

**بسم الله الرحمن الرحيم**



شهرستان  
بهبهان  
نشدن

# مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۲۲ - ۲۱  
از زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷

## مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

---

تاریخ نشر: از زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، اوین، تلفن ۲۴۰۳۱۹۹

مرکز پخش: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

تهران: خیابان آیت‌الله طالقانی، نیش فرصت شمالی، شماره ۱۴۰، تلفن: ۸۸۲۵۰۷۱

---

- 
- بخش تحقیق ● جدال دو قانون ..... ۹  
دکتر رضا نوربها
- قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی ..... ۲۳  
دکتر مهدی شهیدی
- ثالث در صحنه توقیف ..... ۴۳  
دکتر عبدالله شمس
- «بررسی جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت» در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ..... ۶۹  
دکتر ابراهیم بیگ زاده
- گفتاری دربارهٔ شکنجه و پیشگیری از آن ..... ۱۰۵  
دکتر محمدعلی اردبیلی
- تعادل اقتصادی در قراردادها (تعادل قضایی) ..... ۱۲۱  
دکتر امیر حسین آبادی
- وابستگی قراردادها در زمینه اعتبارات مصرفی حقوق فرانسه ..... ۱۵۵  
دکتر عبدالرسول قدک
- چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ..... ۱۸۳  
دکتر حمیدرضا نیکبخت
- ثمن شناور ..... ۲۲۱  
دکتر مهربان داراب‌پور
- 
- بخش ترجمه ● تکاپوی «جهان شمولی»: تأملاتی بر حقوق بشر ..... ۲۸۷  
دکتر اردشیر امیرارجمند
- درآمدی بر جرم‌زدایی، کیفرزدایی، قضازدایی ..... ۳۰۳  
نسرین مهرا
- بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه ..... ۳۱۳  
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
- 
- فهرست پایان نامه‌های پذیرفته شده ..... ۳۳۷



بخش

تحقیق

---





# جدال دو قانون

دکتر رضا نوربها

## مقدمه

در سالهای گذشته و به خصوص یکسال اخیر از قانون اساسی فراوان صحبت می‌شود، گروه‌های مختلف خطوط گوناگونی را برای حفظ این قانون که علیرغم نگهبانان جدی و مراقب، دستخوش ناایمنی و خط قرمزهای سلیقه‌ای شده، ترسیم می‌کنند، هرکس به نوعی و طبق تمایلات، عقاید و خواسته‌های خویش مفسر قانون اساسی شده، مرزهای حراست از قانون نامشخص و تفسیرهای متنوع از آن بسیار است. بنظر من اینک هیچ قانونی مظلوم‌تر از قانون اساسی در این کشور نیست که گاه بی‌محابا در معرض تحدید، تضییق و تفسیرهای سلیقه‌ای قرار می‌گیرد. بعنوان مثال وقتی از «حقوق ملت» در قانون اساسی بحث می‌شود که در اصول ۱۹ تا ۴۲ بر مبنای کنوانسیونهای بین‌المللی و حقوق اساسی ملت با دقت تبلور یافته گروهی محدوده‌های متعدد و دیوارهای بلند و حصارهای سیمانی بر حقوق ملت ایجاد می‌کنند و حربه‌های ترس و ارعاب متوسل می‌شوند و در عین حال مدعی حفاظت از قانون و آزادیها در پرتو این محدودیتها هستند و تخطی از اصول و قواعد ذهنی خود را شکستن حرمت قانون اساسی می‌دانند و گروهی دیگر در مقابل، مطالباتی گاه فراتر از محدوده قانون اساسی دارند و در برخورد با موانعی می‌خواهند حتی به تاوان سنگین قربانی شدن آن در مسلخ تعصبات بدین مطالبات دست پیدا کنند! آن گروه اول به سربازان تندخویی می‌مانند که عبور از سیم خاردارها را حتی برای دوستان مجاز نمی‌دانند و صیانت از قانون اساسی را در انحصار خود می‌شناسند و

گروه دوم به گرسنگان و تشنگان رنج کشیده‌ای شباهت دارند که با اشتهای فراوان عجله دارند تا مبادا قبل از این که احتمالاً خوان گسترده قانون اساسی را جمع کنند از این سفره بی نصیب بمانند!!

بی آن که به یک داوری عجولانه در مدح و ذم این یا آن گروه بپردازیم باید اذعان کرد که در یک نگرش کلی این جدال غیرطبیعی نمی نماید، ستونهای سنگی استبدادی رژیم گذشته هنوز پایه های بسیاری از ذهنهاست و شیارهای تفکرات عده ای هنوز از گرد و غبار تحمیل قدرت حاکم و تمکین بی چون و چرای ملت خالی نیست، در عین حال نسیم آزادی و آزادیخواهی صورتهای نوازش می دهد. قانون اساسی را باید آنطور که هست و شایسته آن است حفاظت نمود و بدان بهاداد و از تهاجم به آن جلوگیری کرد.

قانون اساسی در مقدمه مفصل خود و در زمینه شیوه حکومت در اسلام نفی هرگونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی را اعلام می دارد که اگر این مسأله در قالب قانون ایستا و بی حرکت باقی بماند بی تردید خود به ضد خویش تبدیل خواهد شد ولی چنانچه در حرکت باشد (که باید اینطور محاسبه کرد) لازم است قالبهای سست و بی اعتبار هر نوع استبداد را بشکند و حلقه های فکریهای خسته، خمیده و ناتوان از درک خود را پاره کند. به اعتقاد ما ابزار مهم و قاطع قانون اساسی در نبرد سهمگین نفی هرگونه استبداد به خصوص فکری، حمایت قوانین عادی از اصول قانون اساسی است و در این میان نقش قوانین جزایی که منطبق با اصول قانون اساسی باشد می تواند شاخص دقت در میزان عدالت و قانونگرایی باشد که نه چشمهای نگران از تهدید استبداد را بترساند و نه اندیشه های بی پروای آزادی طلبی را به واکنش عصبی بی نظمی بکشاند. نقش قانونگذار که باید مراقب اصول ام القوانین کشور باشد سنگین و مهم است.

بی تردید برخی از اصول قانون اساسی خود نیز در یک نگرش دقیق در میزان با معیارها و شاخص های حقوق بنیادی ملت در فاصله های کم و بیش متفاوتی قرار گرفته که همیشه نیاز به بازنگری آن در جهت تکامل احساس می شود چه

هیچ قانونی با توجه به تغییرات اجتماعی و تحولات ناشی از پیشرفت علم نمی تواند مدعی دائمی بودن باشد اما در هر حال بعنوان ام القوانین جامعه و داشتن لیاقت و شایستگی احترام باید مورد توجه قرار گیرد و همانطور که اشاره کردم نقش قانونگذار دقیق، ظریف و هوشمندانه است که در تدوین قوانین عادی بتواند اصول قانون اساسی را راهنمای خود قرار دهد و کوشش کند تا روح قانون را بیابد و اندیشه قانونگذاران حقوق ملت را دنبال کند.

با تأسف باید اشاره کنم که قانونگذار ما و به خصوص قانونگذار جزایی در متون کیفری در برخی موارد که گاه نیز بسیار مهم است - چندان از اصول قانون اساسی پاسداری نکرده و نگهبانان ثابت قدم و جدی قانون نیز در حد لازم به تطبیق اصول قانون اساسی با قوانین جزایی اهتمام نورزیده اند، در حالی که می دانیم تبلور حقوق ملت در قانون اساسی وقتی جلوه و نور و اعتبار خواهد داشت که قوانین جزایی از این اصول حمایت کنند و یا در تطبیق با این اصول جدی باشند. کوشش من بر این است تا در این نوشته کوتاه به برخی از این موارد به خصوص در زمینه حقوق ملت (اصول ۱۹ تا ۴۲) بعنوان دلیل مدعای خود اشاره کنم که قانون عادی چگونه می تواند آرام آرام در یک جدال پنهانی قانون اساسی را به بندگی خود بکشاند و برخلاف نصوص قانون اساسی سلاهایی بسازد که اصول این قانون را به راحتی هدف گیری کند. اگر یک فرد عادی بی توجه به قانون اساسی و به طریق مختلف بخواهد به آن لطمه وارد کند عملش در دایره محدودی انعکاس خواهد یافت و جبران آن را نیز کم و بیش خواهد دید اما اگر قانونگذار از اصول قانون اساسی تخطی کند محدوده آن بسیار گسترده و نتایج آن وخیم خواهد بود چه قوانین عادی در هر حال ظاهر آراسته ای دارند که خطرات پنهانی آنها را می پوشاند.

قبل از بررسی برخی از اصول قانون اساسی و تطبیق آنها با قوانین جزایی به چند نکته اشاره می کنم. اول آن که موارد عنوان شده حصری نیستند و این تطبیق در همه زمینه ها مانند قانون مطبوعات، قانون کار و دیگر قوانین امکان دارد و حتی ضروری است، من صرفاً به قوانین جزایی و آنهم در موارد محدود اشاره کرده ام،

دوم ممکن است نتیجه این تطبیق با تفکرات گوناگون موافق نباشد، سعی من تنها محور قرار دادن برخی از اصول قانون اساسی و انطباق آن با قوانین جزایی حاکم است و نه توجه به اندیشه‌های موافقین و مخالفین که البته از احترام برخوردار است، سوم بی تردید مسائلی که عنوان می‌گردد با اشراف به این مسأله بنیادی است که قانونگذار جزایی در موارد گوناگون بیش از آن که از قانون اساسی تبعیت بنماید از قواعد فقهی متابعت کرده، سعی من صرفاً نمایاندن قوانین عادی جزایی در آینه قانون اساسی است و نه نقد قوانین عادی که باید جداگانه و با دقت بدانها پرداخت چهارم آن که کوشش کرده‌ام تا در این مقاله کوتاه با تطبیق مواردی از اصول قانون اساسی با پاره‌ای از قوانین جزایی قانونگذار را به دقت فراوان در نگارش قانون جلب کنم که وظیفه آنها بسی خطیر و سنگین در زمانی است که تفکر کم جانشین تحجر و تعصب می‌شود و امید ایجاد یک جامعه یاز و سالم جایگزین سالهای بی‌شمار ناامیدی از نجات می‌گردد.



## تساوی حقوق

برابری حقوق افراد با صراحت تمام در اصل نوزدهم قانون اساسی عنوان گردیده است: «مردم ایران از هر قوم و قبیله‌ای که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و «مانند اینها» سبب امتیاز نخواهد بود». تساوی حقوق از زمره مسائل مسلمی است که وجدان جهانی پذیرفته و در اصل نوزدهم قانون اساسی ما نیز مورد توجه قرار گرفته است و علاوه بر آن که رنگ، نژاد و زبان تساوی را از بین نمی‌برد و سبب امتیاز نخواهد شد قانون با ذکر «مانند اینها» از وجه تمثیلی استفاده کرده و اصرار داشته که هیچ امتیازی حقوق مساوی را خدشه دار نکند.

اما در مجموعه قوانین جزایی از کنار این اصل به سادگی گذشته اند، عدم تساوی حقوق بین مسلمان و غیر مسلمان و همچنین زن و مرد در برخی موارد به روشنی دیده می شود.<sup>۱</sup> اگر از مفهوم «مانند اینها» بعنوان نمونه بتوان دین را نیز قرارداد که تصور نمی کنم نظر نویسندگان قانون اساسی به صراحت خروج دین از اصل نوزدهم بوده پس توجیه موادی از قانون مجازات که نفی این تساوی را می کند چگونه است و اگر نظر نویسندگان قانون اساسی خروج دین و مذهب در کنار امتیازات دیگر نبوده چرا از «مانند اینها» استفاده شده که موجب تفسیر شود. شاید برای عده ای اصل چهارم قانون اساسی توجیه کننده این سؤال باشد اما بحث ما دقیقاً در زمینه یک قانون بنیادی، روشن و حتی الامکان غیر قابل تفسیر به نام قانون اساسی است که نباید با قوانین عادی دچار مشکل شود. می توان این سؤال را بعنوان مثال مطرح کرد که چگونه نمی توان شهادت گروهی از زنان را در شرایط امروز که در بسیاری از موارد نقشی چشمگیرتر، دقیق تر و مسؤولانه تر از مردان دارند و حتی آنهایی که قناعت به نقش مادری یا خانه داری کرده اند اما در چرخش زمانه صاحب نظر و صاحب عقیده اند در مقابل شهادت دو مرد به فراموشی سپرد. به اعتقاد من قانونگذار که به مبانی فقهی نیز آشناست باید چاره اندیشی کند تا این تساوی دچار خلل نگردد و حربه ای برای هتاکی فراهم نشود و موجبی برای تعابیر گوناگون ایجاد نگردد.

۱. بعنوان مثال ماده ۲۰۷ قانون مجازات اسلامی می گوید: «هرگاه مسلمانی کشته شود قاتل قصاص می شود و معاون در قتل عمد به سه سال تا پانزده سال حبس محکوم می شود». از مفهوم این ماده می توان استفاده کرد که اگر غیر مسلمانی کشته شود قاتل قصاص نمی شود. طبق ماده ۲۰۹ همان قانون: «هرگاه مرد مسلمانی عمدتاً زن مسلمانی را بکشد محکوم به قصاص است لیکن باید ولی زن قبل از قصاص قاتل نصف دیه مرد را به او بپردازد». مواد ۲۴۸ در زمینه ارث، ۲۹۷ در مورد دیه قتل مسلمان و ۳۰۰ در مورد دیه قتل زن مسلمان، بند الف ماده ۲۳۷ در مورد شهادت زنان را می توان ذکر کرد. بدیهی است تهیه کنندگان قانون مجازات این موارد را عموماً از فقه اقتباس کرده اند، که قواعد آن محترم است اما در مقابل اصل تساوی در قانون اساسی اشکال عدم توجه به این اصل وجود دارد.



### ممنوعیت تفتیش عقاید

طبق اصل بیست و سوم: «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچکس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد».

این اصل یکی از جذابترین و بنیادی‌ترین اصول قانون اساسی است که تبلور نگرش به آزادیهای اندیشه و رهایی از رقیب ذهن است که جز یکی دو دهه کوتاه ملت ایران همیشه مورد تعرض و مؤاخذه عقاید خود بوده است.

اما سؤال اساسی این است که قوانین جزایی تعرض به اندیشه را چگونه حمایت کرده‌اند، بی‌شک قانون اساسی صرفاً جنبه ارشادی ندارد و اصول آن باید به خصوص توسط قوانین جزایی صیانت شود اما پاسخی در این مورد در مجموعه قوانین جزایی نمی‌توان یافت و متعرضان و مؤاخذه‌کنندگان اندیشه‌ها را نمی‌توان مجازات کرد که نتیجه آن سخت خطرناک است. البته ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی صرفاً مقامات و مأمورین دولتی که افراد ملت را از حقوق مقرر در قانون اساسی محروم نمایند قابل مجازات می‌داند ولی به اعتقاد ما این ماده کفایت نمی‌کند و باید مجازات به کلیه افرادی که متعرض اندیشه می‌شوند تعمیم پیدا کند. امروز معاندین با اندیشه فراوانند و در صدد تهاجم به فکر هستند که رونق آن موجب بسته شدن بساط زورگویی و قلدری است.



### ممنوعیت تجسس، سانسور و شنود

طبق اصل بیست و پنجم: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون».

ضمانت اجرای این اصل را در ماده ۵۸۲ قانون تعزیرات می توان دید طبق این ماده: «هریک از مستخدمین و مأمورین دولتی، مراسلات یا مخابرات یا مکالمات تلفنی اشخاص را در غیر مواردی که قانون اجازه داده است حسب مورد مفتوح یا توقیف یا معدوم یا بازرسی یا ضبط یا استراق سمع نماید یا بدون اجازه صاحبان آنها مطالب آنها را افشا نماید به حبس از یکسال تا سه سال و یا جزای نقدی از شش تا هجده میلیون ریال محکوم خواهد شد».

مشخص نیست قانونگذار جزایی به چه دلیل یا دلایلی:

۱. کلمه «سانسور» را به «بازرسی» تغییر داده است؟ اگر مقصود این بوده که کلمه فارسی «بازرسی» به جای «سانسور» قرار گیرد تصور نمی کنم نویسندگان قانون اساسی اشراف بر این مسأله نداشته اند، «سانسور» مفهومی شناخته شده و دارای قلمرو گسترده ای است که «بازرسی» مطلقاً آن را نمی رساند و قانونگذار جزایی بدین شکل از قانون اساسی فاصله گرفته است.

۲. چرا قانونگذار ممنوع بودن «هرگونه تجسس» را در متن قانون جزایی عنوان نکرده و دلیل این کار چه بوده؟ آیا قانونگذار به میل خود قصد آن داشته تا اشکالاتی بر قانون اساسی وارد کند؟! و یا در این فکر بوده که نویسندگان قانون اساسی اشتباه کرده اند و اشتباه آنها را اصلاح کرده است؟! حذف جمله «هرگونه تجسس ممنوع است» با توجه به اهمیت این مسأله در قانون اساسی شبهه های بسیاری را ایجاد می کند و دلالت بر مسامحه قانونگذار دارد که نتیجه آن جسارت کسانی است که به انحاء مختلف می خواهند ممنوعیت هرگونه تجسس را محدود یا نابود کنند.



## احترام به اقامتگاه

مطابق اصل سی و سوم: «هیچکس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع و یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد».

این اصل روشنگر این مطلب است که قانون اساسی اقامتگاه افراد را محترم شناخته و به خصوص در زمینه تبعید یا منع از اقامت یا اجبار به اقامت، صراحت حکم قانون را مورد توجه قرار داده و به هیچ وجه در نظر نویسندگان این اصل قصد آن نبوده تا اعمال این موارد اختیاری و به میل قاضی باشد در حالی که در مجازاتهای تنمیمی موضوع مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی قاضی حق دارد به میل خود فردی را از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع و یا به اقامت در محلی مجبور کند. ممکن است ایراد گرفته شود که قانون خود چنین اجازه‌ای داده و اصل سی و سوم نیز موارد مقرر در قانون را تأکید کرده و دیگر چه جای چون و چرایی باقی است، پاسخ آن است که هرچند اصل سی و سوم خود عنوان می‌کند: «مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد» اما این موارد باید مشخص، معین و دقیق باشد و نه در اختیار قاضی که بتواند به میل خود اقدامات یاد شده را انجام دهد آن هم در شرایطی که دادگستری ما از یک نظم کافی در انتخاب قاضی تبعیت نمی‌کند و ناهمگونی انتخابها ناهمگونی اندیشه‌ها را ایجاد کرده و فراوان دیده شده که غرایز بر عقل غلبه کرده است.





## قانون تنها منبع تعیین مجازات

اصل سی و ششم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و بموجب قانون باشد» این اصل که بعنوان اصل قانونی بودن مجازات نیز معروف است تنها قانون را مرجع صدور حکم به مجازات می‌داند.

هرچند اصل یکصد و شصت و ششم قاضی را موظف داشته کوشش کند «حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید...» اما باید توجه داشت که قوانین جزایی در این زمینه باید قانون اساسی را یاری کنند به نحوی که هیچ حکمی بدون قانون صادر نشود و اگر در مسائلی فتاوی معتبر و یا منابع معتبر اسلامی نیز وجود دارد قانونگذار باید این فتاوی و این مسائل را در مجموعه قوانین جزایی منعکس کند تا همه افراد با قانون مجازات شوند و نه با فتوا و یا حکمی از یک کتاب فقهی. گرچه دادگاههای ما کوشش دارند تا موارد مختلف را با قانون تطبیق دهند اما ضرورت قانونگذاری در این زمینه فراوان به چشم می‌خورد تا دادگاهها نتوانند به میل و سلیقه خود و با اتکا به فتاوا و یا حکم کتب فقهی که خود بدان اعتقاد دارند به داوری بنشینند و بدینسان عدالت را دستخوش بی‌قراری و نابسامانی کنند.



## اصل برائت

وفق اصل سی و هفتم: «اصل برائت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

اصل براءت از اصول کاملاً آشنای قانون اساسی است اما در متون جزایی نیز باید این اصل دقیقاً منعکس شود چه دادگاهها و مردم بیشتر با قوانین عادی تماس دارند و عدم ذکر این اصل در قوانین جزایی گرچه نمی تواند بعنوان یک اشکال اساسی باشد اما نیاز به درج آن احساس می شود تا بعنوان تأکید مؤکدی قلمداد گردد.



### ممنوعیت شکنجه

طبق اصل سی و هشتم: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار، سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است، متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود».

شکنجه بدترین نوع برخورد در مقیاس اضمحلال عاطفه های انسانی است و گرچه برخی از دولتها هنوز دلبسته این سلاح قرون وسطایی برای تثبیت موقعیت خود هستند اما وجدان روشن جامعه بشری شکنجه را نفی می کند. قانون اساسی ایران در اصل سی و هشتم خود نیز نفی شکنجه کرده است. هرچند به اعتقاد ما بهتر بود که شکنجه در هر شرایطی منع می شد و محدود به گرفتن اقرار و کسب اطلاع نمی گردید اما قانون مجازات در همین حد نیز از قانون اساسی فاصله گرفته است. طبق ماده ۵۷۸: «هریک از مستخدمین و مأمورین قضایی یا غیرقضایی دولتی برای این که متهمی را مجبور به اقرار کند او را اذیت و آزار بدنی نماید علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستور دهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم بوسیله اذیت و آزار فوت کند مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت» صرفنظر از ابهامات و

اشکالاتی که بر این ماده قانونی وارد است مشخص نیست چرا حکم «شکنجه» مذکور در اصل سی و هشتم به «اذیت و آزار بدنی» تبدیل شده؟! هرچند عده‌ای اذیت را آزار روانی و نه بدنی می‌دانند اما در نحوه نگارش قانون اذیت و آزار هنگامی که به بدن وارد آید مورد توجه قرار گرفته است<sup>۱</sup> در حالی که شکنجه بطور دقیق اعم است از شکنجه‌های جسمی و روانی، بنظر می‌رسد حذف کلمه شکنجه و جایگزین کردن آن با «اذیت و آزار بدنی» حکایت از عدم توجه قانونگذار به بحث شکنجه دارد که حتی اهمیت آن در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد مورد تأکید قرار گرفته است.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر هرگز جمله «اذیت و آزار بدنی» نمی‌تواند دقیقاً با کلمه «شکنجه» که قلمرو گسترده‌تری دارد برابری و محتویات شکنجه را عریان نماید. جالب است که علی‌رغم عدم استعمال لفظ «شکنجه» در ماده ۵۷۸ قانونگذار از این «کلمه» در ماده ۵۸۷، استفاده کرده است و این بحث را بوجود می‌آورد که چرا لفظ شکنجه در ماده ۵۷۸ حذف شده است.



### احترام به حقوق متهمان و محکومان

اصل سی و نهم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است».

۲. از ماده ۶۲۲ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) که عنوان می‌کند: «هرکس عالماً عامداً به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله موجب سقط جنین وی شود ...» می‌توان استنباط اذیت و آزار بدنی را نمود هرچند اذیت روانی نیز ممکن است موجب سقط گردد اما به اعتقاد ما مقصود مقنن در این مورد نیز اذیت و آزار بدنی بوده است.

۳. مراجعه کنید به: رضا نوربها، شکنجه در کنوانسیون ۱۹۸۴ سازمان ملل متحد، مجله کانون وکلا، پاییز-زمستان ۱۳۶۸ شماره ۱۴۹-۱۴۸ صفحات ۱۸۹ و بعد.

قانون اساسی بسیار جدی هتک حرمت و حیثیت دستگیرشدگان، بازداشت‌شدگان، زندانیان یا تبعیدشدگان را مورد توجه قرار داده است و حتی با صراحت برای متخلفین مجازات تجویز کرده است. علت نیز روشن است، دستگیرشدگان، بازداشت‌شدگان، زندانیان و تبعیدیان دستشان از جامعه کوتاه است و امکان دفاعشان محدود لذا باید بیش از دیگران در پناه و حمایت قانون باشند، قانون اساسی توجه دقیق به این مسأله داشته تا کسی جرأت و جسارت هتک حیثیت و حرمت این گروه از افراد را نداشته باشد. بی تردید لازم بوده تا قوانین جزایی با صراحت از قانون اساسی پیروی نمایند و برای هتاکان، حرمت‌شکنان و حیثیت‌سوزان گروه یاد شده در اصل سی و نهم قانون اساسی برخورد شدید داشته باشند اما در مجموعه قوانین جزایی مواد روشنی که صیانت از اصل سی و نهم را بر عهده داشته باشد نمی‌توان دید. در اینجا نیز ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی کفایت نمی‌کند و مقررات کم و بیش قابل توجهی که در آیین نامه امور زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی پیش بینی شده نیز وافی به مقصود نیست.

### نتیجه

قانونگذار در همه امور و به خصوص در تدوین قوانین جزایی باید دقیق، مراقب و محافظ اصول قانون اساسی باشد، دوری از مفاهیم ام‌القوانین ایران به هر شکل و هر طریق و با هر انگیزه‌ای تخریب اصول مقدسی است که نتیجه تلاش و مبارزه ملّتی برای تغییر استبداد به آزادی بوده است. پاسداری از آزادی اگرچه با همت بلند و غیرت والا و صدای رسا و حرارت وجود میسر است اما صدای قانون، گرمی آن و همت قانونگذار بر انعکاس این صدا و انتشار این حرارت جبهه مقدم پاسداری از اصول قانون اساسی است. قوانین عادی نباید جسارت جدال با قانون اساسی را داشته باشند که در چنین صورتی نه از تاک نشان می‌ماند و نه تاک نشان. به خصوص که در چنین جدالی غالباً قانون اساسی

دستخوش نایمینی و بی‌قراری می‌گردد و قربانی بی‌توجهی و بی‌دقتی قانون عادی می‌شود.

نگهبانان قانون اساسی نیز نباید قناعت به آنچه کنند که تاکنون کرده‌اند. جدیت آنها باید مداوم و مراقبت ایشان باید همه‌جانبه و به‌خصوص با توجه به تحولات اجتماعی و گسترش علم باشد.



# قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی

دکتر مهدی شهیدی

۱) **طرح مطلب** - مقررات حقوق بین الملل خصوصی ایران همانند بسیاری از سیستمهای حقوقی و قانونگذاری به عنوان قسمتی از مقررات قانون مدنی، در شماری از مواد این قانون درج گردیده است.

مقررات مربوط به قرارداد بین المللی در تاریخ ۶ بهمن ماه ۱۳۱۳ عمدتاً در مواد ۹۶۶ تا ۹۶۸، قانون مدنی تحت عنوان «جلد دوم - در اشخاص» و «کتاب اول در کلیات» وضع گردیده است.

در این قسمت از قانون مدنی مقررات حقوق بین الملل خصوصی مربوط به احوال شخصیه مانند روابط بین پدر و مادر و فرزندان و روابط بین زوجین پیش از مقررات حقوق بین الملل خصوصی راجع به تصرف و مالکیت و حقوق راجع به اموال و قراردادهای بین المللی آورده شده است.

از نظر تطبیقی مناسب است اشاره کنیم، مقررات حقوق بین الملل خصوصی فرانسه در ماده ۳ قانون مدنی این کشور به اختصار درج شده و حقوق بین الملل خصوصی این کشور، عمدتاً از آراء قضایی شکل گرفته است.

مطابق ماده ۳ این قانون، اموال غیر منقول واقع در فرانسه تحت حاکمیت قانون فرانسه است هرچند متعلق به بیگانگان باشد و قوانین مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص نسبت به فرانسویان حتی آنهایی که در کشورهای بیگانه اقامت دارند حاکمیت خواهد داشت.

در این مقاله در گفتار نخست، کلیات مربوط به موضوع و در گفتار دوم، قراردادهای مربوط به اموال معین و در گفتار سوم قراردادهای مربوط به کارها و اموال غیر معین و بالاخره در گفتار چهارم، احاله نسبت به مورد مواد ۹۶۶، ۹۶۷، ۹۶۸ قانون مدنی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## گفتار نخست

### کلیات

۲) **آمرانه بودن مقررات حقوق بین الملل خصوصی ایران** - قانون مدنی ایران مواد ۵ تا ۸ و نیز ۹۶۱ تا ۹۷۵ خود را به وضع مقررات مربوط به روابط حقوق بین الملل خصوصی اختصاص داده است. به نظر می‌رسد وضع مقررات مزبور، مبتنی بر تحلیلهای منطقی و اصولی و مبانی حقوق بین الملل و رعایت نظم داخلی و بین المللی بوده است.

با در نظر گرفتن مبانی تحلیلی مقررات بین المللی قانون مدنی ایران، باید پذیرفت که جز در مواردی که خود قانون بیان کرده است این مقررات دارای جنبه امری است و نباید آن را جزء مقررات ارشادی و اختیاری دانست. زیرا با کمی دقت آشکار می‌شود که این مقررات (مطابق آنچه به عنوان مبنای اصلی به نظر ما باید در نظر گرفته شود) بر اساس تشخیص ارتباط منطقی مسائل حقوقی با نظامهای حقوقی و اعتقادات و آداب و سنن مختلف و رعایت نظم داخلی و بین المللی کشورها و در نظر گرفتن قلمرو حاکمیتها در صحنه بین المللی وضع گردیده است و مقررات مرتبط به نظام داخلی و بین المللی کشور نمی‌تواند اختیاری و وابسته به اراده اشخاص باشد. به همین جهت مقررات مذکور را نباید صرفاً ناظر بر اعمال حقوق و اموالی دانست که در سرزمین ایران انجام می‌شود یا واقع شده است بلکه باید آن را شامل اعمال حقوقی انعقاد یافته و اموال واقع در کشورهای دیگر نیز تلقی کرد هرچند که در پاره‌ای مواد این قانون مانند ماده ۹۶۷ انتساب حکم به



موضوع به ایران ارتباط داده شده است و ترکه اتباع خارجه واقع در ایران مورد تصریح قرار گرفته است. بنابراین آنچه صرفاً از نقطه نظر داخلی مطرح است، این است که مرجع قضایی ایران باید در برخورد با مسائل حقوق بین الملل توصیفها و شناسایی های قانونی ایران را مبنای تصمیم خود قرار دهد.

به همین جهت باید پذیرفت که نام بردن از ایران در ماده مزبور جنبه تمثیلی دارد و از حیثیت بین المللی بودن مقررات مذکور می توان ملاک کلی برای تعیین وضعیت حقوقی ترکه متعلق به شخص واقع در هر کشور غیر متبوع او را استنباط کرد و معتقد گردید که ترکه ایرانی واقع در خارج یا ترکه بیگانه واقع در کشور غیر متبوع او نیز فقط از حیث قوانین اصلی مانند ارث تابع قانون کشور متبوع او است نه از جهات دیگر مانند حقوق و تعهدات ناشی از معاملات مربوط به آنها. در نتیجه هر چند ایران نسبت به اموال و روابط حقوق واقع در کشور بیگانه حاکمیتی ندارد ولی همان طور که گفته شد هدف از وضع مقررات مربوط به این اموال و روابط حقوقی تعیین تکلیف برای مرجع قضایی ایران است که در برخورد با مسائل حقوق بین الملل، تصمیم قضایی خود را با قانون بین المللی ایران منطبق سازد.

مثلاً هرگاه دادگاه ایرانی به دعوی مربوط به چگونگی تقسیم ترکه واقع در کشور بیگانه متعلق به متوفای ایرانی مشغول گردد، مقررات ارث ایران را اساس تصمیم قضایی خود قرار می دهد نه مقررات ارث کشور بیگانه را. همچنین در دعوی مربوط به تصرف و مالکیت اموال یک ایرانی که در کشور خارجی قرار دارد، قانون کشور محل وقوع اموال مذکور را حاکم می شناسد نه قانون ایران را.

### ۳) اصل حاکمیت قوانین ایران - حاکمیت قانون ایران نسبت به اشخاص

ساکن در ایران، به عنوان یک اصل در ماده ۵ قانون مدنی ایران مقرر گردیده است. ماده ۵ قانون مدنی اعلام می دارد: « کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد ».

از مقررات این قانون استفاده می شود که اصولاً قانون ایران نسبت به همه اعمال و رفتارهای اشخاص ساکن ایران اعم از اتباع ایرانی و بیگانه حاکمیت دارد. زیرا مطیع بودن اشخاص نسبت به قوانین ایران لزوم پیروی کردن این اشخاص از همه این قوانین، اعم از مقررات کیفری و حقوقی به معنای اعم است. اطاعت از قوانین ایران به طور مطلق به معنی شناسایی آثار و احکام قانونی مقررات ایران، نسبت به اعمالی که اشخاص ساکن در ایران انجام می دهند و تطبیق اعمال خود با این آثار و احکام می باشد. مثلاً همان طور که این اشخاص باید از ارتکاب اعمالی که در قوانین ایران جرم تلقی شده است خودداری کنند، مقررات ایران را نیز باید در روابط حقوقی خود محترم بشمارند و آثار و احکامی را که قانون ایران برای اعمال حقوقی و از جمله قراردادها مقرر داشته، مورد توجه قرار دهند.

قانون مدنی ایران در ذیل ماده ۵ مذکور، وجود استثنای را برای اصل حاکمیت قانون ایران پیش بینی کرده است. این استثنا در موارد متعدد در مواد دیگر قانون مدنی، نظیر مواد ۹۶۶ و ۹۶۸ قانون مدنی مقرر گردیده است که به شرح آن خواهیم پرداخت.

اصل حاکمیت قانون ایران نسبت به اشخاص ساکن در ایران، (یا در حقیقت نسبت به اعمال این اشخاص یا وقایع تحقق یافته مربوط به ایشان در ایران) نسبت به خصوص قراردادها مبتنی بر همان تحلیل مورد نظر ما است که اصل حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد را ناشی از یک ضرورت نظم داخلی و بین المللی و نتیجه ارتباط منطقی قرارداد با قانون محل وقوع آن معرفی کردیم.<sup>۱</sup>

۴) بدواً ممکن است اینگونه به نظر برسد که مقررات حقوق بین الملل خصوصی ایران همه مسائل مربوط به قرارداد را در مبحث موضوعات مربوط به قراردادها، بیان نکرده است و مثلاً ماده ۹۶۸ این قانون منحصرأ (چنانکه گفته

۱. ر.ش. به مقاله «قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی» مندرج در مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۹-۲۰، ص ۴۹.

شده است) ناظر به آثار قرارداد است و در مورد شرایط اعتبار آن حکمی ندارد. همچنین ممکن است ابتدائاً تصور شود که در مقررات مذکور منحصرأز تعهدات ناشی از عقود بحث شده است و سایر آثار عقود مانند تملیک، مورد توجه نویسندگان قانون مدنی قرار نگرفته است. اما با مطالعه همه مقررات مربوط، نادرستی این تصور آشکار می شود و روشن می گردد که جنبه های مختلف قراردادهای بین المللی در اراده انشایی نویسندگان قانون مدنی ایران وارد شده و در مقررات مربوط انعکاس یافته است.

بنا به جهات بالا، در مورد حدود حاکمیت قانون ماهوی ایران نسبت به قراردادهای بین المللی خصوصی باید گفت که با مطالعه مقررات قانون مدنی مربوط به قراردادهای بین المللی و اصول و قواعد حقوق ایران و جنبه های تحلیلی مسأله به نظر می رسد که قرارداد بین المللی از دیدگاه نویسندگان قانون مدنی ایران، از جهت قانون حاکم به دو دسته تقسیم شده است: دسته نخست قراردادهایی که موضوع آنها اموال معین است و دسته دوم قراردادهایی که موضوع آنها غیر اموال معین است.

بنابراین ایراد به این که مقررات بین المللی قانون مدنی ایران متضمن بیان برخی از مسائل مربوط به قراردادهای بین المللی نیست و در ماده ۹۶۷ منحصرأز تعهدات ناشی از عقود مورد توجه قرار گرفته است، وارد نیست. چه این که مطابق آنچه گفته خواهد شد، مقررات مزبور نه تنها ناظر به عقود عهدی و تعهدات ناشی از عقود است، بلکه به عقود تملیکی و آثار آنها نیز توجه داشته است. به همین جهت، مطالب مربوط به هریک از این دو گونه عقد را به شرح زیر در گفتار دوم و سوم این نوشته بررسی می کنیم.

## گفتار دوم

### قراردادهای مربوط به اموال معین (یا حقوق عینی)

۵) **حاکمیت قانون محل وقوع مال** - نظم داخلی هر کشور، مستلزم حاکمیت قانون آن کشور نسبت به اموال منقول و غیر منقول واقع در آن کشور است. این حاکمیت اصولاً شامل حصول مالکیت و آثار آن و انتقال مالکیت این اموال و تعهدات مربوط به آنها می باشد.

ارتباط اموال غیر منقول با مقررات کشور محل وقوع آن و نظم داخلی آن کشور روشن است. اموال غیر منقول قسمتی از قلمرو سرزمین حکومت موجود در کشور محل وقوع آن اموال است که این امر خود حاکمیت قانون آن حکومت را نسبت به این اموال و حقوق مربوط به آنها ایجاب می کند.

ارتباط اموال منقول موجود در یک کشور با مقررات و نظم داخلی آن کشور نیز هنگامی ثابت می شود که در نظر آوریم آن اموال نیز علی رغم قابل انتقال بودن از نقطه ای به نقطه دیگر، از اشیاء موجود در قلمرو حاکمیت کشور محل وقوع آنها و از موضوعات مرتبط با نظام داخلی آن کشور است. قابلیت و عدم قابلیت نقل و انتقال آن اموال و مجاز یا ممنوع بودن حمل و نقل و انجام معاملات نسبت به آنها، انحصاری یا غیر انحصاری بودن تولید یا مالکیت یا انتقال آنها و نظایر این مسائل از موضوعاتی است که با نظم داخلی کشور محل وقوع این اموال ارتباط دارد. بنابراین قانون حاکم بر قراردادهای مربوط به اموال مزبور طبیعتاً باید قانون محل وقوع آن اموال باشد.

قانون حاکم بر قرارداد مربوط به اموال معنوی مانند مالکیت‌های علمی، هنری و صنعتی نیز نظیر اموال مادی، قانون محل وقوع این اموال است منتها چون این اموال ذاتاً مادی و محسوس نیستند و محل وقوع مادی ندارند باید پذیرفت که محل پیدایش اثر موضوع این مالکیت‌ها محل تحقق آنها است که معمولاً با محل انتشار آن آثار یکی است و به همین جهت انتشار آنها را در محلی می توان اماره ای

بر تحقق و وقوع اعتباری آنها در همان محل تلقی کرد.

بر این اساس، ماده ۹۶۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیر منقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می‌باشند مع ذلک حمل و نقل شدن شیئی منقول از مملکتی به مملکت دیگر نمی‌تواند به حقوقی که ممکن است اشخاص مطابق قانون محل وقوع اولی شیئی نسبت به آن تحصیل کرده باشند خللی وارد آورد».

قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۳، اموال غیر منقول واقع در فرانسه را حتی اگر در تصرف و مالکیت بیگانگان باشد، تحت حاکمیت قانون فرانسه معرفی کرده است.<sup>۲</sup>

از اطلاق عناوین مذکور در ماده ۹۶۶ قانون مدنی مانند عنوان «مالکیت» و «سایر حقوق»، شمول این ماده نسبت به اعمال حقوقی و قراردادهای مربوط به اموال استنباط می‌گردد. زیرا عنوان «مالکیت و حقوق مربوط به اشیاء منقول یا غیر منقول» مالکیت و حقوق حاصل از قرارداد را در مورد آن اشیاء نیز در بر می‌گیرد و حاکمیت قانون محل وقوع این اشیاء نسبت به تصرف و مالکیت و حقوق مربوط به آنها شامل منشاء مالکیت و پیدایش حقوق مذکور نیز خواهد بود.

۶) دو جنبه بین‌المللی مقررات ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران - از مقررات ماده ۹۶۶ قانون مدنی ایران، وضعیت دوگونه قرارداد بین‌المللی مربوط به اموال معین استنباط می‌شود:

۱. قرارداد مربوط به اموال واقع در کشور ایران - این قرارداد تابع قانون ایران خواهد بود خواه طرفین قرارداد یا یکی از ایشان تابع کشور بیگانه باشند یا خیر. همچنین تفاوتی نیست بین این که قرارداد مزبور در کشور ایران منعقد شده باشد یا در کشور بیگانه. زیرا هریک از «محل وقوع عقد» مذکور در ماده ۹۶۸

2. Art. 3, C. civ. francais: "... les immeubles, même ceux Possédés par des étrangers, Sont régi par la loi. Francaine"

قانون مدنی و «محل وقوع مال» مندرج در ماده ۹۶۶، ضابطه‌ای منفرد و مستقل برای تعیین قانون حاکم است.

۲. قرارداد مربوط به اموال موجود در کشور بیگانه - این گونه قرارداد تابع قانون آن کشور است، اعم از این که طرفین قرارداد یا یکی از ایشان تابع کشور ایران یا کشور ثالث (غیر از محل وقوع آن اموال) باشند یا نباشند و خواه قرارداد مزبور در کشور محل وقوع آن اموال منعقد شده باشد یا در ایران و یا در کشور ثالث.

منشاء تحلیلی که در هریک از دو مورد بالا به نظر می‌رسد این است که ارتباط اموال معین با نظم عمومی و مقررات کشور محل وقوع این اموال بیش از ارتباط آن با نظم کشور متبوع طرفین یا کشور محل وقوع قرارداد است. این نظم عمومی کشور محل وقوع این اموال، نظم موجود و حاکم در روابط بین‌المللی کشورها را نیز به همراه خواهد داشت.

روشن است که قانون مدنی ایران در وضع مقررات ماده ۹۶۶ در مقام تعیین تکلیف برای کشور محل وقوع مال معین نیست، بلکه منظور تعیین تکلیف برای دادگاه ایرانی است که در صورت برخورد با قرارداد مربوط به اموال واقع در کشور بیگانه، در یک دعوی منحصراً قانون این کشور را نسبت به قرارداد مربوط به آن و آثار این قرارداد، مورد توجه قرار دهد، نه قانون کشور دیگر را.

#### ۷) بیان ضمنی دیگر حاکمیت قانون محل وقوع اموال نسبت به قرارداد

**مربوط به آن اموال** - قانون مدنی ایران حاکمیت قانون محل وقوع اموال را نسبت به آن اموال به طور مطلق و تبعاً حاکمیت قانون مزبور را نسبت به قراردادهای منعقد نسبت به آن اموال به طور ضمنی و به شیوه بیان مفهوم مخالف، در ماده ۹۶۷، مقرر داشته است. ماده ۹۶۷ مقرر می‌دارد: «ترکه منقول یا غیر منقول اتباع خارجه که در ایران واقع است فقط از حیث قوانین اصلیه از قبیل قوانین مربوط به تعیین وراثت و مقدار سهم الارث آنها و تشخیص قسمتی که متوفی می‌توانسته است به موجب

وصیت تملیک نماید تابع قانون دولت متبوع متوفی خواهد بود».

این که در این ماده، تبعیت ترکه اتباع خارجه از قانون متبوع متوفی منحصر به موارد تعیین وراث و مقدار سهم الارث و میزان موصی به شده است، مفهوماً بر این امر دلالت دارد که نسبت به غیر از این موارد، قانون کشور متبوع متوفی حاکم نیست بلکه همان طور که ماده ۹۶۶ مقرر می دارد، قانون محل وقوع اموال مذکور یعنی مثلاً قانون ایران، نسبت به اموال واقع در ایران حاکمیت دارد. مثلاً برای تشخیص اعتبار یا عدم اعتبار قراردادی که به موجب آن یکی از وراث سهم الارث آینده خود را از شخصی که هنوز زنده است نسبت به اموال موجود در ایران، به دیگری انتقال می دهد، یا تعهد بر انتقال آن می کند، باید به قانون ایران مراجعه کند نه قانون کشور متبوع وارث یا مورث. زیرا هرچند انتقال مربوط به اموالی است که در آینده ممکن است سهم الارث انتقال دهنده قرار گیرد ولی چون در زمان انتقال هنوز مالک مال فوت نکرده و اموال مزبور به عنوان ترکه متوفی در مالکیت انتقال دهنده در نیامده است، لذا از شمول ماده ۹۶۷ خارج و مشمول ماده ۹۶۶ است.

### گفتار سوم

#### قراردادهای مربوط به کارها و اموال غیر معین

#### (یا مربوط به حقوق عهدی)

منظور قراردادهایی است که موضوع آنها فعل، ترک فعل و یا مال کلی است. در مورد چنین قراردادهایی مطالب زیر باید در خصوص قانون حاکم بیان شود:

۸) الف، حاکمیت قانون محل وقوع قرارداد - نویسندگان قانون مدنی ایران در ماده ۹۶۸ اصولاً تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد معرفی کرده و موردی را که طرفین هر دو از اتباع بیگانه بوده و قرارداد خود را تابع قانون

دیگری قرار داده باشند، به عنوان استثناء از شمول حکم اصل خارج ساخته و قرارداد ایشان را تابع قانون مورد اراده ایشان شناخته اند. ماده ۹۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين اتباع خارجه بوده. و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

قانون مدنی در ماده مذکور حاکمیت اراده طرفین را در تعیین قانون حاکم بر قرارداد منعقد در ایران محدود به موردی کرده است که هر دو طرف قرارداد از اتباع بیگانه باشند و در سایر موارد برای اراده طرفین تأثیری در تعیین قانون حاکم بر قرارداد شناخته و قانون محل وقوع قرارداد را حاکم شناخته است. این وضعیت نتیجه تحلیلی است که ما در مقاله (قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی)<sup>۲</sup> به عمل آوردیم.

حاکمیت قانون محل وقوع اعمال حقوقی، نسبت به این اعمال نتیجه اصل منطقی حاکمیت حکومتها نسبت به اعمال و وقایع حادث در سرزمین آنها است که اصلی مورد قبول وجدان حقوقی در جامعه بین المللی است. به نظر نویسندگان قانون مدنی ایران، نظم داخلی و بین المللی در حقوق بین الملل خصوصی ایجاب می‌کند که اعمال اشخاصی که در قلمرو حاکمیت حکومتی، انجام می‌شود اصولاً و جز در موارد استثنایی، تابع قانون ماهوی آن حکومت و در مورد استثنایی، قرارداد منعقد در کشوری بین اتباع بیگانه تابع قانون تعیین شده به اراده ایشان باشد.

بالحاظ اطلاق مورد استثناء مذکور در ماده ۹۶۸، در حاکمیت قانون اراده طرفین تفاوتی نیست بین این که: ۱. طرفین هر قرارداد هر دو تابعیت واحدی داشته باشند یا تابعیت‌های متفاوت ۲. قانون تعیین شده قانون کشور متبوع طرفین (دارای تابعیت واحد) یا قانون کشور متبوع یکی از دو طرف (دارای تابعیت‌ها متفاوت) یا قانون کشور ثالث باشد.

۳. ر.ش. به شماره ۱۶ به بعد مقاله مندرج در مجله شماره ۲۰-۱۹ تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.



۹) ب، قلمرو مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی - موضوع مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی «تعهدات ناشی از عقود» است. این عنوان با اطلاق خود، همه مسائل مربوط به تعهدات ناشی از عقود را در بر می‌گیرد. این عنوان شامل مسائل مربوط به اعتبار یا عدم اعتبار شرایط و آثار تعهدات مذکور و روابط طرفین آن می‌باشد. بنابراین اظهار عقیده به این که ماده ۹۶۸ قانون مدنی منحصرأ ناظر به آثار قرارداد است نه شرایط آن موجه به نظر نمی‌رسد. چه این که برای تابعیت تعهد ناشی از عقد، نسبت به قانون محل وقوع عقد، معنایی جز این نمی‌توان شناخت که مسائل مربوط به آن تعهد تابع قانون مذکور است و مسائل مزبور به طور مطلق شامل انواع مسائل مربوط به وضعیت حقوق و نیز شرایط و آثار تعهد خواهد بود و دلیلی بر تنقید حکم مزبور به مسایل مربوط به آثار قرارداد وجود ندارد.

بنابراین و مثلاً هرگاه بین یک ایرانی و یک بیگانه یا بین دو بیگانه قراردادی در ایران برای تهیه و فروش وسائل آزمایشگاهی منعقد شود و ضمن قرارداد تصریح شود که وسائل مزبور برای تهیه مواد مخدر به کار خواهد رفت قرارداد مزبور و تعهدات مربوط به آن به حکم ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران تابع مقررات ماهوی ایران خواهد بود و در نتیجه به علت عدم مشروعیت جهت، (ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) و ماده ۲۱۷ قانون مدنی) باطل است اگرچه محل اجرای قرارداد مزبور کشور دیگری باشد که در قانون آن کشور عدم مشروعیت جهت، لطمه‌ای بر اعتبار قرارداد وارد نکند یا این که تهیه مواد مخدر، امر نامشروعی به حساب نیاید مگر این که در صورت بیگانه بودن هر دو طرف قرارداد، ایشان قرارداد خود را تابع قانون کشور محل اجرای عقد سازند.

همچنین هرگاه عقد قرضی در ایران بین یک ایرانی و یک بیگانه منعقد شود که انگیزه غیر مصرح مقترض این باشد که از موضوع قرض برای قمار در کشور خارج مثلاً فرانسه استفاده کند، به حکم ماده ۹۶۸ قانون مدنی وضعیت این عقد و تعهدات ناشی از آن، تابع قانون ماهوی ایران است که در نتیجه مطابق این قانون چون جهت نامشروع تصریح نشده است عقد و تعهد مزبور صحیح است هرچند که

در حقوق ماهوی فرانسه به دلیل، صرف وجود انگیزه نامشروع نزد مقترض، حتی اگر هم هنگام عقد به زبان آورده نشده باشد عقد مزبور فاقد اعتبار است.

اما در ارتباط با ماده ۹۶۶ قانون مدنی عقد بیع یا اجاره منعقد در ایران نسبت به خانه‌ای که در فرانسه واقع است و انگیزه خریدار یا مستاجر استفاده از آن برای دایر کردن مکان فساد<sup>۱</sup> باشد ولی این انگیزه را هنگام عقد به زبان نیاورده باشد طبق ماده ۹۶۶ قانون مدنی تابع مقررات قانون مدنی فرانسه و در نتیجه به علت وجود جهت نامشروع باطل است.<sup>۲</sup> اگرچه مطابق مقررات ماهوی ایران (ماده ۲۱۷) به دلیل عدم تأثیر انگیزه نامشروع (غیر مصرح) معتبر می باشد.

زیرا قرارداد مربوط به اموال با نظم داخلی کشور محل وقوع آن اموال بیشتر مرتبط است تا با نظم داخلی کشور محل انعقاد قرارداد.

۱۰) ج، امری بودن مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی - مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی بی تردید از مقررات آمره است و طرفین قرارداد، جز در صورتی که هر دو از اتباع بیگانه باشند نمی توانند قرارداد خود را که در ایران منعقد می کنند، تابع قانون کشور دیگری قرار دهند. زیرا قانونگذار خود موردی را که قانون حاکم به اراده طرفین تعیین می شود به عنوان یک استثناء بر قاعده کلی، منحصر به قراردادی کرده است که طرفین آن بیگانه باشند. بنابراین اگر فرض شود که قسمت نخست ماده ۹۶۸ مذکور نیز از مقررات تفسیری یا اختیاری است استثنا کردن مورد اخیر ماده نسبت به صدر آن بی معنی و بیهوده خواهد بود، چه این که اگر به نظر قانونگذار اراده طرفین همواره و در قسمت اول ماده (بیگانه نبودن هر دو طرف قرارداد) نیز تعیین کننده نهایی قانون حاکم بر قرارداد می بود، حق انتخاب قانون حاکم به وسیله طرفین عقد به صورت جمله استثنایی منحصر به مورد بیگانه بودن طرفین نمی گردید و قانونگذار به عنوان یک اصل کلی، به طور عام یا مطلق، اراده

4. Maison de tolérance.

5. Maszeaud, Dr Civ, T. 2, n.280.

طرفین را در همه موارد تعیین کننده قانون حاکم بر قرارداد معرفی می کرد یا این که در جمله استثنا بیهوده عنوان «اتباع خارجه» را ذکر نمی کرد و به طور مطلق چنین مقرر می داشت: «... مگر این که متعاقبین آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

از آنچه در بالا ذکر شد می توان نظریاتی را که گهگاه نسبت به مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی ابراز می شود به شرح زیر ارزیابی کرد.

**(۱) تجزیه ماده ۹۶۸.** برخلاف آنچه که گاهی مطرح می شود هرگز نمی توان پذیرفت که قسمت نخست ماده ۹۶۸ اختیاری و قسمت دوم آن امری است. زیرا دو جمله نخست و دوم به صورت مستثنی منه (بیان کننده حکم اصلی) و جمله مستثنا (خارج کننده حکم مورد خاص از شمول جمله نخست) مقرر گردیده است. در این وضعیت چون جمله استثنا برخی از مصادیق اطلاق یا عموم جمله نخست را صرفاً از شمول حکم این جمله که حاکمیت قانون محل وقوع عقد است خارج می کند و حق انتخاب قانون حاکم را برای طرفین می شناسد، هرگاه حکم جمله نخست اختیاری باشد، حکم استثنایی مربوط به مستثنا نیز اختیاری خواهد بود و هرگاه حکم جمله نخست امری باشد، حکم استثنایی نیز امری خواهد بود. زیرا جهت استثناء در ماده ۹۶۸ منحصرأ حاکمیت و عدم حاکمیت قانون محل وقوع عقد است، نه امری و تفسیری بودن مقررات ماده مذکور تا جمله دوم از حیث امری بودن استثناء بر اختیاری بودن مقررات جمله نخست تلقی شود.

تجزیه مقررات ماده ۹۶۸، از حیث تفسیری و امری بودن در صورتی ممکن بود که حکم اصلی مذکور در جمله نخست ماده ۹۶۸، اختیاری بودن مقررات خاصی می بود که در جمله استثناء پاره ای از موارد از شمول حکم اختیاری بودن خارج و امری مقرر می گردید. بنابراین تجزیه مقررات ماده مزبور از حیث تفسیری و امری بودن هرگز نمی تواند قابل توجیه باشد.

۱۲) استنتاج اختیاری بودن مقررات ماده ۹۶۸ از اختیاری بودن برخی از مقررات بیع - از اختیاری و تفسیری بودن برخی از مقررات عقد بیع در حقوق ایران نمی توان نتیجه گرفت که قسمت نخست ماده ۹۶۸ قانون مدنی نیز اختیاری است. زیرا:

اولاً: معنی حاکمیت قانون ایران نسبت به قراردادهای منعقد در این کشور، این نیست که مقررات تفسیری عقد بیع مثلاً مبدل به مقررات امری گردد، بلکه معنی حاکمیت قانون ایران شمول همه مقررات این قانون اعم از امری و تفسیری نسبت به قرارداد است و در نتیجه با حاکمیت قانون ایران، مقررات تفسیری آن (مانند دخول توابع مبیع در عقد بیع و ماده ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی) صرفاً از جهت کشف اراده طرفین مورد توجه قرار گرفته و تغییر آن در اختیار طرفین خواهد بود و مقررات امری آن (مثل بی اعتباری بیع مال غیر مقدورالتسلیم ماده ۳۴۸ قانون مدنی) از حیث ارتباط با نظم عمومی الزامی و غیر قابل تغییر است.

ثانیاً: مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی منحصراً ناظر به قراردادهای بین المللی منعقد در ایران نیست بلکه قراردادهای بین المللی منعقد در کشور بیگانه را هم در بر می گیرد.

بنابراین در ماده ۹۶۸ نه تنها قراردادهای منعقد در ایران تابع قانون ایران شناخته شده است، بلکه قراردادهای منعقد در کشور بیگانه نیز به حکم این ماده تابع قانون همان کشور معرفی گردیده است.

### ۱۳) توجیهات انجام شده برای اختیاری تلقی کردن مقررات ماده ۹۶۸

**قانون مدنی.** توجیهات انجام شده برای اختیاری معرفی کردن مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی ضعیف و غیر قابل قبول است. مثلاً توجیه این که اگر قانون کشور محل انعقاد قرارداد حاکم بر قرارداد مزبور باشد اشخاص ایرانی نمی توانند قرارداد خود را که در کشور بیگانه منعقد می کنند، تابع قانون ایران سازند و توجیهات دیگر

نمی تواند دلیل اختیاری بودن مقررات ماده ۹۶۸ قانون ایران باشد. زیرا به نظر ما، آنچه نویسندگان قانون مدنی ایران را بر حاکم دانستن قانون محل انعقاد نسبت به قرارداد برانگیخته است، تحلیل مربوط به نشأت گرفتن اعتبار حقوقی قرارداد از حاکمیت و اقتدار حکومت محل انعقاد در قلمرو بین المللی آن است که بدون اتکا بر حاکمیت ها نمی توان مبنایی برای ضمانت اجرای قرارداد شناخت. این که در صورت پذیرش امری بودن مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی و حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد، نمی توان قانون ایران را حاکم بر قرارداد منعقد بین اتباع ایران در کشور بیگانه شناخت نمی تواند خدشه ای بر مقررات ماده ۹۶۸ وارد کند. زیرا صرف نظر از آنچه در بالا ذکر شد: اولاً: در چنین صورتی طرفین ایرانی قرارداد می توانند قانون ایران یا هر کشور دیگری را که مناسب بدانند به عنوان قانون حاکم بر قرارداد خود تعیین کنند. ثانیاً عدم حاکمیت قانون ایران نسبت به قرارداد منعقد در خارج از ایران معلوم نیست نتیجه نامطلوبی در بر داشته باشد. افزون بر آن، ماده ۹۶۸ متقابلاً قانون ماهوی ایران را حاکم بر قراردادهای منعقد در ایران شناخته است به طوری که طرفین ایرانی یک قرارداد هم نخواهند توانست قرارداد خود را که در ایران منعقد می کنند تابع قانون کشور دیگری کنند.

در هر حال رعایت نظم داخلی و بین المللی نویسندگان قانون مدنی ایران را وادار ساخته است که به عنوان یک اصل، قانون محل انعقاد عقد را حاکم بر آن بشناسد و حکم مرتبط با نظم نمی تواند به اراده افراد تغییر کند.

**۱۴) عام بودن مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی.** - قبلاً اشاره شد که مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی اختصاص به قراردادهای منعقد در ایران ندارد بلکه قراردادهای منعقد در کشور بیگانه را هم در بر می گیرد و بنابراین مطابق این ماده قراردادهای منعقد در کشور خارجی نیز تابع قانون آن کشور خواهد بود. زیرا:

ماده مزبور از مقررات بین‌المللی قانون ایران و مربوط به حل تعارض قوانین است که از حیث موضوع دارای جنبه برون مرزی است. روشن است که ارتباط قراردادهای منعقد در کشور بیگانه با قوانین حل تعارض ایران صرفاً از جهت ارائه راه حل و تعیین تکلیف قضایی برای مراجع صلاحیتدار ایرانی در طرح دعاوی مربوط به این گونه قراردادها در ایران است، نه دخالت در حاکمیت کشور محل انعقاد قرارداد. به عبارت دیگر منظور قانون این است که در دعاوی مربوط به قرارداد واقع در کشور بیگانه دادگاه ایران قانون آن کشور را حاکم بر قرارداد بداند نه قانون ایران یا کشور ثالث را. در نتیجه در حاکمیت قانون کشور بیگانه بر قرارداد بین‌المللی نیز تفاوتی بین مقررات امری و تفسیری این قانون وجود ندارد.

صرف نظر از آنچه در بالا ذکر شد اگر هم عبارات مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی صرفاً ناظر به قرارداد های بین‌المللی واقع در ایران دانسته شود، از وحدت ملاک و توجه به روح قانون می‌توان حاکمیت قانون کشور بیگانه محل وقوع عقد را نسبت به عقد، در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران نیز استنباط کرد. زیرا وقتی قانونگذار قراردادهای واقع در ایران را تابع قانون ایران می‌شناسد، با توجه به اصل تساوی دولتها و حاکمیتها در جامعه بین‌المللی بالملازمه، باید پذیرفت که متقابلاً قراردادهای منعقد در کشور بیگانه نیز در نظر قانونگذار ایرانی، باید تابع قانون آن کشور باشد.

علاوه بر مطالب بالا، در ماده ۹۶۸ قانون مدنی تنها از تعهدات ناشی از عقود واقع در ایران و تابعیت آنها از قانون ایران، یاد نشده است بلکه از تعهدات عقود مطلق نام برده شده و این تعهدات به طور مطلق تابع محل وقوع عقد معرفی گردیده است. ذکر «اتباع خارجه» دلالت بر اختصاص حکم به قراردادهای منعقد در ایران ندارد بلکه منظور از عبارت «اتباع خارجه» اتباع کشور غیر محل انعقاد عقد و واقع کشور بیگانه نسبت به کشور محل وقوع قرارداد است نه کشور خارجه نسبت به ایران.

**۱۵) رواج اصل حاکمیت قانون اراده طرفین و مقررات ماده ۹۶۸ قانون**

مدنی ایران - امروز اصل حاکمیت قانون اراده طرفین در روابط معاملاتی بین المللی همان طور که می دانیم از رواج بیشتری برخوردار است.<sup>۲</sup> این امر در کنوانسیونهای بین المللی نیز انعکاس یافته است. مثلاً ماده ۳ کنوانسیون رم ۱۹۸۰ معروف به کنوانسیون جامعه اقتصادی اروپا آزادی انتخاب قانون حاکم را به وسیله طرفین قرارداد به عنوان یک اصل پذیرفته است. اما باید دانست که روح مزبور، همان طور که قبلاً در مقاله دیگر مورد بررسی قرار گرفته است،<sup>۳</sup> از تکیه گاه نیرومند حقوقی برخوردار نیست و در هر حال روشن است که دست کشیدن از آمریت و حاکمیت مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران نسبت به حاکمیت قوانین ماهوی ایران بر قرارداد به دلیل روح اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد، نه با مبانی حقوقی انطباق دارد و نه با امتیازی عملی همراه است.

**گفتار چهارم****احاله نسبت به مورد ماده ۹۶۶ و ۹۶۷ و ۹۶۸ قانون مدنی**

۱۶) ممکن است در هریک از سه مورد مواد ۹۶۶، ۹۶۷ و ۹۶۸ قانون مدنی ایران، احاله درجه یک یا درجه ۲ صورت گیرد. در این صورت مطابق ماده ۹۷۳ قانون مدنی احاله درجه یک پذیرفته و احاله درجه دوم مردود اعلام شده است. ماده ۹۷۳ مذکور مقرر می دارد اگر قانون خارجه که باید مطابق ماده ۷ جلد اول این قانون و یا بر طبق مواد فوق رعایت گردد به قانون دیگری احاله داده باشد محکمه مکلف به رعایت این احاله نیست مگر این که احاله به قانون ایران شده باشد.

۷. ر.ش. به مقاله قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی خصوصی، مندرج در شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۸. همان مقاله.

مثلاً هرگاه یک انگلیسی مال غیر منقول خود واقع در فرانسه را به سود شخصی وصیت کند در صورتی که وصیت تملیکی را عقد تلقی کنیم موردی از احاله درجه دوم را در یک عقد بین المللی خواهیم داشت. زیرا طبق ملاک ماده ۹۶۷ این وصیت تابع قانون ماهوی کشور انگلستان است در حالی که قانون این کشور به قانون کشور محل وقوع آن مال غیر منقول یعنی قانون کشور فرانسه احاله می کند و آن را حاکم بر وصیت می داند. در این وضعیت قانون ایران احاله قانون انگلستان را به قانون فرانسه نمی پذیرد که به عقیده ما نتیجه این است که قانون ماهوی انگلستان را باید (از نظر قانون ایران) حاکم بر این وصیت دانست نه قانون ایران را زیرا:

از یک طرف مقررات ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران، مانند سایر مقررات حقوق بین الملل خصوصی ایران جنبه بین المللی و برون مرزی دارد و علی رغم ذکر ایران به عنوان محل وقوع ترکه (که بطور مثال آورد شده است) نمی تواند منحصر به حکم وصیت مربوط به ترکه بیگانه واقع در ایران باشد، بلکه ناظر به وصیت مربوط به اموال موجود در یک کشور بیگانه که به وسیله مالک دارای تابعیت غیر این کشور در یک کشور ثالث انشاء شده است نیز می باشد و حکم وصیت چنین اموالی را نیز که عبارت از حاکمیت متبوع موصی باشد بیان می کند.

از طرف دیگر، نتیجه عدم پذیرش احاله قانون انگلستان به قانون فرانسه در حقوق بین الملل خصوصی ایران حاکمیت قانون ایران نیست بلکه حاکمیت قانون ماهوی انگلستان است. چه این که همان طور که در مقاله پیشین مندرج در مجله تحقیقات حقوقی آمده است تعیین حاکمیت قانون انگلستان بر وصیت اتباع این کشور به وسیله ماده ۹۶۷ قانون مدنی ایران مبتنی بر نظم داخلی و بین المللی است که به وسیله نویسندگان قانون مدنی ایران، تشخیص داده شده است و قانون ایران در این تعیین و تشخیص استقلال دارد و نمی تواند تابع کشور دیگر و از جمله کشوری که قانون آن حاکم شناخته شده است، باشد بنابراین با رد احاله درجه دوم



قانون بین المللی خصوصی انگلستان<sup>۱۰</sup> به وسیله قانون بین الملل خصوصی ایران قانون ماهوی انگلستان حاکم بر این وصیت شناخته می شود. برخلاف حقوق ایران رویه قضایی آلمان در مورد وصیت یک بلژیکی که در روسیه فوت کرده است نسبت به اموال او واقع در کشور روسیه، احاله درجه دوم را پذیرفته است. زیرا قاعده حل تعارض آلمان قانون ملی موصی را حاکم بر وصیت می داند که در این مورد قانون بلژیک است در حالی که قانون بلژیک به قانون محل وقوع اموال موصی یعنی روسیه احاله می کند و قانون روس نیز مطابق این احاله قانون محل وقوع اموال یعنی قانون خود را حاکم می داند. در این وضعیت دادگاه آلمان با قبول احاله درجه دوم قانون روس را حاکم شناخته و آن را در مورد این وضعیت اجرا کرده است.<sup>۱۱</sup>

نکته قابل بررسی در ماده ۹۷۳ قانون مدنی ایران رفع تکلیف از دادگاه ایرانی نسبت به تبعیت از قانون خارجی در احاله درجه دوم است که در این قانون مقرر گردیده است. همان طور که گاهی تصور می شود ممکن است بدو از عبارات ماده ۹۷۳ قانون مدنی استفاده شود که دادگاه در اعمال یا عدم اعمال این احاله اختیار دارد یعنی این که دادگاه می تواند احاله را رد کرده و قانون کشور خود یا قانون ماهوی کشور احاله کننده را اجرا کند، این که با قبول این احاله مقررات کشوری را که قانون آن مورد احاله قرار گرفته است اعمال کند.

اما با کمی دقت در مسأله به نظر می رسد که چنین اختیاری برای دادگاه وجود ندارد و دادگاه نمی تواند از قانون خارجی نسبت به این احاله پیروی کند. زیرا:

۱. اعطای اختیار انتخاب قانون حاکم به دادگاه با فلسفه و روش قانونگذاری سازگار نیست. چه این هدف اساسی وضع قانون تعیین الگوی واحد برای هدایت جریان روابط انسان ها و ایجاد نظم در مسائل اجتماعی است و

10. Private International law (P.I.L).

11. Henri Batiffol, dr. int. privé, T.I, N.307.

واگذار کردن این اختیار به دادگاه که بتواند در یک مورد این قانون و در مورد مشابه آن، قانون دیگر را اعمال کند در حقیقت به این امر منتهی گردد که مرجع قضایی بتواند در دو دعوی که از هر جهت مثل و مانند هم است دو حکم متناقض که هریک با یکی از دو قانون منطبق است صادر کند.

۲. رفع تکلیف از دادگاه در ماده ۹۷۳ قانون مدنی نسبت به اعمال احاله قانون خارجی الزاماً به معنی مخیر بودن دادگاه در اعمال همان قانون نیست بلکه صرفاً به معنی سلب حاکمیت آن قانون در مورد خاص احاله و ارشاد دادگاه به رجوع به قواعد اولیه قانون مدنی ایران در تعیین قانون حاکم است که به نظر ما همان قواعد ماهوی آن قانون خارجی است. وقتی قانون مدنی دادگاه ایران را مکلف به تبعیت از قانون کشور بیگانه و اعمال آن در مسائل مربوط به احوال شخصیه اتباع آن کشور یا مسائل مربوط به قرارداد منعقد در آن کشور و سایر موارد مربوط می کند و سپس همین تکلیف را در مورد خاص (احاله قانون بیگانه) از دادگاه ایران سلب می کند رفع تکلیف مزبور را به معنایی جز الغاء اعمال قانون بیگانه در خصوص مورد احاله مذکور و بازگرداندن دادگاه ایران از قانون بین الملل خصوصی آن کشور، به آنچه قانون ایران به عنوان اصل مقرر کرده است، نمی توان حمل کرد. در این وضعیت به نظر ما، چون قانونی که اعمال آن طبق ماده ۹۷۳ قانون مدنی الغاء شده فقط قانون بین الملل خصوصی کشور بیگانه است و دلیلی بر سلب حاکمیت قانون ماهوی بیگانه وجود ندارد، باید پذیرفت که حاکمیت قانون ماهوی بیگانه نسبت به موارد مربوط باقی خواهد ماند.

## ثالث در صحنه توقیف

دکتر عبدالله شمس

### مقدمه

محکوم علیه، چنانچه با هراگیزه‌ای مایل به اجرای اختیاری حکم باشد، باید پس از ابلاغ اجرائیه، در موعدی که برای حکم مقرر است، در صورتی که تا آن زمان حکم را اجرا ننموده باشد، نسبت به اجرای مفاد آن اقدام و یا ترتیب اجرای آن را، برابر مقررات، بدهد (مواد ۳۴ و ۴۹ قانون که در اینجا و از این پس، جز در موارد مصرح، قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ مورد نظر است). اما در صورتی که محکوم علیه به دلخواه خود حکم دادگاه را اجرا ننماید، به ترتیب مقرر در قانون، اقدام به اجرای اجباری حکم می‌گردد. (ماده ۴۱) اجرای اجباری حکم، با لحاظ مفاد اجرائیه آن، ممکن است مستلزم بازداشت اموال محکوم علیه، در جریان و در جهت آن نباشد، اما در مواردی نیز بازداشت اموال لازمه اجرای حکم است.

