دارد معلوم می‌شود که:

اولاً) مورد معامله در مقابل ثمن مندرج در سند به طلبکار واگذار می‌شود و این در واقع همان چیزی است که خود طرفین در سند می‌خواسته‌اند و عادلانه است.<sup>۵۳</sup>

ثانیاً) بستانکار نه تنها حق رجوع به سایر اموال را ندارد،<sup>۵۴</sup> بلکه حتی اگر مبلغی را قبلاً دریافت داشته بود نیز باید رد کند.<sup>۵۵</sup>

۵۳. کاتوزیان، عقود اذنی و وثیقه‌های دین، همان، ص ۵۹۲؛ جعفری لنگرودی، رهن و صلح، همان، ص ۹۰.

۵۴. بند سوم ماده ۳۸ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۲/۱۰/۲۸ بیان می‌داشت، اگر موضوع معامله در تصرف ثالث باشد طلبکار می‌تواند به دادگاه رجوع کند و هرگاه حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرد مدعی می‌تواند برای بقیه به انتقال‌دهنده رجوع کند؛ به نظر می‌رسد این حق رجوع طلبکار به سایر اموال بدهکار که در این ماه آمده است، به موجب ماده ۳۴ اصلاحی نسخ شده است، زیرا به موجب ماده ۳۴ موضوع معامله هیچ‌گاه به کمتر از مبلغ اجراییه (اصل طلب، اجور، خسارات دیرکرد) به فروش نخواهد رفت، پس امکان رجوع به سایر اموال بدهکار موضوعاً متفی است.

۵۵. رأی شماره ۱۹۲۹ مورخ ۱۳۲۷/۱۲/۲۴ شعبه چهارم دیوان عالی کشور، دکتر احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی، ص ۸۵.

## ۳-۱۴- استثناء: امتیاز بانک‌ها

در مورد وام‌های مربوط به طرح‌های صنعتی و معدنی، هرگاه مورد معامله در حراجی که به میزان مجموع مبلغ طلب و خسارات، عوارض، حقوق و هزینه‌های قانونی تا روز حراج، صورت می‌گیرد به فروش نرود، مجدداً اقدام به حراج می‌شود؛ لیکن این بار مبلغ حراج عبارت است از مبلغی که ارزیاب برای مال معین کرده است.

هرگاه بهای ارزیابی شده، بیشتر از مجموع طلب و خسارات و هزینه‌های قانونی تا روز حراج باشد، حراج از همان مجموع مبالغ و هزینه‌ها شروع می‌شود و اگر ارزیابی کمتر از این میزان باشد، بانک می‌تواند تا تعیین نتیجه قطعی حراج درخواست بازداشت سایر اموال مدیون را تا میزان باقیمانده طلب بنماید.

در هر حال، هرگاه مال موضوع معامله در حراج بار دوم به فروش نرسد، پس از اخذ کلیه حقوق، عوارض و هزینه‌های قانونی، مال مزبور به مبلغ شروع حراج به موجب سند رسمی به بانک واگذار می‌شود.

هرگاه مبلغی از طلب بانک باقیمانده باشد، از سایر اموال مدیون، تا میزان باقیمانده طلب بانک، ارزیابی و پس از قطعیت بهای ارزیابی، از طریق حراج به شرح فوق، استیفا خواهد شد (تبصره ۹ ماده ۳۴ ق.ت.ا.).

## نتیجه

نظر به سوءاستفاده‌ای که از بیع شرط و معاملات مشابه آن شده است، قانون ثبت ایران، فقه عامه، قانون مصر، عراق و انگلیس هر کدام به طریقی در صدد مقابله با این گونه سوءاستفاده‌ها برآمدند.

در حال حاضر مقررات مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت ناظر بر معاملات فوق می‌باشند. به موجب این مقررات هیچ‌کدام از معاملات مورد نظر در عمل تملیکی نمی‌باشند. در این مورد فروشنده بدهکار و خریدار طلبکار محسوب می‌شود. خریدار نمی‌تواند خود را مالک مال بداند و باید طلب خود را از طریق اجرای ثبت یا دادگاه مطالبه کند. قانون ثبت با مداخله در معامله بیع شرط می‌خواهد از سوءاستفاده و حيله در این گونه معاملات جلوگیری کند. قانون ثبت برای نیل به این مهم، فروش موضوع معامله و پرداخت اصل طلب، اجور و خسارت دیرکرد طلبکار را پیش‌بینی کرده است. هرگاه این امر شدنی نبود، یعنی خریداری برای ملک مذکور پیدا نشد، آن‌گاه بر مبنای معامله اولیه، مال مذکور به مالکیت طلبکار (خریدار) درمی‌آید.



## فهرست منابع :

## الف) منابع فارسی

۱- احمدی طباطبایی، دکتر محمدجواد ، اخذ به شفعه در حقوق ایران و فقه اسلام.

۲- امامی، دکتر سید حسن ، حقوق مدنی ، کتابفروشی اسلامیة ، ج اول، چاپ ۱۳۷۰.

۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر ، رهن و صلح، چاپخانه آفتاب، ۱۳۴۹.

۴- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر ، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش ، چاپ اول، ۱۳۷۹.

۵- جناتی، آیت‌اله محمد ابراهیم ، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی ، انتشارات کیهان ، زمستان ۱۳۷۰.

۶- کاتوزیان، دکتر ناصر ، عقود معین، ج سوم (عقود اذنی - وثیقه‌های دین) ، انتشارات بهنشر ، چاپ اول، ۱۳۶۴ .

۷- کاتوزیان، دکتر ناصر ، مقدمه علم حقوق ، چاپ دوازدهم ، مهرماه ۱۳۶۹.

۸- کاتوزیان، دکتر ناصر ، قواعد عمومی قراردادها ، جلد پنجم، شرکت سهامی انتشار ، چاپ چهارم ، ۱۳۸۳.

۹- کاتوزیان، دکتر ناصر ، دوره عقود معین ، ج اول ، معاملات معوض ، عقود تملیکی ، شرکت سهامی انتشار ، چاپ نهم ، ۱۳۸۴ .

۱۰- کاشانی، دکتر سید محمود ، نظریه تقلب نسبت به قانون ، دانشگاه شهید بهشتی (دانشگاه ملی) ، چاپ دوم ، سال ۱۳۵۴ .

## ب) منابع عربی

۱- نجفی، شیخ محمد حسن (معروف به صاحب جواهر)، جواهر الکلام : شرح شرایع الاسلام ، دارالکتب الاسلامیه، تهران ، ۱۳۹۴ هـ. ق .

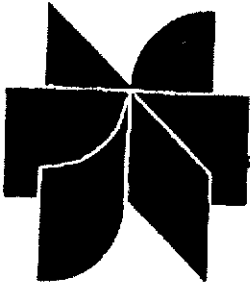
- ۲-ردالمختار على الدر المختار : حاشیه ابن عابدین ، دار الاحیاء التراث العربی ، ج چهارم، بیروت، بی تا .
- ۳- شهید ثانی ، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، ج سوم، منشورات جامعة النجف الدینیة، بی تا.
- ۴-الفتاوی الهندیة، شیخ نظام و گروهی از علمای هند ، ج سوم ، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۵- شیخ شمس الدین سرخسی ، المبسوط، با کوشش حاج محمد افندی تونسلی (فقه حنفی)، سال ۱۳۲۴ ، بی تا .
- ۶- عبدالله بن احمد بن قدامه (معروف به ابن قدامه)، المغنی، در فقه حنبلی و مقایسه آن با سایر مذاهب ، چاپ عالم الکتب ، بیروت، بی تا.
- ۷- شیخ مرتضی انصاری ، کتاب المكاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ ششم، ۱۳۸۰.

### ج ( مقالات و قوانین

- ۱-مجموعه قوانین و مقررات روزنامه رسمی ، سال ۱۳۶۴ .
- ۲-مهرپور، دکتر حسین ، مقاله اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶ و ۱۴۷، بهار و تابستان ۱۳۶۸ .

### د) حقوق انگلیس

- 1- Kevin , Gray , Elements of Land law, University lecturer in Law, Cambridge.
- 2- Jenk, Edward , The Book of English Law Entity on Contracts, Vol. 2 , Specific Contracts , 1994.
- 3- Chitty on Contracts, 1994, Vol. 2, No. 41-002.



بیت

ترجمہ



# پیرامون امکان ارتکاب جرم از سوی دولت

## و مسئولیت کیفری او\*

نویسنده: مارینا اسپیندی\*\*

مترجم: دکتر سید علی هنجنی\*\*\*

### مقدمه

۱- موضوعی که پیرامون مسئولیت بین‌المللی دولت در بیست سال گذشته بیش از هر چیز مورد بحث و مناقشه قرار گرفته، ارتکاب بعضی اعمال غیرقانونی است که باید در مقوله دیگری، غیر از سایر اعمال بین‌المللی غیرقانونی او جای گیرد: چنین اعمال غیرقانونی را «جنایات بین‌المللی دولت»<sup>۱</sup> نام نهاده‌اند.

۲- منشأ بحث، تنظیم پیش‌نویس ماده ۱۹ راجع به تفکیک میان دو دسته اعمال غیرقانونی دولت از نظر موضوع تعهد نقض شده، در قالب تهیه مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۶ بود. در ماده ۱۹ تحت عنوان جنایت و جنحه بین‌المللی آمده بود:

(۱) هر عمل دولت که موجب نقض تعهدی بین‌المللی گردد، از نظر بین‌المللی عملی غیرقانونی است؛ موضوع تعهد تأثیری در این حکم ندارد.

(۲) اگر عمل غیرقانونی دولت از نظر بین‌المللی نقض تعهدی بین‌المللی باشد که برای حفظ منافع بنیادی جامعه بین‌المللی به حدی اساسی به‌شمار رود

---

\* DROIT INTERNATIONAL PÉNAL, Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre (Cedin Paris X), Sous la direction de Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET.

\*\*Marina Spinedi.

\*\*\* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

1. Crimes internationaux des Etats.

که نقض آن من حیث المجموع، توسط عموم جنایت تلقی شود، آن عمل جنایت بین‌المللی است.

(۳) با در نظر گرفتن مفاد بند ۲ و طبق قواعد حقوق بین‌الملل جاری، جنایت خصوصاً حاصل اعمال زیر است:

(الف) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مانند تعهد بر عدم تجاوز؛

(ب) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ حقوق ملت‌ها در تعیین سرنوشت آنها مانند تعهد بر منع استقرار یا حفظ سلطه استعماری از طریق زور؛

(ج) نقض شدید و گسترده تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ انسان مانند منع بردگی، نسل‌کشی و تبعیض نژادی؛

(د) نقض شدید تعهد بین‌المللی دارای اهمیت اساسی برای حفظ و تداوم حفظ محیط زیست انسان همچون تعهدات راجع به منع آلودگی گسترده هوا و دریا.

(۴) هر عملی که از نظر بین‌المللی غیرقانونی است و طبق بند ۲ جنایت بین‌المللی به‌شمار نمی‌رود جنبه بین‌المللی است.

۳- پیش‌نویس ماده ۱۹ که طی گفتگوهای ششمین کمیسیون مجمع عمومی و نیز در ملاحظات مکتوب مربوط به پیش‌نویس مواد، از نظر اکثریت دولت‌ها نکته دقیق و فراگیری به شمار می‌رفت، برای بعضی دولت‌های دیگر غیرقابل قبول می‌نمود. از نظر گروه اخیر ماده ۱۹ انعکاس حقوق موجود نمی‌بود و با وارد کردن مفهوم جنایت دولت، باعث تولید مسئولیت‌هایی می‌شد که درج آنها دور از واقع‌بینی و فاقد وجهت می‌توانست بوده باشد. اختلاف عقیده به‌سرعت در دکتترین هم راه یافت و به بحث‌های پرشوری دامن زد. کمیسیون که در سال

۱۹۷۶ در دوره اول ماده ۱۹ را به اتفاق آرا تصویب کرده بود، در سال‌های بعد خود نیز در لزوم حفظ آن دچار تردید شد. روبرتو آگو گزارشگر ویژه موضوع مسئولیت دولت در آن دوره که آن را پیشنهاد کرده بود از آن شدیداً دفاع می‌کرد. بعد از او گزارشگران ویژه دیگری مانند ویلهلم ریفاخن و آرانجیورویز<sup>۲</sup> از آن دفاع کردند و متعاقباً جیمز کرافورد با آن مخالفت کرد. هم‌اکنون دور دوم بررسی پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت، جریان دارد و سرنوشت ماده ۱۹ باید مشخص گردد.

۴- انتقادات وارده بر ماده ۱۹ جنبه‌های مختلفی داشت:

اول، آنکه با توجه به نتایج حقوقی ناشی از عمل غیرقانونی و راه‌های به اجرا در آوردن آن باید تفکیکی در دسته‌بندی عمل غیرقانونی قائل می‌شدند؛ انتقادات دیگر یا علیه مبنای طبقه‌بندی‌ای بود که کمیسیون حقوق بین‌الملل از اعمال غیرقانونی انجام داده و آنها را جنایت تلقی کرده بود و یا علیه شکل تفرد و تشخیص آنها. اما اهم انتقادات وارده بر ماده ۱۹ که آن را در نظر منتقدین چه از جهات سیاسی و چه از نظر علمی غیرقابل قبول جلوه‌گر می‌ساخت این بود که آیا کمیسیون با این کار یعنی پیش‌بینی مسئولیت کیفری دولت قصد تأیید وجود چنین مسئولیتی را به‌عنوان یک قاعده مسلم<sup>۳</sup> داشته یا اینکه می‌خواسته است آن را برای تدوین در آینده<sup>۴</sup> مطرح نماید. در این زمینه نظر فرانسه و ایالات متحده جالب توجه بود. در سال ۱۹۷۶ نماینده ایالات متحده در ششمین کمیسیون مجمع عمومی ضمن اعلام مخالفت خود با این ماده چنین عنوان کرد که «هیچ دلیلی که درج مقوله مسئولیت کیفری را در پیش‌نویس یا طرح، توجیه کند دیده نمی‌شود».<sup>۵</sup> ایشان در سال ۱۹۸۳ مجدداً اعلام کرد که «موضوع جدید

2. G. Arangio-ruiz.

3. Lege lata.

4. Lege ferenda.

5. A.C. 6/38/SR. 1788.

مسئولیت کیفری دولت هیچ معنایی ندارد بلکه خطرات بزرگی در بر دارد (...).  
فکری شگفت آور است که بتوان دولتی را حبس کرد یا به نحو دیگری مجازات نمود»<sup>۶</sup>.

در سال ۱۹۹۸ دولت فرانسه در ملاحظات مکتوب خود راجع به این موضوع اعلام کرد:

«ماده ۱۹ (...). مشکل بزرگی ایجاد می کند که به مسئولیت کیفری شخص حقوقی برمی گردد. قانون جزای فرانسه البته برای اشخاص حقوقی مسئولیت کیفری در نظر گرفته است، اما دولت را از این قاعده خارج می کند، زیرا دولت تنها صاحب حق مجازات است و نمی تواند خود را مجازات کند. چه کسی ممکن است در یک جامعه با بیش از ۱۸۰ دولت حاکم که هر یک خود دارای قدرت تنبیه و مجازات هستند بتواند دارندگان حاکمیت را به کیفر برساند»<sup>۷</sup>.

۵- برای اینکه ضرورت پذیرش موضوع جنایت بین المللی دولت را که طبیعتاً متضمن مسئولیت کیفری اوست بتوان احراز کرد باید به دو مسئله پاسخ داد:

- (۱) کمیسیون حقوق بین الملل و کسانی که معتقد به ایجاد مقوله جنایت بین المللی دولت هستند آیا مسئولیت کیفری بین المللی را هم، چه در حال حاضر و چه در آینده، برای او در ذهن می پروراند یا نه؟
- (۲) آیا از نظر علمی مسئولیت کیفری دولت پذیرفتنی است یا نه؟

6. A.C. 6/38/SR. 47§67.

7. A.CN 4/488.



## بخش اول: آثار جنایت بین‌المللی دولت

۶- برای اینکه بدانیم در پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت کلمه «جنایت»<sup>۸</sup> برای تعیین اشکال مختلف اعمال غیرقانونی و در نتیجه انواع مسئولیت کیفری به کار گرفته شده است یا نه، ضروری است مواد پیش‌نویس که راجع به آثار حقوقی اعمال غیرقانونی دولت و حل و فصل اختلافات است و نیز بحث‌های زمان تصویب بررسی و مطالعه شود. باید یادآور شد که مواد مربوطه فوق همزمان با مسئله تفکیک میان جنایت و جنحه بین‌المللی تهیه نشده‌اند. ماده ۱۹ در آن قسمت از پیش‌نویس درج شده است که از عنصر عینی عمل غیرقانونی بحث می‌شود و مدت‌ها بعد بود که با کمک دیگر گزارشگران و دیگر اعضای کمیسیون، مواد آن بخش که معطوف به آثار حقوقی جنایت بود تهیه و تنظیم شد. نظر اعضای جدید کمیسیون بین‌المللی با نظر کسانی که می‌خواستند مقوله جدید جنایت دولت را موجودیت بخشند می‌توانست تفاوت داشته باشد. به همین دلیل از کارهای کمیسیون حقوق بین‌المللی راجع به تهیه و تصویب ماده ۱۹ شروع می‌کنیم.

۷- کمیسیون حقوق بین‌المللی در توضیح ماده ۱۹ (سالنامه کمیسیون ۱۹۷۶، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۸۹ به بعد) بر این نکته تأکید کرده بود که اگر به موجب ماده مزبور در میان اعمال غیرقانونی دولت، دسته‌ای از اعمال غیرقانونی به صورت مشخص تعیین شده و جنایت بین‌المللی نام گرفته‌اند، نه بدین منظور بوده که شدیدترین اعمال غیرقانونی تعیین شود بلکه از این بابت بوده که برای اعمال مزبور در مواد بخش دوم پیش‌نویس احتمالاً یک نظام مسئولیتی متفاوت با آنچه برای اعمال غیرقانونی «عادی» (با عنوان جنحه)<sup>۹</sup> بین‌المللی از سوی کمیسیون) مطلوب است در نظر گرفته شود.

8. Crimes.

9. Delit.

البته کمیسیون حقوق بین‌الملل در توضیحات خود نخواستہ محتوای رژیم مسئولیت مذکور را مشخص نماید تا به این ترتیب تا زمان انشای مواد قسمت دوم موضع خود را حفظ کرده باشد. به هر حال مطالعه توضیحات و بررسی‌های کمیسیون و خلاصه گزارش‌های مربوط به گفتگوها راهنمای نظرات کمیسیون است.

۸- اولاً باید توجه کرد که کمیسیون حقوق بین‌الملل در هیچ جایی از گزارش توضیحی، در نظر نداشته است برای دولت‌هایی که مرتکب جنایت بین‌المللی شده‌اند نوعی مسئولیت کیفری پیش‌بینی کند و آنها را نسبت به آن متعهد داند. راجع به انتخاب و درج کلمه «جنایت بین‌المللی» هم کمیسیون به این نکته اکتفا کرده است که «بعضی اعمال غیرقانونی از بعضی دیگر وخیم‌تر و یا شدیدتر هستند و از این بابت نیاز به وضعی متناسب دارند» (همانجا، ص ۱۰۸) و ضمناً اصطلاح مربوط اصطلاحی جاری در لسان دولت‌ها و در قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و کتاب‌های علمی است (همانجا، ص ۱۱۰) و از همین رو به کار رفته است و بس. اضافه کنیم (نویسنده) که بر خلاف عقیده گزارشگر ویژه پیشین آقای آگو (نگاه کنید: زیرین، شماره ۲۶ تا ۲۸)، اکثریت کمیسیون هم در گزارش مربوطه به هیچ روی گرایش و علاقه‌ای به مقوله مسئولیت کیفری دولت نشان نداده‌اند. در گزارش آمده است:

«حتی اگر به‌عنوان (...) مسئولیت کیفری بین‌المللی، تدابیر سرکوبنده و رنج‌آور را وارد کنیم، بعید است که گسترش مقوله‌های حقوقی خاص حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل فایده‌ای در بر داشته باشد. از نظر اهداف مورد نظر مهم نیست که مشخص شود مسئولیت متناسب به دولت بر اثر نقض تعهدی خاص، مسئولیت بین‌المللی «کیفری» است، بلکه غرض احراز و کشف وجود مسئولیتی

«متفاوت» با مسئولیت حاصل از نقض سایر تعهدات بین‌المللی است» (همانجا، ص ۹۶، پاورقی ۴۷۳).

۹- ثانیاً، در توضیحات مذکور، کمیسیون خاطر نشان می‌کند که در رژیم مسئولیت ناشی از جنایت بین‌المللی و مسئولیت ناشی از سایر اعمال غیرقانونی دولت اختلاف‌هایی به شرح زیر وجود دارد:

الف) از نظر مجنی‌علیه، یعنی کسی که مدعی مسئولیت دولت می‌گردد؛  
ب) از نظر محتوای مسئولیت (همانجا، ص ۱۰۸).

۱۰- در مورد نکته اول باید گفت که در عمل غیرقانونی «عادی»<sup>۱۰</sup> فقط میان دولتی که «مستقیماً متضرر» شده با دولت مقابل رابطه برقرار می‌شود، در حالی که در صورت وقوع جنایت، رابطه با دیگر موضوعات هم مستقر می‌شود. سخن اساسی کمیسیون در این زمینه این بوده که جنایت عملی غیرقانونی است که به منافع بنیادی کل جامعه بین‌المللی صدمه می‌زند و در نتیجه «زیان‌دیده مستقیم» را نباید در مقابل زیان‌زننده تنها رها کرد. سخن این است که همزمان، حقوق ذاتی همه دولت‌ها به مخاطره می‌افتد. همچنین با مطالعه توضیحات مذکور و همچنین بر پایه جلساتی که در کمیسیون تشکیل شده مشخص نمی‌شود که آیا منظور ایجاد مسئولیتی برای تمام دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی به صورت مجزا و فردی بوده (به طوری که هر کس بتواند قانوناً مدعی جبران مافات از سوی عامل فعل غیرقانونی گردد یا علیه چنین دولتی دست به رفتاری زند که خود احتمالاً غیرقانونی باشد) یا اینکه پاسخی از طریق راه‌کاری جمععی مورد نظر بوده است. اشاره به حمله مسلحانه به عنوان عمل غیرقانونی موجد نتایج حقوقی متفاوت با کلیه اعمال غیرقانونی دیگر و اینکه همه دولت‌ها مجاز به

10. Ordinaire.

واکنش در برابر متجاوز به صورت دفاع مشروع جمعی هستند، راه حل اول را به ذهن متبادر می‌کرد، در حالی که اشاره به اقدامات شورای امنیت راجع به سایر جنایات راه حل دوم را تداعی می‌نمود.

به هر حال آنچه مورد توجه ما است این که رژیم خاص فوق‌الذکر راجع به جنایت از نظر ذینفع مجاز به اقامه مسئولیت، فی حد ذاته، نکته‌ای که قالب رژیم مسئولیت کیفری را تکمیل نماید در بر نداشت.

چنانچه در نظر باشد که هر دولتی بتواند (نه فقط زیان دیده اصلی) خواهان جبران خسارت از سوی مرتکب جرم مثلاً به صورت اعاده به وضع اول<sup>۱۱</sup> گردد یا اینکه علیه مرتکب به اقدام متقابل<sup>۱۲</sup> مبادرت کند، چه جای بحث از مسئولیت کیفری است و نیز اگر قرار باشد اقداماتی را سازمان‌های بین‌المللی یا نهادهای جمعی دیگر اتخاذ و اعمال کنند باز هم جنبه کیفری رنگ می‌بازد. چنین تصمیماتی به صرف اینکه ارگان جمعی واحدی آن را مجاز دانسته به کیفر تبدیل نمی‌شود.

۱۱- دومین جنبه‌ای که بر اساس آن کمیسیون معتقد بود باید میان رژیم مسئولیت جنایت و مسئولیت در سایر اعمال غیرقانونی تفاوتی قائل شد، مسئله محتوا یا به عبارت دیگر انواع مسئولیت بود. حالا آیا از این زاویه عنصر کیفری پدیدار می‌شود؟

۱۲- در توضیحات به اشکال مختلف مسئولیت اشاره نشده بود، فقط امکان داشت از طریق مفهوم مخالف یا آنچه که مطرح نشده بود به بعضی مفاهیم دست یافت. کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطر نشان می‌کرد که بر خلاف برخی القانات، معتقد نبوده است که باید اختیار و یا تکلیف دولتی دیگر را در مجازات

11. *Restitutio in integrum*.

12. *Contre- mesures*.

فرد عامل دولت که مرتکب رفتاری قابل انتساب به دولت متبوع خود شده نوع خاصی از مسئولیت دولتی (دولت فاعل یا مرتکب جرم) در نظر گرفت. مجازات فرد به عنوان عامل دولت<sup>۱۳</sup> توسط دولتی غیر از دولت متبوع خود از نظر بخشی از دکتترین از موارد سالب حقوق دولت و اقدام علیه او به شمار می‌رفت، زیرا به معنای عدم توجه به نظامات و تشکیلات داخلی کشور خارجی تلقی می‌شد. کمیسیون حقوق بین‌الملل با نظر اخیر موافق نبود و آن را متوجه دولت نمی‌دانست. بنابراین با وجود آنکه معتقد بود فرد عامل دولت باید در صورت ارتکاب جرم دولتی، به‌شخصه مجازات شود ولی تأکید داشت که مسئله در قالب پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت قرار نمی‌گیرد (همانجا، ص ۹۶ و ۱۱۰).

۱۳- برای دریافتن گزینه‌های مورد نظر اعضای کمیسیون از جهت محتوای مسئولیت در برابر جنایت، باید به بحث‌های انجام شده در کمیسیون در سال ۱۹۷۶ و سال‌های پیش از آن با توجه به گزارش آگو و دکتترین مطرح شده در آن رجوع کرد. نخستین دریافت، مربوط می‌شود به آثار حقوقی تجاوز مسلحانه.<sup>۱۴</sup> نظام مسئولیتی مرتبط به این عمل غیرقانونی، با نظام مسئولیتی سایر اعمال غیرقانونی متفاوت است، زیرا در پاسخ به تجاوز، دولت مجنی‌علیه و دولت‌هایی که به کمک او می‌آیند به موجب حق عرفی دفاع مشروع، مجاز به اتخاذ تدابیری در جهت به‌کارگیری زور هستند.

به غیر از اختلاف اخیر که به‌طور منحصر به فرد به نظام مسئولیت ناشی از جنایت تجاوز مسلحانه مربوط می‌شود، مطلب دیگر آن است که دولت مجنی‌علیه (و احتمالاً برخی دولت‌های دیگر یا سازمان‌های بین‌المللی) باید حق

13. Individu- organe.

14. Agression armée.

داشته باشند علاوه بر درخواست جبران خسارت، علیه دولت متجاوز به اقدامات متقابل<sup>۱۵</sup> روی آورند. اقدام متقابل فقط وسیله‌ای برای تضمین قطع تجاوز و جبران خسارت نیست (شاید فراتر از آن است).

تدابیری نیز در جهت پیشگیری از تکرار تجاوز ممکن است صورت گیرد، بدون آنکه الزاماً بار معنایی دیگری داشته باشد و بر «مجازات» یا بر کیفر «رنج-آور»<sup>۱۶</sup> دلالت نماید.

۱۴- ماهیت جزایی یا غیرجزایی اقدام متقابل و تضمین‌های اجرایی سازمان‌های بین‌المللی خود مسئله پیچیده‌ای است که در بخش دوم به آن خواهیم پرداخت. اما یک نکته را باید همین‌جا خاطر نشان ساخت و آن اینکه اقدامات متقابل و ضمانت‌های اجرایی<sup>۱۷</sup> که اعضای کمیسیون به آن می‌اندیشیده‌اند اقدامات شناخته شده‌ای در حقوق بین‌الملل بوده‌اند و به هیچ‌وجه جنبه بدیع و متحول نداشته و با ساختار افقی جامعه بین‌المللی دولت‌ها نیز ناسازگار نبوده و نیستند. اقدامات مذکور همان اقداماتی است که طی قرون متمادی دولت‌ها تحت عنوان اقدام تلافی‌جویانه<sup>۱۸</sup> به کار می‌بسته‌اند یا از انواع اقداماتی است که شورای امنیت اتخاذ می‌کند. هیچ‌گاه اتخاذ تدابیری از نوع آنچه که در نظام داخلی دولت مدرن در زمینه عدالت کیفری موجود است مطرح نبوده و هیچ‌گاه زندانی کردن دولت مرتکب جنایت مورد بحث نبوده است.

۱۵- مجدداً به بررسی موضع کمیسیون حقوق بین‌الملل در تهیه و سپس تصویب مواد (در قرائت اول) راجع به آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی دولت در

15. Contre-mesures.

16. Afflictif.

17. Sanctions.

18. Represailles.

سال ۱۹۹۶ بر می‌گردیم. بر خلاف آنچه در پذیرش ماده ۱۹ گذشته بود، اعضای کمیسیون این بار مدتی طولانی بر سر قابل توجه بودن یا نبودن مسئولیت کیفری دولت و به‌طور کلی امکان اتخاذ تدابیر تنبیهی یا رنج‌آور بحث کردند. گزارشگر ویژه آرانجیو رویز و دیگر اعضا بر عنصر تنبیهی یا کیفری مرتبط با برخی نتایج حقوقی عمل غیرقانونی بین‌المللی تأکید داشتند (نگاه کنید: آرانجیو رویز، پنجمین گزارش راجع به مسئولیت دولت<sup>۱۹</sup> و گزارش‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل مربوط به سال‌های ۱۹۹۴ و ۱۹۹۵، سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل، ۱۹۹۴، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۱۴۵ و بعد؛ ۱۹۹۵، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۵۰ و بعد). آیا کمیسیون حقوق بین‌الملل طی مراحل فوق فکر مسئولیت کیفری دولت را مورد تأیید قرار می‌داد؟

۱۶- ابتدا موضع کمیسیون را آنچنان که در مواد مصوب آمده مورد ملاحظه قرار می‌دهیم. چهار ماده از میان کل مواد به آثار و نتایج حقوقی جنایت بین‌المللی پرداخته‌اند. ماده ۴۰ در بند سوم مقرر داشته است که جنایت عملی غیرقانونی است که دولتی مرتکب می‌شود و با آن حقوق سایر دولت‌ها را نقض می‌کند. با توجه به سایر مواد پیش‌نویس، این بدان معنی است که تمام دولت‌ها چه «مستقیماً» متضرر از جرم باشند و چه نباشند، حق دارند مدعی قطع عمل غیرقانونی و جبران خسارت از دولت عامل گردند و نیز علیه او به اقدام متقابل متوسل شوند (طبعاً با رعایت شرایط مقرر در پیش‌نویس). مواد ۵۱ و ۵۲ به محتوای آثار حقوقی جنایت اشاره دارد و پیش‌بینی نموده که جنایت همان نتایج حقوقی سایر اعمال غیرقانونی (جنحه در ماده ۱۹) را در بر دارد، به استثنای اینکه (در زمینه شکل جبران خسارت) تقاضای جبران مالی خسارت<sup>۲۰</sup> و جلب

19. Doc. A/ cn 4/453/add. 3/§§ 142.s.

20. Restitution en nature.

رضایت تحت بعضی محدودیت‌ها که برای سایر اعمال غیرقانونی در نظر گرفته شده است قرار نمی‌گیرند. ماده ۵۳ نیز تکالیفی بر عهده دیگر دولت‌ها غیر از دولت مرتکب جنایت گذاشته است، شامل عدم شناسایی وضعیت حاصل از جرم و عدم همکاری با فاعل در جهت حفظ آثار آن یا مساعدت با سایر دولت‌ها در جهت اتخاذ تدابیری برای زدودن آثار جرم. در مواد پیش‌نویس هیچ قاعده خاصی راجع به جنایت که به حل و فصل اختلافات مربوط باشد پیش‌بینی نشده است (در مورد متن و مواد و نقد آنها نگاه کنید: کمیسیون حقوق بین‌الملل، جلد دوم، قسمت دوم، ص ۷۵ به بعد).

۱۷- از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که رژیم خاص مسئولیت که در مورد جنایت پیش‌بینی شده است تقریباً با آنچه در مورد جنحه آمده تفاوتی ندارد. تنها تفاوت مهم سرشت و ماهیت همه‌گیر<sup>۲۱</sup> جنایت است (گرچه همه‌گیری در همان پیش‌نویس شامل نقض هر تعهدی در حقوق عرفی راجع به حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی هم می‌شود - نگاه کنید: بند ۳ (هـ) ماده ۴۰) و نیز وجود تعهداتی در جهت همکاری برای پایان دادن به وضعیت حاصل از جنایت. انتقادات بسیاری چه از سوی کسانی که مخالف تفکیک جنایت و جنحه بوده‌اند و چه از سوی آنهایی که طرفدار این امر بوده‌اند به عمل آمده است. از نظر اغلب طرفداران، رژیم مسئولیت در مورد جنایت (در پیش‌نویس) انتظارات را بر آورده نمی‌کند.<sup>۲۲</sup>

بی‌تردید بسیاری از انتقادات، معقول و موجه هستند که البته اینجا جای بحث از آن نیست. قابل توجه اینکه مواد هیچ‌کدام آثاری از نوع کیفی «داخلی» پیش‌بینی نمی‌کنند؛ به این صورت:

21. *Erga omnes*.

۲۲. نگاه کنید: R. Rosenstock، کتابنامه A. Pellet- D. Bowett- C Tomuschat، همانجا.



الف) لطمه به منافع جمعی جامعه بین‌المللی در پیش‌نویس، واکنشی «غیر متمرکز» اقتضا می‌کند، بدین معنی که هیچ‌گونه ضمانت‌اجرایی از سوی مقامی مافوق دولت‌ها و یا مقامی قضایی که جنبه تحکمی داشته باشد در نظر گرفته نشده است؛

ب) از نظر محتوای مسئولیت نیز، جبران خسارت و اقدام متقابل مربوط به جنایت، از نظر کیفی، با آنچه که در پی هر عمل غیرقانونی دیگر صورت می‌گیرد، تفاوتی نمی‌کند.

۱۸- اما باید خاطر نشان ساخت که مواد پیش‌نویس در مورد آثار جنایت، حاصل نوعی مصالحه بوده که در کمیسیونی که بسیاری از اعضای آن با موضوع جنایت بین‌المللی مخالف بوده‌اند، صورت گرفته است؛ بنابراین آنچه می‌باید جلب نظر کند دیدگاه‌های آن دسته از اعضا کمیسیون است که طرفدار مقوله جنایت بین‌المللی بوده‌اند. ما هم به نظر اینان و در درجه اول به نظر گزارشگر ویژه آرانبیو رویز که طرفدار لزوم حفظ درجه‌بندی جرایم بود، توجه داریم؛ ضمن اینکه اگر پیش‌نویس موادی که گزارشگر سابق داده بود و توسط کمیسیون پذیرفته نشد بررسی شود، ملاحظه می‌گردد که از نظر محتوای مسئولیت، آثار و نتایجی در نظر گرفته شده بود که سخت‌تر یا شدیدتر از آنچه که کمیسیون در نظر داشت نبود. در مورد تعهدات دولت فاعل (مرتکب جرم) نیز باید به تعهد مربوط به پذیرش یک هیئت مأمور صورت‌جلسه وقایع یا هیئت ناظر<sup>۳۳</sup> در خاک دولت عامل، و در مورد تعهدات سایر دولت‌ها، باید تعهد بر مشارکت در اقدامات قانونی توصیه شده توسط سازمانی بین‌المللی را که دولت مربوط عضو آن هست یادآوری نمود. اینها نتایج و آثار حقوقی است که

23. Mission d'observation.

هیچ یک به خودی خود جنبه کیفری یا تنبیهی ندارند. آنچه که رژیم مسئولیت مورد نظر گزارشگر ویژه را متفاوت می‌ساخت، آیینی بود که باید قبل از امکان استناد به نتایج خاص پیش‌بینی شده در مورد جنایت طی می‌شد. آرانجیو رویز پیشنهاد کرده بود که مجمع عمومی یا شورای امنیت ابتدا از نظر سیاسی به ارزیابی موضوع اقدام کنند، و در صورتی که یکی از مراجع مذکور اعلام نماید که شائبه جنایت در کار است به صورت یک‌جانبه موضوع به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع شود. چنانچه دیوان وقوع جرم را احراز کرد هر دولتی خواهد توانست تبعات خاص جرم جنایت را جاری نماید. اساس فکر گزارشگر ویژه این بود که آنچه مشخصه رژیم مسئولیت ناشی از جنایت باید باشد این است که شخص ثالث بی‌طرف وجود آن را احراز کند.<sup>۲۴</sup>

القائات دیگری نیز توسط بعضی اعضای دیگر کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به موضوع صورت گرفت. به گفته یکی از آنها کمیسیونی می‌بایست تشکیل و سازشی به کار بسته شود تا پیش از رجوع به داوری از طریق یک‌جانبه، به عنوان صافی<sup>۲۵</sup> وارد عمل شود.<sup>۲۶</sup> البته کمیسیون هیچ‌یک از پیشنهادها را قبول نکرد؛ اگر هم به فرض قبول می‌کرد این امر چندان با شیوه شناخته شده حل و فصل اختلافات در حقوق بین‌الملل فاصله نمی‌داشت و در هماهنگی با ساختار افقی (نبود قدرت فائقه) کنونی جامعه بین‌المللی می‌بود.

۱۹- باید افزود که بعضی اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل از لزوم پرداخت مبالغی تحت عنوان خسارت کیفری<sup>۲۷</sup> بر عهده دولت مرتکب جنایت

۲۴. نگاه کنید: گزارش هفتم راجع به مسئولیت دولت، A/CN. Add. 1-4/469.

25. Filtre.

26. ILC (XLIII) CRD. 4/ Add. 1.

27. Punitive damages.

سخن به میان آورده بودند. در این صورت یک عنصر کیفری مطرح می‌شد، ولی توسل به چنین الزامات مالی را برخی از طرفداران دسته‌بندی جرایم قبول نداشتند و بعضی مخالفین دیگر تأکید می‌نمودند و معتقد بودند که در حقوق بین‌الملل این امر همواره وجود داشته و بر جرایم جنحه‌ای هم قابل اعمال است. اما آنچه هست اینکه به هر حال الزام مالی به نفع زیان‌دیده ولو با تأکید بر وصف کیفری و تنبیهی در هیچ صورتی آن‌قدر کفایت نمی‌کند که تأثیری خاص روی آثار جنایت گذاشته، مبنای رژیم مسئولیت کیفری گردد.

۲۰- بنابراین آنچه تحلیل شد می‌توان نتیجه گرفت که نه به هنگام تصویب ماده ۱۹ و نه در زمان تهیه مواد قسمت دوم و سوم پیش‌نویس، اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل چیز جدیدی راجع به مسئولیت کیفری دولت که ناشناخته و بدیع و مغایر با ساختار کنونی غیرمتمرکز آن باشد پیدا نکردند. آنان در حقیقت هیچ‌گاه به نظام مسئولیتی که به سیستم عدالت کیفری داخلی کشورها شبیه باشد نیندیشیده بودند.

۲۱- حال با توجه به اینکه کمیسیون حقوق بین‌الملل اصطلاح «جنایت بین‌المللی دولت» را به‌طور مجرد و بدون اتصال با مسئولیت کیفری به‌کار برده است این پرسش مطرح می‌شود که آیا به‌کارگیری اصطلاح مزبور اساساً صحیح است؟ کی مارک به‌درستی گفته است که اگر برای بیگانه با مسئله، به‌کارگیری واژه‌ای حقوقی در غیر معنای اختصاصی آن جایز باشد، اما این کار برای قانونگذار جایز نیست.<sup>۲۸</sup>

ولی آیا واقعاً درست است که از جنایت در حقوق بین‌الملل سخن گفته شود، ولی اشکال مسئولیت که شبیه به اشکال مسئولیت کیفری در نظام‌های داخلی مدرن هست با آن تطبیق نشود؟

28. K. Marek, Criminalizing State Responsibility, R.B.D.I., 1978-79, p. 461.

۲۲- به کار بردن یک واژه در یک کنوانسیون تدوین شده، در معنایی غیر از آنچه در سایر قواعد متعلق به همان نظام حقوقی به کار می‌رود، به نظر قابل انتقاد می‌رسد ولی باید توجه داشت که در حقوق بین‌الملل کلمه «جنایت»<sup>۲۹</sup> در اسناد به فعل و انفعالات دولت‌ها همواره (به‌خصوص در قطعنامه‌های مصوب ارکان سازمان ملل و نیز برخی اتخاذ مواضع دولت‌ها) برای تأکید بر میزان بالای وخامت بعضی اعمال به کار گرفته می‌شود و غرض ایجاد پیوندی با مقوله مسئولیت کیفری نیست. چنین پیوندی فقط در نظام‌های حقوقی کشوری دیده می‌شود. در این صورت باز پرسش این است که آیا به‌کارگیری یک واژه در حقوق بین‌الملل در معنایی متفاوت با استعمال آن در حقوق داخلی و به‌عبارت دقیق‌تر متفاوت با حقوق دولتی مدرن<sup>۳۰</sup> مناسب است یا نه؟ با کلمه «جنحه» در کنار آن چه باید کرد؟ چون این لفظ هم در برخی نظام‌های حقوقی داخلی دولتی دلالت بر کیفری بودن امر دارد. اما در جهت خلاف هم می‌توان گفت که کلمه مزبور مدت‌ها توسط حقوقدانان بین‌المللی مانند استروپ، لائیس، اگو، و دیگران بدون آنکه با مفاهیم کیفری جمع شود مورد استفاده قرار گرفت و شری بپا نکرد (اخیراً به‌کارگیری آن در ماده ۱۹ از سوی پله مورد ایراد واقع شده، «زنده باد جنایت! نکاتی راجع به درجات امر غیرقانونی در حقوق بین‌الملل».

رجوع کنید: کتابنامه، همان، ص ۳۰۳).

۲۳- کمیسیون حقوق بین‌الملل با انتخاب کلمه «جنایت» و «جنحه» برای تعیین اعمال غیرقانونی شدیدتر و خفیف‌تر، در حقیقت از الفاظ خاص حقوق رومی دوران کلاسیک استفاده کرد که بعضی اعمال را *Crimina* و بعضی دیگر را *Delictat* می‌نامیده است و منظور این نبوده که اولی موجب تولید

29. Crimes.

30. Droit etatique moderne.

مسئولیتی گردد که امروزه به آن «کیفری» می‌گویند و دومی باعث مسئولیتی شود که در حال حاضر «مدنی»<sup>۳۱</sup> گفته می‌شود، بلکه این نامگذاری به این خاطر بوده که دسته نخست از دسته دوم بیشتر با منافع جامعه بین‌المللی برخورد نزدیک داشته است.

انتخاب واژه از سوی کمیسیون را می‌توان قبول داشت یا رد کرد، ولی مسلماً از نظر معناشناسی اشتباهی رخ نداده است.

۲۴- آنچه ما گفتیم ضمناً بدین معنا نیست که چون به‌کارگیری اصطلاح «جنایت بین‌المللی دولت» مشکلات معنایی خاصی ایجاد کرد پس بهتر بوده که چنین اصطلاحی به‌کار گرفته نمی‌شد و مانند بسیاری از طرفداران تمایز میان دسته‌جات اعمال غیرقانونی دولت، جنایت را به اعمال «بسیار وخیم» یا «مضر برای منافع بنیادی جامعه بین‌المللی» یا «علیه جامعه بین‌المللی» یا اعمالی که موجب «نقض تعهدات ناشی از قاعده آمره»<sup>۳۲</sup> می‌شود، موصوف می‌کردیم.

### بخش دوم: رد و قبول مقوله مسئولیت کیفری دولت از نظر علمی

۲۵- گفته شده است که کمیسیون حقوق بین‌الملل با وارد کردن مقوله جنایت بین‌المللی هرگز نخواست است از این طریق گونه‌ای مسئولیت در حقوق بین‌الملل وارد نماید که با مسئولیت کیفری آنچنان که در نظام‌های داخلی جدید وجود دارد شبیه باشد. ولی آیا واقعاً از نظر علمی مجازات، در مورد بعضی نتایج حقوقی عمل غیرقانونی دولت از نظر بین‌المللی، و جریان یافتن مسئولیت کیفری با توجه به وضعیت آن دولت نادرست است؟

31. Civile.

32. *Jus cogens*.

۲۶- آمده است که گزارشگر ویژه سابق آقای آگو و بعداً دیگر اعضای کمیسیون حقوق بین‌الملل گفته بودند در حقوق بین‌الملل، امروزه و همیشه بعضی مجازات‌ها و در نتیجه انواعی از مسئولیت کیفری وجود داشته است، مانند موضوعی از موضوعات حقوق بین‌الملل که در برابر اراده دیگر موضوع قرار گیرد و مورد مجازات یا الزام به تأدیه تنبیهی واقع شود. در این زمینه اقدام تلافی‌جویانه<sup>۳۳</sup> که امروزه اقدام متقابل گفته می‌شود، به‌عنوان مثال ذکر می‌گردد یا بعضی اقدامات اجرایی<sup>۳۴</sup> از سوی سازمان‌های بین‌المللی و نیز بعضی تکالیف دیگر که بر عهده دولت مقدم به عمل غیرقانونی گذاشته می‌شود. موضع فکری اخیر گرچه غالب نیست اما از نظر دکترین مهجور نیفتاده است. از میان طرفداران این موضع فکری به ذکر نام هرش لوتر پاخت اکتفا می‌کنیم.<sup>۳۵</sup>

۲۷- اما باید توجه داشت که عقیده فوق، یعنی اینکه اقدام متقابل یا بعضی الزامات مالی که بر عهده یک دولت گذاشته می‌شود کیفر در نظر گرفته شود و برای دولتی که چنین کیفری بر او بار می‌شود مسئولیت کیفری فرض گردد، بسیاری از حقوقدانان را بر آشفته است. از نظر این گروه شرط بلا تغییر و تخطی ناپذیر مجازات و مسئولیت کیفری وجود مقام مافوق قضایی کیفری است.<sup>۳۶</sup>

۲۸- اما به عقیده آگو بالعکس، نبود مقام مافوق دولت در حقوق بین‌الملل، مانع طرح مسئولیت و مجازات نیست. مقوله مجازات و مسئولیت کیفری به هیچ‌وجه به وجود و حضور مقام قضایی یا مرجع مقتدر مافوق مرتبط نیست.

33. Represailles.

34. Sanctions.

35. قواعد عمومی حقوق صلح، [IV, R.C.A.D.J, 1937, ص 349 به بعد؛ اوپنهایم، حقوق بین‌الملل، معاهدات، چاپ هشتم، توسط هـ لوتر پاخت، لندن، جلد اول، 1905، ص 354 و بعد.

36. نگاه کنید: ک. مارک، همان، ص 463.

مسئله مهم طبیعت صدمه‌زننده<sup>۳۷</sup> و سرکوبگر<sup>۳۸</sup> مجازات کیفری نسبت به مجازات جبران‌کننده در سایر آثار عمل غیرقانونی است. در حقوق داخلی هم مسئولیت کیفری را از این نظر که موجب رابطه‌ای میان متهم و دولت می‌گردد و مسئولیت مدنی فقط موجب رابطه میان زیان‌دیده و زیان‌زننده است از یکدیگر جدا و متمایز نمی‌کنند. اختلاف در ماهیت آثار ناشی از عمل غیرقانونی است، با این توضیح که آثار مذکور در مسئولیت مدنی از نوع کاملاً جبران‌کننده<sup>۳۹</sup> و ایفایی است<sup>۴۰</sup> (انجام دادنی)، درحالی که آثار مسئولیت کیفری جنبه کاملاً تنبیهی<sup>۴۱</sup> دارد؛ به همین علت در نظام‌های داخلی جدید اعمال مجازات علی-الاصول در دست دولت است. در نظام‌های حقوقی دوران‌های گذشته اجرای مجازات توسط شخص خصوصی امری عادی بوده است.<sup>۴۲</sup>

۲۹- تباین آشکار میان نظریه کسانی که مانند آگو مسئولیت کیفری دولت را قبول دارند و دیگران که به آن اعتقاد ندارند، مبیانت و تضادی است که میان مفاهیم مجازات و مسئولیت کیفری در تئوری عمومی حقوق وجود دارد.

۳۰- برای تحلیل مفهوم مجازات و مسئولیت کیفری در تئوری حقوق، نقطه آغاز، نگاه به نظام‌های حقوقی مختلف و توجه به معانی واژه‌های مربوط است. با کمی دقت روشن می‌شود که معانی همیشه یکسان نیست و در زمان و مکان تفاوت می‌کند. کلمه «Poena» که کلمه «Peine» در زبان فرانسه از آن مشتق شده است و نیز اصطلاح مسئولیت کیفری در حقوق رومی ابتدایی، مبلغی پول

37. Afflictive.

38. Repressive.

39. Reparatoire.

40. Executoire.

41. Repressif.

۴۲. آگو، جنبه بین‌المللی، II, R.C.A.D.I, ۱۹۳۹، ص ۴۲۷ و بعد، ۵۲۴ و بعد؛ سومین گزارش، سالنامه

کمیسیون، ۱۹۷۱، جلد دوم، قسمت اول، صص ۲۲۰-۲۱۸.

بوده که مرتکب عمل غیرقانونی به زیان دیده پرداخت می کرده تا از انتقام<sup>۴۳</sup> او رها شود. این راه کار حاصل توافق میان مرتکب عمل غیرقانونی و زیان دیده بوده است. رفته رفته نظام حقوقی حاکم، دو طرف را رسماً مجبور کرد که در مورد پرداخت «*Poena*» توافق نمایند، بدین معنا که زیان دیده دیگر حق نمی داشت به «*Vindicta*» روی آورد و تنها کاری که می توانست انجام دهد این بود که از متهم «*Poena*» مطالبه نماید. به این ترتیب تحولی اساسی در مفهوم «*Poena*» (کیفر نقدی) حاصل شد: «*Poena*» عبارت بود از تعهدی مالی بر عهده مرتکب بعضی اعمال غیرقانونی در حق زیان دیده که باید به او پرداخت می شد. تعقیب جزایی<sup>۴۴</sup> در این حالت، در حقوق رومی دوران کلاسیک اقدامی ناشی از جرم<sup>۴۵</sup> بوده که در حقوق داخلی<sup>۴۶</sup> پیش بینی شده بوده و افراد زیان دیده از جرم را قادر می ساخته تا از محکوم، کیفر نقدی (*Poena*) دریافت دارند. معنایی که در اصل به واژه «*Peine*» داده می شده، از معنایی که امروزه در نظام های حقوقی جدید برای آن در نظر گرفته می شود متفاوت بوده است.<sup>۴۷</sup> در نظام های حقوقی کنونی هم مفهوم مجازات<sup>۴۸</sup> در بعضی نظام ها وسیع تر از مفهوم آن در نظام های دیگر است. مشکل و شاید غیرممکن باشد که از کلمه «*Peine*» معنا و مفهومی ارائه شود که تمام اقدامات یا تدابیری را که تحت این عنوان در نظام های حقوقی مختلف اتخاذ می شود در بر گیرد؛ بنابراین باید معنایی را که اغلب نظام های

43. *Vindicta*.44. *Actiones poenales*.45. *Actiones ex delicto*.46. *Jus civilis*.47. در مورد ریشه و تحول مفهوم آن نگاه کنید: F. De Visscher, *Vindicta et noxa*, تحقیق در حقوق

رم، پاریس ۱۹۳۱، ص ۱۰۹ و بعد؛ Les origines de l'obligation ex delicto، همان، ص ۲۵۵ و بعد؛ نیز،

V. Brasiello, *Corso di diritto romano: atto illecito pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957.48. *Peine*.



حقوقی قائل به آن هستند در نظر گرفت. معنایی که در تمام نظام‌ها حتی آنها که چنین مفهومی را به کار نبرده‌اند یا معنایی خاص برای آن در نظر گرفته‌اند، قابلیت تحلیل داشته باشد. به نظر ما شیوه معمول بررسی یک موضوع در تئوری عمومی حقوق نیز چنین است.

۳۱- بنا بر آنچه گفته شد به کار بردن کلمه «Peine» در معنای کیفر در نظام‌های حقوقی کنونی کشورها کاملاً صحیح و مراد از آن اقدامی رنج‌آور<sup>۴۹</sup> است که توسط مقامی مافوق (یا مقام قضایی) بر اشخاص تحمیل می‌شود. اگر این مفهوم «Peine» را در نظر گیریم الزاماً باید قبول کنیم که اقدام متقابل<sup>۵۰</sup> از سوی زیان‌دیده یا زیان‌دیدگان بین‌المللی و سایر نتایج حقوقی عمل غیرقانونی بین‌المللی، «Peine» محسوب نخواهد شد، زیرا در حقوق بین‌الملل مقامی مافوق دولت وجود ندارد (و در حقوق بین‌الملل عام نیز مقام قضایی مافوق موجود نیست). در نتیجه و در صورت قبول چنین مفهومی از «Peine»، اقداماتی نظیر قصاص و الزامات مالی تنبیهی یا کیفر نقدی به نفع زیان‌دیده که به‌عنوان نتیجه عمل غیرقانونی در بسیاری از نظام‌های حقوقی گذشته (و حال، به‌خصوص در زمینه مالی) پیش‌بینی می‌شده و غالباً به آنها «Peine» اطلاق می‌کرده‌اند، از محدوده تعریف ما خارج خواهند بود.<sup>۵۱</sup> همچنین توجه شود به مفهوم «Exemplary ou punitive ou vindictive damages» در حقوق کامن‌لا که به معنای مبلغ پولی است که مرتکب عمل غیرقانونی موظف است به زیان‌دیده علاوه بر «Damages» معمولی بپردازد؛ چنانچه:

*"Aggravated his tort by acting in a morally culpable  
"unneighbourly or dishonest way"*<sup>۵۲</sup> مطرح باشد.

49. Afflictive.

50. Contre- mesures.

51. Le pene private, F. D Busnelli, G. Scafi, ed., Milano, 1985.

52. P. S. James, General/ principles of the law of torts, London, 1959, p. 321.

از نظر اکثریت در دکترین، حالت فوق مجازاتی خصوصی است.<sup>۵۳</sup> حال اگر اقدامات صدمه‌زننده یا تنبیهی را از انواعی که در بالا گفته شد کنار گذاریم، باید در پی استخراج مفهومی دیگر در تنوری عمومی کیفر برآیم که جامع جمیع تدابیر فوق باشد.

۳۲- از دیگر نتایج آنچه گفته شد این است که با به‌کارگیری مفهوم «Peine» در قلمروی وسیع‌تر و با توجه به وجود این لفظ در نظام‌های حقوقی گذشته، مفهومی را خواهیم داشت که غالب اقدامات و تدابیر موسوم به «Peine» در نظام‌های حقوقی مختلف را در بر می‌گیرد. این مفهوم گسترده از «Peine» که شرط وجود مقام مافوق یا حکم قضایی را به‌عنوان مؤلفه اصلی در نظر ندارد، در حقوق بین‌الملل می‌تواند قابل استفاده باشد.

۳۳- حاصل بحث اینکه استفاده از مفهوم مضیق «Peine» همانند مفهوم موسع آن، چنانچه حدود هر یک مشخص شود و با التحاق به‌کار روند، هر دو به یک اندازه مشروعیت خواهند داشت. البته این بدان معنا نیست که محتوای «Peine» در همه جا یکسان یا با هم برابر است. هدف از کشف و تعیین حدود آن در تنوری عمومی حقوق، درک بهتر پدیده حقوقی از طریق دسته‌بندی اعمال مشابه است.

بنابراین اگر در آثار اعمال غیرقانونی داخلی و بین‌المللی بیشتر تفحص کنیم و وجوه اشتراک آنها را مورد توجه قرار داده، از وجوه افتراق تا حدی بگذریم، مفهوم موسع «Peine» طبیعتاً مرجح خواهد بود و در غیر این صورت مفهوم مضیق مناسب‌تر است.

۳۴- حال این پرسش مطرح است که آیا قبول مفهوم موسع «Peine» (و مسئولیت کیفری) که قابل تطبیق و استفاده در حقوق بین‌الملل (مانند حقوق

53. Peine privée.

داخلی) باشد مناسب‌تر است و باعث درک بهتر آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی می‌گردد یا بالعکس تقریب پدیده‌های دور از هم، مانع درک آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی خواهد بود. در مقاله پیش رو، فعلاً قادر به تحلیل این مهم نیستم، گرچه بسیار ضروری می‌نماید و در هر حال باید به آن اندیشید. در اینجا فقط به چند نکته راجع به ایرادهای وارد شده بر عقاید طرفداران وجود انواعی از مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل می‌پردازیم.

۳۵- کی. مارک که از مخالفان وجود جنایت بین‌المللی دولت است چنین

بیان می‌دارد:

«وجود مسئولیت کیفری مشروط به وجود قدرتی مرکزی است که بر اساس قواعد گوناگون، حاکمیت خود را بر افراد و انحصار قضا و ضمانت‌اجرا را در جهت منافع عموم اعمال نماید (...). چنین وضعیتی در حقوق بین‌الملل که هیچ تمایزی میان مسئولیت کیفری و مدنی نمی‌شناسد ممکن نیست».<sup>۵۴</sup>

نظیر همین ایراد بارها در دکترین و توسط بعضی دولت‌ها بیان شده است؛ به‌عنوان مثال در ملاحظات مندرج در پیش‌نویس موادی که در سال ۱۹۹۸ توسط دولت فرانسه ارائه گردید آمده است:

«عدالت کیفری مستلزم آن است (...) که قانونگذاری با اختیار تعیین جرایم و کیفر آنها، دستگاهی قضایی به‌منظور اظهارنظر راجع به وقوع جرم و تفهیم اتهام و همچنین نیروی انتظامی مکلف به اجرای تصمیمات صادره از دادگاهها وجود داشته باشد، ولی همان‌طور که می‌دانیم در سطح بین‌المللی، نه قانونگذاری هست نه قاضی و نه نیروی انتظامی تا مسئولیتی کیفری متوجه دولت‌ها گردد یا نسبت به آنها اعمال شود».

54. K. Marek, *op.cit.*

۳۶- در پاسخ باید گفت که اگر شرایط فوق را لازمه وجود مسئولیت کیفری بدانیم، نه تنها (همان‌طور که قبلاً گفته شد) با تعییری از مسئولیت کیفری مواجه خواهیم بود که منحصراً مبتنی بر توجیحات نظام حقوقی داخلی کشورها است (توأم با مزایا و محدودیت‌های آن) بلکه نتیجه آن تأکید بر رد و نفی وجود هرگونه مسئولیت اعم از کیفری و مدنی و غیر آن در حقوق بین‌الملل خواهد بود. در نظام‌های کشوری کنونی چنانکه می‌دانیم انحصار قضا و اجرائیات در دست دولت است و این مهم فقط منحصر به مسئولیت کیفری نیست، بلکه در زمینه مسئولیت مدنی و غیر آن نیز صادق است. تصمیمات قضایی هم از جهت اجرای مجازات بر افراد و هم از جهت جبران خسارت الزام‌آور است. البته در موارد محدودی امکان حل و فصل اختلاف از طریق رجوع به داوری در امور مدنی پیش‌بینی شده است، اما اگر طرف‌ها در رجوع به داوری به توافق نرسند مدعی مجاز به رجوع به محاکم دولتی است. انجام اقدامات اجرایی هم فقط در اختیار دولت است، چه زندانی کردن فرد باشد (مسئولیت کیفری) و چه اجرای حکم در مسئولیت مدنی. شارل لوبن معتقد است ضمانت‌اجرا<sup>۵۵</sup> که از نظر او در برگیرنده تکلیف به جبران خسارت نیز می‌گردد در صورتی ممکن است مطرح شود که به‌طور ماتقدم و ماتأخر<sup>۵۶</sup> مقام ذیصلاح ثالث قانوناً متکفل امر تعیین شده باشد<sup>۵۷</sup> و این‌طور نتیجه می‌گیرد که حقوق بین‌الملل عام دارای چنین تضمین اجرایی چه کیفری و چه مدنی و غیر آن نیست.<sup>۵۸</sup>

55. Sanctions.

56. A priori et a posteriori.

57. CH. Leben. Les sanctions privatives de droits ou de qualite dans les organisations internationales specialisees, Bruxelles, 1979, p. 43.

58. *Ibid.*, p.69; Les contre mesures interetatiques et les reactions a l'illicite dans la societe internationale, A.F.D.I, 1982, pp.20-21.

۳۷- ایراد دیگری که غالباً به نظریه وجود مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل وارد می‌کنند این است که آثار عمل غیرقانونی بین‌المللی، در آن واحد هم تنبیهی و هم جبرانی است.<sup>۵۹</sup>

این ایراد را آنزیلوتی<sup>۶۰</sup> نیز در زمان خود وارد می‌کرد. ایشان با بیان تعهد به جبران خسارت از سوی دولت مرتکب عمل غیرقانونی چنین می‌نویسد:

«حقوق بین‌الملل تقابلی میان مسئولیت کیفری و مدنی یا میان مجازات و جبران خسارت نمی‌شناسد گرچه در نظام داخلی دوران چنین تفکری به سر آمده باشد. در حقوق بین‌الملل عکس‌العمل در برابر عمل غیرقانونی ممکن است اشکال مختلفی به خود گیرد ولی مانند نظام داخلی که کیفر و جبران ضرر و زیان هر یک متقابلاً وجود دارد، تقابل دیده نمی‌شود (...). در حقوق بین‌الملل همه جا، کیفر و جبران ضرر و زیان توأمان واجد عنصر ارضای خاطر و عنصر جبران و ترمیم هستند، غرض از اولی تنبیه و دومی در ملازمت آن، جبران صدمه وارده است. متغیر میان آن دو نسبت میان آنها است.»<sup>۶۱</sup>

۳۸- به نظر ما هم تکلیفی که بر عهده دولت مرتکب عمل غیرقانونی محقق می‌شود و معمولاً «جبران خسارت» گفته می‌شود کم یا زیاد و به نسبت، نقشی تنبیهی<sup>۶۲</sup> هم دارد. مع‌ذلک، بر خلاف آنزیلوتی، تقریب نظام‌های گذشته و نظام بین‌الملل از این بابت صحیح نیست. حتی در نظام‌های حقوقی کشوری کنونی نیز جبران خسارت تا حدی جنبه تنبیهی و سرکوبنده (Repressif) دارد، چون همواره باعث تقلیل منافع حقوقی محکوم می‌گردد.

۵۹. برای مثال نگاه کنید:

P.M. Dupuy, Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illécite, R.G.D.I.P., 1983, pp. 528-531, 540-543; A. P. Illet, *op. cit.*, pp. 302-303.

60. Anzilotti.

۶۱. آنزیلوتی، دروس حقوق بین‌الملل، پاریس، ۱۹۲۹، ص ۵۲۲.

62. Afflictif.

اصولاً هنگامی که تکلیف یا الزام به جبران خسارت تنها نتیجه عمل غیرقانونی نیست و همراه با آن اقدامی تنبیهی نیز در نظر است، جنبه اخیر اهمیت خود را به مقدار زیاد از دست می‌دهد ولی اگر تنها واکنش در برابر عمل غیرقانونی باشد جنبه تنبیهی و پیشگیرانه از ارتکاب جرم کاملاً عیان می‌شود. جنبه تنبیهی جبران خسارت، در تعهد به جبران خسارت معنوی تقریباً روشن است. در همین جهت گروسفلد در کتاب معروف خود بیان می‌دارد که «از نظر کیفیت فرقی میان کیفر و جبران خسارت وجود ندارد، آنچه هست شدت و ضعف عناصر مشترک آن دو است».<sup>۶۳</sup>

۳۹- به هر حال ایراد آنزیلوتی در عدم امکان تمییز میان کیفر و جبران خسارت در حقوق بین‌الملل به نظر ما قابل قبول است و همان‌طور که گفته شد، در حقوق داخلی کشورها نیز تا حدی صدق می‌کند. ولی آیا این بدان معناست که در تئوری عمومی حقوق نیز نمی‌توان این دو را از یکدیگر تفکیک نمود؟ آیا همان‌طور که گروسفلد می‌گوید میان این دو مفهوم تمایزی از نظر کیفیت وجود ندارد؟

۴۰- ما فکر می‌کنیم که نباید فقط این‌طور نتیجه‌گیری کرد. باید به هر حال میان کیفر و جبران خسارت تفاوت و تمایز قائل شد، چه در تحلیل بین‌المللی و چه داخلی.

بی‌مناسبت نیست در اینجا به نظریه یکی از حقوقدانان ایتالیایی ابتدای قرن به نام گریسپینی<sup>۶۴</sup> راجع به کیفر (Peine) در تئوری عمومی حقوق اشاره نماییم.

۴۱- گریسپینی اصطلاح «ضمانت حقوقی»<sup>۶۵</sup> را به‌عنوان اصطلاحی شامل تمام انواع مسئولیت ناشی از عمل غیرقانونی در نظر می‌گیرد. او معتقد است

63. B. Grossfeld, Die privatstrafe, Frankfurt am mein/ Berlin, 1961, p.83.

64. Crispigni.

65. Sanction Juridique.

تمام ضمانت‌های حقوقی موجب محدود شدن دایره حقوق دارنده حق و تقلیل بهره‌مندی حقوقی او می‌گردند، و در نتیجه از سوی او بدی و مضرت تلقی می‌شوند. ماهیت همه آنها رنج‌آورنده و تنبیهی و همگی کم و بیش نقشی در پیشگیری از عمل غیرقانونی دارند. گریسپینی ضمانت‌های حقوقی را به دو دسته بزرگ تقسیم می‌کند: ضمانت‌های ایفایی و ضمانت‌های کیفری.<sup>۶۶</sup> منظور از ضمانت‌های ایفایی آنهایی است که تعهد نقض شده را ترمیم و یا در صورت محال بدل یا معادل را پیش‌بینی می‌کنند. در مقابل ضمانت‌های کیفری آنهایی است که موجب تقلیل مزایا و بهره‌مندی از حقوق می‌گردند و نیست از آنها نیز چیز دیگری است. البته هدف قانونگذار ممکن است در هر نظام حقوقی متفاوت باشد: کفاره،<sup>۶۷</sup> تأدیه پول،<sup>۶۸</sup> اصلاح متهم،<sup>۶۹</sup> پیشگیری عمومی<sup>۷۰</sup> و غیره. ضمانت‌های کیفری خود به کیفر خصوصی و کیفر عمومی تقسیم می‌شوند و کیفر عمومی به انضباطی، اداری و کیفر به معنی اخص تقسیم می‌شود.<sup>۷۱</sup>

۴۲- با توجه به مراتب بالا، برای تعیین اینکه نتیجه عمل غیرقانونی مربوط، شکلی از اشکال جبران خسارت است (Execution به زبان گریسپینی) باید دید آیا هدف، اعاده به وضع سابق و مانند آن است یا هدف دیگری در میان است؛ مهم نیست که جنبه تنبیهی و رنج‌آور هم در بر داشته باشد. منفعت نظم حقوقی فقط بر منافع شخص زیان‌دیده و ضرر و زیان او متمرکز شده و غرض اعاده به وضع سابق است.

66. Sanctions exécutives – sanctions pénales.

67. Expiation.

68. Rétribution.

69. Correction du coupable.

70. Prévention générale.

71. F. Grispigni, *Introduzione allo sociologia criminale*, Torino/ 1925, p. 125 et *Diritto penale Italiano*/ Vol. I, Milano, 1925, pp. 116, 124 ets.

بالعکس اگر بنای نظم حقوقی وارد آوردن عمل تنبیهی به مرتکب باشد (صرف نظر از مسئله اعاده به وضع سابق)، در این صورت بحث کیفر مطرح خواهد بود و چه بسا که محکومیت مربوط جزای نقدی باشد که در بعضی مواقع با ضرر وارده کاملاً تطبیق ندارد.

۴۳- خصوصیت دیگری که گریسپینی برای کیفر قائل می‌باشد این است که کیفر الزاماً یک اقدام عملی (فیزیکی) علیه مرتکب عمل غیرقانونی نیست (مانند حبس)، و چه بسا تکلیفی بر ذمه او باشد (مانند جریمه). ضمانت ایفایی نیز ممکن است تعهدی بر ذمه مرتکب عمل غیرقانونی (مانند تکلیف به پرداخت ضرر و زیان) و یا مرجع ثالث باشد.

۴۴- حال اگر نتایج عمل غیرقانونی بین‌المللی را در پرتو مقوله کیفر و ضرر و زیان آنچنان که گفته شد بررسی نماییم می‌توان سه شکل زیر را در نظر گرفت: جبران خسارت،<sup>۷۲</sup> استرداد مال<sup>۷۳</sup> و غرامت.<sup>۷۴</sup>

۴۵- ماهیت ترضیه خاطر چندان روشن نیست. اغلب صاحب‌نظران آن را جبران خسارت ضرر و زیان معنوی می‌دانند، گرچه بعضی دیگر معتقدند که واجد عنصر کیفری است.<sup>۷۵</sup> برخی دیگر بالعکس عقیده دارند که ترضیه خاطر به کیفر نزدیک‌تر است تا به جبران خسارت.<sup>۷۶</sup> اما آنچه هست اینکه بر اساس مفهومی که در اینجا برای «Peine» قائل شدیم می‌توان آن را تعهدی بر عهده مرتکب عمل غیرقانونی محسوب نمود، ولی تلقی کیفری تنبیهی به جهت جنبه ترمیمی ترضیه خاطر صحیح به نظر نمی‌رسد.

72. Réparation.

73. Restitution en nature.

74. Indemnisation.

75. P.A. Bissonnette, La satisfaction comme mode de réparation en droit international, Annemasse 1952, pp. 27 s.

76. G. Sperduti, Introduzione allo studio delle punzioni della necessita nel diritto internazionale, Riv. D. I. 1943, pp. 22 s.



چنانچه هدف از اشکال مختلف ارضای خاطر (اشکالی مانند عذرخواهی، توبیخ مقصر، تأدیه مبلغی نمادی پول و غیره) این باشد که دولت زیان‌دیده از خسارت معنوی در وضعیتی مشابه با زمان قبل از ارتکاب عمل غیرقانونی قرار گیرد یا به عبارت دیگر اگر سعی بر این باشد که دولت زیان‌دیده را امتیازی دهیم که خسارت معنوی خود را ترمیم نماید یقیناً ضمانت به‌کار رفته ایفایی و ترمیمی است. اما اگر بالعکس با ارضای خاطر هدف فقط تنبیه مقصر باشد و از خسارت متحمل‌ه صرف‌نظر شود سخن از «Peine» خواهد بود. برای تشخیص، رجوع به عملکرد دولت‌ها نیز خالی از فایده نیست، اما پرداختن به این موضوع از مجال این بحث خارج است. فقط به این نکته اکتفا می‌کنیم که یکی از اشکال ارضای خاطر پیش‌بینی شده در ماده ۴۵ طرح پیش‌نویس راجع به مسئولیت دولت، به اوصاف و شرایط «Peine» نزدیک است. شرط مذکور، ضرر و زیان متناسب با وخامت یا شدت لطمات وارده به حقوق دولت زیان‌دیده است که دولت مرتکب عمل غیرقانونی (چه جنایت و چه جنحه) موظف به پرداخت آن خواهد بود (بند ۲ ماده ۴۵ ج). در این حالت به مفهوم خسارت تنبیهی<sup>۷۷</sup> بسیار نزدیک هستیم و وجود جنبه کیفری در آن غیر قابل انکار است. همچنین باید اخذ تأمین و اخذ تضمین عدم تکرار از مرتکب عمل غیرقانونی را از جمله کیفرها به‌شمار آورد (ماده ۴۶ پیش‌نویس). این نوع تدابیر به نیت اعاده وضع به سابق اتخاذ نمی‌شود، بلکه مقصود اقداماتی تنبیهی<sup>۷۸</sup> با هدف پیشگیری از تعدیات آینده است.

۴۶- همین ضابطه تفکیک، در مورد نوع دیگر نتیجه عمل غیرقانونی بین‌المللی نیز قابل اعمال است. بدین معنا که زیان‌دیده می‌تواند رفتاری خلاف

77. Punitive damages.

78. Afflictives.

تعهد اختیار نماید که امروزه به آن اقدام متقابل می‌گویند و در گذشته بدان اقدام تلافی جویانه<sup>۷۹</sup> اطلاق می‌شد.

۴۷- اقدام متقابل ممکن است گاهی به منظور اعاده وضع به سابق یا به وضعی مشابه آن باشد، مانند آنکه در پاسخ به عملی غیرقانونی که موجب خسارت مادی شده است، دولت زیان‌دیده به ضبط اموال دولت مقابل به میزان ضرر وارده دست زند. اما غالباً اقدام متقابل برای وارد آوردن رنج و مضرت بر مرتکب عمل غیرقانونی است، بدون آنکه امتیازی برای زیان‌دیده در بر داشته باشد؛ مانند اینکه دولت زیان‌دیده در پاسخ به یک عمل غیرقانونی، در اقدامی مشابه به کشتی‌های دولت زیان‌زننده اجازه عبور بی‌ضرر از دریای ساحلی خود را ندهد. چنین حالتی را باید طبق تعاریفی که به‌عمل آوردیم کیفر (Peine) به-شمار آورد.

۴۸- عده‌ای از صاحب‌نظران اقدام متقابل را کیفر (Peine) ندانسته عقیده دارند که هدف اقدام متقابل منحصراً واداشتن مرتکب به قطع عمل غیرقانونی در صورت تداوم آن و یا انجام تعهدات یا تکالیف ثانویه ناشی از آن است؛ مانند تکلیف به استرداد مال، تأدیه ضرر و زیان و غیره. ژان کمباکو<sup>۸۰</sup> اقدامات مشابهی را که سازمان‌های بین‌المللی انجام می‌دهند اقدامات مطیع‌کننده<sup>۸۱</sup> نامیده آنها را ضمانت‌اجرای مدنی و نه کیفری می‌داند.<sup>۸۲</sup>

ما در اینجا وارد این مسئله نمی‌شویم که آیا ممکن است مواردی را فرض نمود که دولت زیان‌دیده مجاز باشد تا به اقدامات متقابل دست بزند، ولی در عین حال جبران خسارت از او شده و یا تقاضای جبران خسارت نکرده باشد.

79. Représailles.

80. J. Combacau.

81. Mesures d'astreinte.

82. Le pouvoir de sanction de l'ONU, Paris, 1974, pp. 17 s.

در هر حال اگر توسل به اقدام متقابل فقط به عنوان وسیله‌ای برای وادار کردن مرتکب عمل غیرقانونی به قطع رفتار و رعایت تکالیف ثانویه ناشی از آن باشد، بنابر آنچه گفته شد اقدام متقابل را باید جزو کیفرها به‌شمار آورد، زیرا طبیعتاً بر مرتکب عمل غیرقانونی مضرت یا سختی<sup>۸۳</sup> وارد می‌کند، بدون آنکه بحث اعاده وضعیت سابق یا اعاده وضعیت مشابه در کار باشد. اگر این طور نباشد باید پذیرفت که بازداشت در نظام‌های دولتی همواره کیفر نیست. نظام‌های حقوقی‌ای نیز وجود دارد که در صورت نقض تعهدات مالی حبس را پیش‌بینی کرده‌اند. در این نظام‌ها بدهکار به محض تأدیه دین از حبس خارج می‌شود. در این حالت نیز حبس وسیله‌ای جهت اجبار به تأدیه است و نباید نتیجه گرفت که کیفر مطرح نبوده است.

۴۹- ایراد دیگری باقی می‌ماند بدین مضمون که از نظر بخشی از دکترین، اقدام متقابل گاهی جنبه تنبیهی و گاهی جنبه دیگر دارد.<sup>۸۴</sup> از نظر دمینیسه<sup>۸۵</sup> فقط با توجه به موارد عینی یا وقایع می‌توان مشخص کرد که آیا اقدام متقابل مجازات بوده است یا اقدامی الزام‌آور<sup>۸۶</sup> یا آیینی اجرایی. بر فرض که سخن نامبرده درست و با اهمیت باشد، ولی به نظر نمی‌رسد که مانعی در برابر تشخیص ذهنی<sup>۸۷</sup> طبع و سرشت اقدام متقابل باشد، زیرا اگر قائل باشیم که انتخاب نوع اقدام متقابل البته با رعایت شرایطی چون تناسب، بعضی الزامات و غیره در اختیار زیان‌دیده است و او موظف نیست گزینه اعاده وضع به سابق را اختیار نماید، این بدان معناست که آنچه در درجه اول برای نظام حقوقی مفید

83. Le mal.

84. D. Alland, Justice privée et ordre juridique international Paris, 1994, pp. 187 s.

85. C. Dominic, Die internationalen verbrechen und deren rechtliches regime volkerrecht and rechtsphilosophie, Berlin, 1980, p. 239.

86. Contrainte.

87. In abstracto.

فایده است وارد آوردن کیفر (مضرت و سختی) متناسب در حد امکان، به نیت وادار کردن متخلف به انجام تعهد اولیه یا اجبار او به پرداخت خسارت است که مورد اخیر به نظر ما جنبه ثانویه دارد. بنابراین اقدام متقابل را باید جزو مجازات‌ها رقم زد.

۵۰- از آنچه گفته شد مجموعاً چنین بر می‌آید که سخن از کیفر و مسئولیت کیفری در حقوق بین‌الملل امکان‌ناپذیر نیست و ایرادات وارده قابل رفع است و در این راه می‌توان از نظریه عمومی کیفر که شامل برخی نتایج اعمال بین‌المللی غیرقانونی دولت‌ها است کمک گرفت و اعتقاد داشت که دولت مشمول احکام مسئولیت کیفری قرار گرفته است. مسئله دیگر همان‌طور که در بالا متذکر شدیم این است که آیا استفاده از مفهوم کیفر در تئوری عمومی، آنچنان که بدان اشاره شد، وسیله‌ای معتبر و ارزشمند برای درک بهتر آثار اعمال غیرقانونی در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هست یا نه.

۵۱- نهایتاً باید گفت که برای تصدیق تفاوت میان اعمال غیرقانونی کیفری و اعمال غیرقانونی مدنی در حقوق بین‌الملل کشف وجود مسئولیت کیفری کافی نیست، بلکه وجود بعضی اعمال غیرقانونی با نتیجه جبران خسارت و بعضی دیگر با نتیجه اعمال کیفر، معقول و منطقی خواهد بود. اگر مفاهیم کیفر و جبران خسارت را آنچنان که گفتیم بپذیریم مناسب است که موازین خاص حقوق بین‌الملل را هم در کنار آن در نظر بگیریم؛ اقدام متقابل (همان‌طور که کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز پذیرفته است) و تضمین عدم تکرار و ترضیه خاطر از دیدگاه حقوق بین‌الملل کیفر محسوب می‌شوند.

کمیسیون حقوق بین‌الملل که معتقد است احکام مسئولیت ناشی از جنایت باید از دیگر احکام مربوط به سایر اعمال غیرقانونی مجزا گردد، نه ادخال یک

نظام مسئولیت کیفری از نوع دولتی (داخلی) را در نظر دارد و نه نظامی بر اساس تفکیک مسئولیت کیفری و مدنی.

برای تحکیم رژیم مسئولیت ناشی از جنایت بین‌المللی دولت، یا مسئولیت در برابر اعمال غیرقانونی مضر به منافع اساسی جامعه بین‌المللی، باید راهی دیگر، متفاوت از آنچه در حقوق داخلی به تمییز عمل غیرقانونی کیفری و عمل غیرقانونی مدنی منجر گردیده در پیش گرفت.



# عفو در پرتو تحولات حقوق بین‌الملل و تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی\*

نویسنده: جسیکا گاورون  
مترجم: علیرضا ابراهیم گل\*\*

## ۱- پیش زمینه

عفو مستلزم آن است که پیش‌تر یک قاعده حقوقی نقض شده باشد، اما از این طریق شخص مرتکب در برابر اعمال مجازات مصونیت یافته و حمایت می‌شود. از نظر تاریخی عفوها در ارتباط با نقض‌های حقوق جنگ مورد استناد قرار می‌گرفته و از سوی طرفین درگیر در یک محاصمه مسلحانه بین‌المللی به صورت متقابل اعمال می‌شده‌اند. با وجود این، تأثیر دو جنگ جهانی در نیمه نخست قرن بیستم بر استفاده از عفوها و همچنین بر مشروعیت آنها در حقوق بین‌الملل قابل توجه بوده است. گستردگی جنگ جهانی اول، ورود به مرحله جدیدی از عفو یک‌جانبه برای فاتحان و تعقیب و محاکمه جنایتکاران جنگی دولت‌های متجاوز مغلوب را تسریع کرد. این رویه پس از جنگ جهانی دوم نیز با تأسیس اولین دادگاه کیفری «بین‌المللی»<sup>۱</sup> یعنی دادگاه نورمبرگ تداوم یافت.

\* مشخصات اصلی مقاله بدین قرار است:

Jessica Gavron, Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 51, part- 1, January 2002, pp. 91-117.

\*\* دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

۱. دادگاه نورمبرگ بیشتر چند ملیتی بود تا بین‌المللی، زیرا توسط متفقین یعنی ایالات متحده، بریتانیا، فرانسه و اتحاد شوروی ایجاد شده بود؛ اگرچه وضعیت آن به‌عنوان یک دادگاه بین‌المللی با تصویب منشور آن توسط ۱۹ دولت دیگر مورد تأکید قرار گرفت.

در عین حال جرایم و اعمال فجیع ارتكابی در این جنگ، شکل‌گیری شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل را موجب شد که هدف آن شناسایی و حمایت از حقوق بشر برای پیش‌گیری از تکرار چنین فجایعی بود.

اگرچه منشأ حقوق بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه بین دولت‌ها بوده و حمایت بین‌المللی برای قربانیان این مخاصمات را به همراه داشته، تحول و توسعه بعدی قواعد حقوق بشری اصولاً از روابط بین دولت و حکومت-شوندگان ناشی شده است. این دو حوزه به‌طرز فزاینده‌ای با یکدیگر همپوشانی دارند و این‌گونه مجموعه‌ای از قواعد کیفری بین‌المللی حاکم بر امور داخلی یک دولت را ایجاد می‌کنند. این امر با تغییر نقش عفوها مقارن بوده است که خود حاکی از تغییر در نوع مخاصمه در جریان است: کاهش مخاصمات بین‌المللی در نیمه دوم قرن بیستم و افزایش مخاصمات داخلی. آنچه امروزه موجب نگرانی است استفاده مکرر دولت‌ها از عفو به همراه کمیسیون‌های حقیقت‌یاب به‌عنوان ابزاری جهت برخورد با جرایم ارتكابی در حین مخاصمات داخلی یا توسط رژیم‌های سرکوبگر است. هرچه دامنه حقوق کیفری بین‌المللی گسترده‌تر و نگرانی جامعه بین‌المللی افزون‌تر باشد، اعتبار عفوهای داخلی بیشتر مورد تردید قرار می‌گیرد.

آثار بسیار مفصل و مستدلی وجود دارد که نشانگر تعهد به تعقیب و محاکمه نقض‌های حقوق بشری در حقوق بین‌الملل و ارزیابی مشروعیت عفوها است. «تعهد» دولت‌ها به تعقیب نقض‌های شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه در حوزه تحت صلاحیتشان از معاهدات نشأت می‌گیرد. در صورت فقدان رویه دولتی آشکار و اعتقاد حقوقی‌ای که حاکی از چنین تعهدی به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی باشد، آنها جهت تعقیب مرتکبان این نقض‌ها به‌موجب اصول



صلاحیت جهانی و شخصیت غیرفعال، حقی تجویزی<sup>۲</sup> به اعمال صلاحیت دارند اما تعهدی از این باب ندارند.

چنین الزامی نخست و پیش از همه، تعهدات ناشی از مقررات مربوط به «نقض‌های فاحش» کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ را در بر می‌گیرد. این مقررات صراحتاً مسئولیت کیفری و تعهد دولت‌های عضو به تعقیب و استرداد مجرمان را مقرر داشته‌اند، اگرچه اعمال آنها به شرایط مخاصمه مسلحانه بین‌المللی محدود است. معاهدات حقوق بشری بعدی نیز متضمن تعهدی آشکار برای دولت‌های عضو در اتخاذ تدابیر ضروری برای تعقیب و مجازات مرتکبان بوده و وجود یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی را لازم نمی‌دانند: کنوانسیون ۱۹۴۸ منع کشتار جمعی، کنوانسیون منع تبعیض نژادی و کنوانسیون ۱۹۸۴ منع شکنجه. معاهدات حقوق بشری عام و منطقه‌ای همچون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی و کنوانسیون امریکایی حقوق بشر صراحتاً به مجازات نقض حقوق مورد حمایت خویش نمی‌پردازند. در عین حال این معاهدات دولت‌های متعاقد را ملزم می‌کنند که حقوق مندرج در آن اسناد را «محترم» شمرده و استیفای آنها را «تضمین» کنند. «تضمین»، تعهد به تعقیب و مجازات نقض‌های حقوق بشری به-منظور جلوگیری از وقوع مجدد آنها و جبران خسارت وارده تفسیر شده است. در قضیه "*Velasquez Rodriguez*" مطروحه نزد دادگاه بین‌المللی امریکایی حقوق بشر به بهترین شیوه به این مسئله پرداخته شده است. کمیته حقوق بشر که برای نظارت بر اجرا و رعایت میثاق بین‌المللی حقوق مدنی - سیاسی تأسیس شده است در موارد متعددی اظهار داشته که دول متعاقد باید شکنجه،

2. Permissive Right.

اعدام‌های خودسرانه و ناپدید شدن را تحت تعقیب قرار داده و اشخاص مسئول آنها را مجازات کنند.

## ۲- اعمال و پذیرش عفوهای ملی

به‌رغم اینکه بسیاری از اسناد بین‌المللی، تعقیب کیفری ناقضین حقوق بشر را مقرر می‌کنند، عملاً تا سال ۱۹۹۰ به‌جز محاکمات و پیگیری‌های ملی که در ارتباط با جرایم ارتكابی در طی جنگ جهانی دوم صورت گرفت، پس از نورمبرگ اقدام چندانی انجام نشد. فضای ناشی از جنگ سرد امکان همکاری بین‌المللی جهت اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی را به‌شدت محدود کرده بود. همچنین بی‌اعتمادی متقابل میان دو بلوک شرق و غرب موجب می‌شد که آنها برای مداخله در امور داخلی دولت‌ها (دولت‌های خارج از حوزه نفوذشان) تمایلی نداشته باشند. اگرچه دولت‌ها با امضای چنان معاهداتی ضرورت جهانی رعایت حقوق بشر را به‌رسمیت می‌شناختند، این معاهدات فاقد عناصر سستی تقابل و دو سویه بودن منافع<sup>۳</sup> (همچون قراردادهای امتیاز تجاری یا حقوق ماهیگیری یا کشتیرانی) که محرکی قوی برای اجرا و رعایت یک معاهده به‌شمار می‌آمد بودند.

در نتیجه، نیمه دوم این دوره نشانگر رشد روبه‌فزونی اعطای عفو توسط دولت‌ها به اتباعشان است. به همین ترتیب، به‌رغم تعهدات مندرج در معاهدات حقوق بشری، نگرش جامعه بین‌المللی به عفوها و بی‌کیفری<sup>۴</sup> بسته به مقطع زمانی، مرجع تفسیرکننده بین‌المللی، رکن فرعی و حتی معاهده تحت بررسی و توجیهات سیاسی که در مواردی برای اعطای عفو ارائه می‌شود متفاوت است.

3. Mutuality of Interest.

4. Impunity.

## ۳- قواعد حقوق بشری

اظهارنظرهای گوناگون مراجع حقوق بشری، نمایندگان یا مأموریت‌های سازمان ملل متحد و حتی دبیرکل ملل متحد حاکی از آن است که مسئله عفو، یک مسئله داخلی است. توماس بورگنتال<sup>۵</sup> عضو کمیسیون بین‌امریکایی حقوق بشر و یکی از سه کمیسیونر ملل متحد در کمیسیون حقیقت‌یاب السالوادور که در سال ۱۹۹۲ تأسیس شد، در این خصوص اظهار داشته است:

«نهایتاً اتخاذ تصمیم در مورد اعطای عفو پس از انجام یک گفتگوی مناسب راجعه این موضوع، به عهده خود مردم السالوادور است.»

دبیرکل ملل متحد نارضایتی خویش را از اعلام عفو در السالوادور این‌گونه ابراز کرد: «مطلوب آن بود اگر قرار است عفو اعطا شود این امر پس از نیل به یک اجماع ملی گسترده در حمایت از آن انجام می‌شد». به همین ترتیب مأموریت ملل متحد در گواتمالا (MINUGUA) به هنگام تصویب یک قانون عفو، با صدور اعلامیه‌ای رسمی از عفو تفسیر مضیقی به عمل آورد، اما افزود که تصمیم‌گیری نهایی در خصوص حوزه شمول یک عفو که با تعهدات بین‌المللی سازگار باشد منحصرأ به عهده مردم گواتمالا است. این اعلامیه‌ها حاکی از رویکرد کمیسیون بین‌امریکایی حقوق بشر طی سال‌های ۱۹۸۵/۸۶ است که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد. در عین حال این رویکرد دائمی و همیشگی کمیسیون یا جامعه بین‌المللی نبوده است.

## الف) رویکرد سیستم بین‌امریکایی

کمیسیون بین‌امریکایی حقوق بشر در گزارش سالانه ۱۹۸۵/۸۶ خویش در بخشی تحت عنوان «حوزه‌هایی که در آن برای رعایت کامل حقوق بشر مندرج

5. Thomas Buergenthal.

در اعلامیه امریکایی حقوق و تکالیف فرد و کنوانسیون امریکایی حقوق بشر باید اقداماتی صورت گیرد» اظهار داشت:

«یکی از مشکلات حادی که دمکراسی‌های جدید با آن مواجه‌اند تعقیب و مجازات مسببین نقض‌های حقوق بشری‌ای است که در زمان حاکمیت دولت سابق ارتکاب یافته‌اند. کمیسیون به این امر واقف است که این مسئله‌ای حساس و بسیار ظریف است و کمکی که او یا هر مرجع بین‌المللی دیگر در این خصوص می‌تواند ارائه دهد ناچیز است.»

در بخش دیگری از این گزارش آمده است:

«کمیسیون بر این باور است که تنها نهادهای دمکراتیک صالحی - معمولاً قوه قانونگذار که با مشارکت تمامی بخش‌های اجتماعی تشکیل می‌شوند می‌توانند در خصوص صدور عفو و گستره شمول آن تصمیم‌گیری کنند، در حالی که عفوهای قبلی که سابقاً توسط خود مسئولین نقض‌های حقوق بشری اعلام شده‌اند هیچ اعتبار قانونی ندارند.»

جالب توجه است که در این دوره (نیمه دهه ۱۹۸۰) کمیسیون هم استفاده از عفو توسط یک رژیم دمکراتیک انتقالی را نادیده گرفته و هم می‌پذیرد که این امر اساساً در حیطه صلاحیت داخلی دولت مزبور قرار دارد. کمیسیون در عین حال راهبردهایی را برای صدور چنین عفو‌هایی برمی‌شمرد و بر ضرورت تعقیب و پیگیری نقض‌ها و حق قربانیان و خانواده‌های‌شان بر آگاهی از حقیقت تأکید می‌کند، اما به هیچ‌نقش قضایی در این رابطه تصریح نمی‌کند. اگر به‌عنوان بخشی که این اظهارات ذیل آن آمده است توجه کنیم، چنین موضعی تعجب‌برانگیز می‌نماید.

با وجود این شایان ذکر است که دمکراسی‌های امریکایی لاتین به تازگی از رژیم‌های نظامی ناشی شده و در آن زمان به ثبات کامل نرسیده بودند،

نتیجه‌گیری‌های کمیسیون بیانگر این واقعیت است. اولویت‌ها و دغدغه‌های کمیسیون در آن زمان این بود:

«رعایت اصول فوق‌الذکر بیشتر تحقق عدالت را به همراه دارد تا انتقام را و این‌گونه هیچ‌یک از ضرورت‌های آشتی ملی و تقویت دولت دمکراتیک در معرض خطر قرار نمی‌گیرد».

به هر حال، نه دادگاه بین‌امریکایی حقوق بشر در نخستین قضیه ترافیعی خویش در سال ۱۹۸۸ (*Velasquez Rodriguez*) از این رویکرد پیروی کرد و نه خود کمیسیون آن را بر موارد بعدی اعمال نمود. پذیرش چنین صلاح‌حدید حاکمیتی نیز از بررسی سیستم بین‌امریکایی بر نمی‌آید. قضیه فوق‌مصادق بارزی از تأکید دادگاه بر تعهد به تعقیب و مجازات است. این دعوا از بابت ناپدید شدن مانفردو و لاسکوز رودریگز در سپتامبر ۱۹۸۱ علیه دولت هندوراس مطرح شد. دادگاه اظهار داشت که واژه «تضمین کردن» در بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون بر تعهد دول عضو به اتخاذ تدابیر ضروری که تضمین قانونی استیفای آزادانه و تام حقوق مندرج در کنوانسیون را ممکن سازد دلالت می‌کند. دادگاه رأی داد که این تعهد ایجاب می‌کند که دولت‌ها هرگونه نقضی از این قبیل را پیشگیری، تعقیب و مجازات کرده و خسارات وارده را جبران کنند. دادگاه می‌افزاید:

«اگر ارگان‌های دولتی به‌گونه‌ای عمل کنند که نقض حقوق بشر بی‌کیفر مانده و استیفای کامل حقوق قربانی در اسرع وقت ممکن نگردد، دولت مزبور در ایفای تعهدش به تضمین اعمال آزادانه و تام آن حقوق برای اشخاص تحت صلاحیتش قصور کرده است».

احتمالاً یک قانون عفو، یک «ارگان دولتی» تلقی می‌گردد که موجب می‌شود یک نقض بی‌کیفر بماند. دادگاه در ادامه هرگونه تردید در خصوص مسئولیت دولت‌های انتقالی را رد می‌کند و می‌گوید:

«مطابق اصل تداوم دولت در حقوق بین‌الملل، مسئولیت فارغ از تغییرات دولت در یک دوره زمانی و از زمان ارتکاب فعل موجد مسئولیت تا زمان اعلام غیرقانونی بودن آن فعل وجود دارد. این استدلال در حیطه حقوق بشر نیز صادق است.»

به‌رغم وضوح نظر دادگاه در این مورد، دادگاه تعقیب در مورد این ناپدید شدن یا مجازات مسئول آن را توصیه نکرد و تنها به پرداخت خسارت به نزدیکان قربانی رأی داد. اگرچه این قضیه بیشتر با یک ادعای قصور در تعقیب و پیگیری مربوط است تا این که اعتبار حقوقی یک قانون عفو را مورد چالش قرار دهد، با این حال قواعد ذریبط و قابل اعمال را مشخص می‌کند.

در واقع کمیسیون در سال ۱۹۹۲ به هنگام بررسی سه قضیه، با اشاره به قضیه "Velasquez" قوانین عفو را زیر سؤال برد و به این ترتیب از رویکرد قبلی خود در سال‌های ۸۶-۱۹۸۵ عدول کرد. این قضایا مربوط به آرژانتین، السالوادور و اروگوئه بوده و در همگی نقض‌های شدید حقوق بشری رخ داده بود: قتل عام، ناپدید شدن و اعدام‌های خودسرانه (اختصاصی). هر قضیه شرایط خاص خویش را دارا بود، اما کمیسیون رأی داد که در هر سه مورد، عفو غیرقابل پذیرش است.