بازداشت اموال نه تنها در مواردی که محکوم به وجه نقد و یا از اموال مثلی است مطرح می‌شود بلکه در سایر موارد نیز، چنانچه اجرای حکم مستلزم اخذ وجهی از محکوم علیه باشد و از پرداخت آن استکاف نماید دادورز، به منظور دستیابی به آن، علی‌الاصول راهی جز بازداشت اموال محکوم علیه ندارد. از این جمله می‌توان به حکمی اشاره نمود که محکوم به آن انجام عمل معینی است و محکوم علیه از انجام آن خودداری می‌نماید و انجام آن توسط شخص دیگری ممکن است؛ در این صورت محکوم له می‌تواند تحت نظر دادورز عمل محکوم به را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را وصول و یا حتی بدون انجام عمل هزینه را به وسیله

داد ورز از محکوم علیه اخذ نماید. وصول هزینة مذکور از محکوم علیه به همان ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است (ماده ۴۷).

بنابراین داد ورز، در جریان اجرای حکم و به منظور آن، ممکن است ناچار به بازداشت اموال اعم از منقول و غیر منقول و وجه نقد و یا اخذ مال منقول از متصرف و تحویل آن به محکوم له گردد (ماده ۴۲). اموال مورد بازداشت، همانطور که گفته شد، ممکن است غیر منقول و یا منقول محسوب شود. نظر به این که موضوع بحث ما ادعای حق اشخاص ثالثی است که در «صحنه توقیف» اموال و در زمان آن حضور دارند و با توجه به نحوه بازداشت اموال غیر منقول (ماده ۹۹) که حضور شخص ثالث، به نحوی که در اینجا مورد نظر است، در «محل توقیف» را منتفی می نماید، مدعیان ثالثی را مورد بحث قرار می دهیم که در محل بازداشت اموال منقول و در زمان آن با داد ورز و علی الاصول با محکوم له مواجه می گردند. در همین جا ذکر این نکته ضروری است که اگرچه مال «چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد»<sup>۱</sup> و بنابراین اطلاق آن، حداقل به مفهوم اخص کلمه، به پول ممتنع به نظر برسد اما احکام مورد بررسی ما در این سطور،<sup>۲</sup> شامل اموال منقول و وجوه نقد می گردد.

حضور مدعی ثالث در صحنه توقیف اموال منقول در دو فرض مختلف متصور است: اول موردی است که داد ورز با راهنمایی محکوم له توقیف اموال منقولی را مورد نظر دارد و در زمان معرفی در تصرف شخص ثالث است؛<sup>۳</sup> دوم زمانی است که داد ورز قصد بازداشت اموال منقولی دارد که اگرچه در تصرف مدعی ثالث نیست اما در زمان بازداشت حاضر و نسبت به آنها ادعای حق می نماید. این دو مورد جداگانه و به ترتیب در دو بخش متوالی مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱. جعفری لنگرودی، دکتر جعفر؛ تریبولژی حقوق.

۲. «هرگاه مالی که نزد شخص ثالث توقیف شده عین معین یا وجه نقد ... باشد» (ماده قانون) ۸۹.

۳. البته محکوم له جهت توقیف اموال و وجوه محکوم علیه نزد شخص ثالث می تواند، با توجه به مواد ۸۷ به بعد قانون، بدون هدایت مأمور اجرا به محل اموال، درخواست نماید که مراتب بازداشت به موجب اخطار مربوطه به شخص ثالث اعلام گردد.

## بخش اول

### مال تحت تصرف شخص ثالث باشد

مالی که مأمور اجرا، با هدایت محکوم له، قصد بازداشت آن را دارد ممکن است در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد. در همین صورت این امکان وجود دارد که خواسته خواهان مالی با مشخصات معین بوده که دادگاه صادر کننده حکم مورد اجرا استحقاق محکوم له را، علی الاصول با احراز مالکیت وی، تشخیص و محکوم علیه را به رد عین آن محکوم نموده است. بنابراین در اجرای حکم، وظیفه اجراء گرفتن عین محکوم به، همان مال، و تحویل آن به محکوم له است. اما در موارد دیگر مالی که در جهت بازداشت آن اقدام می شود عیناً مورد حکم دادگاه قرار نگرفته بلکه هدف از بازداشت فروش آن و اجرای حکم دادگاه از محل وجوه حاصله است. نظر به این که احکام دو مورد مزبور با هم متفاوت است هر یک در فصل جداگانه به ترتیب مورد بررسی قرار می گیرد.

## فصل اول

### مال تحت تصرف ثالث عین محکوم به باشد

در مواردی که محکوم به عین معین است معمولاً، در زمان بازداشت و یا گرفتن و تحویل آن به محکوم علیه، متصرف شخصی جز محکوم علیه نیست.<sup>۴</sup> در این صورت، چنانچه تسلیم آن به محکوم له ممکن باشد براساس ماده ۴۲ قانون، مأمور اجرا عین آن را گرفته و به محکوم له می دهد. البته اگر عین محکوم به تلف

۴. قانونگذار، در مواردی که محکوم به عین معین است، گرفتن و دادن آن را به محکوم له پیش بینی نموده و کلمه بازداشت یا توقیف را استعمال نموده است (ماده ۴۲ قانون)؛ البته در مواردی که وکیل محکوم له در صحنه اقدامات اجرایی حاضر و با معرفی محکوم به، به علت عدم تصریح اخذ محکوم به در وکالتنامه، تحویل آن به او منتع است می توان پذیرفت که عین محکوم به منقول بازداشت تا سپس به محکوم له تحویل گردد.

شده یا به آن دسترسی نباشد، براساس ماده ۴۶ قانون، قیمت آن با تراضی طرفین و، در صورت عدم تراضی، به وسیله دادگاه تعیین و مانند محکوم به نقدی، طبق مقررات قانون از محکوم علیه وصول می شود. چنانچه تقویم عین محکوم به تلف شده یا غیر قابل دسترسی ممکن نباشد محکوم له می تواند دعوی خسارت اقامه نماید.

اما در مواردی نیز ممکن است عین محکوم به در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد. در اینجا سؤالی که مطرح می شود این است که آیا باید براساس ماده ۳۵ قانون مدنی اماره تصرف را مورد استناد قرار داده و از اجرای حکم خودداری نمود و یا با توجه به استحقاق محکوم له که در حکم دادگاه احراز گردیده، اماره تصرف را قابل مقاومت در برابر حکم دادگاه ندانسته و متصرف را بی حق تلقی و عین را از تصرف او خارج و به محکوم له تحویل نمود. برای پاسخ به این سؤال بهتر است وظیفه مأمور اجرا در برابر چنین وضعیتی جدای از تکلیف نهایی امر مورد بررسی قرار گیرد. این دو موضوع در دو مبحث آتی به ترتیب مورد مطالعه قرار می گیرد.

### مبحث اول

#### وظیفه مأمور اجرا

در زمان اقدامات اجرایی نسبت به عین محکوم به که در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد مأمور اجرا با دو وضعیت متفاوت ممکن است مواجه گردد. در حقیقت شخص ثالث، در برابر اقدام مأمور اجرا نسبت به مالی که در تصرف اوست، ممکن است واکنشی نشان نداده و مأمور اجرا را در بازداشت یا گرفتن مال و تحویل آن به محکوم له آزاد گذارد. در مواردی نیز، با ادعای حق نسبت به آن، از مأمور اجرا درخواست می نماید که از بازداشت آن صرف نظر نماید. این دو مورد جداگانه در دو گفتار آتی مورد بررسی قرار می گیرد.

## گفتار اول

### عدم واکنش ثالث

چنانچه ثالث که متصرف عین محکوم به است، در مقابل بازداشت یا گرفتن آن واکنشی نشان نداده و مأمور اجرا را در اقدام آزاد گذارد، با توجه به این که استحقاق محکوم له در حکم احراز و محکوم علیه به رد آن محکوم گردیده، و متصرف نیز، که در هر حال اماره ید به نفع اوست، در برابر اخذ و تحویل آن به دیگری سکوت می نماید، مأمور اجرا در این جهت اقدام و مال مورد نظر را بازداشت یا اخذ می نماید. البته سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا اخذ مال از متصرف و سکوت وی و تحویل آن به محکوم له راه هرگونه ادعای حقی نسبت به مال، که تا تاریخ بازداشت متحقق شده باشد، را برای همیشه بر ثالث مسدود می نماید؟ به نظر ما، با توجه به ماده ۵۸۲ به بعد قانون آ. د. م. و مستنبط از ماده ۴۴ قانون و اصول حقوقی، شخص ثالث، با محروم شدن از اماره ید، که دیگر به نفع وی وجود ندارد، می تواند از طریق اعتراض شخص ثالث نسبت به حکمی که بین محکوم له و محکوم علیه در خصوص عین مورد نظر صادر گردیده، در جهت فسخ آن اقدام نماید. در صورت توفیق در این خصوص، و فسخ و بلا اثر شدن حکم به موجب رأی نهایی براساس ماده ۳۹ قانون، عین مال، به دستور دادگاه اجرا کننده حکم، به وی مسترد می گردد. بنابراین، به نظر ما، سکوت شخص ثالث متصرف عین محکوم به در برابر اقدامات اجرا حق وی در طرح دعوی اعتراض ثالث به حکم، که اصلی است، را ساقط نمی نماید. در حقیقت سقوط چنین حقی، به علت سکوت ثالث در برابر اجرای حکم مورد اعتراض، در مواد مربوطه قانونی تصریح نگردیده ضمن این که اجرای آن، حتی در این شرایط و به همان دلیل، نیز محدود به مهلت معینی نمی باشد.

با توجه به مفهوم ماده ۴۴ قانون، به نظر می رسد، حتی چنانچه شخص ثالث متصرف نسبت به مالی که مأمور اجرا قصد بازداشت یا گرفتن آن را دارد ادعای حقی نماید، اما دلیلی بر آن ارائه ندهد، مأمور اجرا، به همان ترتیب که در صورت

سکوت متصرف گفته شد، اقدام می نماید. به عبارت دیگر ادعای حق بی دلیل را غیر قابل اعتنا دانسته و نسبت به بازداشت یا گرفتن مال از متصرف ثالث اقدام می کند. اگرچه این معنی به روشنی از ماده ۴۴ قانون استنباط می شود اما به نظر می رسد مأمور اجرا در برابر ادعای ثالث، حتی اگر دلیلی ارائه نگردد می بایست از بازداشت مال خودداری و به ترتیبی که در گفتار دوم خواهیم دید عمل نماید. در حقیقت اماره تصرف به هر حال بهترین دلیل متصرف بوده و ماده ۴۴ قانون نیز، به کیفیتی، قابل استناد بودن آن را در برابر مأمور اجرا، با وجود حکم مورد اجرا، منتفی ندانسته است.

### گفتار دوم

#### ادعای حق ثالث

در زمان مراجعه مأمور اجرا به منظور بازداشت یا گرفتن عین محکوم به، که در تصرف ثالث است، و تحویل آن به محکوم له، ممکن است شخص ثالث نسبت به آن ادعای حقی نماید. اگرچه قانونگذار در ماده ۴۴، علی الظاهر، بین موردی که ثالث دلایلی بر ادعای خود ارائه می دهد با ادعای بی دلیل تفاوت قائل شده است اما، همانطور که گفته شد، نمی بایست تفاوتی بین دو مورد قائل شده و با توجه به اماره تصرف، باید برابر ماده ۴۴ اقدام گردد.

نکته مهمی که قانونگذار در ماده مزبور به آن تصریح نموده این است که علی الاصول اقدامات اجرایی نسبت به عین محکوم به حتی اگر در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد منعی ندارد. بنابراین مأمور اجرا عین محکوم به را در هر محلی که یافت شود و در تصرف هر شخصی باشد، با رعایت مقررات، گرفته و به محکوم له تحویل می دهد. اما نظر به این که حکم بین محکوم علیه و محکوم له صادر گردیده، قاعده نسبیت احکام و بنابراین عدم تسری اصولی آن به اشخاص ثالث و این امر که در هر حال عین محکوم به در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه است که همواره می تواند به حکم اعتراض نماید، قانونگذار، در ماده ۴۴، به حق،



تصریح نموده که چنانچه متصرف نسبت به عین محکوم به ادعای حقی نماید و دلایلی نیز ارائه نماید. مأمور اجرا مکلف است از ادامه اقدامات اجرایی خودداری نماید.

البته مقررات این ماده در خصوص مورد استثنایی بر اصل مهم مذکور در ماده ۲۴ قانون است. در حقیقت به موجب این ماده «دادورز (مأمور اجرا) بعد از شروع به اجرا نمی تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقیف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد یا ابراز رسید محکوم له دائر به وصول محکوم به یا رضایت کتبی او در تعطیل یا توقیف یا قطع یا تأخیر اجرا». بنابراین براساس ماده ۴۴، برخلاف اصل مذکور، مأمور اجرا مکلف است در صورت ادعای حق متصرف ثالث نسبت به عین محکوم به و ارائه دلیل از جانب او اقدامات اجرایی را متوقف نماید.

در عین حال توقیف اقدامات اجرایی محدود به مدت و ادامه آن مشروط به شرایطی است. در حقیقت مأمور اجرا یک هفته به ثالث مهلت می دهد تا به دادگاه صلاحیت دار مراجعه نماید و ثالث باید ظرف پانزده روز از تاریخ انقضا یک هفته قرار تأخیر اجرای حکم را به قسمت اجرا ارائه دهد و در غیر این صورت عملیات اجرایی ادامه خواهد یافت. مدعی ثالث، بنابراین، دو اقدام را در دو فرجه قانونی باید معمول دارد: اول این که ظرف یک هفته از تاریخ مراجعه مأمور اجرا جهت بازداشت عین محکوم به می بایست در دادگاه صلاحیت دار اقدام نماید؛ دوم این که ظرف پانزده روز از تاریخ انقضا یک هفته قرار تأخیر اجرا را تحصیل و به قسمت اجرا ارائه نماید و در صورتی که هر یک از دو اقدام را، هر یک در فرجه قانونی مربوطه، معمول ننماید عملیات اجرایی ادامه خواهد یافت. البته می توان شخص ثالث را از ارائه گواهی مراجعه به دادگاه صلاحیت دار، در پایان مهلت یک هفته، معاف دانست اما در مقابل می توان نظر داد که، در صورت اثبات عدم اقدام وی در این مهلت، ادامه عملیات اجرایی بلامانع است. اما حتی چنانچه ثالث موفق به

تحصیل قرار تأخیر گردد توقیف عملیات نسبت به عین محکوم به باید انتهایی داشته باشد. مبحث دوم اختصاص به این موضوع دارد.

### مبحث دوم تعیین تکلیف نهایی

همانطور که گفته شد، چنانچه شخص ثالث نسبت به عین محکوم به که در تصرف اوست ادعای حقی نسبت به عین یا منافع نماید و دلایلی هم ارائه نماید مأمور اجرا یک هفته به او مهلت می دهد تا به دادگاه صلاحیت دار، به منظور تحصیل قرار تأخیر اجرای حکم، مراجعه نماید.

قانونگذار در ماده ۴۴ قانون، نه تنها دادگاه صلاحیت دار را مشخص ننموده بلکه نوع اقدامی که متصرف باید انجام دهد را نیز مورد اشاره قرار نداده است. بنابراین دادگاهی که متصرف باید به آن مراجعه نماید و نیز اقدامی که در آن دادگاه می بایست معمول گردد دو موضوعی است که مورد بررسی قرار خواهد گرفت. البته تعیین دادگاه صلاحیت دار در صورتی میسر است که نوع اقدام متصرف قبلاً مشخص شده باشد. بنابراین نوع اقدام و دادگاه صالح در دو گفتار پیاپی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. اما باید تصمیم دادگاه صالح و آثار آن نیز بررسی گردد. گفتار سوم به این موضوع اختصاص خواهد یافت.

#### گفتار اول

##### نوع اقدام متصرف

اقداماتی که در پی آنها دادگاه دادرسی به معنای اخص کلمه انجام و صدور رأی می نماید را می توان به دو دسته تقسیم نمود. دسته اول اقامه دعوی در مرحله بدوی و درخواست رسیدگی و صدور حکم است که، براساس ماده ۷۰ قانون آ. د. م.، مستلزم تقدیم دادخواست با شرایط مقرر و دادخواهی می باشد. دسته دوم

شکایت از رأی و درخواست فسخ آن و صدور رأی جدید می باشد. باز نمودن طریقی که منتهی به دادگاه و ایجاد تکلیف رسیدگی و تشخیص بی حق از ذی حق و فصل خصومت با صدور حکم شود با هر یک از دو نوع اقدام مارالذکر میسور است. نظر به این که هدف متصرف از مراجعه به دادگاه صلاحیت دار در وهله اول تحصیل قرار تأخیر اجرای حکم است بنا بر این اقدام متصرف به نوعی باید باشد که چنین نتیجه ای را، قانوناً، بتواند در بر داشته باشد. در بادی امر شاید به نظر برسد که شخص ثالث، براساس ماده ۱۴۶ به بعد قانون، تحت عنوان اعتراض شخص ثالث، باید به دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می شود مراجعه و با توجه به مقررات ماده مزبور و مواد بعدی اقدام نماید. اما چنانچه مقررات مواد مربوطه مورد مذاقه بیشتری قرار گیرد ممتنع بودن اقدام از این طریق به وضوح احراز می گردد. در حقیقت مراجعه ثالث متصرف به دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می شود، با استناد به مواد ۱۴۶ به بعد قانون، چنانچه دادگاه دلایل شکایت را قوی یافت، می تواند به صدور قرار «توقیف عملیات اجرایی»، تا تعیین تکلیف نهایی، منتهی گردد. در حالی که قرار مورد تصریح در ماده ۴۴ که می بایست ظرف پانزده روز به قسمت اجرا ارائه گردد، قرار «تأخیر اجرای حکم» است که با آن کاملاً متفاوت است. از طرف دیگر تبصره ماده ۱۴۷ محکوم له را، صراحتاً و بدون هیچگونه قید و شرطی از جمله رضایت محکوم علیه، مجاز می دارد که مال دیگری از اموال محکوم علیه را به جای مال مورد اعتراض و ادعای ثالث بازداشت نماید. در حالی که براساس ماده ۴۴ قانون، در مواردی که محکوم به عین معین است باید عین آن اخذ و به محکوم له تسلیم گردد. با توجه به دو مورد مذکور، و موارد دیگری که ذکر آنها ضروری به نظر نمی رسد، عدم امکان اقدام ثالث از طریق اعتراض شخص ثالث موضوع مواد ۱۴۶ به بعد قانون، که به «اعتراض ثالث اجرایی» معروف است، مسلم می گردد.

اقدام دیگری که ممکن است به نظر برسد اقامه دعوی بدوی و تحصیل قرار تأخیر اجرای حکم، با تمسک به مواد ۷۷۰ به بعد قانون آ. د. م. است. عدم امکان

چنین اقدامی نیز به وضوح قابل تشخیص است. در حقیقت صدور قرار تأخیر اجرای حکمی که زیر نظر دادگاهی در حال اجرا است توسط دادگاه دیگری جز دادگاه بالاتر، باتوجه به مقررات فعلی، ممتنع است. دادگاه بالاتر که نمی تواند مرجع اقامه دعوی بدوی باشد و دادگاه صادر کننده حکم نیز اگرچه در مواردی می تواند قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر نماید اما این موارد منصوص بوده و در هر حال قرار توقیف عملیات اجرایی است و نه قرار تأخیر اجرای حکم که نمی تواند به عنوان اقدامی احتیاطی در جنب رسیدگی به دعوی بدوی معمول گردد.

بناء علی هذا، با توجه به این که تحصیل قرار تأخیر اجرای حکم، از طریق اعتراض ثالث (اجرایی)، موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، و از طریق طرح دعوی در مرحله بدوی میسر نمی باشد توجه را باید به طرق شکایت از احکام معطوف نمود.

از میان طرق شکایت از احکام نیز واخواهی، که مختص احکام غیابی و محکوم علیه غایب و بنابراین در خصوص مورد باب آن مسدود است. تجدید نظر ماهوی و شکلی و قانونی نیز منحصراً مختص اصحاب دعوی بدوی یعنی محکوم علیه یا قائم مقام وی است و قائم مقامی در اینجا، به علت منافات آن با ادعای ثالث متصرف، صدق نمی نماید. اعاده دادرسی نیز مختص اصحاب دعوی بدوی است.

بنابراین، تنها طریقی که ثالث باید و می تواند باز نموده که منتهی به دادگاه و ایجاد تکلیف رسیدگی و تشخیص بی حق از ذی حق و فصل خصومت با صدور حکم شود اعتراض شخص ثالث موضوع مواد ۵۸۲ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی است. در حقیقت به موجب ماده ۵۸۲ این قانون «اگر در خصوص دعوی حکم یا قرار صادر شود که به حقوق شخص ثالث خلل وارد آورد و آن شخص یا نماینده او در مرحله دادرسی که منتهی به حکم یا قرار شده است به عنوان اصحاب دعوی دخالت نداشته می تواند بر آن حکم یا قرار اعتراض نماید». در زمان اجرای حکم عین معینی که استحقاق محکوم له در داشتن آن در حکم احراز و اعلام گردیده

در تصرف ثالثی یافت می شود که وجود حقی نسبت به آن را ادعا می نماید. بنابراین، ثالث حکم مورد اجرا را مُخل حق مورد ادعا می داند و نظر به آثار حکم قطعی، علی رغم نسبت آن، هیچ راهی جز اقدام در جهت فسخ آن، براساس همین نسبت، برای ثالث متصور نیست و این اقدام جز از طریق اعتراض شخص ثالث موضوع مواد ۵۸۲ به بعد قانون آ. د. م. میسور نمی باشد.

### گفتار دوم

#### دادگاه صلاحیت دار

اعتراض شخص ثالث، براساس ماده ۵۸۴ قانون آ. د. م. بر دو قسم یعنی اعتراض اصلی و اعتراض طاری است. اعتراض اصلی اعتراضی است که ابتدائاً از طرف شخص ثالث مطرح می شود. اعتراض طاری وقتی است که حکم یا قراری که سابقاً از دادگاهی صادر گردیده به عنوان دلیل در اثنای دادرسی دیگری علیه شخص ثالث مورد استناد قرار گرفته است. مرجع طرح اعتراض ثالث طاری در هر حال دادگاهی است که رأی مورد اعتراض در آن به عنوان دلیل مورد استناد قرار گرفته و نیازی به دادخواست ندارد. همین دادگاه نیز، علی الاصول، به اعتراض رسیدگی نموده و پس از روشن شدن نتیجه اعتراض، دادرسی نسبت به دعوای اصلی را، با توجه به نتیجه اعتراض به دلیل مزبور، ادامه داده و اتخاذ تصمیم می نماید. البته اگر درجه این دادگاه پایین تر از دادگاهی باشد که رأی مورد اعتراض را صادر نموده، حق رسیدگی به اعتراض طاری نداشته و معترض باید به دادگاه صادر کننده رأی مورد اعتراض دادخواست اعتراض اصلی تقدیم نماید. بنابراین به روشنی مشخص می گردد که اعتراض طاری منصرف از موضوع است و شخص ثالثی که متصرف عین محکوم بهی است که در شرف بازداشت است باید به اعتراض ثالث اصلی متمسک گردد.

اعتراض ثالث اصلی، به موجب ماده ۵۸۵ قانون آ. د. م.، باید به موجب دادخواست بوده و با رعایت کلیه شرایط مربوط به دادخواست شکایت از رأی، به

دادگاهی تقدیم شود که رأی مورد اعتراض را صادر نموده است خواه رأی مورد اعتراض از دادگاه نخستین و یا پژوهشی صادر شده باشد بنابراین متصرف عین محکوم به مکلف است ظرف یک هفته از تاریخ اقدامات اجرایی عملاً متوقف شده به دادگاه صادر کننده حکم مورد اجرا، اعم از بدوی یا پژوهشی مراجعه و نسبت به تقدیم دادخواست اعتراض شخص ثالث اقدام نماید. در تعیین مرجع صالح، چنانچه رأی مورد اعتراض در دیوان عالی کشور ابرام شده باشد، با توجه به درهم ریختگی اصول توسط قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۷۳ و مخصوصاً ماده ۱۹ و ۲۱ آن، سه نظر می توان ارائه نمود. اول این که دادگاه عمومی صادر کننده رأی بدوی را صالح بدانیم. این نظر با اصل مهم عدم صلاحیت دادگاه تالی در رسیدگی به رأی دادگاه عالی در تعارض و مردود است. دوم این که دیوان عالی کشور را صالح قرار دهیم. این نظر با شأن این مرجع عالی که رسیدگی قانونی و شکلی و نه ماهوی است معارض و مردود است. سوم این که مرجع تقدیم دادخواست را دیوان دانسته که با صدور قرار پرونده را به دادگاه عمومی صادر کننده رأی ارجاع نماید؛ با ارجاع پرونده از طرف دیوان، که عالی ترین مرجع حل اختلاف در صلاحیت نیز می باشد، دادگاه عمومی مانعی برای رسیدگی، از حیث مزبور، نخواهد داشت. این نظر فاقد نص قانونی در امور مدنی است اما دارای ملاک می باشد (امور کیفری) و در هر حال به اندازه دو نظر دیگر قابل ایراد نیست.

### گفتار سوم

#### تصمیم دادگاه

شخص ثالثی که به رأی اعتراض اصلی می نماید معمولاً دو هدف مختلف را تعقیب می نماید.

- اول: تأخیر اجرای حکم البته در صورتی که تا زمان اعتراض اجرا نشده باشد؛
- دوم: الغاء آن قسمت رأی که به حقوق وی خلل وارد می آورد.

شخص ثالثی که متصرف عین محکوم به در شرف بازداشت است، ظرف یک هفته، باید به دادگاه صادر کننده حکم مورد اجرا، مراجعه و نسبت به تقدیم دادخواست اعتراض ثالث اقدام نماید. تقدیم دادخواست، به نظر می‌رسد، باید در زمان و به صورتی باشد که امکان تحصیل قرار تأخیر اجرای حکم، ظرف پانزده روز از تاریخ انقضاء یک هفته، میسر باشد. بنابراین، تقدیم دادخواست ناقص و انتظار ابلاغ اخطار رفع نقص و ... مخصوصاً با توجه به وضعیت فعلی، کار را دشوار خواهد نمود. البته مدت مربوط به مسافت احتمالی بین دادگاه صالح و اقامتگاه معترض در اینجا، به نظر ما، براساس ماده ۶۱۵ قانون آ.د.م.، با توجه به ملاک ماده ۷۸۰، باید لحاظ گردد.

اعتراض ثالث از شکایاتی است که فاقد اثر تعلیقی است. به عبارت دیگر اعتراض ثالث اجرای حکم را متوقف نمی‌نماید. اما، براساس ماده ۵۸۹ قانون آ.د.م.، اگر ثابت شود که در اجرای حکم معترض علیه خطر یا ضرری واقع خواهد شد که جبران آن در آتی ممکن نخواهد بود دادگاهی که دعوی اعتراض در آن اقامه شده، بعد از تحصیل تأمین از معترض، به ترتیبی که در تأمین خواسته مقرر است، قراری در تأخیر اجرای حکم مورد اعتراض را به مدت معینی می‌دهد.

بنابراین، شخص ثالثی که متصرف عین محکوم به در شرف بازداشت است نه تنها ظرف یک هفته باید به دادگاه صادر کننده حکم دادخواست اعتراض ثالث اصلی تقدیم نماید بلکه باید موفق گردد ظرف پانزده روز از تاریخ انقضاء یک هفته نیز قرار تأخیر اجرای حکم را، که جز با دادن تأمین امکان پذیر نیست، تحصیل و آن را، در همین مدت، به قسمت اجرای احکام دادگاهی که حکم زیر نظر آن اجرا می‌شود، که ممکن است دادگاهی غیر از دادگاه صادر کننده حکم و قرار تأخیر اجرا باشد، تقدیم نماید. مدت مربوط به مسافت احتمالی بین دادگاه صالح و دادگاه اجرا کننده حکم نیز، به نظر ما، باید براساس ماده ۶۱۵ قانون آ.د.م.، با توجه به ملاک ماده ۷۸۰ قانون آ.د.م.، مورد لحاظ قرار گیرد.

بدیهی است قرار تأخیر اجرای حکم، حتی اگر متصرف موفق به تحصیل آن

گردد، تکلیف ادعای حق ثالث را برای همیشه مشخص نمی‌نماید؛ بلکه دادگاه صلاحیت‌دار به دعوی اعتراض ثالث، به ترتیبی که برای دادرسی نخستین است (ماده ۵۸۵ قانون آ.د.م.)، رسیدگی نموده و نسبت به صدور حکم اقدام می‌نماید. در صورت نهایبی بودن یا شدن حکم صادره تکلیف ادعا و بنابراین اخذ مال از ثالث و تحویل آن به محکوم‌له مشخص می‌گردد. چنانچه به موجب حکم صادره دعوی اعتراض شخص ثالث محکوم به رد و بنابراین حکم مورد اجرا مصون از فسخ گردید قرار تأخیر ملغی و عین محکوم به از ثالث اخذ و به محکوم‌له تحویل می‌گردد. اما چنانچه آن قسمت از حکم که به حق شخص ثالث خلل وارد می‌آورد الغا گردید براساس آن قسمت اجرا نیز اقدام می‌نماید.

## فصل دوم

### مال تحت تصرف ثالث عین محکوم به نباشد

در صورتی که محکوم به عین معین نباشد، محکوم‌له می‌تواند اموال محکوم علیه را به قسمت اجرا معرفی نماید تا نسبت به بازداشت آنها، برای تأمین محکوم به، اقدام گردد. (تبصره یک ماده ۳۴ قانون). این اقدام در تمام مواردی که اجرای حکم مستلزم اخذ وجه از محکوم علیه باشد معمول می‌گردد، اعم از این که محکوم به وجه نقد باشد، مثلی باشد و یا در اجرای سایر مواد از جمله مواد ۴۶، ۴۷ یا تبصره آن اخذ وجهی از محکوم علیه و ایصال آن به محکوم‌له به منظور اجرای حکم لازم گردد.

محکوم علیه، چنانچه در موعدی که برای حکم مقرر است مدلول حکم را طوعاً اجرا ننماید، محکوم‌له می‌تواند درخواست کند که از اموال محکوم علیه، معادل محکوم به، بازداشت شود و مأمور اجرا باید بدون تأخیر نسبت به بازداشت اموال محکوم علیه، با معرفی محکوم‌له و با انتخاب وی، معادل محکوم به و هزینه‌های اجرایی، اقدام نماید (مواد ۴۹، ۵۰ و ۵۱ قانون).



بنابراین، محکوم له در انتخاب مالی که باید بازداشت شود علی‌الاصول آزاد است و البته محل نگهداری اموال منقول معرفی شده نیز نمی‌تواند مأمور اجرا را از بازداشت آنها منصرف نماید خواه اموال معرفی شده در تصرف شخص ثالث، پادگان‌های نظامی (مستبط از ماده ۱۴)، و یا غیر آن باشد.

در خصوص اموال منقولی که در تصرف شخص ثالث بوده و عیناً مورد حکم دادگاه قرار نگرفته است قانونگذار در ماده ۶۱ قانون به صراحت، تکلیف را مشخص نموده است. به موجب این ماده «مال منقولی که در تصرف کسی غیر از محکوم علیه است و متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت کند و یا آن را متعلق به دیگری معرفی نماید به عنوان مال محکوم علیه بازداشت نخواهد شد...».

بنابراین، چنانچه در زمان بازداشت شخص ثالثی، که متصرف مال منقولی است که محکوم له آن را به عنوان مال محکوم علیه معرفی می‌نماید، مال مورد درخواست بازداشت را متعلق به خود یا دیگری، غیر از محکوم علیه، معرفی نماید مأمور اجرا نمی‌تواند آن را به عنوان مال محکوم علیه بازداشت نماید. البته چنانچه خلاف ادعای متصرف ثابت شود مسؤول جبران خسارت محکوم له خواهد بود. اما چنانچه شخص ثالثی که متصرف مال است، در برابر معرفی آن از جانب محکوم له به عنوان مال محکوم علیه و شروع بازداشت آن از طرف مأمور اجرا حتی سکوت نماید، با توجه به مفهوم این ماده، مأمور اجرا مکلف است، بدون تأخیر، نسبت به بازداشت آن اقدام نماید.

البته باید توجه داشت که در خصوص اموال منقول موجود محل سکونت زوجین مأمور اجرا باید، براساس ماده ۶۳ قانون اجرای احکام، علی‌رغم تصرف مشترک زوجین نسبت به آنها، آنچه معمولاً و عادتاً مورد استفاده اختصاصی زن باشد متعلق به زوجه و آنچه مورد استفاده اختصاصی مرد باشد متعلق به زوج و بقیه را از نظر مقررات این قانون مشترک بین آنان محسوب نموده و بر این اساس اقدامات اجرایی را معمول دارد. بدیهی است خلاف هر یک از سه اصل منصوص در این ماده در دادگاه قابل اثبات است.

## بخش دوم

### مال تحت تصرف محکوم علیه باشد

مأمور اجرا، معمولاً، در صورتی، با هدایت محکوم له، در جهت بازداشت مال اقدام می نماید که مال معرفی شده در تصرف محکوم علیه باشد. در این صورت، علی الاصول، مأمور اجرا، بی اعتنا به اظهارات و ادعاها و حتی دلایل محکوم علیه، که کوشش در عدم تعلق اموال به وی دارد، باید نسبت به بازداشت اموال معرفی شده ای که در تصرف اوست، با رعایت مقررات، اقدام نماید. در حقیقت، با توجه به مفهوم ماده ۶۲ قانون، اموالی که در محل سکونت یا کار محکوم علیه، یعنی در تصرف اوست، بی آن که نیاز به ارائه دلیل دیگری از جانب محکوم له باشد، به عنوان مال محکوم علیه، قابل بازداشت می باشد. تصرف محکوم علیه در مالی که از جانب محکوم له به عنوان مال وی معرفی می شود بهترین دلیل تعلق مال به محکوم علیه است. در این خصوص بین موردی که مال معرفی شده عین محکوم به، یعنی همان مالی است که دادگاه در حکم مورد اجرا تعلق آن را به محکوم له احراز نموده، با موردی که مالی به منظور بازداشت و فروش و تأمین محکوم به از محل آن معرفی گردیده هیچ تفاوتی به نظر نمی رسد.

یادآوری می نماید که چنانچه مال معرفی شده در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد مقررات و احکام و اصولی که در بخش اول به آن پرداخته شد مجری خواهد بود. بنابراین، در این بخش منحصرأً به موردی پرداخته خواهد شد که مال معرفی شده در تصرف شخص محکوم علیه قرار دارد. اما در این خصوص نیز احتمال دارد که شخص ثالثی در صحنه توقیف حاضر بوده یا حاضر گردیده و نسبت به مالی که مأمور اجرا قصد بازداشت آن را دارد ادعای حقی نماید. در این مورد نیز به نظر می رسد بهترین طریق بررسی این است که مورد عین محکوم به در شرف بازداشت از سایر موارد تفکیک و هر یک جداگانه مطالعه گردد. در نتیجه در دو فصل پیاپی دو وضعیت اشاره شده بررسی می گردد.

## فصل اول

### مال در شرف بازداشت عین محکوم به باشد

مالی که مأمور اجرا با معرفی محکوم له قصد بازداشت آن را دارد و در تصرف محکوم علیه می باشد ممکن است عین محکوم به باشد. در این صورت مأمور اجرا، چنانچه تسلیم آن به محکوم له میسور باشد، عین آن را گرفته و به محکوم له تسلیم می نماید (ماده ۴۲). البته چنانچه تسلیم عین آن به محکوم له ممکن نباشد، از جمله به علت غیبت محکوم له، مال، با توجه به مبحث دوم از فصل دوم قانون و سایر مقررات، بازداشت و ترتیب تسلیم آن به محکوم له داده خواهد شد.

سؤالی که مطرح می شود و باید در اینجا به آن پاسخ داد این است که چنانچه در صحنه بازداشت عین محکوم بهی که در تصرف محکوم علیه است شخص ثالثی حاضر گردیده و نسبت به آن ادعای حقی نماید مأمور اجرا چه اقدامی باید معمول دارد. قبل از پاسخ به این سؤال باید یادآوری نمود که مأمور اجرا، در جهت اجرای چنین احکامی، باید مالی را بازداشت نماید که به موجب حکم مورد اجرا استحقاق محکوم له نسبت به آن احراز و اعلام گردیده است.

همانطور که در فصل اول از بخش اول گفته شد حتی اگر عین محکوم به در تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد اقدامات اجرایی، علی الاصول، می بایست ادامه یافته و بنابراین عین محکوم به از ثالث متصرف اخذ و به محکوم له تحویل گردد. ثالث متصرف، اگرچه می تواند، با ادعای حق و ارائه دلیل، مانع اقدامات اجرایی گردد اما این امر مستلزم این است که ظرف یک هفته به دادگاه صلاحیت دار مراجعه و ظرف پانزده روز قرار تأخیر اجرای حکم را به قسمت اجرا تسلیم نماید.

بنا علی هذا، به نظر می‌رسد، مأمور اجرا، چنانچه در صحنه بازداشت عین محکوم بهی که در تصرف محکوم علیه است، با ادعای حق شخص ثالثی نسبت به محکوم به مواجه گردد در هیچ صورتی نمی‌تواند اقدامات اجرایی را، به صرف چنین ادعایی متوقف نماید حتی اگر، به نظر ما، چنین ادعایی مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاهی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف، و تمسک به ماده ۱۴۶ قانون، باشد. در حقیقت اعتبار و آثار احکام قطعی محاکم و در مانحن فیه اثر اجرایی آن، هرگونه تأثیر منفی سایر اسناد، حتی احکام قطعی دیگر محاکم را که اجرای آن مطرح نمی‌باشد، منتفی می‌نماید. به عبارت روشن‌تر حتی اگر مستند شخص ثالث حاضر در صحنه توقیف سند رسمی یا حکم دادگاهی باشد که مثبت تعلق عین محکوم به در شرف توقیف به او باشد، مأمور اجرا نمی‌تواند، به صرف ارائه چنین اسنادی اقدامات اجرایی را متوقف نماید. در حقیقت نظر به این که حکم مورد اجرا مبین و مثبت تعلق عین مال به محکوم له بوده و محکوم به نیز عیناً در تصرف محکوم علیه می‌باشد، به نظر ما، مأمور اجرا نمی‌تواند، با تمسک به ماده ۴۴ و یا ۱۴۶ قانون اجرای حکم را به تأخیر انداخته و یا عملیات اجرایی را متوقف نماید.

اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه شخص ثالث حاضر در صحنه توقیف، فی الواقع، مدعی حقی، از جمله مالکیت، نسبت به عین محکوم به در تصرف محکوم علیه باشد به چه ترتیبی باید آن را احقاق نماید. در این خصوص، به نظر ما، شخص ثالث می‌تواند منحصرأ با استفاده از مواد ۵۸۲ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به طرح دعوی اعتراض ثالث نسبت به حکم مورد اجرا در جهت فسخ آن اقدام و عین مال را، در صورت فسخ حکم مزبور، با استناد به ماده ۳۹ قانون، قانوناً و عملاً از آن خود نماید. بنا علی هذا، ماده ۱۴۶ به بعد قانون و به طریق اولی ملاک آن از موضوع منصرف است.

## فصل دوم

### مال در شرف بازداشت عین محکوم به نباشد

همانطور که گفته شد محکوم له می تواند چنانچه محکوم به عین معین نباشد، اموال محکوم علیه را، معادل محکوم به، به مأمور اجرا، با انتخاب خود معرفی و درخواست بازداشت آنها را بنماید. اموال منقول معرفی شده ممکن است در تصرف شخص ثالث باشد و یا در زمان معرفی متصرفی در آن مشاهده نشود و یا در تصرف محکوم علیه باشد. در مورد اول با سکوت متصرف (ماده ۶۱) و در مورد دوم با ارائه دلائل و قرائن (منطوق ماده ۶۲) و در مورد سوم در هر حال قابل بازداشت است.

چنانچه در صحنه بازداشت ثالثی حضور نداشته و یا در صورت حضور ادعای حقی نسبت به مال معرفی شده ننماید اشکال دیگری، در این خصوص، متصور نبوده و اقدامات اجرایی نسبت به مال، که مربوط به توقیف آن باشد، پایان می پذیرد.

اما اشکالی که ممکن است حادث گردد حضور شخص ثالث در صحنه توقیف و ادعای حق نسبت به مال در شرف بازداشت است. قانونگذار این موضوع را در نظر داشته و در قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ تکلیف را با ابهامات اندکی پیش بینی نموده است. با تدقیق در مقررات مربوطه به نظر می رسد که جهت ایضاح موضوع باید موردی که تعیین تکلیف با مأمور اجرا است را با موردی که تکلیف با تصمیم دادگاه باید روشن شود متمایز و به طور جداگانه بررسی نمود. این دو مورد در دو مبحث پیاپی مطالعه خواهد گردید. لیکن تکلیف مالکیت مال در شرف بازداشت یا حق ادعایی نسبت به آن نیز باید تعیین گردد. بنابراین در مبحث سوم به این موضوع پرداخته خواهد شد.

## مبحث اول

### مواردی که اتخاذ تصمیم با مأمور اجرا می باشد

قانونگذار در تمامی مقررات، علی الاصول در مواردی که امر جنبه تشخیص حق از باطل و بی حق از ذی حق دارد، براساس اصول مسلم حقوقی، دادگاه یا مرجع قضایی به مفهوم اخص کلمه را صالح تشخیص و اعلام نموده است. اما در عین حال، آنچه مربوط به اقدامات اجرایی و مخصوصاً بازداشت اموال می باشد، با توجه کامل و دقیق به مشکلات و مسائلی که در عمل حادث گردیده و مستلزم اتخاذ تصمیم سریع و در صحنه است، بناچار، اتخاذ تصمیم را در مواردی به عهده مقامی محول نموده که فاقد سمت قضایی، یعنی مأمور اجرا است.

موضوعی که در اینجا تحت بررسی می باشد این است که در چه مواردی مأمور اجرا می تواند در جریان بازداشت اموال محکوم علیه، چنانچه با ادعای حق شخص ثالثی که در صحنه بازداشت حاضر است مواجه گردد اتخاذ تصمیم نماید. در بادی امر به نظر می رسد که قانونگذار تکلیف این اشکال را، که البته مربوط به مالی است که در تصرف محکوم علیه بوده و عین محکوم به نمی باشد، مشخص ننموده است. اما، به نظر ما، با عنایت به ملاک ماده ۱۴۶ قانون، می توان گفت که این موضوع نیز از توجه قانونگذار به دور نمانده است. در حقیقت به موجب ماده ۱۴۶ قانون چنانچه «نسبت به مال منقول ... توقیف شده شخص ثالث اظهار حقی نماید، اگر ادعا مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، توقیف رفع می شود و در غیر این صورت عملیات اجرایی تعقیب می گردد و مدعی حق برای جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود می تواند به دادگاه شکایت کند».

بنابراین، قانونگذار در مواردی، اتخاذ تصمیم نسبت به ادعای ثالث در این خصوص را به مأمور اجرا محول نموده است. در حقیقت، چنانچه پس از بازداشت مال منقول یا ... شخص ثالثی، با استناد به حکم قطعی دادگاه و یا سند

رسمی که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف باشد، نسبت به مال بازداشت شده ادعای حقی نماید مأمور اجرا مکلف است نسبت به رفع توقیف اقدام نماید. بنابراین، به نظر ما، با توجه به ملاک این ماده، چنانچه در صحنه بازداشت نیز شخص ثالثی حاضر گردیده و نسبت به مال در شرف بازداشت، به استناد اسناد مارالذکر، ادعای حقی نماید مأمور اجرا مکلف است از بازداشت مال خودداری نماید، زیرا در صورت بازداشت نیز، مکلف است در چنین شرایطی آن را آزاد نماید و نباید عمل لغوی معمول گردد. البته، همانطور که گفته شد، این حق و تکلیف مأمور اجرا در صورتی است که مال در شرف بازداشت عین محکوم به نباشد که در این صورت مشمول مقرراتی است که در بخش اول این تحقیق ارائه گردید.

اما به نظر ما قسمت اول ماده ۱۴۶ و صلاحیت مأمور اجرا در این خصوص منحصر به حالتی است که مال منقول براساس ماده ۶۱ یا منطوق ماده ۶۲ بازداشت گردیده است. در حقیقت چنانچه مال در زمان بازداشت در تصرف محکوم علیه بوده و محکوم علیه با بازداشت آن مخالفت ننموده است صرف ارائه سند رسمی یا حکم ولو قطعی دادگاه که مثبت مالکیت مدعی ثالث در زمان تنظیم و صدور آنها می باشد، نمی تواند علی الاصول بر اماره ید، که به نفع محکوم علیه است، غلبه نماید، علی الخصوص که ابلاغ ادعای ثالث به محکوم علیه در این قسمت از ماده پیش بینی نگردیده است. بنابراین می توان نظر داد که چنانچه ادعای حق شخص ثالث نسبت به مال منقولی است که در تصرف محکوم علیه بازداشت گردیده و یا در شرف بازداشت است همواره، حتی اگر مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه باشد، می بایست براساس قسمت دوم ماده ۱۴۶ و ماده ۱۴۷، توسط دادگاه و با ابلاغ آن به محکوم علیه و محکوم له مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار گیرد مگر این که ادعای ثالث، مستند به اسناد مزبور، در صحنه بازداشت مطرح و محکوم علیه متصرف مال در شرف بازداشت، علی رغم وجود اماره ید، با ادعای ثالث معارضه ننماید.

## مبحث دوم

### مواردی که اتخاذ تصمیم با دادگاه است

همانطور که در مبحث اول گفته شد مأمور اجرا در صورتی می تواند، با توجه به ملاک ماده ۱۴۶ قانون، از بازداشت مال مورد ادعای شخص ثالث حاضر در صحنه توقیف خودداری نماید که اقدام به بازداشت براساس ماده ۶۱ و منطوق ماده ۶۲ و این ادعا مستند به حکم قطعی دادگاه و یا سند رسمی مقدم بر تاریخ توقیف باشد. اما سؤالی که مطرح می شود این است که در غیر این صورت، یعنی چنانچه تاریخ حکم یا سند مقارن با روز اقدامات اجرایی بوده و یا ادعا مستند به سایر اسناد و دلایل و حتی بدون دلیل باشد تکلیف مأمور اجرا در بازداشت مال معرفی شده چیست؟ جزء اخیر ماده ۱۴۶ به روشنی این موضوع را مشخص نموده است. در حقیقت مأمور اجرا مکلف است، صرف نظر از ادعای ثالث، اما با درج آن در صورت مجلس توقیف، نسبت به بازداشت مال اقدام و عملیات اجرایی را تعقیب نماید.

بنا علی هذا، شخص ثالثی که در صحنه بازداشت حاضر بوده و نسبت به مال در شرف بازداشت، که عین محکوم به نیست به استناد دلایلی غیر از حکم قطعی دادگاه و یا سند رسمی، یا با استناد به این ها اما با تاریخی غیر مقدم بر تاریخ بازداشت، ادعای حقیقی نماید نمی تواند از بازداشت مال جلوگیری کند و مأمور اجرا و سپس قسمت اجرا مکلفند اقدامات اجرایی را تعقیب نمایند و شخص ثالث می بایست، در این صورت، جهت جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود، به دادگاه شکایت نماید. دادگاه، در صورتی که دلایل شکایت را قوی یافت، براساس ماده ۱۴۷ قانون، قرار توقیف عملیات اجرایی را تا تعیین تکلیف نهایی صادر می کند.

همانطور که گفته شده به نظر ما، در صورتی که مال معرفی شده در تصرف محکوم علیه باشد و محکوم علیه در برابر بازداشت آن معارضه ننماید، ثالث، جهت



احقاق حق، در این مورد نیز می‌بایست بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۴۶ و ماده ۱۴۷ به دادگاه مراجعه نماید حتی اگر مستند ادعای او حکم مقطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ روز اقدامات اجرایی باشد.

### مبحث سوم تعیین تکلیف نهایی

چنانچه ادعای شخص ثالث مستند به اسناد مارالذکر با مشخصات مذکور نباشد و یا مال مورد ادعا در تصرف محکوم علیه بوده است، جهت جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود، باید به دادگاه شکایت نماید. دادگاه صالح، بر اساس ماده ۲۶ قانون، دادگاهی است که حکم توسط آن اجرا می‌شود. شکایت شخص ثالث، به استناد ماده ۱۴۷ قانون، در تمام مراحل، بدون رعایت تشریفات دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود. مفاد شکایت، بر اساس ماده مرقوم، به طرفین، یعنی محکوم له و محکوم علیه ابلاغ گردیده و دادگاه به دلایل شخص ثالث و طرفین دعوی به هر نحو و در هر محل که لازم بداند رسیدگی می‌نماید. دادگاه در صورتی که دلایل شکایت را قوی یافت قرار توقیف عملیات اجرایی را تا تعیین تکلیف نهایی شکایت صادر می‌کند. چنانچه دلایل شکایت قوی باشد، بر اساس ماده ۱۴۷ قانون، دادگاه می‌تواند، در صورتی که مال مورد اعتراض منقول باشد، با اخذ تأمین مقتضی، دستور رفع توقیف و تحویل مال را به معترض صادر نماید. به شکایت شخص ثالث بعد از فروش مال توقیف شده نیز به ترتیب فوق رسیدگی می‌گردد.

جزئیات مزبور، بادقتی قابل توجه، در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون پیش بینی گردیده است. اما سؤالی که مطرح می‌شود و باید در اینجا به آن پاسخ داده شود این است که «تکلیف نهایی» شکایت چگونه و در چه مرجعی تعیین می‌گردد. به عبارتی روشن تر باید مشخص نمود که «تکلیف نهایی» مالکیت مالی که

به عنوان مال محکوم علیه و حتی در بعضی موارد در تصرف او بازداشت گردیده و شخص ثالث با استناد به دلایلی نسبت به آن ادعای مالکیت نموده چگونه و در چه مرجعی باید تعیین گردد؟ قبل از پاسخ به این سؤال باید توجه نمود که منظور از تعیین «تکلیف نهایی» صدور چنان رأیی است که تکلیف «نهایی» مالکیت مال را، البته نسبت به محکوم علیه و ثالث شاکی، تعیین نموده و از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار باشد.

با توجه به نحوه انشای ماده ۱۴۷ قانون، در بادی امر به نظر می‌رسد، مدعی ثالث، اگرچه می‌تواند برای تحصیل قرار توقیف عملیات اجرایی «شکایت» خود را بدون رعایت تشریفات و پرداخت هزینه دادرسی به دادگاه تقدیم دارد اما چنین شکایتی منحصراً می‌تواند به صدور قرار توقیف عملیات اجرایی و یا رفع توقیف از مال بازداشت شده و تحویل آن به ثالث، با اخذ تأمین، منتهی شود اما مدعی ثالث برای تعیین تکلیف «نهایی» می‌بایست اقامه دعوی نماید. در تأیید چنین نظری می‌توان به تشابه نحوه انشای ماده ۷۷۵ قانون آ.د.م. با ماده مرقوم و به طور کلی دادرسی فوری با مقررات مربوط به اعتراض ثالث «اجرایی» مورد بحث اشاره نمود. اما در عین حال این نظر با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۴۶ نمی‌تواند قابل دفاع باشد. در حقیقت ماده اخیرالذکر مقرر می‌دارد که «مدعی حق برای جلوگیری از عملیات اجرایی و اثبات ادعای خود می‌تواند به دادگاه شکایت کند». طبق ماده ۱۴۷ نیز «شکایت» شخص ثالث در تمام مراحل بدون رعایت تشریفات و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود.

بنابراین، باید نظر داد که قانونگذار، برخلاف اصل مقرر در ماده ۷۰ قانون آ.د.م. که شروع رسیدگی در دادگاههای دادگستری را محتاج تقدیم دادخواست و بنابراین اقامه دعوی دانسته است، مدعی ثالث اجرایی را، در طرح ادعای حق نسبت به مال یا وجه نقد بازداشت شده، از این تکلیف معاف و دادگاه را ملزم نموده است که به ادعای ثالث رسیدگی و نسبت به صدور حکم اقدام نماید. بدیهی است با پذیرش چنین نظری تکلیف «نهایی» مالکیت مال با توجه به

حکم صادره و لحاظ مقررات مربوط به شکایت از آراء محاکم تعیین خواهد گردید.

### نتیجه

با توجه به مطالب مورد بررسی می توان نظر داد که اصولاً قسمت اول ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی، درخصوص صلاحیت مأمور اجرا، منصرف از موردی است که مال در تصرف محکوم علیه بازداشت گردیده و منحصرأ منصرف به مواردی است که مال بازداشت شده، در زمان بازداشت، نه تنها در تصرف محکوم علیه قرار نداشته بلکه در تصرف شخص ثالث معترض نیز نبوده است. در حقیقت چنانچه مال در تصرف ثالث معترض بازداشت گردیده، با توجه به ماده ۶۱، نظر به سکوت وی در زمان بازداشت، مال متعلق به محکوم علیه محسوب است و یا حداقل این که به ثالث متصرف، نظر به عدم ادعای حق در زمان بازداشت، نمی تواند تعلق داشته باشد. بنابراین، در صورتی که مال در وضعیتی بازداشت شده که محکوم علیه متصرف آن تلقی نگردیده، یعنی با ارائه قرائن و دلایل براساس منطوق ماده ۶۲، و در تصرف مدعی ثالث نیز قرار نداشته مدعی ثالث می تواند، با استناد به حکم قطعی یا سند رسمی که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف یا اقدامات اجرایی است، براساس قسمت اول ماده ۱۴۶، با مراجعه به قسمت اجرا، اموال بازداشت شده را آزاد و یا اگر در شرف بازداشت است از آن جلوگیری نماید.

اما چنانچه مال در تصرف محکوم علیه بازداشت گردیده، در هر حال، یا دلیل حق شخص ثالث غیر از سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه باشد و یا از این قبیل اسناد است اما تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف نباشد مدعی حق می بایست به دادگاه مراجعه نماید. دادگاه «شکایت» و دلائل آن را به محکوم علیه و محکوم له ابلاغ و به هر نحو و در هر محل که لازم بداند رسیدگی و اقدام به صدور رأی می نماید. رأی دادگاه، با توجه به مقررات مربوطه و لحاظ ارزش مال بازداشت شده، که در صورتجلسه بازداشت منعکس است، می تواند قطعی و یا قابل تجدید نظر باشد.



# «بررسی جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت» در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

دکتر ابراهیم بیگ‌زاده

## مقدمه

بررسی این که چه جنایاتی در دیوان کیفری بین‌المللی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد بحث صلاحیت ذاتی دیوان را مطرح می‌کند. به عبارت دیگر بحث صلاحیت ذاتی، در واقع، تعیین جنایاتی است که دیوان کیفری بین‌المللی برای رسیدگی به آنها صالح می‌باشد.<sup>۱</sup>

تعیین دقیق جنایات از جمله تعریف و عوامل مؤثر در تحقق آنها نه فقط کار را برای دست‌اندرکاران دیوان از جمله دادستان مشخص و آسان می‌کند بلکه همچنین تضمین‌کننده اصل «قانونی بودن جرائم و مجازاتها» می‌باشد. البته باید متذکر شد که این اصل الزاماً از همان تدقیقی که در حقوق داخلی برخوردار است در حقوق بین‌المللی برخوردار نیست؛ چونکه در حقوق بین‌الملل امکان طرح مسؤلیت بین‌المللی کیفری فرد در قبال نقض حقوق بین‌الملل عرفی نیز وجود دارد.

در پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که توسط کمیته مقدماتی تهیه شده بود جنایات متعددی مطرح شده بودند که می‌توان آنها را به دو گروه عمده تقسیم کرد:

۱. بیگ‌زاده، ابراهیم؛ «سازمان ملل متحد و محاکم کیفری بین‌المللی: تئوری و عمل»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، صفحه ۹۰.

### ۱. جنایات بین‌المللی با ویژگی عرفی

اینها جرائمی است که در حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان جنایات بین‌المللی محسوب می‌شوند مانند جنایت نسل‌کشی، جنایات برضد بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز.

### ۲. جنایات بین‌المللی با ویژگی قراردادی

اینها جرائمی است که در معاهدات بین‌المللی به عنوان جنایات بین‌المللی لحاظ شده‌اند مانند تروریسم، جنایت برضد کارکنان سازمان ملل متحد، قاچاق مواد مخدر و مواد روان‌گردان، ....

سرانجام پس از مدتی مذاکره کلیه جنایات بین‌المللی مندرج در معاهدات از صلاحیت دیوان حذف و فقط جنایات بین‌المللی مورد قبول در حقوق بین‌الملل عرفی باقی ماندند.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که یکی از مهمترین دلایل چنین عملی دوری جستن از جزئی کردن نقش و اشتغالات دیوان کیفری بین‌المللی و احترام به اصل تکمیلی بودن این دیوان باشد. ضمن این که برخی از دولتها نیز تمایل خود را برای اجتناب از خلق یک حقوق جدید اعلام نمودند و می‌خواستند که فقط رسیدگی به جنایاتی در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی قرار گیرد که در حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده‌اند.

در خصوص جنایات اخیر پذیرش جنایت تجاوز موضوع اختلاف نظر شدیدی بود که سرانجام با اصرار و همت کشورهای عضو جنبش عدم تعهد در اساسنامه دیوان لحاظ گردید اما رسیدگی به این جنایت منوط به ارائه تعریفی از آن توسط کمیسیون مقدماتی و تصویب از سوی کنفرانس تجدید نظر شده است.

اگرچه در مورد پذیرش صلاحیت دیوان برای سایر جنایات عرفی یعنی جنایت نسل‌کشی، جنایات برضد بشریت و جنایات جنگی کنسانسوسی وجود داشت، برعکس محتوای هریک از این جنایات موضوع بحث‌های زیادی

۲. البته حذف این جنایات به معنای وجود کنسانسوس در مورد عدم عرفی بودن آنها نیست.

قرار گرفت. برای مثال در قلمرو جنایات برضد بشریت مسائلی از قبیل حاملگی اجباری بحث‌های زیادی را برانگیخت؛ یا در مورد جنایات جنگی اختلاف نظر شدیدی در مورد جنایات ارتكابی در جریان جنگ‌های داخلی، که به نظر شدیدتر از جنایات ارتكابی در جنگ‌های بین‌المللی هم می‌آیند، وجود داشت.

سرانجام آنچه که به عنوان صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی لحاظ گردید چهار جنایت است که در ماده ۵ اساسنامه دیوان مشخص شده‌اند، و مواد ۶ و ۷ و ۸ اساسنامه نیز با تفصیل بیشتری به آنها پرداخته‌اند این جنایات عبارت از جنایت نسل‌کشی، جنایات برضد بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز می‌باشند.

موضوع این مقاله که بررسی جنایت نسل‌کشی<sup>۳</sup> و جنایات برضد بشریت<sup>۴</sup> در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است در دو بخش تحت‌عنوان:

- جنایات برضد تمامت جسمی و روحی افراد

- ارزیابی اعتبار قواعد مربوط به جنایات برضد تمامت جسمی و روحی

افراد در نظام موضوعه بین‌المللی

مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

## بخش اول

### جنایات برضد تمامت جسمی و روحی افراد

پس از کشتارهای بی‌رحمانه جنگ دوم جهانی اساسنامه دادگاههای نورمبرگ و توکیو مسأله جنایات برضد بشریت را مطرح کردند. این جنایات در همان زمان به دو دسته تقسیم شدند: دسته اول جنایاتی را شامل می‌شد که برضد یک گروه خاص در کل یا جزء ارتكاب می‌یافتند در حالی که دسته دوم جنایاتی را

۳. Génocide یا Genocide.

۴. Crimes against humanity یا les crimes contre l'humanité.

در بر می‌گرفت که برضد افراد فارغ از هرگونه وابستگی گروهی آنها ارتکاب می‌یافتند. دسته اول عنوان «ژنوساید» یا «نسل‌کشی» به خود گرفت و دسته دوم با نام «جنایات برضد بشریت» مطرح شدند. به همین دلیل هم تاچندی پیش جنایت نسل‌کشی در چارچوب جنایات برضد بشریت مطرح می‌شد و هنوز هم در قوانین داخلی برخی از کشورها از جمله فرانسه نسل‌کشی در زمره جنایات برضد بشریت محسوب و مطرح شده است.<sup>۵</sup> اما اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی قائل به تفکیک شده است. به نظر می‌رسد که علل عمده این تفکیک در واقع عوامل مؤثر در تحقیق این جنایات و قربانیان آنها باشند. از آنجا که این عوامل و قربانیان در قسمت‌های بعدی مورد مطالعه قرار می‌گیرند در اینجا مورد بررسی قرار نمی‌گیرند. مسأله دیگری که طرح آن حائز اهمیت است این که جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت از جنایات جنگی منفک و متمایز می‌باشند، چون که جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت هم در زمان صلح و هم در زمان جنگ ممکن است ارتکاب یابند. در حالت اخیر فرقی با جنایات جنگی در این بود که در قالب معاهدات و قواعد مربوط به جنایات جنگی فقط نظامیان و مردم غیر نظامی متعاهدین مورد حمایت بودند و جنایات جنگی معمولاً برضد اتباع یا اعضای دولت درگیر در محاصره ارتکاب می‌یابند در حالی که جنایات برضد بشریت جنایاتی بودند که برضد اتباع دولت متبوع متهم ارتکاب می‌یابند. قانون شماره ۱۰ شورای کنترل متفقین اعلام کرد که جنایاتی که برضد بشریت در قبل یا در جریان جنگ (دوم جهانی) ارتکاب یافته‌اند قابل مجازات هستند و بدین ترتیب رابطه میان جنایات برضد بشریت و محاصره مسلحانه از میان رفت. همین نکته توسط دادگاه

۵. در مورد قانون سال ۱۹۹۴ فرانسه در مورد جنایات برضد بشریت رجوع شود به:

- ZOLLER Elisabeth, "La définition des crimes contre l'humanité", in, JDI (clunet), No. 3, Paris, 1993, p. 549-568.

- BORRICAND Jacques, "Les crimes contre l'humanité en droit français ou Les hommes contre l'humain"

این مقاله، عنوان سخنرانی نویسنده در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی می‌باشد که متن اصلی آن در نزد مؤلف این مقاله وجود دارد.



کیفری بین المللی برای یوگسلاوی در مرحله استینافی در قضیه تادیچ نیز مورد اشاره قرار گرفته است. شعبه استینافی این دادگاه اعلام می دارد که: «طبق حقوق بین الملل عرفی، لازمه احراز جنایات برضد بشریت وجود ارتباط آنها با مخاصمه مسلحانه نیست. در حقوق بین الملل عرفی هم اصلاً درخواست وجود رابطه ای میان جنایات برضد بشریت و مخاصمه مسلحانه نشده است».<sup>۶</sup>

در این بخش دو جنایت از جنایات واقع در قلمرو صلاحیت دیوان کیفری بین المللی یعنی جنایت نسل کشی و جنایات برضد بشریت مورد بررسی قرار می گیرند.

## فصل اول

### جنایت نسل کشی

اصطلاح نسل کشی (ژنوساید) توسط پرفسور رافائل لم کین (Raphael LEMKIN) در سال ۱۹۳۳ مطرح شد و هدف از طرح آن بیان اعمالی بود که هدفش نابودی یک گروه نژادی، مذهبی یا اجتماعی بود. او اصرار داشت که این اعمال به عنوان یک جنایت در حقوق بین الملل شناخته شود.<sup>۷</sup>

سرانجام پس از جنگ دوم جهانی، سازمان ملل متحد در ۹ دسامبر ۱۹۴۸ کنوانسیون «جلوگیری و سرکوب جنایت نسل کشی» را به تصویب رساند.<sup>۸</sup>

۶. رجوع شود به پرونده شماره IT-94-I-AR72 در:

The Prosecutory c/ Dusko TADIC, 2 october 1995

در مورد رابطه میان جنایات برضد بشریت و وجود مخاصمه مسلحانه، همچنین رجوع شود به: Human Rights watch "Justice in the balance", New York, 1998, p. 34-36.

۷. رجوع شود به:

Amnesty international "The international criminal court: Making the right choices" Par I, united kingdom, January, 1997, p. 20.

۸. رجوع شود به قطعنامه A ۲۶۰ (III) مجمع عمومی مورخ ۹ دسامبر ۱۹۴۸.

این جنایت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز لحاظ گردید که ابتدا تعریف و سپس عوامل مؤثر در تحقق آن و سرانجام مصادیق آن مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

### ۱. تعریف جنایت نسل‌کشی

تعریف جنایت نسل‌کشی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شاهد تحولی نسبت به تعریف آن در پیش‌نویس اساسنامه دیوان می‌باشد. به همین جهت ابتدا تعریف این جنایت در پیش‌نویس اساسنامه و سپس در خود اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### الف: تعریف جنایت نسل‌کشی در پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

تعریفی که کمیته مقدماتی از جنایت نسل‌کشی در پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ارائه نموده بود در واقع ترکیبی از مواد ۲ و ۳ کنوانسیون ۱۹۴۸ بود. در ماده ۵ بند الف پیش‌نویس اساسنامه دیوان جنایت نسل‌کشی، در واقع، از دو قسمت تشکیل شده بود: قسمت اول بیانگر اعمالی بود که جنایت نسل‌کشی محسوب می‌شدند که در واقع همان ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۴۸ بود، در حالی که قسمت دوم اعمالی را در بر می‌گرفت که مشمول مجازات می‌شدند که آن هم ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۴۸ بود.<sup>۱</sup> البته باید گفت که در هنگام تهیه پیش‌نویس اساسنامه نیز کلیه دولتها با لحاظ نمودن قسمت دوم یعنی با وارد کردن ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۴۸ در تعریف جنایت نسل‌کشی موافق نبودند. به همین دلیل هم برخلاف قسمت اول (یعنی ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۴۸) که پذیرش آن با کنسانسوس مواجه بود قسمت دوم در داخل گروه ارائه گردید<sup>۱</sup> که خود نشان از عدم توافق برخی از دولتها در مورد گنجانیدن آن در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی بود.

۹. رجوع شود به:

A/CONF. 183/2/Add 1, 14 Avril 1998, p. 12.

۱۰. در هنگام تهیه پیش‌نویس اساسنامه موارد اختلافی در داخل گروه (Braquet) ارائه می‌شد.

**ب: تعریف جنایت نسل‌کشی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی**

برای جلوگیری از طولانی شدن مذاکرات و همچنین وجود کنسانسوس در مورد پذیرش قسمت اول تعریف ارائه شده در پیش نویس اساسنامه، سرانجام کنفرانس رم تصمیم بر حذف قسمت دوم پیش نویس اساسنامه یعنی ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۴۸ در تعریف جنایت نسل‌کشی گرفت، و با حفظ قسمت اول پیش نویس یعنی ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۴۸ به تعریف جنایت نسل‌کشی پرداخت. ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اشعار می‌دارد:

«منظور از جنایت نسل‌کشی یکی از اعمال مشروح زیر است که به قصد نابود کردن تمام یا بخشی از یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی ارتکاب می‌یابد»:

**الف -** قتل اعضای گروه؛

**ب -** ابراد آسیب شدید به تمامت جسمی یا روحی اعضای گروه؛

**ج -** قرار دادن عمدی گروه در شرایط زیستی نامناسب که منجر به نابودی جسمی

کامل یا بخشی از آن گروه شود؛

**د -** اقداماتی به منظور جلوگیری از تولد در گروه؛

**ه -** انتقال اجباری اطفال گروه به گروه دیگر.

اگرچه یک توافق کلی در مورد سیاق عبارات مندرج در تعریف جنایت نسل‌کشی وجود دارد، اما بحث‌هایی در مورد حدود مفاهیم مندرج در این تعریف مطرح است که تحت عنوان عوامل مؤثر در تحقق جنایت نسل‌کشی مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱۱. جنایت نسل‌کشی در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی ماده ۴ و در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا ماده ۲ پذیرفته شده است.

۱۲. رجوع شود به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

## ۲. عوامل مؤثر در تحقق جنایت نسل‌کشی

سه عامل باید در تحقق جنایت نسل‌کشی مورد توجه قرار گیرند:

### الف: نابودی تمام یا بخشی از یک گروه

اگر عبارت «تمام یک گروه» از تدقیق برخوردار است برعکس اصطلاح «بخشی از یک گروه» مبهم می‌باشد. چون که باید مشخص شود که چه تعداد از افراد یک گروه باید قربانی اعمال فوق شوند تا جنایت نسل‌کشی تحقق یابد. پس از بحث‌هایی، این مسأله پذیرش عام یافت که مراد از «بخشی از یک گروه» این است که نابودی باید بیش از یک عده کم و پراکنده را شامل شود، چون که اگر غیر از این باشد و چند نفری به صورت پراکنده حتی از اعضای یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی قربانی اعمال فوق شوند می‌توان آن را در قالب جنایات برضد بشریت گنجانند. لذا کافی نیست جنایت مندرج در ماده ۶ برضد چند نفری انجام شود که ممکن است به طور اتفاقی وابسته به یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی هم باشند تا جنایت نسل‌کشی ارتکاب یابد؛ در عین حال برای تحقق جنایت نسل‌کشی نابودی کامل اعضای یک گروه هم مدنظر نیست بلکه باید هدف اعمال مندرج در ماده ۶ اساسنامه نابودی عده قابل توجهی از اعضای یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی باشد.