در آرژانتین، رئیس جمهور آلفونسین جایگزین یک رژیم نظامی بدنام شده و قدرت را به دست گرفته بود. او برای تحقیق در خصوص جرایم رژیم پیشین در «جنگ کثیف» آرژانتین یک کمیسیون حقیقت‌یاب<sup>۱</sup> تأسیس کرد. او همچنین

6. CONADEP.

عده‌ای از مقامات بلندپایه نظامی را تحت پیگرد قرار داده و محکوم کرد، اما فشار نیروهای نظامی موجب شد تا او قوانینی را وضع کند که عملاً مانع ادامه پیگیری و تعقیب می‌شد.

در سالوادر پیش‌تر در ۱۹۸۷ یک قانون عفو تصویب شده بود. کمیسیون حقیقت‌یاب سالوادر به‌عنوان بخشی از توافق صلح مورد حمایت سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۲ تأسیس شد. این کمیسیون تنها از کسب یافته‌هایی در خصوص سی و سه قضیه نمادین گزارش داد. با توجه به فقدان سیستم قضایی بی‌طرف در آن زمان در سالوادر، اعضای کمیسیون برای انجام محاکمات هیچ توصیه‌ای نکردند. مدت کوتاهی پس از انتشار گزارش کمیسیون، رئیس جمهور کریستیانی تمامی آنهایی را که در جرایم سیاسی مشارکت داشتند مشمول عفو گسترده‌تری قرار داد.

در اروگوئه، رئیس جمهور سنگوینتی پس از مذاکره با نظامیان در ۱۹۸۴ به این سمت انتخاب شد. او تحقیق در خصوص جرایم رژیم پیشین یا محاکمه افسران نظامی مسئول این جرایم را نپذیرفت. در ۱۹۸۶ کنگره این کشور با تصویب لایحه‌ای تمامی نیروهای نظامی و پلیس را که مرتکب جرم شده بودند مورد عفو قرار داد (البته آنها تنها از مسئولیت کیفری معاف می‌شدند و نه مسئولیت مدنی). این قانون توسط دیوان عالی اروگوئه موافق قانون اساسی اعلام و طی یک همه‌پرسی ملی مورد تأیید عموم قرار گرفت. سنگوینتی اقدامات خویش را به‌عنوان ایمن‌ترین راه که حداقل خطر را برای کشورش به همراه دارد توجیه کرد. به‌سختی می‌توان پذیرفت که آشتی و عدالت در برنامه‌های او اهمیت بسیاری داشتند، به‌ویژه آنکه او حاضر نشد حتی یک مرجع تحقیق در مورد جرایم تأسیس کند. به‌علاوه او اعلام کرد که عفو یک تصمیم سیاسی است

و نه اخلاقی. اگرچه نگرانی‌ها و ملاحظات او می‌توانست ناشی از هراس از یک کودتای نظامی باشد، اما شواهد چندانی وجود ندارد که واقعاً چنین سناریویی محتمل بوده است.

در هر سه قضیه کمیسیون نتیجه‌گیری کرد که قوانین عفو مورد بحث، ماده ۱ (راجع به تضمین حقوق بشر از طریق انجام تحقیقات)، ماده ۸ (محاکمه منصفانه) و ماده ۲۵ (حق بر حمایت قضایی و جبران خسارت) کنوانسیون را نقض کرده‌اند. تشکیل کمیسیون حقیقت‌یاب آرژانتین و تعقیب و پیگرد مقامات بلندپایه و تلاش برای پرداخت خسارت به قربانیان، اقداماتی نمادین تلقی شدند. در عین حال کمیسیون اظهار داشت که پرداخت خسارت تنها مسئله با اهمیت نیست و قربانیان حق بر انجام تحقیقات «قضایی» را نیز دارند. در قضیه مربوط به اروگوئه، کمیسیون اظهار داشت که هیچ‌گونه تحقیقات یا پیگرد تعقیبی صورت نگرفته است و رأی داد که عدم انجام تحقیقات مانع از پیگیری دعاوی مدنی شده است. به‌رغم درخواست دولت اروگوئه جهت احترام به حاکمیت او در اتخاذ تصمیم با این لحن قاطع که: «اراده صریح مردم اروگوئه به فراموشی فصلی دردناک در تاریخش ... و اعمال حقوق حاکمه‌اش نمی‌تواند از سوی جامعه بین‌المللی محکوم شود»، کمیسیون اظهار داشت، نقش او بررسی مشروعیت داخلی یک قانون نیست، بلکه او این مسئله را مورد بررسی قرار می‌دهد که تأثیرات این قانون بر تعهدات یک دولت عضو به موجب کنوانسیون چیست. اگرچه کمیسیون آشکارا پذیرفت که قربانیان و خویشاوندان آنها «حق» دارند که برای روشن شدن حقایق، تحقیقات قضایی بی‌طرفانه‌ای انجام شود و مرتکبان جرایم شناسایی و تحت مجازات «کیفری» مربوطه قرار گیرند، اما در واقع صراحتاً به مجازات «کیفری» در هیچ‌یک از توصیه‌هایش اشاره نکرد. در هر



دو مورد آرژانتین و اروگوئه، توصیه‌های کمیسیون از اتخاذ تدابیری جهت روشن شدن حقایق و شناسایی مسئولین ارتکاب جرایم فراتر نرفت. کمیسیون در نتیجه‌گیری خویش در قضیه السالوادور، پا را از این فراتر نهاد و توصیه کرد که مسئولین ارتکاب جرایم، برای رسیدگی و مجازات به سیستم قضایی سپرده شوند، اما صراحتاً به اینکه منظور مجازات کیفری بوده است یا خیر اشاره نکرد.

با وجود این، از بررسی قضایای فوق آشکار می‌شود که تا سال ۱۹۹۲ موضع کمیسیون در مورد عفو همچون موضع دادگاه بوده است. کمیسیون در تفسیر و نتیجه‌گیری‌های خویش عمدتاً به تصمیم دادگاه در قضیه ولاسکوز استناد می‌کند. کمیسیون به راهبردهای ۸۶-۱۹۸۵ خویش راجع به رعایت حقوق بشر تنها جهت تأکید بر ضرورت انجام تحقیقات اشاره می‌کند که ایفای آن یک تحقیق و بررسی قضایی را ایجاب می‌کرد. تردیدی نیست که به‌کارگیری کمیسیون‌های حقیقت‌یاب اگرچه ابتکار خوبی است، اما به‌خودی خود نمی‌تواند تحقیق کافی در مفهوم ماده ۱ کنوانسیون تلقی شود. در نتیجه به‌رغم این مطلب که قوانین عفو آرژانتین توسط یک دولت دمکراتیک و پس از تأسیس یک کمیسیون تحقیق و تعقیب مقامات بلندپایه وضع شده بودند، السالوادور با کمک سازمان ملل متحد یک کمیسیون حقیقت‌یاب تأسیس کرد و قانون عفو اروگوئه در یک فرماندوم دمکراتیک تأیید شده بود، کمیسیون نتیجه‌گیری کرد که تمامی آنها ناقض کنوانسیون بوده‌اند. واضح است که موضع کمیسیون در سال ۱۹۹۲ این بود که یک قانون عفو ماهیتاً با «رعایت کامل حقوق بشر مندرج در اعلامیه امریکایی حقوق و تکالیف فرد و کنوانسیون امریکایی حقوق بشر ناسازگار است».

## ب) رویکرد کمیته حقوق بشر ملل متحد

کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد (از این پس اختصاراً کمیته نامیده می‌شود) در تعدادی از تصمیماتش در طی دهه ۱۹۸۰ که مربوط به نقض‌های شدید حقوق بشر بودند موضعی مشابه دادگاه بین‌المللی حقوق بشر در قزیه و لاسکوز اتخاذ کرد. در این قضایا کمیته نتیجه‌گیری کرد که یک دولت عضو مکلف است که در مورد نقض‌های حقوق بشری تحقیقاتی به‌عمل آورد و با لحنی متفاوت بر این امر تأکید نمود که یک دولت عضو باید مسئولین این نقض‌ها را به‌دست عدالت سپرده و خسارات کافی به قربانیان بپردازد. با وجود این، پاسخ‌های بعدی کمیته که دقیقاً به مسئله عفو می‌پردازند این‌گونه صریح نیستند. کمیته در تفسیر کلی<sup>۷</sup> شماره ۲۰ خویش راجع به شکنجه، به موجب ماده ۷ میثاق اظهار داشت:

«به‌طور کلی عفوها با تعهد دولت‌ها به تحقیق در خصوص چنان‌ا‌عمالی (شکنجه) و اطمینان از عدم انجام آنها در محدوده تحت صلاحیت ایشان و تضمین اینکه در آینده چنین اعمالی به‌وقوع نمی‌پیوندد منافات دارند. دولت‌ها نمی‌توانند اشخاص را از حق بر یک شیوه جبرانی مؤثر همچون پرداخت خسارت و ترمیم کامل در صورت امکان محروم کنند».

حتی در این عبارت ظاهراً قاطع نیز ابهاماتی وجود دارد: به قید «به‌طور کلی» توجه کنید. تعهد دولت‌ها عبارتست از تحقیق و بررسی، اطمینان از عدم به‌کارگیری شکنجه و تضمین عدم وقوع آنها. به نظر می‌رسد راجع به چگونگی رعایت دو شرط اخیر دولت‌ها از یک حاشیه صلاحدید<sup>۸</sup> برخوردار باشند؛ ضمناً از تعهد دولت‌ها به مجازات ناقضین ذکری به میان نیامده است. در خصوص

7. General Comment.

8. Margin of Appreciation.

حق شخص به جبران خسارت، قضایای نخستین نشان دادند که این امر شامل حق درخواست تعقیب کیفری شخص مرتکب نقض نمی‌شود. این بند صراحتاً به مسئله عفو برای گونه‌ای شدید از نقض (شکنجه) می‌پردازد. با لحاظ هر تأثیر دیگری که عفو می‌تواند داشته باشد عقیده رایج، مصونیت دسته خاصی از ناقضان از تعقیب کیفری است. جالب توجه است که هیچ اشاره صریحی به بی‌کیفری یا محکومیت آن به چشم نمی‌خورد. این متن این نتیجه‌گیری را ممکن می‌سازد که اگر عفوهای کلی و عام را کنار بگذاریم، می‌توان فرض کرد که یک عفو با تعهد یک دولت به موجب میثاق مغایر نباشد. با این حال لحن این اظهارنظر آشکار است و اگرچه بی‌تردید کمیته متأثر از ماهیت و وضعیت ممنوعیت شکنجه بوده است، همان انتقاد وارد بر عفو بر دیگر جرایمی که به همان اندازه شدت دارند صادق است (همان‌طور که قضیه ذیل این ادعا را تأیید می‌کند).

کمیته به هنگام اتخاذ تصمیم در مورد قانون عفو اروگوئه، با تأکید افزون‌تری، دیدگاه‌هایی را که در تفسیر کلی شماره ۲۰ خویش ارائه داده بود مجدداً مورد تأیید قرار داد و اظهار داشت که عفو برای نقض‌های فاحش حقوق بشری با تعهدات یک دولت عضو به موجب میثاق مغایرت دارد. کمیته نتیجه‌گیری کرد که قانون عفو مورد بحث عملاً از انجام تحقیقات مقتضی راجع - به نقض‌های حقوق بشری سابق ممانعت به عمل آورده و به این ترتیب مانع دسترسی قربانیان به طرق جبرانی مؤثر شده است (عدم انجام تحقیقات و عدم ارائه گزارش نهایی، مانعی مهم در تعقیب و پیگیری طرق جبران خسارت مدنی تلقی می‌شود).

از دولت اروگوئه درخواست شد که اقدامات ذیل را انجام دهد: انجام تحقیقات رسمی برای شناسایی مسئولین ارتکاب جرایم و فراهم کردن امکان

مطالبه خسارات مدنی، پرداخت خسارت و تضمین اینکه چنین نقض‌های مشابهی در آینده رخ نخواهد داد. در توصیه‌ها به مجازات یا محاکمه مسئولین ارتکاب جرایم اشاره‌ای نشده بود. با وجود اینکه این گزارش یک قانون عفو را مورد چالش قرار می‌دهد، شایان ذکر است که هیچ‌گونه نتیجه‌گیری مبنی بر اینکه بی‌کیفری به‌خودی خود نقضی در این قضیه محسوب می‌شود صورت نگرفته است. گزارش می‌افزاید:

«به‌علاوه، کمیته نگران است که با تصویب این قانون، دولت عضو به تحقق فضایی از بی‌کیفری کمک کرده باشد، امری که خود نظم دموکراتیک را تهدید کرده و به نقض‌های حقوق بشری شدیدی در آینده می‌انجامد».

به نظر می‌رسد، این دغدغه به شکل یک هشدار کلی برای آینده بیان شده است. در عین حال تفسیر صریح‌تری نیز امکان دارد و آن اینکه یک دولت عضو متعهد است که احترام به حقوق مندرج در میثاق را تضمین کند، اما ایجاد فضایی که احتمالاً به نقض افزون‌تر حقوق بشر بینجامد یقیناً با تعهدات او مغایرت دارد.

در این باره تغییری محسوس به چشم می‌خورد؛ در سال ۱۹۹۴ نگرانی این بود که بی‌کیفری به‌خودی خود نظم دموکراتیک را مورد تهدید قرار می‌دهد، در حالی که موضع سال ۱۹۸۵/۸۶ کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر این بود که مجازات چنین تأثیری را داراست. اگرچه رویکرد کمیته حقوق بشر و کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر تا اندازه‌ای متفاوت هستند، همچون اینکه کمیته بر خلاف کمیسیون برای قربانی هیچ حقی برای یک محاکمه کیفری قائل نمی‌باشد، نتیجه‌گیری‌های آنها مشابه است. از این پس موضوع عفو و اینکه چگونه یک دولت با گذشته‌اش آشتی برقرار می‌کند دیگر نمی‌تواند و نایستی

موضوعی تلقی شود که منحصرأ در صلاحیت آن دولت است. از اوایل دهه ۱۹۹۰ این دو مرجع عمده بین‌المللی نظارت بر حقوق بشر، بر این امر توافق دارند که فارغ از اینکه وضعیت حقوقی عفو چه باشد، این امر به نقض تعهدات بین‌المللی می‌انجامد.<sup>۹</sup> در عین حال قواعد بین‌المللی حقوق بشری تنها بخش حقوق بین‌الملل نیست که به طرز فزاینده‌ای با امور داخلی دولت‌ها مرتبط است.

#### ۴- حقوق بشر دوستانه

آنچه را که قواعد حقوق بشری در تنظیم رفتار یک دولت با اتباعش انجام داده‌اند، حقوق بین‌الملل بشر دوستانه راجع به تأثیر مخاصمات داخلی بر غیر نظامیان ابتکار کرده است. تحولات سریع و قابل توجه در این بخش از حقوق بین‌الملل در دهه گذشته حاکی از نگرش جامعه بین‌المللی به نقض‌های حقوق بشری داخلی و به تبع آن راجع به عفو یا بی‌کیفر ماندن چنین نقض‌هایی است. پیش از این عدم تمایل آشکاری وجود داشت که دامنه حقوق بشر دوستانه به امور داخلی دولت‌ها گسترش نیابد؛ کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو بیانگر این نگرش است.

حتی پروتکل شماره ۲ الحاقی ۱۹۷۷ کنوانسیون‌های ژنو در عین اینکه تلاش می‌کرد تعادلی را از نظر حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی ایجاد کند تا مدت‌ها تأثیر چندانی نداشت. این پروتکل حتی متضمن مقرره‌ای صریح راجع به عفو است که دامنه و قابلیت اعمال فعلی آن در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۹. بایستی توجه داشت که هیچ‌یک از این دو مرجع وضعیت قضایی ندارند و تصمیماتشان برای دولت‌های عضو الزام‌آور نیست.

مواردی که در فوق مورد بررسی قرار گرفت مربوط به کشورهای بود که با یک جنگ داخلی درگیر بودند. از میان آنها تنها وضعیت موجود در السالوادور را می‌توان یک مخاصمه مسلحانه نامید. اهمیت این مطلب در این است که در چه مقطعی و تا چه حدی حقوق بشردوستانه قابل اعمال است.

به‌طور سنتی جامعه بین‌المللی به وضعیت مخاصمات داخلی توجهی نداشت. تنها مقررات صریح کیفری کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹، مقررات مربوط به نقض‌های فاحش [مقررات حقوق جنگ] است که آن هم تنها بر مخاصمات بین‌المللی اعمال می‌شود. ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه تنها مقررات مربوط به مخاصمات داخلی بوده که مبین حداقل استانداردهای قابل اعمال در این مخاصمات است و تنها در اواسط دهه ۱۹۹۰ بود که صراحتاً این امر پذیرفته شد که ارتکاب جرایم مذکور در این ماده مسئولیت کیفری فردی به دنبال دارد.

پروتکل شماره ۲ نخستین سند حقوقی است که صراحتاً حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی را مقرر می‌کند. پروتکل مزبور دامنه شمول ماده ۳ مشترک را گسترش می‌دهد، اگرچه همچنان فاقد مقرراتی راجع به نقض‌های فاحش بوده و هیچ مقررات اجرایی ندارد. همچنین آستانه بالایی که پروتکل برای تشخیص یک مخاصمه مسلحانه مقرر داشته و از همین رو قابلیت اعمال محدودی دارد، اساساً معین می‌کند که چه چیزی به یک جنگ داخلی می‌انجامد. ماده ۳ که بیانگر نگرانی دولت‌ها از تنظیم مقرراتی بین‌المللی راجع به مخاصمات داخلی است مقرر می‌کند:

«هیچ‌یک از مواد این پروتکل نباید جهت تأثیر گذاشتن بر حاکمیت یک دولت یا مسئولیت یک حکومت به هر روشی ولو مشروع برای حفظ یا اعاده

نظم و قانون یا برای دفاع از وحدت یا تمامیت سرزمینی آن دولت مورد استناد قرار گیرد .... همچنین هیچ‌یک از مواد این پروتکل نباید به‌عنوان توجیهی برای مداخله مستقیم یا غیرمستقیم به هر دلیل، در مخاصمه مسلحانه یا در امور داخلی یا خارجی دول معظم متعاقد که در سرزمین آنها مخاصمه مسلحانه رخ داده مورد استفاده قرار گیرد».

این مقررۀ تأییدی مجدد بر دو اصل حقوق بین‌الملل مندرج در منشور ملل متحد، یعنی اصل غیرقابل تعرض بودن حاکمیت ملی دولت‌ها و اصل عدم مداخله در اموری است که اساساً در صلاحیت داخلی دولت‌ها قرار دارد.

ماده ۶ پروتکل شماره ۲ که بر تعقیب و مجازات جرایم کیفری به‌موجب حقوق داخلی اعمال می‌شود، به مخاصمه مسلحانه ارتباط دارد. بندهای ۲ تا ۵ این ماده حداقل تضمینات قضایی برای هر شخص متهم به ارتکاب یک جرم را مقرر می‌کند. در عین حال بند ۵ این ماده قابل توجه است:

«در پایان جنگ، مقامات دو طرف باید سعی کنند کسانی که در مخاصمه مسلحانه شرکت کرده‌اند یا به دلیل این مخاصمات از آزادی‌شان محروم شده‌اند، اعم از اینکه بازداشت یا زندانی شده باشند از گسترده‌ترین عفو عمومی بهره‌مند شوند».

دامنه شمول مورد نظر این ماده محل بحث است. شرح و تفسیر این بند که از سوی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ ارائه شده مقرر می‌کند: «عفو مسئله‌ای است که در صلاحیت مقامات داخلی قرار دارد». این بند می‌افزاید:

«هدف از این بند تشویق فرهنگ آشتی است که می‌تواند به برقراری مجدد روابط عادی در زندگی ملتی که به دلیل جنگ داخلی دچار تشقت شده است کمک کند».

در عین حال تفسیر مضیق‌تری نیز از این بند در سال ۱۹۹۷ از سوی مدیر بخش حقوقی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ طی نامه‌ای به داگلاس کاسل ارائه شده است. در این نامه آمده است که بند مزبور تنها به «مصونیت رزمندگان» تعمیم می‌یابد، مفهومی که بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی اعمال می‌شود و هیچ معادلی در مخاصمات داخلی ندارد. به‌طور سنتی این عبارت بدین معنی است که رزمنده‌ای که در یک مخاصمه بین‌المللی حضور دارد تا زمانی که مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه را رعایت کند نایستی به صرف مشارکت در این مخاصمه مجازات شود. نامه مزبور نهایتاً نتیجه‌گیری می‌کند «هدف از بند مزبور عفو مرتکبان نقض حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیست». با این وصف این پرسش مطرح می‌شود که در زمان نگارش پروتکل، قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی کدام قواعد بوده‌اند؟

فانیا دومب<sup>۱۰</sup> بر این باور است که عفو در مخاصمات داخلی ناقض حقوق بین‌الملل نیست، زیرا حقوق حاکم در جنگ<sup>۱۱</sup> در جنگ‌های داخلی اعمال نمی‌شود. تردیدی نیست که تا چندی پیش این امری پذیرفته شده بود که ماده ۳ مشترک و پروتکل شماره ۲ بیانگر قواعد مسلم حقوق بین‌الملل عرفی نیستند،<sup>۱۲</sup> همچنان که مشخص نبود که آیا آنها می‌توانند مبنایی برای مسئولیت کیفری فردی محسوب شوند یا خیر. جالب است که شرح و تفسیر کمیسیون نیز این دیدگاه را تأیید می‌کند. مشاور حقوقی کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در سال ۱۹۹۰ اظهار داشت:

10. Fania Domb.

11. *Jus in bello*.

۱۲. «محتوای حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه داخلی محل بحث است؛ در نتیجه تنها جرایمی که در مخاصمات مسلحانه داخلی ارتکاب می‌یابند، نسل‌کشی و جنایت علیه بشریت هستند که فارغ از نوع مخاصمه اعمال می‌شوند». بند ۴۲ گزارش نهایی کمیسیون جرایم جنگی ملل متحد برای یوگسلاوی (۱۹۹۴).



«حقوق بین‌الملل بشردوستانه حاکم بر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی مبنایی برای مسئولیت کیفری بین‌المللی اشخاص متهم به نقض حقوق بشر محسوب نمی‌شود».

تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ بر پیش‌نویس پیشنهادی اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق به همین مطلب اشاره دارد.<sup>۱۳</sup>

از این رو به نظر می‌رسد که دامنه عفو مورد تأیید بند ۵ ماده ۶ محدود باشد. اگرچه محتوای اصلی حقوق بین‌الملل بشردوستانه را جرایم جنگی تشکیل می‌دهد، تا سال ۱۹۹۷ پذیرفته نبود که این بخش از جرایم در مخاصمات داخلی نیز مورد توجه قرار گیرند. بنابراین، تنها جنبه‌هایی از حقوق بین‌الملل بشردوستانه که می‌توان گفت در آن زمان به‌رغم بند ۵ ماده ۶ قابل اعمال بوده‌اند، جرایم علیه بشریت و نسل‌کشی هستند که هر دو مستلزم نقض‌های گسترده‌اند. صحیح است که بعضی جرایم جنگی می‌توانند به‌موجب حقوق کیفری داخلی نیز جرم محسوب شوند، پروتکل شماره ۲ سندی بین‌المللی می‌باشد که مرجع حقوق بشردوستانه بین‌المللی است.

پروتکل ۱۹۷۷ نشانگر پذیرش ضرورت حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی است. با وجود این در این مقطع، لحن آن حاکی از این تردید است که این حوزه اساساً در صلاحیت داخلی یک دولت است. وقوع دو مخاصمه هولناک در مدتی کوتاه (یوگسلاوی سابق و رواندا) موجب شد تا جامعه بین‌المللی به این مقررات توجه خاص نشان دهد. تعدادی از مفسرین بر اساس نامه کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به کاسل اظهار داشتند که بند ۵ ماده ۶

۱۳. مطابق حقوق بین‌الملل بشردوستانه معاصر، مفهوم جرایم جنگی محدود به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی است.

نمی‌تواند مستند الزام دیوان کیفری بین‌المللی به احترام به عفو باشد. این نتیجه‌گیری منطقی است، زیرا تفسیر موسع‌تری از عفو توصیه شده در بند ۵ ماده ۶ مغایر با تعمیم اخیر حقوق بین‌الملل بشردوستانه به حیطة مخاصمات داخلی است (که در ذیل به آن اشاره شده است).

### ۵- تحولات دهه ۱۹۹۰: دادگاههای کیفری بین‌المللی

در دهه ۱۹۹۰ روند حقوقی علیه بی‌کیفری جان تازه‌ای گرفت. تأسیس دادگاههای کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا و توسعه حقوق حاکم بر مخاصمات داخلی، محدودیت‌های عمده‌ای بر حاکمیت دولت وارد و این حوزه از مقررات حقوقی را از حیطة صلاحیت انحصاری دولت‌ها خارج کرد و آن را وارد حوزه جامعه بین‌المللی نمود.

جنایات ارتكابی علیه غیرنظامیان در مخاصمه جاری در یوگسلاوی سابق چنان سبوعانه و دهشتناک بود که جامعه بین‌المللی را متحیر کرد، به‌ویژه اینکه این مخاصمه در اروپا رخ داده بود. این امر موجب شد تا شورای امنیت سازمان ملل متحد تصمیمات ساختار شکنانه‌ای در این باره اتخاذ کند.

اولاً شورا در تلقی وضعیت موجود در یوگسلاوی سابق به‌عنوان تهدید صلح و امنیت بین‌المللی طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، به جنایات ارتكابی به‌عنوان یک عامل مهم توجه کرد. ثانیاً شورا از اختیارات خویش به‌موجب فصل هفتم منشور برای تأسیس یک دادگاه کیفری بین‌المللی به‌عنوان اقدامی اجرایی برای اعاده صلح و امنیت بین‌المللی استفاده کرد. ماهیت دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق آن است که در حیطة قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی موجود فعالیت می‌کند و خود واضع مقررات و قواعد نیست. با وجود این، تردیدی نیست که به‌عنوان نخستین دادگاه بین‌المللی پس از دادگاه نورمبرگ،

تفسیر حقوقی آن، بر توسعه حقوق حاکم بر جنایات ارتكابی مخاصمات داخلی تأثیر قابل توجهی دارد.

اگرچه شورای امنیت آشکارا مخاصمه موجود در یوگسلاوی سابق را مخاصمه‌ای بین‌المللی دانست، اما در واقع طبقه‌بندی آن تحت این عنوان آن قدر هم دقیق نیست. این طبقه‌بندی ماهیتی از مخاصمه است که محدوده تحول و توسعه حقوقی را مشخص می‌کند.<sup>۱۴</sup> اگر دادگاه این مخاصمه را صرفاً مخاصمه‌ای با ماهیت بین‌المللی تلقی می‌کرد در آن صورت حقوق حاکم، قواعد پذیرفته شده حقوق بشردوستانه حاکم بر مخاصمات بین‌المللی می‌بود. با وجود این، در قضیه تادیچ<sup>۱۵</sup> شعبه استیناف رأی داد که وضعیت موجود در یوگسلاوی سابق بایستی به عنوان یک سری مخاصماتی تلقی شوند که بسته به طرفین درگیر در آنها در هر زمان خصوصیات داخلی یا بین‌المللی خواهند داشت؛ در نتیجه بسته به نوع طبقه‌بندی، مقررات حقوقی متفاوتی قابل اعمال خواهد بود. در پی این تصمیم، شعبه استیناف در قضیه تادیچ رویکردی بدیع راجع به حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی اتخاذ کرد که آثار و تبعات بسیاری داشت. رویکرد شورای امنیت در تدوین اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق آن بود که خود را به اعمال حقوق بشردوستانه بین‌المللی که بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی است محدود می‌دانست. از این رو در اساسنامه به ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو یا پروتکل شماره (۲) ۱۹۷۷ هیچ اشاره صریحی نشده است. با وجود این، ماده ۳ اساسنامه به دلیل ابهام در دامنه شمول آن امکان تفسیر را میسر می‌کند. این ماده تحت عنوان «نقض قواعد و عرف‌های جنگی»

۱۴. کمیسیون جرایم جنگی ملل متحد نیز در گزارش موقت کمیسیون کارشناسان آن که به موجب قطعنامه ۷۸۰ شورای امنیت تشکیل شد همین دیدگاه را داشت.

15. Tadic

نه هیچ اشاره‌ای به سیاقی که در آن اعمال می‌شود دارد و نه حصری است.<sup>۱۶</sup> از آنجایی که دامنه شمول ماده ۳ محدود نیست، شعبه استیناف در قضیه تادیب تصمیم گرفت با بررسی گسترده حقوق بین‌الملل عرفی ذیربط، گستره اعمال قواعد را مشخص کند. شعبه مزبور نتیجه‌گیری کرد که اصول کلی حقوق بین‌الملل عرفی حاکم بر مخاصمات مسلحانه داخلی تحول یافته‌اند. در عین حال شعبه مزبور بر این امر تأکید کرد که این گفته بدان معنا نیست که کل مجموعه حقوق بین‌الملل عام بر مخاصمات داخلی قابل اعمالند. حقوق حاکم از دو جنبه محدود می‌شود: یکی اینکه تمام اصول اعمال نمی‌شوند و دیگر آنکه آن اصولی نیز که قابل اعمالند عصاره آنها اعمال می‌شود و نه جزء به جزء آنها. با وجود این، قواعد شناسایی شده توسط شعبه استیناف از قواعد معاهداتی مندرج در پروتکل شماره ۲ فراتر می‌رود. اهمیت این موضوع نه تنها به دلیل اعلام وجود مجموعه‌ای از قواعد عرفی حاکم، بلکه پذیرش مسئولیت کیفری فردی ناشی از آن است.

در سال ۱۹۹۴ شورا با پیروی از رویه قبلی خویش، دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا را تأسیس کرد. مخاصمه موجود در رواندا ماهیتی داخلی داشت، لذا جایی برای ابهام موجود در اساسنامه دادگاه یوگسلاوی سابق باقی نمی‌ماند. شورای امنیت به هنگام تدوین اساسنامه دادگاه رواندا که هدف آن تعقیب و مجازات جنایات ارتكابی در این مخاصمه شدید و وحشیانه بود اما اعمال بخش عمده‌ای از حقوق کلاسیک حاکم بر مخاصمات بین‌المللی بر آن

۱۶. ماده ۳ استفاده از سلاح‌هایی که درد و رنج غیرضروری ایجاد می‌کنند، تخریب شهرها و روستاها که با ضرورت نظامی قابل توجیه نباشد، حمله به شهرهای بی‌دفاع، تخریب اماکن مذهبی، تاریخی و غارت اموال را شامل می‌شود.

امکان پذیر نبود، رویکرد موسع تری را برگزید. ماده ۴ اساسنامه این دادگاه صراحتاً برای نخستین بار صلاحیت و مسئولیت کیفری را در ارتباط با اسناد بین‌المللی همچون ماده ۳ مشترک و پروتکل شماره ۲ که مشخصاً بر مخاصمات داخلی اعمال می‌شوند پذیرفت.

ممکن است این ابتکار بر رویکرد شعبه استیناف در قضیه تادیج تأثیر داشته است، زیرا این رأی پس از تأسیس دادگاه کیفری رواندا صادر شد.

تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در جولای ۱۹۹۸ استمرار روندی است که هدف آن جرم‌انگاری جنایات حقوق بشری می‌باشد. در عین حال شایان ذکر است که یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های ICC آن است که صلاحیت آن نسبت به صلاحیت محاکم ملی، تکمیلی است؛ بر خلاف دادگاه کیفر یوگسلاوی سابق و رواندا که از نظر صلاحیتی بر محاکم ملی اولویت داشتند. دیوان برای رسیدگی به جرایم نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت، جرایم جنگی و جرم تجاوز صلاحیت دارد، اگرچه جرم اخیر بایستی در آینده تعریف شود. تعریف جنایات علیه بشریت در هر یک از اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی تغییر یافته بود، اما تعریفی که اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ارائه داده به میزان زیادی دامنه شمول آن را گسترش می‌دهد.

ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری در تعریف جرایم جنگی، بعضی تحولات محاکم کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا را در نظر می‌گیرد، اما صلاحیت دیوان را به جرایمی که مشخصاً طبق یک برنامه انجام شده یا در مقیاس وسیع ارتکاب یافته‌اند محدود می‌کند. این بخش از جرایم در مذاکرات مربوط به تدوین اساسنامه، به‌ویژه در ارتباط با جرایم جنگی در مخاصمات داخلی بحث و جدال‌های فراوانی را برانگیخت. بدین ترتیب تمایز میان مخاصمات داخلی و

بین‌المللی حفظ و در بندهای مختلفی به آنها اشاره شد. این حرکت، گامی فقه‌رایی بود، زیرا رویه جاری به سمت محور این تمایز حرکت کرده بود. با وجود این، به هنگام پذیرش تحولات جدید، اکثر جرایم بر هر دو گروه از مخاصمات قابل اعمال دانسته شد. در نتیجه، نقض‌های قابل اعمال بر مخاصمات مسلحانه داخلی از جرایم مذکور در ماده ۳ اساسنامه دادگاه کیفری یوگسلاوی سابق فراتر رفت و از تمامی اساسنامه‌های محاکم بین‌المللی قبلی مفصل‌تر شد که این نمایانگر تحولی مهم است.

در فضایی که رویکرد حاکمیت‌محور به حقوق بین‌الملل بشردوستانه تدریجاً جای خویش را به رویکرد حقوق بشرمحور می‌سپارد، تحول حقوق حاکم بر مخاصمات مسلحانه نیز گریزناپذیر می‌نماید. اگر حیات و تمامیت جسمانی اشخاص و اموال ایشان والاترین ارزش را داراست، دوگانگی حمایتی در این دوگونه از مخاصمات به سختی قابل توجیه است؛ لذا تعقیب و پیگیری نقض‌هایی که تنها در یک گونه از این مخاصمات (بین‌المللی) ارتکاب یافته‌اند و عدم پیگیری آن در نوع دیگر (داخلی)، تناقضی است که دیگر قابل پذیرش نیست.

## ۶- دیوان کیفری بین‌المللی و عفو

به هنگام تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی سخنان بسیاری در خصوص پایان بی‌کیفری مطرح شد، از جمله در مقدمه اساسنامه، در سخنرانی افتتاحیه فیلیپ کرش، سخنان پروفیسور بیسونی در کنفرانس رم و گزارش ۱۹۹۸ دبیرکل سازمان ملل متحد. از آنجایی که در اساسنامه دیوان هیچ مقرر صریحی که مبین موضع آن در ارتباط با عفوهای ملی باشد وجود ندارد، اوضاع و احوال

تدوین اساسنامه می‌تواند از اهمیت برخوردار باشد. در عین حال نگاهی جامع‌تر به دهه ۱۹۹۰ نشانگر آن است که اگرچه ممکن است یک رویه حقوقی آشکار در این مورد وجود داشته باشد، اما فاقد استمرار و تداوم کافی است.

در همین دهه با تأیید جامعه بین‌المللی، کمیسیون آشتی و حقیقت‌یابی و قوانین عفو در آفریقای جنوبی (که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند) به مرحله اجرا گذاشته شد. همچنین در همین دوره شورای امنیت طی قطعنامه‌ای دادگاههای کیفری یوگسلاوی سابق و رواندا را تأسیس کرد و سازمان ملل متحد و سازمان کشورهای امریکایی به‌عنوان بخشی از توافق صلح‌های برای پایان دادن به رژیم راتول سدراس و بازگرداندن رئیس‌جمهور تبعیدی ژان برتراند آریستید، عفو گسترده‌ای را مورد مذاکره قرار دادند. شورای امنیت با تأیید این توافق اظهار داشت که این تنها چارچوب معتبر برای حل بحران در هایتی است. وارن کریستوفر وزیر خارجه ایالات متحده اظهار داشت عفو مزبور شامل تمام نظامیان می‌شود (مشوق‌های بیشتری نیز همچون پناهندگی سیاسی برای مقامات بلندپایه نظامی در پاناما ارائه شد). آریستید مخالف عفو بود و تنها تحت فشار سازمان ملل متحد و مذاکره‌کننده منصوب از سوی سازمان کشورهای امریکایی آن را پذیرفت. در مقدمه این قانون عفو آمده است:

«انتظار می‌رود این عفو با سرپوش قانونی نهادن بر وقایع سیاسی که موجب از هم گسیختگی زندگی ملت شده بود میان مردم آشتی ایجاد کند». یقیناً این عفو که از سوی یکی از بخش‌های سازمان ملل و سازمان کشورهای امریکایی تشویق شده بود از سوی دیگر مراجع همان سازمان‌ها (کمیته حقوق بشر ملل متحد و کمیسیون و دادگاه بین‌المللی امریکایی حقوق بشر) مورد تقبیح و انتقاد قرار گرفته و غیرقابل پذیرش اعلام خواهد شد.

جدیدترین نمونه از این دست، قانون عفو ۱۹۹۹ سیرالئون می‌باشد که در پی توافق صلح در این کشور، فودای سنکه رهبر شورشیان جبهه متحد انقلابی (RUF) را مورد عفو قرار داده و امکان مشارکت او در دولت را میسر ساخت. این توافق به‌رغم مشارکت اولیه مذاکره‌کنندگان بین‌المللی همچون سازمان ملل متحد، سازمان کشورهای امریکایی و جامعه اقتصادی کشورهای آفریقای غربی، به دلیل تداوم جنگ داخلی پذیرش بین‌المللی خویش را از دست داد. در آن زمان مذاکره‌کنندگان برای صلح نسبت به عدالت اولویت بیشتری قائل بودند با وجود اینکه یا، به احتمال قوی به دلیل آنکه شورشیان جبهه متحد انقلابی وحشیانه‌ترین جرایم را علیه غیرنظامیان همچون کشتن کودکان مرتکب شده بودند. اکنون که سنکه بازداشت شده است بایستی دید که چه اتهاماتی علیه او مطرح می‌شود یا اینکه آیا مذاکرات صلح همچنان اولویت دارد. شایان ذکر است که وزیر دفاع بریتانیا اظهار کرده است که اتخاذ تصمیم در این مورد با خود دولت سیرالئون است.

بنابراین، دیوان کیفری بین‌المللی در زمینه‌ای وسیع‌تر فعالیت می‌کند. می‌توان انتظار داشت که اساسنامه ICC در پیروی از رویه حقوقی رایج، متضمن مقرره‌ای راجع به عفوهای ملی باشد. مسئله عفوها در کنفرانس رم مورد بحث و بررسی قرار گرفت اما این مسئله آن‌قدر مجادله‌برانگیز بود که مذاکرات در خصوص آن به نتیجه‌ای نرسید. عفو عموماً محصول قانونگذاری داخلی است و نقض آن از سوی ICC مداخله بیشتر در صلاحیت یک دولت محسوب می‌شود (اگرچه چنین مواردی با صلاحیت کیفری بین‌المللی همپوشانی دارد) تا رد صلاحیت تعقیبی (یک دولت). به‌ویژه به خاطر داشتن این مطلب حائز اهمیت است که صلاحیت دیوان تکمیلی است و بر محاکم ملی اولویت ندارد. بعضی هیئت‌های نمایندگی بر این باور بودند که دیوان نبایستی در تصمیمات



اداری یا سیاسی (عفو و بخشش) یک دولت مداخله کند. دیگر هیئت‌های نمایندگی نگران بودند که با توجه به مقاومت‌های انجام شده در برابر این پیشنهاد، این امر موجب تجدیدنظر در تکمیلی بودن صلاحیت دیوان شود. نهایتاً عده‌ای استدلال کردند که ماده مربوط به قابلیت استماع دعوا برای پاسخگویی به این مسئله کافی است. در اجلاس ۱۹۹۷ کمیته مقدماتی (تدوین اساسنامه)، هیئت نمایندگی ایالات متحده طی یک سند غیررسمی پیشنهاد کرد، در شرایطی که قرار است عفوی اعلام شود، پاسخ به اینکه آیا تعقیب جنایتکاران بین‌المللی مطلوب است یا خیر، بایستی با توجه به منافع آشتی ملی و تسهیل انتقال به یک دولت دمکراتیک سنجیده شود. در نتیجه، مذاکره در این باب کنار گذاشته شد و هرگونه اشاره به عفو از اساسنامه دیوان حذف گردید.

هافتر، بون، ربوسیم و هوستون بر این باورند که در هر صورت وضعیت حقوقی موجود راجع به جرایم تحت صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی مانع از این می‌شود که دیوان به عفو واقعی بنهد. آنها معتقدند که پذیرش مصونیت به دلیل عفو خطر نقض تعهدات ناشی از حقوق بشردوستانه را به همراه دارد (بر این اساس که بعضی معاهدات بین‌المللی دولت‌های عضو را متعهد به تعقیب و پیگیری می‌کنند). واضح است دیوان به اینکه یک دولت تعهدات بین‌المللی خویش را با اعطای عفو نقض کرده توجه خاص نشان می‌دهد. در عین حال لازم به ذکر است که صلاحیت دیوان تجویزی است، یعنی اینکه دیوان برای تعقیب اشخاص به اتهام ارتکاب یک جرم مندرج در اساسنامه‌اش صلاحیت دارد اما ملزم به این کار نیست.

از این رو، موضع دیوان در ارتباط با عفو بایستی از مقررات کلی‌تر آن در خصوص اعمال صلاحیت استنباط شود. دیوان در سه حالت صلاحیت دارد: در حالتی که یک قضیه از طرف یک دولت عضو به دیوان ارجاع شود؛ یا شورای

امنیت به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد خواستار رسیدگی دیوان به وضعیتی شود؛ یا دادستان تحقیقاتی را در ارتباط با یک وضعیت آغاز کند. در ذیل به بررسی موادی از اساسنامه می‌پردازیم که بر وضعیت‌های مربوط به عفوهای ملی قابل اعمال هستند.

#### الف) ماده ۱۶: تعلیق تحقیق یا تعقیب

مطابق این ماده شورای امنیت در صورت تمایل می‌تواند بر اساس قطعنامه‌ای به موجب فصل هفتم منشور، تحقیقات یا تعقیب و پیگرد در خصوص یک وضعیت را به مدت ۱۲ ماه به تعویق بیندازد. تمدید این تعلیق تحت همان شرایط ممکن است. اعمال این ماده بر وضعیت‌های متضمن عفو به دو دلیل ممکن نیست؛ نخست آنکه صدور قطعنامه‌ای طبق فصل هفتم پیش شرط هرگونه تعلیق است. به عبارت دیگر وضعیت مورد بحث باید به تهدید صلح و امنیت بین‌المللی منجر شود. صدور قطعنامه‌های مبتنی بر فصل هفتم برای مخاصمات داخلی پدیده‌ای جدید است (به استثنای قطعنامه‌های صادره از سوی شورا در دهه ۱۹۶۰ در خصوص کنگو)، اما در دهه ۱۹۹۰ شورا با تمایل بسیار زیادی از آن استفاده کرد. در پرتو این امر، فصل هفتم بر دولت‌های درگیر در یک مخاصمه داخلی جاری قابل اعمال است (سیرالئون مصداق این مطلب است). بسیاری از قوانین عفو نتیجه توافق‌هایی هستند که برای تسهیل انتقال مسالمت‌آمیز قدرت صورت می‌گیرند؛ لذا اگرچه ممکن است این امر ناآرامی‌های نظامی و اجتماعی به همراه داشته باشد، اما احتمالاً وضعیت همیشه تا آن حد جدی نیست که صدور قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم را موجب شود. ثانیاً مدت تعلیق و تعویق تحقیقات محدود خواهد بود. میشل شارف<sup>۱۷</sup> معتقد است:

17. Micheal Scharf.

«در صورتی که شورای امنیت با صدور قطعنامه‌ای بر اساس فصل هفتم منشور از دیوان درخواست کند از انجام تحقیقات یا تعقیب خودداری یا هرگونه اقدامی که پیشتر آغاز کرده است را معلق کند، دیوان به موجب ماده ۱۶ ملزم است که به یک عفو ملی احترام بگذارد».

من با این استدلال که الزام دیوان به تعویق رسیدگی به مدت ۱۲ ماه مشابه الزام او به پذیرش یک عفو ملی است، موافق نیستم. پذیرش یک عفو ملی (با توجه به اینکه قوانین عفو به ندرت لغو می‌شوند) بر احترام به آن دلالت می‌کند. اگرچه ممکن است شورای امنیت مجدداً از این مقرر استفاده کند، احتمالاً موارد تکرار آن بسیار زیاد نخواهد بود. به نظر من منظور از وضع ماده ۱۶ به-عنوان یک مکانیزم تأخیری، تنها جلوگیری از مداخله دیوان در حل و فصل یک منازعه جاری توسط شورای امنیت است و نمی‌تواند جهت نیل به احترام دائمی به یک قانون عفو مورد استناد قرار گیرد.<sup>۱۸</sup>

#### ب) ماده ۲۰: عدم جواز محاکمه مجدد

به موجب این ماده شخصی که پیشتر توسط یک دادگاه محاکمه شده است نباید مجدداً برای همان عمل محاکمه شود. در عین حال این اصل، رسیدگی‌های ملی که هدف از آن رها کردن شخص مزبور از مسئولیت کیفری بوده یا بی‌طرفانه و به صورت مستقل انجام نشده‌اند یا به گونه‌ای مغایر با هدف سپردن آن شخص به عدالت صورت گرفته‌اند را از دایره شمول خویش مستثنا می‌کند. از آنجایی که ماده مزبور بر این فرض مبتنی است که محاکمه‌ای صورت گرفته و به

۱۸. تفسیر شارف مسئله‌ای دیگر را مطرح می‌کند و آن رویکرد دیوان در شرایطی است که یک عفو با مشارکت سازمان ملل متحد صادر شده است.

محکومیت یا تبرئه مرتکب جرم منجر شده است، با آن‌گونه عفو که ما در اینجا در حال بررسی آن هستیم ارتباطی ندارد. این ماده صراحتاً به محاکمه توسط یک دادگاه اشاره می‌کند، از این رو، اینکه یک کمیسیون حقیقت‌یاب را بتوان یک دادگاه تفسیر کرد محل تردید است. این ماده بیشتر با مسئله عفو پس از محکومیت یا آزادی زودهنگام مرتبط است. در حالت اخیر خود صدور حکم محکومیت می‌تواند دلیلی محسوب شود بر اینکه قصدی برای رها کردن فرد از مسئولیت کیفری وجود ندارد و این ادعا را که رسیدگی‌ها به‌گونه‌ای مغایر با هدف اجرای عدالت در مورد شخص مجرم انجام شده‌اند رد می‌کند. در عین حال عفو سریع و زودهنگام می‌تواند این تصور را ایجاد کند که رسیدگی‌ها واقعی و جدی نبوده‌اند؛ اما در هر حال، بار اثبات دشوار این مدعا با دادستان است.

### ج) ماده ۵۳: شروع تحقیقات

در اتخاذ تصمیم راجع به شروع یک تعقیب، دادستان در همه حال باید منافع عدالت همچون شدت جرم، منافع قربانیان، سن یا ناتوانی مرتکب و نقش او در فعل ارتكابی را در نظر بگیرد. تعیین حدود «منافع عدالت» کاری دشوار است. این محدوده را معمولاً ملاحظاتی که مستقیماً با خود قضیه ارتباط دارند مشخص می‌کند. فهرست فوق اگرچه حصری نیست اما این تفسیر را تأیید می‌کند. در عین حال این موضوع، دیوان را با مشکلی دیگر مواجه می‌سازد و آن اینکه چگونه رویکردهای گوناگون نسبت به صلاح‌دید تعقیبی را در محاکم متعلق به نظام حقوق نوشته و کامن‌لا با یکدیگر سازگار کنیم. در نظام نخست تنها به استحکام و قوت ادله توجه می‌شود، حال آنکه نظام حقوقی دیگر عوامل

وسیع‌تری از منفعت عمومی را در نظر می‌گیرد. در شرایطی که ادله و شواهد محکم بوده، مرتکب از وضعیت سلامت مطلوب بهره‌مند باشد و قربانی تمایل داشته باشد که قضیه پیگیری شود، آیا می‌توان به این مقررہ برای لحاظ کردن فضای سیاسی داخلی (به‌عنوان یک عنصر در اتخاذ تصمیم به عدم تعقیب یک قضیه) استناد کرد؟ شاید استدلال شود تعقیبی که گمان رود موجب تشدید خشونت‌های بیشتر است، با منافع عدالت سازگار نیست. با این وجود، این امر متضمن حدس درباره وقایع آینده است و این نتیجه نامطلوب را در پی دارد که استدلال بازدارندگی نافی خود باشد.

#### د) ماده ۱۷: مسائل مربوط به قابلیت استماع دعوا

بند ۱ ماده ۱۷ به مواردی می‌پردازد که موجب می‌شوند یک قضیه غیرقابل استماع شود:

(الف) هنگامی که یک قضیه توسط محکمه‌ای داخلی مورد تحقیق یا تعقیب قرار گرفته است.

(ب) در مواردی که قضیه‌ای از سوی یک محکمه داخلی مورد تحقیق قرار گرفته و حکم منع تعقیب صادر شده است.

(ج) شخص مزبور [مرتکب جرم] پیشتر محاکمه شده است.

(د) قضیه مزبور از شدت چندانی برخوردار نباشد.

مشخص نیست که آیا قسمت (ب) بند ۱ ماده ۱۷ (منوط به وجود خلأ اساسنامه‌ای که در فوق آمد) در حالتی که هیچ تحقیق خاصی صورت نگرفته اما یک قانون عفو تصویب شده است قابل اعمال می‌باشد یا خیر. شاید چنین تصمیمی از سوی یک محکمه داخلی برای عدم تعقیب بر مبنای اصل صلاحیت

تکمیلی که به نظر می‌آید منطق اصلی وضع این مقرره باشد مشمول این بند شود. خلأ اساسنامه‌ای در این خصوص این امکان را برای دیوان میسر می‌سازد تا در شرایطی که «دولت تمایل ندارد یا در واقع ناتوان از انجام تحقیق یا تعقیب است» حتی اگر محاکم داخلی پیشتر به قضیه مورد نظر رسیدگی کرده یا در حال رسیدگی به آن باشند مداخله کرده و خود به آن رسیدگی کند. در خصوص اینکه منظور از این واژه‌ها چیست، رهنمودهایی ارائه شده است. برای احراز «عدم تمایل» بایستی به این مطلب توجه شود که آیا هدف از رسیدگی‌ها یا تصمیم صادره از سوی محکمه داخلی رهاندن شخص مزبور (مرتکب جرم) از مسئولیت کیفری است، آیا یک تأخیر غیرقابل توجیه در فرآیند رسیدگی وجود دارد و آیا رسیدگی‌ها به شیوه‌ای بی‌طرفانه و مستقل و سازگار با هدف تحقق عدالت در مورد این اشخاص انجام شده‌اند یا خیر. راجع به معیارهای «ناتوانی» رهنمود اساسنامه این است، که دیوان بایستی به این مطلب توجه کند که آیا فروپاشی جزئی یا کلی یا موجود نبودن یک نظام قضایی داخلی موجب شده تا یک دولت نتواند اقدام به رسیدگی کند یا خیر.

تردید نیست که هدف این بوده که این معیارها تا حد امکان عینی باشند، با وجود این آنها یقیناً متضمن عناصر ذهنی نیز هستند. احراز عدم تمایل مستلزم ارزیابی «قصد» یک دولت است. واقعیت این است که نتیجه مسلم یک عفو، رهاندن شخص یا گروهی از اشخاص از مسئولیت کیفری است و حصول نتایجی از وضع آن مدنظر بوده است، خواه هدف اصلی یا پر اهمیت‌تری از آن وجود داشته باشد یا خیر. بی‌تردید صدور یک عفو می‌تواند مغایر با هدف تحقق عدالت در مورد یک شخص تفسیر شود، مگر آنکه تعریف وسیعی از عدالت مدنظر باشد. آقای ژوانه<sup>۱۹</sup> در گزارش نهایی خویش به کمیسیون حقوق

19. Joint.

بشر راجع به بی‌کیفر ماندن مرتکبان نقض‌های حقوق بشری، در اصل ۱۹ تحت عنوان هدف از حق بر عدالت اظهار می‌دارد:

«بدون پاسخ مؤثر به نیاز به تحقق عدالت هیچ‌گونه صلح و آشتی پایدار و وجود نخواهد داشت. پیش‌شرط هرگونه آشتی، بخشش است که عملی خصوصی و حاکی از آن است که قربانی، مرتکب نقض‌ها را می‌شناسد و مرتکب نیز قادر است پشیمانی خویش را نشان دهد. بیش از و بالاتر از هر حکمی این مطلب هدف اصلی حق بر عدالت محسوب می‌شود».

اگرچه این گزارش تعقیب مرتکبان نقض‌ها را توصیه می‌کند، محتوای عمده آن به تدوین اصولی در مورد کمیسیون‌های فرا - قضایی تحقیق اختصاص یافته است. به نظر می‌رسد قطعه فوق حاکی از آن است که تشکیل یک کمیسیون حقیقت‌یاب مؤثر به خودی خود می‌تواند «هدف اصلی حق بر عدالت» محسوب شود.

اینکه این تفسیر مورد پذیرش ICC قرار می‌گیرد و در صورت مثبت بودن پاسخ، اینکه آیا کفایت می‌کند یا خیر مسئله دیگری است. عبارت «تحقق عدالت در مورد یک شخص» معمولاً در یک مفهوم حقوقی تفسیر می‌شود تا یک مفهوم اخلاقی وسیع‌تر.

#### ۷- نتایج حاصله برای دیوان کیفری بین‌المللی

هیچ‌یک از مقررات فوق، در خصوص چگونگی برخورد دیوان با مسئله عفوهای داخلی رهنمود آشکاری ارائه نمی‌دهند. بدین‌منظور بیش از همه احتمالاً می‌توان به ماده ۱۷ استناد کرد؛ اگرچه این ماده با ضروری دانستن احراز انگیزه‌های دولت، دیوان را ملزم می‌کند تا سیاق نظامی و سیاسی هرگونه عفو

را مورد ارزیابی قرار دهد. راجع به مسائلی از قبیل اینکه آیا فشار نظامی حاد مبنی بر عدم تعقیب و پیگیری قضایا ناتوانی تلقی می‌شود یا عدم تمایل در به-خطر انداختن یک گذار دموکراتیک یک «عدم تمایل» در مفهوم اساسنامه تلقی می‌شود یا خیر، دیوان بایستی اظهار نظر کند. حداقل می‌توان استدلال کرد که برای ارزیابی تهدید نظامیان در یک دولت معین و تبعات احتمالی تعقیب و پیگیری‌ها بر ثبات آن دولت، دیوان صالح‌ترین یا مناسب‌ترین نهاد نیست. به نظر می‌رسد ماده ۱۶ اساسنامه، خود مداخله سیاست را می‌پذیرد و رویکردی زمینه-محور را تأیید می‌کند؛ همچنان‌که در این ماده آمده وضعیت‌هایی وجود دارند که در آن مداخله ICC نه مناسب و نه مفید است.

نه تنها زمینه سیاسی و نظامی عفوها متفاوت است، بلکه آنها ماهیتاً نیز یکسان نیستند؛ به عنوان مثال قوانین عفو صادره در شیلی و آفریقای جنوبی در دو سوی یک طیف قرار دارند و دیدگاهی بسیار متفاوت در اختیار دیوان قرار می‌دهند.<sup>۲۰</sup> این امر تأکیدی است بر ماهیت ضرورتاً کیفی تصمیماتی که دیوان ملزم به اتخاذ آنها است.

### الف) شیلی

دیکتاتوری نظامی ژنرال پینوشه از سال ۱۹۷۳ آغاز شد؛ هنگامی که او حکومت سالوادور آلنده را سرنگون و تا سال ۱۹۹۰ بر شیلی حکومت کرد. در این سال ژنرال پینوشه مذاکراتی را برای گذار به یک حکومت دموکراتیک آغاز نمود، اگرچه موقعیت خویش به عنوان فرمانده کل ارتش را حفظ و بدین وسیله به-

۲۰. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی عطف به ماسبق نمی‌شود و لذا بر این وضعیت‌ها قابل اعمال نیست و در اینجا تنها از باب مثال به آنها اشاره می‌شود.



میزان قابل توجهی قدرت رئیس جمهور منتخب آلمین را محدود می‌کرد. آلمین در همان ماه نخست از به قدرت رسیدن، یک کمیسیون آشتی و حقیقت‌یابی (کمیسیون رتیگ)<sup>۲۱</sup> تأسیس کرد، اگرچه در عین حال پینوشه را مطمئن ساخت که هیچ‌یک از مقامات نظامی تحت تعقیب قرار نخواهند گرفت. این کمیسیون تنها حق تحقیق و ارائه توصیه را داشت و فاقد هرگونه سمت قضایی جهت احراز مجرمیت یا بی‌گناهی اشخاص بود. قانون عفو شیلی یک عفو خویش‌فرما بود که توسط رژیم نظامی دوفاکتوی پینوشه برای اعمال ارتكابی مأمورین آن رژیم بین ۷۸-۱۹۷۳ صادر شده بود. دولت آلمین تلاش کرد که این قانون را لغو کند، اما به دلیل عدم موافقت اکثریت لازم در سنا موفق به این کار نشد.

قانون عفو شیلی، عفو تمام عیار بود و در واقع تمهیدی از سوی خود مرتکب جهت عفو خویش بود. این قانون مقرر می‌کرد که نیازی نیست نظامیان به جرایم ارتكابی خویش اقرار کنند (در واقع نظامیان به شدت با توافقات مربوط به تأسیس کمیسیون رتیگ مخالف بودند). جامعه بین‌المللی به دلیل عدم مشروعیت عفو مزبور به آن توجهی نشان نداد. کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر رأی داد که قانون عفو خویش‌فرمای شیلی مواد ۱، ۸ و ۲۵ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر را نقض کرده است. هنگامی که در سال ۱۹۹۸ ژنرال پینوشه در لندن به موجب قرار بازداشت یکی از محاکم اسپانیا که استرداد او به این کشور را طبق کنوانسیون اروپایی ۱۹۵۷ استرداد، به دلیل ارتكاب جرایمی علیه اتباع اسپانیا و اتباع دیگر کشورها درخواست می‌کرد بازداشت شد، پینوشه با رد تقاضای استرداد، مدعی برخورداری از مصونیت به‌عنوان یک رئیس سابق دولت شد. مجلس اعیان رأی داد که چنین مصونیتی بر جرم بین‌المللی شکنجه

21. Retig Commission.

قابل اعمال نیست. از این رو تصمیم‌گیری در خصوص قانون عفو خویش‌فرمای داخلی به‌عهد قاضی شعبه رسیدگی‌کننده قرار گرفت. اگرچه نهایتاً پینوشه به دلایل پزشکی به اسپانیا مسترد نشد، اما تصمیم مجلس اعیان به‌عنوان طلیعه پیروزی قانون بر بی‌کیفری تلقی شده است. تأثیر این رأی بر شیلی واضح است. از تاریخ بازگشت پینوشه به شیلی، دادگاه استیناف سانتیگو، مصونیت پارلمانی او به‌عنوان یک سناتور مادام‌العمر را سلب کرد (این تصمیم از سوی دیوان عالی شیلی نیز تأیید شد)؛ تنها مانع باقی‌مانده بر سر راه محاکمه پینوشه در شیلی، وضعیت بیماری او است [بود]. برای توجیه رد تصمیم یک دولت بر عدم تعقیب، دادستان دیوان کیفری بین‌المللی باید قضیه را بر اساس یکی از مبانی قابلیت استماع دعوا، مقرر در ماده ۱۷ اساسنامه، طرح کند. آیا دولت آلمین با توجه به دارا نبودن اکثریت در سنا «ناتوان» در تعقیب و پیگیری تلقی می‌شود؟ نمی‌توان گفت که این امر ناشی از فروپاشی کلی یا جزئی نظام قضایی است، هرچند می‌توان استدلال کرد که این امر ناشی از «قابل دسترس نبودن» نظام قضایی داخلی است. بی‌تردید موضع آلمین در خصوص قانون عفو می‌تواند مشمول هر دوی «ناتوانی» و «عدم تمایل» شود. با پذیرش چنین تفسیری این یک موضوع صلاح‌دید تعقیبی است که آیا علی‌رغم وجود عفو، اقدام به رسیدگی صورت گیرد یا خیر. در این شرایط تردید وجود دارد که دیوان برای چنین عفوی اهمیت بسیاری قائل شود، لذا به قضیه مطروحه رسیدگی خواهد کرد.

### ب) آفریقای جنوبی

رژیم آپارتاید حاکم بر آفریقای جنوبی از سال ۱۹۴۸ تا ۱۹۹۴ تداوم داشت. مدت‌ها به نظر می‌رسید که وضعیت موجود در این کشور نهایتاً به جنگ

داخلی می‌انجامد. با وجود این، از سال ۱۹۹۰ یک سری مذاکرات میان رئیس جمهور اف دبلیو دکلرک و ANC<sup>۲۲</sup> به رهبری نلسون ماندلا آغاز شد که نتیجه آن توافق بر یک قانون اساسی موقت بود که گذار مسالمت‌آمیز این کشور به دموکراسی را ممکن می‌ساخت. در واپسین بخش از این قانون اساسی موقت آمده بود که پارلمان، قانون عفو را برای جرایم با انگیزه سیاسی که در گذشته ارتکاب یافته‌اند تصویب خواهد کرد. در سال ۱۹۹۴ در نخستین انتخابات واقعاً دموکراتیک آفریقای جنوبی، آقای ماندلا رئیس جمهور شد و مطابق مقررات بخش پایانی قانون اساسی، قانون «آشتی و حقیقت‌یابی» تصویب گردید.

به موجب این قانون یک کمیسیون آشتی و حقیقت‌یابی ایجاد شد که هدف آن تشویق وحدت ملی و آشتی در عین ترسیم تصویری تا حد امکان کامل از گذشته (از طریق بررسی حوادث و مرتکبین جنایات) بود. کمیته عفو این کمیسیون حق داشت که در ارتباط با هر فعل یا ترک فعلی که در خصوص آن یک درخواست مطرح می‌شد عفو اعطا کند، مشروط بر اینکه متقاضی تمامی شواهد و مدارک لازم را ارائه داده و فعل مورد بحث نیز انگیزه‌ای سیاسی می‌داشت. اعمالی که به هدف کسب سود و منفعت شخصی یا کینه و انتقام شخصی انجام شده بودند از شمول عفو مستثنا شدند. نتیجه اعطای عفو، معافیت از هرگونه مسئولیت کیفری و مدنی بود (بدون توجه به اینکه آن عمل از طریق دیگری به مجرم، دولت یا دیگر سازمان‌ها یا نیابتاً به یک شخص ثالث قابل انتساب می‌بود).

کمیسیون آشتی و حقیقت‌یابی آفریقای جنوبی به دلایل گوناگون منحصر به فرد است. کمیسیون خود از طریق کمیته عفو حق دارد که مرتکبان را

22. African National Congress.

مورد عفو قرار دهد، به جای اینکه در صورت تمایل به کمیته در این مورد توصیه کند و این گونه به آن کارکردی شبه قضایی دهد. همچنین اعطای عفو با پیش شرط‌های لازمه محدود می‌شود. اختیارات کمیسیون در خصوص احضار شهود، تحقیق، توقیف و منابع در اختیار آن بسیار گسترده‌تر و افزون‌تر از دیگر کمیسیون‌های مشابه است. جلسات رسیدگی آن نیز برای عموم به‌ویژه با توجه به شیوه برگزاری آن قابل توجه بود. در عین حال این کمیسیون محصول یک مصالحه بوده و انتقادات شدیدی بر آن وارد شده است. عفو صادره از سوی این کمیسیون جامع بوده و مرتکب را از هر دو مسئولیت کیفری و مدنی مبرا می‌کند. به علاوه، هیچ‌یک از جرایم را هر چند هم که شدید باشد از شمول عفو مستثنا نمی‌کند (اگرچه شدت و تناسب به هنگام ارزیابی هدف یک فعل در نظر گرفته می‌شوند). از سوی دیگر اعطای عفو در مغایرت آشکار با کنوانسیون منع تبعیض نژادی است (اگرچه آفریقای جنوبی عضو این کنوانسیون نیست)؛ ضمن اینکه به موجب حقوق بین‌الملل عرفی این جرم از جنایات علیه بشریت محسوب می‌شود. عده‌ای از منتقدین کمیسیون مزبور معتقدند که این قانون عفو، میان افعالی که برای تداوم آپارتاید و آنهایی که در مقاومت و برای محو آن صورت گرفته‌اند تمایز قائل نمی‌شود و ماهیت مجرمانه آپارتاید را نمی‌پذیرد. سوی دیگر این طیف، نظر نه چندان دقیق قاضی ریچارد گلدستون<sup>۲۳</sup> است:

«اگر کمیسیون عفو و آشتی نبود، اشخاصی که امروزه اظهار می‌کنند چیزی درباره تبعیض نژادی نمی‌دانند امروز این حرف را نمی‌زدند. این حقیقتی است که نمی‌توان به سادگی از کنار آن گذشت.»

دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی مشروعیت قانون مزبور را تأیید کرده و اظهار داشته است که این قانون نه حقوق بین‌الملل و نه قانون اساسی را نقض

23. Richard Goldstone.

نمی‌کند. تا جایی که به حقوق بین‌الملل مربوط است دادگاه مزبور میان شرایط مخاصمات بین‌المللی و تعهدات ناشی از آن و درگیری‌ها و مخاصماتی که در داخل یک کشور به وقوع می‌پیوندد تمایز قائل شده و در ارتباط با درگیری‌های اخیر استدلال کرد که این خود دولت است که تعیین می‌کند چه تدابیری را برای تسهیل آشتی و بازسازی به‌کار بندد. قاضی محمود دی‌پی<sup>۲۴</sup> در رأی خویش اظهار داشت که یک عفو بر حقوق اساسی تأثیر می‌گذارد و «عفو متخلفان و جنایتکاران ناقض آن حقوق است». در پایان او اظهار می‌کند:

«در تمام سطوح نتیجه‌گیری مشکل، حساس و حتی عذاب‌دهنده است، زیرا بایستی میان نیاز به تحقق عدالت نسبت به قربانیان نقض‌های گذشته و ضرورت آشتی و گذار سریع به آینده‌ای جدید تعادل برقرار شود».

نظام عفو آفریقای جنوبی تصویری کاملاً متفاوت از شیلی در اختیار دیوان قرار می‌دهد. این عفو تنها در مقابل افشای مستقیم و اعتراف شخص مرتکب به جرایم ارتكابی اعطا می‌شود. هدف از این عفو تا اندازه‌ای تسهیل ثبت حقیقت است تا انکار گذشته و این‌گونه رابطه سستی عفو با فراموشی معکوس می‌شود.

اسقف دسموند توتو<sup>۲۵</sup> معتقد است، به دلایلی چند سیستم محاکمات دادگاه نورمبرگ هرگز نمی‌توانست در آفریقای جنوبی مفید باشد. قانع‌کننده‌ترین دلیل این است که نیروهای امنیتی و گروه‌های دست راستی (که دارای انبارهای اسلحه در سراسر کشور بودند) این فرایند را مختل می‌کردند. به‌علاوه تأکید بر انجام محاکمات بار سنگینی را بر نظام قضایی و بودجه دولتی تحمیل می‌کرد. این‌گونه می‌توان گفت که ترکیب این دلایل می‌تواند «عدم تمایل» یا «ناتوانی» تلقی شده و از این طریق قضیه برای دیوان قابل استماع باشد.

24. Mahmood DP.

25. Archbishop Desmond Tutu.

بر خلاف شیلی، افکار عمومی جهانی عموماً فرایند عفو آفریقای جنوبی را مورد تأیید قرار داده است؛ به عنوان مثال شایان توجه است که قطعنامه‌های مجمع عمومی که در دوره رژیم تبعیض نژادی صادر شدند صریحاً تبعیض نژادی را به عنوان یک نقض فاحش حقوق بشر و یک جنایت علیه بشریت محکوم کرده و دولت‌ها را به اجرای کنوانسیون منع آپارتاید و تعقیب مجرمان فراخوانده‌اند، اما قطعنامه‌های بعدی با استقبال از گذار به دموکراسی، راجع به این موضوع ساکتند. به هر حال این احتمال وجود نداشت که در صورتی که آفریقای جنوبی به تعقیب مرتکبان آپارتاید نپردازد دیوان در این امر مداخله کند. در عین حال این امر مانع از تکرار سناریوی پینوشه نخواهد بود و امکان دارد یک مقام عالی‌رتبه دولت آپارتاید علی‌رغم مشمول عفو بودن، به موجب کنوانسیون منع تبعیض نژادی در خارج از کشور بازداشت و محاکمه شود (اگرچه تاکنون چنین موردی رخ نداده است)؛ شاید در شرایطی این جدی‌ترین تهدید یک عفو ملی باشد.

رویکرد دیگری که می‌توان ارائه داد اینکه دیوان در چارچوبی صرفاً حقوقی عمل می‌کند و هیچ‌یک از محدودیت‌های حاکم بر یک وضعیت داخلی بر آن قابل اعمال نیست؛ این مهم از نقاط قوت دیوان کیفری بین‌المللی به‌شمار می‌آید. ممکن است دیوان بین‌المللی چنین تشخیص دهد که نظام حقوقی داخلی در یک دولت جدید متزلزل قادر به رسیدگی نیست و او برای رسیدگی به قضیه‌ای خاص بدون ایجاد بی‌ثباتی داخلی که دولت ملی از آن هراس دارد، صلاحیت دارد. این رویکرد در بسیاری از موارد صادق است. با وجود این، این رویکرد به دیگر عواملی که می‌توانند بر دیوان تأثیر بگذارند توجه نمی‌کند.

جدا از تفاوت‌های ذاتی میان عفوهای داخلی، گونه‌ای دیگر از عفوهای ملی وجود دارد که از نظر انسجام رویکرد، دیوان را با مشکلات بیشتری مواجه

می‌کند. علی‌رغم روند بین‌المللی که عفوها را تقبیح می‌کند، واقعیت آن است که بسیاری از آنها در واقع با کمک سازمان‌های بین‌المللی صورت گرفته‌اند. دیوان ممکن است تمایلی نداشته باشد در شرایطی که یک عفو از سوی سازمان ملل متحد صورت گرفته، عملی مغایر با آن انجام دهد؛ و این امر نه تنها ناشی از ملاحظات حقوقی بلکه متأثر از ملاحظات سیاسی است. چنین عفوهای در واقع از طریق مشارکت ملل متحد از سوی سازمانی که نمایندگی جامعه بین‌المللی را بر عهده دارد تحمیل می‌شوند. احتمالاً دیوان تمایلی ندارد تا در این شرایط یک عفو را به چالش بکشد.

### نتیجه‌گیری

تا مدت‌ها مسئله عفوهای ملی موضوعی بود که انحصاراً در صلاحیت داخلی یک دولت قرار داشت. در عین حال با گسترش قواعد حقوق بشری بین‌المللی و حقوق کیفری بین‌المللی به امور داخلی دولت‌ها، اکنون عفوها کاملاً در محدوده صلاحیت کیفری بین‌المللی قرار دارند. در نتیجه این تحولات واضح است که در اکثر موارد یک عفو ناقض حقوق بین‌الملل خواهد بود.

با وجود این، در صورتی که مشارکت بین‌المللی و ملاحظات سیاسی مشروع قابل اثباتی در صدور یک عفو وجود داشته باشد، آن عفو از سوی جامعه بین‌المللی پذیرفته خواهد شد؛ لذا در مواردی که یک عفو فاقد این عناصر بوده و آشکارا ناقض حقوق بین‌الملل باشد، احتمالاً اعتباری در خارج از مرزهای ملی نخواهد داشت.

در عین حال این راهبردهای کلی حاکی از یک رویکرد عملی است که نشان می‌دهد کار دیوان کیفری بین‌المللی آسان نخواهد بود. مواد اساسنامه را

نمی‌توان به آسانی در ارتباط با عفوها اجرا کرد. تصمیم‌گیری در خصوص چنین تعقیب‌هایی مسلماً مستلزم قضاوت سیاسی و حدی از انعطاف در رویکرد است. راجع به اینکه تا چه اندازه یک عفو برای گذار سیاسی و نظامی در کشورهای مختلف لازم است اختلاف‌نظر وجود دارد. خود همین مطلب که این مسئله‌ای اختلافی است نشانگر مشکلاتی است که دیوان با آن مواجه خواهد بود. مشارکت مستمر سازمان‌های بین‌المللی، همچون سازمان ملل متحد، در مذاکرات مربوط به صدور عفو نشانگر تأیید عملی نقش عفوها در فائق آمدن بر وضعیت‌های مخاصمات شدید داخلی است و به دیوانی که قرار است یک استاندارد حقوقی را اجرا کند کمکی نمی‌کند. همچنین این امکان وجود دارد که اگر دیوان به مسئله یک عفو صادره تحت حمایت سازمان ملل که در گذشته همیشه مطابق حقوق بین‌الملل نبود بپردازد با سازمان برخورد کند. ممکن است تحت شرایطی بزرگ‌ترین تهدید نسبت به احترام به یک عفو ملی اعمال یک جانبه صلاحیت کیفری توسط دولت دیگر باشد. احتمالاً دیوان کیفری بین‌المللی از یک دولت معین محتاط‌تر بوده و در مواردی که مشارکت یا تأیید بین‌المللی وجود دارد با دقت بیشتری اقدام خواهد کرد. با وجود این، روند حقوقی آشکاری وجود دارد که مشروعیت عفوهای ملی را، اگرچه همچنان در عمل اتخاذ می‌شوند، زیر سؤال می‌برد و دیوان نیز به‌عنوان یک مرجع حقوقی احتمالاً دیدگاه مخالف شدیدی نسبت به آنها خواهد داشت.



## تکامل تدریجی قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی:

### سفر گذشته و چشم‌انداز آینده\*

روس پی. بوکلی\*\*

گائو ایکس یانگ\*\*\*

مترجم: ماشاءالله بناء نیاسری\*\*\*\*

دکترین استقلال اعتبار اسنادی از معاملات مرتبط با آن، سنگ زیربنای حقوق اعتبارات اسنادی را تشکیل می‌دهد. بر اساس این دکترین، تعهد بانک گشاینده اعتبار اسنادی مستقل از قرارداد پایه بیعی است که اعتبار جهت پرداخت ثمن آن افتتاح شده است. استثنایی که بر این دکترین وارد شده، فرض ارتکاب تقلب است.

مطابق قاعده تقلب، با وجود آنکه ممکن است اسناد ارائه شده برحسب ظاهر دقیقاً منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار باشد، چنانچه پیش از پرداخت

---

\* مشخصات مأخذ اصلی مقاله به قرار زیر است:

Ross P. Buckley & Gao Xiang, The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead, (2002) 23 University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law, pp. 663-712.

\*\* استاد حقوق و مدیر مرکز پژوهشی امور مالی و تجارت جهانی تیم‌فیسچر، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا). از دستیار تحقیق توانای مان، جیمزوالش، جهت همکاری در تنظیم پانوشته‌های مقاله سپاسگزاریم.

\*\*\* قاضی دیوان‌عالی کشور جمهوری خلق چین؛ عضو ارشد مرکز پژوهشی امور مالی و تجارت جهانی تیم‌فیسچر، وابسته به دانشگاه بوند (استرالیا). این مقاله را به راهنما و مشاور آگاه در سفرهای علمی و تحقیقاتی مان، و انسان بسیار محبوب و دوست‌داشتنی یان کامرون، تقدیم می‌کنیم.

\*\*\*\* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

وجه معلوم شود تقلبی ارتکاب یافته، پرداخت مبلغ اعتبار را می‌توان متوقف ساخت مشروط بر آنکه ارائه‌کننده اسناد یا طرف مطالبه‌کننده وجه اعتبار، در زمره اشخاصی نباشد که مورد حمایت هستند.

قاضی لودین در پرونده مشهور بانک نوآ اسکوتیا به طرفیت آنجلیکا - وایت‌ویر لیمیتد، مصالح متعارضی را که در خصوص قاعده تقلب رویاروی یکدیگر قرار دارند به درستی تشریح نموده است؛ به گفته او:

«فرصت‌ها و امکاناتی که ایراد تقلب در اختیار می‌نهد نباید وسیله ایجاد تردید و بلا تکلیفی جدی و بی‌اعتمادی نسبت به سازوکار عملیات اعتبار اسنادی شود. در عین حال، اعمال اصل استقلال اعتبار نیز نباید چنان باشد که ارتکاب تقلب را در این عملیات ترغیب یا تسهیل کند»<sup>۱</sup>

قاعده تقلب به گشاینده اعتبار یا دادگاه امکان می‌دهد واقعیت‌هایی را که در پس ظاهر اسناد منطبق قرار دارند، بررسی کنند و چنانچه تقلبی مشاهده نمودند پرداخت وجه را متوقف سازند. فلسفه وجودی اعتبارات اسنادی آن است که تضمینی مطلق مبنی بر پرداخت ثمن برای فروشنده فراهم آورند، مشروط بر اینکه فروشنده اسناد صحیحی ارائه و تسلیم کند. لذا، قاعده تقلب تأثیری بس مهم بر تعهد ناشی از اعتبار اسنادی دارد و از این روی به عنوان «بحث‌انگیزترین و مبهم‌ترین موضوع» در قلمرو حقوق اعتبارات اسنادی قلمداد شده است.<sup>۲</sup>

اما چه نیاز و ضرورتی به وجود قاعده تقلب است؟ حداقل سه دلیل برای ضرورت وجود چنین قاعده‌ای می‌توان برشمرد: (۱) مسدود کردن راه سوءاستفاده از سازوکار اعتبار اسنادی؛ (۲) رعایت مصلحت و نظم عمومی مبارزه

1. *Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987]D.L.R. 161, 168(Can.).

2. Note, "Fraud in the Transaction": Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution, 93 Harv. L.Rev.992,995 (1980).

با حيله و تقلب؛ و (۳) حفظ سودمندی و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی. در ادامه هر یک از دلایل فوق را به طور جداگانه بررسی می‌نماییم.

#### ۱. مسدود کردن راه سوءاستفاده از سازوکار اعتبار اسنادی

بر طبق اصل استقلال اعتبار، در سازوکار اعتبار اسنادی کلیه طرفها اسناد را معامله می‌کنند، نه کالا یا خدماتی که اسناد به آنها مرتبط هستند. چنانچه اسناد ارائه شده بر حسب ظاهرشان، دقیقاً منطبق با شروط و تعلیقات مقرر در اعتبار باشند، گشاینده اعتبار مکلف است وجه اعتبار را تأدیه نماید، بدون توجه به هرگونه اختلاف یا ادعایی که ممکن است در خصوص سایر معاملات مرتبط وجود داشته باشد. گشاینده اعتبار جهت بازپرداخت کل آنچه تأدیه نموده حق دارد به متقاضی گشایش اعتبار رجوع کند، حتی اگر اسناد دریافتی مجعول یا حاوی اظهارات مزورانه از کار درآید. تنها تکلیف گشاینده اعتبار آن است که جهت اطمینان خاطر از اینکه اسناد ارائه شده بر حسب ظاهرشان منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار است، مراقبت و دقت معقولی را به عمل آورد. این دکتربین در حالت عادی به خوبی به تجارت مدد می‌رساند و کارایی تجاری اعتبارات اسنادی را تسهیل می‌کند.

مع‌هذا، «همانند تمام قواعد عامی که جهت هدایت رفتار انسان وضع شده، اجرای بیش از حد خشک» اصل استقلال اعتبار نیز ممکن است در بعض موارد، چنان توالی فاسدی را به همراه آورد که هدف و مقصود اولیه از این اصل را تحلیل برد.<sup>۳</sup> این وضع نامطلوب زمانی پیش می‌آید که تقلب در معامله مشاهده گردد. از آنجا که عملیات اعتبار اسنادی ماهیتاً سندمحور است، ذینفعی که وجه

3. Herbert A. Getz, Comment, Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases, 21 Harv. Int'l L. J. 189, 204 (1980).

اعتبار را مطالبه می‌کند ملزم نیست ثابت کند تعهدات ناشی از معامله پایه را به درستی ایفا کرده است؛ ذینفع صرفاً باید اسناد مطابق ارائه کند. تفکیک و جدایی اسناد از ایفای واقعی تعهدات ناشی از معامله پایه از حیث حقوقی، قطعاً برای آنکه اعتبارات اسنادی بتواند نقش اصلی تجاری خود را به منصفه ظهور رساند، لازم و ضروری است اما در عین حال این تفکیک روزه‌ای جهت سوءاستفاده از این سازوکار فراروی ذینفع دغل‌کار می‌گشاید و امکان سوءاستفاده را برای او فراهم می‌آورد. از این روی، افراد متقلب (کلاهبردار) ممکن است با به‌کار گرفتن سازوکار اعتبارات اسنادی از طریق ارائه اسناد مجعول یا مزور پول دیگران را تحصیل کنند؛ مثال سنتی این وضعیت فرضی است که فروشنده با ارائه اسنادی که از حیث شکل مطابق با شرایط و مقررات مذکور در اعتبار است، وجه اعتبار اسنادی را وصول می‌کند اما خریدار به جای کالای مورد انتظار، محموله‌ای حاوی مثنی زیاله و آشغال دریافت می‌دارد. به مدد قاعده تقلب که بجا وضع شده است، راه سوءاستفاده از سازوکار اعتبار اسنادی تنگ می‌شود؛ بدین‌سان اگر چه از هر حیله و تقلبی که بی‌عدالتی را سبب می‌شود نمی‌توان پیشگیری کرد، اما حداقل نتایج و آثار تقلب به حداقل می‌رسد.

## ۲. مصلحت و نظم عمومی جلوگیری از تقلب

قاعده تقلب خلأ و نقطه‌ضعف موجود در حقوق اعتبارات اسنادی را برطرف می‌کند و نیاز به نظم عمومی دایر بر جلوگیری از تقلب را پاسخ می‌گوید. همان‌گونه که یک قاضی امریکایی بیان داشته است: «مصلحت عمومی اقتضا می‌نماید به همان میزان که از کاربرد اعتبارات اسنادی حمایت می‌شود، به همان اندازه نیز از ارتکاب تقلب ممانعت به‌عمل آید»<sup>۴</sup>. بنابراین، قاعده تقلب

4. *Dynamics Corp. of Am. v. Citizens & S. Nat'l Bank*, 356 F. Supp. 991, 1000(N.D. Ga. 1973) (Edenfield, J.).

بخشی از یک نظام حقوقی سالم است که بر مصلحت عمومی مبارزه با حيله و تقلب نیز صحنه می‌گذارد.

این مصلحت امروزه بیش از هر زمان دیگری نیازمند تأکید و توجه است. در سالیان اخیر، کلاهبرداران و متقلبان از اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های مستقل به نحو روزافزونی به‌عنوان ابزارهایی استفاده کرده‌اند که از طریق آن «نقشه‌های کلاهبردارانه خود را پیاده نموده و گذشته از وقت و هزینه‌های زیادی که هدر رفته، میلیون‌ها دلار پول سرمایه‌گذاران را بالا کشیده‌اند و باعث اقامه دعاوی حقوقی بی‌شمار، تحقیقات کیفری وسیع، و لکه‌دار شدن آبرو و حیثیت ابزارهای مشروع و قانونی تجارت و تأمین منابع مالی گردیده‌اند».<sup>۵</sup> چنانچه حقوق موضعی غلیظ و شدید در مقابل تقلب اتخاذ کند، چه بسا متقلبان و کلاهبرداران احتمالی از دست یازیدن به اعمال شوم و فریبکارانه خود بازداشته شوند.

### ۳. حفظ کارایی و سودمندی تجاری اعتبارات اسنادی

ارتکاب تقلب در اعتبارات اسنادی نه تنها خلاف نظم و مصلحت عمومی جلوگیری از تقلب است، «یک تهدید بالقوه خطرناک برای کارایی تجاری اعتبارات اسنادی نیز»<sup>۶</sup> به‌شمار می‌رود. رمز رواج و شیوع اعتبارات اسنادی در

5. James Byrne, Critical Issues in the International and Domestic Harmonisation of Letter of Credit Law and Practice, in Commercial Law Annual 389, 421(1995).

برای دیدن مجموعه‌ای از مقالات و گزارش‌ها درباره این کلاهبرداری‌ها رک.

*Id.*: at 421 n.47

همچنین رک.

ICC Commercial Crime Bureau, Special Report: Prime Bank Instrument Frauds (1994) [here in after Prime Bank Instrument Frauds]; ICC Commercial Crime Bureau, Special Report: Prime Bank Instrument Frauds II (1996) [here in after Prime Bank Instrument Frauds II].

6. Guy W. Lewin Smith, Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud: The American Accord. 24 Va. J. Int'l L. 55, 96 (1983)..

این حقیقت نهفته است که این ابزار بین منافع متعارض طرفهای درگیر در عملیات، تعادلی منصفانه برقرار می‌کند. گردش سالم و طبیعی اعتبار اسنادی نه تنها دسترسی ایمن و سریع ذینفع به ثمن معامله یا [در مورد اعتبارنامه تضمینی] دریافت مطمئن و سریع مبلغی پول از سوی ذینفع در صورت تخلف متقاضی اعتبار از اجرای تعهد را ممکن می‌سازد، برای متقاضی نیز وام و اعتبار و / یا مزایای اقتصادی دیگری فراهم آورده، و با ملزم نمودن ذینفع به ارائه اسنادی که نشانگر اجرای صحیح تعهدات ناشی از معامله پایه است، از متقاضی در مقابل مطالبه نابجای وجه اعتبار مراقبت نموده، و مهم‌تر از همه اینکه به متقاضی کمک می‌کند هدف و مقصود تجاری خود را فعلیت بخشد. این سازوکار همچنین سبب می‌گردد که گشاینده اعتبار در ازای خدماتی که جهت انطباق و بررسی اسناد ارائه می‌کند، کارمزد دریافت دارد.

چنانچه یک طرف از خلأ و نقطه‌ضعفی که در سازوکار اعتبار اسنادی است بهره‌برداری سوء نماید و با ارائه اسناد مجعول یا مزور سایر طرفهای ذینفع در عملیات را بفریبد، اعمال و اقدامات او به سایر طرفهای درگیر در عملیات صدمه‌زده و تعادلی را که در سازوکار اعتبار اسنادی مدنظر است، برهم می‌زند. به عنوان مثال، در یک معامله اعتبار اسنادی تجاری، اگر فروشنده هیچ کالایی ارسال نکند یا صرفاً مشتی زباله و آشغال ارسال کند، اما با ارائه اسناد مجعول یا مزور وجه اعتبار را وصول نماید، این امر به متقاضی اعتبار زیان می‌رساند. ممکن است استدلال شود که در حقوق اعتبارات اسنادی، خریدار می‌تواند به استناد ارتکاب تقلب در معامله پایه علیه فروشنده طرح دعوا نماید، اما این گفته معمولاً پیشنهاد جالبی نیست. در غالب موارد، شخص متقلب «پیش از کشف تقلب یا جعل متواری می‌شود».<sup>۷</sup> به همین‌سان، اعمال متقلبانه فروشنده ممکن

7. Peter Ellinger, Documentary Credits and Fraudulent Documents, in Current Problems of International Trade Financing 185, 191 (C.M.Chinkin et al., eds., 1983).

است به منافع گشاینده اعتبار نیز آسیب وارد کند. غالباً بانک به شرطی با افتتاح اعتبار اسنادی موافقت می‌نماید که کالا در ازای پرداخت وجه اعتبار اسنادی در وثیقه بانک گشاینده قرار بگیرد. حال چنانچه اصلاً کالایی ارسال نشود یا صرفاً مشتی زیاله و آشغال ارسال گردد، حق وثیقه گشاینده اعتبار بر کالا نیز عقیم مانده است.<sup>۸</sup>

همانند هر ابزار تجاری، رواج و شیوع اعتبار اسنادی قائم به اعتماد کاربران آن است. اگر احتمال سوءاستفاده از سازوکار اعتبار اسنادی کاهش نیابد، و بازار حيله و تقلب در این حوزه رونق بگیرد، با کاهش کارآمدی اقتصادی اعتبار اسنادی، اعتماد به سازوکار اعتبارات اسنادی نیز رو به افول خواهد نهاد. همان‌گونه که پروفیسور کزولچیک تبیین می‌نماید:

«اطمینان از پرداخت وجه اعتبار اسنادی برای آنان که به عنوان ذینفع، پول، کالا یا خدمات خود را در اختیار متقاضی اعتبار قرار می‌دهند، عنصری بس مهم است... اما [در برابر سوءاستفاده‌ها] برای متقاضی اعتبار چه تمهیدی بیاندیشیم؟ رهاکردن متقاضی اعتبار بی‌آنکه راه چاره‌ای در مقابل تقلب فراروی او قرار دهیم، نیز به همین‌سان

۸ در عمل، گشاینده اعتبار علاوه بر حق وثیقه‌ای که بر کالا تحصیل می‌کند، از سایر اموال متقاضی اعتبار نیز مالی را به رهن می‌گیرد. بنابراین، ریسک گشاینده اعتبار بسیار کمتر از خطری است که متقاضی اعتبار با آن مواجه است. با این همه، چنانچه تقلب رخ دهد و متقاضی اعتبار نتواند کالا را دریافت دارد، ریسک گشاینده اعتبار آشکارا افزایش می‌یابد. تقلب به طرق دیگری نیز ممکن است به منافع گشاینده اعتبار لطمه وارد کند؛ به عنوان مثال، همان‌گونه که کریستوفر اسپارکس تبیین نموده است: «بانکها و بانکداران به شهرت و اعتبار و آبروی خود در نظر عامه مردم و مدیران بسیار اتکا دارند؛ آبرو و شهرت نیک با سختی به دست می‌آید، اما آسان از کف می‌رود. تقلب، باطناً و ظاهراً، بی‌تردید دشمن «شناخته‌شده‌ای» است که ثبات جامعه بانکداری بین‌المللی را تهدید می‌کند. رک.

Prime Bank Instrument Frauds, *supra* note 5, at 40.

انتظارات و امیدهای متقاضی اعتبار را ناکام خواهد نهاد. گذشته از این، اگر اعتبار اسنادی به ابزاری گریزناپذیر، غیرقابل توقیف و آسان جهت ارتکاب تقلب مبدل گردد، چگونه ممکن است متقاضی با حسن نیت حاضر به گشایش اعتبار اسنادی و تعهد بازپرداخت وجه اعتبار به بانک گشاینده باشد؟ همان‌گونه که در خصوص سایر نهادهای حقوقی بازرگانی صادق است، رویکردی که از یک طرف رابطه به زیان طرف دیگر حمایت کند، باعث تضعیف کارایی آن نهاد می‌گردد.<sup>۹</sup>

به کمک قاعده تقلب امکان سوءاستفاده از سازوکار اعتبار اسنادی از سوی متقلبان محدود شده و کاربران صادق اعتبار اسنادی با فراغ بال بیشتری خواهند توانست از این ابزار بهره‌برداری کنند. بنابراین، قاعده تقلب به حفظ کارایی و سودمندی اقتصادی اعتبار اسنادی نیز یاری می‌رساند.

#### ۴. سیرتاریخی توسعه و تکامل قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی

##### ۴.۱. یک دعوای قدیمی

تعیین زمان دقیق طرح موضوع تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی کار چندان آسانی نیست، اما «این اندیشه که تقلب قواعد عادی اعتبارات اسنادی را واژگون

9. Boris Kozolchyk, *The Immunization of Fraudulently Procured Letter of Credit Acceptances: All Services Exportacao, Importacao Comercio, S.A. v. Banco Bamerindus do Brazil S.A. and First Commercial v. Gotham Originals*, 58 Brook. L.Rev. 369,370(1992).

برای دیدن نظراتی با مضمون مشابه همچنین رک.

Byrne, *supra* note 5, at 397.

پروفسور بایرن در منبع فوق می‌نویسد: «اگر اعتبار اسنادی به وسیله‌ای مبدل شود که بی‌جهت از یکی از طرفین به زیان طرف دیگر جانبداری می‌کند، خاصیت و جاذبه اصلی خود را به‌عنوان برقرارکننده تعادل بین منافع متقاضی اعتبار و ذینفع اعتبار از دست خواهد داد».



و دگرگون می‌سازد، اندیشه‌ای کهن است.<sup>۱۰</sup> در دعوای پیلانس به طرفیت وان میروپ، دعوایی انگلیسی که به سال ۱۷۶۵ رسیدگی شده، وایت که تاجری در ایرلند بود از خواهان‌ها، یعنی پیلانس و رز که در هلند به تجارت اشتغال داشتند، درخواست نمود مقداری پول به او قرض دهند.<sup>۱۱</sup> پیلانس و رز قبول براتی را که برعهده ایشان صادر می‌شد منوط بر آن کردند که یک اعتبار اسنادی تأیید شده نزد یک تجارتخانه معتبر در لندن به نفع ایشان جهت بازپرداخت مبلغی که تأدیه می‌کنند، افتتاح شود. وایت تجارتخانه خواندگان، یعنی تجارتخانه میروپ و هایپکینز را برای این منظور در نظر گرفت.

هم وایت و هم خواهان‌ها نامه‌ای خطاب به وان میروپ و هایپکینز نوشته و از ایشان سؤال نمودند آیا با گشایش اعتبار موافق هستند یا خیر، و خواندگان با این امر موافقت کردند. اما هنگامی که خواهان‌ها وجه اعتبار را از خواندگان مطالبه نمودند، ایشان از پرداخت بروات خواهان‌ها امتناع ورزیدند؛ چرا که وایت (مقتضای گشایش اعتبار) ورشکسته شده بود.

در مرحله رسیدگی نخستین، نظر هیئت منصفه به نفع خواندگان صادر شد. در مرحله پژوهش، خواندگان (پژوهش‌خواندگان) نخست دفاع نمودند که تعهد ایشان، تعهدی باطل است؛ زیرا که عوض مناسب در معامله وجود نداشته است. این دفاع از سوی قاضی لرد مانسفیلد، با این استدلال که معامله حاضر قراردادی تجاری است [و نیازمند عوض نمی‌باشد] مردود اعلام گردید. اما این قاضی فاضل در عین حال نظر داد که چنانچه تقلبی در معامله مشاهده می‌شد، امتناع خواندگان از پرداخت وجه می‌توانست موجه باشد. لرد مانسفیلد اظهارنظر نمود

10. John F. Dolan, *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits* ¶ 7.03[1] n. 22 (rev. ed. 1996).

11. *Pillans v. Van Mierop*, 97 Eng. Rep. 1035 (1765).