همچنین این سؤال مطرح شده و می‌باشد که آیا ارتکاب اعمال مندرج در ماده ۶ اساسنامه در مورد گروه‌های سیاسی و اجتماعی نیز در قلمرو جنایت نسل‌کشی قرار می‌گیرند یا نه؟ در پاسخ باید گفت که اگرچه لحاظ نمودن اعمال فوق برضد گروه‌های سیاسی و اجتماعی در قالب جنایت نسل‌کشی سبب تقویت حمایت از آنها می‌شود<sup>۱۳</sup> اما به نظر می‌رسد که با توجه به اصول «تفسیر مضیق در مسائل کیفری» و «قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»<sup>۱۴</sup> و همچنین عدم ثبات گروه‌های سیاسی نتوان اعمال فوق برضد آن گروه‌ها (سیاسی-اجتماعی) را

۱۳. اساسنامه دادگاه نورمبرگ گروه‌های سیاسی را نیز لحاظ کرده بود.

۱۴. این اصول در مواد ۲۲ و ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اعلام شده‌اند.

جنایت نسل‌کشی محسوب نمود؛ اما می‌توان جنایات برضد آن گروه‌ها را در قالب جنایات برضد بشریت مطرح کرد و در صلاحیت دیوان دانست. علاوه بر این که این اعمال برضد تمام یا بخشی از یک گروه خاص ارتکاب می‌یابند باید در عین حال انجام آنها توأم با «قصد» ارتکاب چنین جنایتی باشد و «اعمال ممنوعه» نیز ارتکاب یابند.

### ب: قصد

لزوم وجود عنصر «قصد» در جنایت نسل‌کشی در صدر ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مشخص شده است که اشعار می‌دارد:  
«منظور از جنایت نسل‌کشی یکی از اعمال مشروحه زیر است که به قصد ...  
ارتکاب یافته اند».

اعمال ممنوعه‌ای که در بندهای مختلف این ماده به عنوان جنایت نسل‌کشی آورده شده‌اند ماهیتاً به گونه‌ای هستند که باید با آگاهی، قصد و سبق تصمیم ارتکاب یابند. چنین اعمالی معمولاً در اثر یک حادثه یا یک قصور ساده ارتکاب نمی‌یابند. مع‌هذا باید به این نکته توجه داشت که قصد کلی برای ارتکاب یکی از اعمال ممنوعه در این ماده حتی توأم با آگاهی که سبب بروز آثار احتمالی برای قربانی یا قربانیان شود در قلمرو جنایت نسل‌کشی قرار نمی‌گیرد؛ بلکه ماهیت این جنایت به گونه‌ای است که وجود حالت روحی یا قصد و نیت خاص در مورد کسب نتایج کلی چنین اعمال ممنوعه‌ای را می‌طلبد.<sup>۱۵</sup>  
این قصد باید:

۱. برای نابودی اعضای یک گروه یا بخشی از آن به کار رود. در اینجا آنچه معیار تعیین‌کننده است نه هویت شخصی، بلکه وابستگی به یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی مد نظر است.

۱۵. رجوع شود به:

۲. برای نابودی یک گروه به عنوان یک نهاد مستقل و مشخص تحقق یابد و نه فقط برای نابودی چند نفر به علت وابستگی آنها به یک گروه. این نکته را مجمع عمومی در قطعنامه ۹۶ در اولین اجلاس خود مورد توجه قرار داده است و جنایت نسل کشی را از جنایت قتل عمدی جدا نموده است. بدین ترتیب که جنایت نسل کشی نفی «حق حیات گروه انسانی» است در حالی که جنایت قتل عمد نفی «حق حیات فرد» می باشد.

در پایان این قسمت، این بحث نیز مطرح است که این قصد باید توسط چه کسانی و به چه میزان تحقق یابد تا جنایت نسل کشی ارتکاب یابد. در مورد قسمت اول این سؤال ماده ۴ کنوانسیون ۱۹۴۸ جلوگیری و سرکوب جنایت نسل کشی پاسخ می دهد. طبق این ماده جنایت نسل کشی می تواند توسط حکام، کارکنان دولت یا افراد عادی ارتکاب یابد. "پس جنایت نسل کشی می تواند در مورد هر فرد که مرتکب یکی از اعمال ممنوعه با قصد لازم شود صدق کند. این مطلب از خود اساسنامه دیوان هم مستفاد می شود.

در مورد قسمت دوم سؤال یعنی میزان قصد و آگاهی فرد از ارتکاب یکی از اعمال ممنوعه باید گفت که این میزان متفاوت است، چون که بستگی به مقامی دارد که مرتکب در سلسله مراتب دولتی یا در ساختار فرماندهی نظامی دارد. اما این بدان معنا نیست که مقام مادون که مرتکب جنایت نسل کشی شده است خود را مبری از مسؤولیت بداند به این دلیل که به میزان رؤسای خود از جزئیات سیاست یا طرح نسل کشی اطلاع نداشته است. با توجه به تعریف جنایت نسل کشی شناخت دقیق از جزئیات سیاست یا طرح نسل کشی لازم نیست بلکه قدری آگاهی از هدف نهایی رفتار مجرمانه کفایت می نماید. اما اگر مادون الزام قانونی به اطاعت از دستورات دولت یا مقام مافوق را داشته باشد یا جاهل به غیر قانونی بودن دستور

ما فوق باشد از مسؤولیت کیفری معاف می‌شود.<sup>۱۷</sup>

### ج: اعمال ممنوعه

اعمال ممنوعه شامل اعمالی است که در بندهای مختلف ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مندرج می‌باشند که شامل قتل، لطمه به تمامت جسمی و روحی، ایجاد شرایط نامساعد زیستی، ممانعت از توالد و انتقال کودکان در یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی می‌باشد.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا این فهرست مندرج در ماده ۶ اساسنامه حصری است یا تمثیلی می‌باشد. به نظر می‌رسد که با توجه به سابقه کار کنوانسیون ۱۹۴۸ باید گفت که فهرست فوق حصری است، یعنی منظور از جنایت نسل‌کشی نابودی فیزیکی یا بیولوژیکی اعضای یک گروه ملی، نژادی، قومی یا مذهبی است. البته در پیش‌نویس کنوانسیون ۱۹۴۸ «نابودی فرهنگی» هم وجود داشت، که منظور نابودی زبان، مذهب، یا فرهنگ یک گروه بود. برای مثال جلوگیری از کاربرد زبان یک گروه زبانی در محاوره یا در مدارس آن گروه را می‌توان ذکر کرد. اما این نابودسازی فرهنگی در کنوانسیون ۱۹۴۸ حذف شد و فقط نابودی فیزیکی و بیولوژیکی مورد پذیرش قرار گرفت. لذا به نظر نمی‌رسد که بتوان اعمالی را به غیر از آنچه در ماده ۶ آمده است در چارچوب جنایت نسل‌کشی مطرح نمود.

۱۷. رجوع شود به ماده ۲۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در:

A/CONF. 183/9 du 17 Juillet 1998, p. 25.

لازم به توضیح است که یکی دیگر از موارد معافیت از مسؤولیت کیفری این است که «دستور صادره آشکارا غیرقانونی نباشد». که این مورد در خصوص جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت صدق نمی‌کند، چون که بند ۲ ماده ۲۳ اساسنامه دیوان اشعار می‌دارد که «دستور ارتکاب نسل‌کشی یا جنایات برضد بشریت، جراثمی که آشکارا غیرقانونی هستند، تلقی می‌شوند».

### ۲. مصادیق جنایت نسل کشی در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی

با توجه به اعمال ممنوعه مندرج در ماده ۶، جنایت نسل کشی را می توان به جنایات فیزیکی و جنایات بیولوژیکی تقسیم کرد.<sup>۱۸</sup>

#### الف: جنایات فیزیکی

در چارچوب جنایات فیزیکی می توان سه بند اول ماده ۶ اساسنامه دیوان را گنجانند که مشتمل است بر:  
- قتل اعضای گروه؛

- لطمه شدید به تمامت جسمی یا روحی اعضای گروه؛

- قرار دادن عمدی اعضای گروه در یک شرایط زیستی نامناسب که منجر به نابودی فیزیکی کامل یا جزئی آن گروه شود.

آنچه در چارچوب آسیب های فیزیکی قابل توجه است آسیب های جسمی و روحی است که باید از چنان شدتی برخوردار باشد یا شرایط زیستی آنچنان نامناسب باشد که حداقل تهدیدی به نابودی کلی یا جزئی قوای جسمی یا دماغی اعضای گروه را به دنبال داشته باشد.

#### ب: جنایات بیولوژیکی

در چارچوب جنایات بیولوژیکی می توان دو بند آخر ماده ۶ اساسنامه را گنجانند که در برگیرنده اقداماتی به منظور جلوگیری از تولد در یک گروه و انتقال اجباری کودکان از یک گروه به گروه دیگر می باشد.

در مورد قسمت اول یعنی انجام اقداماتی برای جلوگیری از تولد در یک گروه باید گفت که به نظر اقداماتی است که جنبه ارعابی یا تنبیهی دارند و همین جنبه است که عامل بازدارنده افراد گروه از تولد متناسب در گروه خود می باشد. لذا این اقدامات شامل اقداماتی که در چارچوب برنامه های تنظیم ارادی تولد و با کمک های دولتی انجام می شوند نمی گردند.

۱۸. این تقسیم بندی توسط کمیسیون حقوق بین الملل هم پذیرفته شده است. رجوع شود به:



در مورد انتقال اجباری کودکان از گروهی به گروه دیگر باید گفت که این عمل آثار مخربی را برای هستی یک گروه به دنبال دارد. البته این انتقال شامل افراد بالغ نمی شود، چون که این عمل در مورد آنان در چارچوب جنایات بر ضد بشریت قابل طرح می باشد.

در پایان این فصل باید گفت آنچه مهم است این که طبق ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی لازم نیست که نتیجه نهایی یعنی نابودی کلی یا جزئی یک گروه ملی، نژادی، قومی یا مذهبی به دست آید تا جنایت نسل کشی تحقق یابد بلکه کافی است که مرتکب، یکی از اعمال مندرج در این ماده را به قصد نابودی کامل یا بخشی از یک گروه خاص انجام دهد تا جنایت نسل کشی تحقق یابد. در ضمن به نظر می رسد که اگر دیوان کیفری بین المللی در اجرای ماده ۶ اساسنامه خود با ابهاماتی مواجه شود بتواند به مفاد کنوانسیون ۱۹۴۸ ملل متحد در مورد جلوگیری و سرکوب جنایات نسل کشی رجوع نماید.<sup>۱۹</sup>

## فصل دوم

### جنایات بر ضد بشریت

جنایات بر ضد بشریت با تاریخ حقوق بین الملل عجین است. آنها ریشه در تعالیم اخلاقی سقراط، افلاطون و ارسطو داشته است و در عقاید مذهبیهیونانی چون سن آگوستین و سن توماس آکیناس، که حقوق طبیعی را با عدالت یکی می دانند، مشاهده می شوند.<sup>۲۰</sup> در این قسمت ابتدا تعریف جنایات بر ضد بشریت، سپس عوامل مؤثر در تحقق آنها و سرانجام مصادیق آنها مورد مطالعه قرار می گیرند.

۱۹. رجوع شود به:

Rapport de la CDI, op. cit., p. 112-113.

۲۰. رجوع شود به:

Encyclopedia of Public international law, Vol. 8, éd elsevier, the Netherlands, 1985, p. 107.

### ۱. تعریف جنایات بر ضد بشریت

جنایات بر ضد بشریت در منابع متعددی تعریف شده اند. از مهمترین اسنادی که تعریفی از جنایات بر ضد بشریت ارائه نموده اند اساسنامه دادگاه نورمبرگ، اساسنامه دادگاه توکیو، قانون شماره ۱۰ شورای کنترل، اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق (ماده ۵)، اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا (ماده ۳) و پیش نویس ۱۹۹۶ کمیسیون حقوق بین الملل در مورد «قواعد مربوط به جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری» (ماده ۱۸) می باشند.

اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، در واقع، با توجه به این اسناد و همچنین آراء صادره از محاکم بین المللی تلاش نموده است تا تعریفی نسبتاً جامع از جنایات بر ضد بشریت ارائه نماید. البته تعریف جنایات بر ضد بشریت از پیش نویس اساسنامه تا متن اصلی دچار تحولاتی شده است که به ترتیب مورد مطالعه قرار می گیرند.

#### الف: تعریف جنایات بر ضد بشریت در پیش نویس اساسنامه دیوان کیفری

##### بین المللی

تعریفی که کمیته مقدماتی از جنایات بر ضد بشریت ارائه نمود در ماده ۵ بند ۱ پیش نویس اساسنامه همراه با پیشنهاداتی ارائه گردید. این تعریف در جریان کنفرانس رم مورد بحث قرار گرفت. ذکر چند نکته در جریان مذاکرات در مورد جنایات بر ضد بشریت حائز اهمیت است:

۱. پیشنهاد برخی از کشورها در خصوص افزایش فهرست جنایات بر ضد بشریت است، از جمله می توان از پیشنهاد کوبا در مورد لحاظ نمودن «تحریم اقتصادی» به عنوان جنایات بر ضد بشریت<sup>۲۱</sup> یا از پیشنهاد درج امکان سقط جنین در مورد حاملگی اجباری و ... نام برد.

۲۱. دلیل این پیشنهاد، در واقع، تحریم اقتصادی کوبا از سوی امریکاست که بیش از سی سال است که ادامه دارد و این کشور (کوبا) را با مشکلات زیادی مواجه کرده است.

۲. مسأله تجاوزات و خشونت‌های جنسی نیز از مطالب بحث برانگیزی بود، چون که با توجه به منطوق عبارات مندرج در پیش‌نویس اساسنامه احتمال شمول آن به همجنس‌گرایان نیز وجود داشت. این ابهام بیشتر از متن انگلیسی برمی‌آید چون که در متن فرانسه از کلمه سکس (Sexe) استفاده شده بود که به روشنی دلالت بر «زن» و «مرد» می‌کند در حالی که در متن انگلیسی از کلمه جندر "gender" به معنای «جنسیت» استفاده شده بود که می‌توانست با توجه به ساختار و شرایط هر جامعه‌ای معنای خاصی داشته باشد و بنابراین ممکن است شامل همجنس‌گرایان یا تغییر جنس‌دادگان و غیره نیز شود.<sup>۲۱</sup>

سرانجام پس از بحث‌های مفصل<sup>۲۲</sup> جنایات برضد بشریت با ابعاد وسیع‌تر از پیش‌نویس اساسنامه مورد پذیرش قرار گرفت و در ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی درج گردید.

#### ب: تعریف جنایات برضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

طبق ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی منظور از جنایات برضد بشریت اعمال مشروحه زیر است که در یک حمله «گسترده» یا «سازمان‌یافته» برضد یک «جمعیت غیر نظامی» و با «علم به آن حمله» ارتکاب یابند:

۱. قتل؛
۲. قلع و قمع کردن؛
۳. به بردگی گرفتن؛
۴. کوچ یا جابجایی اجباری جمعیت؛
۵. حبس کردن یا ایجاد هر شکل دیگر محرومیت شدید از آزادی جسمی که برخلاف قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل باشد؛

۲۲. این بحث در قسمت‌های دیگر اساسنامه از جمله بخش چهارم آن در مورد ساختار و تشکیلات دیوان نیز مطرح بود.

۲۳. گاهی بحث‌های مربوط به جنایات واقع در صلاحیت دیوان کیفری تا پاسی از نیمه شب نیز طول می‌کشید.

۶. تجاوز جنسی، بردگی جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری و هر نوع خشونت جنسی مشابه با آنها؛
۷. آزار هر گروه یا هر تجمع مشخصی به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی یا جنسی (مذکور در بند ۳) و یا هر عمل مندرج در این بند یا هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان بر اساس معیارهایی که در سطح جهانی به موجب حقوق بین الملل غیر قابل قبول شناخته شده اند؛
۸. ناپدید کردن اجباری (اشخاص)؛
۹. آپارتاید؛
۱۰. سایر اعمال ضد انسانی مشابه که عمداً به قصد ایجاد رنج زیاد یا صدمه شدید به جسم یا سلامت جسمی یا روحی صورت پذیرد.
- برای تجزیه و تحلیل این تعریف ابتدا باید عوامل مؤثر در تحقق آنها و سپس هر یک از اعمال فوق مورد بررسی قرار گیرند.<sup>۲۲</sup>

## ۲. عوامل مؤثر در تحقق جنایات بر ضد بشریت

سه عامل باید در تحقق جنایات بر ضد بشریت ملحوظ شوند:

### الف: وقوع حمله بر ضد جمعیت غیر نظامی

برای این که اعمالی جنایات بر ضد بشریت محسوب شوند باید در قالب «حمله بر ضد جمعیت غیر نظامی» ارتکاب یابند. شق الف از بند ۲ ماده ۷ اساسنامه در تعریف «حمله بر ضد جمعیت غیر نظامی» اعلام می دارد که:

«منظور رفتاری است که مشتمل بر ارتکاب چندین عمل از اعمال مذکور در بند یک بر ضد هر جمعیت غیر نظامی است که در تعقیب یا پیشبرد سیاست یک دولت یا یک سازمان برای انجام چنین حمله ای صورت گرفته باشد».

۲۴. رجوع شود به اساسنامه دیوان کیفری بین المللی

چندین نکته در اینجا قابل تأمل است:

اولاً منظور از «حمله» هرگونه فعالیتی است که سبب بروز آسیب به قربانیان آن باشد اعم از این که این حمله توأم با کاربرد زور یا توأم با اجبار و الزام باشد. بنابراین، «حمله» مورد نظر در اینجا الزاماً به معنای انجام عملیات نظامی نیست، لذا جنایات برضد بشریت می‌تواند در خارج از «مخاصمات مسلحانه» هم ارتکاب یابند؛ به عبارت دیگر ارتکاب به جنایات برضد بشریت در زمان صلح هم امکان‌پذیر است.

ثانیاً این «حمله» باید برضد «جمعیت غیر نظامی» انجام شود. منظور از جمعیت غیر نظامی افرادی است که نظامی نبوده یا اگر نظامی هستند در مخاصمه مسلحانه مشارکت ندارند. ماده ۵۰ پروتکل شماره ۱ ژنو مورخ ۱۹۷۷ در مورد حمایت از قربانیان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی اشعار می‌دارد: «جمعیت غیر نظامی شامل کلیه مردم غیر نظامی می‌گردد» و همچنین حضور افرادی به طور منزوی در میان جمعیت غیر نظامی که غیر نظامی محسوب نمی‌شوند لطمه‌ای به ویژگی غیر نظامی آن جمعیت وارد نمی‌کند.<sup>۲۵</sup> حمله به این جمعیت جنایات برضد بشریت محسوب می‌شود. اما این حمله برضد «جمعیت غیر نظامی» در عین حال باید از ویژگی دیگری هم برخوردار باشد.

#### ب: «گسترده‌گی» یا «سازمان‌یافتگی» حمله

برای این که حمله‌ای برضد جمعیت غیر نظامی جنایت برضد بشریت تلقی شود باید «گسترده» یا «سازمان‌یافته» باشد. این معیارها فقط به طور خاص در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا (ماده ۳) پیش‌بینی شده‌اند، در حالی که در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ماده ۵) چنین معیارهایی پیش‌بینی نشده‌اند.

۲۵. رجوع شود به:

Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 Aout 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I) in Recueil d'instruments internationaux vol II, New York, 1994, p. 913.

در کمیته مقدماتی در هنگام تهیه پیش نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی حمایت نسبتاً وسیعی از معیارهای «گسترده‌گی» و «سازمان‌یافتگی» حمله به عمل آمد.<sup>۲۶</sup> منظور از «گسترده بودن» آن است که حمله باید به طور وسیع و بر ضد عده قابل توجهی از مردم غیر نظامی انجام شود؛ لذا جنایاتی که در اثر اعمال پراکنده ارتکاب یابند نمی‌توانند جنایات بر ضد بشریت ملحوظ شوند. غرض از «سازمان‌یافتگی» هم آن است که حمله باید بر اساس یک «سیاست» یا «طرح تنظیم و هماهنگ شده‌ای» انجام شود. همانطور که بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی می‌گوید حمله باید «گسترده» یا «سازمان‌یافته» باشد. پس اگر یکی از دو ویژگی تحقق یابد کافی است. حال اگر رفتار مجرمانه‌ای برای تعقیب یا اجرای سیاست یا طرحی انجام پذیرد معیار «گسترده‌گی» آن رفتار لازم نیست یا می‌تواند فقط به عنوان مقیاسی اختیاری برای اندازه‌گیری رفتار مجرمانه به کار رود. حال علاوه بر وجود یک یا هر دو ویژگی فوق در «حمله» باید ثابت شود که «علم به آن حمله» هم وجود داشته است.

### ج: علم به حمله

قسمت آخر بند ۱ ماده ۷ اساسنامه دیوان اشعار می‌دارد که مرتکب باید «علم به حمله» داشته باشد. به عبارت دیگر علاوه بر این که حمله باید «گسترده» یا «سازمان‌یافته» و بر ضد «جمعیت غیر نظامی» انجام شود باید عامل علم به آن نیز داشته باشد؛ یعنی عامل باید یکی از اعمالی که به عنوان جنایت بر ضد بشریت در بند اول ماده ۷ پیش‌بینی شده را مرتکب شود. مع هذا لازم نیست ثابت شود که مرتکب آگاهی یا قصد ارتکاب رفتار مجرمانه «گسترده» یا «سازمان‌یافته» را داشته است. حمله‌ای که با این ویژگی‌ها بر ضد مردم غیر نظامی انجام می‌شود باید منجر به یکی از جرائم زیر گردد تا «جنایات بر ضد بشریت» تحقق یابد.

۲۶. رجوع شود به:

## ۲. مصادیق جنایات بر ضد بشریت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

جنایات بر ضد بشریت را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

- جنایات بر ضد تمامیت جسمی و روحی افراد؛

- جنایات بر ضد آزادیهای افراد؛

- سایر اعمال ضد بشری.

که به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرند:

### الف: جنایات بر ضد تمامیت جسمی و روحی افراد

جنایات بر ضد تمامیت جسمی و روحی افراد در چارچوب جنایات بر ضد

بشریت مشتمل هستند بر:

۱. قتل؛

۲. قلع و قمع؛

۳. شکنجه؛

۴. آزار (مستمر) هر گروه یا هر تجمع مشخصی به علل سیاسی، نژادی، ملی، قومی، فرهنگی، مذهبی یا جنسی به شکل مندرج در بند ۳ یا به علل دیگر در ارتباط با هر یک از اعمال مذکور در این بند و یا هر جنایت مشمول صلاحیت دیوان که در سراسر جهان به موجب حقوق بین‌الملل غیر مجاز شناخته‌اند.

اگرچه کلیه این جنایات دارای وجه مشترکی هستند که همانا لطمه به تمامیت جسمی یا روحی قربانیان است، اما در عین حال هر یک از آنها از ویژگی خاصی هم برخوردارند.

در مورد جنایات ردیف‌های اول و دوم می‌توان از بین رفتن کامل تمام یا بخشی از قربانیان را شاهد بود. بدین ترتیب که یا به قتل می‌رسند یا آنچنان وضعیت خاصی از زندگی به آنها تحمیل می‌شود از جمله «عدم دسترسی به غذا و دارو» که از میان رفته و قلع و قمع می‌شوند.

در مورد جنایات ردیف‌های سوم و چهارم قربانیان به طور کامل از بین نمی‌روند اما متحمل رنج و عذاب می‌شوند به طوری که این رنج و عذاب یا در اثر

وارد کردن درد و رنج زیاد به شخص در بند یا تحت کنترل می‌باشد که شکنجه است<sup>۲۷</sup>، یا آزاری است که به اعضای گروه یا تجمعی مشخص به لحاظ نفی عمومی و شدید حقوق بنیادین آنان و نقض حقوق بین‌الملل وارد می‌شود. نکته‌ای که بحث نسبتاً زیادی را در این قسمت در جریان کنفرانس رم برانگیخت «آزار به لحاظ جنسیت» بود، چون که کلمه «جنسیت»، همانطور که قبلاً بیان شد، در انگلیسی کلمه جندر "gender" می‌باشد که به نظر می‌رسد دارای آنچنان مفهومی باشد که بتواند کلیه حالات جنسی از جمله همجنس‌بازان را نیز شامل شود. البته همین مشکل در خلال چهارمین کنفرانس ملل متحد در مورد زنان در پکن نیز به وجود آمد که منجر به تشکیل یک گروه برای پی‌گیری این مسأله گردید و سرانجام نتیجه آن شد که رئیس کنفرانس پکن اعلامیه‌ای صادر و اظهار داشت که کلمه جنسیت (gender) باید در معنای معمولی و طبق کاربرد عمومی خود مورد استفاده و تفسیر قرار گیرد. در کنفرانس رم هم پس از بحث‌هایی سرانجام بند سوم ماده ۷ اساسنامه کلمه جنسیت (gender) را اینگونه تعریف کرد: «جنسیت شامل دو جنس مذکر یا مؤنث، با توجه به مجموعه شرایط هر جامعه، می‌شود و معنای دیگری هم ندارد».

علی‌رغم این تعریف به نظر نمی‌رسد ابهام از میان رفته باشد چون که کلمه جنسیت "gender" انگلیسی در مواردی هم به کار می‌رود که می‌خواهد نقش افراد را بر اساس ساختار اجتماعی‌شان مشخص نماید؛ به عبارت دیگر کلمه جنسیت "gender" می‌تواند برای بیان یا مستقر کردن حقوقی مبتنی بر رفتار جنسی به کار رود، بدون این که الزاماً به زن یا مرد بودن توجه داشته باشد. در هر صورت گنجاندن

۲۷. آن‌چه در اساسنامه دیوان در مورد شکنجه آمده است تا حدود زیادی از ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۸۴ در مورد «منع شکنجه و سایر مجازات‌ها یا رفتار خشن و غیر انسانی و مخرب» گرفته شده است. رجوع شود به:

Recueil d'instruments internationaux op. cit., p. 298.

۲۸. لازم به ذکر است درد و رنجی که فقط ناشی از اجرای مجازات‌های قانونی و ذاتی آنهاست یا توسط آنها (مجازات‌های قانونی) به فرد وارد می‌شود، شکنجه محسوب نمی‌شوند.



عبارت «با توجه به مجموعه شرایط هر جامعه» مندرج در بند ۳ ماده ۷ جای نامل دارد.<sup>۲۹</sup>

### ب: جنایات بر ضد آزادیهای افراد

جنایات بر ضد آزادیهای افراد در چارچوب جنایات بر ضد بشریت مشتمل

هستند بر:

۱. به بردگی کشیدن؛
۲. کوچ یا انتقال اجباری جمعیت؛
۳. حبس کردن یا محرومیت شدید از آزادی جسمانی با نقض قواعد بنیادین حقوق بین الملل؛
۴. تجاوز جنسی، بردگی جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری و هر شکل دیگر خشونت جنسی مشابه آنها؛
۵. ناپدید کردن اجباری (افراد)؛
۶. آپارتاید.

همانطور که ملاحظه می شود جنایات این قسمت به طور عمده زایل کننده آزادیهای فردی قربانیان هستند. حفظ کرامت انسانی داشتن آزادی را ضروری می سازد. البته آزادی تمامی کرامت انسانی نیست اما بدون توجه به این نکته باید گفت که این دو نهاد یعنی آزادی و کرامت غیر قابل انفکاک هستند.<sup>۳۰</sup>

اگر برخی از این جنایات از جمله ممنوعیت اعمال حق مالکیت و اقتدارات ناشی از آن به افراد از جمله به بردگی کشیدن و خرید و فروش آنان، ممنوعیت کوچ دادن و جابجا کردن اجباری جمعیت، ممنوعیت زندانی کردن غیر قانونی افراد و ممنوعیت جنایات تبعیض نژادی و استمرار نظام مبتنی بر اینگونه تبعیض تا

۲۹. باید متذکر شد که ترجمه فارسی بند ۳ ماده ۷ کاملاً بیانگر مطالب مندرج در متون انگلیسی و فرانسوی اساسنامه نمی باشد.

۳۰. رجوع شود به:

EDELMAN-Bernard "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau" in Recueil Dalloz, 1997, 23<sup>e</sup> cahier chronique, p. 185.

حدودی قدیمی بوده و قبلاً در اسناد بین المللی موجود مورد توجه قرار گرفته اند،<sup>۳۱</sup> برعکس برخی دیگر از جنایات از جمله تعرضات جنسی یا ناپدید کردن اجباری افراد تا حدودی نو می نمایند. لذا به توضیح مختصری در مورد جنایات اخیر اکتفا می شود:

### ۱. تعرضات جنسی

تعرضات و خشونت‌های جنسی پدیده‌ای است که به طور عمده در پی بروز بحران در سرزمین یوگسلاوی سابق با شدت زیادتری نسبت به گذشته ظاهر شدند و توجه جامعه جهانی را به خود جلب نمودند. اما فقط یک نوع آن یعنی تجاوز جنسی در ماده ۵ اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی یوگسلاوی به عنوان جنایت برضد بشریت لحاظ شد، که در ماده ۳ اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی رواندا نیز تکرار و درج گردیده است.<sup>۳۲</sup> در کنفرانس رم موارد دیگری نیز مد نظر قرار گرفت به طوری که علاوه بر تجاوز جنسی، بردگی جنسی، فاحشگی اجباری، حاملگی اجباری، عقیم کردن اجباری و هر شکل دیگر خشونت جنسی نیز لحاظ شدند.

در میان این تعرضات جنسی، حاملگی اجباری محل مجادله بیشتری قرار گرفت. در جریان کنفرانس رم دو جریان فکری وجود داشت:

- قبول حاملگی اجباری به عنوان جنایت برضد بشریت؛

- رد حاملگی اجباری به عنوان جنایت برضد بشریت، چون که منجر به صدور مجوز برای «سقط جنین» بر اساس تقاضای «مادر» می شود. به نظر عده‌ای که از این نظریه دفاع می کردند پذیرش حاملگی اجباری در چارچوب جنایات برضد بشریت محملی می شود برای این که مخالفان با سقط جنین نیز به عنوان جنایتکار تحت پیگرد قرار گیرند.

۳۱. در مورد این جنایات رجوع شود به بند ۲، شق ج، د، ح اساسنامه دیوان در:

A/CONF. 183/9, 17 Juillet 1998, pp. 7-8.

۳۲. رجوع شود به قطعنامه‌های ۸۲۷ و ۹۵۴ شورای امنیت که اساسنامه‌های این دادگاهها را اعلام نموده‌اند.

سرانجام پس از بحث‌های فراوان، حاملگی اجباری مورد پذیرش قرار گرفت مشروط بر این که تأثیری بر مقررات داخلی دولتها در مورد سقط جنین نداشته باشد. بدین ترتیب که «حاملگی اجباری یعنی حبس غیر قانونی زنی که به زور حامله شده است به قصد تغییر ترکیب قومی یک جمعیت یا ارتکاب سایر نقض‌های فاحش حقوق بین‌الملل» مورد پذیرش قرار گرفت.<sup>۳۳</sup>

## ۲. ناپدید کردن اجباری (اشخاص)

ناپدید کردن اجباری اشخاص به عنوان پدیده‌ای شوم که در دهه هفتاد و هشتاد در برخی از مناطق عالم بخصوص امریکای جنوبی و بالانص در شیلی و آرژانتین خود نمایی می‌کرد متأسفانه ابعاد وسیعی یافته است به طوری که در سایر مناطق جهان نیز می‌توان آن را مشاهده کرد. به همین جهت جامعه بین‌المللی برای جلوگیری از این پدیده نامیمون تصمیم گرفت آن را به عنوان جنایت بر ضد بشریت لحاظ نماید. این جنایت که در پیش نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی هم مطرح شده بود با اندکی تغییر در متن نهایی اساسنامه مورد قبول قرار گرفت. طبق اساسنامه دیوان «ناپدید کردن اجباری» (اشخاص) یعنی بازداشت یا حبس یا ربودن اشخاص توسط یک دولت یا یک سازمان سیاسی یا با اجازه یا حمایت یا رضایت آنها و سپس امتناع آنها از پذیرش محرومیت این اشخاص از آزادی و یا امتناع از دادن اطلاعات از سرنوشت یا محل وجود آنان به قصد محروم نمودن آنها از حمایت قانون برای مدت طولانی می‌باشد.<sup>۳۴</sup>

همانگونه که ملاحظه می‌شود این بازداشت یا حبس یا ربودن باید به قصد محروم کردن اشخاص از حمایت قانون برای مدت زمان طولانی باشد؛ بنابراین مواردی از جمله بازداشت‌های موقت در زمره ناپدید کردن اجباری اشخاص و در نتیجه

۳۳. رجوع شود به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی

A/CONF. 183/9, du 17 Juillet 1998, p. 8.

۳۴. رجوع شود به همان صفحه ۸.

در قلمرو جنایات بر ضد بشریت قرار نمی گیرند.

### ج: سایر اعمال ضد بشری

ذکر اصطلاح «سایر اعمال ضد بشری» در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی حکایت از یک نوآوری نمی کند بلکه این اصطلاح قبلاً در ماده ۵، بند آخر، اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای یوگسلاوی سابق و ماده ۳، بند آخر، اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا آورده شده است. مبنای فکری پذیرش چنین قاعده ای ایجاد امکانی برای جامعه جهانی است که بتواند هرگونه خشونتی که ممکن است اتفاق افتد و وجدان بشری را متأثر نماید اما در فهرست جنایات بر ضد بشریت نباشد، بی مجازات نگذارد. به همین جهت هم این اصطلاح در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی نیز لحاظ شد. شق آخر از بند یک ماده ۷ اساسنامه دیوان اشعار می دارد: «سایر اعمال ضد بشری مشابه که عمداً به قصد ایجاد رنج زیاد یا صدمات شدید به جسم یا به سلامت جسمی یا روحی صورت پذیرد».

جامعه بین المللی در واقع، با این قاعده، در پی جبران یک خلاء قانونی است که ممکن است مشکل جدی در آینده ایجاد نماید. اما در عین حال ایراداتی هم به این نوع قواعد وارد است. برای مثال می دانیم که علی الاصول قیاس در مقررات کیفری ممنوع است و اصل «قانونی بودن جرایم و مجازاتها» ایجاب می کند که مقررات کیفری از تدقیق و روشنی برخوردار باشند این اصول خود در مواد ۲۲ و ۲۳ اساسنامه نیز مورد توجه قرار گرفته اند. در حالی که این قاعده از چنین تدقیقی برخوردار نیست. البته از زمان تشکیل دادگاه نورمبرگ به شکلی قیاس در مسائل کیفری بین المللی پذیرفته شده است اما مقررات کیفری حد المقذور باید از روشنی کاملی برخوردار باشند تا دادستان بتواند به آسانی انجام وظیفه کند. اگرچه این ایرادات به چنین قاعده ای وارد است اما این حسن را هم دارد که شاید برخی اعمال از جمله خرید و فروش اعضای بدن، که متأسفانه هر روز ابعاد وسیعی تری می یابد، بتوانند در زمره جنایات بر ضد بشریت لحاظ و مجازات

شوند.<sup>۳۵</sup>

آن‌چه که در این بخش مطالعه شد نگاهی گذرا بر دو جنایتی است که دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا مقررات مربوط به این جنایات فقط جنبه قراردادی داشته و برای متعاهدین به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ایجاد تعهد می‌کند یا این که برای اعضای جامعه بین‌المللی در کل به عنوان قواعد مربوط به ارزشهای بنیادین بوده و لازم‌الاتباع می‌باشند. پاسخ به این سؤال موضوع بخش دوم این مقاله را تشکیل می‌دهد.

### بخش دوم

## ارزیابی اعتبار قواعد مربوط به جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت در نظام موضوعه بین‌المللی

در پاسخ به سؤالی که در پایان بخش اول مطرح شد یعنی این که قواعد مربوط به جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت فقط جنبه قراردادی داشته یا فراتر از آن رفته و برای دولتهای جامعه بین‌المللی در کل لازم‌الاتباع است ابتدا باید به بررسی نظم عمومی بین‌المللی به معنای استمرار ارزشهای بنیادین پرداخت و سپس اقتدار جامعه جهانی را در صیانت این ارزشهای بنیادین بررسی نمود.

۳۵. در تبادل نظرهایی که با دوست دانشمندم جناب آقای دکتر ممتاز در جریان کنفرانس رم داشتیم، ایشان معتقد بودند که «خرید و فروش اعضای بدن» را نیز می‌توان به عنوان جنایت برضد بشریت پیشنهاد نمود که متأسفانه زمان اجازه این کار را نداد.

## فصل اول

### نظم عمومی بین المللی

#### استمرار ارزشهای بنیادین جامعه بین المللی دولتها در کل

نظم عمومی شالوده حقوق بین الملل است. برخی از حقوقدانان تاجایی پیش رفته اند که نظم عمومی را مسلط بر کل حقوق بین الملل و برخی دیگر آن را دربرگیرنده کل این حقوق می دانند.<sup>۳۶</sup>

اگرچه در پذیرش نظم عمومی کنسانسوس وجود دارد اما تداوم این کنسانسوس، در زمانی که محتوای این نظم مطرح می شود، چندان محقق نیست. مع ذلك، علی رغم اختلاف نظرهای زیاد در مورد محتوی نظم عمومی، به نظر می رسد که بتوان نظم عمومی را اینگونه تعریف کرد: نظم عمومی مجموعه اصول مدون یا نامدونی است که در یک نظام حقوقی «بنیادین» محسوب شده و توافق بر تخطی از محدوده آنها غیرممکن است. با توجه به این تعریف، نظم عمومی در حقوق بین الملل در واقع اصولی است که بیانگر «ارزشهای بنیادین» جامعه جهانی است. اصولی که برخی ثبوتی بوده و پاره ای اثباتی می باشند.

#### ۱. ارزشهای ثبوتی

منظور از ارزشهای ثبوتی ارزشهای بنیادینی هستند که نیاز به اثبات ندارند یعنی ارزشهایی هستند که در زمان<sup>۳۷</sup> و مکان ثابت می باشند. چنین ارزشهایی، در واقع، تنظیم کننده رفتارهای اساسی اعضای یک جامعه می باشند و عدم رعایت آنها، آن جامعه را با خطر نیستی مواجه می کند.

اغلب، قواعد حقوق بشر و بالخصوص مهمترین آنها یعنی قواعد مربوط به

۳۶. رجوع شود به نظرات Weiss و Bustamente در:

HEALY Tomas "Théorie générale de l'ordre public" RCADI, 1925, tome 9, p. 411-412.

۳۷. اصطلاحاً این ارزشها intemporel (ثابت در زمان) می باشند.

حفظ حیات و صیانت از تمامت جسمی و روحی انسانها از جمله آنهاست. اگر نقض قواعدی، حیات انسانها را چه به صورت فردی و چه به صورت گروهی (به لحاظ وابستگی آنها به یک گروه خاص) به خطر انداخته و نابود نماید، در واقع ارزشهای ثابت و تغییرناپذیر بین المللی هستند که نقض می‌شوند. در اینجا چنین قواعدی که در واقع قواعد آمره (Jus cogens) حقوق بین الملل عام می‌باشند با نظم عمومی بین المللی تلاقی پیدا می‌کنند، و لذا نقض آنها نظم عمومی بین المللی را نیز به خطر می‌اندازد. این قواعد که جزو قواعد حقوق بین الملل عام محسوب می‌شوند مستثنی از اصل محدودیت زمان و مکان در اجرا هستند. به عبارت دیگر از آنجا که این قواعد بیانگر منافع جامعه بین المللی در کل می‌باشند پس باید بر کل این جامعه یعنی در هر مکان و زمان اعمال شوند. به علاوه، این قواعد بر اصل آزادی اراده، که مبنای پوزیتیویسم کلاسیک می‌باشد، نیز محدودیت وارد می‌کند؛ یعنی دولتها نمی‌توانند، حتی در روابط متقابل، بر عدم رعایت و اجرای این قواعد توافق کنند. بدین ترتیب ارزشهای بنیادین اخلاقی در قالب قواعد حقوقی اعم از قراردادی (به ندرت) و عرفی (در اغلب موارد) تجلی می‌یابند و هرگونه توافقی معارض با آنها باطل است. البته رویه قضایی در خصوص ابطال معاهدات معارض با قواعد حاوی این ارزشها زیاد نیست. قاضی شوکینگ (Schucking) در نظریه مخالف خود در قضیه اسکارشین (Oscar Chinn) اظهار عقیده کرده است که اثر یک قاعده آمره، پس از پذیرش آن از سوی دولتها، ابطال هر سند معارض می‌باشد. او همچنین معتقد است که دیوان هرگز معاهده‌ای را که مغایر با اخلاق عمومی باشد اجرا نمی‌کند.<sup>۳۸</sup>

دیوان بین المللی دادگستری نیز در نظر مشورتی خود در مورد حق شرط بر معاهده منع نسل‌کشی اعلام می‌دارد: دیوان اصول بنیادین این کنوانسیون (منظور کنوانسیون ۹ دسامبر ۱۹۴۸ در مورد منع نسل‌کشی است) را به عنوان قواعد

۳۸. رجوع شود به:

Affaire Oscar Chinn, cité, par René-Jean Dupuy "La communauté internationale entre le mythe et l'histoire", *économica*, Paris, 1986, p. 153.

شناخته شده از سوی ملل متمدن تحلیل می کند که دولتها را حتی بدون داشتن تعهد قراردادی به یکدیگر پیوند می دهد. دولتهای طرف این کنوانسیون در واقع فقط منافع خود را در آن لحاظ نکرده بلکه منافع جامعه جهانی را نیز مورد توجه قرار داده اند.<sup>۳۹</sup>

در مورد قواعد آمره مرتبط با ارزشهای ثبوتی باید گفت که اگرچه آنها نباید با حقوق طبیعی خلط شوند،<sup>۴۰</sup> مع هذا آن را در مواردی دربر می گیرند.<sup>۴۱</sup> این که قواعد مربوط به جنایات برضد بشریت همچون ممنوعیت برده کشی، قلع و قمع، جنایت نسل کشی وارد حقوق موضوعه شده اند و به صورت قواعد آمره درآمده اند ثابت می کنند که قواعد حقوق طبیعی توسط حقوق موضوعه تصدیق شده و بر آنها صحه گذاشته شده است. در این حال ورود قواعد اخلاقی به قلمرو حقوق موضوعه در واقع عامل پیشرفت این حقوق بوده است و ایجاب مناسبی در جهت ضرورت حفظ نظم عمومی بین المللی است. در این حالت قواعد آمره به سمت وحدت اخلاق و حقوق سیر می کند و نفع برتری را تضمین می نماید.

در مقابل این ارزشهای ثبوتی و مطلق، برخی از ارزشهای دیگر جامعه جهانی، اگرچه بنیادین هستند، جنبه اثباتی دارند.

## ۲. ارزشهای اثباتی

برخی از ارزشهای جامعه جهانی مطلق و غیر قابل تغییر نیستند بلکه در یک شرایط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فلسفی، ایدئولوژیکی خاص به وجود می آیند و با تغییر آنها نیز متحول می شوند. در این حالت این قواعد «حقوق موضوعه»

۳۹. رجوع شود به:

Avis consultatif sur "Réserves à la convention sur le génocide" in Recueil de la CIJ, 1951, p. 23.

۴۰. در جریان کنفرانس ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات برخی دولتها مانند اسپانیا و تعدادی از کشورهای امریکای لاتین قاعده آمره را نوعی قاعده حقوق طبیعی فرض می کردند.

۴۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع شود به:

VIRALLY Michel "Réflexion sur le Jus Cogens" in AFDI, éd C.N.R.S, Paris, 1966, p. 5-29.



به معنای خاص (قواعد وضع شده) است. یعنی به طور عمده قواعد قراردادی هستند که بیانگر این ارزشها می‌باشند. در واقع پیدایش این قواعد بستگی به سطح توسعه تاریخی جامعه جهانی دارد که زمینه هماهنگی، انسجام و اعتماد کافی برای نیل به یک توافق عام میان اعضا در مورد مفاهیم مشترک را فراهم می‌نماید، تا این که اعضای جامعه جهانی به آنچنان آگاهی از منافع مشترک دست یابند که قواعد تأمین‌کننده آنها را در حد قواعد الزام‌آور و لازم‌الاتباع بپذیرند.

برای مثال می‌توان از «صلح» نام برد. تا دهه سی قرن حاضر جنگ پدیده نامشروعی در روابط دولتها محسوب نمی‌شد و به عنوان ابزار سیاست ملی دولتها برای حل اختلافاتشان به کار می‌رفت، اما پس از آن که شرایط عینی جامعه بین‌المللی متحول شد زمینه پیدایش قواعد موضوعه برای ممنوعیت جنگ ایجاد شد. ابتدا از ۱۹۲۳ با انعقاد معاهدات کمک‌های متقابل حرکتی به سمت این تحول آغاز و سپس با پیمان بریان-کلوگ ۱۹۲۸ تداوم یافت و سرانجام با تصویب منشور ملل متحد در ۱۹۴۵ به سرحد تکامل خود رسید. البته باید گفت ایجاد صلح با حقوق همیشه یک اسطوره بوده است. این که حقوق توانست صلح را به ارمغان آورد در واقع به این دلیل بود که ابتدا شرایط ایجاد چنین قاعده‌ای به وجود آمده بود. پس صلح ارزشی است که در اثر تحولات جامعه جهانی و تأثیر آن در وجدان جمعی به وجود آمد و حفظ آن نه با زور بلکه به درک و فرزاندگی حاکمان بستگی دارد. مصادیق دیگری نیز می‌توان از ارزشهای اثباتی نام برد که از آن جمله حفظ محیط زیست، جلوگیری از تروریسم، جلوگیری از قاچاق مواد مخدر، جلوگیری از هواپیما ربایی و غیره می‌باشند. حال اگر چنین ارزشهای اثباتی برقرار شدند همراه با ارزشهای ثبوتی، قواعد بنیادین نظم عمومی بین‌المللی را تشکیل می‌دهند که هرگونه تخطی از محدوده آنها باطل است. البته این بطلان در مرحله‌ای است که عملی برضد این ارزشها تحقق نیافته باشد، اما اگر اقدامی برضد این ارزشها صورت بگیرد جنایات بین‌المللی ارتکاب یافته و مسائل کیفری مطرح می‌شوند، به عبارت دیگر جامعه جهانی برای حفظ نظم عمومی با صیانت از

ارزشهای بنیادین خود به دو شکل عمل می‌کند:

۱. بطلان توافق‌ها برضد این ارزشها؛

۲. اعمال عقوبت کیفری برای نقض این ارزشها.

اعمال مجازاتهای کیفری به این دلیل است که علاوه بر قربانی یا قربانیان ظاهری جنایات بین‌المللی، در واقع، جامعه جهانی در کل آسیب می‌بیند. پس حق تعقیب و مجازات در اختیار آن جامعه است. اما اعمال این حق بستگی به اقتدار آن جامعه دارد.

## فصل دوم

### اقتدار جامعه بین‌المللی در صیانت از ارزشهای بنیادین خود

بی‌شک اقتدار جامعه جهانی بستگی به ساختار و نظم حاکم بر آن دارد. جامعه جهانی برای صیانت از ارزشهای خود باید ساز و کارهای لازم را در قالب نهادهای مناسب و ذی صلاح ایجاد و به کار گیرد که این خود به ساختار این جامعه و نظم حاکم بر آن بستگی دارد.

#### ۱. ساختار جامعه جهانی

جامعه جهانی برای ایجاد نهادهای مناسب جهت صیانت از ارزشهای بنیادین خود باید از همگنی و تمرکز برخوردار باشد. این همگنی و تمرکز خود تابعی از تحولات جامعه جهانی هستند.

#### الف: از ناهمگنی کامل تا همگنی نسبی

شرایط تاریخی در پیدایش دولتها به عنوان اعضای اصلی جامعه جهانی سبب بروز ناهمگنی در میان آنها و در نهایت در جامعه جهانی شده است. ناهمگنی در قالب اختلاف در نژاد، فرهنگ، تمدن، سیاست، توسعه وجود دارد. این اختلاف روزگاری سبب ناهمگنی شدید میان اعضای جامعه بین‌المللی بود که بروز

مخاصمات مسلحانه تجلی بارز آن بود. اما رفته رفته با تحوّل شرایط تاریخی بین المللی اعتقاد به وجود یک جامعه جهانی نضج گرفته است و حداقل در برخی زمینه ها از جمله عدالت خواهی، صلح طلبی، وابستگی متقابل، مسائل اخلاقی ... می توان کم و بیش شاهد آن بود. وجود معاهدات در برخی از قلمروها از جمله محیط زیست ... بیانگر وجود جامعه ای با سرنوشت واحد می باشد. بی شک تا رسیدن به یک جامعه جهانی همگن کامل راه زیادی در پیش است و بیشتر اسطوره ای می نماید، اما در یک سری ارزشهای بنیادین آن از جمله حمایت از بشریت در مقابل تعرضات مختلف توافق و همگنی ایجاد شده است. حفظ این همگنی جزئی خود نیاز به یک تمرکز یعنی وجود یک نظم حقوقی منسجم دارد.

#### ب: از عدم تمرکز کامل تا تمرکز نسبی

وجود تضادها و شکافها فی مابین دولتها و انزوای آنها در حاکمیت ملی خود و عدم وجود سلسله مراتب میان اعضا به لحاظ ماهیت آنان (برابری دولتها) سبب شد که جامعه جهانی از داشتن یک حقوق عمومی محروم باشد. عدم وجود یک نظام حقوقی سبب می شد که جامعه جهانی نهادینه یعنی جامعه ای با سازمانها و تشکیلات مناسب برای حفظ نظم عمومی وجود نداشته باشد. اما لزوم دفاع از ارزشهای بنیادین در مقابل کسانی که آنها را نقض می کنند وجود یک سیستم سازمان یافته را محرز و ضروری ساخت؛ چون که نقض این ارزشها برقراری مسؤولیت کیفی را بنام جامعه جهانی در پی دارد و این خود گذار به یک نظم نهادینه را ایجاد می کند. این امر معقولی است که اگر قرار باشد عملی به صورت جمعی و عمومی از سوی جامعه جهانی انجام شود فقط در قالب یک نظم نهادینه و متمرکز امکان پذیر می باشد. در واقع، همانطور که در یک نظم داخلی اعمال عمومی به صورت انحصاری در اختیار دولت و محاکمات در ید سیستم قضایی نهادینه است، در نظم بین المللی نیز در صورت وقوع جنایات بین المللی وجود یک سازمان انحصاری و یک سیستم قضایی مستقل برای تعقیب و محاکمه و مجازات جنایتکاران ضروری می نماید. اگر چنین نظمی نباشد در واقع در چارچوب یک نظام

مسئولیت کیفری «سازمان نایافته» باقی می‌مانیم که نوع و میزان کیفر آن در اختیار دولتها قرار می‌گیرد؛ و بنابراین شاهد پی‌گیری‌ها و محاکمات ناهماهنگ می‌شویم که خود خطراتی را برای ارزشهای مورد حمایت در بر دارد. اگر نظم نهادینه‌ای به وجود نیاید یک دور باطل ایجاد می‌شود بدین معنا که از یک سو تضادهای اعضای جامعه جهانی امکان ایجاد یک ساختار نهادینه را نمی‌دهد، و از سوی دیگر، عدم وجود یک ساختار نهادینه مناسب عدم پی‌گیری تعرض به ارزشهای بنیادین جامعه جهانی یعنی عدم پی‌گیری و مجازات جنایات بین‌المللی را به دنبال دارد. برای جلوگیری از چنین دور باطلی نظم عمومی را مفهومی نو باید.

## ۲. مفهوم نظم عمومی

اگر نظم عمومی بین‌المللی را به یک معنا کل حقوق بین‌الملل لحاظ کنیم یعنی به زبان فلسفی بگوییم نظم عمومی ذاتی حقوق بین‌الملل است پس در واقع خود حقوق بین‌الملل می‌باشد؛ لذا بر حقوق بین‌الملل است که تلاش مضاعفی برای ایجاد نهادهایی نماید که در آنها ضمن این که هر نظام فرهنگی بتواند خود را عرضه کرده و حفظ نماید در عین حال ارزشهای بنیادین مشترک آنها یعنی ارزشهای بنیادین جامعه جهانی هم حفظ و رشد داده شوند. در چنین حالتی حقوق بین‌الملل باید هدفش ایجاد شرایطی باشد تا اعضای جامعه جهانی بتوانند نه در قالب همزیستی بلکه در پرتو ارزشهای مشترک در کنار یکدیگر زیست نمایند. آیا این یک مدینه فاضله و یک خواست آرمانی است یا این که قابل دستیابی است؟

اگرچه چنین نظمی مدینه فاضله را بشارت می‌دهد اما وجود آن عنصر لازم و سازنده جامعه جهانی است. به همین دلیل هم هست که حقوق بین‌الملل با طرح مفهومی بنام «بشریت» در تکاپوی ایجاد آن می‌باشد.

بشریت با پیشگفتار منشور ملل متحد پا به عالم حقوق گذاشت<sup>۳</sup> و با

۳. ما مردم ملل متحد مصمم شده‌ایم به حفظ نسلهای آینده از بلای جنگ که دو بار در طول یک عمر انسانی بشریت را دچار مصائب غیر قابل توصیف نموده است.

تصویب کنوانسیون ۱۹۴۸ منع جنایت کشتار جمعی تداوم یافته و با تصویب قواعد مربوط به جنایات برضد بشریت قوام و استقرار یافته است.<sup>۴۳</sup> طبق این متون، بشریت حق حیات دارد. البته ورود بشریت در حقوق بین‌الملل سبب بروز رفتارهای ناهماهنگ از سوی دولتها شده و می‌شود چون که چنین مفهومی رفتاری خلاف رفتار سنتی دولتها می‌طلبد. اما آگاهی دولتها از وجود مشکلات مشترکی چون آلودگی محیط‌زیست، افزایش جمعیت، خلع سلاح، حقوق بشر و ... که در مقابلشان قرار دارد و عدم امکان حل آنها در قالب‌های محدود بین‌الدولی سبب شده است که بشریت بتواند به عنوان ارزشی در حال «شدن» و تکامل به حیات خود ادامه دهد. بشریت در ابتدا از سوی گروهی که آن را ناتوان از تضمین «حق متناوب بودن» می‌دانستند مورد انتقاد قرار می‌گرفت. اگر چنین دیدگاهی پذیرفته شود منطق آن ایجاب می‌کند که تا نفی حقوق بنیادین بشر از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر پیش رفت و به جایی رسید که به قول میشل فوکو (Michel Foucault) اعلام کرد «انسان مرده است». آیا در این حالت نمی‌توان شاهد فروپاشی مفهوم بشریت بود. به نظر نمی‌رسد چنین دیدگاهی صحیح باشد مگر آن که معنای محدودی برای بشریت قائل شد که به قول رنه-ژان دوپویی همان «بشریت در بند»<sup>۴۴</sup> باشد. اما آنچه از متون حقوقی بالاخص متون مربوط به حفظ و صیانت بشریت از جمله قواعد مربوط به جنایات برضد بشریت برمی‌آید این است که بشریت مفهومی باز و جهان‌گرا دارد که در آن هر انسانی ضمن داشتن تشابه با انسانهای دیگر، از آنها نیز متفاوت است. از اینجاست که باید گفت بشریت دیگر تجلی یک گروه انسانی واحدی نیست بلکه دربرگیرنده انسانهای متفاوتی است که می‌خواهند زندگی کنند

۴۳. «بشریت» در قالب سایر متون حقوقی هم عرضه شده است از جمله معاهدات مربوط به فضای ماورای جو و کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریا و اخیراً هم در اعلامیه ۱۹۹۷ یونسکو در مورد ژنوم انسانی از این مفهوم استفاده شده است.

44. L'humanité capturée.

۴۵. رجوع شود به:

Dupuy René-Jean "La communauté internationale entre le mythe et l'histoire" economica-Paris, 1986, p. 174.

بدون این که وابستگی مشترکشان به خانواده بشری و برخورداری آنان از حقوق بنیادین مورد انکار قرار گیرد. در چنین حالتی است که اعلامیه جهانی حقوق بشر به طور عام و مقررات مربوط به نسل‌کشی جمعی و جنایات بر ضد بشریت به طور خاص گستره واقعی خود را می‌یابند. این مقررات در خصوص انسان تک‌بُعدی نیست بلکه کلیه انسانهایی را پوشش می‌دهد که ضمن متفاوت بودن، برابر نیز می‌باشند. باید متذکر این امر بدیهی شد که اصلاً برابری اخلاقی و حقوقی انسانها نمی‌توانند مطرح شده و معنا داشته باشند مگر آن که آنان تک‌بُعدی فرض نشوند. بدین ترتیب قواعد مربوط به حمایت و صیانت آنان به خصوص قواعد مربوط به ممنوعیت تبعیض میان آنان است که هم تفاوتشان و هم برابریشان را تضمین می‌کند. پس بشریت مفهومی است که از یک سو به روی کلیه فرهنگها باز است و از سوی دیگر پویا و در حال شدن و تکامل می‌باشد و این حرکت تکاملی بشریت تا زمانی که در جستجوی قواعد مشترک فی‌مابین انسانهاست ادامه دارد. در اینجا است که جامعه جهانی باید نهادهای خود را بازسازی کرده و همچنین مبادرت به ایجاد نهادهای جدید و ضروری کند تا این نهادها بشریت را در این حرکت تکاملی خود یاری بخشند و آن را در مقابل خطراتی که تهدیدش می‌کنند صیانت نماید. خطراتی که نه از خارج بلکه از داخل خود بشریت آن را تهدید می‌کنند؛ یعنی انسانهایی که این تهدیدها و خطرات را به وجود می‌آورند. چون که هیچ خطری برای بشریت بالاتر از خود بشر نیست.

تردید نیست که پذیرش بشریت امری ارتجالی نیست بلکه به تلاشی مداوم و حتی روزانه‌ای نیاز دارد و ساز و کارهای خاصی را می‌خواهد. این بر عهده حقوق بین‌الملل است که با اقدامات عینی و ایجاد نهادهای ضروری و مناسب در سطح جهانی بستر مناسبی برای پذیرش و صیانت آن ایجاد کند تا مانع از تعرض به آن شود. در چنین حالتی است که می‌توان ارزشهای بنیادین جامعه جهانی را حفظ کرد.

## نتیجه

### جدل زمان با اراده

### تغییر در مبنای حقوق بین‌الملل

حقوق بین‌الملل از بدو پیدایش حقوقی مبتنی بر اراده تابعان خود بوده است. نظریه اصالت اراده، که براساس عقاید گروسیوس، از قرن هفدهم عرضه شده است با پیدایش بعضی از انقلابات سیاسی-اجتماعی همچون انقلاب بلشویکی در شوروی با اقبال بیشتری مواجه گردید. رویه قضایی بین‌المللی هم بر آن صحنه گذاشت. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه لوتوس اعلام می‌دارد که «قواعد و مقررات حقوقی حاکم بر روابط کشورها ناشی از اراده آزاد آنهاست».<sup>۲۷</sup> اما زمان جدال سرسختانه‌ای را با این مبنای فلسفی حقوق بین‌الملل آغاز کرده است به طوری که حاکمیت بلا منازع اراده را در پیدایش و پذیرش قواعد حقوق بین‌الملل دچار دگرگونی کرده است. زمان با ایجاد تحول در شرایط عینی جهان ادامه حیات و تکامل آن را در گرو پذیرش ارزشهای بنیادین قرار داده است. ارزشهایی که در قالب قواعد حقوق بین‌الملل عام به طور کلی و در چارچوب قواعد آمره به طور خاص تجلی یافته و می‌یابند. پیدایش و پذیرش این قواعد دیگر تابعی از اراده آزاد دولتها نیست بلکه قواعدی است که پذیرششان اجباری و الزامی است. اینجاست که باید به حاصل نبرد میان اراده و زمان که همان «تغییر مبانی حقوق بین‌الملل» است معترف شد. از این پس قواعد بنیادین حقوق بین‌الملل ساختاری مستقل از اراده دولتها پیدا کرده و پذیرش آنها نیز برای اعضای جامعه جهانی الزامی می‌گردد.

تجلی بارز این نوع قواعد همان قواعد حقوق بشر به طور عام و قواعد مربوط به حفظ و صیانت بشریت یعنی قواعد مربوط به جنایت نسل‌کشی و جنایات برضد بشریت به طور خاص می‌باشد. بنابراین کلیه دولتها صرفنظر از وجود یا عدم

۲۷. بیگ زاده، ابراهیم - جزوه درس حقوق بین‌الملل عمومی ۱، صفحه ۱۰۰.

وجود رابطه قراردادی با این قواعد مکلف به پذیرش و رعایت آنها هستند؛ و حال آن‌که جامعه جهانی با تلاش چندین دهه خود و عبور از موانع بسیار موفق به ایجاد نهادهای قضایی برای صیانت از این قواعد شده است باید این فرصت را به آن داد تا بتواند متجاسرین به این قواعد را بنام جنایتکار تعقیب و محاکمه کند. اگرچه شورای امنیت هم وجود دارد اما فراموش نشود که این نهاد سیاسی است و با محدودیتهایی اساسی از جمله استفاده از حق وتو یا با بعضی از معادلات پیچیده سیاسی روبروست. بنابراین، به نظر ضروری می‌رسد که در آستانه هزاره سوم با پذیرش جامعه جهانی و نهادهای سازنده آن نشان داد که «هیچ چیز نمی‌تواند در تمنیات اسطوره‌ای بشر، که محرک پیشرفت او در جریان تاریخ است، شکافی ایجاد کند».<sup>۲۸</sup>



# گفتاری دربارهٔ شکنجه و پیشگیری از آن

دکتر محمدعلی اردبیلی

## مقدمه

شکنجه نقض آشکار حقوق بشر و رفتاری علیه حرمت و کرامت انسان به شمار می‌رود. مجمع عمومی سازمان ملل این عمل را محکوم و حقوق بین الملل و نیز حقوق داخلی آن را منع نموده است. با این همه، شکنجه متهمان و محکومان پیشینه‌ای به قدمت تاریخ اجتماعی بشر دارد و در این زمان نیز کشورهای اندکی توانسته‌اند از این اتهام خود را مبرا سازند.

شکنجه در معنی خاص هرگونه آزار و اذیت جسمی و روانی است که مأموران دولت یا صاحبان مقام رسمی عمومی در ضمن انجام دادن وظیفه یا به مناسبت شغل خود به قصد اخذ اقرار و کسب اطلاعات از متهم مرتکب می‌شوند. لیکن، در مفهوم عام کلمه به هر نوع رفتار موهن و خشن نسبت به بازداشت‌شدگان اعم از متهم و محکوم اطلاق می‌شود.

شکنجه جرم و از جمله تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> حکومتها از اجرای شکنجه مقاصد گوناگونی را تعقیب می‌کنند.<sup>۲</sup>

۱. فصل دهم قانون مجازات اسلامی (تعمیرات).

۲. کنوانسیون منع شکنجه و دیگر مشقات یا رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهن (مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴) در مبریفی که از شکنجه در مادهٔ یک نقل کرده است غرض از شکنجه را کسب اطلاع، اخذ اقرار، تنبیه کردن، ایجاد رعب و اجبار یا به هر دلیل دیگری که مبتنی بر شکلی از اشکال تمیض باشد شناخته است. برای توضیح و تفصیل بیشتر به مقالهٔ نویسنده با عنوان شکنجه (مجلهٔ تحقیقات حقوقی، شمارهٔ ۹، بهار - تابستان ۱۳۷۰) مراجعه کنید.

بی‌گمان، شکنجه اغلب جزئی از برنامه سیاست امنیتی حکومتها است. مفهوم امنیت و لزوم حفظ آن گاه در زبان حکومت‌های خودکامه به گونه‌ای تفسیر می‌شود که هر صدای مخالفی تهدید علیه امنیت به شمار می‌رود. شکنجه در این صورت ابزاری است برای ارباب و ممانعت از پیوستن دیگران به صفوف مبارزان و مخالفان حکومت.

ولی، مهمترین هدف شکنجه، کسب اطلاع و گرفتن اقرار از کسانی است که در آغاز هیچ دلیل قوی علیه آنها در دست نیست و یا بسیار ضعیف است. شکنجه در فقد دلیل، کوتاه‌ترین راهی است برای متهم شناختن خود و پذیرفتن دلایلی در اثبات حقانیت دستگاه قضایی.

شاید بتوان گفت یکی از علل مهم شکنجه در نظام‌های دادرسی مبتنی بر دلایل قانونی، ارزش بسیاری است که برای اقرار به عنوان ملکه دلایل قائل شده‌اند. از این رو، اجبار متهمان به اظهار علیه خود در ضمن تحقیقات، علی‌رغم پیشرفتی که در روش‌های اثبات دعوی حاصل شده، همچنان شیوه‌ای مقبول شناخته شده است. در واقع، نظام‌هایی که به شکنجه یا اذیت و آزار بازداشت‌شدگان متوسل می‌شوند، با این سیاست به ضعف خود در کسب اطلاعات و ناتوانی نیروهای انتظامی و امنیتی در کشف دلایلی که حقیقت را آشکار سازد گواهی می‌دهند.

پیشگیری از شکنجه و منع آن در کشورهایی که با به‌کارگیری شیوه‌های پیشرفته کشف جرم برای اظهارات متهمان و شهود اعتبار اندکی قائل‌اند بسیار موفق بوده است. کافی است ادله مثبت جرم آنچنان قوی باشد که متهمان نتوانند آن را انکار کنند. لیکن، در کشورهایی که ضعف در گردآوری ادله جرم و نقص در نظام دادرسی خصوصاً با نهادن بار دلیل بر عهده مقام قضایی (دادستان یا جانشینان او) مشهود است میل به حفظ این روش و استفاده از آن چنانچه فقط منظور کسب اطلاع و اخذ اقرار از متهمان و شهود باشد بسیار قوی است. سایر بدرفتاریها و اذیت و اذیت بازداشت‌شدگان چه در اثنای بازداشت یا در دوران محکومیت هرچند

به معنی عام کلمه شکنجه قلمداد می‌شود، چون روشی سازمان یافته و معتاد نیست  
مقابله با آن نیز دشوار نخواهد بود.

یکی از موانع مبارزه با این عادت شوم دلایلی است که بعضی از اهل فضل  
بر ضرورت حفظ شکنجه اقامه کرده‌اند. این دلایل در روزگار ما نه تازگی دارد و نه  
استحکام. عموماً کسانی که از شکنجه دفاع کرده‌اند دلایل خود را بر سودمندی این  
روش استوار ساخته و تلاش نموده‌اند محملی عقلانی برای آن بیابند. ضعف این  
دلایل در مقام معارضه با بعضی از اصول اخلاقی که مؤید کرامت و ارزش والای  
انسانی است آشکار است. از این رو، شکنجه رفتاری نفرت‌انگیز و نتایج آن مردود  
اعلام شده است.

بسیاری از حکومتها سالها است با تمهید یک سلسله اقدامات پیشگیرنده  
مبارزه‌ای جدی را با این نوع ددمنشی آغاز کرده‌اند. گزارشهایی که از بعضی از این  
کشورها در دست است نشان می‌دهد که تقریباً در تمام کشورهای مذکور گرفتن اقرار  
و یا کسب اطلاع به زور از اشخاص منسوخ شده است. فقط آنچه در این گزارشها  
از نحوه نگهداری و وضع نامطلوب بازداشتگاهها و زندانها نقل شده آن را رفتاری  
غیر انسانی و موهن معرفی کرده است.<sup>۳</sup>

اگر حکومتها بخواهند پیشگیری از شکنجه، رفتارهای خشن، غیر انسانی و  
موهن، بخشی از سیاست تأمین امنیت شهروندان به شمار رود ناگزیرند همه کوشش  
خود را در جهت اتخاذ یک سلسله تدابیر قانونی، قضایی و اداری به کار گیرند. این  
تدابیر که در بخش دوم این گفتار به صورت اصولی کلی بیان گردیده ضمناً تعهداتی  
برای مجریان و نیز ناظران اجرای قانون ایجاد خواهد کرد که بعضی از آن در روزگار  
ما جنبه بین المللی دارد. ولی، پیش از آن و در بخش نخست به دلایل کسانی که  
استفاده از شکنجه را در مواردی خاص ضروری تشخیص داده‌اند خواهیم پرداخت و

3. Aubert (B.), La détention par la police des personnes suspectées d'avoir commis une infraction pénale. Analyse des premiers rapports du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains au dégradants. in, Archives de politique criminelle, n° 17, 1995, pp. 51-66.

نشان خواهیم داد که زبان این قبیل تعدیّات بیش از سودی است که مدافعان شکنجه در طلب کسب آن هستند.



### دلایل وجوب شکنجه

در تاریخ اندیشه‌های بشر «سودمندی» یا به زبان دیگر جلب خیر و اعتلای آن به عنوان یک قاعده رفتاری پیروانی دارد و در میان آنها فیلسوفانی بوده‌اند که با اصالت بخشیدن به اجتماع و نیز یگانه انگاشتن منفعت جمع و مصالح حکومت تا به آنجا پیش رفته‌اند که اساس حقوق و آزادیهای فردی را فراموش کرده‌اند. پیروان این نظریه با این که هر یک منفعت عمومی را به گونه‌ای تعریف کرده‌اند، بر این عقیده که هدف قواعد حقوق تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی همگانی است توافق دارند. آن دسته از نظریه پردازان سیاسی هم که نظام حکومتی را تجلیگاه خواسته‌ها و آرمانهای جمعی پنداشته‌اند، گاه به حدی به دفاع از حقوق دولت مقتدر ملی مبالغه کرده‌اند که منظور از وضع قانون را حفظ دولت در برابر افراد دانسته و یکسره از حمایت افراد در برابر دولت دست کشیده‌اند. از این رو، هنگامی که تعارضی میان منافع دولت از جمله حفظ آن با مصالح انسانی مانند احترام به حقوق و آزادیهای فردی پیش می‌آید از انکار این حقوق و فدا کردن آن هیچ ابا ندارند. شیوه حل این تعارض آنجا که حربه شکنجه راه گشا است بسیار نگران کننده است.