«علی‌هذا، من معتقدم که وان میروپ و هاپکینز باید به تعهد ناشی از اعتبار اسنادی ملتزم باشند، مگر اینکه تقلبی علیه ایشان رخ داده باشد؛ چه اینکه ایشان به موجب یک عمل تجاری، خود، خویشان را متعهد ساخته‌اند که جهت بازپرداخت وام به نفع پیلانس و رز اعتبار اسنادی بگشایند».<sup>۱۲</sup>

متعاقب اظهار نظر لرد مانسفیلد، خوانندگان (پژوهش‌خوانندگان) بر دفاعیتشان اضافه نمودند که «هم وایت و هم خواهان‌ها ... این معامله را با تقلب از خوانندگان مخفی نگاهداشته بودند».<sup>۱۳</sup> اما لرد مانسفیلد دفاع جدید خوانندگان را نیز رد کرد و اظهار داشت:

«اگرچه هیچ تقلبی در این معامله وجود ندارد، اما تبانی و سوءنیت می‌تواند [اعتبار اسنادی] را بی‌اثر کند... لیکن با توجه به این نامه‌ها به نظر من واضح است که تبانی و سوءنیتی وجود نداشته ... هم خواهان‌ها و هم وایت خطاب به میروپ و شرکت نامه نوشته‌اند و ایشان (خوانندگان) در پاسخ نامه مرقوم کرده‌اند که «بروات صادره از سوی خواهان‌ها را تأدیه خواهند کرد». بنابراین، خوانندگان به پیشنهادی که از سوی وایت به عمل آمده رضایت داده و آن را قبول کرده‌اند. و اصلاً به نظر نمی‌رسد که خواهان‌ها در آن هنگام در خصوص ملائت مالی وایت تردید داشته، یا قصد داشته‌اند که مسئله‌ای را از خوانندگان پنهان نگاهدارند».<sup>۱۴</sup>

پرونده پیلانس دعوایی بود که بیش از دو‌یست سال پیش، یعنی زمانی که اعتبار اسنادی هنوز در مراحل آغازین تکوین و شکل‌گیری بود، مورد رسیدگی قرار گرفت. دعوای مزبور اساساً همانند یک دعوای مربوط به قرارداد اقامه و

12. *Id.* at 1035-1036.

13. *Id.* at 1037.

14. *Id.* at 1038.

قضاوت شد، و قاعده تقلب به تفصیل در این دعوا مورد مذاقه قرار نگرفت. اما به هر تقدیر، این دعوا یک پیام روشن با خود داشت: حقوق اعتبارات اسنادی نمی‌بایست نسبت به عمل متقلبانه بی‌اعتنا باشد و از کنار آن به تسامح بگذرد. دعوای پیلانس بذر قاعده تقلب را در زمانی کاشت که نوزاد اعتبارات اسنادی به تازگی متولد شده بود.

#### ۲. ۴. دعوای تقلب در اوایل قرن بیستم

قدیمی‌ترین دعوا در خصوص تقلب در اعتبار اسنادی که بسیار از آن نام برده می‌شود، پرونده هیگینز به طرفیت استینهاردر<sup>۱۵</sup> است؛ دعوایی امریکایی که به سال ۱۹۱۹ مورد رسیدگی قرار گرفت. در دعوای هیگینز، برای پرداخت ثمن یک محموله چوب درخت گردو که باید در تاریخ ۷ نوامبر ۱۹۱۸ یا قبل از آن با کشتی ارسال می‌شد، از اعتبار اسنادی استفاده شد. خریدار که خواهان دعوا بود با استناد به اینکه ذینفع‌های اعتبار (فروشنندگان) از حیث اینکه محموله چوب درخت گردو را تا دسامبر سال ۱۹۱۸ ارسال نکرده و لذا از قرارداد تخلف نموده‌اند، دعوایی به خواسته منع آنها از وصول وجه اعتبار و منع گشاینده اعتبار، یعنی مونورته اند کمپانی، از پرداخت وجه موضوع اعتبار اسنادی و فسخ اعتبار اقامه نمود. خواهان‌ها به علاوه ادعا نمودند که فروشنندگان، بارنامه را مزورانه تنظیم و در آن قید کرده‌اند که محموله در تاریخ ۳۰ اکتبر ۱۹۱۸ ارسال شد، و گشاینده اعتبار به‌رغم اینکه از وقایع مذکور مطلع شده، تصریح کرده که به محض ارائه بروات به همراه بارنامه‌ای که ظاهراً منطبق باشد، بروات را قبول و وجه آنها را می‌پردازد. دادگاه ضمن صدور قرار دستور موقت اظهار داشت:

15. *Higgins v. Steinhardter*, 175 N.Y.S.279 (1919).

«واضح است که خواهان تنها برای محموله‌ای که در ۷ دسامبر یا تاریخی پیش از آن ارسال گردد، اجازه داده از اعتبار اسنادی استفاده شود و لذا چنانچه محموله پس از این تاریخ ارسال شده باشد، پرداختی که برخلاف اعتبار مزبور به عمل آید، بدون اجازه است. چنین اعتباری در واقع یک اعتبار استفاده نشده است که در اثر انقضای مهلت اعتبار منحل شده است».<sup>۱۶</sup>

در طی دادرسی، گشاینده اعتبار دفاع نمود که به علت انتقال بروات مزبور به اشخاص ثالث، ملزم بوده است بروات صادره روی اعتبار موصوف را در هر صورت تأدیه نماید. اما دادگاه دفاع گشاینده اعتبار را نپذیرفته و اظهار داشت:

«همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، خواهان‌ها پرداخت وجه اعتبار را صرفاً بر مبنای اینکه محموله تا تاریخ معینی ارسال شود، اجازه داده‌اند. چنانچه نماینده مونورنه اند کمپانی (خوانده) بارنامه‌ای را که در واقع از حیث تاریخ ارسال بار مزورانه است به عنوان دلیل بر ارسال محموله پذیرفته باشد، این عمل نماینده خوانندگان سبب نزدیک هر زیانی است که ممکن است در اثر صدور برات بر روی اعتبار، وارد شود».<sup>۱۷</sup>

دعوای هیگینز اندکی پس از جنگ جهانی اول، یعنی زمانی که اعتبارات اسنادی در حال پدیدار شدن به شکل امروزی خود بود، طرح و مورد رسیدگی قرار گرفت. در پرونده مذکور، این مسئله که در بارنامه به نحو مزورانه تاریخی مقدم قید شده، می‌توانست مبنایی روشن برای دعوای خواهان باشد، اما نه

16. *Id.*, at 280.

17. *Id.*

برای دیدن نقد این رأی رک.

Note, Commercial Letters of Credit, 21 Colum.L.Rev.176, 179-81(1921).

خواهان‌ها و نه دادگاه دعوا را بر اساس قاعده تقلب پیگیری نکردند. اگر چه خواهان‌ها در دادخواست خود اعلام کردند که بارنامه ارائه شده حاوی اظهارات کذب در خصوص تاریخ ارسال محموله است، اما با این حال به نظر می‌رسد ایشان آن امر را صرفاً به عنوان مسئله‌ای موضوعی مطرح نمودند نه به عنوان سبب دعوا، زیرا ادعای اصلی آنها این بود که فروشندگان از قرارداد تخلف کرده‌اند؛ خواهان‌ها علیه فروشندگان به عنوان تقلب طرح دعوا نکردند. و اما دادگاه، با آنکه مبنای واقعی رأی دادگاه تقلب فروشندگان در ذکر تاریخ مقدم در بارنامه بود، با این حال رأی خود را بر قاعده تقلب مبتنی نساخت بلکه آن را بر مبنای حقوقی دیگری توجیه کرد: پرداخت وجه اعتبار در مقابل بارنامه‌ای که حاوی اظهار کذب می‌باشد «بدون اجازه» است. هنگامی که دادگاه این دفاع گشاینده اعتبار را که گشاینده مکلف است وجه بروات را به دارندگان ثالث با حسن نیت (منتقل الیهم با حسن نیت بروات) تأدیه نماید مردود دانست، در واقع یکی از اجزای مهم قاعده امروزین تقلب را که همانا حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت است، نادیده گرفت.

با توجه به ادعاها و استدلال‌های دعوای هیگینز به جرأت می‌توان گفت قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی در آن زمان در ایالات متحده چنان در مراحل اولیه جنینی بوده است که حتی اشخاص مشغول در مراکز مالی و بانکی‌ای همچون نیویورک نیز به اهمیت و فایده آن التفاتی نداشته‌اند.<sup>۱۸</sup> اگرچه بدیهی است که کشف تقلب در عملیات اعتبار اسنادی قابل اغماض نبود، اما نه

۱۸. این پرونده همچنین آشکار می‌سازد که حقوق اعتبارات اسنادی من حیث‌المجموع در آن زمان چندان تکامل نیافته بوده است، چندان که طرفین، اختلاف خود را به عنوان تخلف از قرارداد مطرح می‌کردند.

زیان دیده و نه دادگاه برای ایستادگی در برابر تقلب، به قاعده تقلب استناد نمی‌جستند؛ آنها راه دیگری را برای رسیدن به این هدف یافتند.

دعوی دیگری که به شکل‌گیری و تکوین قاعده تقلب در اوایل قرن بیستم ارتباط می‌یابد، دعوی سوسیته متالورژیک دابریو و ویلرابت به طرفیت بانک تجارت خارجی بریتانیا<sup>۱۹</sup> است؛ دعوایی انگلیسی که به سال ۱۹۲۲ مورد رسیدگی قرار گرفت. در این دعوا، خواهان‌ها مقداری فولاد به آقای فورد فروختند و مقرر شد که پرداخت ثمن از طریق اعتبار اسنادی به‌عمل آید. خوانده (گشاینده اعتبار) ثمن نخستین محموله را پرداخت اما بعداً بر اساس دستوراتی که از خریدار دریافت داشته بود، به ادعای اینکه فولاد ارسالی کیفیتی که در قرارداد شرط شده را دارا نیست از پرداخت وجه محموله‌های بعدی امتناع کرد. فروشندگان دعوایی علیه گشاینده اعتبار اقامه و خسارات ناشی از نقض قرارداد را مطالبه کردند. گشاینده اعتبار در دفاع علاوه بر ادعای قبلی خود مبنی بر اینکه کیفیت کالای ارسالی نازل‌تر از کیفیت مقرر در قرارداد بوده است، این دفاع را نیز اضافه نمود که اسناد ارائه شده درست و مرتب نمی‌باشند. اما قاضی بیلهاچ دادرس دادگاه کینگز بنچ دیوژن هر دو دفاع خوانده را مردود اعلام و رأی له فروشندگان صادر نمود. قاضی مزبور به هنگام بررسی موضوع کیفیت کالا، در مستندات فرعی رأی به مسئله تقلب اشاره نموده و اظهار داشت: «اما ادله زیادی در خصوص کیفیت واقعی فولادهای ارسالی تقدیم شده است. در هر دعوایی علیه بانک به جهت امتناع از پرداخت وجه اعتبار به علت نازل بودن کیفیت کالای ارسالی، ما صرفاً با دو فرض مواجه هستیم. در فرض اول، باید دید آیا شخص ارائه‌کننده اسناد، کالا را

19. *Societe Metallurgique D'Aubrives & Villerupt v. British Bank for Foreign Trade*, 11 Lloyd's List L.Rep.168 (K.B.1922).

چنان به نحو سوء توصیف نموده که مرتکب تقلب شده باشد. در صورت مثبت بودن پاسخ، می‌توان به بانک حق داد از پرداخت وجه اعتبار اسنادی خودداری کند. اما چیزی که حاکی از این موضوع باشد، در این پرونده مشاهده نمی‌شود.<sup>۲۰</sup>

دعوای سوسیته متالور گیگ، برخلاف دعوای هیگینز، پرونده‌ای بود که در آن نه تقلب وجود داشت و نه وجود آن ادعا شد. اختلاف در پرونده متالورگیگ برسر آن بود که آیا کالا دارای کیفیت مقرر در قرارداد است و آیا اسناد ارائه شده درست و مرتب می‌باشند یا خیر. مع‌هذا، اظهارنظر قاضی بیلهاچ حاکی از آن است که دادگاه آمادگی دارد تا چنانچه کشف شود تقلبی در معامله رخ داده، مداخله نموده و مانع از پرداخت وجه اعتبار اسنادی شود. این نظر همسو با موضعی است که در انگلستان از سوی لرد مانسفیلد در پرونده بیلانسن اتخاذ گردید. اما نکته‌ای که نامشخص باقی می‌ماند اینکه دادگاه در صورت کشف تقلب در این پرونده ممکن بود چگونه رأی خود را انشاء کند: آیا استدلال دادگاه همانند با استدلال دادگاه امریکایی در پرونده هیتگینز بود یا اینکه رأی دادگاه بر اساس قاعده تقلب به مفهومی که امروزه از این قاعده در ذهن داریم، صادر می‌گشت؟

این اندیشه که تقلب می‌تواند روند عادی پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف سازد، حداقل در دو پرونده دیگر که در دهه ۱۹۲۰ در ایالات متحده رسیدگی شد، نیز انعکاس یافته است. یکی از این دو پرونده، دعوای *الدکلونی تراست کمپانی* به طرفیت *لایرز تایتل و تراست کمپانی* است. در این پرونده، خواهان‌ها مبالغ هنگفتی به یک فروشنده شکر پیش‌پرداخت کردند و اعتبار

20. *Id.*, at 170.

اسنادی‌ای را که توسط خواننده صادر شده بود، به عنوان تضمین دریافت نمودند.<sup>۲۱</sup> در اعتبار اسنادی مقرر شد که بروات باید تنها هنگامی که «وزن خالص محموله هنگام تخلیه» که باید تا پیش از ۳۰ نوامبر ۱۹۲۰ صورت می‌گرفت، تعیین شود صادر گشته و به همراه دستوره‌های تحویل قابل معامله یا قبوض انبار قابل معامله باشد. وزن خالص هنگام تخلیه، تنها پس از آنکه مقامات گمرک کالا را در بندر مقصد جهت محاسبه حقوق و عوارض گمرکی واردات تخلیه و ارزیابی می‌کردند، و پس از پرداخت این هزینه‌ها بایستی تعیین می‌شد، و قبوض انبار تا زمانی که کالا به قبض فیزیکی انباردار داده نمی‌شد، نبایستی صادر می‌گشت. عملاً تمام محموله‌ها حداقل تا ۳۰ دسامبر ۱۹۲۰ از گمرک ترخیص نشد، با وجود این برواتی که همراه اسناد ظاهراً منطبق بود، پیش از تاریخ انقضای اعتبار اسنادی، جهت پرداخت ارائه گردید. خواننده با استناد به اینکه اسناد ارائه شده با شروط اعتبار اسنادی منطبق نمی‌باشد، از پرداخت وجه بروات خودداری کرد. خواهان‌ها جهت مطالبه خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط خواننده، اقامه دعوا نمودند، اما دادگاه نخستین دعوا را محکوم به رد دانست.<sup>۲۲</sup> در مرحله پژوهش، حوزه قضایی دوم امریکا رأی نخستین را تأیید کرده و متذکر شد:

«صورت‌حسابهای تجاری در سه نسخه همراه بروات ارائه شده و در هر یک قید گردیده است فلان تعداد کیسه شکر «میزان کسر وزن در اثر از دست رفتن رطوبت  $\frac{20}{100}$  صدم، وزن خالص محموله به هنگام تخلیه، حقوق گمرکی پرداخت شد، تحویل در نیویورک».

21. *Old Colony Trust Co. v. Lawyer's Title & Trust Co.*, 297 F.152 (2d Cir. 1924).

22. *Id.*, at 153.



از آنجا که اظهارات فوق که در صورت حسابهای تجاری آمده کذب است، لذا عدم مطابقت با اعتبار اسنادی وجود دارد....

پرواضح است، اگر گشاینده اعتبار اسنادی مطلع باشد که یک سند بهرغم ظاهر صحیح، در واقع مزورانه یا غیرقانونی است نمی‌توان او را ملزم دانست که چنین سندی را مطابق با شروط اعتبار اسنادی بپذیرد.<sup>۲۳</sup>

دعوی الد کلونی از بسیاری جهات مشابه دعوی هیتگینز است. در هر دو این دعوی اسناد مجعول بود، خواهانها دعوا را بر اساس نقض قرارداد اقامه کردند، و دادگاه توقیف پرداخت وجه اعتبار اسنادی را به سبب وجود تقلب مجاز دانست. تفاوت عمده بین دو دعوی فوق آن است که محاکم رسیدگی‌کننده به آنها هر یک آرای خود را بر مبنای مختلفی استوار ساختند: دادگاه در پرونده هیتگینز استدلال نمود که پرداخت وجه در مقابل بارنامه مجعول «بدون اجازه» است؛ حال آنکه دادگاه پرونده الد کلونی رأی خود را بر این مبنا استوار کرد که اسناد مجعول را نمی‌توان به عنوان اسناد مطابق با شروط اعتبار به حساب آورد. مع الوصف، هیچ‌یک از این محاکم به قاعده تقلب به عنوان یک سلاح مستقل جهت مبارزه با تقلب استناد نجستند.

دعوی دیگر در این خصوص، پرونده شرکت موریس اومیرآ به طرفیت بانک نشنال پارک است. در این دعوا، قرارداد پایه راجع به فروش کاغذ روزنامه که دارای توان کشش‌پذیری معینی باشد، بود.<sup>۲۴</sup> هنگامی که خواهان اسنادی بر

23. *Id.*, at 156, 158.

24. *Maurice O'Meara Co. v. National Park Bank*, 146 N.E.636 (N.Y.1925) (McLaughlin, J.) (Cardozo & Crane, JJ., dissenting).

برای دیدن تفاسیری ویژه بر این دعوا رک.

Recent Decisions, Banks and Banking- Letters of Credit-Defences Available to Bank, 25 Colum.L. Rev. 829 (1925); Comment, The Rights of the Seller under a Documentary Letter of Credit, 34 Yale L.J.775, 777 (1925); and Note, Banks and Banking-Letters of Credit-Issuing Bank's Liability, 9 Minn. L.Rev.657.659(1925).

حسب ظاهر مرتب ارائه و درخواست پرداخت وجه اعتبار را نمود، بانک گشاینده اعتبار (خواننده) به ادعای اینکه «شک معقولی در خصوص کیفیت کاغذ روزنامه [ارسالی] مطرح است»، از پرداخت وجه بروات امتناع کرد.<sup>۲۵</sup> خواهان (ذینفع اعتبار) برای مطالبه خساراتی که انتقال دهنده اعتبار، در اثر امتناع گشاینده از پرداخت وجه متحمل گردید، دعوایی علیه بانک گشاینده اعتبار اقامه کرد. گشاینده اعتبار در برابر دعوی مطروحه به این دفاع استناد جست که کیفیت کاغذهای ارسالی بسیار نازلتر از کیفیت مقرر است. اکثریت قضات دادگاه پژوهش نیویورک دفاع بانک گشاینده اعتبار را نپذیرفته و اظهار داشتند:

«بانک باید صرفاً به بروات و اسناد همراه آن توجه کند... چنانچه بروات هنگام ارائه، همراه اسناد درست و کاملی باشد، بانک مطلقاً ملزم است وجه اعتبار اسنادی را بپردازد، بدون توجه به اینکه علم یا ظن معقولی داشته که کاغذ ارسالی توان کشتش‌پذیری مقرر در قرارداد را دارد یا ندارد...»

نظری جز این، تفسیری انحرافی و افزودن چیزی است که در اعتبارات اسنادی وجود نداشته است و دادگاه نباید چنین کند، زیرا در این صورت تکلیفی بر دوش بانک گذاشته‌ایم که در اکثر موارد، با هدف و مقصود اصلی اعتبارات اسنادی مغایر است.<sup>۲۶</sup>

مع‌ذلک، قاضی کاردوزو [به عنوان یکی دیگر از قضات دادگاه پژوهش نیویورک] بانظر اکثریت قضات دادگاه مخالف بود. این قاضی فاضل پس تأیید این قاعده عمومی که بانک گشاینده اعتبار تکلیفی ندارد تا در خصوص اجرای تعهدات معامله پایه تحقیق کند، اظهار نمود:

25. *Maurice O'Meara Co.*, 146 N.E. at 636.

26. *Id.*

«من با این نظر مخالفم که چنانچه [بانک] صلاح دید و تحقیق کرد و از این طریق پی بزد که کالای ارسال شده در واقع آن کالایی نیست که در اسناد توصیف شده است، به رغم اطلاع بانک از این امر، فروشنده دغل کار بتواند بانک را ملزم به تأدیه وجه اعتبار کند. لازم به تذکر است که اختلاف حاضر اختلافی نیست که یک طرف آن بانک و طرف دیگر آن دارنده‌ای باشد که بروات را بدون اطلاع و در قبال عوض تحصیل کرده است. اختلاف بین بانک و فروشنده‌ای است که نسبت به ابزار تضمینی‌ای که مطالبه ثمن از طریق آن صورت می‌گیرد، مرتکب تدلیس شده است. در مورد اشخاصی که در چنین وضعیتی قرار دارند [به عبارت دیگر، چنانچه پای شخص ثالث با حسن نیت در میان نباشد]، اگر اسناد مجعول یا مزور بود، می‌توان پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف ساخت... به نظر من اگر تصور کنیم که بانک [در گشایش اعتبار اسنادی] فقط و فقط به اعتبار و خوش‌حسابی مشتری خود (مقتضای اعتبار) اتکا و توجه دارد و نه هیچ چیز دیگر، ماهیت حقیقی اعتبار اسنادی را نادیده گرفته‌ایم. بانک نه تنها به اعتبار و خوش‌نامی مشتری خود اتکا دارد، به کالایی که ارسال شده نیز به عنوان وثیقه می‌نگرد... من نمی‌توانم نظر اکثریت قضات دادگاه را دایر به اینکه بانک به هر مسئله‌ای که در خصوص کیفیت کاغذها مطرح شود، ارتباط و توجهی ندارد، بپذیرم. اگر چنین باشد، چه بسا عدل‌های ارسال شده به جای کاغذ روزنامه، مثنی کاغذ پاره باشد و به‌رغم آنکه بانک از واقعیت امر آگاه است، به صرف اینکه اسناد ارائه شده توسط ذینفع بر حسب ظاهر کافی است، همچنان عاجز و ناگزیر به پرداخت وجه باشد».<sup>۲۷</sup>

27. *Id.*, at 641.

برای دیدن نقد نظر مخالف رک.

Rights of the Seller, *Supra* note 24, at 781.

استدلال دعوای موريس او میرآ در مقایسه با دعوایی که تاکنون مورد بحث قرار گرفت، بسیار ظریفتر و پختهتر و تأثیر آن در شکل‌گیری قاعده تقلب بسی بیشتر است. اولاً، قاضی کاردوزو در نظر مخالف خود نه تنها بر آن بود که در سازوکار اعتبار اسنادی «اگر اسناد مجعول یا مزور باشد، می‌توان پرداخت وجه اعتبار را متوقف ساخت»، بلکه به منفعت اشخاص ثالث با حسن‌نیت، یا به تعبیری «دارنده‌ای که بروات را بدون اطلاع و در قبال عوض تحصیل کرده»، و حق وثیقه‌گشاینده اعتبار بر کالایی که اسناد معرف آن است، نیز توجه نمود.<sup>۲۸</sup> ثانیاً، دعوای موريس او میرآ بر اساس حقوق اعتبارات اسنادی اقامه و مورد رسیدگی قرار گرفت، نه آنکه همچون دعوای دیگر، به عنوان مصداقی از دعوای قرارداد طرح و رسیدگی شود. البته، از مجموع نظر اکثریت و نظر مخالف قاضی کاردوزو می‌توان دریافت که استدلال دعوای موريس او میرآ بسیار مشابه با استدلال یک دعوای تقلب در اعتبار اسنادی است که در دوران معاصر طرح و رسیدگی می‌شود؛ در دعوای تقلب در اعتبارات اسنادی در دوران معاصر معمولاً دادگاه نخست بر اهمیت اصل استقلال اعتبار تأکید می‌کند و سپس اجزا و ارکان قاعده تقلب را بیان و آن را به اجرا می‌گذارد.

### ۳. ۴. شرح و تفسیری بر دعوای فوق

پدیده تقلب، پدیده‌ای «همیشگی و همه‌جایی»<sup>۲۹</sup> است؛ همچنین است تلاش برای کنترل و مهار تقلب. از این رو است که بحث از قاعده تقلب در

مقایسه کنید با منبع زیر که استدلال می‌کند «در بعض موارد، بانک ممکن است به شروط عقد بیع استناد نماید تا مسئولیت خود را محدود کرده یا از مسئولیت معاف گردد».

Banks and Banking, *Supra* note 24, at 658.

28. *Id.*

29. L.H. Leigh, *The Control of Commercial Fraud* 3 (1982).

حقوق اعتبارات اسنادی چنین زود از سال ۱۷۶۰ مطرح می‌گردد. اما، همان‌گونه که مروری اجمالی بر دعاوی فوق نشان داد، قاعده تقلب حتی تا پیش از دهه ۱۹۲۰ چندان توسعه و تکامل نیافته بود. همچنان‌که این واقعیت با توجه به اینکه هیچ یک از دعاوی مورد بررسی بر اساس قاعده تقلب اقامه و مورد رسیدگی قرار نگرفته، به خوبی هویدا می‌گردد. به نظر می‌رسد خواهان‌ها در آن زمان از قاعده تقلب اطلاع نداشته یا با آن خوی نگرفته بودند تا جهت پیشبرد دعاوی-شان به آن استناد جویند. این نکته با دقت در دعاوی هیتگینز و الد کلونی به اثبات می‌رسد. با وجود این، یک نکته در کلیه آرای فوق‌الذکر به قدر کافی روشن است، اگرچه این نکته در مستندات فرعی آرا آمده است: اسنادی که ذینفع به موجب اعتبار اسنادی ارائه می‌دهد، باید هم اصل و هم صحیح و کامل باشد و لذا گشاینده اعتبار را نمی‌توان ملزم نمود اسنادی را قبول کند که به جعلیت یا تزویر آن علم دارد. یا به تعبیر فینکلستین «به هر تقدیر، اصل حقوقی واضح است. چنانچه بانک بتواند ثابت کند که فروشنده به نحو متقلبانه عمل کرده، هیچ تکلیفی به پرداخت وجه اعتبار به فروشنده نخواهد داشت».<sup>۳۰</sup> با ترکیب این نکته اساسی با اجزا و عناصری که در نظر مخالف قاضی کاردوزو در پرونده موریس اومیرآ شمارش شد، می‌توان به جرأت گفت که تقریباً تمام خشت و گل لازم برای پی‌ریزی قاعده تقلب تا زمان رأی موریس اومیرآ فراهم آمده بود: تمام آنچه مورد نیاز بود دعوایی همچون دعاوی سزتجن به طرفیت جی هانری شرودر بانکینگ کرپوریشن<sup>۳۱</sup> بود تا کمک کند این بنا برافراشته گردد.

30. Herman N. Finkelstein, *Legal Aspects of Commercial Letters of Credit* 248 (1930).

31. *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31N.Y. S.2d 631 (Special Term 1941).

### ۵. دعوای سزتجن به مثابه کاتالیزور

دعوای سزتجن دعوایی بسیار مشهور و قاعده‌ساز در روند شکل‌گیری قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی به‌شمار می‌رود. این رأی نه تنها مورد اقتباس نویسندگان کد متحدالشکل تجارت امریکا (یو.سی.سی.) قرار گرفت، در کد متحدالشکل تجارت تدوین شد، و تقریباً در کلیه دعوای بعدی راجع به تقلب در اعتبارات اسنادی در ایالات متحده مورد پیروی قرار گرفت، به علاوه در کلیه کشورهای کامن‌لا نیز با نظر مساعد بدان استناد یا از آن تقلید گردید. بنابراین، اهمیت و اعتبار دعوای مزبور ایجاب می‌کند که در اینجا به طور خاص به مطالعه آن پردازیم.

#### ۱. ۵. وقایع دعوای سزتجن

سزتجن برای خرید پشم از شرکت ترانسی تریدرز لیمیتد که یک شرکت هندی بود، با این شرکت قراردادی منعقد کرد. جهت پرداخت ثمن کالا، سزتجن از شرودر تقاضا نمود که اعتباری اسنادی را به نفع ترانسی افتتاح کند. ترانسی (فروشنده) پنجاه عدل جنس بار یک کشتی بخار کرده، و اسناد مقرر در اعتبار اسنادی را تهیه و براتی به حواله کرد بانک چارترد صادر کرد که این بانک برات مزبور را همراه با اسناد مقرر جهت پرداخت به شرودر (گشاینده اعتبار) ارائه داد. پیش از پرداخت وجه اعتبار، سزتجن دعوایی به خواسته اعلام بطلان اعتبار اسنادی و برات صادره به موجب آن و صدور دستور موقت دایر به منع گشاینده اعتبار از قبول و پرداخت وجه برات، اقامه کرد و مدعی شد که ذینفع اعتبار در واقع «پنجاه عدل از موی گاو و سایر مواد بی‌ارزش و آشغال پر کرده، به نحوی که مشابه کالای اصل باشد و بدین شکل قصد فریب خواهان را دارد

...»<sup>۳۲</sup> خواهان همچنین ادعا کرد که بانک ارائه‌کننده اسناد صرفاً از جانب ترانسی وکیل در وصول است نه دارنده ثالث با حسن‌نیتی که در قبال برات عوض داده باشد. بانک ارائه‌کننده اسناد با استناد به اینکه سبب دعوا در دادخواست بیان نشده، درخواست رد دادخواست را نمود؛ چه اینکه «بانک چارترد صرفاً با اسناد ارتباط دارد و اسناد برحسب ظاهرشان با شروط و مقررات اعتبار مطابق می‌باشد».<sup>۳۳</sup>

## ۲. ۵. رأی دعوای سزنجن

قاضی شینتاج با رسیدگی به درخواست رد دعوا، کلیه ادعاهای خواهان را صحیح فرض کرد؛ به عبارت دیگر، «اینکه ترانسی نقشه فریب خواهان را داشته ...، و کالای ارسال شده توسط ترانسی مثتی زباله بی‌ارزش بوده است، و بانک چارترد دارنده ثالث با حسن‌نیت برات که در قبال آن عوض داده باشد نیست بلکه صرفاً جهت وصول وجه برات به حساب ترانسی اقدام می‌کند را مسلم و محرز انگاشت».<sup>۳۴</sup>

دادگاه با استناد به این واقعیت «محرز و ثابت شده» که تقلب در معامله رخ داده است، به صراحت درخواست رد دادخواست خواهان را که از سوی بانک چارترد مطرح شده بود، مردود دانست و به نفع خواهان رأی داد. قاضی شینتاج در جریان انشای این رأی، نخست اهمیت اصل استقلال اعتبار را در حقوق اعتبارات اسنادی تصدیق نموده و اظهار می‌دارد:

«اینکه اعتبار اسنادی، مستقل از قرارداد اصلی بیعی است که بین خریدار و فروشنده منعقد شده، قاعده‌ای شناخته شده است. بانک

32. *Id.*, at 633.

33. *Id.*, at 632.

34. *Id.*, at 633.

گشاینده اعتبار موافقت می‌کند به محض ارائه اسناد، نه کالا، وجه اعتبار را بپردازد. این حکم لازم و ضروری است تا کارآمدی اعتبار اسنادی به عنوان ابزاری برای تأمین منابع مالی تجارت حفظ گردد. یکی از اهداف اصلی اعتبار اسنادی این است که یک طریق حی و حاضری جهت وصول سریع ثمن کالا در اختیار فروشنده قرار دهد. چنانچه بانک ملزم یا حتی مختار باشد که پیش از پرداخت براتی که به عهده او صادر شده، به درخواست خریدار درباره وقایع مذکور در اسناد تحقیق کند و وارد اختلافات فی مابین خریدار و فروشنده در خصوص کیفیت کالای ارسالی گردد، بدترین شکل مزاحمت و مداخله در معاملات تجاری صورت گرفته است.<sup>۳۵</sup>

قاضی مزبور سپس به اختصار دلایل این رأی را به گونه‌ای بیان داشته که ظاهراً متعارض با اصل فوق‌الذکر به نظر می‌رسد. ایشان اظهار می‌دارد:

«مسئلاً اجرای [اصل استقلال اعتبار] مستلزم آن است که اسناد همراه برات، اصل و منطبق با مقررات و شروط اعتبار اسنادی باشد... مع‌هذا، به گمان من در دعوی حاضر با شرایط متفاوتی روبرو هستیم. دعوی حاضر صرفاً اختلافی بین خریدار و فروشنده راجع به نقض تعهد مربوط به کیفیت کالا نمی‌باشد. در دعوی حاضر باید مسلم دانست که فروشنده به طور عمد اصلاً کالای مورد سفارش خریدار را ارسال نکرده است. در چنین شرایطی، اگر بانک پیش از ارائه بروات و اسناد جهت مطالبه وجه، از تقلب فروشنده آگاه گردد، اصل استقلال تعهد ناشی از اعتبار اسنادی، دیگر نباید قابل اجرا باقی بماند، تا بدین‌سان از فروشنده بی‌وجدان حمایت نگردد...»



اگر چه دادگاههای ما این معنا را که اعتبار اسنادی مستقل از قرارداد اصلی بین خریدار و فروشنده است فی الجمله بیان داشته‌اند، اما آن اظهارات در دعاوی ارائه شده که راجع به ادعای نقض تعهد است. هیچ دعوایی درباره این موضوع به رویت من نرسید که متضمن ارتکاب تقلب عمدی از جانب فروشنده باشد و آن تقلب به اطلاع بانک رسیده و بدین علت از بانک درخواست امتناع از پرداخت وجه برات شده باشد.<sup>۳۶</sup>

قاضی شیتاج در ضمن این رأی بسیار ارزشمند و مورد احترام، نه تنها مبنایی را بنیان نهاد که بر اساس آن پرداخت وجه اعتبار اسنادی را می‌توان متوقف ساخت، بلکه منافع سایر طرفهای دخیل در دعوا، یعنی بانک گشاینده اعتبار و بانک ارائه‌کننده اسناد را نیز مورد بررسی دقیق قرار داد. وی تصدیق کرد که اعمال متقلبانه فروشنده ممکن است به زیان حق وثیقه بانک گشاینده اعتبار نیز تمام شود. وی در خصوص موضوع اخیر اظهار داشت:

«هرچند مهمترین عامل در موافقت با گشایش اعتبار اسنادی، خوش‌نامی و اعتبار خریدار است، اما وثیقه‌ای که کالای [موضوع قرارداد پایه] فراهم می‌آورد نیز مدنظر گشاینده اعتبار می‌باشد. عملاً در اعتبار اسنادی مقرر می‌شود که بارنامه به حواله کرد بانک صادر شود نه به حواله کرد خریدار. اگر چه بانک در اجرای صحیح تمام تعهدات ناشی از عقد بیع ذینفع نیست، لیکن شدیداً علاقمند است تا مطمئن شود که اساساً کالایی که در اسناد معرفی شده وجود دارد یا خیر.»<sup>۳۷</sup>

و اما در خصوص وضعیت بانک ارائه‌کننده اسناد، یعنی بانک چارترد، قاضی شیتاج اظهار داشت:

36. *Id.*, at 634-635.37. *Id.*, at 635.

«در موردی که ادعای تقلب می‌شود یا کالای [ارسالی] نه تنها از حیث کیفیت نازل‌تر، بلکه مشتمل بر مثنی زباله بی‌ارزش است، یا برات و اسناد همراه آن در دست شخصی است که در همان موقعیت فروشنده متقلب قرار داشته و از جانب او نمایندگی دارد، یا پیش از ارائه بروات و اسناد جهت پرداخت بانک از تقلب مطلع می‌گردد، و یا بانک مایل نیست وجه اعتبار را مادام که در خصوص حقوق و تعهدات اشخاص دیگر حکم صادر نشده، تأدیه نماید، اگر به بانک امکان دهیم که از پرداخت وجه امتناع کند، عسر و حرجی پدید نخواهد آمد...»

در دعوای حاضر فقط و فقط دادخواست نزد من است و من مأخوذ و محدود به این ادعا هستم که بانک چارترد دارنده ثالث با حسن‌نیت برات نیست، بلکه صرفاً وکیل در وصول وجه برات به حساب فروشنده‌ای است که متهم به تقلب است. لذا درخواست بانک چارترد مبنی بر رد دادخواست را نمی‌توان پذیرفت. چنانچه از ظاهر دادخواست معلوم می‌شد بانکی که برات را جهت پرداخت ارائه کرده، دارنده ثالث با حسن‌نیت برات است، دعوای او علیه بانک گشاینده اعتبار اسنادی یحتمل با شکست مواجه نبود، حتی اگر در معامله اصلی شائبه تقلب وجود داشت».<sup>۳۸</sup>

### ۳. ۵. شرح و تفسیری بر دعوای سزتجن

با مقایسه دعوای سزتجن با دعوای دیگری که پیش از این بررسی شد، جای شگفتی باقی نمی‌ماند که چگونه این دعوا عموماً به عنوان دعوایی

تأثیرگذار در روند شکل‌گیری قاعده تقلب به حساب می‌آید. سزتجن دعوایی است که نه تنها وقایع آن شاخص و کثیرالوقوع است بلکه افزون بر این، ادعاها و رأی صادر در این دعوا نیز راهنمایی روشن برای دعاوی راجع به تقلب در اعتبار اسنادی فراهم می‌آورد. دعوی سزتجن بر خلاف دعاوی پیشین، بر اساس اصول حقوق اعتبارات اسنادی اقامه و رسیدگی شد، نه بر اساس اصول حقوق قراردادها. دعوی سزتجن نشان داد که چگونه متقاضی درمانده و ناکام اعتبار اسنادی که توسط ذینفع متقلب اعتبار فریب خورده می‌تواند به قاعده تقلب متوسل شود تا از منافع خود مراقبت کند.

مهم‌تر از همه اینکه دعوی سزتجن نخستین دعوایی بود که اجزای اصلی قاعده تقلب را بیان می‌داشت. در این رأی سه اصل بسیار مهم، بیان گردید: اولین اصل اینکه پرداخت وجه اعتبار اسنادی تنها در صورت تقلب می‌تواند متوقف گردد؛ صرف ادعای تخلف از تعهد را نمی‌توان دلیل و مستمسک توقف پرداخت وجه اعتبار قرار داد. دومین اصل اینکه توقیف پرداخت وجه اعتبار اسنادی تنها در فرضی ممکن است که تقلب اثبات شده یا محرز باشد؛ صرف ادعای تقلب دلیل موجهی برای قطع پرداخت وجه اعتبار نیست. سومین اصل اینکه چنانچه دارنده ثالث با حسن‌نیت برات یا ارائه‌کننده‌ای با وضعیت مشابه وجه اعتبار را مطالبه کند، به‌رغم وجود تقلب اثبات‌شده در معامله، پرداخت باید مطابق با شروط اعتبار صورت پذیرد.<sup>۳۹</sup>

مع‌هذا، شایان ذکر است، از آنجا که در دعوی سزتجن درخواست رد دادخواست عنوان شد و کلیه ادعاهای خواهان حقیقت فرض گردید، تمام مباحثی که در طی استناد به قاعده تقلب مطرح می‌شد، همچون قلمرو تقلب و

39. *Id.*, at 634-635.

بار اثبات و معیار یا درجه تقلب مجال طرح نیافت. این مباحث بکر و دست‌نخورده حد و مرزهای این دعوا را تشکیل می‌دهند و در تکامل و تحول بعدی قاعده تقلب، هم در ایالات متحده و هم در خارج از این کشور تأثیری بس مهم داشته‌اند.

## ۶. قاعده تقلب در ایالات متحده امریکا

قاعده تقلب، آن‌گونه که در دعوای سزتجن بیان شد، مورد اقتباس نویسندگان کد متحدالشکل تجارت امریکا قرار گرفت و در ماده ۵ این کد مدون گردید. بنابراین، هرگاه وضعیت قاعده تقلب در دوران معاصر در ایالات متحده مطالعه می‌گردد، نخست باید مقررات مرتبط ماده ۵ کد متحدالشکل بررسی شوند.

### ۶.۱. ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت

در متن پیشین (نخستین) ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت، قاعده تقلب در ضمن بند ۵-۱۱۴ (۲) آمده بود که مقرر می‌داشت:

«مگر در موردی که خلاف آن توافق شده باشد، هنگامی که اسناد بر حسب ظاهرشان مطابق با شروط اعتبار باشند اما سند مورد نیاز در واقع امر با تعهدات صورت گرفته مطابقت نداشته، یا مجعول یا مزور بوده، یا تقلبی در معامله رخ داده باشد، به محض واگذاری یا انتقال سند مالکیت کالا (بند ۷-۵۰۷) یا با واگذاری یا انتقال وثیقه‌نامه رسمی:

(الف) گشاینده اعتبار مکلف است وجه برات یا درخواست

پرداخت را تأدیه کند، مشروط بر اینکه وجه توسط بانک

منتقل الیه یا دارنده دیگری که برات یا درخواست پرداخت را به موجب اعتبار اسنادی و در شرایطی تحصیل نموده که سبب می‌گردد که آن دارنده، شخصی باشد که سند مالیکت کالا به درستی به او انتقال یافته (بند ۷-۵۰۲)، یا سبب می‌گردد که آن شخص منتقل الیه با حسن نیت و وثیقه‌نامه رسمی (بند ۸-۳۰۲) باشد؛  
و

(ب) در کلیه موارد دیگر، بانک گشاینده اعتبار می‌تواند در مقابل مشتری خود با رعایت حسن نیت، وجه برات یا درخواست پرداخت را تأدیه کند، به رغم آنکه از جانب مشتری نقلب، جعل یا ایراد دیگری به او اطلاع داده شده که در ظاهر اسناد قابل مشاهده نیست. اما دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند چنین پرداختی را متوقف کند.<sup>۴۰</sup>

۴۰. بندهای ۱۱۴ (۱) و ۱۱۴ (۳) ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت امریکا، به ترتیب اصل استقلال اعتبار و حق گشاینده اعتبار جهت بازپرداخت وجه پس از تأدیه را مورد تأکید قرار می‌دادند:
- ۱) گشاینده اعتبار مکلف است برات یا مطالبه‌نامه‌ای را که مطابق با شروط اعتبار مربوطه است بپردازد، بدون توجه به اینکه آیا کالا یا اسناد با قرارداد پایه بیع یا قرارداد دیگری که بین مشتری (متقاضی اعتبار) و ذینفع اعتبار منعقد شده، منطبق می‌باشد یا خیر. گشاینده اعتبار، از پرداخت این برات یا مطالبه‌نامه به سبب یک شرط کلی که بعداً اضافه شده باشد مبنی بر اینکه کلیه اسناد باید مطابق میل و رضایت گشاینده اعتبار باشد، معاف نمی‌شود؛ اما گشاینده اعتبار می‌تواند مقرر نماید که اسناد مشخص شده [در اعتبار] باید مطابق میل و رضایت او باشد....
- ۲) مگر اینکه به نحو دیگری توافق شده باشد، گشاینده‌ای که برات یا مطالبه‌نامه را به درستی پرداخته حق دارد فوراً بازپرداخت هر وجهی را که به موجب اعتبار تأدیه نموده، بخواهد؛ همچنین [در فرض قبول برات و مطالبه‌نامه] حق دارد بخواهد حداکثر تا یک روز قبل از سررسید برات یا مطالبه‌نامه قبول شده، وجه عملاً در اختیار گشاینده قرار گیرد.

بند ۵-۱۱۴-۲) اساساً بازگویی روح دعوی سزتجن بود؛ اما از حیث شکل‌گیری قاعده تقلب، تدوین قاعده تقلب در کد متحدالشکل تجارت از ابعاد مختلفی در مقایسه با رأی صادر شده در دعوی سزتجن، چنانچه این رأی به تنهایی باقی می‌ماند، به مراتب از اهمیت و ارزش بالاتری برخوردار بود.

اولاً، کد متحدالشکل تجارت، در لباس قانون به روشنی قربانیان تقلب در اعتبار اسنادی را که می‌توانستند با استناد به سلاح قاعده تقلب به نحو مؤثر از منافع خود حراست کنند، برشمرد. این قربانیان دیگر ناگزیر نبودند دعوی خود را با استناد به اصول دیگری همچون حقوق قراردادها (همانند دعوی هیتگینز) یا با اعلام عدم مطابقت اسناد (همانند دعوی الدکلونی) پیش ببرند.

ثانیاً، بند ۵-۱۱۴-۲) (ب) مقرر می‌داشت که در دو فرض ممکن است قاعده تقلب اعمال شود، امری که در دعوی پیشین از جمله دعوی سزتجن ابراز نشده بود: (۱) دادگاه صالح می‌تواند گشاینده اعتبار را از پرداخت وجه اعتبار منع کند، مشروط بر اینکه «اسناد بر حسب ظاهرشان منطبق بر شروط اعتبار باشد اما یکی از اسناد مورد نیاز... مجعول یا مزور بوده ... یا تقلبی در معامله رخ داده باشد»؛ و (۲) گشاینده اعتبار اختیار دارد («می‌تواند») به قاعده تقلب استناد و از تأدیه وجه برات یا درخواست پرداخت امتناع کند، مشروط بر اینکه تقلبی از نوع بالا به توجه بانک برسد.<sup>۴۱</sup>

41. *Id.*, sec.(2)(a),cmt.2.

اما بانک مکلف نیست به تقلب استناد و از پرداخت وجه خودداری کند. برای دیدن خلاصه‌ای موجز از دلایلی که برای عدم تکلیف بانک در این خصوص ارائه شده رک.

Wolfgang Freiherr Von Marschall, *Recent Developments in the Fields of Standby Letters of Credit, Bank Guarantees and Performance Bonds*, in *Current Problems of International Trade Financing* 260,275-82 (C.M.Chinkin ed., 1983).

در عمل، احتمال اینکه بانک وجه اعتبار را بپردازد بیش از امتناع از پرداخت است، زیرا امتناع از پرداخت ممکن است به ارزشمندترین سرمایه بانک که همان شهرت و اعتبارش است، صدمه بزند. در

ثانیاً، تدوین این ماده، به‌رغم شکل و قالب مختصر خود نقشی بس مهم در هماهنگی و یکنواختی قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی ایفا کرد. بند ۵-۱۱۴(۲) پس از انتشار رسمی، توسط محاکم و کاربران اعتبار اسنادی مرتباً مورد استناد و استفاده قرار می‌گرفت و به آنان که با اختلافات مربوط به تقلب در اعتبار اسنادی سروکار داشتند به‌عنوان یک راهنمای یکپارچه و معتبر یاری می‌رساند و در بسیاری از زمینه‌ها رویه‌های متنوع و پراکنده پیشین را یکنواخت نمود.

التهایه، در نتیجه تدوین رویه قضایی و گنجاندن آن در قانون جایگاه و منزلت قاعده تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی تقویت شد. وضع بند ۵-۱۱۴(۲)، انجام مطالعات فراوانی را در خصوص قاعده تقلب سبب گردید؛ واقعیتی که حجم بسیار زیاد رویه قضایی مربوط به تقلب در اعتبار اسنادی<sup>۴۲</sup> و تفاسیر و شروح فراوانی که بر قاعده تقلب در سطح جهانی نگاشته شده،<sup>۴۳</sup>

بیشتر موارد، بانکها حتی با درخواست متقاضی اعتبار مبنی بر صدور دستور موقت نیز مخالفند، چه اینکه «با صدور دستور موقت دایر به خودداری بانک از ایفای تعهد، متقاضی بالاترین سرمایه بانک، یعنی وجه و اعتبار بانک از حیث صداقت مالی و قراردادی را به خطر می‌اندازد، هر چند این سرمایه زیاد هم باشد». رک.

*Bolivinter Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank*, 1 Lloyd's Rep. 251, 257 (C.A. 1984) (Sir John Donaldson, M.R.).

۴۲. یک منبع معتبر برای مطالعه رویه قضایی مربوط به تکامل و توسعه قاعده تقلب، سالنامه بررسی رویه قضایی اعتبارات اسنادی است که از سوی مؤسسه خصوصی حقوقی و رویه بانکداری بین‌المللی (به سردبیری جیمز ای. بایرن) منتشر می‌شود. این سالنامه از سوی متخصصان اعتبارات اسنادی امریکا تألیف و تدوین می‌شود و هر ساله دعاوی اعتبارات اسنادی که در سال قبل توسط محاکم ایالات متحده رسیدگی شده‌اند را بررسی می‌کند. این دعاوی نه تنها شماری از دعاوی را شامل می‌گردد که به صدور رأی انجامیده‌اند، بلکه علاوه بر آن اقسام مختلف دعاوی را در برگرفته و شرح و تفسیر مختصری بر Hkith را نیز به دست می‌دهد.

۴۳. بعد از تدوین ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت آثار حقوقی فراوانی درباره قاعده تقلب نگاشته شده است. آثار منتشره آنچنان زیاد است که نمی‌توان آنها را در اینجا فهرست کرد. به گفته پروفیسور بایرن

مؤیدی بر آن است. در واقع، تأثیر و نفوذ تدوین ماده ۵ در کشورهای عضو نظام حقوقی مدون حتی بیشتر از کشورهای کامن‌لا بوده است، زیرا کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته معمولاً قوانین را به عنوان منابع حقوق می‌دانند تا رویه قضایی را.<sup>۴۴</sup>

با وجود این، متن پیشین ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت بیش از پنجاه سال پیش و به عنوان مبنا و نقطه آغاز تحولات و پیشرفت‌های آینده تدوین شد.<sup>۴۵</sup>

«صرف طرح موضوع تقلب در ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت، توجه جامعه اعتبارات اسنادی را در سراسر جهان به این موضوع جلب نمود، هر چند خود ماده ۵ من حیث‌المجموع چنان توجهی را برنیاگیخت.» ر.ک.

James E. Byrne, *The Revision of U.C.C Article 5: A Strategy for Success*, 56 Brook L. Rev. 13,16 (1990).

همان‌گونه که روبرت اس. رندل در مقاله زیر خاطر نشان می‌نماید: «دکترین تقلب آنچنان که در بند ۵-۱۱۴ (۲) کد متحدالشکل تجارت آمده، یکی از مهمترین مقررات ماده ۵ به‌شمار می‌رود.» ر.ک.

Robert S. Rendell, *Fraud and Injunctive Relief*, 56 Brook L.Rev. 111,117 (1990).

۴۴. به عنوان مثال، در چین کد متحدالشکل تجارت به زبان چینی ترجمه شده و بسیاری از کسانی که در مشاغل حقوقی درگیرند، این کد را به عنوان یک منبع معتبر برای حقوق تجارت مدرن می‌شمارند؛ اما نسبتاً آرای قضایی خارجی بسیار اندکی به زبان چینی برگردانده شده است. سه دلیل برای این امر می‌توان برشمرد: (۱) چین کشوری است دارای نظام حقوقی نوشته که در آنجا آرای قضایی به منزله قانون محسوب نمی‌شود، لذا متخصصان طبعاً بیشتر به قوانین عنایت دارند تا به آرای قضایی؛ (۲) ظرایف آرا در اثر ترجمه کاهش می‌یابد؛ و (۳) آموختن یک موضوع مربوط به حقوق بیگانه، از طریق آرای قضایی پراکنده و متفرق از حیث تکنیکی بسیار مشکل‌تر است از آموختن آن موضوع از طریق مطالعه قانون.

۴۵. ر.ک.

U.C.C § 5-101 cmt. (1952) (Prior to 1995 revision).

در حاشیه رسمی بند ۵-۱۰۱ ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت آمده بود که هدف این ماده «این است که چارچوب نظری مستقلی را برای تکامل و پیشرفت بیشتر اعتبارات اسنادی در آینده فراهم آورد.» همچنین ر.ک.

Note, *Letters of Credit: Injunction as a Remedy for Fraud in U.C.C. Section 5-114*, 63 Minn. L.Rev. 487, 493n.27 (1979).



مقررات بند ۵-۱۱۴(۲) کاملاً عاری از نقص و خطا نبود و در بعض موارد، حتی باعث گنجی و سردرگمی دادگاهها و کاربران اعتبارات اسنادی نیز می‌شد. به عنوان نمونه، بند ۵-۱۱۴(۲) بیان نمی‌کرد که به موجب قاعده تقلب چه امری تشکیل‌دهنده تقلب است؛ از این روی بعداً در دعوی مختلف معیارهای گوناگونی در خصوص تقلب اعمال گردید. به علاوه، بند ۵-۱۱۴(۲) مقرر می‌داشت که قاعده تقلب در صورتی اعمال خواهد شد که «سند مورد نیاز ... مجعول یا مزور بوده» یا «تقلبی در معامله رخ داده باشد...»؛ تفکیک نهادن بین این دو موضوع باعث شد سردرگمی و آشفتگی فراوانی در خصوص اینکه تقلب کجا باید واقع شده باشد، در اسناد یا در معامله پایه، بروز کند. افزون بر این، بند ۵-۱۱۴(۲) از سه دسته اشخاص که در برابر قاعده تقلب مصون بودند، نام می‌برد: (الف) «دارنده ثالث با حسن نیت برات یا مطالبه‌نامه»، مذکور در بند ۳-۲.۳ کد متحدالشکل تجارت؛ (ب) دارنده سند مالکیت کالا (بارنامه) که مطابق بند ۷-۵۰۲، سند به درستی به او انتقال یافته است؛ و (ج) «منتقل‌الیه با حسن نیت وثیقه‌نامه رسمی» مطابق بند ۸-۳۰۲ کد متحدالشکل تجارت. در عمل، معلوم شد که تنها آن دسته از اشخاصی که در شق (الف) نام برده شده‌اند، یعنی «دارنده ثالث با حسن نیت برات یا مطالبه‌نامه»، با اجرای قاعده تقلب ارتباط می‌یابند [و دو دسته دیگر ارتباطی با موضوع تقلب در اعتبارات اسنادی ندارند].<sup>۴۶</sup>

نویسنده یادداشت فوق متذکر می‌شود که تدوین‌کنندگان این ماده «بر آن بودند که هیچ قانونی نمی‌تواند حقوق اعتبارات اسنادی را به نحو کارآمد و معقولی تدوین کند، بی‌آنکه مانع تکامل این ابزار گردد».

۴۶. مطابق بررسی‌های کمیته تحقیقی که برای تجدیدنظر در ماده ۵ تشکیل شد: «هیچ دعوی وجود ندارد که مواد ۷ یا ۸ کد متحدالشکل تجارت را در زمینه بند ۵-۱۱۴ اعمال کرده باشد». رک.

Task Force on the Study of U.C.C. Article 5, An Examination of U.C.C. Articles 5 ( Letters of Credit), 45 Bus. Law. 1521, 1621 (1990)[hereinafter Task Force Report].

## ۶.۲. ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت

همراه با کل ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت، بند ۵-۱۱۴(۲) نیز به طور کامل در سال ۱۹۹۵ اصلاح گردید تا «نقاط ضعف، خلأها و خطاهایی که در نخستین متن این ماده وجود داشت، و به فایده و اعتبار قانون لطمه وارد می‌کرد»<sup>۴۷</sup> برطرف گردد و با اقتضائاتی که تحول و تکامل مداوم اعتبارات اسنادی به همراه داشته، همگام شود.<sup>۴۸</sup> هم‌اکنون قاعده تقلب در بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ دیده می‌شود که مقرر می‌دارد:

«الف) چنانچه اسناد ارائه شده بر حسب ظاهر دقیقاً منطبق با شروط و تعلیقات اعتبار به نظر برسند، اما سند مقرر مجعول یا به‌طور عمدۀ متقلبانه باشد، یا پرداخت وجه اعتبار در ازای آن سند، ارتکاب تقلب عمدۀ را از سوی ذینفع به زیان گشاینده یا متقاضی اعتبار تسهیل کند:

برای دیدن بحثی درباره بند ۷-۵۰۷ کد متحدالشکل تجارت در زمینه بند ۵-۱۱۴(۲) رک.

Kerry L. Macintosh, Letters of Credit: Dishonor When a Required Document Fails to Conform to the Section 7-507(b) Warranty, 6 J.L. & Com. 1, 1-2 (1986).

نویسنده مقاله فوق معتقد است «عدم مطابقت سند مقرر در اعتبار با هر یک از سه تعهد ناشی از انتقال ... عدم پرداخت را موجه می‌سازد».

47. Task Force Report, *supra* note 46, at 1532.

۴۸. مواد کد متحدالشکل تجارت توسط یک کمیته تدوین که از سوی دو سازمان بانی کد متحدالشکل تجارت برای انجام این وظیفه گمارده می‌شود، مورد اصلاح قرار می‌گیرد. دو سازمان بانی تدوین و اصلاح کد متحدالشکل تجارت، یکی کنفرانس ملی مشاوران قوانین متحدالشکل ایالتی است و دیگری مؤسسه حقوقی امریکا. برای دیدن فهرست ایالاتی که ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت را پذیرفته‌اند رک.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. A Few Facts about the UCC Article 5-Letters of Credit, at <http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact-factsheets/uniformacts-fs-ucca5.asp> (last visited Oct. 30, 2002); and Legal Information Institute, Uniform Commercial Code Locator, Article 5: Letters of Credit, at <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html#a5> (last visited Oct. 30, 2002).

(۱) گشاینده، وجه اعتبار را خواهد پرداخت مشروط بر اینکه وجه از سوی یکی از اشخاص زیر مطالبه شود: (یک) شخص معرفی شده که با حسن نیت و بدون اطلاع از جعل یا تقلب عمده وجه پرداخته است، (دو) تأییدکننده‌ای که مطابق تعهد ناشی از تأیید اعتبار، با حسن نیت وجه اعتبار را پرداخته است، (سه) دارنده ثالث با حسن نیت برات صادره به موجب اعتبار اسنادی که برات را پس از قبولی گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده، تحصیل نموده است، یا (چهار) منتقل‌الیه تعهد وعده‌دار گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده که در قبال عوض و بدون اطلاع از جعل یا تقلب عمده و پس از اینکه تعهد توسط گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده برعهده گرفته شد، تعهد وعده‌دار به او انتقال یافته است؛ و

(۲) در کلیه موارد دیگر، گشاینده اعتبار با رعایت حسن نیت اختیار دارد که در برابر ارائه اسناد، وجه اعتبار را پرداخته یا از پرداخت امتناع کند.

(ب) چنانچه متقاضی اعتبار ادعا کند که سند مقرر مجعول یا به‌طور عمده متقلبانه است یا پرداخت وجه اعتبار در ازای آن سند، ارتکاب تقلب عمده از سوی ذینفع را به زیان گشاینده اعتبار یا متقاضی اعتبار تسهیل می‌کند، دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند به‌طور موقت یا دائم گشاینده اعتبار را از پرداخت وجه در ازای آن سند منع یا نسبت به گشاینده اعتبار یا سایر اشخاص اقدامات تأمینی مشابهی را دستور دهد، تنها مشروط بر اینکه محرز شود:

«(۱) آن اقدام تأمینی به موجب قانون حاکم بر برات قبول شده یا تعهد وعده‌داری که گشاینده اعتبار برعهده گرفته، ممنوع نمی‌باشد؛

(۲) ذینفع اعتبار، گشاینده اعتبار، یا شخص معرفی شده که از این دستور متأثر می‌گردند، در مقابل خسارات احتمالی ناشی از صدور آن اقدام تأمینی، به قدر کافی حمایت شده‌اند؛

(۳) کلیه شرایطی که قانون کشور مزبور برای صدور آن اقدام تأمینی لازم دانسته؛ وجود دارد؛

(۴) بر اساس اطلاعاتی که به دادگاه تقدیم شده، احتمال پیروزی و محق دانسته شدن متقاضی اعتبار در دعوی جعل یا تقلب عمده بیش از احتمال شکست او در این دعواست و شخصی که وجه اعتبار را مطالبه می‌کند در زمره اشخاصی نیست که مطابق شق (الف) (۱) مورد حمایت هستند».<sup>۴۹</sup>

بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی کد متحداشکل تجارت در مقایسه با متن بند ۵-۱۱۴ (۲) ماده ۵ قدیم این کد، قاعده تقلب را در خصوص پاره‌ای از موضوعات به خوبی تنظیم کرده است.<sup>۵۰</sup> اولاً، بند ۵-۱۰۹ صریحاً اعلام می‌کند چنانچه تقلبی مشاهده شد، گردش عادی عملیات اعتبار اسنادی به دو طریق ممکن است متوقف گردد: با امتناع گشاینده از پذیرش اسناد،<sup>۵۱</sup> یا به درخواست متقاضی اعتبار از دادگاه مبنی بر صدور دستور منع پرداخت وجه اعتبار یا دستور

49. U.C.C. § 5-109 (1925) (revised 1995).

۵۰. متن بند ۵-۱۰۹ همچنین نشان می‌دهد که چگونه اکثر قیود و محدودیت‌هایی را که در کامن‌لا برای صدور دستور موقت وجود دارد می‌توان به طور موجز در قالب مدون بیان داشت.

51. *Id.* § 5-109(a)(2) (1925) (revised 1995); U.C.C. § 5-109 cmt.2 (1952) (revised 1995).

منع ارائه اسناد.<sup>۵۲</sup> ثانیاً، بند ۵-۱۰۹ یکی از بحث‌انگیزترین مسائلی را که در خصوص اجرای قاعده تقلب از زمان وضع متن پیشین (نخستین) ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت مطرح بود، حل نمود و آن مسئله معیار تقلب است. بند ۵-۱۰۹ مقرر می‌نماید، برای استناد به قاعده تقلب لازم است تقلب مربوطه، تقلب «عمده» باشد. ثالثاً، بند ۵-۱۰۹ (الف)(۱) چهاردهم از اشخاص را که در مقابل قاعده تقلب مصون هستند، احصا می‌کند:

(۱) شخص معرفی‌شده که با حسن‌نیت و بدون اطلاع از تقلب وجه پرداخته است؛<sup>۵۳</sup>

(۲) تأییدکننده‌ای که مطابق تعهد ناشی از تأیید اعتبار، با حسن‌نیت وجه اعتبار را پرداخته است؛<sup>۵۴</sup>

(۳) دارنده ثالث با حسن‌نیت برات صادره به موجب اعتبار اسنادی که برات را پس از قبول گشاینده اعتبار یا شخص معرفی‌شده تحصیل کرده است؛<sup>۵۵</sup> یا

52. U.C.C. § 5-109(b) (1952) (revised 1995)

گشاینده اعتبار به‌صرف درخواست متقاضی اعتبار مکلف نیست از پرداخت وجه اعتبار اسنادی امتناع کند. اصلی‌ترین راه چاره متقاضی اعتبار این است که از دادگاه درخواست کند دستور موقت دایر به خودداری گشاینده از پرداخت وجه صادر کند، زیرا مسئولیت احتمالی گشاینندگان اعتبار اسنادی به سبب امتناع نادرست از پرداخت، اغلب آنها را قاعداً ناگزیر می‌سازد بیشتر به پرداخت وجه اعتبار اسنادی تمایل نشان دهند، مگر اینکه دادگاه ایشان را از پرداخت منع کند.

53. *Id.*, § 5-109(a)(1)(i).

54. *Id.*, § 5-109(a)(1)(ii).

55. *Id.*, § 5-109(a)(1)(iii).

شایان تذکر است که شرایط مقرر در ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت که دارنده ثالث با حسن‌نیت را در برابر قاعده تقلب مصون می‌سازد، با شرایطی که در ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت ذکر شده بود، متفاوت است. دارنده ثالث با حسن‌نیت، به موجب ماده ۵ قدیم بانک معامله‌کننده اسناد یا هر دارنده دیگر برات یا مطالبه‌نامه بود که شرایط یک دارنده ثالث با حسن‌نیت را که در بند ۳-

(۴) منتقل الیه تعهد وعده‌دار گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده که در مقابل عوض و بدون اطلاع از جعل یا تقلب عمده پس از آنکه تعهد وعده‌دار توسط گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده بر عهده گرفته شده، تعهد وعده‌دار به او انتقال یافته است.<sup>۵۶</sup>

بر خلاف متن پیشین بند ۵-۱۱۴(۲) که از چند دسته اشخاص که در برابر قاعده تقلب مصونیت داشتند، نام می‌برد اما بعداً معلوم گشت که تنها یک دسته از آنها با موضوع ارتباط می‌یابند، هم‌اکنون تمام چهار گروهی که در بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی از آنها سخن رفته، با قاعده تقلب ارتباط دارند که این خود اصلاح قابل توجهی در این بند به‌شمار می‌رود.

التهایه، بند ۵-۱۰۹ (ب) چهار شرط را مشخص می‌کند که به هنگام بررسی موضوع صدور دستور موقت باید جمع باشند. هدف از وضع این شرایط کاستن از فراوانی و کثرت توسل به قاعده تقلب است که از اواخر دهه ۱۹۷۰ رشد زیادی داشت. وضع این شرایط دال بر آن است که در ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت «معیار صدور دستور موقت، معیاری سنگین و صعب‌الحصول است».<sup>۵۷</sup> بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی امروزه در جهان کاملاً به

۲۰۳ کد متحدالشکل تجارت مقرر شده، واجد بود؛ حال آنکه دارنده ثالث با حسن‌نیت در ماده ۵ اصلاحی دارنده‌ای است که برات را بعد از اینکه از سوی گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده قبول گردید، تحصیل کرده باشد. ماده ۵ اصلاحی در مقایسه با ماده ۵ قدیم گستره و حلقه مصونیت را برای اشخاصی که دارنده با حسن‌نیت می‌باشند، محدود و تنگ‌تر کرده است. به عبارت دیگر، برای اینکه شخص حق داشته باشد از مصونیت در برابر قاعده تقلب بهره‌مند شود، دو شرط باید توأمان وجود داشته باشد: (۱) شخص باید مطابق شرایط مذکور در ماده ۳ کد متحدالشکل تجارت دارنده ثالث با حسن‌نیت محسوب گردد؛ و (۲) برات باید توسط گشاینده اعتبار یا شخص معرفی شده قبول شده باشد.

56. *Id.*, § 5-109(a)(1)(iv).

57. U.C.C. § 5-109 cmt.4(1952) (revised 1995).

عنوان جامع‌ترین کدی که قاعده تقلب را در حقوق اعتبارات اسنادی بیان داشته، قلمداد می‌گردد.

### ۷. قاعده تقلب در سایر نظام‌های حقوقی

قاعده تقلب در بیشتر نظام‌های حقوقی معمولاً با ارجاع صریح به رأی امریکایی سزتجن و اقتباس آن شناسایی و مورد تأیید قرار گرفته است. در این بخش، رویه دادگاههای بریتانیا، کانادا، و استرالیا را نسبت به قاعده تقلب بررسی خواهیم کرد.

#### ۱. ۷. رویه دادگاههای بریتانیا در خصوص قاعده تقلب

مشهورترین پرونده انگلیسی در خصوص قاعده تقلب، دعوی یونایتد سیتی مرچنتس (اینوستمنس) به طرفیت بانک شاهی کانادا است. در این پرونده، با توجه به آنکه شخص ثالثی با تزویر، تاریخ مقدمی را در بارنامه ارائه شده ذکر کرده بود، از پرداخت وجه اعتبار اسنادی امتناع شد.<sup>۵۸</sup> ذینفع اعتبار به جهت امتناع ناحق از پرداخت وجه اعتبار اسنادی اقامه دعوا نمود. لرد دیپلاک پیش از بررسی موضوع تقلب شخص ثالث، اظهار داشت:

58. *United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, 1 Lloyd's Rep.267(Q.B.1979) (Mocatta, J.)

قاضی موکاتا رأی داد که دلیل کافی در خصوص تقلب وجود ندارد؛

*Aff'd* 1 Lloyd's Rep.604 (Eng.C.A.1981).

در مرحله پژوهش خواهی، دادگاه پژوهش رأی داد که ذینفع‌ها از تقلب شخص ثالث بی‌اطلاع بوده و نسبت به تقلب بی‌گناه هستند؛

*aff'd* 1983 A.C. 168 (H.L.1982)(Lord Diplock).

در مجلس اعیان، لرد دیپلاک اصرار ورزید که ذینفع برای تقلبی که اشخاص ثالث مرتکب شده‌اند، مسئول نیست.

«بر اصل کلی [استقلال اعتبار] یک استثنای شناخته شده وارد شده و آن موردی است که فروشنده به منظور مطالبه وجه اعتبار اسنادی، با تزویر و ثقلب اسنادی را به بانک تأییدکننده اعتبار ارائه می کند که صریحاً یا ضمناً حاوی تدلیس عمده است و به عدم صحت آن اسناد علم دارد. اگرچه در میان آرای معتبر انگلیسی هیچ دعویایی که در آن، استثنای مذکور اعمال شده باشد، دیده نمی شود اما این استثنا مدتهاست که در دعاوی امریکایی تثبیت شده که دعاوی مشهور یا «قاعده ساز» سرتجن به طرفیت هانری سروردر بانکینگ کرپوریشن، از جمله آنهاست».<sup>۵۹</sup>

همان گونه که این نقل قول نشان می دهد،<sup>۶۰</sup> رأی سرتجن «سنگ زیربنای حقوق انگلستان را در این زمینه ...» تشکیل می دهد.<sup>۶۱</sup> مع هذا، هرچند قاعده ثقلب در بریتانیا به رسمیت شناخته شده، اما این قاعده در بیشتر موارد اجرا نشده است. محاکم انگلستان به طور سنتی بسیار اکراه داشته اند که در گردش اعتبار اسنادی مداخله کنند و در خصوص قاعده ثقلب رویه ای نسبتاً غیرقابل انعطاف و مضیق در پیش گرفته اند. اظهارنظر مشهور قاضی لرد جیکینز در دعاوی حمزه ملاس و پسران به طرفیت بریتیش امیکس اینداستریز لیمیتد دلیل این رویه را تبیین می نماید:

59. 1983 A.C.168,183 (H.L. 1982)(Lord Diplock).

۶۰. عبارت دیگری که در این خصوص زیاد بدان استشهد می شود عبارتی است از قاضی لرد دنینگ در پرونده ذیل الاشعار، آنجا که قاضی لرد دنینگ اظهار داشت: «بر قاعده عمومی [استقلال اعتبار] یک استثنا وارد شده و آن استثنا موردی است که به اصطلاح ثقلب محرز یا آشکار که بانک از آن اطلاع داشته باشد، موجود می باشد. روشنگرترین دعوا در این باره دعاوی سرتجن به طرفیت جی هانری سروردر بانکینگ کرپوریشن است...» رک.

Edward Owen Engineering Ltd. Barclays Bank International Ltd., 1 All E.R.976, 981(C.A.1977).

61. Raymond Jack *et al.*, Documentary Credits 260 (3d ed. 2001).



«به قدر کافی روشن به نظر می‌رسد که گشایش اعتبار اسنادی تأییدشده، معامله‌ای است بین بانک و فروشنده کالا که تعهد مطلق پرداخت را برعهده بانک می‌نهد، قطع نظر از اختلافی که ممکن است بین خریدار و فروشنده در خصوص اینکه آیا کالا مطابق مندرجات قرارداد است یا خیر مطرح باشد. این سازوکار تجاری پیچیده، براین مبنا قوام یافته که اعتبارات اسنادی تأییدشده دارای چنین خصیصه‌ای باشند. به نظر من، صحیح نیست که این دادگاه در دعوی حاضر این رویه شناخته‌شده و دیرینه را زیرپا گذارد .... آن سازوکار .... کاملاً از کار خواهد افتاد اگر اختلاف بین فروشنده و خریدار باعث مسدود شدن وجه (اگر من بتوانم این تعبیر را به کار ببرم) حسابی گردد که اعتبار در مورد آن افتتاح شده است.»<sup>۶۲</sup>

محاکم انگلستان با همه دشواری‌ها به رویه عمومی عدم مداخله در عملیات اعتبار اسنادی وفادار مانده و بار اثباتی سنگینی را بر دوش خواهان نهاده‌اند، چندان که برای امکان استناد به قاعده تقلب لازم شمرده‌اند خواهان وجود تقلب «واضح» یا «روشن» را که گشاینده از آن مطلع باشد، به اثبات رساند.<sup>۶۳</sup>

62. *Hamzeh Mallas & Sons v. British Imex Industries Ltd.*, 2Q.B.127,129(1958).

63. *R D Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank Ltd.* 2 All E.R.862.870 (Q.B.1997).

قاضی کر در دعوی فوق اظهار داشت:

«تنها در مواردی استثنایی، دادگاهها در سازوکار تعهدات غیرقابل فسخی که بانکها برعهده می‌گیرند، مداخله می‌کنند. این تعهدات خون حیات‌بخش تجارت بین‌المللی است. چنین تعهداتی به عنوان وثیقه حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد پایه که بین تجار منعقد شده به‌شمار آمده و هدف و غایت وجود نظام بانکداری نیز می‌باشند. از موارد احتمالی تقلب آشکار که بانک از آن مطلع باشد که بگذریم، در سایر موارد، محاکم اختلافات ناشی از قراردادها را به خود بازرگانان وامی‌گذارند که از طریق دادخواهی یا

دشواری برآوردن این معیار سنگین اثباتی در محاکم انگلستان، در دعوای دیسکنت ریکوردز لیمیتد به طرفیت بانک بارکلیز لیمیتد،<sup>۶۴</sup> نخستین دعوای انگلیسی که در آن با نظر مساعد به رأی سزتجن استناد شد، به خوبی مشاهده می‌گردد. در دعوای مزبور، خواهان که یک خریدار انگلیسی بود به منظور خرید تعداد ۸۶۲۵ عدد صفحه گرامافون و ۸۲۵ عدد نوار ضبط صوت قراردادی را با یک شرکت فرانسوی به نام پرومودیسک منعقد کرد. خریدار به خواننده دستور داد اعتباری اسنادی را به نفع فروشنده افتتاح کند. فروشنده کالایی ظاهراً منطبق با کالای مورد سفارش خریدار ارسال کرده و براتی را همراه با اسنادی که بر حسب ظاهرشان مرتب بودند، به بانک تأییدکننده اعتبار واقع در پاریس ارائه داد و بانک آن را پذیرفت.<sup>۶۵</sup>

با رسیدن کالا به مقصد، خریدار آنها را در حضور نماینده گشاینده اعتبار بازرسی کرد. بازرسی کالا آشکار ساخت:

«۹۴ عدد کارتن وجود داشت که ۲ عدد از آنها خالی بود و ۵ عدد با آشغال یا پوشال پر شده بود. تعداد ۹۵ عدد از جعبه‌های صفحه گرامافون و ۳ جعبه از نوارهای ضبط صوت به‌طور ناقص پر شده بود. به جای ۸۲۵ عدد نوار ضبط صوت مورد سفارش تنها ۵۱۸ عدد نوار ضبط صوت و ۲۵ قاب نوار وجود داشت. از میان تعداد ۵۱۸ نوار ضبط صوت تحویل شده، ۷۵ درصد مطابق سفارش نبود ... از میان ۸۶۲۵ صفحه گرام مورد سفارش، تنها ۲۷۵ عدد مطابق سفارش بود. بقیه آنها طبق سفارش نبود و یا کالای وازده یا فروش نرفته بود.»<sup>۶۶</sup>

داوری چنانچه برای ایشان فراهم باشد یا در قرارداد شرط کرده باشند، حل و فصل کنند... در غیر این صورت، اعتماد و اطمینان در تجارت بین‌المللی به طرز غیرقابل جبران لطمه می‌بیند.

64. *Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd.*, 1 All E.R. 1071 (Ch. 1974).

65. *Id.*, at 1072-1073.

66. *Id.*, at 1073.

خریدار با استناد به دعوای سزتجن تلاش کرد گشاینده اعتبار را از پرداخت وجه براتی که فروشنده بر روی اعتبار اسنادی صادر نموده بود، باز دارد و ادعا نمود که فروشنده مرتکب تقلب شده است. قاضی مرگاری از دادگاه چانسری دیویژن ادعای خریدار را رد کرده، بین دعوای حاضر و دعوای سزتجن قائل به تفاوت گردید و اظهار داشت:

«لازم به توجه است که در دعوای سزتجن، دادرسی مشتمل بر درخواست رد دادخواست به علت عدم ذکر سبب دعوا بود. از این روی، دادگاه ناگزیر بود وقایع مذکور در دادخواست را حقیقت فرض نماید. در دادخواست، ادعای تقلب شده بود و لذا دادگاه با تقلب محرز سروکار داشت. در دعوای حاضر مسلماً هیچ تقلب محرز وجود ندارد، بلکه صرفاً ادعای تقلب مطرح است. خواندگان که با موضوع ارتباطی ندارند، همان‌گونه که انتظار می‌رود هیچ دلیلی در مورد موضوع تقلب ارائه نداده‌اند. در واقع، بعید به نظر می‌رسد هر دعوای دیگری نیز که پرومودیسک یک طرف آن نباشد، دربردارنده دلیل لازم برای حل و فصل این موضوع باشد.

بنابراین، این مسئله باید بر این اساس فیصله یابد که در دعوای حاضر، تقلب ادعا شده اما به اثبات نرسیده است».<sup>67</sup>

در این دعوا، خریدار دلیل خود را در حضور شخص ثالث (گشاینده اعتبار) تحصیل کرد که ثابت می‌نمود بخش عمده‌ای از کالا آشغال یا کارتن‌های خالی بوده است. جالب توجه است که دادگاه رأی داد «تقلب ثابت‌شده‌ای وجود ندارد، بلکه صرفاً ادعای تقلب مطرح است».<sup>68</sup> با چنین رویه‌ای، تحصیل دستور موقت دایر بر منع پرداخت وجه اعتبار اسنادی در انگلستان در بیشتر موارد عملاً

67. *Id.*, at 1074.68. *Id.*

غیرممکن است، به‌رغم ادعای محاکم انگلستان مبنی بر اینکه «اجازه نمی‌دهند شخص فریبکار از روند داری‌شان برای عملی ساختن تقلب سوءاستفاده کند». ۶۹

با وجود این، پاره‌ای از آرای جدیدتر حاکی از آن است که محاکم انگلستان در حال عزیمت و دور شدن از این رویه خشک عدم مداخله در عملیات اعتبار اسنادی هستند. در دعوای تمهلهپ لیمیتد به طرفیت وست،<sup>۷۰</sup> خواهان‌ها برای خرید سهم‌الشرکه متعلق به خواندگان در یک شرکت که سازنده میز دستگاه تلویزیون مالک سرمایه تجاری شینکرست بود، قراردادی منعقد کردند. ثمن بر اساس پیش‌بینی و تخمین سود، به فرض اینکه تقاضای محصول از سوی مشتری عمده شرکت یعنی سونی ادامه خواهد یافت، تعیین و مورد توافق قرار گرفت. بخشی از ثمن به محض امضای قرارداد و مابقی با اقساط بعدی در مواعد معین قابل پرداخت بود. سومین (و بالاترین) قسط، از طریق یک ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد (که از این حیث معادل حقوقی اعتبار اسنادی است) تضمین گردید.

پس از پرداخت دو قسط نخست، خواهان‌ها دعوایی به خواسته فسخ قرارداد و مطالبه خسارات به ادعای ارتکاب تدلیس و تقلب توسط خوانده، اقامه نمودند.<sup>۷۱</sup> خریداران ادعا کردند که فروشندگان، اطلاعات مهمی را در خصوص شرکت از خریداران مخفی نگاهداشته‌اند و «پیش از انشای قرارداد مطلع بوده‌اند که دیگر هیچ پایه و اساسی» برای فرضی که مبنای محاسبه ثمن قرار گرفته، وجود ندارد؛ چرا که سونی «قبلاً تصمیم گرفته بود تمام تجهیزاتی را که در

69. *United Eity Merchs. (Irvs). Ltd. v. Royal Bank of Can.*, 1983 A.C. 168, 184 (1982).

70. *Themehelp Ltd. v. West*, 4 All E.R. 215 (C.A. 1995).

71. *Id.*, at 218.

آینده نیاز دارد... از رقیب فروشندگان خریداری کند...»<sup>۷۲</sup> در جریان این دعوا، خریداران صدور دستور موقت دایر بر «منع فروشندگان از ارسال اطلاعیه به ضامنین [جهت اجرای مفاد ضمانت‌نامه] تا زمان دادرسی ...» را تقاضا نمودند.<sup>۷۳</sup> دادگاه با این استدلال که «ادله کافی است تا پرونده در مرحله دادرسی جداً قابل دفاع باشد، چندان که تنها استنباط منطقی که می‌توان از اوضاع و احوال کرد این است که فروشندگان مرتکب تقلب شده‌اند»، تقاضای خواهان‌ها دایر بر صدور دستور موقت را پذیرفت.<sup>۷۴</sup> دادگاه پژوهش، پژوهش‌خواهی فروشندگان را پذیرفت و به نفع ایشان حکم داد.<sup>۷۵</sup>

72. *Id.*73. *Id.*74. *Id.*

متذکر می‌گردد، به علاوه گفته شده که این «دعوا، دعوایی استثنایی بود، بدین معنا که در اینجا دستور موقت زود هنگام درخواست شد؛ به عبارت دیگر، در دعوایی که ضامن طرف آن نبود، درخواست شد که تنها ذینفع از اعمال اختیار خویش یعنی مطالبه وجه ضمانت‌نامه منع گردد». رک.

*Id.*, at 225.

رویکرد مشابهی نیز سابقاً در یک دعوی قدیمی‌تر اظهار شده است. رجوع کنید به دعوی ذیل‌الاشعار، آنجا که قاضی لرد اکثر در دادگاه پژوهش، نظر داد:

«انتظار می‌رود دادگاه ادله قوی‌ای را معمولاً به شکل اسناد امروزی به‌ویژه اسنادی که از سوی خریدار صادر می‌گردد، برای اثبات این ادعا لازم بداند ... چنانچه دادگاه تشخیص دهد که باتوجه به داده‌ها و اطلاعاتی که نزد اوست، تنها استنباط منطقی آن است که تقلبی رخ داده، در این صورت ادعاهای تقلب علیه فروشنده به قدر کافی به اثبات رسیده است». رک.

*United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd.*, 2 Lloyd's Rep. 554, 561 (C.A. 1984).

۷۵. رأی با موافقت دو تن از قضات و مخالفت یک قاضی تأیید شد: قاضی لرد ویت رأی را انشاء کرد، قاضی لرد بالکمب با رأی او موافقت و قاضی لرد اونز نظر مخالف داشت. برای دیدن تفسیری ویژه بر این ادعا رک.

Anthony Pugh-Thomas, *Letters of Credit-Injunctions-The Purist and the Pragmatist: Can a Buyer Bypass the Guarantor and Stop the Seller from Demanding Payment from the Guarantor?*, 11 J. Int'l Banking L. 210 (1996).

در میان هیچ‌یک از دعاوی معدود انگلیسی که در آنها قاعده تقلب اعمال شده، دعوایی که متقاضی اعتبار علیه بانک مطرح کرده باشد، دیده نمی‌شود. آن دعاوی، یا دعوایی است که علیه بانک به علت امتناع از پرداخت وجه اعتبار اسنادی اقامه شده (مانند *دعوی سانتاندر اسرای به طرفیت بایفرم لیمیتد*)<sup>۷۶</sup> یا مانند *دعوی ثمهلپ*<sup>۷۷</sup> دعوایی است که علیه ذینفع جهت منع او از مطالبه وجه اعتبار اقامه شده است. بنابراین، به نظر می‌رسد که محاکم انگلستان در خصوص مواردی که متقاضی اعتبار به منظور تحصیل دستور موقت دایر بر منع گشاینده اعتبار از پرداخت وجه اعتبار، علیه او طرح دعوا می‌کند و مواردی که ذینفع علیه گشاینده اعتبار به جهت امتناع ناحق از پرداخت وجه اعتبار اقامه دعوا می‌کند، یا مواردی که متقاضی اعتبار علیه ذینفع طرح دعوا می‌کند تا مانع او از مطالبه وجه اعتبار گردد، رویه متفاوتی در پیش گرفته‌اند. به نظر می‌رسد، اظهارات قاضی مرگاری در *دعوی دیسکنت ریکوردز* به تلویح متضمن همین معنا باشد؛ آنجا که وی می‌گوید: «خوانندگان (گشاینندگان اعتبار) که ارتباطی با این مسئله ندارند، همان‌گونه که انتظار می‌رود هیچ دلیلی در خصوص موضوع تقلب ارائه نداده‌اند. در واقع، بعید به نظر می‌رسد هر دعوی دیگری نیز که پرومودیسک (ذینفع اعتبار) یک طرف آن نباشد، در بردارنده دلیل لازم برای حل و فصل این موضوع باشد».<sup>۷۸</sup> همچنین این معنا از سوی پاره‌ای از نویسندگان نیز تأیید شده است. به عنوان مثال، پروفیسور روی گود می‌نویسد:

«باید قائل به تفصیل شد بین دلیلی که جهت گرفتن دستور موقت مقدماتی لازم است و دلیلی که لازم است تا بانکی که وجه اعتبار را نپرداخته بر اساس

76. *Banco Santander SA v. Bayfern Ltd.*, 2 All E.R. 18 (1999 Q.B.), *aff'd*, 1 All E.R. 776 (C.A. 2000).

77. *Themehelp Ltd. v. West*, 4 All E.R. 215 (C.A. 1995).

78. *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, 1 All E.R. 1071, 1074 (Ch. 1974).

آن بتواند در دعوایی که علیه وی اقامه می‌شود، اقدام خود را توجیه نماید. در فرض اخیر... تمام آنچه بانک باید در دادرسی به اثبات رساند آن است که با در نظر گرفتن تمام اوضاع و احوال، ذینفع مرتکب تقلب شده است. در دعوایی که علیه بانک برای گرفتن دستور موقت اقامه می‌شود، یا باید تقلب محرز به‌شمار آید یا اینکه دلیل آن دلیلی متقن باشد.<sup>۷۹</sup>

با وجود این، نظر به اینکه شمار دعوایی که در آنها قاعده تقلب اعمال شده، اندک است، بسیار زود است که چنین نتیجه‌ای را به طور قطع بیان کنیم. به نظر نمی‌رسد چنین تفکیک و تفصیلی بین این دو دسته از دعاوی در ایالات متحده امریکا وجود داشته باشد. این نکته را می‌توان از حاشیه شماره ۵ شرح رسمی‌ای که بر بند ۵-۱۰۹ ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت نوشته شده، استنباط کرد:

«اگر چه قانون اساساً از دستور موقت دایر بر منع پرداخت سخن گفته است، اما قانون همچنین «اقدامات تأمینی مشابه» را نیز مورد تذکر قرار می‌دهد؛ چنانچه متقاضی اعتبار یا گشاینده اعتبار بخواهند از طریق دستور موقت دایر بر منع ذینفع از ارائه اسناد... آیین تودیع مبلغ مورد نزاع نزد دادگاه، آیین رأی اعلامی و بدون نیاز به اجراییه، یا تأمین خواسته به همین نتیجه نایل آیند، عیناً همین اصول اعمال خواهد شد.»<sup>۸۰</sup>

## ۲.۷. رویه دادگاههای کانادا در خصوص قاعده تقلب

در کانادا، همانند بریتانیا، دعوای سزتجن دعوایی بنیادین در این زمینه به-شمار می‌رود.<sup>۸۱</sup> جهت اعمال قاعده تقلب، آرای قدیمی‌تر، از همان رویه

79. Roy M. Goode, Reflections on Letters of Credit-I, 1980 J. Buss. L. 291, 294.

80. U.C.C., § 5-109, official cmt. 5 (1952) (revised 1995).

۸۱. در پرونده بانک نوآ اسکوتیا به طرفیت انگلیکا - وایت ویر لیمیتد، پرونده مشهور کانادایی راجع به قاعده تقلب، قاضی لودین از دیوان عالی کانادا اظهار نمود: «به گمان من، برای رعایت بکنواختی که در

انگلیسی که در دعوی ادوارد اون<sup>۸۲</sup> بیان شده، پیروی کرده، برای استناد به قاعده تقلب، تقلب روشن یا واضح را لازم شمردند. در دعوی آسپین پلنرز لیمیتد به طرفیت کمرس ماسونری و فورمینگ لیمیتد،<sup>۸۳</sup> خواهان و خوانده قراردادی را برای بنای یک ساختمان برای خواهان منعقد کردند. مقرر شد پرداخت وجه به اقساط از طریق یک اعتبارنامه تضمینی به حساب خواهان در قبال اسناد طلب که خوانده ارائه می‌کند، صورت گیرد. با تکمیل بخشی از ساختمان، بنا فرو ریخت. خواهان دعوایی به خواسته مطالبه خسارات ناشی از تخلف خوانده از قرارداد ساخت، اقامه کرد و درخواست نمود قراری صادر شود تا خوانده «مجاز نباشد برای دریافت وجه اعتبار اسنادی، اسناد ارائه کند... و از انجام این کار منع گردد و بانک نیز از پرداخت اقساط بعدی منع شود».<sup>۸۴</sup>

در این دعوا تقلبی ادعا نشد؛ لیکن قاضی هانری از دیوان عالی ایالت اونتاریو در مقام رد درخواست خواهان دایر بر صدور قرار دستور موقت، رأی خود را با این عبارت آغاز کرد که «حقوق راجع به ... اعتبارات اسنادی عمدتاً در بریتانیا تکامل یافته و دارای قواعد شناخته شده و جاافتاده‌ای است».<sup>۸۵</sup> او سپس از دعوی ادوارد اون فراوان نقل قول کرد و رأی داد تنها «آنچه تقلب محرز یا واضح در معامله نامیده می‌شود و بانک از آن مطلع است»<sup>۸۶</sup> می‌تواند صدور دستور موقت دایر بر منع پرداخت وجه اعتبار اسنادی را موجه سازد.

این حوزه از حقوق بسیار اهمیت دارد، بهتر است از همان قاعده‌ای که در دعوی سرتجن ابراز شد، پیروی نمایم ... رک.

*Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] D.L.R. 4<sup>th</sup> 161, 177.

82. *Edward Owen Eng'g Ltd. v. Barclays Bank Int'l Ltd.*, 1 All E.R. 976, 981 (C.A. 1977).

83. *Aspen Planners Ltd. v. Commerce Masonry & Forming Ltd.*, [1979] D.L.R. 3d 546 (1979).

84. *Id.*, at 546-547.

85. *Id.*, at 549.

86. *Id.*

با نقل قول از دعوی:



با وجود این، بیشتر محاکم کانادا در اعمال قاعده تقلب کمتر از خود تردید نشان داده‌اند. محاکم کانادا «من حیث‌المجموع ظن معتبر بر ارتکاب تقلب را به عنوان معیار تقلب اختیار کرده‌اند»<sup>۸۷</sup> همان‌گونه که این معیار توسط قاضی گالیگان در دعوی سی.دی.ان. ریسرچ اند دولوپمنت لیمیتد به طرفیت بانک نوآ اسکوتیا<sup>۸۸</sup> اعمال شد. در این دعوا، خواهان تعداد پنج محموله وسایل اطفای حریق به وزارت جنگ ایران فروخته بود. دو فقره اعتبار اسنادی از سوی خواننده به نفع وزارت جنگ ایران افتتاح شد. یکی از آن دو اعتبار، به عنوان ضمانت‌نامه تسلیم کالا صادر شد. مدتها پس از تحویل کالا پرداخت وجه اعتبار اسنادی مزبور مطالبه شد. خواهان بر این اساس که مطالبه وجه اعتبار متقلبانه است، درخواست کرد دادگاه، گشاینده اعتبار(خواننده) را از پرداخت وجه اعتبار منع کند. اگرچه قاضی گالیگان از دیوان عالی اونتاریو همانند دعوی اسپین پلنرز از اظهار نظر لرد دنینگ در دعوی ادوارد اون نقل قول کرد، اما با این حال، مبادرت به صدور دستور موقت نمود و اظهار داشت:

«در خصوص این مسئله که آیا در این پرونده، خواهان تقلبی را به اثبات رسانده است یا خیر مباحث زیادی به‌عمل آمد... به نظر می‌رسد با توجه به اطلاعاتی که پیش روی من است، بی‌هیچ تردید پنج بسته وسایل اطفای حریق تحویل شده است... به نظر اینجانب در این دعوا دستور موقت باید صادر شود. به اعتقاد من، خواهان قرائن قانع‌کننده‌ای را ارائه کرده که نشان می‌دهند مطالبه وجه از سوی نماینده وزارت جنگ متقلبانه است. تسلیم کالا بی‌گمان صورت گرفته است و مطالبه وجه ضمانت‌نامه تسلیم کالا، لاجرم تلویحاً متضمن این

*Edward Owen Eng'g Ltd.*, All E.R. at 981.

87. *Bank of Nova Scotia v. Angelica Whitewear Ltd.*, [1987] D.L.R. 4<sup>th</sup> 161, 174.

88. *C.D.N. Research & Developments Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 18 C.P.C. 62 (1980).

معناست که تسلیم کالا صورت پذیرفته که این امر به روشنی خلاف واقع و کذب است.<sup>۸۹</sup>

در دعوی بانک نوآ اسکوتیا به طرفیت آنلیکا - وایت ویر لیمیتد،<sup>۹۰</sup> به تقاضای شرکت وایت ویر مانیوفکتچرینگ لیمیتد (از این به بعد «وایت ویر» نامیده می‌شود)، بانک نوآ اسکوتیا (از این به بعد «بانک» نامیده می‌شود) یک اعتبار اسنادی قابل معامله و غیرقابل فسخ به نفع شرکت پروتکتیو کلوزینگ (از این به بعد «پروتکتیو» نامیده می‌شود) افتتاح کرد تا تأدیه ثمن پوشاک‌های موضوع قرارداد را پوشش دهد. پیش از پرداخت یکی از صورت‌حسابهای تجاری، وایت ویر (متقاضی اعتبار) به بانک از جمله اطلاع داد که امضای روی یکی از گواهی‌های بازرسی مجعول است و بانک باید از پرداخت وجه اعتبار اسنادی خودداری کند. مع‌ذلک، پس از مطالبه‌های مکرر از سوی بانک معامله‌کننده اعتبار، نهایتاً وجه اعتبار اسنادی پرداخت شد و حساب متقاضی اعتبار بدهکار گردید. گشاینده اعتبار برای مطالبه مابه‌التفاوتی که متقاضی اعتبار هنوز به گشاینده اعتبار مدیون بود، علیه او اقامه دعوا کرد. متقاضی اعتبار (خواننده) دفاع نمود که گشاینده اعتبار حق نداشته است حساب او را بدهکار کند، زیرا بانک به علت اطلاع قبلی از ارتکاب تقلب توسط ذینفع ملزم به پرداخت وجه اعتبار اسنادی نبوده است. متقاضی همچنین ادعا نمود که بانک پیش از پرداخت وجه مطلع گردیده است که قیمت‌های قید شده در صورت‌حساب تجاری به‌طور مزورانه افزایش داده شده است. دادگاه نخستین به نفع بانک رأی داد. پژوهش‌خواهی پذیرفته شد و دادگاه پژوهش ادعای تقلب را تأیید کرد. سپس بانک نزد دیوان عالی کانادا فرجام‌خواهی نمود.<sup>۹۱</sup> قاضی لودین بین دعاوی که

89. *Id.*, at 65.

90. *Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] D.L.R.4<sup>th</sup> 161.

۹۱. فرجام‌خواهی رد شد، لیکن براساس اعمال قاعده انطباق دقیق اسناد که از قلمرو این مقاله خارج است.

پیش از پرداخت وجه توسط گشاینده اعتبار به ذینفع، به منظور تحصیل قرار دستور موقت دایر بر منع پرداخت اقامه می‌شود و اختلافاتی که پس از پرداخت وجه توسط گشاینده اعتبار به ذینفع، فیمابین گشاینده و متقاضی اعتبار مطرح می‌گردد، قائل به تفکیک شد و اظهار داشت:

«من تفکیک می‌گذارم بین آنچه در صورت تقاضای صدور دستور موقت دایر بر منع از پرداخت وجه اعتبار اسنادی به علت ارتکاب تقلب از سوی ذینفع اعتبار، باید اثبات گردد و آنچه در موردی همانند مورد حاضر باید به اثبات رسد تا محقق گردد که گشاینده اعتبار به نادرستی پس از اطلاع از تقلب ادعا شده ذینفع، وجه برات را پرداخته است. در موردی که تقاضای دستور موقت منع پرداخت می‌شود، اماره قانع‌کننده وجود تقلب، ضابطه‌ای کافی می‌باشد. اما در موردی که چنین تقاضایی به عمل نیامده و بانک گشاینده اعتبار در خصوص اینکه آیا وجه برات را پردازد یا نه، به تشخیص خود عمل کرده، به نظر من، ضابطه باید همان ضابطه مذکور در دعوی ادوارد اون اینجنیرینگ باشد؛ یعنی پیش از پرداخت وجه برات، تقلب آنچنان باشد که از دید بانک تقلب واضح یا روشن به‌شمار رود».<sup>۹۲</sup>

و در بخش مفاد رأی آمد: «علی‌هذا، رأی دادگاه پژوهش مبنی بر پذیرش پژوهش‌خواهی وایت‌ویر را نمی‌توان بر مبنای وجود تقلب تأیید نمود».<sup>۹۳</sup>

این رویکرد تا حدی همانند رویه‌ای است که محاکم انگلستان اتخاذ کرده‌اند؛ همان‌گونه که اشاره رفت، محاکم انگلستان در اعتبارات اسنادی با تفاوت طرف دعوا، رویه متفاوتی را اختیار کرده‌اند، حال آنکه «محاکم امریکا معمولاً بین دعاوی که پیش از پرداخت وجه اعتبار اسنادی اقامه شده و مربوط به

92. *Bank of Nova Scotia*, [1987] D.L.R.4<sup>th</sup> at 177.