اگر از آن دسته از مدافعان شکنجه که عموماً بر همان برهان قدیمی توسّل به حربه مؤثر یا می‌فشرند بگذریم، کسانی هستند که درباره زشتی و ظالمانه بودن شکنجه تردید ندارند، لیکن به کار بستن آن را در موارد استثنایی و یا با یکبار خصوصاً برای تأمین مصلحتی خاص جایز می‌دانند و چنین استدلال می‌کنند که اگر اسرار و اطلاعات فرد بسیار مهم و فی‌المثل برای حفظ نظام حکومتی دانستن آن

ضروری باشد، در این صورت افساء این اسرار و اظهار این اطلاعات بر فرد واجب است و چنانچه از ابراز آن خودداری کرد به ترک واجب متهم است و می توان او را تعزیر کرد. در این باره با تمسک به قاعده تراحم، چون مصلحت امر واجب و مهم با امر حرامی که مفسده آن در حد مصلحت آن واجب نیست تراحم پیدا می کند، پذیرفتن اوکی را ارجح و اولی می دانند.

این دیدگاه ضمن آنکه حرمت شکنجه را می پذیرد، بر چند فرض مبتنی است که مغایرت هر یک با بعض اصول حقوق جزا آنچنان آشکار است که در رد آن به استدلال آنچنانی نیاز نیست؛ نخست، کتمان حقیقتی که دانستن آن برای حفظ نظام ضروری است جرم و مقابله با حکومت محسوب می شود. دوم، شواهدی در دست است که نشان می دهد متهم (با فرض اتهام) حقایقی در سینه دارد که از افساء آن امتناع می کند. سوم، دانستن این حقایق برای حفظ نظام ضروری است.

در فرض نخست، تا آنجا که می دانیم تاکنون کمتر شنیده یا دیده شده است که در نظام قانونگذاری کشورها، کتمان حقیقت ولو بیان آن برای حفظ نظام حکومتی مهم باشد، جرم محسوب و تکلیفی به اظهار آن برای مردم تعیین شده باشد. در دین اسلام حتی پرده پوشی بر حقایق زشت و فاحش اصلی اخلاقی و امری پسندیده شمرده شده است. لو فرض که کتمان حقیقت یا بعض حقایق جرم باشد، آیا اصل قانونی بودن جرم و مجازات که ضامن حقوق و آزادیهای فردی است حکم نمی کند که هر کس از پیش تکلیف خود را در این باره بداند؟ آیا قانونگذار موظف نیست در این باره به صراحت حکم مجازات ترک واجبی که کتمان حقیقت نام دارد تعیین کند؟

معمول است اگر کسی به گناهی متهم بود به اتهام او مطابق آیین دادرسی و با تمام تضمین هایی که برای حفظ حقوق متهمان پیش بینی شده رسیدگی می شود. حال، اگر کتمان حقیقت جرم شناخته شود، آیا این اتهام نباید در یک دادرسی عادلانه رسیدگی و اثبات گردد؟ آیا متهم مانند هر دادرسی دیگر حق دفاع از خود را دارد؟

مهم تر از همه، ماهیت مجازات جرم کتمان حقیقت (با فرض جرم بودن) است که بزهکار به تحمل آن محکومیت یافته است. عقیده بر این است که مجرم در صورت محکومیت، تعزیر می گردد و منظور از تعزیر در عمل همان تازیانه است. سؤال این است که آیا تناسبی میان این جرم و مجازات آن دیده می شود؟ آیا مجازات کتمان حقیقت تازیانه و تحقیر و محروم کردن محکوم علیه از کمترین حقوقی است که به موجب قوانین داخلی و معاهدات بین المللی برای هر متهم و محکومی شناخته شده است؟ تناسب میان جرم و مجازات از اصول قانونگذاری کیفری و شرط تأثیر مجازات است. سؤال دیگری که در اینجا مطرح می شود، این است که اگر بپذیریم که کتمان حقیقت جرم و این عمل سزاوار تازیانه است، آیا در اجرای مجازات باید مطابق حکم دادگاه به میزان مقرر در حکم اکتفا کرد یا مادام که متهم لب به سخن نگشوده ضربات تازیانه باید ادامه یابد؟ هرگاه پس از اجرای حکم، متهم همچنان به عهد خود باقی بود و سخنی به زبان جاری نساخت آیا نیاز به محکومیت کیفری جدیدی است؟

در واقع، اکراه و شکنجه متهم عموماً نه برای تنبیه او، بلکه برای شکستن مهر سکوتی است که بر لب زده است. وگرنه چگونه برای ترک واجبی همچون کتمان حقیقت می توان کیفری مانند شلاق (در پذیرفتنی صورت آن) و نه کیفر دیگر را متناسب دانست. بنابراین، رنج و مشقت تحمیلی نه برای ترک تکلیف به عنوان جرمی تام که در گذشته واقع شده و محکوم علیه به این اتهام سزاوار آن است، بلکه برای تکلیفی مانند دادن اطلاعات و بیان حقایق و افشاء اسراری است که در آینده به ادای آن ملزم است. در این حال، تعزیر متهم نه به اتهام کتمان حقیقت، بلکه برای وصول به حقیقت گمشده ای است که شکنجه گر در پی یافتن آن است.

در فرض دوم، باید دانست که دلیل در دادرسی هنگامی اعتبار دارد که برای اثبات امری (جرم) بتوان به آن استناد کرد. وقتی فعل یا ترک فعلی (کتمان حقیقت) جرم نباشد، ادله ای که حکایت از امر مباحی می کند واجد اثر نیست،

حتی اگر متهم به این کتمان حقیقت اقرار و در برابر تقاضای اظهار آن سکوت اختیار کند.

با فرض این که کتمان حقیقت جرم باشد، کسی که مدعی چنین امری است باید بتواند آن را اثبات کند و اگر نتواند ادعای خود را به کرسی بنشاند حکم به برائت مدعی علیه خواهد شد. علاوه بر آن، در محاکم کیفری دلیلی قوت و اعتبار دارد که متهم نتواند صحت آن را انکار کند. در این صورت نیاز به اقرار متهم نیست.

حال، اگر متهم در دادرسی به اتهام کتمان حقیقت (یا گفتار کذب) به کیفر تازیانه محکوم گردید، آیا این محکومیت سزای عمل (ترک واجب) او است یا الزام به تکلیفی که ترک کرده است؟ تفاوت مجازات و شکنجه (به معنی خاص) در اینجا نهفته است. به همین دلیل متهم حق دارد در برابر سؤالهایی که از او می کنند سکوت اختیار کند. همچنانکه اشاره کردیم این سکوت در نظامهای دادرسی مبتنی بر دلایل قانونی برای کسانی که قراین و شواهد ضعیف بر وجود امری در دست دارند سخت گران است. زیرا، همواره در تلاش هستند که ادله مذکور را با اقرار یا اعتراف و به طور کلی اظهارات متهم تقویت کنند و از آن یک دلیل کامل بسازند.<sup>۴</sup> بر مبنای همین ادله ضعیف، اغلب شکنجه گران بر محق بودن خود اصرار و بر شکستن سکوت متهم بیش از پیش مداومت می ورزند.

در فرض سوم، این سخن که حفظ نظام حکومتی در گرو دانستن یک سلسله حقایق ناشناخته است شگفت آور است. در گزارف بودن این ادعا همین سؤال بس که یک نظام حکومتی تا چه پایه از ضعف و تزلزل باید تنزل کرده باشد تا اسرار و

۴. به طور کلی قوانین کشور ما سکوت متهم را در بازپرسی قریبه بر ارتکاب جرم محسوب نمی کند. ماده ۱۲۵ آیین دادرسی کیفری مقرر می دارد: «... چنانچه متهم از دادن پاسخ امتناع نماید امتناع او در صورت مجلس قید می شود». حکم مشابهی نیز در ماده ۲۴۹ قانون مذکور به این شرح آمده است: «حاکم صلح سؤالاتی را که برای رفع اختلاف مسأله لازم است از طرفین و شهود آنان خواهد کرد در صورتی که متهم جواب سؤالات را ندهد محکمه صلح بدون اینکه متهم را به دادن جواب مجبور کند شروع به رسیدگی دلائل می نماید و دلائل طرفی را به طرف دیگر اظهار داشته جواب می خواهد.»

اطلاعات یک متهم بتواند به حفظ آن کمک کند. همچنانکه پیشتر توضیح دادیم پذیرفتن این دیدگاه چون بر فرض دوگانگی مصالح فرد و نظام سیاسی استوار است خالی از اشکال نیست. زیرا، در عمل هر جا مصلحت حکومت که همه گونه قابل تفسیر است اقتضا کند حاضر است فرد را فدا کند.<sup>۵</sup> غافل از آنکه هر چیز که مفید و راهگشا بود ضرورتاً نیکو و موافق اخلاق نیست. در فلسفه اخلاق کانت هر فرد انسانی ذاتاً شایسته احترام است. هرگز نباید از انسان به نشانه وسیله رسیدن به غایت و غرض دیگری بهره برداری کرد.<sup>۶</sup> زیرا، شخصیت ذاتی او ضامن چنین توهین ناروایی است.

علاوه بر آن، امروزه قول به دوگانگی مصالح حکومت و فرد و ترجیح یکی بر دیگری از موضوعاتی است که با این تعبیر در عرصه اندیشه حقوقی دیگر قابل دفاع نیست و یا دست کم نمی توان به بهانه حفظ نظام حکومتی بعض قواعد ناظر به حقوق و آزادیهای فردی را نادیده گرفت. قاعده منع شکنجه در روزگار ما قاعده ای است عام و در هر زمان و در هر وضعی اطلاق دارد. دلایلی نظیر امنیت داخلی، تهاجم خارجی، مقابله با تروریسم و به طور کلی حفظ مصالح نظام حکومتی به هیچ وجه به کارگیری شکنجه و به درجاتی ملایمتر از آن رفتارهای خشن و موهن را مجاز نمی سازد. از این رو، حتی اگر تأثیر شکنجه در موردی ثابت و منفعتی از آن حاصل شده باشد، پذیرفتن آن هیچ گاه از قبح این عمل نمی کاهد. زیرا، هیچ چیز نکوهیده تر از آن نیست که انسان بی گناهی در معرض آزردهی جسمی و روحی ناموجه و توجیه ناپذیر قرار گیرد. مگر آنکه فرض گناهکاری او حسب ادله و قراین

۵. شهید دکتر بهشتی به هنگام تصویب اصل سی و هشتم قانون اساسی در جلسه مجلس خبرگان در پاسخ به این طرز تفکر می گوید: «... توجه بفرمایید که مسأله راه چیزی باز شدن است. به محض این که این راه باز شد و خواستند کسی را که متهم به بزرگترین جرمها باشد، یک سیلی به او بزنند مطمئن باشید به داغ کردن همه افراد منتهی می شود. پس این راه را باید بست. یعنی اگر حتی ده نفر از افراد سرشناس روده شوند، این راه باز نشود جامعه سالمتر است.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، ص ۷۷۸).

۶. ایمانوئل کانت، بنیاد مابعد الطبیعه اخلاق [گفتاری در حکمت کردار]، ترجمه حمید عنایت، علی قیصری، تهران، خوارزمی، ۱۳۶۹، ص ۷۴.



قوی در ضمن یک دادرسی عادلانه ثابت شده باشد که در این صورت فقط سزاوار کیفری است که پیش از ارتکاب جرم برای این اعمال مقرر شده است.

اصولاً، حفظ نظام حکومتی هنگامی ارزش دارد که این حق در جهت تحدید یا سلب حقوق و آزادیهای مشروع مردم به کار بسته نشود. در روزگار ما، اعتبار حکومتها با حفظ و دفاع از حقوق افراد که نمود بارز آزادمنشی و دادگری هر حکومتی محسوب می شود به دست می آید. مفسده شکنجه امروز به حدی است که گاه شأن و اعتبار حکومت را که همچون گوهری گرانبها والاترین دستاوردی است که یک نظام سیاسی می تواند به داشتن آن به خود ببالد، به خطر می اندازد.

بنابراین، حفظ نظام حکومتی بیش از همه با بسط فضیلت عدالت که خصلت بارز هر حکومت مبتنی بر ارزشها است تأمین می شود. حکومتهایی که مدعی اجرای عدالت اند باید شکنجه را به هر نحو ممنوع اعلام کنند. زیرا، استفاده از شکنجه با یکی از اصول بنیادی عدالت کیفری که به موجب آن مجازات فقط پس از اثبات شرعی و قانونی جرم مجاز است در تعارض خواهد بود. شکنجه مفهوم عدالت را مخدوش و در نتیجه اعتماد مردم را نسبت به حکومت سلب می نماید. آیا برای حکومت مصلحتی برتر از پایبندی به اصولی که ضامن حقوق و آزادیهای فردی و اجتماعی است وجود دارد؟

نکته آخر که بیش از همه به نظر مهم می رسد، نتیجه یا حاصل کار شکنجه است. اگر با تمام سختگیری ها و محرومیتها، اطلاعات یا اظهارات و یا اقرار متهم با واقع منطبق نبود و یا قراین و شواهد را منتفی ساخت تکلیف چیست؟ آیا باز هم می توان ادعا نمود که شکنجه روش اطمینان بخشی است؟ از این رو، حتی در مفید بودن این روش می باید ابراز تردید کرد. به ویژه در عمل ثابت شده است که متهمان زیر فشارهای ممتد روانی گرفتار پندارهایی می شوند که حقیقت را کاملاً واژگونه می سازد و یا برای رهایی از درد و رنج و مصایب شکنجه به هر آنچه از آنان خواسته می شود گردن می نهند. غرض آنکه دیگر هر چه بخواهند می گویند، نه هر چه کرده اند و هر آنچه می دانند.



## پیشگیری از شکنجه

با آن که قانون اساسی و مجموعه های قوانین داخلی اغلب کشورها صریحاً یا ضمناً به کارگیری شکنجه را منع می کنند و هتک حرمت و حیثیت کسانی را که به حکم قانون دستگیر، بازداشت یا زندانی می شوند روا نمی دارند، شکنجه و رفتارهای خشن و موهن امری شایع در بیشتر کشورها است. دلیل آن را شاید بتوان اغلب نقض تعهداتی که حکومتها به موجب قانون در پیشگیری از شکنجه پذیرفته اند، از جمله تحقیق درباره سوء استفاده از قدرت و اختیارات مأموران و تعقیب و مجازات آنها دانست. در سندی که با عنوان **ملاحظات کلی** درباره ماده ۷ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی<sup>۶</sup> در ژوئیه ۱۹۸۲ به تأیید کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد رسیده، کمیته مذکور در خصوص اجرای این ماده متذکر شده است که دولتها نباید تنها به جرم شناختن شکنجه در قوانین خود اکتفا کنند، زیرا با وجود منع مصرح و قانونی آن، این شیوه با نادیده گرفتن مقررات کیفری همچنان رواج دارد، بلکه برای مقابله مؤثر با اعمال شکنجه، دولتها باید علاوه بر آن، مجموعه تدابیر پیشگیرنده ای را پیش بینی کنند که حداقل شامل اقدامات ذیل گردد:

شکایت هایی که از بدرفتاری<sup>۷</sup> با بازداشت شدگان می رسد باید موضوع تحقیق جامع مقامات صالح قرار گیرد. کسانی که مقصر شناخته شده اند مسؤول اند و

۷. ماده ۷ این میثاق مقرر می دارد: «هیچکس را نمی توان مورد شکنجه و آزار یا رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهن قرار داد.» میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. دولت ایران در آبان ۱۳۵۱ این میثاق را به تصویب مجلس شورا و در اردیبهشت ۱۳۵۴ به تصویب مجلس سنا رساند.

۸. بدرفتاری که شامل رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهن می شود به گونه ای تفسیر شده است که امکان گسترده حمایت در برابر تعدیات چه جسمانی یا روانی را فراهم کند، از جمله نگهداری شخص بازداشتی یا زندانی در وضعی که او را موقتاً یا دائماً از حواس طبیعی نظیر دیدن یا شنیدن یا هشیاری نسبت به زمان و مکان محروم کند.

قربانیان مورد گمان باید بتوانند از طرق مؤثر دادخواهی و از جمله درخواست ضرر و زیان نمایند. در بین تضمین‌هایی که نظارت مؤثری را ممکن خواهد کرد از مقررات منع بازداشت پنهانی، اعطای حق دیدار با بازداشت‌شدگان به اشخاصی چون پزشکان، وکلای دعاوی و اعضای خانواده آنها بدون آنکه ضرورت تحقیق را منتفی سازد می‌توان نام برد. مقرراتی که به موجب آن زندانیان باید در بازداشتگاه‌های رسماً شناخته شده نگهداری شوند و نام و بازداشتگاه‌های آنها در دفتری متمرکز ثبت و در دسترس اشخاص ذی نفع نظیر اعضای خانواده قرار گیرد و همچنین مقرراتی که اقرار با شهادت زیر شکنجه یا توأم با رفتارهای مغایر در ماده ۷ را در دادگاه فاقد ارزش و اعتبار اعلام کند و نیز اقداماتی که در زمینه یادگیری و آموزش مسؤولان اجرای قانون اتخاذ می‌گردد تا به این‌گونه رفتارها متوسل نشوند در زمره تضمین‌های مذکور محسوب می‌شوند.

علاوه بر دستورالعمل مذکور که کاملاً جنبه ارشادی دارد، تضمین‌های دیگری را می‌توان برشمرد که از مطالعه اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر برمی‌آید. مجموع آنها تدابیر مؤثر و ابزار بازدارنده‌ای را تشکیل می‌دهد که هر دولتی برای پیشگیری از شکنجه می‌تواند بپذیرد. این تضمین‌ها به دولت‌ها کمک خواهد کرد تا از عهده تکالیفی که به موجب اعلامیه سازمان ملل یا کنوانسیون منع شکنجه<sup>۹</sup> تقبل کرده‌اند برآیند. برطبق ماده ۴ اعلامیه مذکور: «همه دولت‌ها، مطابق مقررات این اعلامیه اقدامات مؤثر برای جلوگیری از این که شکنجه و دیگر مشقات یا رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهن در محاکم خود به کار نرود اتخاذ

۹. اعلامیه سازمان ملل متحد درباره حمایت از همه اشخاص در برابر شکنجه و دیگر مشقات یا رفتارهای خشن، غیرانسانی یا موهن (مصوب ۹ دسامبر ۱۹۷۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قطعنامه XXX ۳۴۵۲).

۱۰. کنوانسیون منع شکنجه و دیگر مشقات یا رفتارهای خشن، غیرانسانی مورش ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴، ماده ۲.

می‌کنند.» به طور کلی، این تضمین‌ها هم برای حمایت از بازداشت‌شدگان و هم مأموران انتظامی به ویژه مأمورانی که زیر فشار مقامات مافوق ناگزیرند به این شیوه‌های ظالمانه متوسل شوند پیش‌بینی شده است.

### ۱. محکومیت رسمی شکنجه

دولتمردان، سران حکومت و مقامات ارشد نیروهای مختلف انتظامی و امنیتی باید بدون هیچ ابهامی رسماً اعلام کنند که در هیچ موقعیتی اجازه نخواهند داد که بازداشت‌شدگان قربانی بدرفتاری و خشونت مأموران تحت امر آنها شوند. در بسیاری از کشورها، مأموران انتظامی و امنیتی خود را مافوق قانون می‌دانند و معتقدند که به هیچ‌کس جز مقام مافوق نباید حساب پس بدهند. از این رو، تأثیر دستورهای مقام مافوق را هنگامی که به صراحت مأموران را مکلف به رعایت حقوق بازداشت‌شدگان و به طور کلی احترام به حقوق دیگران می‌کند نباید دست کم گرفت.

### ۲. محدودیت مدت اخفاء

تقریباً در اغلب موارد قربانیان شکنجه چه به قصد بازجویی و چه برای زدودن آثار احتمالی شکنجه پنهان نگهداری می‌شوند و از حق ملاقات محروم‌اند. تضمین مؤثر برای همه بازداشت‌شدگان که بتوانند سریعاً و مرتباً با وکیل یا پزشک و خانواده خود تماس بگیرند و در اسرع وقت در دادگاه حاضر شوند خطر بدرفتاری را تا اندازه‌ای کاهش خواهد داد، به ویژه در ساعات و روزهای نخست دستگیری و بازداشت. زیرا، در چنین زمانی است که خطر شکنجه افزایش می‌یابد. بنابراین، حضور به موقع و بدون تأخیر در دادگاه به قاضی اجازه خواهد داد تا در مورد صحت و ضرورت بازداشت و همچنین شیوه برخورد با بازداشت‌شده اظهار نظر نماید. پرسشهای زیر به ما اجازه خواهد داد تا عزم نظام حکومتی مبنی بر فراهم نمودن تضمین‌های مؤثر علیه اقدام نامشروع بازداشت پنهانی را بسنجیم:

نخست، آیا دادگاهها این اختیار را برطبق موازین قانونی دارند هر بار که بازداشت شده سریعاً برای رسیدگی به مرجع قضایی معرفی نگردید، درباره قانونی بودن بازداشت او تصمیم بگیرند؟

دوم، آیا مقاماتی که به بازداشت اشخاص مبادرت کرده اند به وکلای آنها اجازه ملاقات در اسرع وقت و به طور مرتب را خواهند داد؟ آیا اعضای خانواده آنها می توانند در زمان و فواصل متعارف با آنها دیدار کنند؟

سوم، آیا ممکن است پزشک معتمد خانواده براساس دلائل موجه از بازداشت شده عیادت کند؟

### ۳. منع شکنجه به موجب قوانین ملی

اعلامیه سازمان ملل متحد (ماده ۷) و پس از آن کنوانسیون منع شکنجه (ماده ۴) از دولتها خواسته است که افعال شکنجه را به هر نحو در حقوق داخلی جرم قلمداد کنند. قانون جزا باید شکنجه را جرم بشناسد و ضمانت اجرای مناسبی برای این قبیل افعال وضع کند. شکنجه در مناسبات میان دولتها جرم بین المللی شناخته شده است. از این رو، تعقیب و مجازات آن نباید مشمول مرور زمان گردد.

قانون باید دولتها را ملزم به درخواست استرداد مأموران خود که به جرم شکنجه متهم اند و برای فرار از تعقیب به کشورهای بیگانه پناهنده شده اند نماید و یا مأموران تبعه خارجی را که به ارتکاب شکنجه متهم اند و در خاک آن کشور به سر می برند تعقیب و یا به دولت متقاضی مسترد کند. در بعضی از نظامهای حقوقی، اشخاص به موجب قانون اجازه دارند علیه مأموران دولت که به اتهام شکنجه از تعقیب آنها در کشور متبوع خود امتناع شده است در دادگاه محل سکونت متهم در خاک کشور دیگر اقامه دعوی کنند.

### ۴. بازدید منظم از بازداشتگاهها

بازداشتگاهها و مراکز نگهداری متهمان باید به طور مرتب و منظم از طرف

اشخاص مستقل از مقامات زندان بازرسی شود. این اشخاص ممکن است منصوب سازمانهای ملی مستقل یا نماینده سازمانهای بین‌المللی باشد. اشخاص مذکور باید بتوانند دور از نظارت کارگزاران زندان با بازداشت‌شدگان دیدار و گفتگو کنند. مراقبت بر اجرای دقیق مقررات ناظر بر بازداشت و نیز بازجویی در بند شدگان حمایت از آنان را در برابر شکنجه و هرگونه بدرفتاری تقویت خواهد کرد.

قوای عمومی باید یقین حاصل کند که تمام شکایتها و اطلاعات درباره شکنجه بدون جانبداری رسیدگی و پیگیری خواهد شد. تحقیق در این خصوص و نتایج آن باید به اطلاع عموم برسد. شاکیان و شهود در این قضایا باید از حمایت عمومی در برابر هرگونه تهدید و فشار برخوردار گردند.

#### ۵. ابلاغ حقوق بازداشت‌شدگان

به هنگام دستگیری یا زندانی شدن یا اندک‌زمانی پس از آن، بازداشت‌شدگان حق دارند از دلایل دستگیری یا بازداشت خود و نیز محل بازداشتگاه و تشکیلاتی که آنان را بازداشت کرده است مطلع شوند. همچنین، باید به طور شفاهی یا کتبی و به زبانی که قادر به فهم آن هستند به آنها توضیح داده شود چگونه از حقوقی که قانون برای آنها شناخته بهره‌مند گردند، از آن جمله حق شکایت مبنی بر بدرفتاری با آنها. شناسایی بازجویان، نگهبانان و مقامات بازداشتگاهها مانع از آن خواهد شد که با چهره‌ای گمنام بتوانند از موقعیت خود سوء استفاده کنند.

#### ۶. تفکیک وظایف بازداشت‌کنندگان و بازجویان

اغلب بازداشت‌شدگانی که شکنجه دیده‌اند در همان بخشی نگهداری می‌شوند که بازجویی شده‌اند. جداسازی تشکیلاتی این دو وظیفه مهم، امنیت نسبتاً بیشتری برای بازداشت‌شدگان فراهم می‌کند، ضمن آنکه به واحدهایی که در بازجویی مداخله ندارند اجازه خواهد داد که نسبت به صحت کار خود اطمینان

بیشتری پیدا کنند.

#### ۷. بی ارزش و اعتبار شناختن اظهارات زیر شکنجه

مقامات عمومی باید ضمن مردود دانستن اقرار و اطلاعاتی که به زور و عنف از بازداشت شدگان گرفته شده است، دقت نمایند که چنین اقرار و اطلاعاتی به عنوان ادله اثبات دعوی مستند حکم در دادرسی قرار نگیرد.

#### ۸. آموزش مجریان قانون

تمام مأموران اجرای قانون (ارتشیان، پلیس و زندانبانان) باید درباره قواعد نورنبرگ ناظر بر مسؤولیت فردی مأموران دولت در تمام سطوح و نیز منع شکنجه حسب اعلامیه جهانی و اعلامیه اسلامی حقوق بشر و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و نیز درباره اصول مندرج در مجموعه قواعد رفتاری و مجموعه قواعد حداقل و اعلامیه سازمان ملل بر ضد شکنجه و معاهدات بین المللی دیگر و همچنین مقررات قوانین و آیین نامه های داخلی منع کننده شکنجه آموزش ببینند. این اسناد باید در نهایت به زبان محلی ترجمه شده و در تمام واحدهای اداره های کل و اداره های تابع که در مرحله دستگیری، تحقیقات مقدماتی و بازداشت مداخله می کنند و نیز تشکیلات عدالت کیفری توزیع شود. منع مطلق شکنجه و رفتارهای خشن و موهن که برطبق قوانین ملی جرم قلمداد شده است باید در تمام بازداشتگاهها در معرض دید عموم نصب شود.

#### ۹. جبران خسارت

قربانیان شکنجه و اشخاص تحت تکفل آنها حق جبران خسارت و مطالبه غرامت از اشخاص و در نهایت دستگاههای دولتی ناظر را خواهند داشت. کشورهای مخالف شکنجه باید نه تنها حق مطالبه غرامت را که یک حق مالی است در نظام حقوقی خود منظور کنند، بلکه حق اعاده وضع پیشین را که عمدتاً شامل

حق برخورداری از درمان پزشکی، دارویی و به ویژه باز یافتن موقعیت اجتماعی است از جمله حقوق زیان دیدگان از شکنجه محسوب دارند.

### ۱۰. الحاق به معاهدات و تصویب اسناد بین‌المللی

از تأثیر پیشگیرنده الحاق دولتها به معاهدات بین‌المللی و تصویب اسنادی که تعهدی برای آنها ایجاد می‌کند نباید غافل بود. کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ با پیش‌بینی یک سلسله تدابیر به ویژه ایجاد کمیته‌ای خاص که وظیفه تحقیق و بررسی اخبار و اطلاعات واصل در مورد شکنجه را دارد (ماده ۱۷) دامنه نظارت را بر نحوه ایفای تعهدات دولتها گسترانیده است. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ خصوصاً پروتکل اختیاری آن که به کمیته حقوق بشر اجازه رسیدگی به شکایتهای افراد را داده است به همین منظور تصویب شده است تا دولتها به حفظ و احترام حقوق اتباع خود بیشتر ملتزم گردند.

علاوه بر آن، پذیرفتن قطعنامه‌های سازمان ملل متحد شامل قواعد راهبردی نظیر نظامنامه رفتاری برای مسؤولان اجرای قانون (۱۷ دسامبر ۱۹۷۹) و نیز مجموعه قواعد حداقل برای رفتار با بازداشت‌شدگان (مصوب ۳۱ ژوئیه ۱۹۵۷ شورای اقتصادی و اجتماعی) به دولتها کمک خواهد کرد تا محدوده وظایف کارگزاران را اعم از مأموران اداری و انتظامی و به‌طور کلی همه کسانی که در دستگیری، بازداشت و مراقبت از بازداشت‌شدگان مشارکت دارند تعیین کنند. عزم دولتها برای مقابله با شکنجه تا حدودی بسیار بستگی به میزان تعهد آنها به قواعد مندرج در اسناد مذکور دارد.



## تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)

دکتر امیر حسین آبادی

### گفتار سوم تعدیل قضایی<sup>۱</sup>

تعدیل قانونی و قراردادی عقد را طی دو گفتار در شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی بررسی کردیم، اکنون گفتار مربوط به تعدیل قضایی قرارداد را مورد بحث قرار می‌دهیم.

دیدیم که طرفین قرارداد و همچنین قانونگذار می‌توانند برای جلوگیری از برهم خوردن تعادل عوضین در جریان اجرای قرارداد، تمهیداتی در نظر بگیرند و اگر این تعادل به نحوی برهم خورد، قانونگذار با تصویب قانون و طرفین با توافق یکدیگر می‌توانند آن را متعادل نمایند. هرچند رعایت احترام اراده طرفین بر قانونگذار هم لازم و ضروری است و حتی الامکان باید از دخالت در قراردادی که بوسیله طرفین منعقد شده خودداری کند، ولی در صورت اقتضای مصلحت، چنین دخالتی توجیه پذیر است.

اما سؤال مهمی که در این مورد مطرح می‌شود این است که آیا قاضی هم می‌تواند در تعدیل قرارداد نقشی داشته باشد؟

پاسخ به این پرسش در سیستمهای حقوقی نوشته بدون تردید منفی است، زیرا در این گونه سیستمها تغییر تعهدات طرفین و متعادل کردن قرارداد در صلاحیت

۱. تعدیل قانونی و قراردادی در شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی صفحه ۱۷۹ به بعد درج شده است.

قانونگذار است و قاضی به هیچ روی و تحت هیچ عنوانی ولو به نام اجرای عدالت، حق کاستن از تعهدات طرفین و یا افزودن بر آن را ندارد؛ و همانگونه که ملزم به اجرای قانون است باید قرارداد را نیز اجرا کند و اگر اجمال یا ابهامی در آن وجود داشته باشد باید همانطور که قانون را تفسیر می‌کند، به همان روش، قرارداد را هم تفسیر کند.

با وجود این، گاهی اوقات اوضاع و احوال به ویژه اوضاع و احوال اقتصادی حاکم بر زمان انعقاد قرارداد بر اثر حوادث غیر قابل پیش بینی آنچنان تغییر می‌کند که ارزش واقعی عوضین غیر از آن چیزی می‌گردد که طرفین در هنگام انعقاد عقد در نظر گرفته‌اند. در چنین صورتی مسأله مداخله دادرس و تعدیل قضایی مطرح می‌شود، که نظریه «عدم پیش بینی» یا "Théorie de l'imprévision" می‌تواند چنین مداخله‌ای را توجیه کند. بنابراین ابتدا به معرفی و بیان این تئوری می‌پردازیم و سپس شرایط تحقق و مبنای آن را توضیح می‌دهیم و بعد از آن جایگاه این نظریه را در حقوق فرانسه بررسی می‌کنیم، و مطلب آخر را به حقوق ایران اختصاص می‌دهیم. شایان ذکر است که در قوانین برخی کشورها از جمله آلمان، سوئیس، ایتالیا، یونان و پرتغال عدم پیش بینی به عنوان یک نظریه عمومی پذیرفته شده است.<sup>۲</sup>

### الف- نظریه عدم پیش بینی "Théorie de l'imprévision"

این تئوری که از پدیده‌های قرن حاضر و پی‌آمد بحرانهای اقتصادی ناشی از جنگ جهانی این قرن است، از طرف نویسندگان، یا قوانین به طور مشخص تعریف نشده است. دیوان کشور بلژیک در رأیی که در سال ۱۹۲۴ صادر کرده، این تئوری را چنین تعریف کرده است:

۲. برای مطالعه این نظریه در حقوق برخی کشورها بنگرید به دکتر کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، قرائت و تمرین ۱۴، صفحه ۱۰۸.

«حادثه ای غیر متعارف که در هنگام انعقاد عقد قابل پیش بینی نبوده و تعادل اقتصادی قرارداد را عمیقاً دگرگون کرده است به نحوی که طرف متضرر اگر می توانست آن را پیش بینی کند، هرگز راضی به قبول آن نمی شد».<sup>۲</sup>

تعریفی که استاد دکتر کاتوزیان از این نظریه ارائه داده اند کم و بیش همین مفهوم را می رساند:

«حادثه ای پیش بینی نشده که اجرای تعهد را محال نمی کند (قوه قاهره) ولی آن را به غایت دشوار می سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را برهم می زند».<sup>۱</sup>

برای شناخت هر نظریه یا پدیده ای، چنانچه اوصاف و خصوصیات آن دقیقاً بررسی شود، تعریف و ماهیت آن خود بخود روشن می گردد، ما نیز برای شناسایی نظریه عدم پیش بینی ابتدا به بررسی اوصاف این نظریه می پردازیم:

همانطور که از این تعریف و دیگر تعاریف برمی آید نظریه عدم پیش بینی یا "Théorie de l'imprevision" باید در حد فورس ماژور (قوه قاهره) نباشد، چه در آن صورت اجرای تعهد غیر ممکن خواهد شد و موجب انحلال قرارداد می گردد و موجبی برای تعدیل آن باقی نمی ماند. حادثه باید چنان باشد که در اثر آن، اجرای قرارداد برای یکی از طرفین بیش از حد معمول و متعارف دشوار و پرهزینه گردد.

#### ۱. حادثه باید در قرارداد پیش بینی نشده باشد

این مسأله به قدری روشن و بدیهی است که شاید نیازی به ذکر آن به عنوان یکی از خصوصیات نباشد، زیرا وقتی که طرفین وجود یک حادثه را در قرارداد پیش بینی و بیان می کنند، این حادثه هر چند موجب سنگینی و صرف هزینه گزاف

3. Cass. belge, 30 Octobre 1924, I. P. 565. cité par DENIS (M.Ph): Changement de circonstance et bouleversement de l'economie contractuelle, Bruxelles 1986.

۴. دکتر کاتوزیان، ناصر: «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، صفحه ۸۱، شماره ۵۳۴.

در اجرای تعهد باشد، نمی‌تواند از طرف متعهد برای تعدیل قرارداد مورد استناد قرار گیرد.

به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران، قرارداد قانون طرفین است و آنان ملزم و مکلف‌اند تمام موارد آن را با حسن نیت اجرا نمایند، و علی‌الاصول قیمت‌ها با توجه به دشواری و سادگی تعهدات تعیین می‌گردد، و در هر موردی که حادثه یا امری موجب صرف وقت بیشتر یا هزینه گزاف‌تری گردد، مقداری از عوض در قبال آن قرار می‌گیرد.

علاوه بر آنچه که به طور صریح در قرارداد پیش‌بینی می‌گردد، طرفین ملزمند به آنچه که از عرف یا قانون نیز ناشی می‌شود گردن نهند، مواد ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه و ۲۲۰ قانون مدنی ایران در این مورد به قدر کافی صراحت دارد.<sup>۵</sup>

## ۲. حادثه غیر قابل پیش‌بینی باشد

یکی از مهمترین خصوصیات این نظریه، غیر قابل پیش‌بینی بودن آن است، این خصوصیت که قید اصلی این نظریه محسوب می‌گردد عبارت است از این که واقعه‌ای که توازن بین عوضین را در هنگام اجرا برهم زده باید در هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده باشد. ملاک قابلیت پیش‌بینی عرف است؛ اگر حادثه عرفاً قابل پیش‌بینی باشد یعنی یک فرد معمولی و متعارف در ردیف و موقعیت متعهد بتواند آن را پیش‌بینی کند، متعهد نمی‌تواند برای رهایی از تعهدات خود به این نظریه استناد کند، هر چند که حادثه برای او بر اثر بی‌توجهی یا عدم آگاهی،

۵. ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران مقرر داشته: «عقد نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند».

واقعاً قابل پیش بینی نبوده باشد.<sup>۶</sup>

یکی از اساتید حقوق اداری ایران در این خصوص چنین نگاشته اند:<sup>۷</sup>

«باید دانست در طول مدت قرارداد حوادث مختلفی بروز و اجرای آن را دچار اشکال و مخاطره می نماید. بعضی از این حوادث عادی است و طرفین آن را باید تحمّل نمایند زیرا همانطور که شخص از منافع پیمان خود استفاده می کند باید به زیان آن ولو این که خارج از حدود انتظار باشد تن دهد.

ولی بعضی حوادث مطلقاً غیر قابل پیش بینی است و طرفین نمی توانند قبلاً فکر آن را بکنند مثلاً تغییرات و نوسانات قیمتها که از عوامل اقتصاد سرمایه داری است تغییرات نسبتاً معمولی و قابل پیش بینی هستند ولی اگر این نوسانات ناشی از عوامل استثنایی مانند جنگ و کاهش قوه خرید پول و بحران اقتصادی باشد در این صورت جنبه غیر عادی خواهند داشت. عواملی که سبب واژگون شدن اقتصاد قرارداد می گردد گوناگون و متنوع است و حتی گاهی ممکن است خود معلول بعضی مداخلات دولتی باشد که سبب اغتشاش اوضاع اقتصادی و به هم خوردن موازین قراردادهای می گردد مانند تصمیم دولت در باره افزایش قوه خرید پول، تعیین نرخ اجناس، جنگ و غیره».

و یکی از حقوقدانان فرانسه در این زمینه می گوید: «اگر در لحظه انعقاد قرارداد، مقدمات شروع یک جنگ فراهم شده باشد، وقوع جنگ قابل پیش بینی است، لیکن پی آمدهای اقتصادی که این جنگ در جریان اجرای قرارداد بر روی قیمتها خواهد داشت، ممکن است قابل پیش بینی نباشد. بنابراین اگر نوسان

۶. قابل پیش بینی بودن نه تنها در قراردادهای، بلکه در الزامات خارج از قرارداد هم علی الاصول یکی از شرایط تحقق مسؤلیت مدنی است، ماده ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته: «هرگاه کسی چیزی را بر روی دیوار خود قرار دهد و در اثر حوادث پیش بینی نشده به معبر عام بیفتد و موجب خسارت شود عهده دار نخواهد بود مگر آن که آن را طوری گذاشته باشد که عادتاً ساقط می شود». برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به دکتر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ص ۲۵۸.

۷. دکتر طباطبایی مؤتسی، منوچهر؛ حقوق اداری، جلد دوم، ص ۱۱۵.

قیمتها بیش از آنچه باشد که تصور می شده، متعهد می تواند به تئوری عدم پیش بینی "imprévision" استناد کند.<sup>۸</sup>

این همان ایرادی است که شورای دولتی فرانسه در موضوع گاز کشی شهر «بردو» بر دفاع شهرداری وارد کرده، و نظریه عدم پیش بینی را پذیرفت؛ شهرداری «بردو» و نماینده شورای شهر در دفاع اظهار داشته بودند که در یک قراردادی که از سال ۱۹۰۴ به مدت ۳۰ سال منعقد شده است، احتمال هر نوع حادثه ای از جمله جنگ، قابل پیش بینی بوده است، بنابراین متعهد نمی تواند برای رهایی خود از اجرای تعهد و یا تعدیل قیمتها به جنگ جهانی اول استناد کند. شورای دولتی استدلال کرد: هرچند با توجه به طول مدت قرارداد احتمال هر واقعه ای از جمله جنگ قابل تصور بوده است، لیکن آنچه که قابل پیش بینی نبوده، وسعت و دامنه این جنگ، عواقب و آثار و نتایج حاصل از آن به ویژه در زمینه مسائل اقتصادی بوده است، در نتیجه شرکت گاز را در تقاضای خود مبنی بر تعدیل قیمتها ذی حق تشخیص داد.<sup>۹</sup>

برای تشخیص غیر قابل پیش بینی بودن حادثه، قاضی باید اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد عقد را مورد بررسی قرار دهد؛ اوضاع و احوالی که طرفین می توانسته اند با در نظر گرفتن آنها میزان تعهدات خود را ارزیابی کرده و با توجه به تمام جوانب، حاضر به انجام معامله گردند. شورای دولتی فرانسه رأی دادگاه اداری شهر «گرونویل» را فسخ و درخواست مطالبه خسارت از طریق یک مؤسسه خصوصی را، به لحاظ قابل پیش بینی بودن حادثه ای که منجر به ورود خسارت گردیده بود، رد کرد. جریان از این قرار بود که یک شرکت خصوصی، بهره برداری از دستگاههای بالا برنده اسکی بازها را در یک دهکده در دامنه کوههای آلپ اجاره کرده بود. مدتی بعد طرح توسعه دستگاههای بالا برنده از طرف دولت به اجرا

8. VOIRIN (PIERRE) De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse Nancy 1922, p. 145.

9. C. E. 23 Janvier 1920, Rec. 1920. p. 67.

در مورد این رأی در همین مقاله در قسمت روبه قضایی بحث خواهیم کرد.

درآمد و در نزدیکی تأسیسات سابق، دستگاههای مدرن و مجهزی که با سهولت بیشتر و راحت تر ورزشکاران را بالای برد، نصب و مورد استفاده قرار گرفت، مستأجر (بهره بردار) مشتریان خود را به کلی از دست داد و از دادگاه اداری تقاضای مطالبه خسارت نمود. دادگاه درخواست وی را پذیرفت، ولی شورای دولتی این رأی را فسخ و تقاضای خواهان را رد کرد؛ استدلال شورا این بود که طرح توسعه ورزشهای زمستانی در هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش بینی بوده است. (۱ مکرر)

از شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران رأیی در همین زمینه (در پرونده کلاسه ۳۸۲/۳۹) بر رد درخواست فسخ اجاره قناتی که مستأجر به لحاظ ایجاد لوله کشی شهر تهران، مشتریان خود را از دست داده بود، به شرح زیر صادر شده است.<sup>۱۱</sup>

«... از هیچ یک از مواد قانون مدنی بر نمی آید که این تعهد (مستأجر) شامل تأمین سود حتمی مستأجر در استفاده از منافع موضوع معامله هم هست، تا از این راه بتوان، در مقابل عدم امکان انجام این تعهد، مستأجر را هم از تعهدات خود در مورد پرداخت مال الاجاره بری دانست. بنابراین، اگر شخص ثالثی با عرضه متاع بهتری بتواند مشتریان مستأجر را به خود اختصاص دهد و در نتیجه این رقابت بتواند غرض وداعی خود را از انعقاد قرارداد کاملاً عملی سازد و سودی را که احتمال می داده ببرد، هیچ موجبی برای فسخ اجاره و جبران این منافع احتمالی از راه تحمیل ضرر بر موجر به نظر نمی رسد، به خصوص که مسأله لوله کشی منازل و اماکن نواحی مختلف تهران در هنگام تنظیم قرارداد کاملاً روشن و قابل پیش بینی بوده و مسلماً اجاره با توجه به این قضیه تعیین شده است...».

### ۳. حادثه باید غیر قابل اجتناب باشد

پدیده ای که تعادل اقتصادی عوضین را دگرگون کرده، برای این که بتواند مبنای تجدید نظر در عقد قرار گیرد لازم است که غیر قابل پیش بینی باشد، ولی این

۹. C. E. 23 Janvier 1959, commun d' HUEZ. Rec. 1959, p. 67. مکرر

۱۰. دکتر کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شماره ۵۴۰، صفحه ۹۸.

شرط کافی نیست. باید علاوه بر قابل پیش بینی بودن، غیر قابل اجتناب و مقاومت ناپذیر هم باشد. پس اگر حادثه ای غیر قابل پیش بینی در حین اجرای عقد رخ دهد و متعهد بتواند آن را دفع یا در مقابل آن مقاومت کند، موجبی برای استفاده وی از نظریه عدم پیش بینی وجود ندارد. هنگامی که در اجرای تعهدات مانعی به وجود می آید، طرفین قرارداد عموماً و متعهد خصوصاً باید تمام سعی و کوشش خود را به کار برند تا آن را دفع کنند. متعهدی که با امکان دفع مانع و اجتناب از حادثه غیر قابل پیش بینی نسبت به آن اقدام نکند، با حسن نیت تلقی نمی شود و نمی تواند از هیچ ارفاق قانونی بهره مند شود، به عنوان مثال مدیر یک کارخانه که امکان جلوگیری از اعتصاب کارکنان را دارد، نمی تواند به اعتصاب به عنوان یک حادثه غیر قابل پیش بینی استناد کند، هر چند که وقوع اعتصاب واقعاً قابل پیش بینی نبوده باشد. دیوان کشور فرانسه در مورد غیر قابل مقاومت بودن حادثه چنین اظهار نظر کرده است: «حافظ و یا هر متعهد دیگری در صورتی از پرداخت خسارت معاف می شود که همه اقدامات لازم را برای جلوگیری از ورود خسارت به کار برده باشد».

ضابطه و ملاک تشخیص غیر قابل مقاومت بودن حادثه، عرف است؛ به عبارت دیگر، حادثه باید از نظر یک فرد متعارف در همان وضعیت، غیر قابل مقاومت و اجتناب ناپذیر باشد. مفهوم غیر قابل اجتناب بودن این نیست که مقاومت در برابر آن غیر ممکن باشد، بلکه اگر دفع حادثه با صرف هزینه های فوق العاده سنگین و توأم با مشقت باشد، باید گفت غیر قابل مقاومت است. دیوان کشور فرانسه در آرای متعددی این مسأله را مورد تأیید قرار داده است.<sup>11</sup>

#### ۴. غیر قابل انتساب بودن حادثه به طرفین قرارداد

حادثه ای که تعادل قرارداد را برهم می زند، وقتی موجب تعدیل و یا

11. Cass. Com. 24 Novembre 1953. JCP. II. 1945, 8302 Note RADOUANT.

12. Cass. Civ. 6 Juillet 1960, Bull. Civ. No. 439; 4 Octobre 1961, D. 1961, 755 Note ESMEIN (P.)



معافیت متعهد از اجرای تعهد یا پرداخت خسارت می‌گردد، که از شخص وی یا اشخاص و اشیای تحت حفاظت او ناشی نشده باشد. به عبارت دیگر و به طوری که در ماده ۲۲۷ قانون مدنی بیان شده حادثه باید خارجی باشد.<sup>۱۳</sup> ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه که به احتمال زیاد منبع اقتباس ماده ۲۲۷ قانون مدنی ایران است، علاوه بر غیر قابل انتساب بودن حادثه به متعهد، حسن نیت داشتن وی را هم یکی از شرایط معافیت از پرداخت خسارت دانسته است.

به هر حال، اگر حادثه‌ای که موجب دشواری اجرای تعهد شده، ناشی از شخص متعهد باشد، او مکلف است تعهد را هر چند با صرف هزینه فوق العاده سنگین و طاقت فرسا اجرا کند، و موردی برای استفاده از نظریه عدم پیش بینی یا "Théorie de l'imprévision" وجود ندارد.

### ۵. دگرگون شدن تعادل اقتصادی عوضین

یکی از خصوصیات و اوصاف اساسی نظریه عدم پیش بینی (imprévision) این است که توازن مالی بین دو عوض شدیداً دگرگون شود و یکی از طرفین ناگزیر به اجرای تعهد خود با صرف هزینه گزاف باشد. اگر بعد از انعقاد قرارداد حادثه‌ای هر چند غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب رخ دهد ولی تأثیری بر تعهدات طرفین نداشته و یا اثر آن خفیف و ضعیف باشد، هیچ دلیلی برای اجرای نظریه عدم پیش بینی و تعدیل قرارداد وجود ندارد.

برهم خوردن توازن و تعادل قرارداد باید مستقیماً ناشی از حادثه غیر قابل پیش بینی باشد. بار اقامه دلیل و اثبات رابطه علیت مستقیم بر دوش متعهد است. در مورد دگرگونی توازن مالی تعهدات طرفین یکی از نویسندگان فرانسوی نمونه‌ای بیان کرده که جالب توجه است.<sup>۱۴</sup>

۱۳. ماده ۲۲۷ قانون مدنی مقرر داشته: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود».

قبل از شروع جنگ جهانی اول بهای یک تن ذغال سنگ بین ۲۰ تا ۲۲ فرانک و حداکثر ۲۸ فرانک فرانسه بوده است. در ماه مارس ۱۹۱۵ اوایل جنگ جهانی به ۴۴ فرانک و در ماه دسامبر ۱۹۱۵ به ۷۳ فرانک و در مارس ۱۹۱۶ به مبلغ ۱۱۷ فرانک و بالاخره در آخر همین سال به ۱۷۴ فرانک رسیده است. با یک بررسی مختصر ملاحظه می شود که قیمت ذغال سنگ در فاصله زمانی کوتاه، چندین برابر شده است. بدیهی است متعهدی که ماده اولیه کار او ذغال سنگ است، در اجرای تعهد خود به مشقت و سختی خواهد افتاد و ناگزیر است چندین برابر آنچه که تصور می کرده هزینه کند و این برخلاف عدالت معاوضی است. البته باید توجه داشت که در عقود معوض احتمال سود و زیان امری طبیعی است، ولی این احتمال حدی دارد، و چنانچه از حدود تصورات طرفین تجاوز کند، نظریه عدم پیش بینی برای تعدیل قرارداد قابل اعمال خواهد بود.

برای ارزیابی درجه احتمال سود و زیان و تشخیص تحقق نظریه عدم پیش بینی (imprévision) قاضی باید اوضاع و احوال کلی جامعه و حوادث عمومی را که موجب دگرگونی اقتصادی قرارداد شده در نظر بگیرد. وضع خاص طرفین و تغییرات و نوسانات مالی آنان که ناشی از اقدامات شخصی و امور خصوصی است، هیچ تأثیری در این ارزیابی ندارد. به عبارت دیگر دادگاه باید اوضاع و احوال را معیار قرار دهد نه وضعیت متعهد را.

#### ۶. حادثه باید وصف قوه قاهره (فورس ماژور) را نداشته باشد

هرچند نظریه عدم پیش بینی (imprévision) از لحاظ اوصاف و خصوصیات به قوه قاهره (فورس ماژور) شبیه است لیکن بین این دو مفهوم حقوقی نزدیک، تفاوتی وجود دارد.

به نظر می رسد که اصطلاح "Force Majeure" یا قوه قاهره برای اولین بار در قانون مدنی فرانسه (تدوین شده به فرمان ناپلئون) به کار رفته و سپس ترجمه آن در سیستمهای حقوقی دیگر مورد استفاده قرار گرفته است، اما در حقوق بین الملل

حتی در نوشته های انگلیسی همان اصطلاح فرانسوی آن "Force Majeure" به کار می رود.<sup>۱۵</sup>

قانون مدنی فرانسه «فورس مازور» را تعریف نکرده است؛ برخی از حقوقدانان این کشور تعاریفی به شرح ذیل ارائه داده اند:

«حادثه غیر قابل پیش بینی، غیر قابل مقاومت، خارج از حیطه اقتدار متعهد یا عامل یک زیان، که آنها را از اجرای تعهد و یا جبران خسارت معاف می کند.»<sup>۱۶</sup>

مازوها در تعریف فورس مازور گفته اند: «حادثه ای است ناشناخته، غیر قابل پیش بینی و غیر قابل مقاومت».<sup>۱۷</sup> همانطور که از این تعریف برمی آید و در بالا نیز به آن اشاره شد، شرایط و خصوصیات قوه قاهره "Force Majeure" و عدم پیش بینی "imprévision" یکسان است، تنها تفاوت مهمی که بین آنها وجود دارد این است که قوه قاهره اجرای تعهد را غیر ممکن می کند ولی عدم پیش بینی اجرای آن را بی نهایت دشوار می کند بدون این که غیر ممکن سازد.

تفاوت دیگر بین این دو مفهوم در آثار آنهاست؛ اثر عدم پیش بینی تعدیل قرارداد است در حالی که اثر قوه قاهره (فورس مازور) انحلال قرارداد یا تعلیق آن می باشد.

یک نویسنده در تفاوت بین این دو پدیده حقوقی (Force Majeure et imprévision) چنین اظهار نظر کرده است:

«فورس مازور حادثه ای است که مانع حصول نتیجه مورد نظر طرفین می شود در صورتی که ثنوری عدم پیش بینی یا imprévision سبب دگرگونی ارزش

۱۵. دکتر صفایی، سید حسین؛ مقاله «قوه قاهره یا "Force Majeure" بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴.

16. ASSOCIATION-Henri Capitant, Vocabulaire Juridique, p. 362, mot "Force Majeure".

17. MAZEAUD (H. L. et J.) Leçon de droit civil, tome 2 obligation, Théorie générale 8 ème éd. par CHABAS (F.) No. 573.

اقتصادی دو عوض می‌گردد، به همین دلیل است که *imprévision* نمی‌تواند داخل قلمرو تئوری فورس ماژور قرار گیرد».

به‌رغم تفاوت ظریفی که بین این دو نهاد حقوقی وجود دارد رویه قضایی فرانسه در مسائل مربوط به اجاره گاهی آنها را یکی دانسته و مواردی که از مصادیق عدم پیش‌بینی است فورس ماژور محسوب داشته است، موضوع به شرح زیر است: مطابق ماده ۱۷۲۰ قانون مدنی فرانسه «موجر مکلف است عین مستأجره را از هر جهت سالم و تعمیر شده تسلیم مستأجر کند، او همچنین مکلف است در طول مدت اجاره هر نوع تعمیرات لازم در عین مستأجره را به عمل آورد. (با ماده ۴۷۷ قانون مدنی ایران مقایسه شود) برابر ماده ۱۷۲۲ این قانون «اگر در طول مدت اجاره عین مستأجره بر اثر حادثه غیر مترقبه‌ای به طور کلی از بین برود عقد اجاره فسخ می‌شود. (منفسخ می‌گردد) و اگر به طور جزئی از بین برود مستأجر می‌تواند تقلیل مال الاجاره و یا فسخ اجاره را درخواست نماید. (با ماده ۴۸۳ قانون مدنی ایران مقایسه شود).

شعبه اجتماعی دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۶ آوریل ۱۹۵۱<sup>۱۸</sup> چنین اظهار نظر کرده است: «مقررات ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی در مورد مواد ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ نیز اعمال می‌شود و در مواردی که عین مستأجره بر اثر یک حادثه غیر مترقبه خسارت دیده و تعمیر آن نسبت به اجاره‌ای که دریافت می‌شود هزینه فوق‌العاده و گزاف دارد، موجر مکلف به تعمیر آن نیست و مطابق ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی عقد

18. ELGAMMAL (M. M.) "L' adaptation du contrat aux circonstances économiques" Thèse, Paris 1965

محمد مصطفی الجمال استاد حقوق دانشگاه اسکندریه در مصر است که پایان‌نامه خود را با عنوان بالا در سال ۱۹۶۵ در پاریس دفاع کرده است.

19. "La bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce. Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives.

20. Bull. Civ. III, N<sup>o</sup> 249. p. 178. D. 1951, p. 505, Note SAVATIER (R).

اجاره منفسخ می‌گردد». این شعبه دیوان کشور، موردی را که هزینه تعمیرات عین مستأجره به مراتب بیش از کل اجاره بهایی است که در تمام مدت دریافت می‌شود، عین مستأجره را در حکم تلف دانسته است.

رأی دیگری از همین شعبه صادر شده است،<sup>21</sup> و مسؤولیت موجر در تعمیر عین مستأجره را محدود به میزان اجاره بهای دریافتی نکرده و او را در هر حال ملزم به تعمیرات لازم برای بقای عین مستأجره به منظور استفاده مستأجر دانسته است. اما به طور کلی همین شعبه اجتماعی و شعبه مدنی دیوان عالی کشور در آرای متعددی نظر اول را پذیرفته<sup>22</sup> و موجر را از تعهد خود به تعمیر عین مستأجره در مواردی که هزینه آن نسبت به میزان اجاره بها بیش از اندازه است، معاف دانست.

برخی از نویسندگان این رویه قضایی را بر مبنای نظریه «سبب» (Cause) در معاملات توجیه کرده‌اند ولی به عقیده گستن این راه حل نمی‌تواند مورد قبول باشد، زیرا سبب باید هنگام انعقاد عقد مورد توجه قرار گیرد نه در موقع اجرای آن.<sup>23</sup> در قانون مدنی فرانسه به ویژه در ماده ۱۱۴۸ آن در مورد مسؤولیت قراردادی، دو اصطلاح قوه قاهره (Force Majeure) و حادثه غیر مترقبه (Cas fortuit) با هم به کار رفته است، بدون این که تفاوت بین آنها مشخص شود. بسیاری از حقوقدانان این دو اصطلاح را مترادف با هم دانسته و هیچ فایده عملی برای تفاوت بین آنها قائل نشده‌اند.<sup>24</sup>

21. Cass. Soc. 5 Janvier 1959, D. 1959, p. 385, Note ESMEIN (P.).

22. به عنوان نمونه می‌توان به آرای زیر اشاره نمود:

Soc. 20 Fevrier 1953 JCP. 1953 II et 26 November 1954 GAZ. Pal. 1995 I 122 et 16 Mai 1958, Bull. Civ. IV. No 547, Cass. Civ. 6 Fevrier 1962, Bull. Civ. I. No 84, p. 75.

مثلاً در رأی اخیر آمده است که هزینه تعمیرات و بازسازی عین مستأجره ۵۴۵,۰۰۰ فرانک (فرانک قدیمی) و اجاره سالانه آن ۷۰,۰۰۰ فرانک (قدیمی) بوده است.

23. GHESTIN (J) Le Prix dans les contrats de longue durée, L. G. D. J. 1990, No 278.

24. MAZEAUD (H. L. et J.) "Leçon de droit civil tome 2 1<sup>er</sup> volume, obligations Théorie générale, 8<sup>ème</sup> éd., Par CHABAS (F) 1991, No 571.

برخی معتقدند که عدم امکان ناشی از قوه قاهره (Force Majeure) مطلق است در حالی که عدم امکان ناشی از حادثه غیر مترقبه (Cas fortuit) نسبی است.<sup>۲۵</sup> به عبارت روشن تر قوه قاهره غیر قابل مقاومت است، در صورتی که Cas fortuit (حادثه غیر مترقبه) ممکن است مقاومت پذیر باشد، ولی در هر حال هر دو غیر قابل پیش بینی هستند.

### ب. مبنای حقوقی نظریه عدم پیش بینی

به طوری که در ابتدای این نوشتار بیان شد، برخلاف قوانین برخی از کشورها، در قانون مدنی فرانسه و ایران نص صریحی به قاضی اجازه نداده تا در قراردادی که بر اثر یک حادثه غیر قابل پیش بینی، تعادل مالی آن برهم خورده است، تجدید نظر کند، و اصل الزام آور بودن قراردادها را محترم و غیر قابل تجاوز دانسته اند. بسیاری از نویسندگان عقیده دارند که این اصل که در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه (ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران) بیان شده گاهی اوقات با عدالت قراردادی در تضاد است، بدین توضیح که از یک طرف متعهد باید به تعهد خود عمل کند، و فقط در مواردی که اجرای قرارداد غیر ممکن است، از انجام آن معاف شود، و نباید به بهانه گرانی و سنگینی یا پرخرج شدن تعهد از اجرای آن شانه خالی کند؛ از جانب دیگر عدالت اقتضا دارد، که متعهدی که در نتیجه حوادث غیر قابل انتظار، تعهدات او بیش از آنچه که قابل تصور بوده دشوار گردیده حمایت شود، و تعادل مجدداً به نحوی در تعهدات طرفین برقرار شود. به همین منظور علمای حقوق فرانسه (دکترین) سعی کرده اند تا مبنایی اصولی برای توجیه نظریه عدم پیش بینی "Imprévision" بیابند. تمام نظرات و پیشنهادات ارائه شده را به شرح زیر می توان خلاصه کرد:

## ۱. بر مبنای اراده و توافق طرفین

این قاعده مبتنی بر این نظریه است که در تمام قراردادهای طولانی مدت یک شرط ضمنی بین طرفین وجود دارد، که تعهدات آنها در همان شرایط و وضعیتی که در هنگام انعقاد عقد حاکم بوده اجرا شود. بنابراین اگر یک واقعه مهمی مانند جنگ یا بحران اقتصادی غیر قابل پیش بینی، اوضاع و احوال زمان تشکیل قرارداد را تغییر دهد، این شرط ضمنی به زیان‌ندیدده حق خواهد داد که فسخ قرارداد یا تعدیل آن را درخواست نماید.

با این تعبیر، امکان تجدید نظر در قرارداد هیچ منافات و تعارضی با اصل الزام آور بودن عقود ندارد؛ زیرا این تجدید نظر نه تنها تجاوز به اراده طرفین و متعاقدين قرارداد نیست بلکه رعایت احترام کامل به اراده آنان است.<sup>۲۶</sup>

این نظریه که از حقوق کلیسا (droit comonique) نشأت گرفته و بر "Rebus sic stantibus" مبتنی است، شدیداً مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفته است.<sup>۲۷</sup> اینان ادعا کرده‌اند که این نظریه مبنای درستی ندارد زیرا:

اولاً، توافق ضمنی که این شرط منتسب به آن است متکی و مقرون به هیچ دلیلی نیست. چگونه می‌توان گفت بنای طرفین بر این است که اوضاع و احوال زمان قرارداد تا هنگام اجرای کامل آن تغییر نکند.

ثانیاً، در تمام قراردادهای معوض طولانی مدت، حتی در یک اوضاع و احوال معمولی، احتمال بالا و پایین رفتن قیمت‌ها وجود دارد، چه بسا که هر یک از طرفین امید و انتظار وقوع هر نوع حادثه را به منظور بهره‌جستن از آن داشته باشند. بنابراین اگر قصد طرفین این بوده که تعبیر اوضاع و احوال و نوسانات پولی در مورد آنها هیچ تأثیری نداشته باشد و تعهدات آنان هماهنگ با تغییر اوضاع و

۲۶. برای مطالعه این شرط و موارد و مصادیق آن رجوع شود به استاد دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، ص ۹۵ به بعد.

27. COLIN et CAPITANT. op. cit. No. 895. WEILL (A) et TERRE (F): Droit Civil. les obligations 4 éme éd., précis Dalloz, 1986, No. 378, MARTY et RAYNAUD. Droit Civil, les obligations tom. I, 1998, No. 277.

احوال تغییر کند، باید به طور صریح شرط کنند. سکوت آنان دلیل بر این است که قرارداد باید به نحوی که منعقد شده اجرا گردد.

ژرژ ریبر<sup>۲۸</sup> حقوقدان مشهور فرانسوی در این باره می نویسد: شرط ضمنی یا "Clause Rebus sic Stantibus" نمی تواند مورد قبول باشد، زیرا با طبیعت اقتصادی قرارداد مخالف است.

اگر مورد معامله نباید تغییر کند، انعقاد قرارداد با اجرای طولانی مدت ضرورتی ندارد؛ یا لااقل این نوع قرارداد امتیاز بسیار اندکی در بر خواهد داشت. برعکس چیزی که متعهد له پیش بینی می کند تغییر موضوعات و مورد معامله است. البته نمی توان گفت که اوضاع و احوال آینده را دقیقاً پیش بینی می کند، ولی آنچه که او در نظر می گیرد این است که وضع موجود تغییر خواهد کرد.

مازوها نیز در همین مورد بیان داشته اند:<sup>۲۹</sup> «اگر طرفین می خواهند که چنین شرطی (... Clause Rebus sic) داخل در قرارداد آنها شود باید به آن تصریح نمایند. در اکثر موارد عقد یک وسیله ای است برای یکی از طرفین که در برابر اوضاع و احوال پیش بینی نشده تضمین کافی داشته باشد. به عنوان مثال خریدار مال غیر منقولی که بهای آن را به اقساط سالیانه می پردازد، می تواند امیدوار باشد که ارزش اموال او افزایش می یابد، فروشنده هم به نوبه خود می تواند روی ثمن ثابتی که هر سال دریافت می کند حساب کند، بالاخره آنها اضافه می کنند که اگر "Clause Rebus sic..." در حقوق بین المللی قابل استناد باشد در یک عقد خصوصی چنین شرطی قابلیت استناد ندارد».

بدین ترتیب شرط ضمنی مبتنی بر اراده مشترک طرفین، نمی تواند از نظریه عدم پیش بینی "Théorie de l'imprévision" را توجیه کند.

28. RIPERT (G): La Règle morale dans les obligations civiles, 4 ème éd., 1949, pp. 139-140.

29. MAZEAUD (H. L et J), CHABAS (F): op. cit. No. 734.



## ۲. نظریه غبن

برخی از نویسندگان سعی کرده اند که تئوری "Imprévision" (عدم پیش بینی) را بر مبنای نظریه غبن اثبات نمایند.<sup>۳۰</sup> و در توجیه این نظر گفته اند تمام عقود معوض دو جانبه متضمن نوعی تعادل بین عوضین است. نظریه غبن نباید فقط در هنگام تشکیل قرارداد مورد توجه قرار گیرد، اگر بعد از انعقاد عقد هم بر اثر برخی عوامل پیش بینی نشده نوعی عدم هماهنگی بین دو عوض ایجاد شود، تئوری غبن تحقق می یابد و آثار آن که "Rescision" (نوعی بطلان نسبی) و یا "Réadaptation" (هماهنگی مجدد) است ظاهر می گردد.

این پیشنهاد در حقوق فرانسه با اشکال و ایرادات جدی روبرو شده است، زیرا در حقوق فرانسه غبن یک امر استثنایی است که در مورد برخی از عقود (عقد بیع) و نسبت به بعضی از اشخاص (فقط بایع و صغاری که از تحت حمایت خارج نشده اند) اعمال و اجرا می گردد. ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه مقرر داشته: «غبن عقد را معیوب نمی گرداند مگر در برخی از قراردادها و نسبت به بعضی از اشخاص به نحوی که در فصل مربوط به آن توضیح داده خواهد شد».<sup>۳۱</sup>

علاوه بر آن، در حقوق فرانسه غبن از عیوب رضاست، بدیهی است که عیوب رضا فقط هنگام انعقاد عقد مورد توجه واقع می شود، عیبی که بعد از تشکیل قرارداد در اراده یکی از طرفین به وجود آید در عقد منعقد شده هیچ اثری ندارد.

در حقوق ایران استاد دکتر کاتوزیان غبن حادث را مبنایی برای توجیه نظریه عدم پیش بینی "L'imprévision" دانسته اند<sup>۳۱</sup> که در این خصوص در همین مقاله بعداً بحث خواهیم کرد.

30. PLANIOL et RIPERT. Traité pratique de droit civil français. tome. 6, par ESMEIN (P) No. 391. WEILL et TERRE. op. cit. No. 387, MAZEAUD (H. L et J) op. cit. No. 734.

31. "La Lésionne Vicie Les Conventions que dans certains contrats ou à l'égard de Certaines personnes ainsi qu'il sera expliqué en la mèmesection".

۳۱ مکرر. دکتر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۹۹ به بعد.

### ۳. دارا شدن بدون علت و رفتار خلاف حسن نیت

برخی از نویسندگان که ژرژ رپیر "Georges RIPERT" حقوقدان مشهور فرانسوی در رأس آنهاست، سعی کرده اند تئوری عدم پیش بینی را بر مبنای قاعده انصاف پایه گذاری نمایند؛<sup>۳۲</sup> و در توجیه نظر خود گفته اند، در این که حادثه غیر قابل پیش بینی سود سرشاری برای یکی از طرفین، و زیان فوق العاده برای طرف دیگر به همراه دارد، هیچ تردیدی نمی توان کرد؛ به عبارت روشن تر یکی از طرفین قرارداد بدون علت و جهت، به بهای کاستن از دارایی دیگری بر دارایی خود می افزاید، و حقوق باید از چنین بی عدالتی جلوگیری کند.

باید تصدیق کرد که این نظریه بیشتر متضمن قواعد اخلاقی است تا یک قاعده حقوقی، به علاوه به طوری که بارها در این نوشته بیان شده، در تمام عقود معوض احتمال سود و زیان برای هر یک از دو طرف عقد وجود دارد، این امر ناشی از طبیعت این گونه قراردادهاست؛ همانطور که بعضی از نویسندگان تأیید کرده اند<sup>۳۳</sup> سودی که عاید متعهدله می شود بدون جهت نیست، سبب و علت آن قراردادی است که طرفین منعقد کرده اند، پس منشأ این سود را باید در عقد جستجو کرد.

دیوان کشور فرانسه هم در این مورد چنین رأی داده است: «... ثروت و سودی که نصیب متعهدله می شود جهت مشروع خواهد داشت، وقتی که منشأ و منبع آن یک قرارداد باشد».<sup>۳۴</sup>

بنابراین نظریه دارا شدن بدون علت، نمی تواند مبنای درستی برای تئوری "Imprévision" باشد. بعضی دیگر قاعده حسن نیت را مبنای توجیه عدم پیش بینی دانسته اند.<sup>۳۵</sup> اینان بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر داشته: «قراردادها باید با حسن نیت اجرا شود» چنین تفسیر می کنند که تنها متعهد نیست که باید در

32. RIPERT (G). op. cit. No. 86, p. 135.

33. MAZEAUD. (H. L. et J) op. cit. No. 734.

34. Cass. Civ., 3 ème. 28 Mai 1986, Bull. Civ. III, No. 83, p. 64.

35. PLANION et RIPERT. op. cit. N° 379 - WEILL et TERRE. op. cit. N° 378.

اجرای قرارداد از خود حسن نیت نشان دهد، بلکه طرفین باید هر کدام به سهم خود سعی کند تا تعهدات به نحو احسن اجرا شود؛ وقتی که اجرای تعهد مشکلات فوق العاده و هزینه های گزاف در بر داشته باشد و متعهدله اجرای آن را درخواست کند، نمی توان او را طلبکاری با حسن نیت تلقی کرد و گفت قرارداد با حسن نیت اجرا شده است.