93. *Id.*, at 184.

تحصیل دستور موقت منع پرداخت می‌باشد و دعاویی که پس از پرداخت وجه اعتبار اسنادی مطرح می‌گردد، تفاوتی نمی‌بینند.<sup>۹۴</sup>

دادگاه پیش از رسیدن به این نتیجه، مسائل زیر را نیز در خصوص قاعده تقلب مورد مذاقه قرار داد: آیا اعمال استثنای تقلب «باید به مواردی که اسناد معمول یا مزور است، محدود شود یا اینکه اعمال این استثنا باید به مورد تقلب در معامله پایه [بیع] نیز تسری یابد»؛ آیا اعمال استثنای تقلب «باید محدود به ارتکاب تقلب از سوی ذینفع گردد... یا آنکه این استثنا باید شامل تقلب شخص ثالث که بر عملیات اعتبار اسنادی تأثیر می‌گذارد، اما ذینفع از آن تقلب ناآگاه و در نتیجه بی‌گناه است، نیز بشود»؛ و اینکه آیا «دارنده ثالث با حسن‌نیت برات» باید در برابر اعمال قاعده تقلب مصون باشد یا خیر.<sup>۹۵</sup>

دادگاه پس از اشاره به رأی سزتجن، مقررات مربوطه بند ۵-۱۱۴(۲) از ماده ۵ قدیم کد متحدالشکل تجارت امریکا، موضع حقوق فرانسه در قبال قاعده تقلب، و بسیاری از دعاویی که در ایالات متحده، بریتانیا، و کانادا در این خصوص مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، اظهار داشت:

«تقلب به‌عنوان استثنایی بر اصل استقلال اعتبارات اسنادی نباید محدود به موارد تقلب در اسناد ارائه شده گردد، بلکه باید تقلب در معامله پایه که دارای چنان خصوصیتی باشد که مطالبه وجه اعتبار اسنادی را، مطالبه‌ای متقلبانه جلوه دهد، نیز دربرگیرد... تقلب به‌عنوان استثنایی بر اصل استقلال اعتبار اسنادی باید به هرگونه عمل ذینفع اعتبار که در اثر آن امکان می‌یابد امتیاز (وجه) ناشی از اعتبار اسنادی را در نتیجه تقلب تحصیل کند، تسری داده شود. استثنای تقلب

94. John F. Dolan, *Documentary Credit Fundamentals: Comparative Aspects*, 3 *Banking & Fin. L. Rev.* 121, 130 (1989).

95. *Bank of Nova Scotia*, [1987] D.L.R. 4<sup>th</sup> at 68.

باید به تقلبی که از سوی ذینفع اعتبار صورت پذیرفته منحصر گردد و به تقلبی که اشخاص ثالث مرتکب شده‌اند و ذینفع از آن بی‌اطلاع و در نتیجه بی‌گناه است، توسعه داده نشود... استثنای تقلب نباید در برابر دارنده ثالث با حسن‌نیت براتی که بر روی اعتبار اسنادی صادر شده، قابل استناد باشد.<sup>۹۶</sup>

بسیاری از ابعاد و وجوه تقلب به تمام و کمال در این رأی مورد بحث قرار گرفت و از این رو، این رأی به عنوان «رأی عالمانه»<sup>۹۷</sup> و «رأی روشن و جامع که موضع حقوق کانادا را در خصوص ایراد تقلب بیان می‌دارد»<sup>۹۸</sup> ارزیابی شده است. مع‌هذا، جای تأسف است که در این رأی یکی از مهمترین مسائل مربوط به اعمال قاعده تقلب - یعنی نوع تقلبی که توسل به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد - به اجمال مورد اشاره قرار گرفت.

### ۳.۷. رویه قضایی دادگاههای استرالیا در خصوص قاعده تقلب

رأی سزتجن و قاعده تقلب در استرالیا نیز به رسمیت شناخته شده است. نخستین دعوای استرالیایی که قاعده تقلب را اعمال کرد و در آن با نظر مساعد به رأی سزتجن استناد شد، دعوای کترونیکی دیستریبیوترز پارتی لیمیتد به طرفیت بانک نیوسوز ولز<sup>۹۹</sup> بود. در این دعوا، کونترونیک قصد داشت تعدادی نیمه‌هادی از جک که پیش از آن نیز بابت معاملات قبلی به او بدهکار بود، خریداری کند. کترونیکی پیشنهاد کرد که از اعتبار اسنادی استفاده شود تا از طریق آن، هم بدهی قبلی و هم ثمن کالایی که قصد خرید آن است، پرداخت

96. *Id.*, at 176-177.

97. Dolan, *supra* note 95, at 122.

98. Greg Fellinger. Letters of Credit: The Autonomy Principle and the Fraud Exception, 1 J. Banking L. & Prac. 4, 21 (1990).

99. *Contronic Distributors Party Ltd. v. Bank of New South Wales*, (1984)3 N.S.W.L.R. 110.

شود. فعالیت‌های تجاری کنترونیک گاهی توسط بالفور تأمین مالی می‌شد، بدین نحو که بالفور از طریق تقاضای گشایش اعتبار اسنادی نزد نیوسوز ولز به نفع فروشندگان به کنترونیک تسهیلات اعتباری اعطا می‌کرد. بالفور معامله حاضر را نیز به همین طریق تأمین مالی کرد، اما تأمین‌کننده منابع مالی (بالفور) اطلاع نداشت که اعتبار اسنادی شامل پرداخت بدهی قبلی نیز می‌گردد. هنگامی که تأمین‌کننده منابع مالی از واقعیت امر مطلع شد، به‌منظور منع بانک از پرداخت وجه اعتبار اسنادی و منع جک از ارائه اسناد اقامه دعوا کرد. دیوان عالی ایالت نیوسوز ولز دستور موقت صادر کرد. قاضی هلشام از دیوان عالی رأی خود را با این عبارت آغاز کرد: «گفته می‌شود که موضع حقوق انگلستان در خصوص این موضوع منقح نیست، اما به نظر من آن اندازه روشن است که بگوییم دادگاه می‌تواند و باید برای منع ذینفع از ارائه اسناد جهت پرداخت وجه اعتبار اسنادی قرار صادر کند».<sup>۱۰۰</sup> قاضی مزبور سپس از کتب انگلیسی راجع به این موضوع نقل قول، و به دعوای انگلیسی دیسکنت ریکوردز لیمیتد به طرفیت بانک بارکلیز لیمیتد<sup>۱۰۱</sup> استناد نمود که جملگی این مراجع رأی سزتجن را به‌عنوان یک منبع حقوقی معتبر در این خصوص برشمرده‌اند، و نهایتاً رأی داد:

«به نظر من قواعدی که در آرای امریکایی مطرح شده، با توجه به رأی ... انعکاس‌دهنده حقوق انگلستان هستند. از دیدگاه من قواعد حقوقی راجع به این موضوع احتمالاً امروزه منقح و مشخص است و به هر تقدیر، چنانچه اسناد لازم برای تا پرداخت وجه اعتبار با علم فروشنده مزور یا مجعول باشند، مسلم است که می‌توان فروشنده را از

100. *Id.*, at 114.101. *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, 1 All E.R. 1071 (Ch. 1974).

ارائه اسناد جهت دریافت وجه اعتبار اسنادی منع نمود یا گشاینده اعتبار را از اینکه در مقابل آن اسناد وجه اعتبار را بپردازد، منع کرد.<sup>۱۰۲</sup>

تا به امروز، شمار دعاوی استرالیایی راجع به قاعده تقلب محدود بوده است و هیچ دعوایی نظیر دعوای آنگلیکا-وایت‌ویر در استرالیا مطرح نشده که به نحو جامع موضع حقوق استرالیا را در این باره تبیین کند. با آنکه محاکم استرالیا در دعاوی همچون کنترونیک ادعا نموده‌اند که از موضع حقوقی انگلستان در این باره پیروی می‌کنند، اما این محاکم نه جهت امکان استناد به قاعده تقلب، تقلب «واضح» یا «روشن» را لازم دانسته‌اند و نه با تفاوت طرف دعوا، رویه متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند.

#### ۸. قاعده تقلب در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی.سی.)

##### ۸.۱. عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی

عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)<sup>۱۰۳</sup> در خصوص موضوع و قاعده تقلب ساکت است. دلیلی که معمولاً برای این خلأ بیان می‌شود

102. *Contronic Distributors Pty Ltd.* (1984) 3 N.S.W.L.R. 110, 116.

103. International Chamber of Commerce, ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1951) (revised 1993) (I.C.C. Publication No. 500) [hereinafter UCP].

یو.سی.پی. نخستین بار در سال ۱۹۳۳ منتشر شد و ویرایش‌های تجدیدنظر شده آن در سال‌های ۱۹۵۱، ۱۹۶۲، ۱۹۸۳ و ۱۹۹۳ انتشار یافت. روند تجدیدنظر در هر دهه، که در سلسله تجدیدنظرهای فوق دیده می‌شود، انعکاس‌دهنده نیازهای آن زمان‌ها است نه اینکه سیاست دانسته و آگاهانه‌ای باشد؛ لذا نمی‌توان انتظار داشت که تجدیدنظر جدیدی در سال ۲۰۰۴ یا ۲۰۰۵ در یو.سی.پی. صورت گیرد. جهت ارائه الکترونیکی اسناد، الحاقیه‌ای به نام یو.سی.پی. الکترونیک، به یو.سی.پی. اضافه گردید که از ۱ آوریل ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا گردیده است. یو.سی.پی. الکترونیک تجدیدنظری در یو.سی.پی. نیست و بر هیچ‌یک از مسائلی که در این مقاله بررسی می‌گردد، تأثیر نمی‌گذارد. یو.سی.پی. الکترونیک صرفاً استفاده از یو.سی.پی. را در مورد اسناد الکترونیک و سایر اسناد که به نحو الکترونیک ارائه می‌شوند تسهیل می‌کند.

این است که نقش یو.سی.پی. تنظیم مسائلی نیست که در حاکمیت و صلاحیت کامل حقوق داخلی کشورها و محاکم داخلی آنهاست. «هم محتوا و هم تفسیر مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی بین‌المللی متأثر از این واقعیت است که وظیفه مقررات مزبور آن است که به‌عنوان قواعدی عمل کنند که بهترین عرف و عادات بانکداری را بیان می‌دارند، نه به‌عنوان قواعد حقوقی»<sup>۱۰۴</sup> و مسئله تقلب به‌طور سنتی موضوعی تلقی می‌شود که «در قلمرو صلاحیت قانون حاکم بر دعوا و قوانین دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا...» است.<sup>۱۰۵</sup> بنابراین، قوانین ملی هستند که باید از هرگونه اقدام تأمینی و دستور موقت به علت ارتکاب تقلب از سوی ذینفع اعتبار بحث نمایند. به دیگر سخن، با آنکه «تدوین‌کنندگان مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی به موضوع تقلب نیک آگاه بودند»<sup>۱۰۶</sup> اما عمداً از کنار آن به سکوت گذشتند.<sup>۱۰۷</sup>

رویکرد غیرفعال یو.سی.پی. نسبت به مسئله تقلب، از سوی پاره‌ای نویسندگان به عنوان یک موفقیت چشمگیر مورد تحسین قرار گرفته است. از دیدگاه این گروه از صاحب‌نظران هرگونه تلاش از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی جهت وضع یک قاعده متحدالشکل در خصوص تقلب، تلاشی غیرضرور، بیهوده و محکوم به شکست است؛ چه اینکه قاعده تقلب کاملاً متأثر از قوانین

104. Roy Goode, *Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce*, 39 St. Louis U. L. J. 725, 727 (1995).

105. *Id.*

106. John F. Dolan, *Commentary on Legislative Developments in Letters of Credit Law: An Interim Report*, 8 Banking & Fin. L. Rev. 53, 63 (1993).

107. Katherine A. Barski, *Letters of Credit: A Comparison of Articles 5 of the Uniform Commercial Code and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, 41 Loy. L. Rev. 735, 751 (1996).

کاترین ای. بارسکی در مقاله فوق می‌نویسد: «فقدان حکم تقلب در یو.سی.پی. نشانگر این است که هدف تدوین‌کنندگان آن بوده که به قوانین محلی درخصوص موضوع تقلب احترام بگذارند و از آن تمکین کنند.»



ملی است. و قوانین راجع به تقلب در کشورهای مختلف، متفاوت است. آنان استدلال می‌کنند که موضع کنونی یو.سی.پی. در قبال مسئله تقلب می‌تواند «برای کشورهای مختلف انگیزه‌ای ایجاد کند که مقررات تقلب را به گونه‌ای تدوین کنند که مانع بازاریابی اعتبارات اسنادی‌ای که بانکهای آن کشورها گشایش می‌کنند، نگردد».<sup>۱۰۸</sup>

مع‌هذا، این دیدگاه مشکلاتی را در پی دارد. راست است که یو.سی.پی. به معنای حقوقی کلمه، قانون نیست بلکه گردآوری عرف و عادات تجاری پذیرفته شده است، اما واقعیت آن است که یو.سی.پی. امروزه «به نحو چشمگیری در کلیه اعتبارات اسنادی تجاری بین‌المللی شرط می‌شود؛ از سوی بانکداران و کاربران اعتبارات اسنادی در سراسر جهان مطالعه و بررسی می‌گردد؛ و در بسیاری از کشورها که در خصوص اعتبارات اسنادی قوانین موضوعه اندکی دارند یا اساساً قانون موضوعه در این باره ندارند به عنوان یک شبه قانون نگرسته می‌شود».<sup>۱۰۹</sup> در واقع، متقاضی‌ای که در پی اعتبار اسنادی‌ای باشد که تابع یو.سی.پی. نیست، به احتمال زیاد جستجوی بی‌حاصلی خواهد داشت (مگر در ایالات متحده که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت، در خصوص این نهاد، قانون وضع نموده است). توفیق زایدالوصف یو.سی.پی. در کسب مقبولیت جهانی باری را بر دوش آن افکنده که هر قانونی بر دوش می‌کشد؛ و

108. *Id.*

همچنین رک.

Dolan, *supra* note 107, at 63.

پروفسور جان دولان در منبع فوق دشواری مدون کردن موضوع تقلب را خاطر نشان نموده و بررسی می‌کند که چرا سیاست اتاق بازرگانی بین‌المللی در این باره موفقیت‌آمیز و ترمبخش است.

109. James G. Barnes, Internationalization of Revised UCC Article 5 (Letters of Credit), 16 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 215, 216 (1995).

آن همانا عادلانه و منصفانه بودن قاعده و قانون برای تمام طرفین است.<sup>۱۱۰</sup> خلاصه کلام اینکه موفقیت یو.سی.پی. به آن معناست که یو.سی.پی. به قانونی عملاً موجود مبدل شده است.<sup>۱۱۱</sup>

یک قانون تجارت کارآمد، قانونی است که با به حداکثر رسانیدن اطمینان، ثبات و قابلیت پیش‌بینی راه‌حل‌ها برای جامعه تجاری، تجارت را تشویق و رونق بخشد. به منظور نیل به این مقصود، قانون باید برای معضلات و مشکلاتی که می‌توان پیش‌بینی کرد، بهترین پاسخ‌های ممکن را ارائه دهد. یو.سی.پی. بدون بررسی موضوع تقلب نمی‌تواند معیار فوق‌الذکر را احراز نماید. تدوین‌کنندگان یو.سی.پی. با آنکه مسئله تقلب را می‌دانستند، صلاح دیدند که به این موضوع نپردازند، و بدین‌سان کاربران اعتبارات اسنادی را در خصوص مشکلاتی که در صورت تقلب ممکن است با آن مواجه شوند، بدون راهنما رها کردند. این امر سردرگمی، بلا تکلیفی و بی‌ثباتی بیش از حد و در نتیجه غیر معقولی را سبب می‌گردد.

تنوع و ابهام مقررات داخلی کشورها در خصوص تقلب، وضع را از بد، بدتر می‌کند و بر وخامت اوضاع می‌افزاید. در چنین محیطی، اگر دعوایی راجع به

110. Ross P. Buckley, The 1993 Revision of the Uniform Customs and Practice and Documentary Credits, 28 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 265, 267-268 (1995).

روس پی. بوکلی در مقاله فوق می‌نویسد: «چنانچه تمام طرفهای ذینفع در فرایند تجدیدنظر در یو.سی.پی. دارای نماینده باشند، یو.سی.پی. در آینده بهتر خواهد توانست ایفای نقش نماید».

111. *Id.*

همچنین رک.

John F. Dolan, The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits ¶ 4.04 n. 76 (2d ed. 1991 & cumulative supp. 1995)

پروفسور جان دولان در منبع فوق می‌نویسد: «تدوین‌کنندگان عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) همواره تأکید نموده‌اند که یو.سی.پی. قانون نیست؛ اما هم آنها نمی‌توانند منکر شوند که یو.سی.پی. تأثیر و قدرت اجرایی برابر با قانون دارد».

تقلب در دادگاه طرح و رأی صادر شود، آن رأی به احتمال زیاد از سوی متخصصان اعتبار اسنادی به لحاظ مغایر بودن با عرف و عادات دست‌اندرکاران اعتبارات اسنادی و به جهت مضر بودن برای کارایی تجاری اعتبارات اسنادی، مورد انتقاد قرار خواهد گرفت؛ لذا جای شگفتی است که به هنگام تدوین یو.سی.پی، همان متخصصان پیشنهاد کردند که ایجاد قواعد راجع به تقلب را باید به دادگاهها و نهاد.<sup>۱۱۲</sup> نهادن این وظیفه بر عهده محاکم نه منطقی است و نه صحیح و واقع‌بینانه.

قضات بایست در امور حقوقی متبحر باشند، اما عملاً نمی‌توان انتظار داشت که تمام قضات در حقوق اعتبارات اسنادی متخصص و خیره باشند یا در محدوده زمانی اندک که پرونده‌ای نزد دادگاه مطرح است، قاعده حقوقی مفید و سودمندی را ایجاد کنند. واقعیت این است که «بیشتر قضات دادگاههای بدوی تجربه و مهارت اندکی در خصوص مسائل اعتبارات اسنادی دارند...».<sup>۱۱۳</sup> بنابراین، مطلوب است تدوین‌کنندگان یو.سی.پی. که جملگی متخصصان سرشناس و مشهور اعتبارات اسنادی هستند، در خصوص این مسائل نیز ارائه طریق نمایند.

همان‌گونه که پروفیسور کلیوآشمیتوف، استاد فاضل و سرآمد، حدود بیست سال پیش از این یادآوری نموده: «بهتر است در تجدیدنظر بعدی عرف و عادات

۱۱۲. گروه کاری‌ای که آخرین ویرایش یو.سی.پی. را تدوین نمود، نخستین گروه کاری بود که اعضای غیر از بانکداران نیز در آن عضویت داشتند. در تدوین این ویرایش، تعدادی از وکلای بانکداری و دو استاد حقوق مشارکت داشتند. طرفهایی که اعتبارات اسنادی جهت استفاده آنها تهیه شده - یعنی صادرکنندگان و واردکنندگان - مستقیماً در روند تدوین یو.سی.پی. دارای نماینده نبودند. رک.

John A. Spanogle, Jr., *The Arrival of International Private Law*, 25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 477, 492 (1992).

نویسنده فوق از تشکیل یک کمیته جهت بررسی و تصویب موضوعات بحث می‌کند.

113. Task Force Report, *supra* note 46, at 1611.

متحدالشکل اعتبارات اسنادی... به این مسئله توجه شود؛<sup>۱۱۴</sup> اما به این توصیه توجه نشد. در تجدیدنظر بعد از آن نیز در سال ۱۹۹۳ این توصیه عملی نگردید. به هر صورت، به نظر می‌رسد دامنه شیوع اعمال متقلبانه که کلیواشمیتوف را واداشت تدوین‌کنندگان یو.سی.پی. را به توجه به این موضوع فراخواند، در بیست سال گذشته افزایش یافته است.

## ۲. ۸. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی

برخلاف یو.سی.پی، در قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی تلاش شده تا به موضوع تقلب، یا به عبارت دیگر آنچه در این حوزه «مطالبه ناحق وجه» ضمانت‌نامه‌های مستقل نامیده می‌شود، توجه شود. ماده ۹ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی مقرر می‌نماید:

«چنانچه ضمانت‌نامه، ارائه اسناد مثبت حق مطالبه را مشخص نکرده یا جهت مطالبه وجه ارائه صرفاً یک درخواست‌نامه از سوی ذینفع را معین نموده باشد، ذینفع مکلف است اسناد زیر را تسلیم کند:

(الف) در مورد ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، اظهارنامه‌ای مبنی بر اینکه پیشنهاد مضمون‌عنه پذیرفته شده و متعاقب آن وی یا از امضای قرارداد خودداری نموده یا ضمانت‌نامه حسن اجرای قرارداد را که در مناقصه پیش‌بینی شده، ارائه نداده است، و ارسال اظهارنامه‌ای خطاب به مضمون‌عنه مبنی بر موافقت او (ذینفع) به حل و فصل هرگونه ادعای مضمون‌عنه راجع به تمام یا قسمتی از وجهی که به موجب ضمانت‌نامه به ذینفع پرداخت شده از طریق دادگاه یا مرجع داوری مطابق آنچه در اسناد مناقصه مقرر شده یا، چنانچه در

114. Clive M. Schmitthoff, *Export Trade*, J. Bus. L. 319, 321 (1983).

ضمانت‌نامه چنین مقرر نشده یا به نحو دیگری توافق شده باشد، اعلام موافقت خود مبنی بر حل و فصل دعوی مزبور مطابق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی یا مطابق قواعد داوری آنسیترال به انتخاب مضمون‌عنه؛

(ب) در مورد ضمانت‌نامه حسن اجرای قرارداد یا ضمانت‌نامه استرداد پیش‌پرداخت، رأی دادگاه یا رأی یک مرجع داوری که مثبت طلب باشد، یا تأییدیه کتبی مضمون‌عنه دایر به حق مطالبه و میزان وجهی که باید پرداخت گردد.<sup>۱۱۵</sup>

این مقررات به معنای دقیق کلمه با قاعده تقلب مورد بحث ما یکسان نمی‌باشد. قاعده تقلب مربوط به اوضاع و احوال و شرایطی است که در صورت وجود آن می‌توان پرداخت وجه اعتبار اسنادی را متوقف ساخت. ماده ۹ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی شرایطی را پیش‌بینی می‌کند که در صورت وجود آن پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های مستقل قابل اجرا می‌گردد.

مع‌ذک، هدف قاعده تقلب و ماده فوق‌الاشعار یکسان است: هدف هر دو همانا پیشگیری و ممانعت از تقلب است. با کمال تأسف، قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی تنها از سوی معدودی از کاربران ضمانت‌نامه‌های مستقل مقبول افتاده است.<sup>۱۱۶</sup>

115. International Chamber of Commerce. ICC Uniform rules for Contract Guarantees art. 9 (1978) [hereinafter URCG].

۱۱۶. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی از زمان انتشار تاکنون به‌ندرت مورد پذیرش یا استفاده قرار گرفته است. یکی از دلایل این عدم استقبال، مشکل مفهومی است که در این مجموعه قواعد وجود دارد. توضیح اینکه قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی تصریح نکرده است که این مجموعه قواعد مخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل است و بر ضمانت‌نامه‌های فرعی (که بیشتر به عنوان ضمانت‌نامه ثانوی تعهد متداول است) حکومت نمی‌کند. اما بزرگترین مانع بر سر راه مقبولیت عمومی قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی حکمی است که در ماده ۹ این مجموعه قوانین

## ۳. ۸. قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

با تجربه‌ای که از قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی حاصل آمد، تدوین‌کنندگان قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه صلاح دیدند که در خصوص مسئله تقلب موضعی همانند یو.سی.پی. اختیار کنند؛ بدین معنا که در این باره سکوت کنند و تعیین تکلیف آن را به محاکم کشورهای مختلف واگذارند.

با این همه، به هنگام تدوین این مجموعه قواعد نظرات گوناگونی ارائه گردید که هر یک انعکاس‌دهنده منافع متعارض طرفهای درگیر بود. بانکها در پی سازوکار سهل و آسانی بودند که بر اساس آن صادرکننده ضمانت‌نامه بی‌آنکه ناگزیر باشد تحقیقات دشواری را به عمل آورد یا بر مبنای قرائن مبهم و نامعلومی اتخاذ تصمیم کند، مکلف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه باشد. ذینفع‌های ضمانت‌نامه‌ها عموماً ادعا می‌کردند نیاز به سازوکاری دارند که از طریق آن به صرف یک درخواست ساده یا سند، بی‌آنکه خطر اعتراضات نامعلوم و نامفهوم را متحمل شوند، وجه ضمانت‌نامه را دریافت دارند. نفع متقاضیان صدور ضمانت‌نامه در آن بود که در این سازوکار تدبیری ایمن وجود داشته باشد که به موجب آن بتوانند مانع مطالبه ناحق وجه ضمانت‌نامه گردند.<sup>۱۱۷</sup> در

آمده‌است. ماده ۹ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی مقرر می‌نماید که ذینفع به هنگام مطالبه وجه ملزم است یک رأی قضایی یا داوری یا تأییدیه کتبی مضمون‌عنه را ارائه دهد. این شرط بدین منظور وضع گردیده که مانع از مطالبه ناحق وجه ضمانت‌نامه گردد، اما به گفته پروفیسور روی گود این مقرره ثابت می‌کند که قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی از عرف و عادات تجاری بسیار فاصله گرفته است، چراکه این شرط ضمانت‌نامه‌های مستقل را عملاً ضمانت‌نامه‌های فرعی تبدیل می‌کند. رک.

Roy Goode, *The New I.C.C. Uniform Rules for Demand Guarantees*, 1992 Lloyd's Mar. & Com.L.Q.190, (1992).

117. Lars Gorton, *Draft UNCITRAL convention on Independent Guarantees*, J. Bus.L., 244 (1994).

میان این کشاکش، ماده ۲۰ قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه تلویحاً گام‌های چندی را برای محدود کردن حق مطالبه ذینفع برداشته است. به موجب این ماده:

«هرگونه مطالبه وجه ضمانت‌نامه باید مکتوب بوده و (علاوه بر اسناد دیگر که ممکن است در ضمانت‌نامه مشخص شده باشد) همراه با اظهار کتبی (اعم از اینکه در خود ضمانت‌نامه به عمل آید یا در سند یا اسناد علی‌حده همراه درخواست پرداخت که به آن مرتبط است) باشد دال بر اینکه: مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) از تعهد (تعهدات) ناشی از معامله (معاملات) پایه تخلف نموده یا، در مورد ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، از شرایط مناقصه تخلف کرده است؛ و

ذکر موردی (مواردی) که مضمون‌عنه از آن (آنها) تخلف نموده است.

هرگونه مطالبه وجه ضمانت‌نامه متقابل باید همراه با اظهار مکتوبی باشد دایر بر اینکه ضامن درخواست مطالبه وجه ضمانت‌نامه را مطابق شروط ضمانت‌نامه و مقررات این ماده دریافت داشته است.

بند (الف) این ماده تنها در موردی اعمال نخواهد شد که صراحتاً عدم اجرای آن ر ضمانت‌نامه شرط شده باشد. بند (ب) این ماده تنها در موردی اعمال نخواهد شد که صراحتاً در ضمانت‌نامه عدم اجرای آن شرط شده باشد».<sup>۱۱۸</sup>

همان‌طور که می‌بینیم، ماده ۲۰ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه ذینفع را ملزم می‌نماید تا به هنگام مطالبه وجه ضمانت‌نامه به‌طور کتبی هم بیان دارد که از معامله پایه تخلف شده، و هم نوع تخلف مربوطه را

118. Uniform Rules of Demand Guarantees (URDG), Int'l Chamber of Commerce, ICC Publication No. 458 (1992), art. 20.

اعلام کند و بدین طریق با فراهم آوردن مبنا و علتی برای ادعای تقلب، از دیگر طرفهای ضمانتنامه به نوعی حمایت به عمل آورده است. این مقررہ تکلیف مشخصی را بر ذینفع تحمیل می‌کند تا طرح و نقشه‌اش، نقش بر آب شود.<sup>۱۱۹</sup> مع ذلك، مقررہ مزبور از حیث اینکه نوعی تدبیر ایمن را برای قابل اجرا شدن تعهد پرداخت وجه ضمانتنامه مستقل پیش‌بینی کرده تا مانع از تقلب شود، ماهیتاً مشابه حکم ماده ۹ قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های قراردادی است، لیکن با قاعده تقلب مورد بحث ما متفاوت است؛ چه اینکه قاعده تقلب به این نکته اشاره دارد که چنانچه کشف شود تقلبی ارتکاب یافته، چه اقدامی می‌توان انجام داد. نظر به اینکه قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه هنوز آنچنان مورد استقبال کاربران ضمانتنامه‌ها مستقل قرار نگرفته‌اند، کارایی و تأثیر این رویکرد در آینده مشخص خواهد شد.

#### ۴. ۸. عرف و عادات اعتبارنامه تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸)

مجموعه عرف و عادات اعتبارنامه تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸) رویکردی مشابه با یو.سی.پی. در پیش گرفته و «دفاعیاتی را که بر مبنای تقلب، سوءاستفاده، یا مسائل مشابه جهت جلوگیری از پرداخت مطرح می‌شود ... به قانون حاکم بر اعتبارنامه» محول کرده است.<sup>۱۲۰</sup>

119. Gorton, *supra* note 118, at 249.

120. International Standby Practices (ISP 98), Int'l Chamber of Commerce, ICC Publication No. 590 (1998), R. 1.05(c).



به موجب قاعده ۴-۱۶<sup>۱۱</sup> و قاعده ۴-۱۷<sup>۱۲</sup> آی.اس.پی. ۹۸، در مطالبه وجه اعتبارنامه تضمینی لازم نیست تخلف یا رخداد واقعه دیگری در معامله پایه اعلام شود، مشروط بر اینکه در شروط و تعلیقات اعتبارنامه تضمینی، جهت مطالبه وجه اعلام تخلف یا رخداد وقایع دیگر در معامله پایه لازم دانسته نشده

۱۲۱. قاعده ۴-۱۶ عرف و عادات اعتبارنامه تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸) زیر عنوان «مطالبه وجه» مقرر می‌دارد:

«لازم نیست مطالبه وجه سندی جدای از اظهارنامه ذینفع یا سایر اسناد مقرر صورت گیرد. چنانچه سند دیگری لازم دانسته شده باشد، آن سند باید مشتمل بر: مطالبه وجه توسط ذینفع خطاب به گشاینده یا شخص معرفی شده؛ تاریخ صدور مطالبه‌نامه؛ میزان مبلغ مورد مطالبه؛ و امضای ذینفع باشد.»

مطالبه وجه ممکن است در قالب یک برات یا دستور دیگر، حواله، یا درخواست‌نامه پرداخت صورت پذیرد. چنانچه اعتبارنامه ارائه «برات» یا «سند تجاری» را مقرر دارد لازم نیست آن برات یا سند تجاری به شکل قابل معامله باشد، مگر اینکه در اعتبارنامه صدور برات یا سند تجاری به صورت قابل معامله شرط شده باشد. رک.

*Id.*, at R. 4.16.

۱۲۲. قاعده ۴-۱۷ عرف و عادات اعتبارنامه تضمینی بین‌المللی (آی.اس.پی. ۹۸) زیر عنوان «اظهارنامه تخلف یا سایر حوادثی که مطالبه وجه را ممکن می‌سازد» مقرر می‌دارد:

«چنانچه در اعتبارنامه ارائه اظهارنامه. گواهی یا گزارش دیگری دال بر وقوع تخلف یا سایر حوادثی که مطالبه وجه را ممکن می‌سازد، شرط شده باشد در حالی که مندرجات این اسناد مشخص نشده، سندی که حاوی موارد زیر باشد به عنوان سند منطبق پذیرفته خواهد شد:

شرحی مبنی بر اینکه حادثه‌ای که در اعتبارنامه موجب مطالبه وجه معین شده، رخ داده و لذا وجه اعتبارنامه قابل مطالبه است؛  
تاریخ صدور سند؛ و  
امضای ذینفع.» رک.

*Id.*, at R. 4.17.

باشد. این حکم در مقایسه با موضعی که قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه اختیار نموده، یک گام به عقب است، چراکه در مجموعه قواعد اخیر ذینفع جهت مطالبه وجه ضمانت‌نامه ملزم است تخلف از معامله پایه و نوع تخلف مربوطه را اعلام دارد.

عدم درج قاعده تقلب در آی.اس.پی. ۹۸، از سوی پاره‌ای از نویسندگان به عنوان یک دستاورد «بسیار بجا و مناسب» مورد تحسین قرار گرفته است؛ چه اینکه تقلب «در کشورهای مختلف به طرق گوناگونی تعبیر شده است. گنجاندن مقرراتی در خصوص قاعده تقلب در آی.اس.پی. احتمالاً پیچیدگی‌ها و دشواری‌های غیرضرور و اضافی را در کشورهایی از قبیل ایالات متحده پدید خواهد آورد».<sup>۱۲۳</sup> مع‌ذلک، همان‌طور که پیش از این اشاره رفت، گریختن و چشم بستن بر روی مشکلات، بهترین راه برای حل آنها نیست.

#### ۹. قاعده تقلب در کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی

برخلاف مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی (از این به بعد «کنوانسیون» یا «کنوانسیون آنسیترال» نامیده می‌شود)<sup>۱۲۴</sup> تلاش نموده به موضوع تقلب توجه

123. Paul S. Turner, *New Rules for Standby Letters of Credit: The International Standby Practices*, 14 *Banking & Fin. L. Rev.* 457, 463 (1999).

مسائل مربوط به تقلب و قاعده تقلب به هنگام تدوین آی.اس.پی. ۹۸ مورد بحث قرار گرفت، اما بنا به گفته پل اس. ترنر: «قاعده‌ای که مقرر می‌داشت چنانچه در اعتبارنامه قانون صالح انتخاب نشده باشد، مقررات کنوانسیون ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی حاکم بر اعتبارنامه خواهد بود، به درستی در آخرین مراحل تدوین آی.اس.پی. از پیش‌نویس حذف گردید». رک. *Id.*, at 463 n. 16.

124. *United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit*, Dec. 11, 1995. 35 I.L.M. 735 (1996) [hereinafter *UNCITRAL Convention*].

کند و از مطالبه متقلبانه یا ناحق وجه اعتبارنامه‌های تضمینی یا ضمانت‌نامه‌های مستقل ممانعت به عمل آورد.<sup>۱۲۵</sup> در این کنوانسیون سه ماده در خصوص قاعده تقلب دیده می‌شود.

در ماده ۱۵، کنوانسیون شرط کلی‌ای را جهت مطالبه وجه اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل از سوی ذینفع مقرر می‌دارد. بند (۳) ماده ۱۵ کنوانسیون اشعار می‌دارد «فرض این است که ذینفع به هنگام مطالبه وجه تأیید می‌کند که مطالبه با سوءنیت نبوده و هیچ‌یک از موارد مذکور در شقوق (الف)، (ب) و (ج) بند (۱) ماده ۱۹ وجود ندارد».<sup>۱۲۶</sup> به دیگر سخن، در صورت وجود عوامل احصا شده در ماده ۱۹ به هنگام مطالبه، امکان منع پرداخت وجه اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل فراهم است.

سپس ماده ۱۹ زیر عنوان «استثنای بر تعهد پرداخت» مواردی را احصا می‌کند که گشاینده می‌تواند مطالبه وجه از سوی ذینفع را نپذیرد و از پرداخت امتناع کند. بند (۱) ماده ۱۹ مقرر می‌نماید که ضامن (صیادرکننده اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل) حق دارد در مقابل ذینفع از پرداخت وجه امتناع کند،

۱۲۵. مع‌الوصف، این موضع از سوی پاره‌ای از نویسندگان حقوقی مورد انتقاد قرار گرفته است. به عنوان نمونه رک.

Dolan, *supra* note 107, at 63.

(پروفسور جان دولان معتقد است که آنسیترال در رویارویی با مسئله تقلب «خود را به مخمصه انداخته و به لکنت زبان افتاده است»). در کنوانسیون واژه «تقلب» استعمال نشده تا از درهم‌ریختگی و سردرگمی احتمالی که ممکن است در اثر تفاسیر مختلفی که در نظام‌های حقوقی گوناگون پیرامون معنای این اصطلاح مطرح گردد، دوری گزیند. رک.

Eric E. Bergsten, A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters, 27 Int'l L. 859, 872 (1993).

نویسنده اخیر تأکید می‌کند که آنسیترال از کاربرد اصطلاحات «تقلب» و «سوءاستفاده از حق» اجتناب نموده است.

126. UNCITRAL Convention, *supra* note 125, art. 15, para. 3.

مشروط بر اینکه یکی از موارد زیر به نحو «آشکار و واضح» وجود داشته باشد: «هریک از اسناد اصل و صحیح نبوده یا مزور یا مجعول باشد؛ وجه بر مبنایی که در مطالبه‌نامه و اسناد مثبت اظهار شده قابل مطالبه نباشد؛ یا چنانچه براساس نوع و هدف اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل حکم کنیم، مطالبه وجه هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری نداشته باشد...».<sup>۱۲۷</sup> بند (۲) ماده ۱۹ مفهوم عبارت «مبنای ممکن و قابل تصور» را بدین‌گونه توضیح می‌دهد:

«واقعه یا خطری که اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل به منظور حمایت از ذینفع در مقابل آن صادر گردیده، بدون شک رخ نداده باشد؛  
تعهد پایه مضمون‌عنه (متقاضی صدور) توسط دادگاه یا مرجع داوری باطل اعلام شده باشد، مگر اینکه تصریح شود بطلان تعهد پایه نیز در زمره خطرات تحت پوشش اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل قرار می‌گیرد؛  
تعهد پایه بدون تردید مطابق رضایت خاطر ذینفع اجرا شده باشد؛  
خطای عمدی ذینفع آشکارا مانع اجرای تعهد پایه شده باشد؛  
در مورد مطالبه وجه ضمانت‌نامه متقابل، ذینفع به‌عنوان صادرکننده (ضامن) ضمانت‌نامه‌ای که به ضمانت‌نامه متقابل مربوط است، با سوءنیت وجه اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل را پرداخته باشد».<sup>۱۲۸</sup>

127. *Id.*, art. 19, para. 1.

از آنجا که این ماده برخلاف ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت کلمه «می‌تواند» را استعمال نکرده، برخی نویسندگان معتقدند که این ماده تلویحاً تکالیفی را بر دوش ضامن می‌نهد مبنی بر اینکه بررسی کند آیا مطالبه موجه و به حق می‌باشد یا خیر. رک.

Gorton, *supra* note 118, at 249.

گورتون معتقد است که سیاق عبارات بند ۲ ماده ۱۹ «تلویحاً تکالیفی را بر دوش گشاینده می‌نهد دایر به اینکه بررسی و تمیز دهد آیا شرایط مطالبه وجه جمع می‌باشد یا خیر». مع‌ذلک، با توجه به ماهیت اعتبارات اسنادی، گشاینده اعتبار نباید مکلف باشد به اینکه بررسی کند آیا مطالبه وجه موجه است یا نیست، بلکه گشاینده باید مختار باشد که در صورت مطالبه، وجه را بپردازد یا نپردازد.

128. UNCITRAL Convention, *supra* note 125, art. 19, para. 2.

ماده ۱۹ نه تنها مبنا و علتی را جهت امتناع از پرداخت در اختیار صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانتنامه مستقل قرار می‌دهد، به مضمون‌عنه (متقاضی صدور) نیز امکان می‌دهد اقدامات قضایی را علیه ذینفع متقلب معمول دارد. بند (۳) ماده فوق‌الاشعار مقرر می‌دارد که «در موارد مذکور در شقوق (الف)، (ب) و (ج) بند (۱) این ماده، مضمون‌عنه حق دارد اقدامات موقت قضایی را مطابق ماده ۲۰ درخواست کند».<sup>۱۲۹</sup> براین اساس، ماده ۲۰ کنوانسیون تحت عنوان «اقدامات موقت قضایی» اقداماتی را که دادگاه می‌تواند معمول دارد، برمی‌شمارد. به موجب این ماده:

«۱. چنانچه به تقاضای مضمون‌عنه (متقاضی صدور) یا نماینده او ثابت گردد احتمال بالایی وجود دارد که درخصوص مطالبه‌ای که از سوی ذینفع صورت گرفته یا پیش‌بینی می‌شود صورت گیرد، یکی از موارد مذکور در شقوق (الف)، (ب) و (ج) بند (۱) ماده ۱۹ وجود دارد، دادگاه می‌تواند با استناد به قرائن محکمی که مستقیماً دلالت بر آن امر دارد:

(الف) دستور موقتی دایر به عدم دریافت وجه از سوی ذینفع که همچنین شامل منع ضامن از پرداخت وجه اعتبارنامه یا ضمانتنامه مستقل و الزام به نگاهداری وجه گردد، صادر کند؛

(ب) دستور موقت قضایی مبنی بر اینکه وجوه پرداخت شده به ذینفع، توقیف گردد، صادر کند؛ با ملحوظ نمودن اینکه آیا احتمال می‌رود در صورت فقدان چنین دستوری مضمون‌عنه زیان سنگینی متحمل گردد یا خیر.

۲. دادگاه به هنگام صدور دستور موقت موضوع بند ۱ این ماده می‌تواند مقرر کند متقاضی صدور دستور، تأمینی که از نظر دادگاه مقتضی باشد، بدهد.

129. *Id.*, art. 19, para. 3.

۳. دادگاه نمی‌تواند دستور موقتی از نوع مذکور در بند (۱) این ماده را براساس هیچ ایرادی صادر کند، مگر آن ایراداتی که در شقوق (الف)، (ب) و (ج) بند (۱) ماده ۱۹ ذکر شده یا اینکه از اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل برای اهداف مجرمانه استفاده شده باشد.<sup>۱۳۰</sup>

این مقررات کنوانسیون، روی هم رفته همسو با عرف و عادات جاری است. مقررات مزبور بیشتر عناصر قاعده تقلب را که طی سال‌ها از سوی محاکم و یا قانونگذاران ملی تکامل یافته، در بر دارد و راهنمای جامع و مفیدی را برای کاربران اعتبارات اسنادی و محاکم به دست می‌دهد. کنوانسیون، همانند بند ۵-۱۰۹ (ب) ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت امریکا به روشنی تشریح نموده که چنانچه در عملیات اعتبارات اسنادی تضمینی یا ضمانت‌نامه‌های مستقل تقلبی «آشکار و واضح» وجود داشت، قربانی تقلب چه اقداماتی را می‌تواند به عمل آورد. این اقدامات عبارتند از امتناع صادرکننده اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه مستقل از قبول اسناد ارائه شده یا خودداری از پرداخت،<sup>۱۳۱</sup> و استحقاق مضمون‌عنه برای درخواست صدور موقت دایر بر منع صادرکننده از قبول اسناد؛<sup>۱۳۲</sup> به علاوه، کنوانسیون آنستیرال نوع تخلفات و خطاهایی که استناد به قاعده تقلب را ممکن می‌سازد، احصا نموده؛<sup>۱۳۳</sup> بیان کرده است که هم تقلب در اسناد و هم تقلب در معامله پایه استناد به قاعده تقلب را میسر می‌کند؛<sup>۱۳۴</sup> کنوانسیون ضمناً راهنمایی‌های لازم را برای محاکم جهت بررسی اعمال قاعده تقلب به دست داده است.<sup>۱۳۵</sup>

130. *Id.*, art. 20.131. *Id.*, art. 19, para. 1.132. *Id.*, art. 19, para. 3.133. *Id.*, art. 19, para. 1 (a)-(c).134. *Id.*, art. 19, para. 1 (a), (c).135. *Id.*, art. 20.

مع الوصف، اگر موشکافانه و نقادانه بنگریم، پاره‌ای زمینه‌ها همچنان نیازمند تکمیل و اصلاح بیشتر هستند. اولاً، یکی از اجزای عمده قاعده تقلب در کنوانسیون مسکوت مانده است: کنوانسیون اشاره نمی‌کند که چه کسانی از قاعده تقلب مصون هستند؛ موضوع مهمی که هرگاه قاعده تقلب به اجرا گذاشته می‌شود، باید لحاظ گردد تا بتوان از اشخاص ثالث با حسن‌نیت حمایت کرد. ثانیاً، این واقعیت که خود کنوانسیون به‌طور خاص برای تنظیم اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانت‌نامه‌های مستقل تدوین شده - اگرچه کاربران اعتبارات اسنادی تجاری در صورت تمایل اختیار دارند از این کنوانسیون استفاده کنند - ممکن است بر تأثیر و نفوذ قاعده تقلب با آنکه به روشنی در کنوانسیون تشریح گردیده، اثر گذارد.<sup>۱۳۶</sup> چنانچه کنوانسیون به‌نحوی تدوین می‌شد که بر کلیه اعتبارات اسنادی (اعم از تجاری و تضمینی) شمول یابد شاید تأثیر آن بسی بیشتر بود.

با این حال، مقررات ناظر به قاعده تقلب که در قالب یک کنوانسیون تبلور یافته، نشان‌دهنده پیشرفتی چشمگیر و امیدبخش در این حوزه است. اولاً، این کنوانسیون نخستین سندی است که جزئیات قاعده تقلب را در سطح بین‌المللی به دست می‌دهد. ثانیاً، برخلاف مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی که باید در اعتبار اسنادی به‌عنوان شروط ضمن عقد گنجانده شود تا لازم‌الوفا گردد، کنوانسیون در کشوری که آن را امضا نموده و / یا تصویب کرده، قانون می‌گردد. نهایتاً، با توجه به نشانه‌های اولیه، تأثیر و نفوذ این کنوانسیون در جامعه اعتبارات اسنادی نباید ناچیز انگاشته شود، چراکه (۱) این کنوانسیون کمتر از پنج سال پس از انتشار رسمی لازم‌الاجرا گردید؛ و (۲) در فهرست کشورهای

136. *Id.*, art. 1, para. 2.

امضاکننده آن، کاربران مهم اعتبارات اسنادی همچون ایالات متحده امریکا دیده می‌شوند.

### ۱۰. نتیجه‌گیری

قاعده تقلب جزء متمم و مکمل حقوق حاکم بر اعتبارات اسنادی است و تکوین یافت تا خلاً موجود در این حوزه حقوقی را پر کند، و مانع ذینفع‌های دغل و بی‌وجدان شود تا از سازوکار اعتبار اسنادی سوءاستفاده کنند و متقاضی و گشاینده اعتبار را بفریبند.

قاعده تقلب حکمی استثنایی در حقوق اعتبارات اسنادی است؛ زیرا این قاعده با اصل بنیادین حقوق اعتبارات اسنادی یعنی اصل استقلال اعتبار مستقیماً در تعارض است. بنابراین، قاعده تقلب باید محتاطانه اعمال گردد و به‌دقت به هدف این حکم استثنایی محدود شود. هرگونه توسعه در این حکم استثنایی، استقلال اعتبار را از میان خواهد برد و کارایی تجاری اعتبار اسنادی را تضعیف خواهد نمود.

از دعاوی قدیمی مورد بررسی گرفته تا ماده ۵ اصلاحی کد متحدالشکل تجارت امریکا و کنوانسیون آنسیترال، برای شکل‌گیری قاعده تقلب راه درازی پیموده شده است. اکنون این قاعده نه تنها تقریباً در کلیه نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته شده، بلکه در سطح بین‌المللی نیز در کنوانسیون آنسیترال مدون گردیده است. امروزه رأی سزتجن و تدوین آن در کد متحدالشکل تجارت به عنوان دو نقطه عطف در سیر تاریخی شکل‌گیری قاعده تقلب به‌شمار می‌روند. در آینده نیز وضع قاعده تقلب در کنوانسیون آنسیترال به‌درستی گامی بلند و رو به جلو در این مسیر محسوب خواهد شد؛ گامی که جایگاه قاعده تقلب را از سطح ملی به سطح بین‌المللی ارتقاء بخشید.



مع‌ذک، در وضع موجود قاعده تقلب هنوز موضوعی در حال تکامل است. مهم‌ترین منبع حقوقی مربوط به این قاعده را در ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت امریکا و رویه قضایی‌ای که براساس آن شکل گرفته می‌توان یافت. اسف‌بارترین واقعیت در روند شکل‌گیری قاعده تقلب آنکه مجموعه عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) دربرگیرنده این قاعده نمی‌باشد؛ حال آنکه یو.سی.پی. مجموعه قواعد تأثیرگذاری درخصوص اعتبار اسنادی است که از طریق شرط تقریباً در کلیه اعتبارات اسنادی‌ای که در سراسر جهان گشایش می‌یابند، گنجانده می‌شود.<sup>۱۳۷</sup>

محاکم بیشتر کشورها، به‌جز ایالات متحده، نسبت به مسائل اعتبارات اسنادی بی‌تجربه و خام می‌باشند، و اقامه دعاوی تقلب در اعتبارات اسنادی در خارج از ایالات متحده بسیار اندک است. بنابراین، در ممالک دیگر فرصتی فراهم نگشته است تا رویه قضایی پخته، پیشرفته و منسجمی درخصوص این موضوع پدید آید.<sup>۱۳۸</sup> برای بیان گستره و قلمرو تقلب به عنوان استثنایی بر دکترین استقلال اعتبار اسنادی می‌بایست مجموعه‌ای خیره و ماهر که همانا ناشر یو.سی.پی. یعنی اتاق بازرگانی بین‌المللی است، عهده‌دار این مهم گردد.

از آنجا که یو.سی.پی. از حیث شکل صرفاً مجموعه‌ای از شروط قراردادی است، هر مقرراتی که در خصوص تقلب در آن گنجانده شود، فرع بر قانون ملی کشورها در باب این موضوع خواهد بود.<sup>۱۳۹</sup> با این همه، هیچ دلیلی ندارد تصور کنیم دادگاهها به مقررات یو.سی.پی. درخصوص تقلب همان ارزش و اعتباری

137. UCP, *supra* note 104.

۱۳۸. انگلستان رویه قضایی پخته و تکامل یافته‌ای را در زمینه حقوق اعتبارات اسنادی به‌طور کلی دارد، اما در مورد قاعده تقلب به‌طور خاص فاقد چنین رویه‌ای می‌باشد.

139. Robert Wight & Alan Ward. *The Liability of Banks in Documentary Credit Transactions under English Law*, 13 J. Int'l Banking L. 387, 390 (1998).

را نخواهند داد که به سایر مقررات یو.سی.پی. داده‌اند. گذشته از این، یو.سی.پی. اصل استقلال اعتبار اسنادی را مقرر داشته،<sup>۱۴۰</sup> پس چرا استثنا و محدودیت‌های وارد بر این اصل را بیان ندارد؟

برای پی‌ریزی بهترین نظم حقوقی در مورد موضوع پیچیده‌ای همچون اعتبارات اسنادی، متخصصان باید دانش و تجربه خود را به کار گیرند، آرای قضایی دشواری صادر شود، و قواعد مبسوط و مشروحتی تدوین گردد تا گردش روان و آسان این سامانه حقوقی تضمین شود.

امید می‌رود که در تجدیدنظر بعدی یو.سی.پی.، کمیته بازننگری توجه به موضوع تقلب را مدنظر قرار دهد، و در انجام این مهم از کد متحدالشکل تجارت آمریکا و کنوانسیون آنسیترال الهام بگیرد. چنانچه یو.سی.پی. قواعد ناظر به تقلب را آن‌گونه که در بند ۵-۱۰۹ کد متحدالشکل تجارت آمده، پذیرا شود و با اقتباس تعریفی که از تقلب در ماده ۱۹ کنوانسیون آنسیترال آده، آن را بسط و گسترش دهد، نتیجه حقوق مفیدی خواهد بود که به افزایش کارآمدی تجارت اعتبارات اسنادی بسیار کمک، و استفاده از اعتبارات اسنادی جهت ارتکاب تقلب و کلاهبرداری را محدود خواهد نمود. با توجه به مقبولیت و کاربرد تقریباً جهانی یو.سی.پی.، برای آنکه قاعده تقلب به نهایت کمال و بلوغ خود برسد، لازم است یو.سی.پی. به مسئله تقلب بذل توجه نماید. تنها آن هنگام که یو.سی.پی. به این موضوع پردازد، جامعه تجاری بین‌المللی از نظام اعتبارات

۱۴۰. رک.

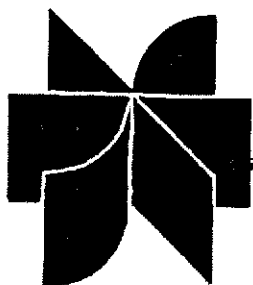
UCP, *supra* note 104, arts. 3 & 4.

مواد ۳ و ۴ عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.)، اعتبار اسنادی را از قراردادهای مرتبط با آن و اسناد را از کالا یا خدمات یا اجرای تعهداتی که به اسناد مرتبط است، جدا و متمایز از یکدیگر می‌شمارد.

اسنادی‌ای بهره‌مند خواهد شد که به شایستگی از این جامعه در برابر متقلبان و کلاهبرداران حراست می‌کند؛ و تنها آن هنگام که یو.سی.پی. تقلب را رسماً ممنوع اعلام کند، سفری که با رأی لرد مانسفیلد در دعوای پیلانس به طرفیت وان میروپ<sup>۱۴۱</sup> آغاز شد، به پایان خود خواهد رسید.

141. *Pillans v. Van Mierop*, 97 Eng. Rep. 1035 (1765).

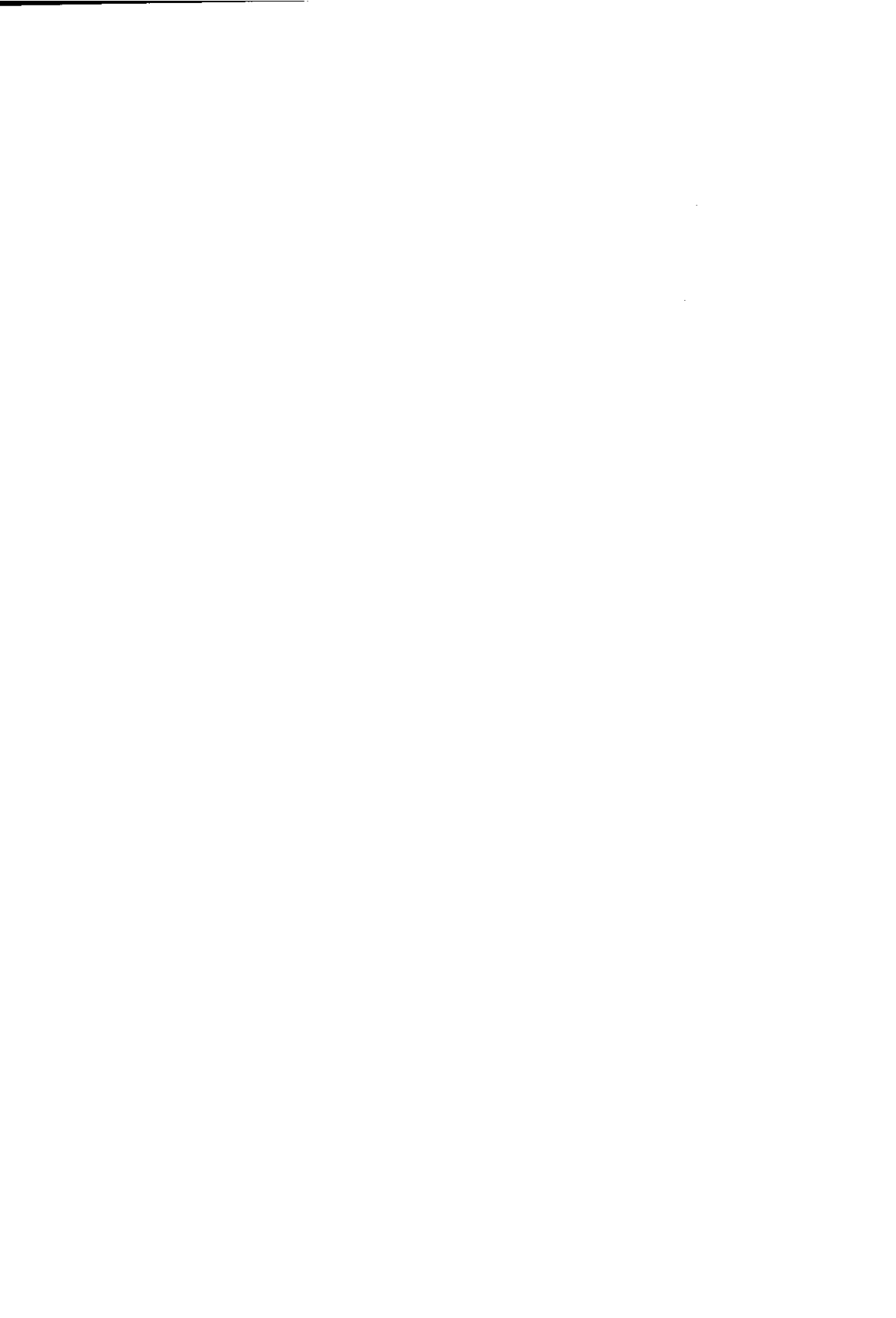




# گزارش آموزشی

---

فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته شده  
در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی



## فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته شده

### گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

- بررسی تطبیقی ماده واحده قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی و آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری

دانشجو: رضا انصاری

استاد راهنما: دکتر رجب گلدوست جویباری

بخش اول: تعریف، مفهوم حقوق شهروندی، سابقه تاریخی و منابع آن  
بخش دوم: رعایت حقوق شهروندی در مرحله کشف جرم و تحقیقات

مقدماتی

بخش سوم: رعایت حقوق شهروندی در مرحله دادرسی

- قضا زدایی و جایگاه آن در نظام کیفری ایران

دانشجو: محمد امینی

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

بخش اول: ابعاد نظری قضا زدایی

بخش دوم: رویکرد قضا زدایی در نظام کیفری ایران و اسلام

- مقام زن در اسلام و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران

دانشجو: آزاده اکبری امیر

- استاد راهنما: دکتر حسین مهرپور

فصل یک: جایگاه زن در اسلام

فصل دوم: جایگاه زن در حقوق کیفری شکلی ایران

فصل سوم: جایگاه زن در حقوق کیفری ماهوی ایران
- معماری و شهرسازی و ارتباط آنها با جرم

دانشجو: آرش تیموری

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

بخش نخست: نظریات جرم‌شناسی مرتبط با معماری و شهرسازی

بخش دوم: تأثیر معماری ساختمان بر جرم

بخش سوم: شهرسازی و طراحی شهری و تأثیر آن بر جرم
- جایگزین‌های حبس در حقوق کیفری ایران

دانشجو: حسن حاجی تبار فیروزجائی

استاد راهنما: دکتر علی صفاری

بخش نخست: عوامل گرایش به جایگزین‌های حبس و مبانی آن

بخش دوم: انواع جایگزین‌ها و مقررات مربوط به آنها
- مطالعه تطبیقی جبران خسارت بزه‌دیده به هزینه دولت و نهادهای عمومی (ایران، اسلام و انگلستان) (رساله دکتری)

دانشجو: احمد حاجی ده آبادی



## استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

بخش اول: مفهوم شناسی، قلمرو بحث و جایگاه جبران خسارت  
بزه‌دیده در سیاست جنایی

بخش دوم: جبران خسارت بزه‌دیده توسط بزه‌کار تا جبران خسارت  
بزه‌دیده توسط دولت

بخش سوم: مبانی جبران خسارت بزه‌دیده توسط دولت و اصول و شرایط  
حاکم بر آن

بخش چهارم: منابع قانونی جبران دولتی خسارت در ایران و انگلستان

- حمایت کیفری از حریم خصوصی در فضای سایبر

دانشجو: جعفر حسنی

استاد راهنما: دکتر نسرین مهرا

بخش اول: بستر شناسی حمایت کیفری از حریم خصوصی در فضای

سایبر

بخش دوم: تحلیل حقوقی حمایت کیفری از حریم خصوصی در فضای

سایبر

- فرایند جرم‌انگاری شبیه‌سازی انسان در حقوق داخلی و بین‌الملل

دانشجو: محمد جعفر ساعد

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

بخش نخست: شبیه‌سازی انسان: از آموزه‌های اخلاقی - دینی تا فرایند

جرم‌انگاری در حقوق بین‌الملل

بخش دوم: شبیه سازی انسان: فرایند جرم انگاری در حقوق داخلی در

پرتو تعامل با مقررات حقوق بین‌الملل

• عدالت ترمیمی؛ تعدیل تدریجی عدالت کیفری یا تغییر آن

دانشجو: امیر سماواتی پیروز

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

بخش نخست: عدالت ترمیمی؛ دگرگونی عدالت کیفری کلاسیک

بخش دوم: عدالت ترمیمی؛ آمیزه‌ای از تحول و تردید

• ارتشا در نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی

دانشجو: زهره سعادت

استاد راهنما: دکتر حسین میرمحمدصادقی

بخش اول: ماهیت عمل مجرمانه ارتشا در حقوق کیفری ایران و اسناد

بین‌المللی

بخش دوم: تدابیر (پاسخهای) نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی در

قبال ارتشا

• دفاعیات در حقوق بین‌الملل کیفری

دانشجو: سید مهدی سیدزاده ثانی

استاد راهنما: دکتر حسین میر محمد صادقی

بخش اول: دفاعیات عینی در حقوق بین‌الملل کیفری (عوامل موجهه

جرم)

بخش دوم: دفاعیات شخصی در حقوق بین‌الملل کیفری (عوامل و رفع مسئولیت)

- پولشویی از منظر حقوق جزای داخلی و معاهدات بین‌المللی

دانشجو: عبدالرسول شریفی لرستانی

استاد راهنما: دکتر حسین میر محمد صادقی

بخش اول: بررسی پولشویی و ماهیت آن

بخش دوم: روشهای مبارزه با پولشویی در حقوق داخلی و بین‌الملل

- بررسی تطبیقی تجدید نظر احکام کیفری در حقوق ایران و انگلستان

دانشجو: هادی طیبی

استاد راهنما: دکتر نسرین مهرا

بخش نخست: تجدید نظر در احکام کیفری: سیر تحول، مفهوم و

مبانی، خصوصیات و آثار

بخش دوم: تشکیلات، تشریفات، صلاحیت و نحوه رسیدگی مراجع

تجدید نظر

- عدالت ترمیمی (مبانی و کنشگران) (رساله دکتری)

دانشجو: عباس شیری

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

فصل اول: مبانی عدالت ترمیمی

فصل دوم: کنشگران عدالت ترمیمی

## فصل سوم: فرآیندهای عدالت ترمیمی

- قرار بازداشت موقت در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی با

رویکرد به حقوق متهم

دانشجو: سعید کشوری باغان

استاد راهنما: دکتر نسرین مهرا

بخش اول: ماهیت و شرایط قرار تأمین بازداشت

بخش دوم: حقوق متهم بازداشت شده

- اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و رویکردهای نوین (رساله دکتری)

دانشجو: علیرضا میلانی

استاد راهنما: دکتر جمفر کوشا

بخش اول: بررسی مفاهیم اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و

جایگاه آن در نظام حقوقی ایران

بخش دوم: اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در اسناد فراملی و آثار

آن در نظامهای حقوقی داخلی

## گروه حقوق خصوصی

- اجرای آرای داورى خارجى ابطال شده در کشور محل صدور

دانشجو: شاهین اسمعیل پورفداکار

استاد راهنما: دکتر محمد علی بهمنی

بخش اول: مبانی موجهه‌ی اجرای آرای داوری خارجی

بخش دوم: بررسی مطلوبیت اجرای آرای داوری ابطال شده

• قرارداد انتقال مالکیت زمانی (Time Share)

دانشجو: احمد اصائلو

استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی

بخش اول: کلیات

بخش دوم: ماهیت حقوقی قرارداد انتقال مالکیت زمانی (تایم شر) در

حقوق ایران

• نقش تعیین مدت در قراردادها

دانشجو: مرجان اصفهانیان

استاد راهنما: دکتر عباس قاسمی حامد

بخش نخست: تعیین مدت در مرحله تشکیل قرارداد

بخش دوم: تعیین مدت در مرحله اجرای قرارداد

• مسئولیت جبران خسارت به وسیله شهرداری

دانشجو: وحید حسنی سنگانی

استاد راهنما: دکتر عباس قاسمی حامد

بخش اول: تبیین مفهوم مسئولیت جبران خسارت به وسیله شهرداری و بررسی ارکان آن

بخش دوم: بررسی اثر مسئولیت جبران خسارت و اقامه دعوا علیه شهرداری

• حمایت از مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیکی مصوب

۱۳۸۲/۱۰/۱۷ با توجه به حقوق روز اتحادیه اروپا (رساله دکتری)

دانشجو: سید پدram خندانی

استاد راهنما: دکتر عباس قاسمی حامد

بخش اول: حمایت از مصرف کننده با پیش بینی تعهدات قانونی تأمین

کننده

بخش دوم: حمایت از مصرف کننده با پیش بینی آثار تخلف تأمین

کننده از تعهدات قانونی

• مفهوم مالکیت (مقایسه در فقه، قانون مدنی و قانون تجارت)

دانشجو: آرش رشیدی

استاد راهنما: دکتر محمد جواد صفار

بخش اول: شناسایی مفهوم، منشأ و حدود مالکیت

بخش دوم: بررسی مقایسه‌ای مالکیت

• قرارداد پیش فروش ساختمان

دانشجو: فرناز زرنگار

استاد راهنما: دکتر غلامعلی سیفی زیناب

بخش نخست: ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان و بازشناخت آن  
از قراردادهای مشابه

بخش دوم: آثار قرارداد پیش فروش ساختمان

• منشأ تحلیلی مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلستان

دانشجو: محمد ساردوئی نسب

استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

بخش اول: تحلیل منشأ حقوق مسئولیت مدنی (به معنی اخص) از  
دیدگاه فلسفه حقوق ایران و انگلستان

بخش دوم: بررسی تفصیلی انعکاس تنوری عام مسئولیت مدنی در  
حقوق ایران و انگلستان

بخش سوم: قلمرو مسئولیت مدنی به معنی اخص و سایر الزامهای خارج

از قرارداد

• قواعد اخلاقی در تعهدات مدنی

دانشجو: حمیدرضا علی کرمی

استاد راهنما: دکتر هادی وحید

فصل اول: قواعد اخلاقی در تعهدات قراردادی

فصل دوم: قواعد اخلاقی در تعهدات خارج از قرارداد

• مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی خصوصی در حقوق ایران

دانشجو: صائمه عبدالله پور

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک

بخش اول: مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی در سرزمین اصلی کشور

بخش دوم: مؤسسات اعتباری بانکی و غیربانکی خصوصی در مناطق

آزاد

• نقش دادرس در اثبات دعوی مدنی (رساله دکتری)

دانشجو: علیرضا نوجوان

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

بخش اول: کلیات

بخش دوم: نقش دادرس در تحصیل دلیل و ارائه، فراهم آوردن و

بکارگیری آن

بخش سوم: ارزش اثباتی علم دادرس و توان ارزیابی دلایل

• ماهیت حقوقی سپرده‌های بانکی

دانشجو: عثمان مزین

استاد راهنما: دکتر سید مصطفی محقق داماد

فصل اول: تاریخچه بانکداری

فصل دوم: انواع سپرده‌های بانکی

فصل سوم: توصیف حقوقی و شناسایی ماهیت سپرده‌های قرض‌الحسنه

پس انداز

فصل چهارم: توصیف حقوقی و شناسایی ماهیت سپرده‌های قرض-

الحسنه جاری



فصل پنجم: توصیف حقوقی و شناسایی ماهیت سپرده‌های سرمایه  
گذاری مدت دار

• طواری توقیفی و زوالی دادرسی

دانشجو: حمید فدایی جویباری

استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

بخش اول: طواری توقیفی دادرسی

بخش دوم: طواری زوالی دادرسی

• اماره قضایی

دانشجو: عبدالرضا شجاعی

استاد راهنما: دکتر محمد جواد صفار

بخش نخست: شناسایی دلیل، قواعد استناد به آن و امارات

بخش دوم: تعریف، ماهیت و مصادیق اماره قضایی

بخش سوم: مبنای اماره قضایی، حدود اعتبار و جایگاه آن در میان سایر

دلایل

• ابعاد حقوقی قراردادهای لیسانس (با تأکید بر پروانه اختراع)

دانشجو: روح الله صابری

استاد راهنما: دکتر محمدعلی بهمنی

بخش مقدماتی: قراردادهای انتقال تکنولوژی و جایگاه قرارداد لیسانس

بخش اول: تکوین قرارداد لیسانس

بخش دوم: آثار قرارداد لیسانس

بخش سوم: انحلال قرارداد لیسانس

## گروه حقوق عمومی

- مطالعه تطبیقی شیوه‌های نظارت بر قانون اساسی  
دانشجو: رضا امیری‌فر  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
بخش اول: نهادها و مقامات ناظر بر اجرای قانون اساسی در ایران و آمریکا  
بخش دوم: مقایسه نهادها و مقامات ناظر بر اجرای قانون اساسی در ایران و آمریکا
- حقوق معلولین در ایران  
دانشجو: شمس‌الله بزرگی‌مهر  
استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند  
فصل اول: تعاریف، مفاهیم، مبانی و منابع حقوق معلولین  
فصل دوم: توانبخشی معلولین  
فصل سوم: اشتغال معلولین
- بررسی محدودیت‌های آزادی بیان در نظام بین‌المللی حقوق بشر و ارزیابی نظام حقوقی ایران  
دانشجو: علی آذری  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

فصل اول: بررسی نظری و حقوقی محدودیت‌های آزادی بیان در نظام

بین‌المللی حقوق بشر

فصل دوم: ارزیابی محدودیت‌های آزادی بیان در نظام حقوقی ایران

- تعدیل قراردادهای اداری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان

دانشجو: نرجس توکلی افشار

استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی

فصل اول: تعدیل در قرارداد اداری

فصل دوم: تعدیل در بخشنامه‌ها و آیین‌نامه سازمان مدیریت و برنامه

ریزی

فصل سوم: حل اختلاف تعدیل پیمان

- بررسی تحلیلی کار کودک در ایران با توجه به تعهدات ناشی از مقاله

نامه شماره ILO/۸۲ (محو بدترین اشکال کار کودک)

دانشجو: پریسا سالاری

استاد راهنما: دکتر عزت الله عراقی

بخش اول: آسیب شناسی کار کودک

بخش دوم: رعایت تعهدات بین‌المللی پیرامون کار کودک در حقوق ایران

- نقش و تأثیر حاکمیت بر مالیه عمومی ایران

دانشجو: محمد شریف شاهی

استاد راهنما: دکتر محمدحسین زارعی

بخش اول: حاکمیت و مالیه عمومی: سیر اندیشه، اصول و مبانی، گذار

به جمهوری اسلامی ایران

بخش دوم: نقش و تأثیر قوای حاکمیت در مالیه عمومی ایران و بهسازی

آن

- نگرش تطبیقی نظام جمهوری اسلامی ایران با دموکراسی مطلوب

دانشجو: الهام السادات عمادی

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

بخش اول: کلیاتی در باب دموکراسی

بخش دوم: ارزیابی نظام جمهوری اسلامی ایران براساس شاخص‌های

دموکراسی

- بررسی ماهیت قرارداد موقت کار و پیامدهای عملی آن

دانشجو: حیدر محمدنژاد

استاد راهنما: دکتر عزت الله عراقی

فصل اول: کلیات

فصل دوم: انواع قرارداد کار در قانون کار و بررسی ماهیت قرارداد

موقت کار و مقایسه آن با سایر قراردادهای و سایر کشورها

فصل سوم: پیامدهای عملی قرارداد موقت کار

- بررسی تطبیقی «حق حریم خصوصی» در اسناد و رویه‌های بین‌المللی و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران  
دانشجو: سید باسم موالی زاده  
استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی  
فصل اول: مفاهیم و مبانی  
فصل دوم: بررسی مصادیق و محدوده حق حریم خصوصی در پرتو اسناد و رویه‌های بین‌المللی  
فصل سوم: بررسی مصادیق و محدوده حق حریم خصوصی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران
  
- بررسی تحلیلی مواد ۱، ۵ و ۱۸۸ قانون کار مصوب ۶۹/۹/۱۹ با نگرشی بر مواد ۱۵، ۲۴ و ۳۷ قوانین ارتش جمهوری اسلامی و سپاه پاسداران  
دانشجو: غلامحسین مقصودلو  
استاد راهنما: عزت الله عراقی  
فصل نخست: کلیات  
فصل دوم: بررسی حوزه شمول مقررات قانون کار، استثنائات وارده به آن و موارد تردید  
فصل سوم: بررسی وضعیت حقوقی کارکنان خرید خدمت در دستگاه‌های دولتی و نیروهای مسلح (سپاه پاسداران و ارتش جمهوری اسلامی) با تکیه بر مباحث مطروحه پیرامون حوزه شمول مقررات قانون کار ایران

• حمایت از حقوق زنان و کودکان بی سرپرست در ایران در پرتو اصول

حقوق بشر

دانشجو: اسماعیل یعقوبی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش اول: تعاریف، پیشینه تاریخی

بخش دوم: حمایت از زنان و کودکان بی سرپرست در اسناد بین‌المللی

بخش سوم: زنان و کودکان بی سرپرست و قوانین و موازین جمهوری

اسلامی ایران

بخش چهارم: سازمانها و نهادهای مجری امر حمایت از بی سرپرستان

• مطالعه تطبیقی شورای عالی امنیت ملی در ایران و نهادهای مشابه در

سایر کشورها

دانشجو: مهدی بالوی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل اول: بررسی مفهوم امنیت ملی و استانداردهای جهانی مطروحه

پیرامون آن

فصل دوم: بررسی جایگاه ترکیب و ساختار تشکیلاتی شورای عالی

امنیت ملی در نظام جمهوری اسلامی ایران و نهادهای مشابه در سایر

کشورها

فصل سوم: بررسی اهداف، وظایف و حدود و اختیارات شورای عالی

امنیت در نظام جمهوری اسلامی ایران و نهادهای مشابه در سایر

کشورها

- بررسی حق بر آموزش به زبان مادری در نظام حقوقی ایران در پرتو  
استاد حقوق بشری  
دانشجو: ارکان شریفی  
استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی  
بخش اول: حق بر آموزش به زبان مادری در نظام بین‌المللی حقوق بشر  
بخش دوم: حق بر آموزش به زبان مادری در نظام حقوقی ایران
- نظارت سیاسی و اداری بر اعمال دولت در نظام جمهوری اسلامی ایران  
دانشجو: فاطمه تمیمی  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
بخش اول: مفهوم، مبانی، اصول، منبع و پیشینه نظارت  
بخش دوم: بررسی نظارت سیاسی بر اعمال دولت در قانون اساسی  
جمهوری اسلامی ایران  
بخش سوم: نظارت اداری بر اعمال دولت
- جلوه‌های اصل حاکمیت قانون در برخی نظام‌های حقوقی معاصر  
دانشجو: هیوا ایزدی  
استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند  
بخش اول: جلوه‌های حاکمیت قانون در فرانسه  
بخش دوم: جلوه‌های حاکمیت قانون در آلمان

- ارزیابی مفهوم مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران  
دانشجو: مهناز بیات کمیتکی  
استاد راهنما: دکتر محمد راسخ  
بخش اول: مفهوم و نظریه‌های مصلحت عمومی  
بخش دوم: کاربرد مفهوم و نظریه مصلحت عمومی در قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران
- توهین به مقدسات دینی در حوزه آزادی مطبوعات در ایران، انگلستان و ایالات متحده  
دانشجو: مرتضی نجابت‌خواه  
استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی  
فصل اول: مبانی و مفاهیم کلی  
فصل دوم: توهین به مقدسات دینی در حوزه آزادی مطبوعات در نظام حقوقی ایران  
فصل سوم: توهین به مقدسات دینی در حوزه آزادی مطبوعات در نظام حقوقی انگلستان  
فصل چهارم: توهین به مقدسات دینی در حوزه آزادی مطبوعات در نظام حقوقی ایالات متحده  
فصل پنجم: مطالعه و بررسی تطبیقی جرم توهین به مقدسات دینی



### گروه حقوق بین‌الملل

- شورای امنیت و قانونگذاری در چارچوب قطعنامه ۱۳۷۳  
 دانشجو: فرحناز کمیلی پور  
 استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی  
 فصل اول: قانونگذاری در جامعه بین‌المللی  
 فصل دوم: بررسی صلاحیت شورای امنیت در صدور قطعنامه ۱۳۷۳
- بررسی ساختار و عملکرد کمیته ضد شکنجه  
 دانشجو: امیر محمد اسکندری  
 استاد راهنما: دکتر سید محمد قاری سید فاطمی  
 بخش نخست - مبانی، مفاهیم و جایگاه بین‌المللی، تاریخچه و اهداف  
 بخش دوم - ساختار، صلاحیت، آیین کار و ماهیت کمیته ضد شکنجه  
 بخش سوم - ارتباط کمیته با سایر مراجع و ساز و کارها و بررسی  
 عملکرد کمیته
- تروریسم بین‌المللی و دفاع مشروع  
 دانشجو: محسن شریفی  
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده  
 فصل اول - دفاع مشروع در پاسخ به حملات تروریستی بین‌المللی:  
 احراز یک قاعده عرفی بین‌المللی  
 فصل دوم - اجرای قاعده دفاع مشروع در پاسخ به حملات تروریستی

- مشارکت کشورهای جهان سوم در ایجاد و تحول قواعد حقوق بین-الملل  
 دانشجو: زهره گلستانی  
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده  
 فصل اول - مفهوم، ساختار و مبنای مشارکت جهان سوم در ایجاد و تحول قواعد حقوق بین‌الملل  
 فصل دوم - مصادیق مشارکت کشورهای جهان سوم در ایجاد و تحول قواعد حقوق بین‌الملل
- جوانب الحاق ایران به کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن (درباره حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بین دولتها و اتباع دیگر دول)  
 دانشجو: مهناز حسن پور  
 استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی  
 بخش اول - شناخت کنوانسیون واشنگتن و سیستم دادرسی داوری  
 موضوع آن ICSID  
 بخش دوم - ضرورتها و مزایای الحاق به کنوانسیون واشنگتن  
 بخش سوم - موانع و دشواریهای الحاق به کنوانسیون واشنگتن
- حقوق مالکیت معنوی و حقوق بشر: تعاملها و تعارضها (رسالة دکتری)  
 دانشجو: محمد حبیبی مجنده

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل نخست - پیش زمینه‌ها

فصل دوم - کپی رایت و آزادی بیان

فصل سوم - حق اختراع و حق بر سلامتی

• اوپک و نظم نو نفتی بین‌المللی

دانشجو: منصور احمد نژاد

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقدمه تحلیلی

قسمت اول - اوپک و تغییر نظم نفتی بین‌المللی - نمایش اقتدار جهان

سوم

قسمت دوم - اوپک و تزلزل عملی آن در استقرار نظم نفتی

• حقوق و قواعد بین‌المللی قابل اعمال در مبارزه با تروریسم (رسالة)

دکتری)

دانشجو: محسن عبداللهی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل اول - شناخت تروریسم در نظام حقوق بین‌الملل

فصل دوم - اعمال حقوق بشر و رویکرد اجرای قانون

فصل سوم - قابلیت اعمال حقوق بشردوستانه در رویکرد نظامی مبارزه

باتروریسم

- جایگاه دموکراسی در حقوق بین‌الملل معاصر  
دانشجو: اعظم امینی  
استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی  
بخش اول - تلاش‌های انجام شده در سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای  
بخش دوم - نهادینه شدن دموکراسی
- تکوین حقوق بین‌الملل محیط زیست  
دانشجو: سید سعید سید حسینی  
استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند  
فصل اول - سیر تاریخی فرآیند تکوین حقوق بین‌الملل محیط زیست  
فصل دوم - اهداف و ویژگیهای حقوق بین‌الملل محیط زیست  
فصل سوم - منابع و اصول حقوق بین‌الملل محیط زیست  
فصل چهارم - نقش سازمانهای بین‌المللی، دولتها و افراد در تکوین  
حقوق بین‌الملل محیط زیست
- بررسی تحولات مقررات بین‌المللی ناظر بر تولید و بکارگیری مین‌های  
زمینی  
دانشجو: مهسان پیوندی  
استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند  
قسمت اول: مین، محدودیت، یا ممنوعیت: قواعد و استانداردهای  
موجود

قسمت دوم: ساز و کارهای اجرای معاهده و اقدامات ملی و بین‌المللی

- مشکلات جاری حقوقی در روابط مرزی ایران و عراق  
دانشجو: محمد مهدی مرادی  
استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده  
بخش اول: روابط حقوقی ایران و عراق در چارچوب معاهدات ۱۹۷۵  
قبل از سقوط نظام سیاسی عراق در ۲۰۰۳  
بخش دوم: روابط حقوقی ایران و عراق در چارچوب معاهدات ۱۹۷۵  
بعد از سقوط نظام سیاسی عراق در ۲۰۰۳
- مبارزه با فساد در حقوق بین‌الملل (با تأکید بر کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد)  
دانشجو: اسماعیل بقایی هامانه  
استاد راهنما: دکتر محمد جعفر قنبری جهرمی  
بخش نخست: مفهوم فساد و تدابیر بین‌المللی برای مقابله با آن  
بخش دوم: بررسی کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد

### گروه حقوق بشر

- تأثیر اجرای موازین حقوق بشر در پیشگیری و مقابله با فساد اداری  
دانشجو: نیلوفر شریف بجستانی  
استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

- بخش اول: آثار متقابل حقوق بشر و فساد اداری در نظام‌های داخلی  
بخش دوم: ساز و کارهای نظام بین‌المللی در مبارزه با فساد اداری
- نظام انتخاباتی ایران از منظر قانون اساسی و اسناد بین‌المللی حقوق بشر  
دانشجو: حسین دبیرنیا  
استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی  
بخش اول - کیفیت حقوق شهروندان در نظام انتخاباتی ایران  
بخش دوم - نظام انتخاباتی ایران از منظر اسناد بین‌المللی حقوق بشر
  - حقوق سیاسی زنان در ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی و سه کشور  
سوئیس، انگلیس و فرانسه  
دانشجو: مهسا فتوحی  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
فصل اول - کلیات  
فصل دوم - زنان و مدیریت سیاسی و قضایی
  - بررسی تطبیقی دیدگاه‌های اندیشمندان اسلامی معاصر ایران و جان  
استوارت میل در حوزه آزادی بیان  
دانشجو: حسن سلطانه‌لی پور  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی  
فصل اول - مباحث نظری و تئوریک

- فصل دوم - آزادی بیان از دیدگاه اندیشمندان اسلامی معاصر ایران  
 فصل سوم - آزادی بیان از دیدگاه جان استوارت میل  
 فصل چهارم - مقایسه آزادی بیان در دو دیدگاه

- پایان بی کیفی ناقضان حقوق بشر: یک چالش جهانی  
 دانشجو: محسن بهاروند

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل اول: کلیات و تعاریف

فصل دوم: حمایت از حقوق بنیادین بشر در حقوق بین‌الملل

فصل سوم: دلایل بی کیفی در حقوق و سیاست

- ضرورت آموزش عقل حداقلی و حقوق بشر

دانشجو: پژمان اشتهاوردی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

فصل اول: رابطه اتونومی و حقوق بشر

فصل دوم: رابطه عقلانیت حداقلی و خودمختار بودن

فصل سوم: آموزش عقل حداقلی

- معیارها و تضمین‌های محاکمه عادلانه در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی

(رساله دکتری)

دانشجو: مصطفی فضائلی

استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی

- بخش اول: کلیات، مفهوم شناسی و پیشینه دادرسی عادلانه
- بخش دوم: معیارها و تضمین‌های نهادی
- بخش سوم: اصول کلی (اخلاقی - حقوقی)
- بخش چهارم: حقوق مظنونان و متهمان

- بررسی تطبیقی منع شکنجه و هتک حرمت و حیثیت در کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجازاتهای بی رحمانه، غیرانسانی و موهن و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران  
دانشجو: علی محمد فلاح زاده  
استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

- فصل اول: نظام حقوقی بین‌المللی منع شکنجه و رفتارهای مغایر با حرمت و حیثیت افراد (بی رحمانه، غیرانسانی و موهن)
- فصل دوم: نظام حقوقی داخلی منع شکنجه و رفتارهای مغایر با حرمت و حیثیت افراد (بی رحمانه، غیرانسانی و موهن)

### گروه حقوق مالکیت فکری

- حقوق رقابت در حوزه مالکیت فکری  
دانشجو: طوبی صادقی  
استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک  
بخش مقدماتی: بررسی نظام کلی حقوق رقابت و حقوق مالکیت فکری  
بخش اول: تعارضات



بخش دوم: تعاملات

- حقوق صاحبان علایم تجاری در ایران و انگلستان  
دانشجو: علیرضا نوری  
استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک  
بخش اول: بهره‌مندی از حقوق علامتهای تجارتي  
بخش دوم: نقض حقوق علامت تجاری
  
- اصول حاکم بر قراردادهای بهره‌برداری از نرم افزارهای کامپیوتری  
دانشجو: مصطفی مستأجران  
استاد راهنما: دکتر پرویز ساورانی  
فصل اول: کلیات  
فصل دوم: قراردادهای مربوط به حقوق مالی ناشی از نرم افزارهای  
کامپیوتری

shipment and reciprocal contracts that one party who transfer his goods could repay the price and restitute his property in a fixed period of time .

By the Iranian Civil Act these contracts are binding and the transferee is owner as soon as conclusion of the contract . But Iranian Registration Act delete this effect .

The tesis of this article is provide a definition for this term and consideration of it's effects and application.

**Farhad KHOMAMIZADEH**

**Persian text, pp. 199-217**

**Abstract**

One mechanism to avoid statelessness is to adhere to jus sanguinis by which nationality can be recognized by a state to any individual born by a parent who is a national or citizen of that state. Another mechanism is to adhere to jus soli by which nationality can be recognized by a state to any individual born in the territory of that state. There are, however, different views about what constitutes a blood relation or place of birth. Every country determines such concepts according to their own requirements and interests.

**Mortgage In Iranian registration and civil Law**

**Hekmatollah ASKARI**

**Persian text, pp. 219-274**

**Abstract**

"Moamelate ba haghe esterdad" is same as to the "Mortgage" in English law . This term refer to any owner

might reach the same conclusion as the English do, even though it is not as easy as one might think.

For the purpose of comparison between these two systems of law, the article is divided into 3 parts.

Part one considers the occupier's liability in both Iranian & English law. The Occupier's Liability Acts 1957 and 1984 of England govern the claims of the claimants who are visitors or trespassers respectively.

In part two the liability of a landlord to a person injured as a result of defective premises, which is very complex in both English & Iranian law, is studied and compared.

The third, which is the most important part of the essay, is about builder's liability in both laws in the construction and sale of the buildings, which includes, local authorities and the seller of the premises.

Finally, after considering the defects of the Iranian law and its deficiencies, a conclusion is made and some suggestions are provided in order to improve it.

## **A Comparative Study of Original Nationality in Iranian and French Legal System**

the courts to apply the foreign law. The subjects of these rules are basically 'Public Policy' and 'Mandatory Rules' of the forum, and sometimes of a third country. Accordingly, the rules of foreign law which generally must be applied by national court, will not be applied if their applications are contrary to Public Policy and/or Mandatory Rules of forum. Thus, it must be noted that admission and application of foreign law within a national legal system, is not unlimited and unfettered.

### **A comparative study as to the civil liabilities for the defective premises (English and Iranian Law)**

**Mehrab DARABPOUR**

**Persian text, pp. 139-197**

#### **Abstract**

The liability for defective premises is one of the specialized areas of law which is, to a considerable extent, discussed in English law. Unfortunately, in Iranian law this subject is discussed under either the contract or the general principle of civil liability. There is no specific statute in relation to this matter in the latter law. However, a high rank Iranian judge

This paper then examines process of international registration of inventions within this regime and all the requirements which are to be met by the applicants and at the end the results of using this regime for the applicants, member states' industrial property offices and industry sector will be highlighted.

**Key Words:** International Applications, International Searching Authorities, International Preliminary Examination, Receiving Office, International Bureau, International Phase, National and Regional Phase.

## **Limitations of Application of Foreign Law in Conflict of Laws**

**Hamid Reza NIKBAKHT**

**Persian text, pp. 109-137**

### **Abstract**

Although in different systems of Conflict of laws the application of foreign law by the national courts have been accepted, under the same systems there are rules which prohibit

importance of concurrent registration of inventions in several countries a separate study seems necessary.

In order to have a general picture of this particular legal regime, the present research first tries to identify general principles constituting the structure of the Treaty. Having these principles, industrial property offices of member states, practitioners and the applicants will be able to appropriately follow this system. In this respect, this paper shows that this regime peruses the following principles: (1) invention may be internationally registered when two subsequent requirements are met at two separate phases. (2) It only addresses the formality requirements and leaves the substantive requirements to the local authorities of the member states. (3) Adequate rights and autonomy are given to the applicant to decide whether or not to precede the process. (4) Adequate observance is allocated to the sovereignty of the member states, and, (5) It primarily strives for assisting developing countries to increase the efficiency of their legal systems by providing easily accessible information on the availability of technological solutions applicable to their special needs and by facilitating access to the ever expanding volume of modern technology through cooperation among the member states.

instead promoted their “Transcendental Philosophy” (متعالیه) (حکمت), which they declared to be the “Shiite Philosophy”, while on the other hand rapidly developing in their academic circles the science of “the Principles of Fiqh” (اصول فقه), that exercises fiqh on the basis of rationality and that has influenced the methodological approach to fiqh.

**Key words:** Ijtihad, Transcendental Philosophy, Principles of Fiqh, Sharia.

## **International Patent System: Backgrounds and Necessities**

**Mirghasem JAFARZADEH**

**Asghar MAHMOODI**

**Persian text, pp. 55-107**

### **Abstract**

Patent Co-operation Treaty was to internationally respond lots of difficulties and costs which the traditional method of invention registration ensue. Due to economic and legal



religious schools. In the course of time, the primacy of reason in understanding the Sharia was labeled “Ijtihad”, even though this expression underwent manifold interpretations and changes in its identity as the history of Islam evolved. Its meaning varied according to the political and economic circumstances. This situation has endured up to our days, but nevertheless there is one element that runs through all the various uses of the term “Ijtihad” by all the different Islamic schools, and that is: rationalism. Undoubtedly, the Hanfi understanding of “Ijtihad” is quite different from that of the Shiites, but still both of them are rationalistic.

During the last few centuries in the Islamic countries the necessity of continuing Ijtihad, i. e. the need to oppose the tendency of “closing the gate of Ijtihad” has been deeply felt. This sense of urgency has been one of the pillars of intellectual renewal in Sunni societies, a renewal that most modernist Turkish, Arab and Indian thinkers have agreed upon. For the Shiites, Ijtihad had a broad meaning and it was seen as an appropriate means of religious thinking. By their rational approach to theological problems and to the domain of rational theology, they on the one hand gradually emancipated themselves from non-rational ideas of the Mutakallimin and

## **Developments of Shiite Ijtihad: The Schools and Methods**

**Mostafa MOHAGHEGH DAMAD,  
Persian text, pp. 11-54**

### **Abstract**

A study of the history of religions shows that there has been an ongoing mutual challenge between rationalism and religion. In Islam this juxtaposition has brought forth some of the most

The said challenge has occurred especially in two areas, one is that of the fundamental principles of faith, and the other is the Sharia and the commandments of practical life. The former area deals with problems like God's attributes or freedom and determination, whereas the latter one is concerned with the limits of rationality in the interpretation of the laws of the Sharia. These controversies have, in the course of history, led to the formation of various theological and judicial groups and trends. Thus, in the first Islamic centuries, the two theological schools of the Asharites and the Mutazilah as well as their respective branches came in to being. Analogous to this development, we witness the emergence of the different



## Articles

♦ **DEVELOPMENTS OF SHIITE IJTIHAD: THE SCHOOLS AND METHODS**

*Mostafa MOHAGHEGH-DAMAD*

♦ **INTERNATIONAL PATENT SYSTEM: BACKGROUNDS AND NECESSITIES**

*Mirghasem JAFARZADEH*

♦ **LIMITATIONS OF APPLICATION OF FOREIGN LAW IN CONFLICT OF LAWS**

*Hamid Reza NIKBAKHT*

♦ **A COMPARATIVE STUDY AS TO THE CIVIL LIABILITIES FOR THE DEFECTIVE PREMISES (ENGLISH AND IRANIAN LAW)**

*Mehrab DARABPOUR*

♦ **A COMPARATIVE STUDY OF ORIGINAL NATIONALITY IN IRANIAN AND FRENCH LEGAL SYSTEM**

*Farhad KHOMAMIZADEH*

♦ **MORTGAGE IN IRANIAN REGISTRATION AND CIVIL LAW**

*Hekmatollah ASKARI*

## Translated Articles

♦ **LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR "CRIME": UNE RESPONSABILITÉ PÉNALE?**

*Marina SPINEDI Translated by Seyyed Ali HANJANI*

♦ **AMNESTIES IN THE LIGHT OF DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL LAW AND THE ESTABLISHMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

*Sessica Gavron Translated by Alireza EBRAHIMGOL*

♦ **THE DEVELOPMENT OF THE FRAUD RULE IN LETTER OF CREDIT LAW: THE JOURNEY SO FAR AND THE ROAD AHEAD**

*Ross P. Buckley & Gaoxiang Translated by Mashaallah BANA NIASARI*



# REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

Directeur  
**G.EFTEKHAR JAHROMI**

Rédacteur en chef  
**M.A. ARDEBILI**

Directeur exécutif  
**S. Najjar Firouzjaie**

## Comité de Rédaction

*Mohammad ACHOURI, Mohammad-Reza AHMADI, Mohammad-Reza PASBAN,  
Abdollah SHAMS, S.Hossein SAFAIE, Ezatollah ERAGHI, Amir-Hossein FAKHARI,  
Hedayatollah FALSAFI, S.Mostafa MOHAGHEGH-DAMAD, Reza NOURBAHA,  
S.Mohammad HACHEMI*

*Avec la collaboration de l'Association Iranienne du Droit Comparé, l'Association  
Iranienne du Droit Pénal et l'Association Iranienne d'Arbitrage*

Édition:  
**Université Shahid Beheshti**  
**Faculté de droit**

**Téhéran – Evine**

**N°. 44**  
**2007**