این نظریه هم مصون از انتقاد نمانده است؛ باید بین طلبکاری که حسن نیت ندارد با آن که حق خود را مطالبه می کند تفاوت قائل شد. طلبکاری که حق خود را حتی با اصرار مطالبه می کند نمی توان گفت سوء نیت دارد، زیرا در حدود قانون رفتار کرده و مرتکب تقصیر یا عمل خلافی نشده است.

هرچند دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۳<sup>۳۳</sup> مکرر اظهار نظر کرده است که زیان دیده می تواند برای اثبات اشتباه خود به حوادث و عوامل بعد از انجام معامله هم استناد کند، ولی خیلی مشکل است بتوان نظریه اشتباه را مبنای تئوری "Imprévision" دانست؛ زیرا، اشتباه یکی از عیوب اراده است و عیوب اراده باید در هنگام انعقاد عقد مورد توجه و ارزیابی قرار گیرد نه بعد از تشکیل آن. به طوری که ملاحظه می شود، با این که هریک از این نظرات چهره ای از حقیقت را برای توجیه این تئوری به همراه دارد، اما هیچ یک از آنها مصون از ایراد و انتقاد باقی نمانده است. به همین دلیل بعضی سعی کرده اند در قانون مدنی مبنایی برای آن بیابند.<sup>۳۴</sup>

#### ۴. مبنای نظریه عدم پیش بینی یا "L'imprévision" در قانون مدنی فرانسه

اولین ماده ای که در این زمینه مورد توجه قرار گرفته ماده ۱۲۴۴ قانون مدنی است؛ در قسمت اول این مقاله در مورد این ماده به قدر کافی بحث و بررسی شد؛ و

(32 bis). Cass civ 1<sup>ère</sup> Chambre, D. 1984, p. 340, Note. AUBERT.

36. WEILL et TERRE, op. cit., No. 387; GHESTIN (J) droit civil, Les obligations, Le Contrat Formation, 2<sup>ème</sup> éd, L. G. D. J. 1988, No. 153 et 154.

دیدیم که محتوای ماده ۱۲۴۴ نوعی تعدیل قانونی است نه تعدیل قضایی.<sup>۳۷</sup> ماده دیگری که در این خصوص مورد استناد قرار گرفته، ماده ۹۵۳ قانون مدنی فرانسه است که به موجب آن هبه بین زندگان در صورتی قابل رجوع است که شرایطی که عقد با توجه به آنها واقع شده اجرا نشود، یا بعد از انعقاد هبه برای واهب فرزندی متولد شود. این ماده فرضی را در نظر گرفته که هبه کننده فاقد فرزند است، و اموال خود را می بخشد، سپس دارای فرزند می شود، توگد فرزند واقعه ای است که بعد از وقوع هبه اتفاق افتاده به همین دلیل عقد لازم را قابل رجوع کرده است.

از جمله مواد دیگری که در رابطه با نظریه عدم پیش بینی مورد بحث و بررسی قرار گرفته ماده ۱۸۸۹ قانون در خصوص عقد قرض برای مصرف است، که علی الاصول مورد قرض طبق ماده ۱۸۸۸ تا قبل از انقضای مهلت و یا در صورت عدم تعیین مدت تا قبل از رفع نیاز مقتضی، قابل مطالبه نیست، با وجود این برابر ماده ۱۸۸۹ اگر قبل از فرارسیدن مدت یا رفع نیاز وام گیرنده، وام دهنده بر اثر حادثه غیر قابل پیش بینی، شخصاً به مورد قرض احتیاج پیدا کند، قاضی می تواند با توجه به اوضاع و احوال، مدیون را ملزم به استرداد مورد قرض نماید.

ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی نیز برای تأیید نظریه عدم پیش بینی مورد توجه قرار گرفته است. این ماده مقرر می دارد: در صورت عدم اجرای تعهد، متعهد فقط مسؤول خساراتی است که در قرارداد پیش بینی شده یا می توانسته پیش بینی شود. ممکن است مواد دیگری نیز در قانون مدنی وجود داشته باشد که طرفداران نظریه "Imprévision" به آنها استناد کنند، ولی در این که بتوان از این مواد پراکنده یک قاعده کلی برای پذیرش این تئوری استنتاج کرد، جای بحث و تأمل وجود دارد.

پس از بررسی شرایط تحقق و مبنای نظریه عدم پیش بینی، اکنون رویه قضایی فرانسه را در رابطه با این تئوری مطالعه می کنیم.

۳۷. به شماره ۱۹-۲۰ مجله تحقیقات حقوقی صفحه ۲۰۸ به بعد مراجعه شود.

## ج. واکنش رویه قضایی فرانسه در برابر تئوری "Imprévision"

از آنجا که رویه دادگاههای مدنی و شعب دیوان کشور فرانسه با تصمیمات متخذه از طرف دادگاههای اداری و شورای دولتی متفاوت است، هریک از این رویه ها را به طور جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می دهیم:

### ۱. رویه قضایی دادگاههای مدنی و دیوان کشور

دیوان کشور فرانسه رویه خود را در عدم پذیرش تئوری "Imprévision" از اواسط قرن نوزدهم میلادی یعنی حدود یکصد و پنجاه سال پیش تاکنون ثابت نگه داشته است. دگرگونی ها و بحرانهای اقتصادی ناشی از دو جنگ جهانی هم نتوانست رویه دیوان کشور را در مورد این تئوری تغییر دهد. استدلال این دادگاه عالی در رد این نظریه بر مبنای ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی است که مقرر داشته: «قراردادهایی که بر طبق قانون منعقد شده، برای طرفین آن در حکم قانون است، و جز با تراضی آنان یا به اجازه قانون قابل فسخ نیست...».

با توجه به این ماده، دیوان کشور معتقد است که قاضی حق ندارد قراردادی را که با توافق طرفین ایجاد شده تغییر دهد؛ در حقیقت باید گفت استدلال دیوان عالی کشور بر اساس احترام به اصل حاکمیت اراده استوار است.

شایان ذکر است که در اوایل قرن نوزدهم برخی از تصمیمات دادگاههای تالی حکایت از پذیرش تئوری عدم پیش بینی داشت؛ و تجدید نظر در قرارداد را بر اساس "Clause Rebus sic statibus" پذیرفته بود؛ به عنوان مثال دادگاه شهرستان روآن "Rouen" در مورد متصدی که، خدمات حمل و نقل بین پاریس - روآن را برای مدت طولانی و با قیمتی ثابت به عهده گرفته بود؛ پذیرفت که با تأسیس راه آهن باید در قرارداد تجدید نظر شود.<sup>۳۸</sup>

اما دیوان کشور این گرایش را نپذیرفت و در موضوع کانال کارپون "Canal de CARPONN" در رأی مورخ ۶ مارس ۱۸۷۶ که در تاریخ قضایی

فرانسه بسیار مشهور است<sup>۳۳</sup> هر نوع تجدید نظر در قرارداد بدون توافق طرفین را منتهی دانست. جریان از این قرار است که:

در سال ۱۵۷۶ میلادی آقای کارپون، در یک قرارداد خصوصی متعهد شد با احداث یک کانال آب، باغهای میوه، تاکستانها و سایر املاک اهالی شهر پلیسان "Pellissanne" را آبیاری کند. در قرارداد شرط شده بود که ساکنین و همچنین شورای شهر مبلغی ابتدائاً برای احداث کانال به آقای کارپون بپردازند، سپس برای هر بار آبیاری مبلغ معین و ثابتی به شخص وی و یا ورثه او پرداخت نمایند.

ورثه چند نسل بعد از آقای کارپون در سال ۱۸۴۰ (حدود ۲۶۰ سال پس از انعقاد قرارداد) تقاضای تجدید نظر در مبلغ آب بها را نمودند. دادگاه شهرستان اِکس آن پروانس "Aix en Provence" در رأی ۱۸ مارس ۱۸۴۳ درخواست تعدیل را پذیرفت و هزینه آبیاری را افزایش داد و چنین استدلال کرد: قراردادهای طولانی مدت می توانند تغییر کنند، وقتی که بر اثر دگرگونی اوضاع و احوال یک نوع عدم تعادل بین دو عوض ایجاد شود؛ چون از سال ۱۵۷۶ (تاریخ تنظیم قرارداد) افزایش دستمزدها و سایر نرخها امری بدیهی و مسلم است، لذا خواهان در درخواست خود ذی حق تشخیص می گردد.

دادگاه تجدید نظر ضمن تأیید این رأی چنین استدلال کرد: «درست است که قراردادهایی که بر طبق قانون بسته شده باشد، قانون طرفین محسوب است و جز با توافق آنان قابل فسخ نیست (ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی) ولی این امر در عقود طولانی مدت که بر مبنای اقساط معین منعقد شده مصداق ندارد؛ در این گونه قراردادهای قاضی می تواند تعادل اولیه ای را که بین عوضین به هم خورده مجدداً برقرار نماید. چون بین آب بهایی که مالکین املاک می پردازند، با انتفاعی که از آبیاری می برند هیچ تعادل و توازنی وجود ندارد، بنابراین رأی دادگاه شهرستان بر تعدیل آب بها صحیح و خالی از اشکال است و تأیید می گردد».

39. Civ. 6 Mars 1876, I. 193.

\*. شهر کوچکی در جنوب فرانسه نزدیک بندر ماری.

دیوان کشور به استناد اصل لزوم قراردادها که در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی تصریح شده و یک اصل کلی و عمومی است، که شامل قراردادهای با اجرای طولانی هم می‌شود، رأی صادره را نقض و چنین استدلال کرد: «در هیچ صورتی دادگاهها حق ندارند اوضاع و احوال یا طول مدت زمان را در نظر بگیرند و قراردادی را که به نظر آنها عادلانه نیست تغییر دهند، و یا به جای شروطی که طرفین آزادانه پذیرفته‌اند، شروط جدیدی جایگزین نمایند.»<sup>۴۰</sup>

از این رأی به روشنی برمی‌آید که دیوان عالی اجازه نداده که قاضی تحت هیچ عنوان اعم از در نظر گرفتن اوضاع و احوال، یا اجرای عدالت در عقدی که به طور صحیح واقع شده دخالت نماید.

هرچند رأی کانال کارپون مشهورترین رأیی است که در رابطه با رد تئوری "Imprévision" صادر شده، ولی این راه حل بدون سابقه هم نبوده است. یکی از دادگاههای استان قراردادی را که در زمان صلح، برای نقل و انتقال تجهیزات نظامی بسته شد بود و بر اثر شروع جنگ کریمه، "اجرای تعهدات متعهد بیش از حد تصور پرهزینه گردید، قابل فسخ دانست، ولی دیوان کشور در رأی مورخ ۹ ژانویه ۱۸۵۶ آن را نقض کرد."<sup>۴۱</sup>

به هر حال دیوان کشور فرانسه در طول سالهای متمادی این رویه خود را ثابت نگهداشته، حتی دگرگونی اوضاع و احوال و بحرانهای اقتصادی ناشی از جنگهای جهانی اول و دوم هم تأثیری در این رویه نداشته است؛ و در آرای متعددی که بعد از رأی کانال کارپون، تازمان حاضر صادر کرده به طور جدی بر عقیده خود در عدم پذیرش تئوری مورد بحث یا فشاری کرده است، با اشاره به یکی دو نمونه دیگر از این آراء که در زمانهای مختلف صادر شده این مبحث را خاتمه می‌دهیم:

40. CAPITANT (H) Les grands arrêts de La Jurisprudence civile, 9 ème éd., par TERRE (F) et LEQUETTE (Y), N° 29.

۴۱. جنگی بود که بین دولت روسیه از یک طرف و دولتهای عثمانی، فرانسه و انگلیس از طرف دیگر از سال ۱۸۵۴ تا سال ۱۸۵۶ طول کشید.

42. Les grands arrêts. p. 409.

قراردادی برای تهیه و فروش ۵۰۰۰ کیلو کاغذ با کیفیت مشخص و قیمت معین و تحویل در زمانهای مختلف تنظیم شد. فروشنده از ماه سپتامبر ۱۹۱۴ (شروع جنگ جهانی اول) از تحویل کاغذها خودداری کرد و ادعا نمود که، به علت وقوع جنگ نرخها تغییر کرده و باید ۱۵٪ بر قیمت کاغذ افزوده شود، و در صورت عدم موافقت، به لحاظ فورس ماژور (قوه قاهره) قرارداد را فسخ خواهد کرد. دادگاه تجارت ادعای او را با توجه به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی رد کرد، و استناد به فورس ماژور را هم نپذیرفت، زیرا فورس ماژور وقتی محقق می شود که اجرای تعهد غیر ممکن شود؛ سنگین شدن هزینه قرارداد نمی تواند از مصادیق فورس ماژور باشد<sup>۴۳</sup> این رأی عیناً در دیوان کشور تأیید گردید.

به طوری که ملاحظه می شود، رویه قضایی دامنه فورس ماژور را به غیر ممکن شدن اجرای تعهد محدود کرده، نه دشوار شدن آن. دیوان کشور در رأی دیگری که در سال ۱۹۸۸ صادر کرد، درخواست تعدیل قراردادی را که بر اثر تغییر قیمت ها توازن مالی آن به هم خورده بود رد کرد.<sup>۴۴</sup>

## ۲. رویه دادگاههای اداری فرانسه در قبال تئوری *Imprévision*

برخلاف رویه دادگاههای مدنی بخصوص دیوان کشور، که در طول سالهای متمادی از پذیرش تجدید نظر در قرارداد به لحاظ وقوع حادثه غیر قابل پیش بینی خودداری کرده اند، دادگاههای اداری و به ویژه شورای دولتی "Conseil d'Etat" از مدتها قبل تئوری *imprévision* را در قراردادهای اداری پذیرفته اند و تعدیل آن را در جایی که پیمانکار در اجرای تعهداتش بر اثر یک حادثه غیر مترقبه دچار عسرت و تنگدستی می گردد تجویز کرده اند.

دلیل این که دادگاههای اداری تغییر اوضاع و احوال برای تجدید نظر در قرارداد را پذیرفته اند، باید در طبیعت قراردادهای اداری جستجو کرد. می دانیم که

43. Tribunal, Com. Sein, 1915, D. 2. 47.

44. Cass. civ. 31 Mai 1988, Bull. civ. IV. N<sup>o</sup> 189, p. 132; RTD. civ. 1989, 17, obs. MESTRE (J).



این قراردادها همیشه متضمن نوعی خدمات عمومی و نفع اجتماعی است و فسخ یا معوق ماندن آنها ممکن است به منافع جامعه لطمه وارد کند؛ در صورتی که در قراردادهای خصوصی نفع شخصی افراد مطرح است و ارتباطی به منافع اجتماعی یا خدمات عمومی ندارد.

شورای دولتی به تدریج قلمرو *imprévision* را توسعه داده و آن را به اکثر قراردادهای دولتی از جمله قراردادهای تدارکاتی، قراردادهای مربوط به کارهای عمومی و قرارداد حمل و نقل تسری داده است.

بدیهی است که تمام اوصاف و خصوصیات نظریه عدم پیش بینی که در این مقاله بررسی کردیم باید جمع باشد، تا متعهد یک قرارداد دولتی بتواند از امتیازات آن استفاده کند. این شرایط و خصوصیات را می توان از آرای مختلف شورای دولتی به ویژه رأی گاز شهر بردو که مشهورترین رأی در مورد پذیرش *imprévision* است به وضوح استنتاج کرد. جریان چنین است که به موجب قراردادی که در سال ۱۹۰۴ بین مسئولین شهر بردو و یک شرکت خصوصی منعقد گردید تهیه و تأمین انرژی و گاز این شهر به مدت ۳۰ سال به شرکت مقاطعه کار واگذار گردید. در قرارداد قیمتها دقیقاً تعیین شده، و تغییر آن تحت شرایط خاصی پیش بینی گردیده بود. با شروع جنگ بین الملل اول و به دنبال اشغال قسمتهای مهمی از محل های استخراج ذغال سنگ در اروپای مرکزی به وسیله دشمن، تهیه و استخراج ذغال فوق العاده مشکل شده بود، به علاوه با شروع جنگ دریایی کالاها از طریق دریا بسیار خطرناک و گران شد. بالا رفتن قیمت ذغال سنگ که ماده اولیه تولید الکتریسیته و گاز بود، سبب افزایش هزینه های این دو نیرو گردید، در نتیجه تعادل اقتصادی در قرارداد تنظیمی شدیداً دگرگون شد. شرکت مقاطعه کار مراتب را به مسئولین شهر اطلاع داد و تقاضای افزایش قیمتها را نمود، شورای شهر از قبول هر نوع توافق بر مبنای اوضاع و احوال جدید خودداری کرد. شورای دولتی در رأی

مشهور خود «معروف به گاز بردو» چنین اظهار نظر کرد:<sup>۴۵</sup>

«نظر به این که قراردادهای واگذاری امتیاز، علی‌الاصول باید طوری تنظیم شود که تا انقضای تعهدات متقابل دو طرف (واگذار کننده امتیاز و مقاطعه کار یا امتیاز گیرنده) منجز و قطعی باشد و گیرنده امتیاز ضمن این که تعهدات خود را به طور کامل انجام می‌دهد، عوض و حق الزحمه خود را کاملاً دریافت کند و نظر به این که تغییر قیمت‌های مواد اولیه به لحاظ اوضاع و احوال اقتصادی از جمله احتمالاتی است که در تمام قراردادهای طولانی مدت وجود دارد و ممکن است به سود یا زیان مقاطعه کار باشد، و فرض بر این است که هر یک از طرفین در هنگام انعقاد قرارداد این گونه احتمالات و خطرهای ناشی از آن را در نظر می‌گیرند، و دفاع شرکت به این که هرگونه افزایش قیمت ذغال برای او غیر قابل تصور بوده، منطقی و موجه نیست؛ اما نظر به این که وقوع جنگ با چنین ابعادی وضعیت فوق قراردادی ایجاد کرده و ادامه آن ممکن است موجب وقفه در خدمات عمومی گردد، بنابراین شرکت در مطالبه خسارات وارده به خود و تعدیل قرارداد، محق شناخته می‌شود».

شایان ذکر است که شورای دولتی قبل از اتخاذ تصمیم، طرفین را دعوت به سازش کرد، و پیشنهاد نمود که با توافق یکدیگر شرایط جدیدی را جایگزین شرایط سابق نموده، قرارداد را با اوضاع و احوال فعلی منطبق کنند و پس از مخالفت شورای شهر بردو رأی فوق را صادر کرد.

### تعارض و تضاد بین رویه دادگاههای مدنی و اداری فرانسه

به طوری که دیدیم موضع دادگاههای مدنی فرانسه با دادگاههای اداری این کشور در برابر تئوری *imprévision* یکسان و یکنواخت نیست، در حالی که

45. C. E., 30 Mars 1916, III, p. 25, et S. Concl. CARDENET R. D. P. 1916, p. 206, et p. 388, Note JEZE.

دادگاههای مدنی هرگونه تجدیدنظر در تعهدات طرفین را به لحاظ حدوث یک واقعه غیر مترقبه در جریان اجرای قرارداد شدیداً نفی می کنند، دادگاههای اداری این کشور، تعدیل قرارداد و رفع خسارت از متعهد زیان دیده را، بر اثر تغییر اوضاع و احوال امری کاملاً معقول و منطقی می دانند.

مبنای استدلال دادگاههای مدنی در عدم پذیرش تئوری *imprévision*، احترام به اصل لزوم قراردادهاست که به طور صریح در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی بیان شده و به موجب آن هیچکس به جز طرفین عقد و قانونگذار حق تغییر شرایط مندرج در قرارداد و تجدیدنظر در آن را ندارد.

علت و فلسفه ای که دادگاههای اداری را مصمم بر پذیرش تئوری *imprévision* کرده است ضرورت ادامه خدمات عمومی و جلوگیری از توقف در این گونه خدمات است، در صورتی که در یک قرارداد خصوصی این فلسفه به کلی منتفی است و این نوع قراردادها هیچ برخوردی با نفع عمومی ندارد.

برخی از نویسندگان سعی کرده اند نقطه مشترکی بین این دو نوع رویه قضایی (دادگاههای مدنی و اداری) بیابند و تعارض بین آنها را برطرف نمایند.

واقعیت این است که قاضی همیشه آرزو دارد که رأی او با عدالت منطبق باشد، اما این واقعیت را هم نباید فراموش کرد، که ثبات قراردادها هم یکی از اصول مهم اجتماعی است؛ پس در تعارض بین عدالت معاوضی که متضمن نفع خصوصی افراد است و ثبات قراردادها که نفع عموم را در بر دارد، قاضی مدنی نفع اجتماعی یعنی ثبات قراردادی را ترجیح داده است.

اما در یک قرارداد اداری در صورت وقوع حادثه غیر قابل پیش بینی ثبات قراردادی با خدمات عمومی در تضاد قرار می گیرد، دادگاههای اداری و شورای دولتی، خدمات عمومی را بر ثبات قراردادی برتری داده اند. بدین ترتیب هر دو نوع رویه قضایی (هم دادگاههای مدنی و هم اداری) نفع عمومی را تعقیب می کنند و

نقطه مشترک آنها مصلحت جامعه است، النهایه نفع عمومی از دیدگاه رویه قضایی مدنی، ثبات قراردادهاست و از نظر رویه قضایی اداری ادامه خدمات عمومی است. از آنچه تاکنون بحث شد، به طور خلاصه می توان گفت که اصل الزام آور بودن قراردادها بر مبنای اراده مشترک طرفین استوار است، در صورتی که نظریه عدم پیش بینی حادثه ای است که خارج از اراده آنان است.

یکی از نویسندگان در این زمینه می گوید:<sup>۴۷</sup> «طرفین قرارداد درباره آنچه که می خواسته اند قبلاً فکر کرده اند، اما آینده، خلاف تصورات و فکر آنها را نشان داده، پس در حقیقت باید گفت چیزی که واقع شده برخلاف خواسته آنهاست و یا لااقل توافق مشترکی درباره آن وجود ندارد، و قاضی با دادن ضمانت اجرا به نظریه عدم پیش بینی، چیزی را اجرا می کند که خواست طرفین نبوده است». برعکس، برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که پذیرش تعوری *imprévision* هیچ تجاوزی به اراده مشترک طرفین نیست بلکه تفسیر قرارداد برطبق اراده آنان است<sup>۴۸</sup> و برای توجیه این نظریه از ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی استفاده می کنند که مقرر داشته:

«در تفسیر قرارداد باید بیشتر به اراده مشترک طرفین توجه کرد تا معنای

ادبی الفاظ».

اینان، دادگاههای مدنی را به علت تجاوز از مقررات این ماده مورد انتقاد قرار داده اند.

در واقع امر، باید گفت که این توجیهات همان شرط ضمنی یا *Clause rebus sic stantibus* است که ما، در بحث در مبنای تعوری عدم پیش بینی به بررسی آن پرداختیم.

یکی دیگر از دلایل مخالفین نظریه عدم پیش بینی این است که، اگر این نظریه پذیرفته شود، در حقیقت قاضی اراده خود را جایگزین اراده طرفین می کند و

47. VOIRIN thèse préc. p. 63.

48. CAPITANT (H.) de la cause des obligations, 3ème éd. Dalloz 1927.

این کاری است که از نظر طرفداران اصل حاکمیت اراده باید شدیداً از آن اجتناب شود.

و بالاخره مخالفین، برای رد این نظریه به قواعد اخلاقی استناد می‌کنند و می‌گویند پذیرش این تئوری راهی است تا مدیون با سوء نیت به سادگی بتواند از زیر بار تعهدات خود شانه خالی کند.

موافقین نیز قبول نظریه عدم پیش بینی را بر مبنای قواعد اخلاقی مذهب مسیح توجیه می‌کنند و معتقدند که اگر قرارداد با اوضاع و احوال جدید منطبق نشود، بی عدالتی که در اثر برهم خوردن دو عوض پیش می‌آید خلاف قواعد اخلاقی خواهد بود، به عقیده آنان مبنای اساس عقود معوض را برابری و انصاف و حقوق طبیعی تشکیل می‌دهد.

ژاک گستن در این زمینه می‌نویسد: «اصل الزام آور بودن قراردادها اصل مفیدی است مشروط بر این که عدالت قراردادی در آن رعایت شده باشد. به نظر می‌رسد که سودمند بودن و عادلانه بودن، باید از اصول اساسی قواعد عمومی قراردادها محسوب گردند».<sup>۴۹</sup>

### د. جایگاه نظریه عدم پیش بینی در حقوق ایران

در قانون مدنی ایران همانند قانون مدنی فرانسه ماده صریحی که نظریه عدم پیش بینی را پذیرفته باشد وجود ندارد. قوانین خاص به مناسبت‌های مختلف، تجدیدنظر در قرارداد را مورد تأیید قرار داده است، که همانطور که قبلاً هم بیان شد، نوعی تعدیل قانونی است و نمی‌توان آن را تعدیل قضایی به حساب آورد.

رویه قضایی در کشور ما برخلاف فرانسه تاکنون فرصت موضع‌گیری در برابر این نظریه را نداشته است. رویه قضایی منسجم اعم از مثبت یا منفی در این خصوص وجود ندارد. اساتید حقوق نیز کمتر در این زمینه به بحث و بررسی

پرداخته اند.<sup>۵۰</sup>

به طور کلی، برای توجیه تئوری عدم پیش بینی در حقوق ایران، دو قاعده بیش از بقیه قواعد می تواند مورد توجه قرار گیرد.

۱. غبن حادث؛

۲. عسر و حرج.

### ۱. نظریه غبن حادث

این نظریه که توسط استاد دکتر کاتوزیان ارائه شده<sup>۵۱</sup> چنین توجیه گردیده که غبن برای جلوگیری از ضرری است که در اثر نامتعادل بودن دو عوض به یکی از طرفین وارد می شود. قانون مدنی غبنی را مؤثر دانسته که در هنگام معامله وجود داشته باشد، حال این سؤال مطرح می شود که، اگر در عقود طولانی مدت پس از انجام معامله غبن حادث شود آیا زیان دیده حق فسخ آن را خواهد داشت؟

پاسخ به این سؤال بستگی به تعیین و تشخیص مبنای غبن دارد، اگر مبنای آن عیب اراده باشد، پاسخ بدون تردید منفی است. زیرا همین که اراده در هنگام عقد عاری از عیب بوده، عیوب حادث شده بعدی نمی تواند در عقدی که صحیحاً واقع شده اثری داشته باشد، ولی اگر مبنای غبن شرط ضمنی و یا جلوگیری از ضرر نامتعادل بودن دو عوض باشد، دشواری در این است که آیا می توان گفت شرط ضمنی یا لزوم جلوگیری از ضرر تا هنگام اجرای کامل قرارداد همچنان اعتبار دارد؟ پس از بحث و بررسی غبن حادث در فقه و بیان نظرات موافق و مخالف چنین نتیجه گرفته اند که از ملاک قاعده غبن که لاضرر است، باید از این بی عدالتی که در جریان اجرای قرارداد به وجود می آید جلوگیری کرد.<sup>۵۲</sup>

۵۰. استاد دکتر ناصر کاتوزیان در جلد سوم قواعد عمومی قراردادها از صفحه ۸۱ به بعد، در مورد تعدیل قضایی بحث نسبتاً مبسوطی نموده اند.

۵۱. دکتر کاتوزیان، ناصر؛ همان منبع، ص ۹۹.

۵۲. دکتر کاتوزیان، ناصر؛ همان منبع، صفحه ۱۰۰ به بعد.

در خصوص ضمانت اجرای غبن حادث هم، با توجه به روح قوانین ما و جمع بین عدالت و حاکمیت اراده، فسخ قرارداد را بر تعدیل آن ترجیح داده‌اند و اضافه کرده‌اند که فسخ قرارداد از لحاظ عملی هم با دشواری کمتری رو بروست. این نظر از دو جهت می‌تواند مورد تردید قرار گیرد:

اول این که، غبن از قواعد عمومی معاملات نیست تا مورد تفسیر وسیع قرار گیرد. اصل در معاملات لزوم است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) فسخ عقد به علت وجود خیار یا هر علت دیگری استثناء بر این اصل است و باید به طور محدود تفسیر شود و به قدر متیقن اکتفا گردد. چون قانون مدنی و منبع تهیه و تدوین آن که فقه امامیه است، غبن را در هنگام معامله معتبر دانسته‌اند، مشکل است بتوان از ملاک آن استفاده کرد و به بعد از انجام معامله هم تسری داد.

دوم این که، اثر نظریه عدم پیش بینی تعدیل قرارداد است حال آن که اثر غبن حادث فسخ عقد است.

## ۲. عسرو حرج

نظریه دیگری که می‌تواند در مقابل غبن حادث مبنای توجیه و پذیرش تئوری عدم پیش بینی قرار گیرد قاعده نفی عسرو حرج است. این قاعده یکی از قواعد مهم فقهی است که فقها آن را از سه جنبه مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند.<sup>۵۳</sup>

جنبه اول - دلیل حجیت قاعده؛

جنبه دوم - مفاد و مضمون آن؛

جنبه سوم - موارد و مصادیق این قاعده.

در مورد جنبه اول و در اثبات وجود این قاعده، هم دلیل نقلی و هم دلیل عقلی، به قدر کافی وجود دارد؛ از جمله دلایل نقلی می‌توان آیات زیر را بیان کرد:

ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (سوره حج، آیه ۷۷)

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا (سوره بقره، آیه ۲۸۶)

۵۳. البجنوردی، سید میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، جلد اول، صفحه ۲۰۹ به بعد.

یرید الله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر (سوره بقره، آیه ۱۸۱)

ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج (سوره مائده، آیه ۹)

این آیات به طور وضوح دلالت دارد که پروردگار بزرگ در دین اسلام حکم حرجی وضع نکرده است.

دلیل عقلی وجود این قاعده این است که حکم حرجی، حکم فوق طاقت است و حکم فوق طاقت قبیح می باشد و از شارع مقدس کار قبیح محال است، محال عقلی در حکم ممنوع است و آنچه که عقلاً ممنوع باشد، شرعاً هم ممنوع است. (الممنوع عقلاً کالممنوع شرعاً)

در مورد جنبه دوم در این که مفاد قاعده نفی حکم حرجی است هیچ اختلافی وجود ندارد، خواه آن حکم تکلیفی باشد یا وضعی؛ زیرا آیه «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» به صراحت دلالت دارد که شارع حکم حرجی وضع نکرده است، برخلاف قاعده لاضرر که این بحث وجود دارد که آیا مفاد قاعده نفی ضرر است یا نفی حکم ضرری، در قاعده عسر و حرج هیچ تردیدی در نفی حکم حرجی وجود ندارد.

در خصوص جنبه سوم باید گفت موارد قاعده نفی حرج به قدری زیاد است که نمی توان آنها را برشمرد، تمام واجبات و محرمات اعم از عبادات و معاملات می توانند از مصادیق احکام حرجی قرار گیرند؛ بنابراین در موردی که اجرای یک تکلیف با دشواری بیش از حد مواجه شود آن تکلیف برطرف می گردد.

در قوانین موضوعه، اصطلاح عسر و حرج اولین بار در اصلاحی سال ۱۳۶۱ قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ به کار رفت؛ این ماده مقرر داشته: «در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود».



می‌دانیم که از لحاظ مقررات شرعی و قانون مدنی، طلاق در اختیار مرد است؛ ماده ۱۱۳۳ مقرر داشته: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». و اصولاً طلاق به درخواست زن پذیرفته نیست، ولی اگر دوام زوجیت برای زوجه موجب عسر و حرج گردد قاضی می‌تواند شوهر را اجبار به طلاق کند. همین‌طور در اجاره، مطابق ماده ۴۹۴ قانون به محض انقضای مدت، عقد اجاره برطرف می‌شود و مستأجر مکلف است عین مستأجره را تخلیه و تحویل موجر دهد، لیکن در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ مقرر شده که اگر تخلیه عین مستأجره موجب عسر و حرج مستأجر گردد، دادگاه می‌تواند برای او مهلتی قرار دهد.

وقتی که قانونگذار در مورد طلاق و تخلیه عین مستأجره، عسر و حرج را صراحتاً پذیرفته، موردی ندارد که آن را در بقیه موارد منتفی بدانیم. به هر حال با رویه قضایی است که با اتخاذ ملاک از این مواد، قاعده عسر و حرج را در مورد سایر تعهدات نیز اجرا کند.



# وابستگی قراردادهای در زمینه اعتبارات مصرفی حقوق فرانسه

دکتر عبدالرسول قدک

## مقدمه

۱. گروههای قراردادی (Les groupes de contrats). بی گمان یکی از برجسته ترین و زیباترین پدیده های کنونی حقوق فرانسه ظهور گروههای قراردادی است. بررسی این گروهها که در آن دو یا چند قرارداد به یکدیگر وابسته اند از ابتدای دهه ۱۹۷۰ آغاز شد و همچنان در مطالعات گوناگونی تداوم یافت.

1. J. Carbonnier, Droit civil, T. IV, Les obligations, 20<sup>e</sup> éd., PUF, Paris, 1996, p. 201.
2. R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Première serie, Panorama des mutations, 3<sup>e</sup> éd., 1964; G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, th. Nancy, 1966, L. G. D. J., 1969, préf. D. Tallon; Ph. Simler, La nullité partielle des actes juridiques, th. Strasbourg, L. G. D. J., 1969, préf. A. Weill; B. Teyssié, Les groupes de contrats, th. Montpellier, 1974, L. G. D. J., 1975, préf. J. M. Mousseron; D. Chedeville, La liaison entre contrats, th. Paris, 1977; C. Gabet-Sabatier, La connexité dans le droit des obligations, th. Paris, 1977; J. Néret, Le sous-contrat, th. Paris, 1977, L. G. D. J., 1979; D. Rambure Barathon, Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe, th. Paris, 1981; G. Valentin, Les contrats de sous-traitance, th. Paris 1975, Litec 1979, préf. M. Pédamon; E.-M. Bey, De la symbiotique dans les leasings et crédit-bail mobiliers, 1970; G. Virassamy, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, L. G. D. J., 1986, préf. J. Ghestin; M.-L. Izorche, La connexité entre les contrats conclus par un consommateur, Mémoire D. E. A., Droit privé, Aix-Marseille, 1984; M. Bacache-Gibleili, La relativité des conventions et les groupes de contrats, L. G. D. J.,

ولی امروز است که اهمیت و جایگاه آن در کتابهای حقوق تعهدات و قراردادهای روشن شده و مباحثی به انواع و نظام حقوقی آن اختصاص یافته است.<sup>۲</sup> پایان نامه دکتر آقایی برنار تسییه (Bernard Teysié) با عنوان «گروههای قراردادهای» که در ۱۹۷۵ منتشر شد سهم بسیار زیادی در شناساندن این گروهها به جامعه حقوقی فرانسه داشته است.<sup>۳</sup> در مطالعات ارزشمند این نویسنده گروههای قراردادی به دو دسته تقسیم شده اند. زنجیره های قراردادی و مجموعه های قراردادی.<sup>۴</sup>

1996, préf. Y. Lequette; M. Cabrillac, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Etudes Marty 1978; J.-M. Leloup, La création des contrats par la pratique commerciale, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier, 1985; J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et les contrats, R. T. D. Civ. 1994, p. 255; J.-L. Aubert, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, R. T. D. Civ. 1993, p. 263; J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, R. T. D. Civ. 1994, p. 777; G. Guelfucci-Thibierge, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, R. T. D. Civ. 1994, p. 275.

3. J. Carbonnier, op. cit., p. 201; J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, vol. I, L'acte juridique, 7<sup>e</sup> éd., Armand Colin, Paris, 1996, p. 338, n<sup>o</sup> 468; Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, Editions Cujas, 1992, p. 379, n<sup>os</sup> 691 et 692; T. VII, Les contrats spéciaux, Civils et commerciaux, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1995, p. 19, n<sup>os</sup> 8 et 9; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations, 2. contrat, 5<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1995, p. 42, n<sup>o</sup> 108; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebeque, Contrats civils et commerciaux, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1996, p. 32, n<sup>o</sup> 33; J. Ghestin (sous la direction de), Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, formation, 2<sup>e</sup> éd., par J. Ghestin, L. G. D. J., Paris, 1988, p. 1024, n<sup>o</sup> 888; Traité des contrats, La vente, par J. Ghestin et B. Desché, L. G. D. J., Paris, 1990, p. 1058, n<sup>o</sup> 1039.

4. B. Teysié, th. précitée.

۵. در صورتی که بین چند قرارداد وحدت (Unité) به وجود آید، دکترین فرانسه از قراردادهای پیچیده (contrats complexes) یا قراردادهای مرکب (contrats mixtes) سخن به میان می آورد، ولی اذعان دارد که تمیز آن از گروههای قراردادی که عناصر آن وحدت نمی یابند دشوار است:

J. Ghestin, op. cit., Les obligations, p. 1024, n<sup>o</sup> 888; Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., Les contrats spéciaux, p. 19, n<sup>o</sup> 8.

۲. **زنجیره‌های قراردادی (Les chaînes de contrats)**. در زنجیره‌ها، قراردادهای به لحاظ اشتراک در موضوع (*objet commun*) با یکدیگر وابسته‌اند. ماهیت و طرفهای قراردادهای تشکیل دهنده یک زنجیره می‌تواند یکسان یا متفاوت باشد. این قراردادهای یکی پس از دیگری منعقد شده و جایگزین هم می‌شوند.<sup>۶</sup> در نتیجه این وابستگی، چنانچه یکی از حلقه‌های این زنجیره نابود شود، نابودی حلقه‌های بعدی را باعث خواهد شد. یک زنجیره قراردادی می‌تواند از چندین قرارداد بیع به وجود آید که متوالیاً پیرامون یک موضوع مشترک مثلاً یک دستگاه اتومبیل منعقد می‌شوند. ابطال یا فسخ یکی از این قراردادهای بر قراردادهای بیع پس از آن تأثیر خواهد گذاشت.<sup>۷</sup>

۳. **مجموعه‌های قراردادی (Les ensembles de contrats)**. در مجموعه‌ها، قراردادهای به لحاظ اشتراک در هدف (*But commun*) به یکدیگر گره خورده‌اند. در ایجاد یک مجموعه، یکی از طرفهای قراردادهای تشکیل دهنده آن نقش کلیدی و محوری دارد (*Personnage central*). این طرف برای دست یافتن به هدف اقتصادی مورد نظر خود به انعقاد چندین قرارداد مبادرت می‌ورزد که وی را در ارتباط مستقیم با سایر طرف‌ها قرار می‌دهد. این هدف اقتصادی همان هدف مشترک است که قراردادهای یک مجموعه را به هم وابسته می‌سازد. قراردادهای سازنده یک مجموعه، برخلاف زنجیره، جایگزین یکدیگر نشده و در کنار هم قرار می‌گیرند.

آقای برنار تسییه هدف مشترک را علت (*la cause*) مجموعه‌های قراردادی به شمار می‌آورد که از سوی کلیه طرف‌های مجموعه شناخته و پذیرفته شده و وجود اقتصادی و حقوقی مجموعه‌ها بر آن استوار گردیده است: علت هریک از قراردادهای به طور متمایز جنبه نوعی (*cause objective*) و علت هر مجموعه قراردادی جنبه شخصی (*cause subjective*) دارد. لذا، این نویسنده وابستگی

6. B. Teyssié, th. précitée, p. 39 et s., n<sup>OS</sup> 69 et s.

7. Ibid, p. 146 et s., n<sup>OS</sup> 274 et s.

8. Ibid, p. 95, n<sup>OS</sup> 174 et 175.

قراردادهای یک مجموعه را ناشی از مفهوم علت شخصی می‌داند.<sup>۹</sup> وابستگی قراردادهای یک مجموعه یا دو سویه و یا یک سویه است. هنگامی که قراردادها از لحاظ اهمیت برابرند، مثلاً در یک مجموعه متشکل از چندین قرارداد حمل و نقل،<sup>۱۰</sup> وابستگی دو سویه است. در این حالت، قراردادها علت یکدیگر را تشکیل می‌دهند و دستیابی به هدف مشترک باید حاصل مشارکت جمعی کلیه آنها باشد. ولی هنگامی که یک یا چندین قرارداد به یک قرارداد اصلی می‌پیوندند، وابستگی یک سویه است.<sup>۱۱</sup> در این صورت قرارداد اصلی علت قرارداد یا قراردادهای دیگر بوده، بی آن که عکس آن امکان‌پذیر باشد.<sup>۱۲</sup>

در مجموعه‌های با وابستگی دو سویه، نابودی یکی از قراردادها باعث نابودی سایر آنها می‌شود. بطلان و فسخ هر قرارداد، قراردادهای دیگر را فاقد علت می‌نماید. بدین ترتیب، با محو شدن هدف مورد نظر ایجاد کننده مجموعه، کل مجموعه از بین خواهد رفت.<sup>۱۳</sup> در مجموعه‌های با وابستگی یک سویه، با انهدام قرارداد اصلی سایر قراردادها علت خود را از دست داده و نتیجتاً منهدم می‌گردند. اما، بنابر دلایل منطقی و روشن، با نابودی یکی از قراردادهای غیر اساسی، قرارداد

9. Ibid, p. 34, n<sup>o</sup> 64 et p. 95, n<sup>o</sup> 76.

۱۰. ارسال کننده ای تمایل دارد که کالایی از نقطه الف به نقطه ب حمل شود. برای فرستادن آن انعقاد چندین قرارداد حمل و نقل ضروری است، چرا که جابجایی کالا باید از طریق جاده، راه آهن و هوا میان این دو نقطه انجام گیرد. همه این قراردادها که یک مجموعه را می‌سازند در تحقق هدف مشترک که همانا ارسال کالا به نقطه ب است سهم هستند. هر قرارداد بدون مشارکت قراردادهای دیگر نمی‌تواند این هدف مشترک را عملی سازد. این هدف که علت این مجموعه را تشکیل می‌دهد موجب وابستگی کلیه قراردادهای حمل و نقل می‌شود:

Ibid, p. 102 et 103, n<sup>os</sup> 191-193.

۱۱. مجموعه متشکل از یک قرارداد قرض و یک قرارداد ضمان با وابستگی یک سویه بوده که در آن قرض قرارداد اصلی و ضمان قرارداد فرعی است. لذا، قرض علت ضمان می‌باشد ولی این قرارداد علت قرض نیست:

G. Goubeaux, th. précitée, p. 71, n<sup>o</sup> 40 et p. 72, n<sup>o</sup> 41.

12. B. Teyssié, th. précitée, p. 35, n<sup>o</sup> 66.

13. Ibid, p. 156, n<sup>o</sup> 298, p. 157, n<sup>o</sup> 302, p. 160, n<sup>o</sup> 309, p. 165, n<sup>o</sup> 317.

اصلی در اعتبار خود باقی خواهد ماند.<sup>۱۴</sup>

#### ۴. گروههای قراردادی و حقوق موضوعه. با این نگاه گذرا به نظریه

گروههای قراردادی به این نتیجه دست می‌یابیم که قراردادهای منعقد شده در کنار یکدیگر استقلال خود را از دست می‌دهند و به هم وابسته می‌گردند. پیام آقای برنار نسیه کاملاً مفهوم است: در گروههای قراردادی وابستگی باید جانشین استقلال شود. اما چگونه می‌توان این وابستگی را با حقوق موضوعه فرانسه هماهنگ نمود، چرا که در این حقوق اصل بر استقلال قراردادهای پایه‌گذاری شده<sup>۱۵</sup> و لذا وابستگی قراردادهای در تضاد مستقیم با آن است هرچند که توسط مفاهیم اساسی و قابل قبولی چون مفهوم علت شخصی توجیه گردد. بنابراین، به خوبی درک می‌کنیم که حقوق موضوعه در پذیرش این موضوع مدت‌های زیادی از خود مقاومت نشان دهد. ولی به نظر می‌رسد آینده این تئوری که اکنون بازتاب وسیعی در ادبیات حقوقی فرانسه داشته و خطوط اصلی آن مورد تجزیه و تحلیل و ارزیابی قرار گرفته درخشان بوده و جایگاه خود را در اذهان روشن و دقیق حقوقی با قبولاندن واقعیت خود باز خواهد نمود.

رویه قضایی فرانسه با تأثیرپذیری از نظریه گروههای قراردادی، خود را با واقعیت وابستگی منطبق ساخته<sup>۱۶</sup> و در زمانی نه چندان دور تصمیم گرفت که در

14. Ibid, p. 168, n° 325, p. 181, n° 353.

15. J. Carbonnier, op. cit., p. 201.

16. J. Mestre, Le principe de l'effet relatif à l'épreuve des groupes de contrats, R. T. D. Civ. 1986, p. 594, n° 4; Du principe de l'effet relatif et de sa relativité, R. T. D. Civ. 1988, p. 125, n° 10; L'entrée solennelle du sous-contrat dans la famille des ensembles contractuels, R. T. D. Civ. 1988, p. 741, n° 6; Du sous-contrat au groupe de contrats, R. T. D. Civ. 1989, p. 74, n° 6; P. Jourdain, Turbulences dans les groupes de contrats: la responsabilité contractuelle directe du sous-contractant et ses vicissitudes, R. T. D. Civ. 1988, p. 760, n° 1; Ch. Larroumet, L'action directe de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels, J. C. P. 1988, I, 3357; J. C. P. 1989, éd. C. et I., II, 15430; J.-L. Aubert, Responsabilité et groupe des contrats, Rép. Defrénois, 1989, art. 34470, p. 356; Ph. Rémy,

گروههای قراردادی، مسؤولیت طرفهایی که با یکدیگر وارد معامله نشده‌اند و در نتیجه از لحاظ قراردادی به یکدیگر مرتبط نیستند الزاماً جنبه قراردادی دارد و بدین ترتیب، وابستگی قراردادهای را پذیرفت. ولی در موضع خود توانایی مقاومت نداشت و ناچار گردید با سازگار ساختن خود با حقوق موضوعه این وابستگی را انکار نماید.<sup>۱۷</sup>

دکترین نیز به نوبه خود، با آگاهی از ارزش گروههای قراردادی، از وابستگی قراردادهای استقبال به عمل آورد. در این خصوص می‌توان به دیدگاه استاد ژان کربونیه (Jean Carbonnier) استناد نمود که می‌نویسد این وابستگی براساس نظریه علت قابل توجیه است و متذکر می‌شوند که قراردادهای تشکیل دهنده یک گروه همانند تعهدات ناشی از یک قرارداد دو تعهدی (Contrats synallagmatiques) علت یکدیگر را تشکیل می‌دهند.<sup>۱۸</sup> با وجود این، دکترین خاطر نشان می‌سازد که فعلاً حقوق موضوعه در وضعیتی نیست که بر این وابستگی آثار لازم را بار نماید و دلایل آن را چنین بر می‌شمرد: وابستگی با اصل نسبی بودن قراردادهای که در ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی فرانسه بیان شده مغایرت دارد چون با گسترانیدن آثار یک قرارداد به شخص ثالثی که در واقع طرف قرارداد دیگر است، این اصل کارآیی خود را در گروههای قراردادی از دست می‌دهد؛ وابستگی پیش‌بینی‌های قراردادی مشروع طرف‌های یک گروه را دگرگون می‌نماید؛ طرف‌های بهره‌مند از وابستگی به زیان طرف‌های دیگر پیش‌بینی‌های مشروع خود را گسترده می‌یابند؛ وابستگی حدود این گستردگی را مشخص نمی‌کند؛ وابستگی به حکومت اخلاق در امور تجارتنی آسیب می‌رساند.<sup>۱۹</sup>

L'action du créancier contre le tiers substitué dans l'exécution d'une obligation contractuelle est nécessairement contractuelle, R. T. D. Civ. 1988, p. 551, n° 3.

17. Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., Les contrats spéciaux, p. 20, n° 9; J. Flour et J.-L. Aubert, op. cit., p. 338, n° 468.

18. J. Carbonnier, op. cit., p. 203.

19. J. Flour et J.-L. Aubert, op. cit., p. 339, n° 469.



ناهماهنگی وابستگی قراردادهای با حقوق موضوعه ایجاب می‌کند که طرف‌های قراردادهای تشکیل‌دهنده یک گروه براساس شروط قراردادی، ارتباط لازم را بین قراردادهای خود پدید آورند. ولی بی‌تردید، راه‌حل مطلوب‌تر وابستگی قانونی است. به همین جهت است که قانونگذار فرانسه با عبور از مانع ایجاد شده توسط اصل استقلال قراردادهای، با الهام گرفتن از نظریه گروه‌های قراردادی و با توجه به مواضع دکترین و رویه قضایی درباره فروش‌های اعتباری، بر وابستگی قراردادهای در زمینه اعتبارات مصرفی که موضوع این نوشتار است<sup>۲۰</sup> مهر تأیید زد و به دیدگاه‌های آقای برنار تسیه به حق قوت بخشید.

#### ۵. آیین‌نامه‌های ۲۰ مه ۱۹۵۵<sup>۲۱</sup> و ۴ اوت ۱۹۵۶ راجع به فروش‌های

اعتباری<sup>۲۲</sup> اندیشه برقراری وابستگی قراردادهای در زمینه اعتبارات مصرفی درست چند سال پس از تصویب و اجرای آیین‌نامه ۱۹۵۵ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۹۵۶ شکل گرفت.

مقررات این آیین‌نامه‌ها که اساساً ماهیت اقتصادی و پولی داشته و از خریداران در مقابل خطرات اعتبار حمایت می‌کنند دو هدف مهم را دنبال می‌نمایند. هدف نخست حفظ رونق اقتصاد ملی است، زیرا اعتبارات اعطایی به مناسبت فروش‌های اعتباری نه تنها باعث توسعه اقتصادی می‌شوند بلکه خطر افزایش قیمت‌ها و پیدایش تورم را نیز فراهم می‌سازند. هدف دوم این است که تحصیل اعتبار بدهکاری زیاده از حد خریداران را موجب نشود، چون آنها توانایی ارزیابی امکانات مادی خود را به درستی ندارند و می‌توانند به خریدهای نسنجیده مبادرت ورزند.<sup>۲۳</sup>

20. L'interdépendance des contrats dans le domaine du crédit à la consommation en droit français.

21. D. 1955, lég., p. 249.

22. D. 1956, Lég., p. 280.

23. G. Farjat, Droit économique, 1982, p. 448; G. Cas et D. Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF, 1986, p. 491, n° 566; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial. T. II, 15<sup>e</sup> éd., par Ph. Delebeque et M. Germain, L. G. D. J., Paris, 1996, p. 639, n° 2517.

آیین نامه ۱۹۵۵ امکان محدودیت میزان و مدت اعتبارات اعطایی به مناسبت فروش های اعتباری را پیش بینی کرده و آیین نامه ۱۹۵۶ حق اعمال این محدودیت را برای شورای ملی اعتبار (Conseil national du crédit) قائل شده است.

بنابراین، مطابق این آیین نامه ها که از اهمیت فوق العاده ای برخوردارند، شورای ملی اعتبار می تواند تصمیم بگیرد که حداکثر میزان اعتبارات اعطایی به خریداران نباید از درصد خاصی از ثمن نقد مال فروخته شده و حداکثر مهلت بازپرداخت آن نباید از مدت معینی تجاوز کند. البته همچنین شورا می تواند تصمیم بگیرد که این اعتبارات فارغ از هرگونه محدودیت باشند.

از ۱۹۵۶ تا ۱۹۷۹، این شورا، با عنایت به اوضاع و احوال اقتصادی و ماهیت اموال، به موجب تصمیمات متعددی، محدودیت هایی برای میزان و مدت اعتبارات اعطایی در نظر گرفت و این محدودیت ها را در برهه هایی که اقتصاد شکوفا بود خفیف و در برهه هایی که تورم زا بود شدید می نمود. در نتیجه، افزایش مبلغ و مدت اعتبار موجب سرعت گرفتن فعالیت اقتصادی و کاهش مبلغ و مدت اعتبار باعث کند شدن آن می شد.<sup>۲۴</sup>

در ۱۹۷۹، شورای ملی اعتبار، به موجب تصمیم مورخ ۲۴ آوریل ۱۹۷۹،<sup>۲۵</sup> در هماهنگی با سیاست آزادگرایی اقتصادی دولت وقت، برای ایجاد رقابتی گسترده بین مؤسسات اعتباری و مختار گذاشتن آنها در تعیین حداکثر میزان و مدت اعتبار، محدودیت های قبلی را حذف نمود و دیگر هم فرصت نیافت تصمیم تازه ای

24. M. Vasseur, Droit et économie bancaires, Les opérations de banque, Fasc. III, Crédits aux particuliers, Garanties de remboursement, Ressources des banques, Les Cours de droit, 1988, p. 1137.

25. D. 1979, Lég., p. 189.

در خصوص شرایط اعتبار اتخاذ نماید. به گمان بسیاری از حقوقدانان،<sup>۲۶</sup> چنانچه موقعیت اقتصادی ایجاب کند، کمیته مقررات بانکی (Comité de la réglementation bancaire) که از ۱۹۸۴ در تعیین شرایط اعتبارات اعطایی جایگزین شورای ملی اعتبار شده است،<sup>۲۷</sup> می تواند دوباره محدودیت هایی در میزان و مدت این اعتبارات به وجود آورد.

محدودیت های ایجاد شده توسط شورای ملی اعتبار قلمرو گسترده ای یافتند. اعتبارات دریافتی توسط مصرف کنندگان و در برخی موارد توسط صاحبان حرف، برای تهیه اموال مورد نیاز خود مشمول آن شد.<sup>۲۸</sup>

این محدودیت ها شرایط لازم برای صحت فروش های اعتباری بودند و اعتبار دهنده اعم از فروشنده یا مؤسسه اعتباری می بایستی آن را رعایت می کرد. به همین جهت، تخلف از حداکثر میزان و مدت اعتبار موجب بطلان این قراردادها می شد. رویه قضایی قابل توجهی در خصوص بطلان فروش های اعتباری و آثار ناشی از آن به بار نشست و با راه حل های خود به نظریه عمومی بطلان قراردادها غنا بخشید.<sup>۲۹</sup>

26. Ph. Malaurie, *Crédit mobilier*, Encycl. Dalloz, Rép. dr. com., 1981, n° 11; M. Vasseur, op. cit., p. 1129; G. Cas et D. Ferrier, op. cit., p. 368, n° 349; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., p. 639, n° 2517; J. Audier, *La responsabilité civile et pénale du dispensateur de crédit au consommateur*, in *Le droit du crédit au consommateur*, sous la direction de I. Fadlallah, 1982, p. 178, n° 4.

27. G. Ripert, R. Roblot, op. cit., p. 338, n° 2231.

28. Riom, 17 nov. 1967, R. T. D. Com. 1968, p. 743, n° 4, obs. J. Hémar; Cass. com., 3 juill. 1978, R. T. D. Com. 1969, p. 143, n° 4, obs. J. Hémar; Cass. com., 6 oct. 1981, G. P. 1982, Panor., p. 120.

29. Cass. com., 11 mai 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 162, p. 137; Cass. com., 15 mars 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 100, p. 84; Cass. com., 11 déc. 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 305, p. 251; Cass. com., 17 oct. 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 234, p. 198; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 juin 1978, Bull. civ. 1978, II, n° 115, p. 129; Cass. com., 18 nov. 1974, D. 1975, J., p. 625, note Ph. Malaurie; Cass. com., 21 juill. 1975, D. 1976, p. 582, note E. Agostini et P. Diener. Cass. com., 11 mai 1976, Rép. Defrénois 1977, art. 13343, p. 393, n° 8, obs. J.-L. Aubert.

راه‌حلهای رویه قضایی در مواردی که اعتباردهنده شخصی غیر از فروشنده است از اهمیتی دوچندان برخوردارند. چون در این موارد، خریدار برای دستیابی به مال مورد نیاز خود ملزم به تشکیل دو قرارداد است. یکی قرارداد قرض که با قرض‌دهنده منعقد می‌کند و دیگری قرارداد بیع که با فروشنده می‌بندد. در واقع خریدار ایجادکننده یک گروه قراردادی متشکل از قرارداد بیع و قرض است که فروش اعتباری نامیده می‌شود.

بطلان قرارداد بیع در این گروه قراردادی باعث شد که رویه قضایی پیش از پرداختن به مسأله استرداد متقابل ثمن و مبیع، تأثیر این بطلان را بر قرارداد قرض مشخص نماید و روشن کند که آیا این دو قرارداد به هم وابستگی دارند یا نه. رویه قضایی با اعلام اصل استقلال قرارداد قرض نسبت به بیع پذیرفت که بطلان بیع هیچ‌گونه تأثیری بر قرض نداشته و خریدار اعتبارگیرنده بایستی تعهدات ناشی از این قرارداد را انجام دهد.<sup>۳۰</sup> همین اصل را نیز در صورت عدم اجرای بیع تأیید نموده و بیان کرد که عدم تحویل مبیع یا معیوب بودن آن هیچ‌گونه تأثیری بر قرض نخواهد گذاشت.<sup>۳۱</sup>

بخش مهمی از دکترین، اصل استقلال قرارداد قرض را شدیداً مورد انتقاد قرار داده و آن را غیر عادلانه خواند، چون حفظ اعتبار این قرارداد پس از بطلان و یا عدم اجرای بیع هیچ‌گونه فایده‌ای برای خریدار ندارد؛ او ملزم است به تعهدات خود در مقابل قرض‌دهنده عمل نماید در حالی که به هدف خود که همانا بدست آوردن مبیع بوده نرسیده است. دکترین خاطر نشان ساخت که این دو قرارداد باید سرنوشت مشترکی داشته باشند: در مرحله انعقاد و اجرا در اذهان فروشنده و خریدار و قرض‌دهنده به یکدیگر گره خورده‌اند. لذا، تلاش نمود تا با استناد به برخی مفاهیم حقوقی همچون مفهوم علت، وابستگی بین قرارداد قرض و بیع را

۳۰. برای نمونه رک:

Cass. com., 21 déc. 1981, Bull. civ. 1981, IV, n<sup>o</sup> 451, p. 361.

۳۱. برای نمونه رک:

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1974, J. C. P. 1975, II, 18109, obs. J. Calais-Auloy.

مطرح ساخته و رویه قضایی را تشویق به شناسایی این وابستگی نماید.<sup>۳۲</sup> کوشش‌های دکترین بی نتیجه نماند، زیرا رویه قضایی، خود نیز به این واقعیت پی برد، و در بعضی موارد، مواضع شدید خود را رها نموده و نوعی ارتباط را بین این دو قرارداد ترسیم نمود. به ویژه با ابطال همزمان بیع و قرض، تصمیم گرفت که قرض دهنده می‌تواند برای دریافت مبلغ قرض به جای مراجعه به خریدار، طرف قراردادی خود، مستقیماً به فروشنده که با وی رابطه قراردادی ندارد رجوع کند.<sup>۳۳</sup> بدین ترتیب، زمینه برای دخالت قانونگذار فراهم گردید. قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸، با ایجاد ارتباط بین قرارداد اعتبار و قراردادهایی که به کمک آن تأمین مالی می‌شوند به اصل استقلال قرارداد قرض در فروش‌های اعتباری اموال مصرفی به طور گسترده‌ای خاتمه داد.

#### ۶. قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ راجع به آگاهانیدن مصرف‌کنندگان و حمایت از

آنها در زمینه برخی عملیات اعتباری.<sup>۳۴</sup> مدت زیادی بود که مصرف‌کنندگان فرانسوی در این انتظار بسر می‌بردند که مقررات جامعی حمایت از آنها را در طیف وسیعی از عملیات اعتباری پیاده نماید. قانون ۱۹۷۸ این خواسته را تنها در زمینه اعتبارات مصرفی جامه عمل پوشاند.

اعتبارات مصرفی به اعتباراتی گویند که گیرنده آن برای رفع نیازهای

32. G. Cornu, R. T. D. Civ. 1979, p. 144, n<sup>o</sup> 1; Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, Cours D. E. A. droit privé, Paris II, 1976-1977, p. 160; Ch. Larroumet, note sous Cass. com., 4 fév. 1980, D. 1980, I. R., p. 656; J.-J. Burst, La nullité des ventes à crédit pour dépassement du crédit autorisé, D. 1980, Chron., p. 65; J.-Ch. Laurent, Brèves observations sur la cause d'un prêt, G. P. 1975, I, Doct., p. 365; D. Chedeville, th. précitée, p. 208, n<sup>o</sup> 194; B. Teyssié, th. précitée, p. 179, n<sup>o</sup> 350; J. Calais-Auloy, note précitée, sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1974; A. Sayag, Ventes à crédit mobilières, 1983, J.-Cl. Consommation, fasc. 940, n<sup>o</sup> 116.

33. Cass. com., 19 nov. 1974, Arrêt précité; Cass. com., 21 juill. 1975, Arrêt précité.

34. La loi n<sup>o</sup> 78-22 du 10 janv. 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, D. 1978, Lég., p. 84.

شخصی و خانوادگی و نه حوائج حرفه ای از آن استفاده می نماید.<sup>۳۵</sup> قانون ۱۹۷۸ گیرنده این اعتبارات را در سرلوحه خود مصرف کننده نامیده و در متونی که پیش بینی می کند از او به قرض گیرنده یاد می برد. در واقع، این شخص مصرف کننده اعتبار است، مصرف کننده ای که با دریافت آن برای دستیابی به کالاها و خدمات مورد نظر خود می کوشد.

در گذشته ای نه چندان دور مراد بیشتر قشرهای اجتماعی فرانسه پس انداز قسمتی از درآمد خود بود و مخارج خود را به ترتیبی تنظیم می کردند که از حدود این درآمد فراتر نرود.<sup>۳۶</sup> و اعتقاد بر این بود که هر کس یک چهارم درآمد خود را ذخیره نکند جنایتکار است.<sup>۳۷</sup> امروز این دیدگاهها رها شده اند. اشخاص نه تنها درآمد حاضر خود را هزینه می کنند بلکه از درآمد آینده خود نیز مصرف می نمایند. اعتبارات مصرفی این تحول را آفریده اند.

این اعتبارات که میزان آن در پایان ۱۹۸۸ بالغ بر ۳۰۶ میلیارد فرانک بوده است،<sup>۳۸</sup> نیازهای گوناگون مصرف کنندگان را برآورده می سازد: خرید اتومبیل، تلویزیون، یخچال، اجاق گاز، لوازم تجهیز آشپزخانه ... و تحصیل انواع خدمت از قبیل تعمیر اتومبیل، معالجه های پزشکی، مشاوره های حقوقی ... بنابراین، اعتبار گره گشاست. کافی است که مصرف کننده به آن رو آورد. جامعه مصرفی نیز او را به این کار تشویق می کند. بی خود نیست که گفته اند: «اعتبار هزار بار بیش از همه

35. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1996, p. 309, n<sup>o</sup> 298.

36. B. Bouloc, Aspects juridiques de la vente à crédit, Cah. dr. entreprise 1973, p. 2, n<sup>o</sup> 2.

37. F. Falletti, La vente à crédit des biens de consommation, Litec, Paris, 1981, préf. J. Azéma, p. 2.

۳۸. این تازه ترین رقمی است که به آن دسترسی داشته ایم:

G. Ripert et R. Roblot, op. cit., 1996, p. 524, n<sup>o</sup> 2429-4.

بی گمان، در پایان ۱۹۹۸ میزان اعتبارات مصرفی باید بسیار بیش از این باشد.

کان‌های طلای جهان به بشریت خدمت کرده است».<sup>۳۹</sup>

اما اعتبارات مصرفی خطرآفرین نیز هستند؛ مصرف‌کننده را در دام‌های گسترده خود گرفتار می‌کنند؛ خواسته‌های او را به صورت کاذب می‌افزایند؛ نیازهای فعلی او را بزرگ جلوه می‌دهند؛ او را از تلاش برای پس‌انداز به منظور برآوردن نیازهای خود باز می‌دارند. بدین ترتیب، مصرف‌کننده تسلیم‌جذبه‌های این اعتبارات می‌شود و تعهدات خود را در مقابل اعتباردهنده ناچیز می‌انگارد. ولی طولی نخواهد کشید که تاریخ اجرای این تعهدات فرا خواهد رسید و در آن زمان است که در صورت عدم توانایی پرداخت، خود را با انبوهی از مشکلات از جمله اقدامات قضایی اعتباردهنده مواجه خواهد دید.<sup>۴۰</sup>

به همین جهت، قانون ۱۹۷۸، با نظام حمایتی ویژه خود، برای تأمین منافع مصرف‌کننده اعتبار و حمایت از او در مقابل طرف قوی خود یعنی اعتباردهنده که از امکانات مالی و تکنیکی بالایی برخوردار است، پا به عرصه هستی گذاشت. ولی، برخلاف آیین‌نامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۵۶، این بار هدف از تصویب این قانون صرفاً حمایت از مصرف‌کننده در مقابل خطرات اعتبار بوده و مقاصد اقتصادی و پولی دنبال نشده‌اند.

قانون ۱۹۷۸ از لحاظ قلمرو اجرایی در مقام مقایسه با آیین‌نامه‌های مذکور از دو جهت متحول شده است. نخست، عملیات اعتباری مشمول قانون متنوع بوده و فروش‌های اعتباری بخشی از آن را تشکیل می‌دهد. سپس، اعتبارگیرنده مورد نظر قانون نمی‌تواند از آن برای تأمین نیازهای حرفه‌ای خود استفاده کند در حالی که خریدار اعتباری مشمول آیین‌نامه‌ها می‌تواند از اعتبارات اعطایی برای رفع برخی از این نیازها بهره بگیرد.

39. J. Thyraud, Rapport présenté à propos du projet de la loi relatif à l'information et à la protection du public en matière d'opérations de crédit, Débats parlementaires, Sénat, J. O., 13 oct. 1976, p. 2695.

40. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebeque, op. cit., p. 734, n° 826.

مقررات قانون ۱۹۷۸ عمدتاً از پیشنهادات جالب آقای ژان کله-آلوا (Jean Calais-Auloy) استاد محترم دانشگاه مونپلیه (Montpellier) سرچشمه گرفته اند. نامبرده در مقاله‌ای که در ۱۹۷۵ با عنوان «اصلاحات پنجگانه جهت کاستن خطرات اعتبار برای مصرف‌کنندگان» منتشر کرد،<sup>۴۱</sup> قانونگذار را دعوت به مداخله نمود. البته، نارسایی‌های آیین‌نامه‌های پیش‌گفته، مواضع غیر عادلانه رویه قضایی ایجاد شده تحت حکومت این آیین‌نامه‌ها، قوانین برخی از کشورهای اروپایی نظیر انگلستان و آلمان نیز مؤثر در این دخالت بوده‌اند.<sup>۴۲</sup>

قانون ۱۹۷۸، منشور اعتبارات مصرفی،<sup>۴۳</sup> یک انقلاب واقعی در این زمینه پدید آورده است.<sup>۴۴</sup> تنوع مقررات حمایت‌گرانه آن و تأثیری که بر اصول سنتی حقوق تعهدات می‌گذارد حکایت از درستی این ادعا دارد. البته، مقررات مزبور به صورت پیچیده‌ای تدوین یافته‌اند، به طوری که فهم آن برای دست‌اندرکاران حقوق هم به آسانی امکان‌پذیر نیست، چه رسد به مصرف‌کنندگانی که قانون ۱۹۷۸ برای حمایت از منافع آنها طراحی شده و از اطلاعات حقوقی هم بی‌بهره‌اند.<sup>۴۵</sup>

محورهای اساسی نظام حمایت‌گرانه قانون ۱۹۷۸ عبارتند از: بالا بردن آگاهی مصرف‌کنندگان اعتبار؛ شناسایی دوگونه مهلت به سود آنها، یکی برای اندیشیدن پیرامون شرایط اعتبار و دیگری برای بازگشتن از تعهدات خود؛ محدود ساختن شروط کیفری، آسان نمودن حل و فصل اختلافات برای مصرف‌کنندگان اعتبار و بویژه مرتبط ساختن سرنوشت قراردادهای اعتبار و قراردادهایی که به کمک

41. Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs, D. 1975, Chron., p. 19.

42. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 321, n<sup>o</sup> 315.

43. Ibid, p. 321, n<sup>o</sup> 315.

44. J. Huet, Traité de droit civil (sous la direction de J. Ghestin), Les principaux contrats spéciaux, L. G. D. J., 1996, p. 868, n<sup>o</sup> 22506.

45. G. Rouhette, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Etudes Rodière, Dalloz, 1981, p. 265; Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., Obligations, p. 177, n<sup>o</sup> 325.



آن تأمین مالی می‌شوند.<sup>۴۶</sup>

این نظام حمایت‌گرانه از حقوق عام تعهدات فاصله گرفته<sup>۴۷</sup> و به اصل حاکمیت اراده خدشه وارد نموده است.<sup>۴۸</sup> اصول دیگری نیز از این حقوق تحت تأثیر آن قرار گرفته‌اند. برای مثال، قراردادهای اعتبار از جمله قرض به قراردادهای تشریفاتی تبدیل شده‌اند، چون این قراردادها با تسلیم یک فرم چاپی ایجاب پیشین<sup>۴۹</sup> توسط اعتبار‌دهنده به مصرف‌کننده تشکیل می‌گردند.<sup>۵۰</sup> انعقاد، قدرت اجبارکننده و محتوای قراردادهای با شناسایی یک حق انصراف<sup>۵۱</sup> به سود مصرف‌کننده تعدیل یافته است،<sup>۵۲</sup> چراکه او می‌تواند ظرف مدت یک هفته از تاریخ قبول ایجاب پیشین از تعهد خود برگشته و قرارداد اعتبار را که قبلاً منعقد کرده<sup>۵۳</sup> رها سازد؛ اصل نسبی بودن قراردادهای هم در نتیجه وابستگی قراردادهای اعتبار و قراردادهایی که تأمین مالی می‌شود استثنا پذیرفته است.<sup>۵۴</sup>

46. D. Crémieux-Israël, *Crédit et protection du consommateur*, préf. J. Hémard, *Economica*, 1978, p. 2.

47. *Droit commun des obligations*.

48. P. Godé, *Protection des consommateurs*, R. T. D. Civ. 1978, *Lég.*, p. 437; *Le contrat de consommation*, Contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur, Congrès national des huissiers de justice, L. G. D. J., Tours, 1974, p. 113; Y. Guyon, *Rapport de synthèse sur Droit du marché et droit commun des obligations*, R. T. D. Com. 1998, p. 124, n° 7.

49. *Modèles types d'offres préalables de crédit*.

50. P. Godé, *Obs. précitées*, p. 439.

51. *Faculté de rétractation*.

52. N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, th. L. G. D. J., 1988, préf. J.-L. Aubert, p. 249, n° 326; J. Ghestin, *op. cit.*, *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., 1993, p. 152, n° 175; J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 124, n° 195; J.-P. Pizzio, *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, R. T. D. Com. 1998, p. 54, n° 3.

53. *Contrat préalablement formé*.

54. N. Chardin, *th. précitée*, p. 246, n° 321; J. Ghestin, *op. cit.*, *La formation du contrat*, 1993, p. 160, n° 180.

وابستگی این قراردادهای که قاعده‌ای تازه و نوآورانه به شمار می‌آید در دل این نظام حمایت‌گرانه جای گرفته است. بی‌تردید، قانون ۱۹۷۸ با ایجاد آن در زمینه اعتبارات مصرفی خواسته است که وابستگی روان‌شناختی و جامعه‌شناختی و اقتصادی قراردادهای مذکور با یک وابستگی حقوقی تکمیل شود، تا به انتظار مصرف‌کننده که در ذهن او قرارداد اعتبار و قرارداد مرتبط با آن یک عمل حقوقی واحد را می‌سازند پایان دهد.<sup>۵۵</sup>

حمایت از مصرف‌کننده در بخش دیگری از اعتبارات که در حقوق فرانسه اعتبارات غیر منقول (Le crédit immobilier) نامیده می‌شوند توسط قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۷۹ مربوط به آگاه‌نیدن قرض‌گیرندگان و حمایت از آنها در زمینه اعتبارات غیر منقول به تحقق پیوست.<sup>۵۶</sup> نظام حمایت‌گرانه این قانون، علی‌رغم تفاوت‌های مسلم، بسیار شبیه به نظام حمایتی قانون ۱۹۷۸ است. قانونگذار فرانسه به لحاظ ویژگی‌ها و تکنیک‌های خاص اعتبارات غیر منقول برتری دارد که قانون ویژه‌ای به آن اختصاص یافته و این اعتبارات از قلمرو قانون ۱۹۷۸ خارج شوند. با وجود این، برخی از حقوقدانان فرانسوی، اعتبارات غیر منقول را به خاطر اهداف مشترک هر دو قانون، یعنی حمایت از مصرف‌کننده، زیر عنوان اعتبارات مصرفی بررسی می‌نمایند.<sup>۵۷</sup> ولی واقع‌امر این است که اعتبارات غیر منقول را نمی‌توان قسمتی از اعتبارات مصرفی به معنای درست کلمه دانست.<sup>۵۸</sup> و به همین جهت است که قانون مصرف فرانسه از این نوع اعتبارات به طور جداگانه سخن به میان می‌آورد.

55. D. Martin, La défense du consommateur à crédit, Banque 1978, p. 470; A.-Ch. Dana, La sanction de l'interdépendance, in le droit du crédit au consommateur, Ouvrage collectif sous la direction de I. Fadlallah, 1982, p. 457, n° 2.

56. D. 1979, III, 48800.

57. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebeque, op. cit., p. 734, n° 862.

58. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, op. cit., p. 309, n° 298.

همانند قانون ۱۹۷۸، قانون ۱۹۷۹ نیز در نظام حمایت‌گرانه خود، با ایجاد تغییراتی وابستگی میان قراردادهای قرض را که قراردادهای اعتباری هستند و قراردادهایی که به اموال غیر منقول مربوط می‌شوند، پذیرفته است.

بنابراین، ارتباط قراردادهای اعتباری به مصرف‌کنندگان از اهمیت فراوانی در حقوق فرانسه برخوردار است. با اشاره به مقررات این اعتبارات در حقوق برخی از کشورهای اروپایی می‌توان بیشتر به اهمیت وابستگی پی برد.

**۷. اعتبارات مصرفی در حقوق برخی دیگر از کشورهای اروپایی.**

احتمالاً در اروپا، بریتانیا نخستین کشوری است که توانست مقررات نسبتاً جامعی را به اعتبارات مصرفی اختصاص دهد. قانون ۱۹۷۴ این کشور (Consumer Credit Act 1974) که نظام حمایت‌گرانه آن کم و بیش با نظام حمایتی قانون ۱۹۷۸ شباهت دارد مصرف‌کننده اعتبار را از حقوق متنوعی بهره‌مند ساخته است: حق دریافت اطلاعات، حق رها نمودن قرارداد در شرف انعقاد،<sup>۶۹</sup> حق انصراف از قرارداد پذیرفته شده،<sup>۷۰</sup> حق استفاده از تشریفات هنگام انعقاد قرارداد.<sup>۷۱</sup> ولی از همه مهمتر، قانون مذکور، با پیش‌بینی قراردادهای قرض وابسته<sup>۷۲</sup> و قراردادهای قرض ناوابسته،<sup>۷۳</sup> ارتباط قراردادهای بیع و قرض را به سود او ایجاد نمود.<sup>۷۴</sup> مطابق ماده ۵۷ این قانون، چنانچه فروشنده تعهدات خود را ایفا ننماید،

59. Withdrawal from prospective agreement.

60. Cancellation of certain agreements within cooling-off period.

61. J. Voulgaris, Réforme du crédit à la consommation au Royaume-Uni: Le Consumer Credit Act 1974, *Annuaire de législation française et étrangère*, éd. C. N. R. S. 1974, t. 23, p. 57; J. Ravanas, De l'interdépendance dans l'exécution des contrats, in *le droit du crédit au consommateur*, Ouvrage collectif sous la direction de I. Fadlallah, 1982, p. 418, n<sup>o</sup> 5.

62. Connected loan.

63. Unconnected loan.

64. J. Le Calvez, Mirages et maléfices de la protection, in *le droit du crédit au consommateur*, Ouvrage collectif sous la direction de I. Fadlallah, 1982, p. 506, n<sup>o</sup> 5; John Mickieburg, *Consumer protection*, Professional Books, 1979, p. 46.

مصرف کننده حق مراجعه به قرض دهنده را دارد.<sup>۶۵</sup>

آلمان نیز با چندین سال تأخیر، پس از بریتانیا و فرانسه، تحت تأثیر دستورالعمل اروپایی ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به اعتبارات مصرفی<sup>۶۶</sup> (اصلاح شده توسط دستورالعمل ۲۲ فوریه ۱۹۹۰)، به حمایت از مصرف کننده اعتبار شتافت. این حمایت را قانون ۱۷ دسامبر ۱۹۹۰ این کشور پیرامون اعتبارات اعطایی به مصرف کنندگان ایجاد نمود.<sup>۶۷</sup> در این قانون مقرراتی شبیه به مقررات قانون ۱۹۷۸ فرانسه به چشم می خورد. قانون ۱۹۹۰ همانند همتای فرانسوی خود وابستگی بین قراردادهای اعتبار و قراردادهای فروش و عرضه خدمت را که به کمک آن تأمین مالی می شوند پذیرفت. البته در آلمان، حمایت از مصرف کننده اعتبار در فروش های اعتباری سابقه بسیار طولانی دارد. قانون ۱۶ مه ۱۸۹۴ مربوط به این قراردادهای، حتی قدیمی تر از قانون مدنی آلمان (۱۸۹۶)، از جوانب مختلف به حمایت از خریدار پرداخته بود،<sup>۶۸</sup> ولی قانون ۱۹۹۰ با نسخ آن، حمایت از مصرف کننده را به گونه ای گسترده در همه قراردادهای اعتبار مصرفی در مقابل صاحبان حرف تأمین نمود.<sup>۶۹</sup>

در زمان حکومت قانون ۱۸۹۴، وابستگی قراردادهای قرض و بیع در فروش های اعتباری برای حمایت از خریدار به شدت در روبه قضایی و دکترین مطرح شد. روبه قضایی با اعلام استقلال قرض نسبت به بیع در تصمیمات متعدد

۶۵. در حقوق آمریکا نیز به لحاظ وجود روابط تجارتي بین فروشندگان و مؤسسات اعتباری، کمیسیون فدرال امریکایی تجارت، با تصویب مقرراتی در ۱۹۷۶ تصمیم گرفته است: چنانچه خریدار کیفیت کالا را نامطلوب بیابد می تواند به مؤسسه اعتباری جهت مطالبه اقساط پرداخت شده مراجعه نماید:

J. Ravanas, Article précité, p. 418, n<sup>o</sup> 5.

66. Directive (CEE) n<sup>o</sup> 87-102 du Conseil du 22 déc. 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, des Etats membres en matière du crédit à la consommation, Code européen des affaires, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, 1995, p. 756.

67. M. Pédamon, La contrat en droit allemand, L. G. D. J., Paris, 1993, p. 47.

68. B. Stauder, La vente à tempérament et son financement dans le marché commun, t. III, Le droit allemand, Bruxelles, 1977, p. 327.

69. Michel Pédamon, op. cit., p. 47.

خود، این وابستگی را نپذیرفت،<sup>۷۰</sup> هرچند که در برخی موارد، مثلاً هنگامی که فروشنده به نمایندگی از طرف قرض دهنده جهت انعقاد قرارداد قرض اقدام می کرد، به وابستگی حکم داد.<sup>۷۱</sup> دیدگاههای علمای حقوق در این خصوص متفاوت بود. اکثریتی موافق استقلال قرارداد قرض و اقلیتی مخالف آن بودند. مفاهیم و نظریه های حقوقی که برای توجیه وابستگی توسط اقلیت و گاهی توسط اکثریت پیشنهاد می شد<sup>۷۲</sup> بسیار نوآورانه و متنوع بود.<sup>۷۳</sup> قانون ۱۹۹۰ با شناسایی وابستگی، همانند قانون ۱۹۷۸، موضع رویه قضایی را در هم شکست و به اختلافات دکترین پایان داد.

سایر کشورهای عضو اتحادیه اروپایی (بلژیک، لوکزامبورگ، ایتالیا، اسپانیا...) همانند آلمان موظف بوده اند که تا اول ژانویه ۱۹۹۰ اقدامات لازم را برای هماهنگ نمودن خود با مندرجات دستور العمل ۱۹۸۶ معمول دارند (ماده ۱۶ دستور العمل). بنابراین، می بایست تاکنون باتوجه به این دستورالعمل حمایت از مصرف کنندگان خود را در مقابل خطرات اعتبارات مصرفی عملی ساخته باشند. دستورالعمل مذکور که از مقررات کشورهای عضو اتحادیه اروپا به ویژه قانون ۱۹۷۸ فرانسه الهام گرفته در سطح محدودی حمایت مصرف کننده اعتبار را تأمین نموده است. ولی کشورهای عضو را از تدوین مقررات حمایت گرانه تر به سود او منع نمی نماید. در این دستورالعمل پیش بینی شده است که در صورت عدم اجرای

70. K.-H. Neumayer, La vente à crédit en droit allemand, Rev. internal. dr. comparé, 1973, p. 4.

71. B. Stauder, op. cit., p. 178, n° 209, p. 198, n° 244, p. 236, n° 320.

72. Ibid, p. 171 et s. n° 194 et s.

۷۳. «نظریه هدف تحقق نیافته» (Théorie du but non atteint) بیش از مفاهیم و نظریه های دیگر با استقبال مواجه شد. مطابق این نظریه، در اذهان کلیه طرف های فروش اعتباری (خریدار، فروشنده، قرض دهنده)، قرارداد قرض به منظور تحقق قرارداد بیع منعقد می گردد. بنابراین، چنانچه بیع که هدف قرض را تشکیل می دهد مثلاً در نتیجه فسخ آن ناپدید گردد، قرض نیز که بدین ترتیب مراد خود را از دست داده است از این وضعیت تأثیر می پذیرد:

Ibid, p. 175, n° 204, p. 203, n° 249, p. 239, n° 326.

قرارداد بیع و یا قرارداد عرضه خدمت، مصرف کننده با رعایت شرایطی حق اقامه دعوی علیه اعتبار دهنده را دارد (ماده ۲-۱۱ دستورالعمل).<sup>۷۴</sup>

تأثیر دستورالعمل ۱۹۸۶ در فرانسه ناچیز بوده و فقط تغییرات جزئی را در قانون ۱۹۷۸ باعث شده است، چون این کشور با تدوین قانون مصرف، جایگاه رفیعی برای مصرف کننده اعتبار در نظر گرفته و بیش از هر عضو دیگر اتحادیه اروپایی در حمایت از وی کوشیده است.<sup>۷۵</sup>

**۸. قانون مصرف.** این قانون از رخدادهای تازه حقوق فرانسه به شمار می آید. در ۱۹۸۲، وزیر مصرف این کشور، خانم کاترین لالومییر (Catherine Lalumière)، کمیسیون بازنگری حقوق مصرف<sup>۷۶</sup> را تشکیل و به آن مأموریت داد<sup>۷۷</sup> تا به مقررات گوناگون، مشکل و ناهماهنگی که در حمایت از مصرف کننده به تدریج به تصویب رسیده بود سر و سامان بدهد و در رفع پیچیدگی آنها بکوشد و در حد امکان آنها را ساده، یکنواخت، قابل دسترس و کارآتر نماید.<sup>۷۸</sup> این کمیسیون که به ریاست استاد گله-آلوا (Calais-Auloy) فعالیت خود

74. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, op. cit., p. 321, n° 315; J.-P. Pizzio, Droit de la consommation, Rép. dr. com., Encycl. Dalloz, II, 31 août 1987, p. 92, n° 952; V. Christianos et F. Picod, Consommateur, Rép. dr. Communautaire, Encycl. Dalloz, Avril 1996, p. 23, n° 180, p. 27, n° 208.

75. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebeque, op. cit., p. 734, n° 862.

76. Commission de refonte du droit de la consommation.

77. این کمیسیون براساس آیین نامه ۲۵ فوریه ۱۹۸۲ که به امضای وزیر مصرف و وزیر دادگستری وقت فرانسه رسید ایجاد گردید. ولی کار خود را زودتر از دسامبر ۱۹۸۱ آغاز نمود:

J. Calais-Auloy, Propositions pour un nouveau droit de la consommation, La Documentation française, Avril 1985, p. 12.

78. Ibid, p. 3; J. Calais-Auloy, Vers un nouveau droit de la consommation, La Documentation française, Juin 1984, p. 3; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 28, n° 34.

را آغاز نمود چهار گزارش مهم ارائه داد.<sup>۷۹</sup> کمیسیون مزبور به سومین گزارش جامع خود متن واحد و یکنواختی را با عنوان قانون مصرف بالغ بر ۳۲۶ ماده ضمیمه و پیشنهاد کرد که این متن جایگزین مقررات موجود گردد.<sup>۸۰</sup> این پروژه<sup>۸۱</sup> که کاری علمی و نوآورانه ارزیابی گردید<sup>۸۲</sup> اساساً درباره روابط صاحبان حرف<sup>۸۳</sup> و مصرف کنندگان<sup>۸۴</sup> قابل اجرا بود. ولی متأسفانه آنچه به تصویب رسید چیزی جز آن بود. در واقع، مشکلات تصویب پروژه ای به این گستردگی باعث شد که دولت وقت راه حل پیش پا افتاده ای را اتخاذ نماید: جمع شمار قابل توجهی از متون حقوقی موجود در زمینه حمایت از مصرف کننده در قالب یک مجموعه به نام قانون مصرف.<sup>۸۵</sup>

در نتیجه، این قانون همان کمبودها و مشکلات متون حقوقی سابق را که دارای قلمرو اجرایی متفاوت بودند باز می تاباند، چنانکه صاحبان حرف همانند مصرف کنندگان کماکان مشمول بعضی از مواد قانون مصرف می باشند. افزون بر این، قانون مصرف علی رغم حجم زیاد مقررات خود به تعریف مفاهیم اساسی همچون مصرف کننده یا قرارداد مصرف نمی پردازد. با وجود این، نباید تصویب این قانون را کاری بی اهمیت تلقی نمود، صرف نظر از این که وسیله خوبی برای پژوهش در حقوق مصرف می باشد، استقلال این حقوق را به عنوان یکی از

۷۹. نخستین گزارش منتشر نشد ولی سه گزارش دیگر توسط مرکز اسناد فرانسه به چاپ رسید:

J. Calais-Auloy, op. cit., Juin 1984; op. cit., Avril 1985; Propositions pour un code de la consommation, La documentation française, 1990, cité par J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 28, n<sup>o</sup> 34.

80. J. Calais-Auloy, op. cit., Propositions..., p. 147.

۸۱. در خصوص این پروژه رک:

J.-P. Pizzio, Article précité, Droit de la consommation, n<sup>os</sup> 385 et s., n<sup>os</sup> 1163 et s.

82. J. Carbonnier, op. cit., p. 22, n<sup>o</sup> 6.

83. Professionnels.

84. Consommateurs.

85. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 28, n<sup>o</sup> 34.

شاخه‌های جدید دانش حقوق مطرح می‌سازد.<sup>۸۶</sup>

قانون مصرف دو بخش دارد. بخش نخست آن که در برگیرنده متون قانونی (Partie législative) است در ۱۹۹۳<sup>۸۷</sup> و بخش دوم که حاوی آیین‌نامه‌های اجرایی (Partie réglementaire) آن می‌باشد در ۱۹۹۷<sup>۸۸</sup> تدوین یافت. هرکدام از این دو بخش به پنج کتاب (Livre) تقسیم شده است: ۱) اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان و انعقاد قراردادها؛<sup>۸۹</sup> ۲) مطابقت و ایمنی تولیدات و خدمات؛<sup>۹۰</sup> ۳) بدهکاری؛<sup>۹۱</sup> ۴) انجمن‌های مصرف‌کنندگان؛<sup>۹۲</sup> ۵) نهادها. مقررات قوانین و آیین‌نامه‌های مذکور با توجه به این تقسیم‌بندی در بخش مربوط به خود جای گرفته‌اند.<sup>۹۳</sup>

برهمن اساس، قانون ۱۹۷۸ راجع به اعتبارات مصرفی و قانون ۱۹۷۹

86. J. Carbonnier, op. cit., p. 22, n° 6; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., p. 17, n° 45-3; D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, D. 1994, Ch., p. 297, n° 31.

۸۷. قانون تدوین‌کننده بخش نخست:

Loi du 26 juill. 1993 relative au Code de la consommation (Partie législative).

۸۸. آیین‌نامه تدوین‌کننده بخش دوم:

Le décret du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation (Partie réglementaire), J. O., 3 Avril 1997.

89. Information des consommateurs et formation des contrats.

90. Conformité et sécurité des produits et des services.

91. Endettement.

92. Associations de consommateurs.

93. Institutions.

۹۴. قانون مصرف از دو پیوست نیز برخوردار است: در پیوست نخست (Annexes) برخی متون مستقل و تکنیکی مورد نیاز دست‌اندرکاران حقوق مصرف جمع شده‌اند (حقوق بین‌الملل و حقوق اروپایی، صلاحیت و آیین دادرسی، توصیه‌نامه‌های کمیسیون شروط تحمیلی). در پیوست دوم (Appendice) قوانین و آیین‌نامه‌های مرتبط با حمایت از مصرف‌کنندگان که در ترکیب و ساختار قانون مصرف وارد نشده، گردآمده‌اند.



مربوط به اعتبارات غیر منقول که در حقوق فرانسه به قوانین سکریونر (Scrivener)<sup>۹۵</sup> شهرت یافته اند در کتاب سوم بخش نخست قرار گرفته و باب اول (Titre premier) آن را با عنوان اعتبار (Crédit) تشکیل می دهند. این باب مشتمل بر سه فصل (Chapitre) است: ۱) اعتبارات مصرفی (قانون ۱۹۷۸)؛ ۲) اعتبارات غیر منقول (قانون ۱۹۷۹)؛ ۳) مقررات مشترک (قوانین ۱۹۷۸ و ۱۹۷۹ و قانون ۲۸ دسامبر ۱۹۶۶ راجع به ربا).<sup>۹۶</sup> همچنین، مقررات آیین نامه های اجرایی قوانین مذکور به نحوی کاملاً مشابه در کتاب دوم وارد شده اند. بدین ترتیب، مواد حاکم بر وابستگی قراردادهای هم با شماره گذاری<sup>۹۷</sup> تازه به قانون مصرف راه یافته اند. لذا، از این پس در طرح قواعد وابستگی مستقیماً به این قانون و مواد آن اشاره و در صورت لزوم شماره های سابق این مواد نیز ذکر خواهد شد. قانون مصرف با پذیرش وابستگی قراردادهای در دل خود گروههای قراردادی اعتباری را به رسمیت شناخته است.

#### ۹. گروههای قراردادی اعتباری در قانون مصرف. وابستگی قراردادهای

در زمینه اعتبارات مصرفی، دقیقاً وابستگی میان قراردادی است که تأمین مالی

۹۵. خانم سکریونر مبتکر این دو قانون و وزیر مصرف وقت فرانسه بوده است.

96. La loi du 28 déc. 1966 relative à l'usure: J. Huet, op. cit., p. 894, n<sup>o</sup> 22532.

۹۷. شماره گذاری مواد در بخش اول و دوم قانون مصرف از یک سیستم واحد تبعیت می کند. منتها، در بخش نخست شماره ها با حرف ال (L.) و در بخش دوم با حرف ار (R.) یا با د (D.) شروع می شوند. نمونه هایی را از هر دو بخش در باب اعتبار می آوریم:

ماده ۳۱۱-۱ ال (Article-L. 311-1): در شماره این ماده حرف ال (L.)، حرف اول واژه لژیسلاتیو (Législative) به معنی مصوبات منتسب به پارلمان است. و رقم ۳۱۱-۱ نشانگر از راست به چپ، ماده یکم فصل یکم باب یکم کتاب سوم می باشد.

ماده ۳۱۱-۱ د (Article D. 311-1): در شماره این ماده حرف د (D.)، حرف اول واژه عبارت دکرسیمپل (Décret simple) به معنی آیین نامه ساده است. و رقم ۳۱۱-۱ به ترتیب مذکور در فوق تعیین شده است.

ماده ۳۱۱-۴ ار (Article R. 311-4): در شماره این ماده حرف ار (R.)، حرف اول واژه رگلمانتیر (Réglementaire) به معنی مصوبات منتسب به قوه مجریه است که برای آیین نامه های شورای دولتی (Décrets en conseil d'Etat) در نظر گرفته شده است.

می نماید و قراردادی که تأمین مالی می شود. قانون مصرف برای قرارداد اول اصطلاح قرارداد اعتبار (Contrat de crédit) و برای قرارداد دوم اصطلاح قرارداد اصلی را (Contrat principal) برگزیده است. این دو قرارداد از عناصر مهم یک گروه قراردادی هستند که می توان آن را گروه قراردادی اعتباری نامید، چون الزاماً یکی از قراردادهای تشکیل دهنده آن قرارداد اعتبار است.

از دید قانون مصرف، قرارداد اعتبار قراردادی است که رسالت و عملکرد اقتصادی دارد؛ عنوانی است که قراردادهای با ماهیت حقوقی متفاوت را، صرفاً به خاطر این که در برگیرنده اعتبار بوده، می پوشاند. نمونه بارز و متداول آن قرارداد قرض است. از نمونه های دیگر آن فروش و عرضه خدمت اعتباری و اجاره به شرط تملیک می باشد. در همه این قراردادها، قرض گیرنده، خریدار، دریافت کننده خدمت و مستأجر، استفاده کننده اعتبار هستند، زیرا برای انجام تعهدات خود از مهلت های معینی برخوردارند، در حالی که طرف قراردادی آنها موضوع تعهد خود را فوراً انجام می دهد. به سخنی روشن ترو کوتاه، اعطای مهلت یعنی اعطای اعتبار. در واقع، قرارداد اعتبار دارای یک مفهوم و ماهیت مشخص حقوقی نیست؛ یک مفهوم اقتصادی است که همانند اصطلاحات مصرف و مصرف کننده از دانش اقتصاد به حقوق راه یافته و امروز توسط قوانین به کار گرفته می شود.<sup>98</sup>

دو نوع قرارداد اعتبار وجود دارد: اعتبار وابسته و اعتبار "ناوابسته". اعتبار وابسته قراردادی است که الزاماً به قرارداد دیگری مرتبط است و مصرف کننده در استفاده از آن آزاد نیست و باید آن را به تأمین مالی این قرارداد اختصاص دهد. قراردادی که به خاطر آن اعتبار تحصیل شده همان قرارداد اصلی است که می تواند برای مثال بیع باشد. در این صورت، خریدار اعتبار گیرنده، مبلغ اعتبار را فقط برای

98. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 309, n<sup>o</sup> 298, p. 310, n<sup>o</sup> 300; F. Collart Duilleul et Ph. Delebeque, op. cit., p. 697, n<sup>o</sup> 827, p. 735, n<sup>o</sup> 864; D. Schmidt et Ph. Gramling, Commentaire de la loi du 10 janv. 1978, La Documentation organique, Paris, 1978, p. 15, n<sup>o</sup> 25

99. Crédit lié ou affecté.

100. Crédit non lié ou non affecté.

تحصیل مبیع مصرف خواهد نمود. اما اعتبار ناوابسته قراردادی است که سرنوشت آن به هیچ قراردادی گره نخورده و مصرف کننده می تواند با توجه به سلائی و نیازهای خود آن را به کار برد. پس، قراردادی است کاملاً مستقل. برای نمونه، می توان به قرض شخصی<sup>۱۱۱</sup> اشاره کرد. در این قرارداد قرض گیرنده، با دریافت مبلغ قرض می تواند آن را برای هزینه سفر یا برای دستیابی به کالای مورد نیاز خود یا رفع هر نوع احتیاج دیگر مصرف نماید. و به همین دلیل است که این گونه قرض، «شخصی» توصیف شده است.<sup>۱۱۲</sup>

در اعتبارات غیر منقول، قانون مصرف اساساً قراردادهای اعتبار وابسته را پیش بینی نموده، چون اعتبارات اعطایی به مصرف کننده برای تأمین مالی خرید، ساخت، تعمیر، بهبود و نگهداری اماکن مسکونی یا مسکونی-حرفه ای و حتی خرید زمین تخصیص می یابد. بنابراین قرارداد اعتبار (قرض غیر منقول)<sup>۱۱۳</sup> با قرارداد غیر منقول<sup>۱۱۴</sup> (قرارداد اصلی)، برای مثال قرارداد بیع یا ساخت، در ارتباط می باشد. قانون مصرف این وابستگی را در چند ماده تنظیم نموده است: وابستگی قرض به قرارداد اصلی در مواد ۱۲-۳۱۲-ال و ۱۹-۳۱۲-ال و به عکس وابستگی قرارداد اصلی به قرض در مواد ۱۶-۳۱۲-ال و ۳۰-۳۱۲-ال. قانون مصرف از این هم فراتر رفته، سرنوشت قرض را به قرارداد بیمه در ماده ۹-۳۱۲-ال و به سایر قراردادهای قرض، هنگامی که قرض گیرنده برای عملی ساختن معامله مورد نظر خود به چندین قرض رو می آورد، در ماده ۱۳-۳۱۲-ال گره زده است.<sup>۱۱۵</sup>

بررسی وابستگی قراردادهای مزبور در حوصله این نوشتار نیست و فرصت

101. Prêt personnel.

102. M. Vasseur, op. cit., p. 1104; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 311, n° 301; D. Schmidt et Ph. Gramling, op. cit., p. 18, n° 32; G. Ripert et R. Roblot, op. cit., p. 521, n° 2429-1.

103. Prêt immobilier.

104. Contrat immobilier.

105. J. Roche-Dahan, Le domaine d'application des lois Scrivener, R. T. D. Com. 1996, p. 5.

دیگری می‌طلبد. حجم زیاد مطالب و ویژگی‌های خاص مقررات حاکم بر وابستگی ما را از طرح آن در اینجا منصرف نمود. در ضمن، ارتباط قراردادهای در این زمینه، هرچند مهم و بسیار در خور تحقیق، کاملاً تازگی ندارد. پیش از تصویب قانون ۱۹۷۹ مربوط به اعتبارات غیر منقول، مقرراتی در زمینه وابستگی وجود داشته که توسط این قانون ملغی شده‌اند.<sup>۱۱۰</sup> اما آنچه اصالت داشته و حاوی نوآوری است، به همان ترتیبی که پیش‌تر دیدیم، وابستگی قراردادهای در زمینه اعتبارات مصرفی است که از تحولات مهم حقوق فرانسه به شمار می‌آید. لذا، شایسته است که مطالب این نوشتار به همین نوع وابستگی محدود گردد.

قانون مصرف در مقررات مربوط به اعتبارات مصرفی، وابستگی قراردادهای را زیر عنوان اعتبارات وابسته (Les crédits affectés) مطرح نموده و مواد ۲۰-۳۱۱-ال تا ۲۸-۳۱۱-ال (مواد ۹ تا ۱۶ قانون ۱۹۷۸) را به آن اختصاص داده است. این مواد ارتباط قرارداد اعتبار و قرارداد اصلی را در سطوح مختلف انعقاد، اجرا و انحلال به وجود آورده‌اند.<sup>۱۱۱</sup> مواد ۲۰-۳۱۱-ال تا ۲۲-۳۱۱-ال سرنوشت قرارداد اول را به دوم و مواد ۲۳-۳۱۱-ال تا ۲۸-۳۱۱-ال سرنوشت قرارداد دوم را به اول پیوند زده‌اند. بدین ترتیب، قرارداد اصلی و قرارداد اعتبار مرتبط با آن یک گروه قراردادی اعتباری ایجاد می‌نمایند.

برای بررسی وابستگی قراردادهای، نخست باید روشن سازیم چه گروههایی مشمول این وابستگی و چه گروههایی از آن مستثنی هستند، چون تا این امر احراز نشود، امکان اجرای نظام حقوقی ویژه حاکم بر وابستگی وجود ندارد. مواد مربوط به مقررات اعتبارات مصرفی، به ویژه مواد ۱-۳۱۱-ال تا ۳-۳۱۱-ال، ما را در تعیین گستره وابستگی یاری خواهند داد. سپس باید اشکال مختلف وابستگی

۱۰۶. مثلاً قانون ۳ ژانویه ۱۹۶۷ سرنوشت قرارداد ساخت را به قراردادهای قرضی که آن را تأمین مالی می‌نمایند، براساس شرط فاسخ (condition résolutoire) پیوند زده بود:

G. Raymond, La protection du consommateur dans les opérations de crédit, G. P. 1978, Doct., p. 561.

107. R. Houin et M. Pédamon, Droit commercial, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1990, 522, n<sup>o</sup> 43.

قراردادهای تشکیل دهنده گروه قراردادی اعتباری را نشان داده و بی‌آمدهای تأثیر آنها را بر یکدیگر ترسیم نماییم. برای مثال مطرح سازیم که عدم اجرای قرارداد اصلی چه بازتابی در قرارداد اعتبار دارد یا عدم انعقاد این قرارداد چه تأثیری بر قرارداد اصلی می‌گذارد.

بی‌گمان، بررسی وابستگی به نحو مطلوب مستلزم این است که از مطالعات وسیع‌دکترین و تصمیمات رویه قضایی در این خصوص بهره ببریم و به کمک آن، قواعد حاکم بر وابستگی را کاملاً مورد ارزیابی قرار داده و ارزش آنها را نسبت به طرفهای گروههای قراردادی اعتباری معلوم سازیم. بنابراین، برای دستیابی به این مهم ضرورت دارد که پی‌درپی، گستره وابستگی قراردادهای (بخش نخست) و چگونگی وابستگی قراردادهای (بخش دوم) مورد مطالعه واقع شود.\*

\*. مانده این نوشتار در شماره آینده مجله خواهد آمد.



# چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی

دکتر حمیدرضا نیکبخت

## مقدمه

اوایل قرن حاضر حجم عظیمی از بحث حقوقدانان بین الملل خصوصی روی مبانی نظری قاعده های حل تعارض مربوط به قراردادها و به ویژه قاعده قانون حاکم یا قانون قابل اعمال بر قرارداد بوده و بحث می شده است که آیا آن طور که دکتربین تجارت آزاد اقتضاء می نمود این قاعده بستگی به اراده طرفین داشت یا باید برای پیدا کردن کشوری که قرارداد با آن ارتباط داشت یا مرکز نقل قرارداد در آنجا بود تلاش می شد. خلاصه آن که عمده تلاش حقوقدانان مصروف این بود که تثبیت نمایند که در قراردادها حاکمیت از آن قانون محل انعقاد یا محل اجرا یا کشور متبوع طرفین است و یا از آن اراده طرفین (حاکمیت قانون منتخب طرفین). امروزه این مسأله دیگر قدیمی شده و گرچه حائز اهمیت عملی هم نبود، به خصوص که دولتها عمدتاً قواعد تعارض خود را براساس منافع و مصالح عمومی جامعه و سیاستهای خاص خود تدوین می نمایند، اما به قدر کافی درخصوص آن سخن گفته شده و در نهایت در غالب سیستمهای حقوقی موضوع به نفع نظریه حاکمیت اراده حل گردیده است.

در قوانین ملی بسیاری از کشورها اعم از توسعه یافته و در حال توسعه و جهان سوم، مانند فرانسه، آلمان، ایتالیا، انگلستان، سوئیس، ژاپن، شوروی سابق، لهستان، چکسلواکی، کویت و عهدنامه های بین المللی مانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی یا عهدنامه های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵

لاشه درخصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا یا عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی بین کشورهای آمریکایی، و اسناد و رویه های داوری بین المللی مانند قواعد داوری اطلاق بازرگانی بین المللی پاریس (ICC) و قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL) به گونه ای یکنواخت و متحدالشکل آزادی یا استقلال اراده طرفین به عنوان مبنای قاعده حل تعارض و قانون حاکم در قراردادها پذیرفته شده و در اعتبار بخشیدن به قانون منتخب طرفین در قراردادها نسبت به تعهدات قراردادی هیچ گونه تردیدی نیست. بنابراین امروزه آنچه به عنوان موضوع جدید مطرح می باشد این نیست که آیا می توان قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نمود یا نه، که این اختیار نتیجه اصل استقلال اراده است که از اصول اساسی حقوق بین الملل خصوصی محسوب می شود<sup>۱</sup> بلکه سؤالاتی از این قبیل مطرح است که انتخاب قانون چگونه صورت می گیرد؟ و یا با فرض پذیرش اراده طرفین، در صورتی که نشانه و دلالتی بر قصد و اراده آنها در قرارداد وجود نداشته باشد، به عبارت دیگر، در فقدان بیان اراده، چه قانونی بر قرارداد حاکم خواهد بود و طریقه یافتن این قانون چیست؟ به علاوه حدود آزادی و استقلال اراده در تعیین قانون حاکم و اثر آن بر ایجاد تعهدات قراردادی یا تشکیل قرارداد و نیز شرایط صوری قرارداد چیست؟

در این مقاله سعی می شود به مقدار گنجایش آن فقط به مطالعه برخی از مسائل فوق پرداخته شود. لذا ابتدا پاسخ این سؤال بررسی می شود که نحوه انتخاب قانون حاکم چیست یا به عبارت دیگر انتخاب صریح یا ضمنی قانون کدام است. سپس تحقیق خواهیم نمود درخصوص این که در صورت نامعین بودن اراده طرفین قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد چه خواهد بود و چگونه این قانون محقق خواهد گردید. در این قسمت روشهای سنتی و جدید تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب توسط طرفین مورد بررسی قرار خواهند گرفت. در قسمت آخر تأثیر انتخاب

۱. به عنوان نمونه مراجعه شود به:



دادگاه در تعیین قانون حاکم مطالعه خواهد شد و بالاخره این نوشته با نتیجه گیری از مطالعات و تحقیقات به عمل آمده به پایان خواهد رسید.

## قسمت اول

### تعیین قانون حاکم با انتخاب طرفین (نحوه انتخاب قانون حاکم بر قرارداد)

#### ۱. انتخاب صریح

سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه ها و اسناد بین المللی که اصل استقلال اراده را پذیرفته اند بدیهی است که چگونگی انتخاب قانون را هم مشخص کرده باشند و تردیدی نیست که متفق القول باشند بر این که انتخاب قانون توسط طرفین باید آشکارا و صریح باشد. عبارات مختلفی در سیستمها و اسناد مختلف حقوقی برای مقرر داشتن انتخاب صریح به کار رفته است، مثل این که «طرفین می توانند نسبت به اعمال قانون دیگری توافق کنند»<sup>۱</sup> یا «طرفین قرارداد ممکن است قانونی را برای حکومت بر رابطه دو جانبه خودشان انتخاب کنند»<sup>۲</sup> یا «قانون حاکم بر تعهدات ناشی از عقود قانونی است که طرفین قرارداد خود را صریحاً یا ضمناً تابع آن قرار داده اند»<sup>۳</sup> یا «انتخاب قانون توسط طرفین باید صریح باشد»<sup>۴</sup>. وضوح عبارات به کار رفته در عهدنامه های بین المللی در خصوص این که انتخاب قانون توسط طرفین باید صریح باشد بیشتر است. مثلاً

۲. مانند عبارت ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت:

"... unless the contracting parties agree to the application of another law..."

۳. مانند عبارت ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۶۳ چکسلواکی:

"Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels..."

۴. مانند عبارت ماده ۹۶۸ ق.م.ایران: «... مگر این که متعاهدین اتباع خارجه بوده و آن را [تعهدات ناشی از عقد را] صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

۵. مانند عبارت بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سویس:

"The choice must be express..."

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه می گوید: « [قانون حاکم] تعیین شده باید مندرج در یک بند صریح [در قرارداد] باشد<sup>۶</sup> یا عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه مقرر می دارد که: «توافق طرفین درخصوص این انتخاب [انتخاب قانون حاکم] باید صریح باشد»<sup>۷</sup> یا عهدنامه ۱۹۸۰ روم بیان می دارد: «انتخاب باید تصریح شده [صریح] باشد»<sup>۸</sup> یا عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی می گوید: «توافق طرفین درخصوص این انتخاب باید صریح باشد»<sup>۹</sup>. قواعد داوری اطلاق بازرگانی بین المللی (ICC) و قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL) انتخاب قانون توسط طرفین را به طور کلی پذیرفته اند و تصریحی بر این که انتخاب باید صریح باشد ندارند.<sup>۱۰</sup> مع هذا، همان گونه که قبلاً بیان گردید، نمی تواند تردیدی وجود داشته باشد که در این اسناد نیز انتخاب می تواند صریح باشد، چه اولین وسیله یا طریقه ابراز انتخاب و این که دیگران از آن آگاه گردند بیان و تصریح نمودن آن توسط صاحب انتخاب است.

طرفین ممکن است با یک شرط ساده قراردادی، به صراحت قانون کشوری

۶. عبارت ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه چنین است:

"Such designation must be contained in an express clause".

۷. عبارت بند ۱ ماده ۷ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه چنین است:

" The parties, agreement on this choice must be express..."

۸. عبارت ماده (۱) ۳ عهدنامه ۱۹۸۰ روم چنین است: "...The choice must be expressed ...".

۹. عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی چنین است:

"The parties' agreement on this selection must be express..."

۱۰. بند ۳ از ماده ۱۳ قواعد داوری اطلاق بازرگانی بین المللی چنین مقرر می دارد: «طرفین آزاد خواهند بود قانونی را که باید توسط داور بر ماهیت دعوی اعمال گردد تعیین نمایند...».

"The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merit of the dispute..."

بند ۱ ماده ۳۳ قواعد آنسیترال (UNCITRAL) چنین مقرر می دارد: «دیوان داوری قانونی را که توسط طرفین به عنوان [قانون] قابل اعمال بر ماهیت دعوی معین شده است، اعمال خواهد نمود...».

" The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute ...".

به نظر می رسد این که انتخاب طرفین در دو قاعده بالا بطور کلی پذیرفته شده است در واقع در برگزیده هم انتخاب صریح است و هم انتخاب ضمنی.

را انتخاب نمایند. این شرط همان است که در قرارداد به عنوان بند انتخاب قانون<sup>۱۱</sup> شناخته می‌شود. مثلاً طرفین در قرارداد خود شرطی را درج می‌نمایند مبنی بر این که: «این قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور X خواهد بود» یا مثلاً «تفسیر این قرارداد برطبق قانون کشور X به عمل خواهد آمد». انتخاب صریح قانون ممکن است (گرچه احتمالاً مشکل ایجاد خواهد کرد) به صورت اشاره انجام گیرد مثل این که در قرارداد ذکر شود قانون اقامتگاه عادی خواهان یا محل اصلی حرفه یکی از طرفین قرارداد بر قرارداد حاکم خواهد بود.

وقتی بند صریح انتخاب قانون در قرارداد درج می‌گردد این بند باید حتی الامکان بی ابهام باشد و همه جنبه‌های قرارداد و دعوا یا همه موضوعاتی را که در برخواهد گرفت مشخص نماید. در بعضی از قراردادها طرفین مقرراتی از قانون خارجی را به عنوان شرط یا شرطی در قرارداد درج می‌نمایند.<sup>۱۲</sup> این اقدام را نباید انتخاب صریح قانون حاکم دانست. مثلاً در یک قرارداد بیع طرفین توافق می‌کنند که مسؤلیت فروشنده در مقابل خریدار مطابق مواد مربوط از قانون مدنی ایران تعیین خواهد شد. در اینجا منظور این نیست که قانون ایران قانون حاکم بر قرارداد باشد بلکه منظور درج موادی از قانون مدنی ایران به عنوان شرط ضمن عقد در قراردادی می‌باشد که مثلاً قانون حاکم آن قانون فرانسه است. این طریقه در واقع راه کوتاه و سهل تر درج موادی از قانون مدنی ایران در قرارداد به جای نوشتن کلمه به کلمه آن مواد می‌باشد. درج مقرراتی از یک قانون در قراردادی که قانون حاکم بر آن توسط طرفین معین نشده است ممکن است توجیهی باشد برای این که طرفین قصد داشته‌اند همان قانون حاکم بر قراردادشان باشد (انتخاب ضمنی قانون

#### 11. Choice of law clause.

۱۲. وقتی بطور کلی گفته می‌شود که قرارداد توسط قانون کشور X تفسیر خواهد شد، با این که گفته شود این قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور X خواهد بود فرقی ندارد.

Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 758.

#### 13. Incorporation.

حاکم)، «اما ضرورتاً این گونه نیست. درج یک قانون در قرارداد دارای خصوصیات است که با قانون حاکم بر قرارداد متفاوت است. مثلاً، درج قانون در قرارداد فقط در حد یک شرط قراردادی اثر خواهد داشت و تفسیر آن براساس توافق و اراده طرفین و به ویژه توسط دادرس، مانند تفسیر سایر شروط قرارداد به عمل خواهد آمد و نه مثل تفسیر یک قانون ملی و توسط متخصصین آن سیستم حقوقی. به علاوه در جایی که قانون در قرارداد درج می شود، به عنوان یک شرط قراردادی از هر جهت از جمله از لحاظ صحت و اعتبار نیز تابع قرارداد خواهد بود، در حالی که ممکن است بند انتخاب قانون به عنوان بندی مستقل از قرارداد تفسیر شود و ادعای عدم اعتبار یا عدم صحت قرارداد تأثیری در آن نداشته باشد، و حتی به موجب قانونی که در همین بند ذکر شده است به اعتبار و صحت قرارداد نیز رسیدگی نمود.<sup>۱۴</sup> از همه مهم تر این که با درج قانون خارجی در قرارداد همین قانون به صورت موجود قسمتی از قرارداد باقی خواهد ماند اگرچه بعداً اصلاح یا نسخ شود، یعنی تغییر در این قانون تأثیری بر آنچه که در قرارداد درج گردیده یا در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده نخواهد داشت، در حالی که با انتخاب قانون حاکم، فرض می شود که طرفین قصد داشته اند که آن قانون به صورتی که در زمان مراجعه بدان (در زمان دادرسی) وجود دارد بر روابط آنها حاکم باشد یعنی چنانچه قانون حاکم تغییر کند، صورت

۱۴. در انگلستان پرونده های زیادی در این خصوص گزارش شده است. به عنوان نمونه می توان پرونده های زیر را ذکر کرد:

Keiner V. Keiner [1952] 1 All E. R. 643; The Stensby (1948) 64 T. L. R. همچنین در همین زمینه دیده شود، اظهارات لرد ویلیام فورس در پرونده:

Amin Rasheed Shipping Corp. V. Kuwait Insurance Co. [1984] A. C. 50 at 69.

همین نظر را در ارتباط با عهدنامه ۱۹۸۰ م در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در گزارش جولیانو ولاگارد در صفحه ۱۷، ببینید. برای دیدن متن عهدنامه ۱۹۸۰ م مراجعه شود به: [1980] O. J. L. 266. در ارتباط با این عهدنامه گزارشی توسط دو گزارشگر بناهای جولیانو ولاگارد تهیه شده است (Guiliano and Iagard Report). برای دیدن این گزارش مراجعه شود به: [1980] O. J. C. 282.

۱۵. به عنوان نمونه، بند ۱ ماده ۸ عهدنامه ۱۹۸۰ م در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی مقرر می دارد: «وجود و اعتبار قرارداد، یا هر شرطی از قرارداد، با اعمال قانونی معین خواهد شد که اگر قرارداد یا شرط معتبر بود، آن قانون، بموجب عهدنامه حاکم می بود.»

جدید آن بر روابط طرفین حاکم خواهد بود.

## ۲. انتخاب ضمنی (غیر صریح) implied choice

قواعد تعارض قوانین مقر دادگاه یا عهدنامه‌ها و اسناد بین‌المللی مربوط به تعارض قوانین در قراردادهای معین می‌نمایند که آیا انتخاب ضمنی طرفین در خصوص قانون قابل اعمال یا قانون حاکم پذیرفته می‌شود یا نه و در صورت پاسخ مثبت، همان قواعد، انتخاب ضمنی را تعریف و یا طریق محقق نمودن آن را معین خواهند نمود. امروزه در بسیاری از سیستم‌های تعارض قوانین (داخلی و بین‌المللی)، انتخاب ضمنی قانون حاکم بر همان مبنای انتخاب صریح به رسمیت شناخته شده است. بدین صورت که به طور واضح و مشخص قایل به انتخاب به طور صریح و انتخاب به طور ضمنی شده‌اند و مقرر می‌دارند که چنانچه انتخاب صریح در قرارداد موجود نباشد اما اوضاع و احوال و شرایط و مفاد قرارداد دلالت بر وجود انتخاب قانونی در قرارداد داشته باشد آن قانون به عنوان انتخاب ضمنی طرفین پذیرفته و حاکم بر قرارداد فرض خواهد شد. به عنوان مثال بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون مربوط به قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی سویس مصوب ۱۹۸۷، مقرر می‌دارد: «انتخاب قانون باید صریح باشد یا به وضوح از شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال مشخص شود». <sup>۱۶</sup> یا ماده ۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۶۳ چکسلواکی می‌گوید: «طرفین قرارداد ممکن است حتی به طور ضمنی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کنند چنانچه با توجه به اوضاع و احوال هیچ تردیدی در موضوع اراده اعلامی آنها وجود نداشته باشد». <sup>۱۷</sup> به همین صورت ماده ۵۹ قانون تعارض قوانین کویت مقرر می‌دارد که: «چنانچه اوضاع و احوال دلالت کند که

16. "The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances".

17. Article 9 - (1) "Les contractants peuvent opter pour le droit à régir leurs rapports patrimoniaux mutuels; ils peuvent le faire même tacitement, s'il n'y a pas de doute au sujet de la volonté déclarée. eu égard aux circonstances respectives".

قانون حاکم چه بوده است، همان قانون حاکم بر قرارداد محسوب خواهد شد. یا ماده ۳۵ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۷۸ اتریش می گوید: «اگر اوضاع و احوال نشان دهد که طرفین مقررات قانون خاصی را به عنوان قانون تعیین کننده در نظر داشته اند، این امر معادل یک انتخاب ضمنی خواهد بود».<sup>۱۸</sup>

سیستمهای حقوقی که انتخاب ضمنی را پذیرفته اند در عمل نظر به موردی دارند که یک انتخاب حقیقی توسط طرفین در قرارداد وجود دارد اما این انتخاب با کلمات و بیان صریح مشخص نگردیده است و بند انتخاب قانونی در قرارداد مشهود نیست. به عبارت دیگر مفاد قرارداد یا اوضاع و احوالی که قرارداد در آن منعقد گردیده حاکی است که طرفین این موضوع را که چه قانونی باید بر قراردادشان حاکم باشد در نظر داشته و حتی تصمیمی هم درخصوص آن اتخاذ نموده اند، اما آن را به گونه ای آشکار و روشن در قرارداد نگنجانده اند. مثلاً استناد به قواعد قانونی یا نهادهای حقوقی کشور خاصی در قرارداد، به منزله انتخاب ضمنی قانون آن کشور محسوب خواهد شد. لذا چنانچه در قراردادی عبارتی مانند: «گرچه قوه قاهره در قانون مدنی ایران پیش بینی شده است...»، ذکر شده باشد، این یک دلالت واضح است که فکر طرفین به قانون حاکم معطوف بوده است و تصمیم داشته اند که قانون ایران (حداقل در موضوع خاص قوه قاهره) حاکم باشد.

موارد زیادی وجود دارد که توافق بر صلاحیت دادگاههای یک کشور یا قرارداد محل داوری در یک کشور به عنوان انتخاب ضمنی طرفین بر حاکم بودن قانون آن کشور (مقر دادگاه یا داوری) تلقی شده است، یا استفاده از یک فرم استاندارد برای قرارداد (قرارداد در یک فرم استاندارد) که شناخته شده است که آن فرم تحت حاکمیت یک سیستم حقوقی مشخص است حتی بدون این که بیان صریحی نسبت به آن قانون (قانون حاکم) در فرم وجود داشته باشد، فرض شده است که طرفین به طور ضمنی آن سیستم حقوقی را برای حاکمیت بر

18. "... if the circumstances reveal that the parties have assumed a particular legal order as determinative, this shall be equivalent to an implied selection".

قراردادشان انتخاب کرده اند. " به عنوان مثال در نظر دادگاههای انگلستان، انتخاب فرم بیمه نامه بیمه دریایی لویدز انگلستان برای قراردادهای بیمه، توسط بیمه گرها و بیمه گزاران غیرانگلیسی و بی ارتباط با انگلستان، دلالت بر این خواهد داشت که قرارداد بیمه روی این فرم تحت حاکمیت قانون انگلستان است. یا چنانچه قراردادی فاقد انتخاب صریح قانون باشد و دنباله و یا در ارتباط با قراردادهایی باشد که در جریان مبادلات بین طرفین بوده و اینها دارای انتخاب صریح قانون حاکم بوده اند، این وضعیت سابق می تواند دادگاه را هدایت کند بر این که قرارداد جدید باید تحت حاکمیت قانونی باشد که طرفین در قراردادهای قبلی خود انتخاب کرده اند."

در سیستم حقوقی آلمان<sup>۱۹</sup> و انگلستان<sup>۲۰</sup> از مفهوم انتخاب ضمنی قانون برداشت گسترده ای وجود دارد. در انگلستان براساس تئوری قانون مناسب، دادگاهها برای تعیین قانون حاکم (مناسب) سه مرحله را ممکن است بررسی کنند. در مرحله اول برای یافتن انتخاب صریح طرفین به جستجو خواهند پرداخت. چنانچه انتخاب صریح وجود نداشته باشد، و نیز در موردی که طرفین تلاش کرده اند که نمونه های بسیاری از این موارد در سیستم حقوقی انگلستان مشاهده می شوند. به عنوان نمونه مراجعه شود به:

Dacey & Morris, *The Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 758., or 12 ed., p. 1223; Schmitthoff's *Export Trade*, 8th ed, pp. 177 - 180.

۲۰. Ibid. گزارشگران عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، ضمن بیان وضعیت جریان مبادلات قبلی طرفین، بعنوان مثالی برای انتخاب ضمنی قانون حاکم، اظهار می دارد که عدم تصریح بر قانون حاکم در قرارداد جدید نباید در اوضاع و احوالی باشد که دلالت بر تغییر سیاست (قبلی) طرفین کند. *Guiliano - Lagarde Report*, p. 17.

21. "Stillschweigende Rechtswahl". cf. BGH, 3.3. 1976 Iprspr 1976 Nr. 134.

22. *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller & Partners Ltd.*, [1970] A. C. 583; *Co. Tunisienne de Navigation S. A. v. Co. d'Armement Maritime S. A.* [1971], A. C. 572; *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*

برای مطالعه بیشتر درخصوص انتخاب ضمنی در حقوق انگلستان دیده شود:

P. A. Stone, *The Proper Law of a Marin Insurance Policy*, [1984] 3 L. M. C. L. Q. 438 at pp. 441 - 42.;

انتخاب صریح داشته باشند اما به طور واضح و کافی چیزی مشاهده نمی شود، مرحله بعدی شروع می شود و آن بررسی این است که از شرایط و ماهیت قرارداد یا از اوضاع و احوال قضیه قصد طرفین را بر انتخاب قانون حاکم برداشت نمایند.<sup>23</sup> بررسی در این مرحله یک بررسی عینی<sup>24</sup> برای یافتن قصد (ذهنی)<sup>25</sup> طرفین می باشد. در رأی صادره درخصوص پرونده<sup>26</sup> "Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co" که در آن خواننده که یک شرکت بیمه کویتی بود، برای یک شرکت کشتیرانی لیبیایی که در خلیج فارس به فعالیت اشتغال داشت یک بیمه نامه دریایی صادر کرده بود و بیمه نامه مزبور براساس فرم استاندارد بیمه نامه دریایی لویدز بود، گفته شد که گرچه در بیمه نامه انتخاب قانون انگلستان به طور صریح وجود ندارد، اما از مقررات آن این نتیجه به وضوح حاصل می شود که قصد طرفین این بوده است که حقوق و تکالیف متقابل آنها در بیمه نامه، باید طبق قانون بیمه دریایی انگلستان تعیین گردد.<sup>27</sup> در پرونده<sup>28</sup> "Armadora Occidental S. A." نیز دعوی درخصوص یک بیمه نامه دریایی فاقد انتخاب صریح قانون بود. آن بیمه نامه شرطی را در برداشت که مقرر می کرد: «بیمه گرها در این قرارداد، درخصوص مقدار، عبارات، شرایط، تغییرات، اضافات، تمدیدها، انتقالها، انحلالها، برآورد و تسویه مطالبات مربوط به این قرارداد، از بیمه نویس های لویدز و یا کمیانیهای بیمه انگلیسی پیروی خواهند کرد». علی رغم شرط دیگری در قرارداد که مرجع حل اختلاف را دادگاههای آمریکا پیش بینی می کرد، دادگاه اظهار نظر کرد که با درج شرط فوق که تماماً مقررات بیمه نامه های انگلیسی را مقرر می کند، طرفین قصد

23. Dacey & Morris, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 761.

24. Objective.

25. Subjective.

26. [1984] A. C. 50.

27. Ibid, at 62.

28. Armadora Occidental S. A. v. Horace Mann Insurance Co. [1977] 2 Lloyd's Rep. 406, 412. [1977] 1 W. L. R. 520 (C. A).



داشته اند قانون انگلستان بر قرارداد بیمه آنها حاکم باشد.<sup>۳۰</sup> در واقع مرحله دوم که یافتن قصد ضمنی طرفین می باشد با بررسی در مرحله سوم که در فقدان انتخاب قانون توسط طرفین صورت می گیرد و این جستجو به عمل می آید که قرارداد با کدام کشور نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را دارد، اصطکاک و موارد تکراری و مشابهت بسیار دارد.<sup>۳۱</sup> مثلاً در حقوق انگلستان قراردادهایی که روی فرم بیمه نامه های لویدز انگلستان بدون انتخاب صریح قانون تنظیم شده اند، تحت حاکمیت قانون انگلستان در نظر گرفته خواهند شد از یک طرف چون اولاً طرفین در این قراردادها بیان نکرده اند که چه قانونی بر قرارداد آنها حاکم خواهد بود و انتخاب صریح آنها را نمی توان از شرایط قرارداد به دست آورد، ثانیاً طرفین برای قرارداد خود فرم و شرایط بیمه نامه ای را انتخاب کرده اند که اختصاص به یک شرکت بیمه انگلیسی دارد که بدیهی است که تحت تأثیر حقوق آن کشور ایجاد شده باشد. بنابراین فرض خواهد شد که آنها قصد داشته اند که قانون انگلستان بر قراردادشان حاکم باشد، یعنی به طور ضمنی قانون انگلستان را برای حاکمیت بر این قرارداد انتخاب کرده اند.<sup>۳۲</sup> (مرحله دوم). از طرف دیگر می توان گفت که از این جهت که این بیمه نامه ها نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را با حقوق انگلستان دارند، قانون انگلستان قانون حاکم بر قرارداد محسوب خواهد شد (مرحله سوم).<sup>۳۳</sup> در رویه قضایی انگلستان مواردی وجود

29. Ibid.

۳۰. مثلاً اوضاع و احوال مربوط به قضیه، در هر دو مرحله دوم و سوم مورد بررسی قرار می گیرند؛ گفته می شود در مرحله دوم به منظور محقق نمودن قصد واقعی طرفین است در حالیکه در مرحله سوم به منظور یافتن سیستم حقوقی است که معامله با آن نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را دارد (قطع نظر از قصد طرفین). - دیده شود.

Dacey and Morris, Conflict of Laws, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993p. 1190.

برای توضیح بیشتر مبحث «انتخاب فرضی» و زیرنویسهای مربوطه در صفحات بعد دیده شود.

31. See the case of Amin Rasheed, [1984] A. C. 50, 71.

32. Compagnie Tunisienne de Navigation S. A. Compagnie d'Armement Maritime S. A. [1971] A. C. 572.

دارد که حاکی است نتیجه مرحله دوم و سوم در عمل یکسان خواهد بود. در پرونده Armadora Occidental S. A. در دادگاه نخستین قانون حاکم بر اساس قاعده مرحله دوم معین گردید و در دادگاه پژوهشی همان رأی (نتیجه) با اعمال قاعده مرحله سوم تأیید شد.<sup>۳۳</sup> در پرونده Amin Rasheed یکی از قضات دادگاه عالی (مجلس اعیان) با اعمال قاعده مرحله دوم به همان نتیجه ای رسید که سایر اعضای دادگاه با اعمال قاعده مرحله سوم رسیده بودند.<sup>۳۴</sup>

قابلیت انطباق مرحله دوم و سوم بر یکدیگر باعث شده است که در میان حقوقدانان انگلیسی برخی بر این نظر باشند که مرحله ای پس از مرحله انتخاب صریح و ضمنی نمی تواند وجود داشته باشد زیرا وقتی طرفین در نظر دارند که دارای تعهدات متقابل باشند، این امر ضرورتاً بر این معنا دلالت دارد که آنها قصد داشته اند تحت حاکمیت یک سیستم حقوقی خاصی باشند.<sup>۳۵</sup> لذا در جایی که قانون قصد شده ای صراحتاً در یک قرارداد تجاری بین المللی بیان نمی شود باید یک قصد ضمنی بر انتخاب قانون مناسب از بین قوانین مربوط که از نقطه نظر تجاری مفیدترین خواهد بود به طرفین اسناد داد. در واقع این قصد یک قصد برداشت شده ای خواهد بود که ممکن است قصد واقعی طرفین باشد و یا قصد اسناد داده ای به آنها باشد که تشکیل نشده است (قصد فرضی).<sup>۳۶</sup> در واقع این نظریه بر این اندیشه است که طرفین قرارداد تجاری معقول بوده و به گونه ای که از لحاظ تجاری مناسب ترین روش است عمل می کنند و قصد داشته اند که قرارداد آنها و همه شرایطش معتبر باشد و نیز فرض است که آنها از مفاد همه قوانین مربوطه در

33. Armadora Occidental S. A. v. Horace Mann Insurance Co. [1977] 1 W. L. R. 520.

34. Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co. [1984] A. C. 50, 71.

در این پرونده لرد ویلبرفورس با استدلال اینکه نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را بیمه نامه دریایی با قانون انگلستان دارد، نظر داد که قانون انگلستان حاکم بر بیمه نامه دریایی است و این همان نتیجه ای بود که لرد دیلوک و سایر قضات دادگاه عالی (مجلس اعیان) انگلستان با استدلال اینکه با انتخاب فرم بیمه نامه لویدز، طرفین قصد داشته اند قانون انگلستان حاکم بر بیمه نامه باشد، بدان رسیده بودند.

35. Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993, p. 1190.

36. Ibid.

حدی که در زمان انعقاد قرارداد قابل حصول بوده آگاه بوده اند. براساس این نظریه وجود قاعده نزدیکترین ارتباط غیر ضروری و بی فایده می باشد.<sup>۳۷</sup>

به هر صورت، در صورت فقدان قصد و اراده صریح طرفین نسبت به قانون حاکم، دادگاه ابتدا بنا بر نظریه ذهنی<sup>۳۸</sup> به کشف اراده واقعی طرفین خواهد پرداخت. برای این منظور شرایط و مفاد قرارداد و اوضاع و احوال (عوامل دلالت کننده بر قصد) تعیین کننده هستند و براساس آن در واقع قصد طرفین مشخص خواهد گردید.<sup>۳۹</sup> پس از این مرحله چنانچه قصد و اراده طرفین را نتوان یافت بنا بر نظریه عینی<sup>۴۰</sup> دادگاه به معیار نزدیکترین ارتباط متوسل خواهد شد. "در سیستم حقوقی انگلستان، از بین قوانین مطرح برای حاکم بودن بر قرارداد، فرض خواهد شد که طرفین قانونی را به طور ضمنی انتخاب کرده اند که قرارداد را صحیح و معتبر می داند و نه آن که قرارداد را بی اعتبار و باطل می گرداند."<sup>۴۱</sup>

به عبارت دیگر عامل اعتبار یک دلالت محسوب خواهد شد بر این که طرفین این قانون را ترجیح می داده اند تا قانون دیگری که قرارداد را معتبر نمی داند.<sup>۴۲</sup> البته در

37. P. A. Stone, The Proper Law of a Marine Insurance Policy [1984] 3 L. M. C. L. Q, 438 at pp. 441 - 442.

38. Subjective.

39. R. v. International Trustee [1937] A. C. 500.

40. Objective.

۴۱. چنانچه در قراردادی نه انتخاب قانون تصریح شده و نه انتخاب ضمنی وجود داشته باشد، دادگاه انگلستان ملزم می باشد که با اعمال محک عینی برای تعیین قانون مناسب قرارداد، سیستم حقوقی که نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را با قرارداد دارد جستجو نماید.

\*. Rule of Validation (Lex validatis)

برای مطالعه بیشتر درخصوص این قاعده مراجعه شود به:

Ehrenzweig, Conflict of Laws, 1962, p. 458.

\*\* Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering NV [1972] 2 QB 34 at 44.

42. D. Lasok and P.A. Stone, Conflict of Laws in the European Community, Professional Books Limited, 1987. p. 359.

سالهای اخیر دادگاههای انگلیس این عامل را کمتر در نظر گرفته اند.<sup>۴۳</sup> عهدنامه ها و اسناد بین المللی نیز مانند سیستمهای حقوقی ملی به گونه ای در کنار پذیرش انتخاب صریح طرفین، انتخاب ضمنی آنها را هم پذیرفته اند. مثلاً عهدنامه ۱۹۸۰ رم در ماده (۱) ۳ مقرر می دارد که: «انتخاب باید تصریح شده باشد یا با اطمینان معقول به وسیله شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه احراز گردد». این عبارات تقریباً مشابه همان عباراتی است که در بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ فدرال سویس و ماده ۴ قانون ۲۷ می ۱۹۸۸ فنلاند به کار گرفته شده است. همین طور در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه (ماده ۱) ۷) و در عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی (ماده ۷)، از عباراتی گرچه متفاوت با عهدنامه رم استفاده شده است اما همان قاعده عهدنامه رم را بیان می کنند.<sup>۴۴</sup>

عبارت به کار گرفته شده در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا، در ماده ۲، کمی متفاوت است با آنچه در

43. *ibid*; see also e.g. *Sayers v. International Drilling Co. NV*. [1971] 3 All ER. 163.

۴۴. عبارت ماده (۱) ۳ عهدنامه رم چنین است:

"The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case..."

عبارت بند ۲ ماده ۱۱۶ قانون فدرال سوئیس چنین است:

"The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances..."

«انتخاب قانون باید صریح باشد یا به وضوح از شرایط قرارداد یا اوضاع و احوال آشکار گردد...».

عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه چنین است:

The parties agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety..."

«توافق طرفین درخصوص این انتخاب باید صریح باشد یا از شرایط قرارداد و رفتار طرفین، بطور کلی، به وضوح آشکار گردد...».

عبارت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو بین کشورهای آمریکایی چنین است:

"The parties agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the clauses of the contract, considered on a whole..."

«توافق طرفین درخصوص این انتخاب باید صریح باشد، یا در موردی که توافق صریحی وجود ندارد، باید از بندهای قرارداد، بطور کلی، آشکار گردد...».

عهدنامه‌های قبلی ذکر گردیده است. در این ماده مقرر می‌گردد که یا باید قانون حاکم به طور صریح در قرارداد پیش بینی شده باشد یا به گونه‌ای بدون ابهام از شرایط (مقررات) قرارداد نتیجه شود.<sup>۴۵</sup> همان طور که قبلاً بیان گردید، قاعده پذیرفته شده درخصوص انتخاب ضمنی قانون در ماده (۱) ۳ عهدنامه رم این است که انتخابی ضمنی محسوب خواهد شد که دادگاه بتواند با «اطمینان معقول» از شرایط قرارداد و یا از اوضاع و احوال قضیه بدان برسد. در حالی که براساس ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه، قانونی انتخابش ضمنی محسوب خواهد شد که دادگاه بتواند «بدون هیچ ابهام» از شرایط (مقررات) قرارداد بدان برسد. تفاوت این دو قاعده در آن است که به موجب عهدنامه ۱۹۸۰ رم ممکن است علاوه بر شرایط قرارداد، از اوضاع و احوال قضیه<sup>۴۶</sup> نیز به انتخاب ضمنی طرفین رسید، در حالی که در عهدنامه ۱۹۹۵ لاهه چنین امکانی وجود ندارد. لذا مثلاً چنانچه شرطی در قرارداد موجود باشد که صلاحیت قضایی یک کشور خاص را مقرر کند، به موجب عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه این شرط تنها یک عنصر تقویت کننده وجود انتخاب قانون بدون ابهام

۴۵. ماده ۲ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه مقرر می‌دارد: «بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که توسط طرفین قرارداد تعیین شده است. این تعیین باید مندرج در یک بند صریح باشد و یا بدون هیچ تردیدی (بدون هیچ ابهامی) از شرایط قرارداد نتیجه شود...».

Article 2 - A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the Contracting parties.

Such designation must be contained in an express clause, or unambiguously result from the provisions of the contract ... .

۴۶. در گزارش جولیانو-لاگارد از عهدنامه ۱۹۸۰ رم چند مثال از اوضاع و احوال آورده شده است که می‌توانند حاکی از انتخاب ضمنی قانون (قصد برداشت شده *inferred intention*) توسط طرفین باشند، مثل وضعیتی که قراردادی روی فرمهای استاندارد می‌باشد که شناخته شده اند که باید تحت حاکمیت قانون خاصی باشند. مثال دیگر وضعیت جریان معاملات قبلی طرفین است که قراردادهای مربوط به آنها تحت حاکمیت قانون خاص بوده، اکنون فرض خواهد شد که آنها قصد داشته اند همین قانون، حاکم بر قرارداد جدید آنها که فاقد قانون حاکم تصریح شده است، باشد. همچنین در بعضی موارد انتخاب مقرر دادرسی یا داوری به منزله وضعیتی محسوب خواهد شد که دلالت بر انتخاب قانون آن محل (انتخاب ضمنی) برای حاکمیت برقرارداد دارد، P. 17. *Guiliano - Lagard Report*. توضیحات بیشتر در این خصوص را در صفحات قبل، در آغاز این قسمت، ببینید.

محسوب خواهد شد و نه معادل یک انتخاب قانون که تحت عهدنامه ۱۹۸۰ رم متحمل است.<sup>۴۷</sup> به علاوه بدیهی است که فرمول عهدنامه رم گسترده تر و انعطاف پذیرتر از فرمول عهدنامه لاهه می باشد، بدین گونه که «اطمینان معقول» مقرر در عهدنامه رم نه تنها می تواند از مفاد قرارداد حاصل شود بلکه از «اوضاع و احوال» مربوطه هم قابل حصول است. دیگر این که حالت «اطمینان معقول» به اندازه «بدون هیچ ابهام» از قوت و شدت برخوردار نیست. بنابراین در عهدنامه ۱۹۸۰ رم تا حدی به قصد فرضی طرفین توجه شده است و اجازه داده می شود که دادگاهها تصمیم بگیرند که آیا در پرتو تمامی اوضاع و احوال، طرفین یک انتخاب اصیل داشته اند یا نه، در حالی که در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه این موضوع جایی ندارد. البته به نظر می رسد عبارت «اوضاع و احوال قضیه» در ماده (۱) ۳ عهدنامه رم اشاره دارد بر وقایع مقدم یا همزمان با انعقاد قرارداد و اوضاع و احوال بعد از انعقاد قرارداد را در بر نمی گیرد. به هر حال اظهار نظر می شود که در عهدنامه رم در ارتباط با انتخاب ضمنی، حتماً باید یک انتخاب «واقعی» قانون توسط طرفین صورت گرفته باشد و لذا دادگاه مجاز نیست که یک انتخاب قانونی را که طرفین ممکن بود می داشتند، استنباط یا برداشت نماید، زیرا قصد واضحی از طرفین در این خصوص وجود ندارد و در یک چنین صورتی راه حل عهدنامه در ماده ۴ مقرر شده است.<sup>۴۸</sup>

## قسمت دوم

### تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین

#### (انتخاب فرضی، استنباطی یا تلویحی (inferred choice))

درباره مواردی که طرفین در خصوص قانون حاکم بر قراردادشان چیزی

47. Guiliano - Lagard, ibid.

48. Ibid.

نگفته اند و نمی توان اراده آنها را در این خصوص احراز نمود یعنی نه بند انتخاب قانون در قرارداد آنها وجود دارد و نه شرایط و مفاد قرارداد و اوضاع و احوال دلالت بر قصد آنها می کند، دو نظریه وجود دارد، یک نظریه سخت و غیر قابل انعطاف که یکبار و برای همیشه مقرر می نماید که برای هر نوع قراردادی یک عامل ارتباط و تعیین کننده وجود دارد. نظریه دیگر این است که باید در هر مورد یک بررسی آزادانه برای یافتن مناسب ترین قانون به عمل آید. یک تئوری یا راه حل وسط هم می تواند این باشد که برای مصالحه بین دو هدف متضاد، امنیت حقوقی از یک طرف و عدالت در هر موردی خاص از طرف دیگر اماره ها یا دلالت کننده هایی را برای تعیین قانون حاکم (مانند نزدیکترین ارتباط) ارائه داد. البته این تئوری معمولاً به عنوان مکمل یا تعدیل کننده نظریه دوم، مطرح می شود.<sup>۴۹</sup> بنابراین سیستمهای حقوقی مختلف برای حل مسأله قانون حاکم در فقدان انتخاب صریح و ضمنی طرفین، با اتخاذ یکی از این نظریات یا ترکیبی از آنها روش یکسانی برای تعیین قانون حاکم ندارند.<sup>۵۰</sup> لذا، کلاً می توان راه حل های پیش بینی شده در این سیستمها را در یکی از این دو طریق که در زیر به شرح آنها پرداخته می شود یافت.

### ۱. روش انعطاف پذیر یا اختیار دادگاه

در این روش، برعهده دادگاه است تا در پرتو تمامی اوضاع و احوال مربوط به قضیه، قانون حاکم را از طرف طرفین انتخاب و بر قرارداد (دعوا) اعمال نماید. به عبارت دیگر این وظیفه دادگاه است که در صورت فقدان انتخاب، مشخص نماید قانون قابل اعمال چیست. دادگاهها تلاش خواهند کرد تا قصد و منظور فرضی

49. Choice of law: Rules or Approach, Cornell L. Rev. (1972) 57, p. 315; F. Vischer, the Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the field of Contracts, 142 Recueil (1974, II), p. 330, 384; Elastische AnKnüpfungsmomente für das Internationale vertrags und Deliktsrecht, 27 RIW (1981), p. 359.

\* ۵. برای بررسی تطبیقی موضوع مراجعه شود به:

Rabel, The Conflict of laws, A Comparative Study, II, 2 nd ed., Ann Arbor, 1960, pp. 432 - 486.

طرفین را ببندد یعنی ببندد که اگر طرفین تصمیم گرفته بودند که یک بند انتخاب قانون در قراردادشان داشته باشند، چه قانونی را در آن قید می کردند.

در این حالت گفته می شود که گرچه طرفین قانون حاکم را صریحاً یا ضمناً انتخاب نکرده اند اما قطعاً، بر این اساس که هر قراردادی باید یک پایگاه قانونی داشته باشد و نمی تواند در خلأ باشد، این قصد را داشته اند که یک قانون خاصی بر قراردادشان حاکم باشد و حتی ممکن است اوضاع و احوال یا شواهدی بر این مبنا وجود داشته باشد که طرفین قصد انتخاب قانون را هم داشته اند اما مثلاً به توافق نرسیده اند و آن را مسکوت گذاشته اند. بنابراین دادگاه استنباط (فرض) می کند که قانونی را که خود بدان رسیده همان انتخاب طرفین است. یعنی گرچه دادگاه قانون را انتخاب و برای طرفین تعیین می نماید، این انتخاب را از طرف طرفین به عمل می آورد، دادگاه نظر خود را به عنوان قصد طرفین به آنها اسناد می دهد و به گونه ای عمل می کند که گویا براساس قاعده ای که آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم را اجازه می دهد عمل می کند. برای این منظور قاضی دادگاه خود را در موقعیت طرفین فرض می کند و با توجه به منافع کامل آنان و براساس این سؤال که چنانچه طرفین به عنوان افراد معقول و متعارف می خواستند قانون حاکم را در زمانی که قرارداد را منعقد می کردند انتخاب کنند چه قانونی را انتخاب می کردند، قانونی را برگزیده و آن را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد اعمال می نماید.

به عنوان مثال، در سیستم حقوقی انگلستان چنانچه قراردادی فاقد انتخاب صریح یا ضمنی قانون مناسب باشد، قانون قابل اعمال یا قانون مناسب قرارداد سیستم حقوقی خواهد بود که قرارداد با آن نزدیک ترین و واقعی ترین ارتباط را دارد. در این حالت قاضی درصدد احراز قصد واقعی طرفین قرارداد نیست زیرا چنین قصدی وجود ندارد. بلکه درصدد برمی آید تا برای طرفین معین نماید به عنوان افرادی متعارف و منطقی اگر در زمان انعقاد قرارداد درخصوص قانون مناسب فکر می کردند، چه قانونی را تعیین می کردند. در حقیقت قصدی را به آنها



اسناد می دهد.<sup>۵۱</sup> دکتربزرگ ترین ارتباط اولین بار در رویه قضایی انگلستان در پرونده<sup>۵۲</sup> *Bonython v. Common Welth of Australia* مطرح گردیده است. از آثار این دکتربزرگ ترین این بوده است که دادگاه را از رفتن به سراغ عوامل سنتی ارتباط مطرح در کشورهای قاره اروپا مانند محل انعقاد (locus conclusionis) یا محل اجرا (locus executionis)، به عنوان عوامل انحصاری و ثابت منع نموده است.<sup>۵۳</sup> در این سیستم، دادگاه باید تمامی اوضاع و احوال و عوامل مربوط به قرارداد را مورد بررسی قرار دهد، تنها به استناد یک عامل نمی تواند قانونی که نزدیک ترین و واقعی ترین ارتباط را با قرارداد دارد مشخص و به عنوان قانون حاکم بر قرارداد بر اساس آن عمل نماید. عواملی نظیر، محل انعقاد قرارداد، محل اجرای قرارداد، محل اقامت یا تجارت طرفین، ماهیت و موضوع قرارداد، زبان و ترمینولوژی به کار گرفته شده در قرارداد، فرم به کار گرفته شده برای قرارداد، انتخاب محل اقامه دعوی (دادگاه دادگستری یا دیوان داور)، شخصیت طرفین، ماهیت موضوع قرارداد، مورد ملاحظه و بررسی دقیق قرار خواهد گرفت.<sup>۵۴</sup> به هر حال برداشت قانون مناسب از عوامل مورد بررسی نمی تواند قطعی و انحصاری باشد و همیشه با هر برداشت مخالفی که ممکن است از سایر مقررات قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه شود، در معرض رد و انکار می باشد.<sup>۵۵</sup> مثلاً وجود بند (شرط) صلاحیت دادگاه در قرارداد در فقدان انتخاب صریح قانون می تواند

51. *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society* [1938] A. C. 224 at p. 240.

52. [1951] A. C. 201.

۵۳. برای بررسی بیشتر دیده شود:

Morse, *Comparative Study of the Rules of Conflict of Laws in the Field of Contracts in: The Influence of the European Communities Upon Private International Law of the Member States*, (ed. f. Rigaux) (1981), pp. 141 - 189.

54. Clive M. Schmitthoff, *the English Conflict of Laws*, (3rd ed., 1954), pp. 110 - 111; Dicey and Morris, *the Conflict of Laws*, 10 ed., Stevens & Sons Limited, 1980, p. 769.

55. *ibid.*, at pp. 584, 587 to 591, 596 to 600.

یک دلالت مهم بر قانون مناسب قرارداد به طور کلی باشد، اما این شرط تنها ارزش یک اماره را دارد و گرچه عامل ارتباطی مهمی است، ممکن است با استفاده از سایر عوامل قرارداد بی اثر شود.<sup>۵۶</sup>

در سیستم حقوقی فرانسه، در فقدان انتخاب قانون (در فرانسه بین اراده ضمنی و فرضی طرفین فرقی گذاشته نمی شود) دادگاهها در صدد یافتن دلالت هایی برخوانند آمد که بتواند نشان دهند که قرارداد در یک کشور خاصی قرار دارد. این محلی کردن قرارداد گاهی مواقع ذهنی و معادل تمایل و قصد احتمالی طرفین است که در این صورت باید آن تمایل بیان شده باشد، و بعضی مواقع عینی و معادل کشوری است که قرارداد با آن نزدیک ترین ارتباط را دارد.<sup>۵۷</sup> دادگاه عالی فرانسه در پرونده<sup>۵۸</sup> Soc. Jansen v. Soc. Heurtey طریقه عینی را در تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین پذیرفت و آن را قانون کشوری که اجرای شاخص قرارداد در آنجا انجام می شود دانست. دادگاه قانون این کشور را در واقع قانون کشوری که نزدیک ترین ارتباط را با قرارداد دارد محسوب نمود.<sup>۵۹</sup> همین قاعده در پاراگراف دوم ماده ۲۳۱۲ پیش نویس قانون فرانسه به کار رفته است. این نظریه محلی را که قرارداد با آن ارتباط نزدیک دارد، با توجه به زمینه و جنبه های اقتصادی قرارداد، تعیین می کند.<sup>۶۰</sup>

در سیستم حقوقی آلمان نیز راه حل یافتن قانون حاکم در فقدان انتخاب طرفین عمدتاً بر اساس جستجو برای یافتن اشاره ها یا دلالت هاست که بتوانند اراده فرضی طرفین را<sup>۶۱</sup> با توجه به منافع مطرح در هر مورد خاص نشان دهند. اگر این

56. See case of *Compagnie Tunisienne*, supra.

57. *Batiffol and Lagard, Droit International Privé*, (2 vol.), Six edition, Paris 1974 - 1976, II Nos 572 et seq, pp. 236 et seq.

58. *Rev. crit.* 1955, p. 330.

59. *Ibid.*

60. *Batiffol and Lagard*, supra, No. 576, pp. 229.

61. "hypothetischer partewill".

روش نتیجه ندهد براساس رویه قضایی آلمان قانون قابل اعمال قانون کشور محل اجرای هریک از تعهدات ناشی از قرارداد تعیین می شود.<sup>۶۲</sup>

## ۲. روش غیر قابل انعطاف یا حکم قانون

در این روش، قواعد تعارض قانون ملی یا عهدنامه بین المللی قانون حاکم بر قرارداد در فقدان انتخاب طرفین را خود مستقیماً مشخص می کنند و در واقع آن قانون به طرفین تحمیل می گردد. اهمیت این روش در آن است که در برخی موارد که هیچ نشانه یا بهانه ای درباره یافتن قصد طرفین وجود ندارد، تعیین قانون حاکم با مشکلی روبرو نخواهد بود زیرا قانون خود این وظیفه را بر عهده گرفته و قواعدی را برای تعیین قانون حاکم مقرر نموده است. در سیستمهای حقوقی که این روش را برگزیده اند در واقع اجازه داده نمی شود در جایی که طرفین قصد روشن و واضحی از انتخاب قانون ندارند، دادگاه انتخاب قانونی که طرفین ممکن بود می داشتند برداشت کند.<sup>۶۳</sup> گرچه در این روش قانون حاکم قانون منتخب طرفین نیست و آنها هیچ انتخابی را به عمل نیاورده اند، اما فرض می شود که آنها با عدم انتخاب خود، تلویحاً حکم قانون یا عهدنامه را که تعیین کننده قانون حاکم است، پذیرفته اند. در این حالت، قانون یا عهدنامه تصریح دارد بر این که مثلاً چنانچه قانون حاکم به صراحت یا ضمنی توسط طرفین انتخاب نشده باشد قانون معینی بر قرارداد حاکم خواهد بود. بعضاً هم قوانین داخلی یا عهدنامه های بین المللی مقرراتی را پیش بینی می کنند که مبین طریقی هستند که در فقدان انتخاب طرفین به یافتن قانون حاکم خواهد انجامید.

سیستم حقوقی شوروی (سابق) (ماده ۱۲۶ اصول قانون مدنی) و سیستم حقوقی ایران (ماده ۹۶۸ ق.م) و سیستم حقوقی کویت (ماده ۵۹ قانون تعارض

62. BGH, 14 April 1953, in IPRspr., 1952 - 53, No 40, pp 151 et seq.

۶۳. مثلاً عهدنامه رم در ماده ۳ چنین اجازه ای را به دادگاه نمی دهد و در ماده (۴) راه حلی را برای این گونه موارد ارائه می دهد.

قوانین) مقرر می‌دارند که در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشور محل انعقاد، قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود. یا سیستم حقوقی آلمان همان گونه که قبلاً بیان گردید نهایتاً این قانون را قانون محل اجرای تعهد می‌داند و سیستم حقوقی ایتالیا نیز قایل به اجرای قانون محل انعقاد می‌باشد.

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا در موردی که طرفین قانون قابل اعمال را تعیین نکرده‌اند، در ماده ۳ اشاره به قانون یکی از طرفین می‌نماید و بیان می‌دارد که: «اگر هیچ قانونی، توسط طرفین به موجب شرایط مقرر شده در ماده قبلی، قابل اعمال نگردد، بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که فروشنده در آنجا در هنگامی که سفارش را دریافت می‌کند، سکونت عادی دارد. اگر سفارش به وسیله یک مؤسسه فروشنده دریافت شود، بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که مؤسسه در آن مستقر است. مع هذا بیع تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که خریدار در آنجا سکونت عادی دارد، یا در آنجا مؤسسه ای دارد که سفارش خرید را داده است، چنانچه سفارش در آن کشور دریافت شده باشد، اعم از این که توسط فروشنده یا توسط نماینده، کارگزار، یا سفر کننده تجاری وی دریافت شده باشد. بیعی که به طریق مبادله یا در یک حراج عمومی صورت گرفته باشد، تحت حاکمیت قانون داخلی کشوری خواهد بود که مبادله در آنجا واقع شده یا حراج در آنجا صورت گرفته است.»<sup>۶۴</sup> همان گونه که ملاحظه می‌گردد به موجب این ماده از عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه، در فقدان انتخاب قانون در قرارداد بیع، به روش غیر قابل انعطاف قانون محل سکونت عادی فروشنده، یا در بعضی موارد، قانون محل

64. Article 3. " In default of a law declared applicable by the parties under the conditions provided in the preceding article, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the vendor has his habitual residence at the time when he receives the order. If the order is received by an establishment of the vendor, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the establishment is situated.

سکونت عادی خریدار اعمال خواهد گردید. به عنوان دلیل وضع این قاعده، گفته شده است که قانون محل سکونت عادی فروشنده یا خریدار به سادگی قابل تعیین است و در بسیاری موارد مطمئن و ثابت و یکنواخت می باشد. اینها خصوصیات هستند که در قانون محل انعقاد و اجرا وجود ندارد.<sup>۶۵</sup>

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا نیز در تعیین قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب طرفین، روش غیر قابل انعطاف پذیرفته شده در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه را با تغییر محل سکونت عادی فروشنده و خریدار به محل کسب یا تجارت (place of business) فروشنده و خریدار به کار گرفته است.<sup>۶۶</sup> اما علاوه بر این، قاعده جدیدی<sup>۶۷</sup> در این عهدنامه وجود دارد که باعث تمایز آن با عهدنامه ۱۹۵۵ می شود و آن را در ردیف سیستمهایی قرار می دهد که انعطاف پذیر محسوب می شوند. بموجب این قاعده جدید، این امکان وجود خواهد داشت که قانون کشوری که ارتباط نزدیکتری با قرارداد دارد، به عنوان قانون حاکم، بر قرارداد بیع اعمال گردد.<sup>۶۸</sup>

### ۳. روش پذیرفته شده جدید در سیستمهای حقوقی

روش پذیرفته شده جدید در سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه های

Nevertheless, a sale shall be governed by the domestic law of the country in which the purchaser has his habitual residence, or in which he has the establishment that has given the order, if the order has been received in such country, whether by the vendor or by his representative, agent or commercial traveller.

In case of a sale at an exchange or at a public auction, the sale shall be governed by the domestic law of the country in which the exchange is situated or the auction takes place.

65, Doc. La Hay 7. Sess. 26.

۶۶. ماده ۸.

۶۷. ماده (۳) ۸.

۶۸. توضیحات بیشتر در این خصوص را در قسمت بعد ببینید.

بین المللی روشی قابل انعطاف است. در این سیستمها قانون حاکم در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین قانون کشوری است که ارتباط قطعی و اصلی با قرارداد دارد و یافتن این قانون در اختیار دادگاه است که باید در هر مورد به طور خاص و به طریق مناسب آن را بیابد. در میان این گروه از سیستمهای حقوقی بعضی به گونه ای کلی قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط را بدون تعیین مصداق یا معیاری برای آن، حاکم بر قرارداد دانسته اند، و دسته ای خود مستقیماً نسبت به برخی موارد مبادرت به تعیین و تحدید قانون نزدیکترین ارتباط نموده و یا معیارهایی را برای این منظور قرار داده اند. در واقع دادگاههای سیستمهای حقوقی دسته اخیر دارای نوعی محدودیت اختیار نسبت به دادگاههای دسته اول هستند، زیرا آنها برای اعمال قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد، اصولاً باید در چارچوب موارد تعیین شده یا معیارهای مقرر شده قانون حاکم را بیابند.

قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۸۷ سویس در ماده ۱۱۷، در بند ۱ در فقدان قانون منتخب طرفین، قانون نزدیکترین ارتباط را مطرح می کند و در بند ۲ قانون کشور اقامتگاه مجری تعهد شاخص<sup>۶۹</sup> را قانون نزدیکترین ارتباط

۶۹. در قراردادهایی که تعهدات مختلف مطرح می باشد و هریک از طرفین باید تمهیدی خاص را انجام دهد، یکی از این تعهدات سرآمد و مهمتر از سایر تعهدات است. آن را تعهد شاخص و اجرای آن را اجرای شاخص گویند. یک مفسر قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سوئیس می گوید: «اجرای شاخص اجرای طرفی است که اصولاً ملزم به انجام چیزهایی غیر از پرداخت پول می باشد».

Pierre A. Karrer and Karl W. Arnold, Switzerland's Private International Law Statute, 1987, Kluwer, 1989, p. 114.

دکترین اجرای شاخص از لحاظ تاریخی بر می گردد به حقوق کشور سویس که در آنجا این دکترین توسط دادگاهها به وجود آمد و در واقع برای جایگزین نمودن دکترین Scission آلمان که قبلاً در سویس از آن تبعیت می شد ایجاد شد.

D. Lasok and P. A. Stone: Conflict of laws in the European Community, Professional Books limited, 1987. P. 362.; d'oliviera, Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention, 25 American Journal of Comparative Law, 1977, P. 303; Vischer, "Internationales vertragsrecht, pp. 89 - 144.

می‌داند.<sup>۷۰</sup> سپس در بند ۳ لیستی از تعهدات شاخص را به عنوان نمونه (لیست تمثیلی و نه حصری) برای هدایت بهتر و صریح‌تر دادگاه ارائه می‌نماید. این قانون در ماده ۱۱۹، قانون حاکم بر اموال غیر منقول را قانون محل وقوع می‌داند و در ضمن انتخاب طرفین را هم می‌پذیرد؛ در ماده ۱۲۰، قانون حاکم بر قراردادهای خاصی از مصرف‌کننده را قانون محل اقامتگاه مصرف‌کننده می‌داند و قانون منتخب طرفین را نمی‌پذیرد. قانون حاکم بر قراردادهای استخدامی به موجب ماده (۱) ۱۲۱، قانون محل عادی انجام کار مستخدم می‌باشد و قانون حاکم بر اموال معنوی را در ماده ۱۲۲، قانون کشوری می‌داند که انتقال‌دهنده در آنجا اقامتگاه عادی دارد. دادگاه می‌تواند این اماره‌ها و مثالها را به موجب ماده (۱) ۱۵ همین قانون نادیده بگیرد.<sup>۷۱</sup> براساس بند ۱ و بند ۲ ماده ۱۵<sup>۷۲</sup> قاضی می‌تواند از هر قاعده تعارض [مذکور در آن قانون] که متکی بر استقلال اراده<sup>۷۳</sup> نباشد عدول کند. در واقع ماده ۱۵ قانون سویس به قاضی اجازه می‌دهد که هرگاه موردی را بیابد که قاعده تعارض معمولی (قانون مشخص شده توسط قانون مربوط به حقوق بین‌الملل

بعداً این دکترین در حقوق فرانسه نیز به کار گرفته شده است. به عنوان نمونه در یک تصمیم دادگاه فرانسوی در ۲۷ ژانویه ۱۹۵۵ اعمال این دکترین مشاهده می‌شود:

Soc. Jansen v. Soc. Heurtey.; Rev. Crit. (1955) 330; see at p. 19.

70. Article 117. 1. In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the state with which it is most closely connected.

2. It is presumed that the closest connection exists with the state in which the party who must perform the characteristic obligation is habitually resident or, if the contract was concluded in the exercise of a professional or commercial activity where such party has his place of business.

71. Mc Caffrey: The Swiss Draft Conflicts Law, "(1980) 28, Am. Jo. Comp. Law, 235, p. 2500.

72. Article 15. 1. "The law designated by this code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all the circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law.

2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties".

73. party Autonomy.

خصوصی سوئیس) را نتوان منطقاً بر آن اعمال نمود و انتخابی از طرفین هم وجود نداشته باشد، قانونی که قرارداد با آن ارتباط نزدیکتری دارد اعمال نماید. بنابراین قاضی باید یک قاعده خاص برای هر مورد تعیین کند و این اختیار در واقع براساس همان تکلیفی است که برای او برحسب ماده (۲) ۱ قانون مدنی سوئیس وجود دارد. این مقرر قاضی را مکلف می کند در جایی که قاعده ای برای قضیه مطروحه پیدا نمی کند به عنوان یک قانونگذار عمل کند.<sup>۷۴</sup>

قانون ۱۹۷۸ اتریش در خصوص حقوق بین الملل خصوصی نیز در اولین ماده خود به طور عام بیان می دارد رابطه های حقوق خصوصی دارای ارتباط خارجی در فقدان انتخاب قانون حاکم «براساس قواعد [سیستم] حقوقی که با آن قوی ترین ارتباط وجود دارد ارزیابی خواهد شد».<sup>۷۵</sup> این قانون سپس به طور خاص در مواد مربوط به قراردادهای، مقرر می دارد که در قراردادهای وام (قرض) قانون کشور محل سکونت وام دهنده و در قراردادهای تجاری قانون محل تجارت فروشنده و در قراردادهای بانکی قانون محل کار بانکدار و در قراردادهای بیمه ای قانون محل کار بیمه گر حاکم خواهد بود.

عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در ماده ۴ مقرر می دارد: «۱. درحدی که قانون قابل اعمال بر قرارداد، طبق ماده ۳ انتخاب نشده باشد، قرارداد تحت حاکمیت قانون کشوری خواهد بود که با آن نزدیکترین ارتباط را دارد. ۲. ضمن رعایت مقررات پاراگراف ۵ این ماده، فرض

۷۴. قسمتی از ماده ۱ بدین شرح است:

"The code governs all questions of law which come within the letter or the spirit of any of its provisions. If the code does not furnish an applicable provision, the judge shall decide in accordance with customary law, and failing that, according to the rule which he would establish as legislators". - A. E. von Overbeck, Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code, (1976 - 1977) 37 Louisiana Law. Review, p. 682.

75. "Factual situations with foreign contacts shall be judged, in regard to private law, according to legal order to which the strongest connection exists".

منبع ترجمه انگلیسی: American Journal of Comparative Law, 1980, p. 222 می باشد.



خواهد شد که قرارداد نزدیکترین ارتباط را با کشوری دارد که محل سکونت عادی طرفی که قرار است اجرایی را که شاخص قرارداد است انجام دهد، در زمان انعقاد قرارداد در آنجا است، یا در مورد مؤسسه ثبت شده یا ثبت نشده، مرکز اداره امور آن در آنجاست...». به موجب پاراگراف ۳ این ماده فرض خواهد شد که قراردادی که موضوع آن حقی در اموال غیر منقول است نزدیکترین ارتباط را با کشور محل وقوع آن مال غیر منقول دارد و پاراگراف ۴ همین ماده بیان می‌دارد که با شرایطی فرض خواهد شد که قرارداد حمل کالا نزدیکترین ارتباط را با کشوری دارد که مرکز اصلی حرفه حمل کننده در آنجاست. آنچه که در پاراگراف‌های ۲ و ۳ و ۴ مطرح می‌شود فروض یا اماره‌هایی هستند که به نظر می‌رسد قابل انعطاف بودن اصل کلی تثبیت شده توسط پاراگراف ۱ ماده ۴ را به طور قابل ملاحظه‌ای تعدیل می‌نمایند. به هر صورت به موجب پاراگراف ۵ ماده ۴ این احتمال وجود دارد که اماره‌های ذکر شده در بندهای ۲ و ۳ و ۴ ماده ۴ عهدنامه نادیده گرفته شوند. این پاراگراف چنین مقرر می‌دارد: «پاراگراف ۲، اعمال نخواهد گردید چنانچه اجرای شاخص را نتوان تعیین نمود، و اماره‌های پاراگراف ۲ و ۳ و ۴ نادیده گرفته خواهند شد چنانچه از اوضاع و احوال به طور کلی نمایان شود که قرارداد ارتباط نزدیکتر با کشوری دیگر دارد...». قابل ذکر است که این پاراگراف از ماده ۴، فقط قراردادهای مذکور در ماده ۴ را در بر می‌گیرد. بنابراین از مجموعه ماده ۴ این نتیجه حاصل می‌شود که در خصوص همه قراردادهای غیر از آنهایی که مربوط به حمل کالا یا غیر منقولها می‌شود، این اماره وجود دارد که قرارداد بیشترین ارتباط را با کشوری دارد که طرفی که قرار است اجرایی شاخص قرارداد را انجام دهد در آنجا سکونت عادی دارد، یا در مورد یک شرکت ثبت شده یا ثبت نشده مرکز اداره امور آن در آنجاست، اما این اماره تاب دلیل مخالف را دارد و قابل رد می‌باشد.

76. Article 4. (5): paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance can not be determined, and the presumptions in paragraph 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

مهمترین اماره که کاربرد کلی دارد، در پاراگراف ۲ ماده ۴ بیان شده که مفهوم اجرای شاخص را در بردارد. وجود چنین اماره‌ای در یک عهدنامه بین‌المللی در واقع مصالحه‌ای است بین دو نظریه که یکی خواهان ثبات و قابل پیش بینی بودن قانون حاکم در فقدان انتخاب است (نظریه غالب در کشورهای چون فرانسه، ایتالیا و آلمان) و دیگری که قابل به انعطاف پذیر بودن قاعده کلی در تعیین قانون حاکم در فقدان انتخاب هستند و در اماره‌ها خاصیت مهمی نمی‌بینند (نظریه غالب در انگلستان). بنابراین عهدنامه تجربه عدم کارایی اماره را که در حقوق انگلستان حاصل شده است نادیده می‌گیرد و می‌پذیرد اما در عوض آن را قابل رد یا انکار قرار می‌دهد.<sup>۷۷</sup>

گفته شده است به کار گرفتن مفهوم «اجرای شاخص» در این ماده عامل ارتباط قرارداد را از داخل محدود می‌کند و نه از خارج و توسط عناصری نظیر ملیت طرفین یا محلی که قرارداد در آنجا منعقد شده است که نامربوط به اساس (ماهیت) تعهد می‌باشند. به علاوه این مفهوم، اشاره دارد به نقشی که رابطه حقوقی مربوطه در زندگی اجتماعی - اقتصادی هر کشوری انجام می‌دهد. مفهوم اجرای شاخص اساساً قرارداد را به محیط اجتماعی - اقتصادی که قسمتی از آن را خواهد ساخت مرتبط می‌سازد.<sup>۷۸</sup>

عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی نیز همانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم قانون حاکم را در جایی که طرفین به سکوت برگزار نموده‌اند، قانون کشوری می‌داند که قرارداد با آن نزدیکترین ارتباط را دارد. اما در تعیین کشور دارای نزدیکترین ارتباط برخلاف عهدنامه ۱۹۸۰ هیچ اماره‌ای را تعیین نمی‌کند، بلکه اختیار وسیعی به دادگاه می‌دهد تا قانون نزدیکترین ارتباط را بیابد. برای این منظور تنها به تعیین معیارهایی کلی برای دادگاه بسنده می‌کند. بدین صورت که

77. D. Lasok and P. A. Stone, Conflict of Laws in the European Community, Professional Books Limited, 1987. p. 361.

۷۸. گزارش جولیانو-لاگارد، صص ۲۰-۱۹-۲۰. Guiliano - Lagard Report, pp. 19 - 20.

مقرر می‌دارد: «دادگاه همه عناصر عینی قرارداد را در تعیین قانون کشوری که قرارداد با آن نزدیکترین ارتباط را دارد در نظر خواهد گرفت. همچنین دادگاه اصول کلی حقوق تجارت بین الملل به رسمیت شناخته شده توسط سازمانهای بین المللی را در نظر خواهد گرفت...»<sup>۷۹</sup>.

در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا، قانون حاکم بر قرارداد بیع در فقدان انتخاب قانون توسط طرفین، گرچه همان گونه که قبلاً بیان گردید، قانون کشور محل تجارت فروشنده<sup>۸۰</sup> و با شرایطی، قانون کشور محل تجارت خریدار خواهد بود<sup>۸۱</sup> اما قانونی نیز که قرارداد با آن ارتباط نزدیکتری دارد گرچه آن قانون، قانون کشور محل تجارت فروشنده یا خریدار هم نباشد، اعمال خواهد گردید. پاراگراف (۳) ماده ۸ این عهدنامه چنین مقرر می‌دارد: (۳) «از باب استثناء، در جایی که، در پرتو اوضاع و احوال به طور کلی، به عنوان نمونه هرگونه روابط تجاری بین طرفین، قرارداد آشکارا ارتباط نزدیکتری با قانونی دارد که آن قانونی نیست که به طور دیگر، بموجب پاراگرافهای ۱ و ۲ از این ماده قابل اعمال بر قرارداد باشد، آن قرارداد تحت حاکمیت آن قانون دیگر می‌باشد»<sup>۸۲</sup>.

۷۹. متن انگلیسی قسمت مربوطه از ماده ۹ عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای امریکایی چنین است:

"If the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties.

The court will take in to account all objective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take in to account the general principles of international commercial law recognized by international organizations ...."

۸۰. پاراگراف (۱) ماده ۸.

۸۱. پاراگراف (۲) ماده ۸.

82. Article 8 (3): "By way of exception, where, in the light of the circumstances as a whole, for instance any business relations between the parties, the contract is manifestly more closely connected with a law which is not the law which would otherwise be applicable to the contract under paragraphs 1 or 2 of this Article, the contract is governed by that other law".

همان گونه که از مقررات فوق الذکر برمی آید، قاعده راجح در قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیع این است که قانون حاکم اصولاً قانون کشور فروشنده می باشد. حتی بر اساس عهدنامه ۱۹۸۰ رم، در قراردادهای بیع کالا، گفته می شود قانون کشور اقامتگاه طرفی که قرار است اجرای شاخص قرارداد را انجام دهد قانون کشور فروشنده می باشد، زیرا در این قراردادها فرض بر آن است که فروشنده مجری شاخص قرارداد است.<sup>۸۳</sup> یعنی گرچه قاعده عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه به طریق غیر قابل انعطافی قانون محل سکونت عادی فروشنده را مقرر می کند و توسط بسیاری از کشورها قابل پذیرفتن نیست، و گرچه در کشورهای اروپایی بیشتر مرکز ثقل قرارداد مورد نظر است و به همین دلیل عهدنامه ۱۹۸۰ رم با قاعده قانون اقامتگاه مجری شاخص منعقد گردیده است، و گرچه عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه انعطاف پذیرتر از عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه اما پیچیده تر از عهدنامه ۱۹۸۰ رم ظاهر می شود، همگی در عمل در قرارداد بیع، اشاره به یک قانون دارند و آن قانون کشور فروشنده است.<sup>۸۴</sup>

### 83. Guiliano - Lagard Report, P. 20.

۸۴. بدیهی است که قاعده حاکمیت قانون کشور فروشنده، خیلی ساده و واضح است، در حالی که قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط بی ثباتی و عدم اطمینان در بردارد. اما به هر صورت نتیجه ای که از این روش حاصل می شود متعارف و عادلانه تر است. در سیستم حقوقی انگلستان که سالهای طولانی است دکنترین نزدیکترین ارتباط را در خود جای داده، همانطور که قبلاً بیان گردید، قاعده این است که وقتی که قصد طرفین قرارداد درخصوص قانون حاکم بیان نشده است و نتوان آن را از اوضاع و احوال برداشت نمود، قرارداد تحت حاکمیت سیستم حقوقی کشوری خواهد بود که نزدیکترین و واقعی ترین ارتباط را با آن دارد. در این سیستم وقتی دادگاه محک نزدیکترین ارتباط را اعمال می نماید تمامی عوامل ارتباط دهنده قرارداد به کشورهای مختلف مثل محل انعقاد، محل اجرا، کشور خریدار، کشور فروشنده و امثال آن مورد بررسی قرار می دهد و سپس با توجه به تعداد و ارزش عوامل ارتباط دهنده، کشور دارای نزدیکترین ارتباط را مشخص می کند. در نتیجه با این روش ممکن است قانون کشور فروشنده قانون حاکم بر قرارداد شود، یا قانون دیگری.

See, Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 10ed., Stevens & Sons, 1980.

## قسمت سوم

### تعیین قانون حاکم با انتخاب مرجع دادرسی (تأثیر انتخاب دادگاه در تعیین قانون حاکم)

حتی با انتخاب قانون حاکم توسط طرفین نمی توان مطمئن بود که همین قانون بر قرارداد اعمال خواهد شد. دادگاههای هر کشور قواعد حقوق بین الملل خصوصی (قواعد حل تعارض) مربوط به قراردادهای کشور خود را به کار خواهند گرفت تا اعتبار یا حدود اعمال قانون منتخب طرفین را بیابند. ممکن است قواعد آن کشور آزادی انتخاب برای طرفین قرارداد قایل نباشند یا محدودیتهای زیادی بر آن وارد نمایند. بنابراین طرفین قرارداد باید مراقب باشند که در صورت بروز دعوی دادگاه کدام کشور به دعوی آنها رسیدگی خواهد نمود. باید توجه داشت که حتی انتخاب دادگاه کشوری که آزادی وسیع اراده را هم پذیرفته باشد، همیشه نمی تواند مانع بروز مشکل در قانون منتخب طرفین باشد، زیرا ممکن است دادگاه مورد نظر یکی از طرفین، به عنوانی مانند دادگاه نامناسب<sup>۸۵</sup> دعوی را نپذیرد.

بدیهی است که انتخاب دادگاه کشوری خاص بدان جهت است که اقامه دعوی در آن دادگاه مزایایی برای انتخاب کننده یا انتخاب کنندگان دارد که در دادگاه دیگری وجود ندارد. برخی از این مزایا را می توان بشرح زیر برشمرد:

۱. خواهان ممکن است احساس کند که قضاوت یک دادگاه برای نوع دعوی او با تجربه تر می باشند یا دادرسی در آن دادگاه سریع تر صورت می گیرد.

۸۵. Forum non - conveniens = به موجب این دکترین، دادگاهها به دلیل راحتی و نفع طرفین و این که با رد صلاحیت خود، عدالت در دادگاه دیگری بهتر اجرا خواهد شد، از پذیرفتن (اعمال) صلاحیت خود امتناع می نمایند و دعوی باید در مرجع مناسب خود اقامه شود. این دکترین توسط دادگاههای اسکاتلند در قرن نوزدهم میلادی توسعه یافت و با مقداری تعدیل در ایالات متحده آمریکا پذیرفته شد.

Piper Aircraft v. Reyno, 454 U. S. 235, (1981).

در انگلستان نیز پرونده های بسیاری گزارش شده اند که نشان می دهند این دکترین به عنوان عامل مؤثری در صلاحیت دادگاههای انگلیس محسوب می شود.

Dacey and Morris, The Conflict of Laws, 12 ed., Sweet & Maxwell, 1993, P. 398 et seq.

۲. خواهان ممکن است آیین دادرسی یک دادگاه را بر دادگاه دیگر ترجیح دهد.
۳. ممکن است دو طرف ترجیح دهند که دادخواهی به یک زبان خاصی انجام شود.<sup>۸۶</sup>
۴. طرفین ممکن است دادخواهی در یک کشور را ارزان تر (کم هزینه) بدانند.
۵. امکان یا سهولت اجرای حکم صادره در یک کشور (در همان کشور یا کشور دیگر) باعث دادخواهی در آن کشور خواهد شد. اجرای حکم از اساسی ترین مسائل تصمیم به اقامه دعوی برای خواهان است. برای او اهمیت خاص دارد که بتواند حکم صادره را علیه خواننده در محلی که وی اموالی دارد یا به طریق دیگر تابع آن حوزه قضایی است اجرا کند.
۶. انتخاب دادگاه یک کشور ممکن است به لحاظ ترجیح قانون آن کشور بر کشور دیگر باشد.
- در خصوص مورد اخیر، سیستم حقوقی بعضی از کشورها به گونه ای است که چنانچه دعوی در دادگاههای آن کشور اقامه شود، کلاً یا با شرایطی قانون همان کشور اعمال خواهد شد. لذا انتخاب اقامه دعوی در آن کشور با اعمال قانون آن کشور همراه خواهد بود. بنابراین در جایی که خواهان معتقد است بر اساس قانون کشوری خاص به نفع وی تصمیم گیری خواهد شد، به وسیله انتخاب و اقامه دعوی در دادگاههای آن کشور مانع اجرای قانون دیگری که به نفع وی نیست خواهد شد. البته باید در نظر داشت که قاعده تاً همان گونه که قبلاً بیان گردید دادگاهها برای رسیدگی به دعوی با رجوع به قواعد حل تعارض خود قانون حاکم بر قضیه را مشخص خواهند کرد که ضرورتاً ممکن است قانون همان کشور نباشد. در این صورت خواهان باید برای این که قانون کشور خاصی بر قراردادش حاکم باشد

۸۶. در این صورت مشکلات عمده ای مانند هزینه ترجمه، نارسایی مفاهیم در ترجمه اصطلاحات حقوقی و قوانین و هزینه استخدام حقوقدانان خارجی برای طرفین حل خواهد شد.

به جستجوی خود در خصوص دادگاهی که مطابق قواعد حل تعارض خود قانون آن کشور خاص را اعمال خواهد کرد، ادامه دهد.

پرسش‌های زیادی در خصوص انتخاب دادگاه مطرح است از قبیل این که آیا اصولاً طرفین قرارداد می‌توانند کشور (دادگاه) محل رسیدگی به دعوی احتمالی آینده خود را انتخاب کنند؟ و آیا توافق طرفین بر اقامه دعوی در کشوری مشخص، صلاحیت انحصاری به دادگاههای آن کشور اعطا می‌کند و صلاحیت دادگاههای کشورهای دیگر را که ممکن است در فقدان توافق طرفین صلاحیت داشته باشند، از بین می‌برد؟ پاسخ به این سؤالات بستگی به قواعد مربوط به صلاحیت دادگاههای کشور منتخب یا کشوری که در آن اقامه دعوی به عمل می‌آید دارد و در بعضی موارد قانون حاکم بر قرارداد نیز مؤثر در پاسخ خواهد بود، به این صورت که معین خواهد نمود که آیا کلاً چنین شرطی در قرارداد معتبر است یا خیر.<sup>۸۷</sup> اصطلاح «جستجوی دادگاه مناسب»<sup>۸۸</sup> در حقوق بین‌الملل خصوصی بعضی از سیستمهای حقوقی مثل آمریکا و انگلستان، مبین این است که خواهان ممکن است و می‌تواند دادگاهی را بجای دادگاه دیگر به عنوان محلی که دعوی خود را در آنجا اقامه کند انتخاب نماید.<sup>۸۹</sup>

گرچه قاعده غالب در اکثر کشورها این است که قواعد مربوط به صلاحیت دادگاهها از قواعد آمره محسوب می‌شوند و نمی‌توان آن را به اراده طرفین واگذار نمود یعنی با توافق طرفین نه می‌توان از صلاحیت مقرر کاست و نه می‌توان بدان اضافه نمود، اما در بعضی از سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین‌المللی در ارتباط با صلاحیت دادگاهها، اختیار انتخاب دادگاه به اصحاب دعوی یا خواهان

87. I. M. Farquharson, Choice of Forum Clauses - A Brief Survey of Anglo - American Law, International Lawyer, 8 [1979]; p. 82; Choice of Forum Clauses in International Contracts: What is Unjust and Unreasonable?, International Lawyer, 12 [1978], p. 780.

88. forum shopping.

89. See, Dicey and Morris, The Conflict of Laws, 12 ed., Sweet and Maxwell, 1993, p. 419 et seq.

داده شده است و دادگاهی که بدین گونه صلاحیت پیدا می کند، معمولاً صلاحیتش انحصاری می باشد. مثلاً یکی از مواردی که باعث خواهد شد دادگاههای انگلستان دعوایی را که طرفین آن مقیم انگلستان نیستند و هیچ ارتباطی به انگلستان ندارد بپذیرند، انتخاب دادگاه آن کشور به وسیله طرفین است مگر خوانده خلاف آن را با دلایل قوی ثابت کند.<sup>۹۰</sup> قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۸۷ سویس در بند ۱ ماده ۵ به طرفین دعوی اجازه می دهد که دادگاهی را که مایلند به دعوی آنها رسیدگی کند انتخاب نمایند و اضافه می نماید که این دادگاه منتخب صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به آن دعوی را خواهد داشت.<sup>۹۱</sup> عهدنامه بروکسل در خصوص صلاحیت قضایی و اجرای احکام در موضوعات مدنی و تجاری که در تاریخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ بین دول عضو جامعه اقتصادی اروپا به اجرا درآمد<sup>۹۲</sup> به خواهان اختیار انتخاب از بین چند دادگاه را داده است. به عبارت دیگر چند دادگاه (دادگاه چند کشور) را برای یک موضوع صالح اعلام نموده و خواهان قادر است از بین آن دادگاهها، دادگاه یک کشور را انتخاب و در آنجا اقامه دعوی نماید.

۹۰ . RSC/ 1965, Ord. 11, r. 1 (1) (d) (iv) formerly, Ord. 11, r. 2. .  
رویه ای سنتی ممکن است حتی صلاحیت در دعوایی علیه خوانده مقیم انگلستان را هم نپذیرند به دلیل اینکه طرفین قبلاً بر صلاحیت دادگاه کشور دیگر توافق کرده اند، مگر این که خواهان با دلایل قوی اثبات کند که اثر دادن به توافق آنها عادلانه نیست. D. Lasok and P. A Stone, supra, p. 268.

91. Article 5 - "1. The parties may agree on a venue for an existing or a future dispute concerning pecuniary claims arising from a specified legal relationship. The agreement may be made in writing, by telegram, telex, telecopier, or by any other means of communication which evidences the terms of the agreement by a telex. Unless stipulated otherwise, the court agreed upon shall have exclusive Jurisdiction....".

۹۲ . "Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters",

برای دیدن متن اولیه این عهدنامه و اصلاحیه های بعدی آن مراجعه شود به:

[1978] O. J. L 304/ 36; [1978] O. J. L 304/ 77; [1983] O. J. C 97/2

اکنون این عهدنامه توسط ۱۲ کشور عضو اتحادیه اقتصادی اروپا پذیرفته شده و در آن کشورها به اجرا درآمده است.



به عنوان نمونه در این عهدنامه در یک دعوای قراردادی، خواهان حق انتخاب صلاحیت بین دادگاههای حداقل چهار کشور را دارد.<sup>۳۳</sup> علاوه بر این در مواد مختلفی به صراحت توافق بر صلاحیت دادگاه (انتخاب دادگاه) توسط طرفین دعوی پذیرفته شده است.<sup>۳۴</sup> به موجب ماده ۱۷ این عهدنامه یک بند (شرط) انتخاب دادگاه یا دادگاههای کشورهای عضو توسط طرفینی که حداقل یکی از آنها مقیم در داخل اتحادیه اقتصادی اروپا باشد معتبر می باشد و دادگاه یا دادگاههای منتخب صلاحیت انحصاری خواهند داشت. این عهدنامه نه تنها اجازه انتخاب دادگاه را به طرفین می دهد بلکه به انتخاب آنها اثر انحصاری می بخشد. البته این انتخاب نباید مغایر حق انتخاب مقرر در ماده ۱۲ یا ۱۵ باشد. این دو ماده اخیر اجازه انتخاب دادگاه را به ترتیب در قراردادهای بیمه و مصرف کننده می دهند به شرط آن که، اجمالاً، این انتخاب نفع بیمه گزار و مصرف کننده را در بر داشته باشد. همچنین انتخاب نباید ناقض ماده ۱۶ که صلاحیت انحصاری را پیش بینی می کند باشد.<sup>۳۵</sup> به نظر غالب حقوقدانان کشورهای عضو عهدنامه ۱۹۶۸ بروکسل نتیجه

۹۳. دادگاههای کشور محل اقامت خوانده (بند اول ماده ۲): دادگاههای کشور محل اجرای تعهد مورد بحث (پاراگراف ۱ ماده ۵): دادگاههای کشوری که شعبه یا نمایندگی یا سایر مؤسسات در آنجا واقع هستند (پاراگراف ۵ ماده ۵): دادگاههای کشوری که هریک از خواندگان متعدد در آنجا مقیم هستند (پاراگراف ۱ ماده ۶).

۹۴. مواد ۱۲، ۱۵ و ۱۷ عهدنامه دیده شوند.

۹۵. ماده ۱۷ عهدنامه عیناً چنین مقرر می دارد:

If the parties, one or more of whom is domiciled a Contracting State, have agreed that a court or the courts of a Contracting State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have exclusive jurisdiction. Such an agreement conferring jurisdiction shall be either in writing or evidenced in writing or, in international trade or commerce, in a form which accords with practices in that trade or commerce of which the parties are or ought to have been aware. Where such an agreement is concluded by parties, none of whom is domiciled in a Contracting State, the courts of other Contracting State; shall have no jurisdiction over their disputes unless the court or courts chosen have declined jurisdiction. —→

مناسب از ماده ۱۷ این است که کشورهای عضو آزاد هستند که چنانچه طرفین قرارداد صلاحیت دادگاههای کشور غیر عضو را انتخاب کرده باشند، از عمل به صلاحیت خود مثلاً به لحاظ این که کشور محل اقامتگاه خوانده دعوی هستند، امتناع نمایند،<sup>۹۶</sup> یعنی به انتخاب آنها گرچه انتخاب کشور غیر عضو است احترام گذارند. همچنین چنانچه خوانده مقیم اتحادیه نباشد کشورهای عضو مجاز خواهند بود مطابق ماده ۴ عهدنامه، به دادگاههای خود اجازه دهند صلاحیت را بپذیرند.<sup>۹۷</sup>

### نتیجه

مطالعه سیستمهای حقوقی ملی و عهدنامه ها و اسناد بین المللی که آزادی اراده را در تعیین قانون حاکم بر قرارداد (تعهدات قراردادی) پذیرفته اند حاکی است که آنها در این که بیان یا اعلام این اراده می تواند صریح باشد و به صورت بند (شرط)؛ انتخاب قانون در قرارداد درج گردد (انتخاب صریح)، یا ضمنی باشد به گونه ای که بتوان از شرایط قرارداد و اوضاع و احوال و بدون تردید بدان رسید (انتخاب ضمنی)، اتفاق نظر و وحدت و یکپارچگی شگرفی دارند. آنچه که جای

The court or courts of a Contracting State on which a trust instrument has conferred jurisdiction shall have exclusive jurisdiction in any proceedings brought against a settlor, trustee or beneficiary, if relations between these persons or their rights or obligations under the trust are involved.

Agreements or provisions of a trust instrument conferring jurisdiction shall have no legal force if they are contrary to the provisions of Articles 12 or 15, or if the courts whose jurisdiction they purport to exclude have exclusive jurisdiction by virtue of Article 16.

If an agreement conferring jurisdiction was concluded for the benefit of only one of the parties, that party shall retain the right to bring proceedings in any other court which has jurisdiction by virtue of this Convention.

96. D. Lasok and P. A. Stone, Conflict of Laws in the European Community, Professional Books Limited, 1987, PP. 267 - 8; Droz, Compétence Judiciaire, at paras 216 - 18.

97. Ibid.

اختلاف و تفرقه بین همین سیستمهای حقوقی است، چگونگی مشخص نمودن قانون حاکم در فقدان اراده یا فقدان انتخاب طرفین است. در این خصوص سیستمهای حقوقی یکی از دو راه را برگزیده اند، یا به طریق غیر قابل انعطافی خود مبادرت به تعیین قانون حاکم نموده اند مثلاً قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون کشور محل اقامت فروشنده را حاکم بر قرارداد قرار داده اند یا به طریق انعطاف پذیری بر عهده دادگاه گذاشته اند تا قانون کشوری که قرارداد با آن نزدیکترین ارتباط را دارد، یافته و بر قرارداد اعمال نماید. در حالت اخیر نیز سیستمهای حقوقی دو گونه عمل کرده اند، پاره ای از کشورها برای یافتن قانون نزدیکترین ارتباط اماره هایی را مشخص کرده اند مثل قانون اقامتگاه مجری شاخص یا اقامتگاه حمل کننده کالا یا اقامتگاه بیمه گر، که این روش خود به طور قابل ملاحظه ای از انعطاف پذیری اصل نزدیکترین ارتباط می کاهد و پاره ای دیگر دست دادگاهها را باز گذاشته اند تا بدون اماره از قبل تعیین شده قانون حاکم را بیابند.

به نظر می رسد به طور کلی کشورهای مختلف همان گونه که بر اساس سیاستهای خاص و بنا بر منافع و مصالح جامعه خود اصل آزادی یا استقلال اراده در تعیین قانون حاکم را در قالب قوانین ملی یا عضویت در عهدنامه های بین المللی پذیرفته اند بنا بر همین سیاستها نیز در جایی که اراده طرفین بیان نگردیده (چه صریح و چه ضمنی) تکلیف قانون حاکم را با پذیرش یکی از طرق بالا تعیین نموده اند.

به هر صورت برای کاهش عدم اطمینان و بی ثباتی در تعیین قانون حاکم که در صورت فقدان انتخاب ممکن است ایجاد شود، شایسته تر خواهد بود که طرفین قراردادها خود قانون حاکم را به صورت صریح انتخاب نمایند و در نظر هم داشته باشند که کشور محل اقامه دعوی می تواند اثر تعیین کننده بر قانون حاکم داشته باشد. امروزه پذیرش اختیار طرفین دعوی یا خواهان دعوی (در دعاوی خاص) در انتخاب محکمه صلاحیت دار به شکل یک اصل در حال جای گرفتن در سیستمهای حقوقی می باشد، لذا طرفین دعوی باید توجه داشته باشند که ضمن

این که ممکن است اقامه دعوی در دادگاههای کشوری خاص منافع و مزایایی برای آنها داشته باشد، از طرف دیگر ممکن است قانون حاکم منتخب آنها را بی اثر نماید و یا خود تعیین کننده قانون حاکم باشد. حتی در صورت وجود اختیار انتخاب دادگاه، طرفین یا خواهان باید واقف باشند که با انتخاب دادگاهی خاص هنوز نمی توانند مطمئن باشند که قانون مورد نظر آنها به دعویشان راه یافته است زیرا ممکن است دادگاه مزبور در مورد آن دعوی قبول صلاحیت ننماید.

## ثمن شناور

دکتر مهرباب داراب پور

### مقدمه

با گسترش زمینه‌های اقتصادی، چه در عرصه‌های بین‌الملل و چه در نظام‌های داخلی، لزوم دستیابی به قواعد و اصولی که موجبات ثبات، تسهیل و تسریع مبادلات تجاری را فراهم نماید، بیش از گذشته احساس می‌گردد.

در عصر حاضر قانونگذار ملی، باید به این امر توجه خاص نماید که مسائلی همچون توسعه اقتصادی، افزایش تولید ملی، تشویق به سرمایه‌گذاری، جلب سرمایه‌گذاران به امور تولیدی، ایجاد فرصت‌های شغلی، پیشرفت تکنولوژی و تولید با کیفیت بهتر و کمیت بالاتر و ... مسائلی نمی‌باشند که بتوان با توسل به اصولی که جوایبگوی نیازمندیهای حال حاضر نیستند، بدانها جامه عمل پوشاند.

یکی از اصولی که امروزه در جهت رسیدن به آمال فوق باید مورد تجدید نظر قرار گیرد «لزوم معلوم و معین بودن عوض (ثمن) در قراردادها» است، هرچند در حقوق قدیم، معلوم و معین بودن ثمن همچون ستاره‌ای بر تارک آسمان حقوق می‌درخشید و ظاهراً با توجه به اوضاع و احوال آن زمان، این امر مانع از ورود غرر بر خریدار یا فروشنده می‌گردید، لیکن آن روزگار سپری شده و جهان پا به عرصه جدیدی گذاشته و دیگر از سرمایه‌های کوچک کاری ساخته نیست و تنها با اجتماع سرمایه‌ها می‌توان وارد چنین عرصه‌ای شد؛ امروزه بخش اعظم چنین سرمایه‌ها، از طریق پیش‌فروش کالاهایی که قبلاً ثمن قطعی آنها معلوم و معین نیست، جلب امور صنعتی و تولیدی می‌گردند. لذا به تدریج اصل معلوم و

معین بودن ثمن در قراردادهای جایگاه و قداست قبلی خود را از دست داده و حداقل در برخی موارد، به صورت امری مغایر با منافع اقتصادی و اجتماعی درآمده است. با این وجود، هنوز برخی از قوانین، دست از سنت دیرینه خود برنداشته و اهمیت چندانی به عنصر «اطمینان» از وجود و حدود مشتریان در قراردادهای و کلاً پیشرفت اقتصادی نمی دهند؛ تردیدی نیست که معلوم و معین بودن ثمن باید عنصر اساسی در قراردادهای با عین معین که تعیین ثمن آنها با مشکل مواجه نیست، محسوب شود. اما این که در همه موارد، این قاعده حاکم بر قرارداد باشد، بنا به دلایلی که در نهایت به آنها اشاره خواهد شد، مطلوب نمی باشد.

در این مقاله سعی خواهد شد تا خواننده را با شیوه‌ای که امروزه در بسیاری از نظامهای داخلی پذیرفته شده و اینک در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا، تدوین گردیده است، آشنا نماییم. شیوه مزبور که ما آن را انعقاد قرارداد با «ثمن شناور» (Open Price) می نامیم، عبارت است از: عوض معامله معوضی که مقدار آن در زمان انعقاد قرارداد مشخص نبوده و میزان آن در آینده معلوم و معین می گردد.

البته، با توجه به بحث غرر در معاملات، و ضرورت معلوم و معین بودن معامله نویسندگان حقوقی ایران اجازه بحث حول ثمن شناور و نحوه حل مشکلات و مسائل مربوط به آن را به خود نداده‌اند. تجار برای حل مسائل خویش منتظر حقوقدانان محافظه کار ننشسته، بلکه خود در صدد تلاش برای رفع مشکلات برآمده و واقعی به حکم بطلان معاملات توسط قانونگذاران نگذاشته‌اند، اما این امر مشکل آنها را در رابطه با محاکم از بین نخواهد برد. پس باید چاره‌ای اندیشید که تجار و شرکتهای تجاری به طور کلی متعاملین در ورطه سردرگمی اقتصادی رها نشوند.

امید است که با عنایت به مطالب این مقاله، نگرش جدیدی در مورد معلوم و معین بودن ثمن در معاملات معوض مشمول قانون ما پدید آمده و آن را به نحو مطلوب و صحیحی، دگرگون و متحول سازد.

## مبحث اول

### انواع ثمن شناور و علل پذیرش آن

قبل از هرگونه بحثی حول ثمن شناور، لازم است بر این نکات تأکید شود که منظور نویسنده از ثمن عوضی است که در قراردادها معمولاً به صورت پول به فروشنده تقدیم می‌گردد. ' پس واژه ثمن، که غالباً در مورد بیع به کار برده می‌شود، اعم از عوض در بیع یا هر قرارداد دیگری می‌باشد؛ امید که این مسامحه مورد اغماض قرار گیرد. منظور از ثمن شناور نیز آن گونه عوضی است که در زمان انعقاد قرارداد مقدار یا نوع و یا سایر مشخصات آن معلوم و معین نیست؛ اعم از این که ابهام یا تردید ناشی از مسکوت‌گذاشتن ثمن معامله به طور کلی باشد یا شیوه‌ای برای تعیین ثمن وضع شده یا شاخصی منظور گردیده یا شخص ثالثی مأمور به تعیین آن در آتیه باشد. برای روشن شدن موارد فوق بدو بررسی حالات مختلف ثمن شناور ضروری می‌نماید.

#### ۱. حالات مختلف وجود ثمن شناور

در فرهنگ حقوق تجارت و تجار بین‌المللی، واژه‌های «وجدان»، «انصاف»، «عدالت» و «رعایت حال طرف دیگر معامله» جایگاه رفیعی ندارند، و رعایت چنین ملاحظاتی آن هم به دلیل برخی ضرورتها، از موارد کاملاً استثنایی می‌باشد. چون تجار اصولاً برای کسب سود بیشتر تلاش می‌نمایند، نه برای دلسوزی و شفقت بر حال دیگران.

ثمن معمولاً در معاملات منعقد شده در سطح بین‌المللی نوعی پول رایج یک کشور است که در غالب موارد، تجار پس از مذاکرات فراوان و بحث حول مبیع و

۱. صرف نظر از این که در برخی سیستم‌های حقوقی ثمن به صورت کالایی ظهور می‌نماید، ثمن معمولاً به شیوه پولی محاسبه می‌گردد. لذا در معاملات داخلی دیگر ضرورتی برای ذکر جنس و وصف آن وجود ندارد و بیان مقدار کفایت می‌کند (رک. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، جلد ۳، ص ۲۵۲). اما در معاملات بین‌المللی نوع پول پرداختی واجد اهمیت خاصی است که به موقع بدان پرداخته خواهد شد.

ثمن معامله، مقدار و نوع آن را مشخص می نمایند و عقد با توجه به قصد انشای طرفین که از دیدگاه نوعی و برون ذاتی بر آورد می شود، منعقد می گردد.

هدف از عقد بیع انتقال مالکیت مبیع است به خریدار و مالکیت ثمن به فروشنده. چنان که خواهیم دید در حقوق انگلیس و فقه شیعه ثمن هم می تواند پول باشد و هم شیئی یا خدمات دیگری. هرچند در حقوق انگلیس گفته شده که عقد بیع قراردادی است که فروشنده مالکیت کالا را به خریدار منتقل نموده یا تعهد بر انتقال آن را به وی به ازاء یک عوض پولی می نماید،<sup>۱</sup> ولی رویه قضایی آن کشور معاملاتی را که با عنوان بیع با مبادله دو کالا صورت می پذیرد نیز دو بیع متقابل محسوب نموده اند به طوری که در عمل بیع کالا به کالا را ممکن می نماید.

از نظر فقه جعفری تمایز بین ثمن و مبیع، تمایزی حقیقی و ماهوی نبوده، بلکه تفاوتی اعتباری است.<sup>۲</sup> به هر حال، برخلاف مبیع هر حق یا منفعتی می تواند ثمن واقع شود.<sup>۳</sup> بدیهی است که خریدار می تواند ثمن قرارداد را به صورت خدمات یا مشاوره ارائه دهد. ملاحظه می شود که در این سیستم فقهی تفاوت ثمن و مبیع برحسب انشای عقد بیع و اعتباری است نه حقیقی و از نظر ماهوی تفاوتی بین این دو نمی باشد. در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا ثمن می تواند، مانند حقوق ایران و فقه شیعه، وجه نقد باشد یا کالایی دیگر. به هر حال چنانچه ثمن کلاً یا جزئاً کالا باشد هریک از طرفین، فروشنده کالاهایی است که انتقال می دهد.<sup>۴</sup>

سیستم حقوقی برخی از کشورها و فقه اهل سنت، تفاوتی حقیقی و ماهوی بین مبیع و ثمن قائل شده و ثمن را همواره وجه نقد تلقی کرده اند. ضابطه تعیین

۲. بند یک ماده ۲ قانون انگلیس در مورد بیع کالا، مصوب ۱۹۷۹.

۳. شهید اول، شرح لمعه، جلد چهارم، ص ۲۲۱؛ انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۷۹، امام خمینی (ره)، کتاب البیع، جلد ۱، ص ۱۳.

۴. رک. امامی سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۴۲۴؛ جعفری لنگرودی، محمد، بیع، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه ملی، شماره ۲، ص ۵۵.

۵. بند یک و دو ماده ۳۰۴ - ۲ قانون مذکور را ملاحظه فرمایید.



ثمن در این سیستم‌ها، ضابطه‌ای عینی، خارجی و محسوس است. ثمن و مبیع در دو معنای متفاوت به کار برده شده‌اند و ثمن همیشه پول رایج می‌باشد. با این توصیف عنصر اصلی و تعیین کننده قرارداد پس از مبیع که ثمن است در معاملات تابع سیستم‌های حقوقی معلوم و معین می‌شود.

گاهی نیز طرفین در تعیین چنین ثمنی به توافق نمی‌رسند و ثمن در زمان انعقاد قرارداد به طور غیر مشخص باقی می‌ماند. در این حالت است که بحث از ثمن شناور مطرح می‌گردد.

همان‌گونه که در مقدمه هم عنوان گردید، منظور از «ثمن شناور» یا «ثمن نامعین» و یا «ثمن باز و مفتوح» ثمنی است که توسط متعاقدین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین نشده یا به عللی قابل تعیین نبوده و متعاملین تعیین قطعی آن را به آینده موکول نموده‌اند. به عنوان مثال در حالتی این امکان وجود دارد که طرفین معامله، ثمن قرارداد را به طور کلی مسکوت گذارده و رفع ابهام از آن را به آینده موکول نمایند. در عین حال ممکن است یکی از طرفین در مورد حدود ثمن معامله از طرف دیگر قرارداد آگاهی بیشتری داشته باشد و این اطلاع، یا از داشتن آگاهی جنبی بیشتر بوده و یا ناشی از این است که یک طرف فاکتورهای تعیین ثمن را بهتر از طرف دیگر می‌داند. به هر حال نمی‌توان موارد معلوم و معین نبودن ثمن در قراردادها را احصا نمود، زیرا مصادیق بی‌شماری را ممکن است برای آن مطرح ساخت. مثلاً هنگامی که کشتی‌های تجاری در دریا خراب می‌شوند و برای تعمیر آنها به قطعات یدکی نیاز می‌افتد و چه بسا دیر رسیدن آن قطعات موجب فساد محموله یا ورود صدمه به کشتی گردد، در چنین اوضاع و احوالی، کاپیتان کشتی ترجیح می‌دهد که قطعات یدکی را به هر ثمنی خریداری نماید و اصولاً بحث ثمن برای وی مطرح نیست، بلکه خرید قطعات و راه‌اندازی مجدد کشتی است که در درجه اول اهمیت قرار دارد، و گاهی نیز اتفاق می‌افتد که متعاملین خود را به علت

۶. الکاسانی الحنفی، الامام علاء الدین ابی بکر بن مسعود، بدایع الصنائع، جلد ۵، چاپ اول، ۱۳۲۸ هـ. ق. ص ۲۳۳؛ امام فخرالدین حسین بن منصور الاوزجندی الفرغانی الحنفی، الفتاوی الهندیه، جلد ۳، ص ۱۳؛ کمال الدین محمد بن عبد الوهاب، شرح الغدیر، ج ۵، ص ۸۳.

وجود فاکتورهای خاصی، از ذکر ثمن مستغنی می بینند، و گاهی نیز امکان تعیین ثمن وجود ندارد. همچون مواردی که خریدار سفارش خرید کالایی را می دهد که قرار است برای اولین بار تولید گردد، یا اصولاً قیمت تمام شده مواد اولیه و دستمزد کارگران و دست اندرکاران ساخت و مخارج جنبی آن مشخص نیست، تا بتوان ثمنی را برای معامله در نظر گرفت، به این دلیل که قیمت کالای تولید شده در آینده مشخص می شود و با افزودن درصدی سود به هزینه ها، ثمن نهایی معامله مورد نظر تعیین می گردد.

گاهی نیز متعاملین در خصوص تعیین ثمن، که در زمان وقوع عقد قطعی و نهایی نیست، به یک توافق ابتدایی دست می یابند، که صور مختلفی به شرح ذیل برای آن قابل تصور است:

### حالت اول

گاهی تعیین ثمن برعهده یکی از طرفین یا اشخاص یا ارگان ثالثی گذارده می شود تا پس از تحقیق و تفحص، نسبت به مشخص نمودن آن اقدام نماید. اتفاق می افتد که احد از متعاملین مقدار ثمن را مشخص می نماید، همان طوری که در مورد مناقصه یا مزایده صورت می گیرد، که در آن خریداران بالاترین قیمت خرید را اعلام می نمایند، یا فروشندگان با کمترین قیمت پیشنهادی، مبیع را خریداری می کنند.<sup>۷</sup> در اینجا متعلق ایجاب خریدار یا فروشنده حسب مورد، ثمن نامعلومی است که نسبت به یکی از متعاملین مجهول است و بعداً مشخص خواهد شد.

### حالت دوم

زمانی متعاملین ضابطه دیگری را برای تعیین ثمن قرار می دهند که این ضابطه ممکن است خود به خود منجر به مشخص شدن ثمن گردد. مثلاً در مواقعی

۷. البته در مزایده ها و مناقصه ها در صورتی ثمن شناور صدق پیدا می کند که با پست کردن نامه یا تحویل آن قرارداد را منعقد شده بدانیم والا اگر زمان انعقاد قرارداد در هنگام پذیرش بالاترین یا کمترین قیمت پیشنهادی باشد، اصولاً بحث ثمن شناور مطرح نمی شود.

که تعیین ثمن براساس وزن، لیتر یا سایر اوزان صورت می‌پذیرد و یا مقدار مبیع خریداری یا فروخته شده قبل از اندازه‌گیری و وزن مبیع مشخص نیست. مثلاً موقعی که خریداری، همه تولیدات آلومینیوم یک کارخانه را از قرار کیلویی ۵۰۰ تومان می‌خرد در اینجا متعلق انشای متعاملین ثمن خاصی نمی‌باشد، اما ثمن با یک سلسله عملیات ریاضی ساده یا پیچیده مشخص می‌شود.

### حالت سوم

در برخی موارد اتفاق می‌افتد که مبنای تعیین ثمن معیار متغیری است، به عبارت دیگر ضابطه تعیین ثمن به معیارهای تغییر پذیر محول شده است. و اصولاً اعمال این نوع ضابطه‌ها در قراردادهای دراز مدت و قراردادهایی که مواد اولیه تولید آنها قیمت‌های متغیری در در زمان‌های مختلف دارند یا دستمزد و حقوق کارگران براساس معیاری افزایش می‌یابد، مطرح می‌شوند و قابل احصا هم نمی‌باشند. در این گونه موارد ثمن مورد نظر طرفین براساس شاخصهای ارگانهای خصوصی یا دولتی، قیمت روز قرارداد، یا زمان ساخت یا تحویل مبیع و با احتساب و لحاظ ثمن مورد توافق ابتدایی محاسبه و تعیین می‌گردد.

این گونه ثمن‌ها غالباً در مواردی مطرح می‌شود که فروشنده تعهد می‌نماید قطعات یدکی مورد نیاز را برای مدت طولانی، مثلاً ۱۵ سال، تدارک ببیند. در این گونه موارد اصلاً ممکن نیست قیمت ده یا پانزده سال بعد را از هم اکنون تعیین نمود. از طرف دیگر نمی‌توان ثمن را به توافق بعدی طرفین واگذار کرد، چون معمولاً تولید کننده قطعات یدکی یک کارخانه خاصی است و موکول نمودن تعیین ثمن قرارداد برای خرید قطعات یدکی به توافق طرفین، یعنی اجبار خریدار به پرداخت هر مبلغی که فروشنده پیشنهاد می‌کند به هیچ وجه مطلوب نیست. چنین شیوه‌ای را هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد. از یک طرف اگر انعقاد قرارداد برای خرید قطعات یدکی را به آینده موکول نماییم نمی‌توان از انعقاد آن اطمینان داشت چون تعهدی برای چنین امری وجود ندارد؛ از طرف دیگر خریدار مجبور خواهد شد که

قطعات یدکی را به هر قیمت گزافی بخرد یا در صورت عدم امکان همه سرمایه خود را به علت عدم دسترسی به آن قطعات از دست بدهد. به عنوان نمونه فرمولی که در قراردادهای اشخاص ایرانی با شرکتهای خصوصی ژاپنی به کار رفته می تواند ما را به تجسس مطالب فوق یاری دهد. این فرمول به شرح ذیل است:

متوسط شاخص درآمدهای ۶ ماه قبل از سفارش جدید  

$$\frac{\text{متوسط شاخص درآمدهای ۶ ماه قبل از سفارش جدید}}{\text{متوسط شاخص درآمد (بانک مرکزی) در زمان انعقاد قرارداد}} \times ۳۰\% + ۴۰\%$$
 ثمن قراردادی فعلی = ثمن شناور

متوسط شاخص قیمت کلی و فروش کالاها منتشرشده ۶ ماه قبل از سفارش جدید  

$$\frac{\text{متوسط شاخص قیمت کلی و فروش کالاها منتشرشده ۶ ماه قبل از سفارش جدید}}{\text{متوسط شاخص قیمت کلی فروش کالاها (توسط بانک مرکزی) در زمان انعقاد قرارداد}} \times ۳۰\% +$$

البته در قرارداد شاخص قیمتها برای زمان خاصی منظور شده و شاخص بانک یک کشور خاصی هم در نظر گرفته می شود. این گونه فرمولها، به طرفین اجازه می دهد تا بدون نگرانی از قبل ثمن نامعین فعلی و معین آتی (ثمن شناور) توافق نمایند و خود را از نگرانی برهانند.

### حالت چهارم

در برخی موارد طرفین عقد از این توافق های اولیه فراتر می روند و ثمن پایه قرارداد را به طور معلوم و معین، مشخص و در مورد آن توافق می نمایند با این شرط که ثمن قابلیت نوسان یعنی تعدیل و تغییر داشته باشد. لذا هنگامی که شرایط حاصل شود و حوادث مورد نظر متعاملین تحقق یابد ثمن پایه تغییر می کند و جای خود را به ثمن ثانوی می دهد.

گاهی هم چند ثمن به طور مردد مطرح می شوند و فروشنده عنوان می نماید که اگر دستمزد کارگران یا قیمت مواد اولیه تا سقف الف بود مقدار ثمن ۱۰۰ واحد پول باشد و چنانچه دستمزد آنها یا قیمت آن مواد تا حدود ب یا ج بود به ترتیب ۹۰ یا ۱۱۰ واحد پول گردد. لذا در این حالت ضابطه تعیین ثمن براساس مبنای متغیر اما مردد بنا گردیده و در زمان انشای عقد معین نیست.

## ۲. علل پذیرش ثمن شناور در سیستم های مختلف حقوقی جهان و منافع و مضار آن

شاید در بدو امر بی مورد نباشد که علت پذیرش یا عدم پذیرش ثمن شناور در سیستم های حقوقی را اجمالاً بررسی نماییم.

در برخی از سیستم های حقوقی معلوم و معین بودن مورد معامله، از جمله ثمن، از شروط صحت عقد قرار داده شده است. یعنی عقد بدون معلوم و معین بودن ثمن در موقع انشای قرارداد محقق نمی شود. علت این امر هم ظاهراً این بوده که این گونه معاملات منجر به غرر می شوند و معامله غرری هم در آن نظامها باطل است.<sup>۸</sup>

شاید این قاعده در معامله بین افراد عادی که به شغل تجارت اشتغال ندارند پسندیده و مستحسن باشد؛ چون باید مورد معامله مشخص بوده و ثمن آن معلوم و معین باشد والا در یک معامله امکان دارد معلوم و معین نبودن ثمن موجب ورود ضررهای فراوان به احد از متعاملین شود که جبران آن به سهولت ممکن نباشد.

آنچه در بالا گفته شد، با توجه به اقتضای سرعت در معاملات تجاری و عدم توجه غرر به تجار به خاطر اطلاع از فاکتورهای تعیین ثمن یا قیمت رایج و غیره صادق نمی باشد؛ چون پاره ای از اوقات طرفین قرارداد ترجیح می دهند که اصولاً بحث ثمن را مسکوت بگذارند، زیرا واقعاً قیمت موضوع معامله را نمی دانند، مثلاً در حالتی که یکی از طرفین معامله فروشنده یک تابلوی نفیس نقاشی است و دیگری خریدار آن، طبیعی است که خریدار تلاش می کند تا آن را به هر قیمتی مناسبی بخرد و فروشنده هم سعی می کند آن را به هر قیمت مقبولی بفروشد. اما هیچ کدام قیمت را تا انجام مراحل کارشناسی و حضور کارشناس که ممکن است ماهها طول بکشد نمی دانند، در این صورت چه اشکال دارد که طرفین ثمن را در زمان انعقاد بیع مشخص نمایند و آن را به داوری شخص ثالثی واگذار نمایند.

خریداران و فروشندگان محتاط حاضر نیستند که خطر افزایش یا کاهش

۸. بحث غرر را به صورت مفصل در مبحث حقوق ایران با بررسی نظرات فقها پی گیری خواهیم نمود.

قیمت کالا در اثنای زمان انعقاد قرارداد و تحویل آن را متحمل شوند. خریداری که کالای مورد نظر خود را از قبل خریداری می کند در معرض کاهش قیمت کالا می باشد. این گونه موارد ممکن است در مواقعی رخ دهد که کالای صنعتی یا الکترونیکی جدیدی به بازار بیاید و ارزش کالای قدیمی را تقلیل دهد یا به صفر برساند. همچنین فروشنده ای که کالای خویش را به ثمن زمان انعقاد قرارداد می فروشد امکان دارد با افزایش قیمت مواد اولیه کالا مواجه شود و با ثمن دریافتی قادر نباشد حتی بخشی از کالای فروخته شده را تولید یا مواد اولیه آن را خریداری نماید. چنین خریداران یا فروشندگان دور اندیشی، ثمن شناور را بر ثمن معلوم و معین ترجیح می دهند.<sup>۹</sup>

گاهی نیز ضرورتها ایجاب می نماید تا مبیعی که ثمن آن با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه چندان مورد توجه مشتری نیست خریداری شود مثلاً موقعی که مردم منطقه ای احتیاج به برنج دارند و برنج از منطقه یا کشور دیگری وارد می شود و نوسان قیمتها بین دو تا پنج درصد است. تاجری که حداقل ۲۰٪ سود می برد نگران نوسان بین ۲ تا ۵٪ ثمن نمی باشد. برخی مواقع بعضی کالاها، قیمت استاندارد دولتی دارند و در هر برهه ای از زمان برای جامعه مشخص است، لذا طرفین خود را بی نیاز از ذکر ثمن در معامله می دانند، ولو این که در موقع انعقاد قرارداد برای متعاملین مقدار ثمن مشخص نباشد. در اینجا هم با توجه به عرف موجود تجاری و قیمت مشخص برای کالا، هرچند که ثمن در لحظه انعقاد قرارداد معین نباشد، احدی از طرفین مغرور نمی شود و سرمایه ای از بین نمی رود، و سود ناروایی حاصل نمی گردد، پس چرا معلوم و معین نبودن ثمن در موقع انشای عقد را موجب بطلان بدانیم و تجار را از وجود قراردادهایی که روند عادی خود را در جامعه طی می کنند محروم کنیم؟ و توافرها را در قالبهای خشک و منجمدی محصور نموده و راه پیشرفتهای اقتصادی را محدود نماییم؟

9. See also, James J. White and Robert S. Summers "Hand Book of the Law Under the Uniform Commercial Code, 1980, page 115.

در قدیم الایام عمده معاملات را خرید و فروش محصولات کشاورزی یا لبنی یا حداکثر گوسفند و اسب و استر تشکیل می دادند و بحث از ثمن شناور امری زاید و غیر طبیعی جلوه می نمود. موضوع تولیداتی که سرمایه کلان لازم داشته باشد مطرح نبود و برای تولید مواد مورد نیاز آنها هم نیازی به تراکم سرمایه احساس نمی شد. فروشندگان نیز این نیاز را احساس نمی کردند که حتماً برای تولیدات خود خریداران قطعی داشته باشند. اما امروزه تولید کنندگان که فروشندگان ماشین آلات صنعتی هستند، قبل از تأسیس کارخانه، برآوردهای لازم اقتصادی را می نمایند و با انعقاد قرارداد با مشتریان از وجود خریداران در آینده مطمئن می شوند. آنها حتی تلاش می نمایند که از تعداد مشتریان نیز آگاهی پیدا نموده و قراردادهای لازم را به همان میزان و نسبت، قبل از شروع کار منعقد نمایند تا محصول خود را بیشتر از تعداد و یا مقدار مورد نیاز تولید نمایند. در غیر این صورت آنها قادر به فروش محصولات خویش نبوده و در نتیجه تولید مازاد متضرر می گردند.

دولتها نیز مانند فروشندگان خصوصی برای مصون ماندن از تحریم های اقتصادی، سیاسی و سایر پیشامدهای غیر مترقبه، قرارداد بیع کالاهای خود، مثلاً نفت را، از قبل منعقد می نمایند و ثمن آن را مفتوح می گذارند تا با توجه به قیمت روز سقف آن معین شود. آنها قسمتی از ثمن کالا را از قبل وصول می نمایند، زیرا وصول این قسمت از ثمن از نقض قرارداد توسط مشتری جلوگیری می کند و در صورت تحریم اقتصادی، شرکتها و ارگانهای دولتی کشورها و به طور کلی خود دولتها غالباً مایل نیستند به خاطر تحمل خساراتی که خواهند نمود از پیش پرداخت صرف نظر کرده و قرارداد را نقض نمایند. پس دولتهای مربوطه مطمئن خواهند بود که در آینده خریداران خود را از دست نخواهند داد و با اطمینان بیشتری می توانند اقتصاد کلان و خرد خویش را برنامه ریزی نمایند. لذا حمل بر صحت قرارداد در هنگامی که ثمن شناور است به انعقاد این گونه قراردادهای خرید و فروش کمک شایانی می نماید.

گردش پول و سرمایه نیز نشانه ثبات اقتصادی یک کشور است و هنگامی که همه چیز را کد باشد رشد اقتصادی هم به خطر می افتد. به هر حال، باید به نحوی از انحا سطح معاملات را افزایش داد. یکی از شیوه هایی که موجب ارتقای سطح معاملات می شود امکان درج ثمن شناور در آنها است و این امر می تواند موجب گسترش معاملات گردد.

به رسمیت شناختن قراردادهای با ثمن شناور و عدم بطلان آنها باعث صحت گذاشتن بر بسیاری از معاملات تجاری خواهد گردید، و گردش پول و سرمایه که حکم گردش خون در بدن را دارد را سرعت می بخشد. مضافاً این که قراردادهای با ثمن شناور می تواند به هر دو طرف قرارداد سود برساند. فرض کنید کارخانه ایران خودرو قصد تولید ماشین خاصی را دارد و در صدد است تا ماشین هایی را که در آینده تولید می شود به قیمت ۱۰٪ زیر قیمت بازار به افرادی که آنها را پیش خرید می کنند بفروشد. در این حالت کارخانه با اخذ مقداری از ثمن به تولید می پردازد و ضمن تولید کار و توسعه اقتصادی کشور و افزایش فرصتهای شغلی همگام با پیشرفت علمی به تولید برتر و بهتری رسیده و سودی را کسب می نماید. خریدار هم ضمن احتساب سود پول خویش، ماشین تولید شده را به ۱۰٪ زیر قیمت بازار می خرد و از این بابت بهره مند می گردد.

هنگامی که ثمن از قبل مشخص و معین نباشد، محدودیت برای تولید کننده در به کارگیری وسایل پیشرفته روز و تولید کالا مطابق با سلیقه مشتریان یا تکنولوژی پیشرفته نیز وجود نخواهد داشت. چون تولید کننده ای که کالا را می فروشد مجبور نخواهد شد با صرفه جویی خود را با قیمت قراردادی هماهنگ سازد. او با به کارگیری بهترین مواد، تولیدات خود را با کیفیت برتری ارائه می نماید و ثمن را هم به همان نسبت افزایش می دهد. نتیجتاً ملاحظه می شود که با درج ثمن شناور رکودی در پیشرفتهای علمی و تولیدات مطلوب تر به وجود نمی آید. در عین حال که تولیدات به قیمت عادلانه به فروش می رسد، و از ورود خسارت به خریدار و فروشنده جلوگیری به عمل می آید و کالای زایدی هم تولید نمی شود. و بالاخره



سرمایه گذاری ناشی از انعقاد قراردادهای با ثمن شناور، تولیدات را افزایش داده و به توسعه تولید ملی کمک می نماید.

صرف نظر از قوائد کثیری که برای ثمن شناور احصاء گردید، باید اذعان کرد که طبیعی است گل بی خار نباشد، گنج بی مار و ثمن شناور بی ضرار، لذا مواردی که در مورد منافع ثمن شناور گفته شد غالباً در مورد بیع های داخلی صادق است ولی تا آنجایی که به بیع های بین المللی مرتبط می شود موضوع را باید با احتیاط بیشتری مورد ملاحظه قرار داد. چرا که در برخی مواقع، اعم از بیع های داخلی یا خارجی، ممکن است قید ثمن شناور در قرارداد موجب بروز اختلافات و عدم اجرای قرارداد گردد و عوارض تبعی دیگری داشته باشد. اما این گونه تبعات در مقابل فوایدی که برای ثمن شناور ذکر شد قابل اغماض است.

گاهی نیز در تعیین ثمن مشکلاتی حادث می شود. در مورد این مشکلات و این که چه ثمنی بالاخره باید حاکم باشد بعداً بحث خواهیم نمود. این موضوع را تحت عنوان نحوه تعیین ثمن در هنگامی که به طور شناور مورد توافق قرار گرفته باشد، در پایان مبحث دوم خواهیم آورد.

## مبحث دوم

### بررسی سیستمهای فاقد ثمن شناور و یا واجد آن

در این مبحث سیستم های واجد و فاقد ثمن شناور را به طور اجمالی مورد بررسی قرار می دهیم. در سیستم های حقوقی کنونی جهان کمتر می توان به نظامی برخورد نمود که، به هر درجه ای، ثمن شناور را پذیرفته باشد. سیستم های حقوقی کمابیش اصل معلوم و معین بودن ثمن را پذیرفته اند اما نسبت به آن تعدیل هایی نیز معمول داشته اند. برخی از سیستم ها نیز به طور کلی از اصل معلوم و معین بودن ثمن عدول کرده و اهمیت چندانی برای آن قائل نشده اند. تعداد زیادی از این سیستم ها ذیلاً مورد بررسی قرار گرفته است.

## ۱. سیستم‌های حقوقی فاقد ثمن شناور

برخی از قوانین خارجی لازم می‌دانند که موضوعات معامله (عوض و معوض) کاملاً معلوم و معین باشند. با این وضع چنانچه ثمن معلوم و معین نباشد وجود قراردادی متصور نیست. بارزترین نمونه این قوانین، حقوق داخلی فرانسه و سیستم‌های متأثر از آن است. در این قسمت صرفاً به بررسی اجمالی ثمن شناور در حقوق داخلی فرانسه پرداخته و حقوق ایران را در مبحثی جداگانه طرح خواهیم کرد. در حقوق فرانسه<sup>۱۰</sup> توافق در مورد قیمت و ثمن برای اعتبار قرارداد فروش ضروری است.<sup>۱۱</sup> به موجب ماده ۱۵۹۱ قانون مدنی فرانسه: «ثمن قرارداد باید به وسیله طرفین معلوم و معین گردد» علاوه بر این براساس ماده ۱۱۵۸ آن قانون تعهد طرفهای قرارداد، مثلاً ثمن، که موضوع توافق آنها را تشکیل می‌دهد باید مشخص باشد. ممکن است تعیین ثمن را به حکمیت و داوری شخص ثالث واگذار نمود. چنانچه شخص ثالث مایل به انجام چنین امری نباشد یا اصولاً نتواند چنین اقدامی را انجام دهد معامله ای وجود نخواهد داشت. البته به نظر می‌رسد که این امر در معاملات خارجی که اتباع فرانسه درگیر آن باشند صادق نیست. چون فرانسه به کنوانسیون بین المللی بیع کالا ۱۹۸۰ پیوسته و هرچه راجع به ثمن شناور در کنوانسیون مطرح می‌نماییم بالطبع در مورد معاملات فوق نیز صادق است و از جمود قوانین داخلی می‌کاهد. بدیهی است که آن روش داخلی انعطاف‌ناپذیر که به متعاهدین اجازه نمی‌دهد ثمن را در آینده معلوم و معین نمایند و اختیار و آزادی این امر را از آنها می‌گیرد توسط بسیاری از سیستمهای حقوقی و کنوانسیونهای بین المللی مردود شمرده شده است.

۱۰. برای توضیح بیشتر در حقوق فرانسه، علاوه بر ماده ۱۵۸۳، به منبع ذیل مراجعه شود:

La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé) sou la direction de Denis TALLON - Institut de droit comparé de l'universite de paris II- Ouvrage publié avec le concours du centre national de la recherche scientifique - 1989 - Edition A. pedone.

۱۱. در این که آیا معین بودن مورد معامله (ثمن) مختص بیع بوده یا به معاملات دیگر نیز تسری دارد اختلاف است. اکثر نویسندگان آن را مصداقی از اصل عمومی مذکور در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه می‌دانند.

## ۲. سیستم های حقوقی واجد ثمن شناور

در بسیاری از سیستم های حقوقی به ویژه آنهایی که متأثر از حقوق کامن لو می باشند ثمن شناور با درجات مختلف پذیرفته شده است، در این میان به قانون چند کشور نظری اجمالی خواهیم نمود.

### الف - بررسی ثمن شناور در قانون متحدالشکل تجاری امریکا (UCC)

عقد بیع در قانون متحدالشکل تجاری امریکا نیز عبارت است از انتقال مالکیت کالا از فروشنده به خریدار در ازاء پرداخت ثمن.<sup>۱۱</sup> ثمن می تواند به صورت وجه نقد یا به طریق دیگری پرداخت شود. چنانچه ثمن کلاً یا جزئاً کالا باشد هر یک از طرفین فروشنده کالاهایی است که انتقال می دهد.<sup>۱۲</sup> به عبارت دیگر ثمن اعم است از وجه نقد یا کالای دیگری. ثمن مذکور باید به هر حال چه در زمان انعقاد قرارداد، چه مواقعی که تعیین آن به توافق بعدی طرفین یا شخص ثالث واگذار شده با حسن نیت تعیین گردد.<sup>۱۳</sup> چنانچه به علت تخلف احد از متعاملین، امکان تعیین ثمن نباشد، طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ شده تلقی نماید یا شخصاً به تعیین ثمن متعارف مبادرت نماید.<sup>۱۴</sup> از ماده ۳۰۵ - ۲ چنین بر می آید که تعیین ثمن، با صراحتی بیش از آنچه در حقوق انگلیس آمده، می تواند به توافق بعدی متعاقدين موکول شود. چنانچه قراردادی منعقد شده و مبنای متعارف ضمانت اجرایی هم برای آن منظور گردیده باشد، حتی چنانچه برخی از شروط قرارداد نظیر مقدار ثمن مبهم باشند، در صحت آن نباید تردید نمود.<sup>۱۵</sup>

این امر به صراحت در بند یک ماده ۳۰۵ - ۲ به این عبارت آمده است:

۱۲. رک. ماده ۱۰۶ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا مشهور به UCC.

۱۳. بند یک ماده ۳۰۴ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۴. بند دو ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۵. بند ۳ ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۶. رک. بند ۳ ماده ۲۰۴ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

«طرفین می توانند حتی در مواردی که ثمن قرارداد مسلم نگردیده اقدام به انعقاد قرارداد نمایند». این بند از ماده مذکور مثل بسیاری مواد دیگر قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا، حقایق زندگی اقتصادی را مد نظر قرار داده و مقرراتی را برای تعیین ثمن در هنگامی که به طور شناور رها شده وضع می نماید. ماده مذکور خلأ جزئی و کلی را با ثمن معقول و متعارف پر می سازد، مگر در مواردی که طرفین قصد عدم التزام به قرارداد در صورت عدم تعیین ثمن یا توافق بر آن نموده باشند، که در این صورت هیچ گونه قراردادی وجود نخواهد داشت. چنانچه به هر حال، کالایی مصرف شده باشد و استرداد آن ممکن نباشد، پرداخت ارزش معقول و متعارف کالا در زمان تحویل بر عهده خریدار است.<sup>۱۷</sup>

پس قانون متحدالشکل تجاری فوق در موردی نیز که توافق برای فروش مبیع با ارزش کارشناسی تعیین شده و کارشناس (شخص ثالث) نمی تواند ارزیابی از کالا داشته باشد یا اصولاً موفق به انجام چنین امری نمی شود، معیار را ثمن متعارف زمان تحویل، قرار می دهد. این موضوع که در ماده ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل فوق آمده، برخلاف موردی است که در حقوق انگلیس مطرح می باشد و بجای بطلان قرارداد از آن روش استفاده می شود. بنابراین، اگر مکانیزم تعیین ثمن با مشکل مواجه شود، بهانه ای برای عدم اجرای قرارداد وجود ندارد. به عبارت دیگر این نظام حقوقی کوشش می نماید تا قرارداد را به وسیله آوردن یک شرط ضمنی دیگر معتبر نگاه دارد و از بطلان آن جلوگیری کند. به هر حال، دادگاه می تواند ثمن متعارفی که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال مورد نظر طرفین قرارداد بوده، را تعیین نماید. و به موجب همان ماده ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا ثمن در صورتی معقول و متعارف می باشد که در زمان تحویل معقول و متعارف محسوب شود. در این ماده هیچ ذکری از مکان تحویل نمی نماید و در تفسیر رسمی ضمیمه آن هم مطلبی بیان نشده است. البته امکان دارد دادگاه مکان تسلیم را از فراین و اوضاع و احوال تشخیص داده و آن را

۱۷. رک. بند ۴ ماده ۳۰۵ - ۲ قانون مذکور.

براساس مواد ۷۰۸-۲ و (۲) ۷۱۳-۷ تعیین نماید.

شیوه‌ای که قانون متحدالشکل امریکا در نظر گرفته به مراتب انعطاف پذیرتر از ماده (۲) ۹ قانون بیع انگلستان مصوب ۱۹۷۹ می‌باشد. زیرا قانون متحدالشکل فوق به طرف مغبون اجازه می‌دهد هنگامی که ثمن نامعلوم یا نامعین است و باید به طریقی غیر از توافق طرفین معلوم و معین شود، قرارداد را فسخ نموده یا خودش ثمن متعارفی را برای مبیع وضع کند. بنابراین همان طوری که آقای موری<sup>۱۸</sup> اشاره می‌نماید، قانون امریکا نسبت به قانون انگلیس توان بیشتری دارد تا به شخص مغبون، امکان بهره‌وری از منافع قرارداد منعقد را اعطا نماید.

### ب. بررسی ثمن شناور در قانون مدنی ایتالیا

در حقوق ایتالیا نیز ثمن شناور به رسمیت شناخته شده است. چنانچه ثمن تعیین نشده باشد، به وسایل مختلف تعیین می‌گردد مثلاً با عناصر مذکور در قرارداد یا خارج قرارداد، تخمین و ارزیابی قاضی یا مقامات دولتی یا ارزیابی شخص ثالث. به هر حال، براساس قانون مدنی ایتالیا اگر شخص ثالث تمایل نداشته یا قادر نباشد تا اقدام به تعیین ثمن نماید یا طرفین بر نصب شخص ثالث برای تعیین ثمن توافق ننمایند، به تقاضای طرفین شخص ثالث توسط دادگاه محلی که قرارداد در آن منعقد شده منصوب می‌شود.<sup>۱۹</sup> به هر حال، قانون ایتالیا به جای ارجاع به ثمن متعارف و معقول به ثمنی رجوع می‌دهد که به طور معمول توسط فروشنده تعیین شده مگر این که توسط مقامات دولتی، ثمن مذکور تثبیت شده باشد.

برخورد قانون مدنی ایتالیا، در صورتی که تعیین ثمن توسط شخص ثالث ممکن نباشد، مثل قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا (UCC) است، یعنی این که قرارداد، فسخ شده محسوب نمی‌گردد. اما در این امر که خریدار متعهد

18. Murry D. E. , "The open price, sale of Goods Contract in worldwide setting" Commercial law Journal, Nov. 1984, page 491 at 496.

۱۹. قسمت دوم ماده ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا.

به پرداخت ثمنی است که به طور کلی در قراردادهای مشابه توسط فروشنده مطالبه شده با قانون متحدالشکل مذکور متفاوت است. زیرا به موجب این قانون دیگر ثمن متعارف و معقول ملاک قرار داده نخواهد شد. اما در مواردی که مبیع، ثمن معاملاتی بازار داشته باشد، بند ۲ ماده ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا شبیه ماده (ج) (۱) ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل فوق می باشد. چون ثمن از قیمت یا نرخهای روز یا معیارهای قیمت مکانی را که در آن تحویل باید صورت بگیرد یا نرخهای موجود در نزدیک ترین بازار، گرفته خواهد شد.

### ج- بررسی ثمن شناور در قانون مدنی آلمان

در حقوق آلمان نیز روابط معاملاتی باید روشن و بدون ابهام باشد<sup>۲۰</sup> به هر حال طبق رویه قضایی چنانچه طرفین به قراردادی ملحق شوند معلوم نبودن معوض، خللی در ارکان معامله به وجود نمی آورد. در ماده ۳۱۶ قانون مدنی آلمان آمده: «هنگامی که مدت انجام تعهدات در قبال تعهدات مفروض دیگر غیر مشخص باشد، تعیین قیمت به طرفی از قرارداد تعلق دارد که حق مطالبه آن تعهدات را داشته باشد». پس اگر در قراردادی قیمت مشخص نشده باشد قابل تعیین قلمداد می شود و آن قرارداد معتبر تلقی می گردد. به هر حال، در قانون مدنی آلمان پیش بینی صریحی در مورد ثمن شناور وجود ندارد. اما در ماده ۴۵۳ قانون مدنی آن کشور عنوان شده: «اگر قیمت بازار به عنوان قیمت خرید تعیین شود در صورت تردید، قیمت متوسط بازار در زمان و مکان اجرای قرارداد ملاک خواهد بود و فرض می شود که بر روی آن قیمت توافق شده است». بنابراین، از راه قیاس می توان گفت که ایده ثمن شناور در این حقوق نیز پذیرفته شده است و چنانچه ثمن مشخص نشده باشد فرض می شود که ثمن بازار در زمان تسلیم مبیع یا ایفای تعهد ملاک عمل قرار خواهد گرفت.

۲۰. ماده ۲۴۱ و ۱۵۴ قانون مدنی آلمان را ملاحظه فرمایید.

### د. بررسی ثمن شناور در حقوق انگلیس

در مورد موضع حقوق انگلیس در خصوص ثمن شناور سخن بسیار است. اما در اینجا کفایت می‌نماید که به طور مختصر برخی از مباحث آن عنوان گردد. به هر حال، حقوق انگلیس با دید بازتری در مقایسه با حقوق ایران به ثمن شناور می‌نگرد. زیرا به موجب ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، امکان دارد ثمن قرارداد مفتوح بماند تا با شیوه مذکور در قرارداد، ثمن قطعی تعیین شود یا ثمن با ارزیابی شخص ثالثی معین گردد یا بالاخره از راه قیاس با سایر معاملات جاری بین طرفین مشخص شود.<sup>۲۱</sup>

قانون ۱۹۷۹ بیع کالای انگلیس که جانشین قانون ۱۸۹۸ شده و متحد الشکل سازنده رویه‌های قضایی است، پرداخت ثمن را مانند هر سیستم دیگری بر عهده خریدار می‌گذارد. این تعهد معمولاً وجه نقد می‌باشد.<sup>۲۲</sup> ثمن ممکن است در ضمن عقد بیع تعیین شود، یا تعیین آن به روش مذکور در قرارداد موکول گردد یا اصولاً با توجه به معاملات قبلی آنها مشخص شود.<sup>۲۳</sup>

طبیعی است که هر سه مورد فوق بستگی به انعقاد قرارداد دارد و چنانچه انعقاد آن مسلم نباشد بحث از ثمن و شیوه تعیین آن هم بی‌فایده خواهد بود. هنگامی که وجود قرارداد با توجه به اوضاع و احوال محرز شود، دیگر نباید تردیدی نمود که ثمن بایستی در آینده تعیین شود. این امر بویژه در مورد قراردادهایی که اجرا شده با اطمینان بیشتری عمل می‌شود، به هر حال اگر ثمن در قرارداد مشخص نشده باشد، به طرق مختلفی معلوم و معین می‌گردد. چنانچه رویه معاملاتی متعارفی بین طرفین وجود داشته باشد، و در معاملات بعدی طرفین از ذکر ثمن خودداری نمایند، ثمن شناور به طور تلویحی همان ثمن متداول بین طرفین محسوب خواهد

۲۱. برای اطلاع بیشتر از ثمن شناور در حقوق انگلیس مراجعه شود به: داراب پور، مهرباب، «جنبه‌هایی از حقوق بازرگانی بین‌المللی» قسمت انگلیسی، صفحات ۸۹ و ۱۰۰ به بعد.

۲۲. بند یک ماده ۲ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ این کشور را ملاحظه فرمایید.

۲۳. رک. ماده (۱) ۸ قانون بیع فوق.

شد. این یکی از شیوه‌های تعیین و قطعی نموده ثمن شناور است. شاید عنوان گردد که در اینجا ثمن از اول مشخص شده و ابهام و تردیدی در آن نیست. اما همان‌گونه که عنوان نمودیم هرگاه در زمان انعقاد قرارداد ثمن معلوم و معین نباشد آن را ثمن شناور تلقی می‌نماییم که با روش‌های خاص نحوه آن را تعیین می‌کنیم. ثمنی که بدو معلوم نبوده، با توجه به رویه معاملاتی سابق طرفین معلوم و مشخص می‌گردد.<sup>۲۴</sup>

به هر حال چنانچه اختلافی حاصل شود و رویه معاملاتی مورد اختلاف بوده و ثمن بر اساس آن تعیین نشود باید ثمن متعارفی پرداخت شود.<sup>۲۵</sup> گاهی ممکن است تعیین ثمن به توافق بعدی طرفین یا یکی از آنها واگذار شود، در این صورت نیز، پس از احراز انعقاد معامله، و با توجه به اصل صحت معاملات، به ویژه در مواردی که تمام یا پاره‌ای از آن اجرا شده، ثمن متعارف، ثمن معامله تلقی خواهد شد.<sup>۲۶</sup>

طرفین می‌توانند تعیین ثمن را به ارزیابی شخص ثالثی واگذار نمایند، در این صورت شخص ثالث (اعم از متخصص یا غیر متخصص) ثمن را با توجه به اطلاعات شخص یا با نظرخواهی از کارشناسان تعیین خواهد کرد. اگر توافق برای فروش کالا، به شرط این که ثمن با ارزیابی شخص ثالثی معین گردد، منعقد شود، ولی شخص ثالث نتواند یا نخواهد ثمن را تعیین نماید، قرارداد کان‌لم‌یکن تلقی می‌شود؛ اما چنانچه کل مبیع یا بخشی از آن تحویل شده و توسط خریدار مورد بهره‌برداری قرار گرفته باشد، خریدار باید ثمن متعارف را بپردازد.<sup>۲۷</sup> این که ثمن متعارف چیست، موضوعی می‌باشد که بستگی به شرایط و

۲۴. قسمت آخر ماده (۱) ۸ قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹.

۲۵. ماده (۲) ۸ قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹.

26. Atyah P. S., "Sale of Goods", 8 th ed, Benjamine, Benjamine's Sale of Goods.

۲۷. بند یک ماده ۹ قانون بیع انگلیس مصوب ۱۹۷۹.



اوضاع و احوال خاص هر مورد دارد.<sup>۲۸</sup> اصل ثمن متعارف در موقعی اعمال می شود که شرط ضمنی یا صریحی در قرارداد طرفین یا رویه متداول آنها وجود نداشته باشد.

### ه- ثمن شناور در برخی دیگر از کشورهای اروپایی

ماده ۱۰۵۶ قانون اتریش در مورد واگذاری تعیین ثمن به شخص ثالث اشعار می دارد: «خریدار و فروشنده می توانند تعیین ثمن را به نظر شخص ثالثی واگذار نموده، چنانچه ثمن توسط شخص ثالث در ظرف مدت معینی تعیین نشده، یا در مواردی که زمانی برای تعیین ثمن پیش بینی نشده و یکی از طرفین بخواهد قرارداد را قبل از تعیین ثمن فسخ کند قرارداد بیع منعقد نشده تلقی می گردد». به عبارت ساده تر، ضرورت ندارد که ثمن در زمان انعقاد قرارداد معین باشد،<sup>۲۹</sup> همین اندازه که در آینده قابل تعیین باشد کفایت می نماید.

در کشورهای فنلاند، ایسلند، نروژ، سوئد مانند کشور دانمارک، ثمن شناور به نحو وسیعی به رسمیت شناخته شده است. ماده ۵ قانون شماره ۱۰۲ مورخ ۲ آوریل ۱۹۰۶ دانمارک که در کشورهای دیگر نیز پذیرفته شده، تصریح دارد که قرارداد بیع می تواند بدون ذکر قیمت هم منعقد شود. به موجب این ماده ثمنی را که فروشنده با حسن نیت تعیین می نماید ملاک خواهد بود. ماده ۷۲ قانون حمایت از مصرف کنندگان دانمارک مصوب ۱۹۷۶ مقرر می دارد که در صورت عدم ذکر قیمت، مصرف کننده (خریدار) باید قیمت معقول و متعارف زمان عقد قرارداد را با توجه به اوضاع و احوال و شرایط و مقتضیات زمان پرداخت نماید، قیمت جاری و متعارف در واقع همان قیمت بازار است نه قیمتی که فروشنده تعیین می نماید.

مطابق ماده ۷-۷-۱-۲ قانون مدنی هلند در صورت عدم تعیین ثمن، خریدار باید قیمت معقول و متعارف زمان انعقاد قرارداد را پرداخت نماید. برای

۲۸. بند ۳ ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹.

۲۹. ماده ۲۱۲ قانون تعهدات سویس را نیز ملاحظه فرمایید.

یافتن قیمت متعارف به قیمتهایی که فروشنده کالاهای خود را می فروشد توجه خاص می شود، توجه به این قیمت، قانون هلند را اندکی از قانون دانمارک متمایز می سازد و به هر حال قیمت مناسب و متعارف باید مطلوب و مقبول فروشنده نیز باشد، همین روند قیمت گذاری در تعیین معوض در قراردادهای دیگر نظیر قرارداد خدمات نیز وجود دارد. به موجب ماده ۱-۶-۱-۷-۷ همان قانون در صورتی که اجرت خدمات مشخص نباشد بر مبنای عدالت و روال معمول تعیین خواهد شد.

### و- ثمن شناور در کشورهای امریکای لاتین

ثمن شناور کمابیش با اختلافاتی در سیستم های حقوق کشورهای امریکای لاتین نیز پذیرفته شده است. به موجب برخی از این سیستم ها ثمن باید تعیین شود یا حداقل قابل تعیین باشد. ماده ۱۳۹ مجموعه قوانین تجاری شیلی (۱۹۷۷) را می توان به عنوان نمونه ذکر نمود. مواد ۷۴۹ و ۷۵۰ قانون تجارت پاناما (۱۹۷۲) و مواد ۱۸۴ تا ۱۸۶ آکوادور و ماده ۱۳۴ قانون تجارت ونزوئلا و ماده ۱۷۹۸ قانون تجارت گواتمالا نیز همین رویه را در پیش گرفته اند. به هر حال در حقوق ونزوئلا چنانچه قرارداد بیع به قیمت عادل و یا قیمت جاری منعقد شده باشد قرارداد معتبر است و ثمن باید از طریق مراجعه به نرخ دلالت های معاملاتی یا نرخ بازار در زمان و مکان انعقاد عقد بیع مشخص شود، در این قانون چنانچه داور انتخابی قادر به تعیین ثمن نباشد باید داور دیگری را منصوب نمود (ماده ۱۲۶).<sup>۲۰</sup> به موجب ماده ۴۵۸ قانون تجارت کشورهای آرژانتین و پاراگوئه چنانچه قرارداد با ثمن شناور منعقد و کالا تحویل گردیده باشد ثمن جاری مکان و زمان تحویل ملاک عمل خواهد بود.<sup>۲۱</sup> قواعد مشابهی را می توان در مواد ۳۸۱-۳۷۱ قانون تجارت و ماده ۲۲۴۵ قانون مدنی مکزیک؛ ماده ۵۲۳ قانون تجارت اروگوئه<sup>۲۲</sup>، در مورد قانون السالوادور و کاستاریکا به ترتیب به مواد ۱۰۱۴ و ۴۴۶ قانون تجارت آن کشورها مراجعه شود.

۳۱. در مورد تعیین ثمن توسط شخص ثالث به ماده ۴۵۹ قانون تجارت کشورهای آرژانتین و پاراگوئه مراجعه شود.

مواد ۹۲۱ - ۹۲۰ قانون تجارت کلمبیا و بندهای ۳ و ۵ ماده ۸۳۸ قانون تجارت و ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی بولیوی و مواد ۱۲۲-۱ و ۲۵-۱ قانون مدنی و مواد ۱۹۳-۱۹۴ قانون تجارت برزیل و ماده ۷۶۶ قانون تجارت هندوراس ملاحظه نمود.<sup>۳۲</sup> به موجب مواد ۲۷۶ و ۴۳۰ قانون تجارت بین المللی کشور چک مصوب ۱۹۶۳، طرفین می توانند در صورت تمایل قرارداد با ثمن شناور را منعقد نمایند.

### ز. ثمن شناور در حقوق مصر

ماده ۴۲۳ قانون مدنی مصر در مورد ثمن مقرر می دارد:

«۱. تعیین ثمن باید با بیان شیوه ای باشد که به مقتضای آن ثمن تعیین

می گردد.

۲. هنگامی که طرفین توافق نموده اند ثمن بر طبق نرخ بازار تعیین شود، در هنگام تردید نرخ بازار در مکان و زمانی تسلیم مبیع به مشتری ملاک خواهد بود. چنانچه در مکان تسلیم بازاری وجود نداشته باشد باید به نرخ بازاری رجوع نمود که بر حسب عرف قیمت هایش به محل تسلیم هم سرایت می نماید».

در ماده ۴۲۴ قانون مدنی فوق به صراحت آمده است: «هنگامی که متعاقدين ثمنی را برای مبیع معین نمی نمایند بیع باطل نمی باشد، چنانچه از اوضاع و احوال استنباط شود که آنها می خواسته اند نرخ متداول در تجارت یا نرخ معاملات قبلی آنها حاکم باشد».

همین که ثمن قابل تعیین باشد معامله صحیح است هر چند بتوان آن را با مراجعه به معاملات قبلی طرفین یا نرخ تجارتهی تعیین نمود.<sup>۳۳</sup> به هر حال نباید تعیین

۳۲. برای بحث بیشتر حول ثمن شناور در سیستم های حقوق امریکای لاتین به منبع ذیل مراجعه شود:  
Murray D. E., "The open price, Sale of Goods Contract, in Worldwide Setting" Commercial Law Journal Nov. 1984, p. 491.

۳۳. در مورد قانون مدنی سوریه به مواد ۳۹۱ و ۳۹۲؛ قانون مدنی لیبی به مواد ۴۱۲ و ۴۱۳ و قانون مدنی عراق به مواد ۵۲۶ و ۵۲۹ مراجعه شود.

ثمن را به احدی از طرفین، به علت خوف از غرر، واگذار نمود. همان گونه که از مواد فوق بر می آید<sup>۳۳</sup> ثمن می تواند با معیار قیمت خریداری شده توسط فروشنده در معامله قبلی باشد یا نرخ بازار، یا نرخ متداول در تجارت یا معاملات قبلی طرفین یا نرخى که توسط شخص ثالثى معين مى گردد.

چنانچه تعیین ثمن به ثالث واگذار شده باشد و او نخواهد یا نتواند آن را تعیین نماید قاضی نمی تواند وی را مجبور به تعیین ثمن نماید و یا خود شخص ثالثی را بر این کار گمارد. در این صورت، مانند حقوق انگلیس و برخلاف حقوق امریکا، گویا معامله ای واقع نشده است. اما طرفین می توانند به انتصاب شخص ثالثی در بیع جدید توافق نمایند. به هر حال مادامی که شخص ثالث تعیین نشده باشد بیع کامل نشده است.

با توجه به مطالب فوق، در حقوق مصر ثمن رایج در معاملات تجاری یا معاملات سابق متعاقبین همیشه به طور ضمنی جانشین ثمن شناور می شود و معامله صحیح تلقی می گردد.

### ۳. روشهای تعیین ثمن در مواقعی که ثمن شناور است

از لابلای بحث های گذشته ملاحظه گردید که در غالب قراردادهای ثمن در زمان انعقاد قرارداد معلوم و معین است. در مواقعی که ثمن به صراحت در قرارداد نیامده، ممکن است بر روی ثمن به طور ضمنی توسط طرفین توافق شده باشد. در پاره ای موارد به ویژه در قراردادهای دراز مدت، تعیین قیمت یا ممکن نیست یا اصولاً به صلاح طرفین نمی باشد. در این صورت طرفین به ناچار تعیین ثمن را به عناصر خارج از قرارداد واگذار می نمایند. این عناصر می تواند وجود خارجی داشته و خارج از اراده انسانی ثمن را معین نماید یا اصولاً با توجه به اراده انسان بدین اقدام مبادرت گردد.

۳۳. برای مطالعه بیشتر در حقوق مصر مراجعه شود به: سهنوری دکتر عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، صفحات ۳۶۷ تا ۳۸۳.

مورد اول که در آن تعیین ثمن با ارجاع به عوامل عینی و مادی صورت می‌پذیرد، از دخالت خودسرانه انسان جلوگیری می‌شود. اما باید توجه داشت که در شیوه مورد نظر به عوامل پایدار و قطعی ارجاع داده شود. مرجع مورد نظر برای تعیین ثمن نباید مبهم باشد یا به سهولت قابلیت اضمحلال داشته باشد؛ مثل یک آیین نامه یا قانون یا شاخص سالانه‌ای که به طور متوالی توسط مراجع رسمی تعیین می‌گردد. ارجاع به نرخ بازار نیز از مواردی است که عموماً خارج از اراده متعاقدين تعیین می‌شود. رقابت آزاد معمولاً باعث به وجود آمدن چنین نرخ می‌گردد. صرف نظر از مواقعی که تعدادی از تجار بزرگ می‌توانند نوساناتی در بازار ایجاد نموده و نرخ‌های تصنعی به وجود آورند، مراجعه به نرخ بازار معمولاً به عنوان مراجعه به مرجعی حقیقی و معتبر تلقی می‌گردد. نرخ رایج بازار معمولاً میانگین نرخ‌های متفاوت است. این نرخ‌ها امکان دارد به طور خودکار به وجود آیند یا دستگاه‌های رسمی یا اختصاصی و بورس‌های تجاری در حدود آنها تأثیر داشته باشند. در مواقع نوسانات تصنعی بازار، نرخ بازار بدون در نظر گرفتن آن نوسانات ملحوظ نظر قرار می‌گیرد. در بازار باید امکان رقابت آزاد موجود باشد و در انحصار گروه خاصی نباشد. ممکن است طرفین به بالاترین یا نازلترین قیمت بازار ارجاع دهند یا ملاک بهترین پیشنهاد یا بهترین مشتری یا بهترین فروشنده را در نظر گیرند، که در این صورت نیز معیارها عینی و مادی هستند و به اراده متعاقدين بستگی ندارند. به عبارت دیگر یکی از طرفین قرارداد تعهد می‌نماید که طرف دیگر را در مطلوبترین و بهترین شرایط و موضعی قرارداد دهد که می‌تواند در معامله با دیگران داشته باشد. مثلاً فروشنده کالا را با نازلترین قیمت می‌فروشد یا خریدار تعهد می‌کند به بالاترین قیمت خریداری نماید.

طرفین ممکن است به قیمت تولید شده کالا به اضافه درصدی سود توافق نمایند که این هم با توجه به معلوم بودن قیمت خرید مواد اولیه، دستمزدها، حق مدیریت و سایر فاکتورها به عنوان معیاری مادی و نوعی محسوب گردیده و از دخالت زیاد افراد در تعیین ثمن می‌کاهد. در این روش قیمت خود به خود با

محاسبات ریاضی تعیین می‌شود.

در مورد دوم، که در آن تعیین ثمن با ارجاع به عوامل غیر مادی یعنی شخصی صورت می‌پذیرد، معمولاً یکی از طرفین یا شخص ثالثی ثمن را تعیین می‌نماید. گاهی ممکن است طرفین توافق نمایند که بعداً ثمن را با توافق معین نمایند. برخی از قوانین چنین قراردادی را ناقص می‌دانند که توافق طرفین آن را تکمیل خواهد نمود. مشکلی که امکان دارد حادث شود این است که اگر طرفین نتوانند بر روی ثمن توافق نمایند، برخی این‌گونه قراردادها را باطل می‌دانند؛ دیگران به ثمن متعارف ارجاع می‌دهند. در برخی سیستم‌های حقوقی می‌توان به یکی از طرفین اجازه داد تا شخصاً ثمن را با حسن نیت به نحو منصفانه‌ای تعیین نماید. یکی از طرفین قرارداد به ندرت راضی می‌شود که تعیین ثمن را به عهده طرف دیگر واگذار نماید مگر این‌که در قرارداد دیگری که همزمان انجام می‌شود تعیین ثمن به عهده وی باشد، یا به نحوی از انجا امکان کنترل طرف مقابل را داشته باشد تا از جاده انصاف خارج نشود، یا چنانچه از آن حدود خارج شد قانون راه حلی برای ممانعت وی از وضع ثمن نامتعارف مقرر داشته باشد؛ یا در معاملات، رویه‌ای بین طرفین موجود باشد که فروشنده یا خریدار ثمن معامله موجود را بدانند؛ مثلاً مواردی که یکی از طرفین قیمت معمول زمان تحویل را می‌پرداخته یا مطالبه می‌نموده است.

به موجب ماده ۲-۱-۷ قانون مدنی هلند در مواقعی که خریدار باید قیمت را معین نماید وی باید قیمت مناسبی را با توجه به قیمتی که به طور معمول در موقع انعقاد قرارداد، از طرف فروشنده اعمال می‌شده است را بپردازد.

تعیین ثمن ممکن است توسط متعاقدين به شخص ثالثی واگذار شود یا قانون یا دستگاه قضایی شخص ثالثی را جهت این امر مأمور نماید. این شیوه از تعیین ثمن، در مقایسه با تعیین ثمن توسط احدی از طرفین، با سهولت بیشتری پذیرفته شده است. شخص ثالث می‌تواند یک کارشناس خبره و بی‌طرف و صاحب نظر باشد. قاعداً نظر چنین کارشناسی باید بدون اعتراض پذیرفته شود

مگر در مواردی که اشتباهی رخ داده یا سوء نیتی در کار باشد. اگر مشکلاتی در تعیین شخص ثالث یا داور ایجاد شود قوانین مختلف راه‌حلهایی بین بطلان قرارداد و صحت آن با تعیین ثمن متعارف پیموده‌اند. مشکل دیگر موقعی رخ می‌دهد که احد از متعاملین باید شخص ثالثی را معین نماید و وی از تعیین وی امتناع می‌ورزد؛ یا هریک از طرفین باید شخصی را معرفی نمایند و اشخاص تعیین شده توسط طرفین قادر به اتخاذ تصمیم مشترک نباشند. این مشکلات می‌تواند با تعیین شخص ثالث یا داور توسط دادگاه، و یا تعیین شخص سومی توسط داورها یا کارشنان طرفین مرتفع گردد.

در مورد تعیین ثمن شناور نباید زیاد نگران بود زیرا غالب موارد آن، از نمونه‌هایی هستند که بالاخره قابل تقویم می‌باشند. مثل مواقعی که طرفین ضابطه‌ای برای تعیین ثمن مقرر می‌نمایند؛ یا بر نرخ روز تحویل یا بازار خاصی یا درصدی کمتر یا بیشتر از آنها، توافق می‌شود؛ یا در مواردی که کل مایحتاج یا تولیدات به قیمت مشخصی برای هر واحد خریداری می‌شود؛ یا هنگامی که تعیین ثمن به توافق بعدی طرفین یا احد آنها یا شخص ثالثی واگذار می‌شود تا با حسن نیت مشخص شود؛ یا بالاخره ثمن به قیمت تولید به اضافه درصدی از سود معین می‌گردد.

گاهی مکانیزم‌های فوق از کار می‌افتند و لازم است معیاری برای حل اختلاف در نظر گرفته شود و زمانی نیز به طور کلی ثمن مسکوت گذارده می‌شود که برای این حالات باید تدبیری اندیشیده شود. ممکن است قیمت‌ها در زمانهای متمایز (زمان عقد، زمان تحویل کالا، زمان قبض و اقباض ثمن، زمان تولید کالا) یا در مکانهای مختلف (مکان تولید، مکان انعقاد عقد، مکان تحویل) با یکدیگر متفاوت باشند. شروط قراردادی نظیر اقساطی بودن ثمن، زمان پرداخت، نوع پول پرداخت، نحوه پرداخت، نحوه تسلیم میبع، مکان تسلیم آن یا نسیه بودن ثمن، یقیناً در تعیین آتی ثمن شناور تأثیر خواهد داشت. معمولاً متعاقدین ثمن را معین می‌نمایند اما چنانچه موفق به چنین اقدامی نشوند، به نظر می‌رسد برای قطع

اختلافات احتمالی باید قیمت رایج آن کالا در زمان انعقاد با توجه به فاکتورهای فوق، به عنوان ثمن قرارداد شناخته شود مگر این که طرفین ضمناً یا صریحاً ثمن دیگری را ملحوظ نظر قراردادده باشند. چنانچه ثمن رایجی نیز موجود نباشد بهتر است ثمن معقول و متعارف ملاک حل اختلافات باشد.

### مبحث سوم ثمن شناور در حقوق ایران

ثمن شناور اصطلاحی نامأنوس و در عین حال شناخته شده در حقوق ایران می باشد؛ ولی به طور کلی می توان گفت که ثمن شناور ظاهراً در حقوق ایران پذیرفته نشده است. اما با دقت بیشتر در عرف جامعه و برخورد دست اندرکاران امور کشور می توان پذیرش آن را امری تقریباً طبیعی محسوب نمود. چرا که پاره ای از قواعد و مقررات عرفی که لازمه زندگی اجتماعی هستند، سبب می شوند تا خواه ناخواه دست اندرکاران قضایی و قانونگذاری مجبور به پذیرش آنها گردند. برخی از فقهای بزرگ و مورد احترام هم بیع معاطات را باطل می دانستند ولی عرف و جامعه ایده آنها را نپذیرفت و از آن پس این حرف توسط فقهای دیگر تکرار نشد.<sup>۳۵</sup>

ثمن شناور نیز همین وضع را خواهد داشت. عرف و عادت مردم، آن را در قراردادهای خویش می گنجانند و جامعه هم آن را به رسمیت می شناسد. برای مثال، در مورد خرید و فروش ماشینهای کارخانجات که تحویل آنها پس از مدتی صورت می گیرد چنین شیوه ای مرسوم است. کارخانه دار، اتومبیلهای خود را که هنوز تولید ننموده به قیمت زمان تحویل (با درصدی تخفیف) می فروشد و این در حالی است

۳۵. محمدبن جمال الدین مکللی العاملی (شهید اول)، المعة الدمشقیه، جلد سوم، کتاب البیع، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ص ۲۲۲. در آنجا آمده است: فلایکفی المعاطاة، نم بیاح التصرف و بجوز الرجوع مع بقاء العین. شهید ثانی در تأیید اینکه بیع معاطاتی اصولاً، بیع نیست اضافه می فرماید که این موضوع نظر مشهور علمای ماست و تقریباً اجماعی است.



که ثمن قطعی آنها در آینده مشخص خواهد شد به عبارت دیگر ثمن آنها در زمان انعقاد قرارداد معلوم نیست.<sup>۳۶</sup> لذا اگر با دید غیر قابل انعطاف حقوقی و به عنوان بیع خالص در حقوق ایران به این قرارداد نگاه کنیم راهی جز اعلام بطلان آن وجود نخواهد داشت؛ چون معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله شرایط صحت معامله می باشد و چنانچه این شروط وجود نداشته باشند و باعث غرر شده، صحت معامله مورد تردید قرار خواهد گرفت. اینجاست که ضرورت دارد موضوع غرر مورد بحث و بررسی بیشتری قرار گیرد.

### ۱. ثمن شناور و غرر در معامله

علت عمده این که فقهای اسلامی و به تبع آنها طراحان قانون مدنی ایران را بر آن داشته تا معامله ای که ثمن آن مجهول یا نامعین بوده را باطل اعلام نمایند غرری بودن معامله است. پس اگر معلوم شود که در برخی معاملات مجهول بودن ثمن موجب غرر نمی گردد، در آن گونه موارد، اصرار بر معلوم و معین بودن ثمن، اقدامی غیر ضروری تلقی خواهد شد؛ به خصوص در مواردی که تعیین ثمن در بدو امر ناممکن و انعقاد قرارداد لازم باشد و عدم انعقاد آن موجب بروز ضرر و زیان گردد یا سود مطلوبی را ضایع نماید. جهت توضیح این امر لازم است اولاً، معانی غرر را مورد بررسی قرار دهیم و ثانیاً، نظریات فقها را بررسی نماییم و بالاخره به این مسأله بپردازیم که آیا ثمن شناور در معاملات مورد نظر امروزی غرری است یا خیر.

۳۶. طرح این مسأله که چنین قراردادی در واقع قرارداد و تعهد به فروش در آینده است نیز مشکلی را حل نمی کند چون موضوع همین تعهد هم با ابهام روبروست.

## ۱. ۱. شناخت معاملات غرری

غرر در لغت به معنای در معرض خطر<sup>۳۷</sup> و ضرر یا هلاکت قرار گرفتن<sup>۳۸</sup> خدیعه و غفلت<sup>۳۹</sup> دارای ظاهر پسندیده و باطنی ناصواب<sup>۴۰</sup> آمده است. در فرهنگ لغات، برخی هم غرر را در معنای فریب و نیرنگ به کار برده و هم بیع غرری را بیع مشتمل بر مخاطره معنی کرده اند.<sup>۴۱</sup> پس معامله ای که نیرنگ و خدعه و فریب در آن نباشد و عرفاً احتمال ضرر در آن نرود یا احتمال ضررش چندان قابل توجه نباشد را نباید غرری محسوب نمود. همانطور که صاحب فقه الامام جعفر صادق که از دانشمندان معاصر است می فرماید: «جهل به موضوع معامله ضرورتاً موجب غرر نمی گردد و ملازم آن نیست هرچند گاه گاهی این جهل موجب غرر گردد».<sup>۴۲</sup> برخی علمای اهل سنت نیز معامله غرری را معامله ای می دانند که پایان آن مجهول و نامعلوم باشد؛<sup>۴۳</sup> و دیگران غرر را امری که وجود و عدم وجود آن برابر است تلقی کرده اند.<sup>۴۴</sup> در سایه معانی فوق است که استاد مصطفی احمد زرقاء، همانند استاد محمد جواد مغنیه، معتقد است که مجهول بودن مورد معامله با غرر تفاوت دارد؛<sup>۴۵</sup> ایشان غرر را

۳۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، صماح، دارالکتب مصر، ج ۲، ص ۷۶۸.

۳۸. منتهی الادب فی لغة العرب، چاپ سنگی، ص ۹۱۲، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۳، ص ۴۴۳.

۳۹. سعدی ابوجیب، القاموس الفقهی، انتشارات دارالفکر، سال ۱۴۰۲، ص ۲۷۲؛ همچنین جوهری، منبع فوق، ص ۷۶۸.

۴۰. شهید اول، قواعد، چاپ سنگی، سال ۱۳۰۸، ص ۲۵۳.

۴۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۵، ص ۱۳.

۴۲. مراجعه شود به: محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، جلد سوم، انتشارات قدس محمدی، ص ۱۲۸؛ شهید ثانی در قواعد، چاپ سنگی، چاپ ۱۳۰۸، ص ۲۵۳ مانند استاد مغنیه غرر را مترادف جهل نمی داند و رابطه عموم و خصوص من وجه برای آن دو قائل است؛ همچنین مراجعه شود به: ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۳۳. مقایسه فرمایید با میرفتاح مراغه ای، عنوان، ص ۲۶۹.

۴۳. سرخسی، المبسوط، ج ۱۳، ص ۱۹۴؛ ابن تیمیّه، القواعد النورانیه، ص ۱۲۱.

۴۴. کاسانی، البدائع، ج ۵، ص ۲۶۳.

۴۵. مصطفی احمد زرقاء، نظام التأمین، ص ۱۳۳.

به چیزی که وجود یا امکان حصول آن محل تردید است تفسیر می نمایند.

در تفسیر مفهوم غرر از حضرت علی (ع) نقل شده است که فرمود: «ان الغرر عمل لایومن معه الضرر» صاحب جواهر در این مورد اظهار می دارد: «و هذا المعنی جامع لجميع ما قاله اهل اللغة و الفقه و علیه ای معامله ینطبق علیها، انها عمل لایومن معه من الضرر تکون باطلة لمکان الضرر». شیخ انصاری نیز عقیده دارد که معنای غرر عبارتست از: «المخاطرة التي قد تقضى الى التنازع والمشاجره بسبب المعاملات». باید تأکید نمود که صاحب کتاب فقه الامام جعفر الصادق (ع) در این زمینه عنوان می کند که: «ضرورتاً غرر با جهل برابر نیست، بلکه گاهی نیز جهل وجود دارد اما غرر موجود نیست».

جهل ممکن است در وجود شیئی یا امکان حصول آن، یا قابلیت بقا یا جنس و وصف و مقدارش یا تردید در بین دو یا چند چیز باشد.

در معاملات غرری یا تردید در عدم وجود نفس معامله است یا عدم وجود موضوع معامله یا عدم امکان دسترسی به موضوع معامله. اگر تردید در معاملات غرری منحصر به این سه مورد باشد با علم به معامله و موضوع آن و این که بالآخره موضوع معامله قابل حصول است امکان غرر بر طرف می شود و معامله غرری نیست. اما به نظر می رسد که تردید نباید منحصر به این سه مورد باشد. امکان دارد تردید راجع به جنس موضوع معامله یا وصف و مقدارش باشد که در این صورت نیز چنانچه بیم غرر برود معامله غرری محسوب می شود. در بحث های آتی خواهیم دید که ممکن است برخی تردیدها برای بعضی اشخاص موجب غرر باشد و برای اشخاص دیگر ایجاد غرر ننماید. پس به طور کلی نمی توان گفت که اگر در زمان انعقاد قرارداد همه جوانب معامله برای عموم روشن نباشد آن معامله غرری است. نقش عرف را نباید در این گونه موارد نادیده انگاشت. وانگهی امکان دارد این مسأله مطرح شود که آیا علم به مقدار و نوع و اوصاف ثمن باید در زمان انعقاد

۴۶. محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، جلد سوم، انتشارات قدس محمدی، ص ۱۲۸؛ همچنین مراجعه شود به: جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، شماره ۳۹۰۸.

معامله باشد یا پس از آن، یعنی در زمان تسلیم، نیز کفایت می‌کند. اینها سؤالاتی است که در حین بحث باید بدان پاسخ داد.

## ۲.۱. بررسی نظریات فقها در مورد ثمن شناور

مشهور فقهای امامیه علم به مقدار ثمن در زمان انعقاد قرارداد را شرط صحت معامله تلقی نموده‌اند.<sup>۴۷</sup> حتی برخی تعیین بعدی ثمن توسط ثالث یا متعاقدين یا احدی از آنها را نیز نپذیرفته‌اند.<sup>۴۸</sup> از این مهمتر شیخ اجل انصاری فرموده است که علم به مقدار ثمن مشخص با اجماع علما شرط صحت عقد بیع است.<sup>۴۹</sup> نقل شده است<sup>۵۰</sup> این امر مورد پذیرش برخی از فقهای اهل سنت نیز قرار گرفته و علم به صفت ثمن همانند علم به صفت مثن شرط شده زیرا معامله‌ای که در آن ثمن از حیث صفت مجهول باشد غرری محسوب می‌شود.

تحریم بیع غرری، یک حکم تکلیفی صرف نیست، بلکه به صحت معامله باز می‌گردد. در اینجا نهی متوجه رکن اصلی معامله بوده و نشان دهنده بطلان عقد می‌باشد.<sup>۵۱</sup> چنانچه نهی از معاملات سفیه و مجهول نیز دلیل بطلان آنها است.<sup>۵۲</sup> به هر حال، مشکل در اینجا بطلان بیع غرری نیست، بلکه مفهوم غرر است که آن هم مفهومی عرفی می‌باشد. عرف در مورد غرری بودن معاملات انعطاف بیشتری نشان

۴۷. السبزواری سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، نشر منار، جلد ۱۷، ص ۱۷؛ خمینی، امام روح الله، تحریر الوسیله، جلد اول، چاپ نجف، ص ۵۱۵؛ سبزواری سید عبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، ص ۲۷۳؛ خویی، آیت الله سید ابوالقاسم، جلد دوم، ص ۲۶.

۴۸. شهید ثانی، شرح لمعه، جلد سوم، ص ۲۶۴. شهید در منبع فوق می‌فرماید: «یشترط علم الثمن قدرأ و جنساً و وصفاً قبل ایقاع عقد البیع».

۴۹. محقق حلّی، شرائع الاسلام، جلد اول، ص ۲۷۱.

۵۰. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۱۹۰-۱۸۹. شیخ تأکید می‌فرماید: کل مبیع لم یدکر فیہ الثمن، فانه باطل بلاخلاف بین المسلمین والاصل فی ذالک حدیث نفی الغرر.

۵۱. الشیرازی، المهذب، جلد اول، ص ۳۸۵.

۵۲. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۲، ص ۳۸۷ و صفحات ۴۱۹-۴۰۵.

می دهد چون زمان متحول شده و دیدگاههای جدیدی را می طلبد.<sup>۵۳</sup>

گفتیم که غالب فقها تعیین ثمن به حکم یکی از متعاقدین یا شخص ثالث را نپذیرفته اند. صاحب شرائع، مانند بسیاری از فقها قائل است: معامله ای که ثمن آن به حکم مشتری یا فروشنده تعیین می شود اساساً منعقد نشده و فاقد اثر می باشد. همین امر نیز مورد تأیید شهید ثانی قرار گرفته است.<sup>۵۴</sup> ایشان فرموده اند: انعقاد بیع با نظر یکی از طرفین معامله یا شخص ثالث صحیح نمی باشد.<sup>۵۵</sup>

صاحب ریاض المسائل معتقدند چون تعیین ثمن به حکم یکی از متعاملین یا شخص ثالث مستلزم غرر و جهالت است، به اجماع علمای امامیه، معامله باطل و بلااثر می باشد.<sup>۵۶</sup> برخی از اساتید متأخر حقوق تردید فرموده اند که واگذاری تعیین ثمن به داوری شخص ثالث که نماینده طرفین محسوب می شود از نظر و دیدگاه عرفی جایز نباشد و بتوان از نظر عرف چنین معامله ای را باطل قلمداد نمود.<sup>۵۷</sup>

این موضوع نیز قابل توجه است که بطلان معاملات غرری مخصوص بیع نیست و در سایر معاملات نیز جاری می باشد. شیخ مرتضی انصاری در مکاسب نقل می کند که فقیهان غرر را بدون آن که مخصوص عقد بیع بدانند در سایر معاملات نیز نفی می نمایند اعم از این که آن معاملات معاوضه ای باشند یا خیر.<sup>۵۸</sup>

۵۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، جلد اول، ص ۲۹۶؛ رک. سهنوری، مصادر الحق، جزء ۳، ص ۵۱؛ دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، ص ۹۴؛ آیت الله ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۵، ص ۳۲۲.

۵۴. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۱، ص ۲۷۱.

۵۵. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۶۴.

۵۶. ریاض المسائل، شرح بر مختصر النافع محقق، چاپ سنگی، غدیرخیم، کتاب التجار، ص.

۵۷. و همچنین مراد.. شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، معاملات معوض، عقود تملیکی، ص ۱۵۱، استناد چنین معامله ای را توافق برای انعقاد عقد بیع می داند.

۵۸. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ دوم، قم، انتشارات تقی علامه، سال ۱۳۶۷، ص ۱۸۸.

## ۱.۳. توافق برای صحت معاملات غرری

آیا طرفین می‌توانند با توافق خویش غرری بودن معامله را نادیده بگیرند؟ برای پاسخ به این سؤال دو نظریه «شخصی» و «عرفی» ارائه گردیده است. برطبق نظر شخصی همین که غرر برای طرفین قابل اغماض باشد معامله صحیح می‌باشد، اما برطبق نظر نوعی که مشهور آن را پذیرفته، همین که عرف معامله‌ای را غرری بدانند آن معامله باطل خواهد بود و به تمایلات متعاقدين وقعی گذارده نمی‌شود. برخی فقها عنوان نموده‌اند که علم و رضایت فروشنده یا خریدار به در معرض خطر بودن مورد معامله مؤثر در صحت معامله نیست زیرا نهی شارع مقدس عام است<sup>۵۹</sup> و نمی‌توان با تراضی، معامله باطل را تصحیح نمود و به هر حال، ملاک رفع غرر، عرفی است که در میان مردم رایج بوده و معیار غرری بودن معامله نظر نوعی و متعارف می‌باشد.<sup>۶۰</sup> فقها در توجیه معامله‌ای که یک طرف در آن با علم و اطلاع مغبون واقع می‌شود به قاعده اقدام و هبه مازاد توسل جسته‌اند<sup>۶۱</sup> و معامله غرری را بدان علت باطل شناخته‌اند که جهل یا عدم اطمینان به وجود یا قبض مورد معامله وجود دارد. شخص مغرور با فرض عدم وجود یا عدم قبض اقدامی ننموده، بلکه به احتمال قبض معامله را منعقد نموده است.

نکته‌ای که در اینجا حائز اهمیت بوده این است که وضع قاعده غرور و نهی از معاملات غرری برای امتناع از وقوع ضرر و حدوث نزاع است. هرچند علم به احتمال وقوع ضرر کفایت در دفع نزاع نمی‌کند، اما اگر متعاقدين توافق نمایند (نظریه شخصی) که علی‌رغم علم به وجود غرر نتیجه معامله را بپذیرند، احتمال حدوث نزاع، حداقل در موردی که فقط حدود ثمن معامله مطرح است، منتفی می‌شود. بعید است چنین توافقی با قواعد آمره و نظم عمومی نیز تعارضی داشته

۵۹. ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۳۳.

۶۰. میرعبدالفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۲۷۰؛ همچنین مراجعه شود به: میرزای نائینی، منیه الطالب (شیخ موسی خیابانی)، شرح بر مکاسب، چاپ سنگی، تهران، چاپخانه حیدری، ج ۱، ص ۲۹۰ و محقق حلی، شرائع الاسلام، کتاب شفعه مسأله دوم.

۶۱. میرعبدالفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۲۶۸.

باشد. وانگهی در معاملات مختلف درجه احتمال ضرر هم امکان دارد قوی یا متوسط یا ضعیف بوده، که در موارد اخیر قابل اغماض می باشد و خوف از ضرر، واهی تلقی می شود. عدم اقدام به چنان معامله ای ممکن است موجب سرزنش و نکوهش گردد.

تغییر عرف، مکان و زمان در تشخیص معاملات غرری نیز تأثیر بسزایی دارد. البته نمی تواند معاملات غرری را صحیح قلمداد کند اما می تواند احتمال وقوع ضرر یا حدوث نزاع را از بین ببرد که در این صورت معامله انجام شده غرری محسوب نمی گردد.

باید توجه نمود که در معاملات امروزی، که ثمن شناور در آنها مطرح است، نه خوف از ضرر وجود دارد نه بیم از نزاع، بلکه معیارهای عملی است که ثمن را بعد از انعقاد قرارداد تعیین می کند و معمولاً ضرورتی ندارد به معیارهای شخصی یا معیارهای نوعی و عرفی استناد شود.

#### ۱.۴. ثمن شناور در معاملات امروزی غرری نیست

معلوم و معین بودن ثمن زمینه مشاجرات طرفین عقد را می کاهد و مورد پسند عقلای عالم است. معامله ای که احتمال جدی غرر در آن وجود داشته باشد، هرچند در حدیثی ممنوع نشده باشد، مطلوب اندیشمندان عالم نیست. طرفین نباید در معاملات خویش سهل انگاری و مسامحه نموده زیرا چنین امری ممکن است موجب غرر گردد.

تا آنجا که به معاملات مردم بر می گردد اسلام قواعد خشک و غیرقابل تغییری را وضع ننموده است. طرفین می توانند به هر نحو که صلاح می دانند اتخاذ تصمیم نمایند، به شرط این که حرامی حلال نگردد و حلالی حرام نشود. آنچه به شدت مورد نکوهش اسلام بوده، کار نکردن و بهره بردن از ثمره پول و به اعتبار دیگر رباست. علت این امر تأکید به این مطلب است که کل مال به باطل صورت

نپذیرد<sup>۶۲</sup> و شخصی بلاجهت از فقر دیگران ثروتمند نگردد و دسترنج دیگران مورد سوء استفاده مفت خوران قرار نگیرد.

در روایات هم همین مضامین آمده، و پیامبر گرامی اسلام (ص) از بیع غری منع فرموده است. از حضرت علی (ع) نیز حدیثی به همین مضمون رسیده است. امکان دارد ایراد شود که حدیث نهی النبی عن بیع الغرر<sup>۶۳</sup> حدیث ضعیفی بوده اما در پاسخ گفته شده که شهرت فتوایی و عملی این ضعف را جبران نموده است.<sup>۶۴</sup>

در حدیث، عبارت نهی النبی عن بیع الغرر آمده است،<sup>۶۵</sup> در رابطه با حدیث نهی النبی عن الغرر در وسائل الشیعه نص صریحی نیامده اما به طور کلی چنین مفهومی وجود دارد.<sup>۶۶</sup> همان گونه که مطرح گردید غرر ضرورتاً با جهل همراه نیست. زیرا که به گفته صاحب فقه الامام جعفر الصادق بسیاری از عقلا اقدام به خرید اشیایی می نمایند که به حقیقت آن جاهلند، و چنین اقدامی ضرر و خطر محسوب نمی گردد، بلکه اجتناب از آن سفاهت یا شبه سفاهت تلقی می گردد.<sup>۶۷</sup>

صاحب جواهر<sup>۶۸</sup> (ره)، نیز پس از بیان این که مقدار و جنس و وصف ثمن باید معین باشد عنوان می نماید که اگر معامله به شرط این که احدی از متعاملین یا شخص ثالث یا عرف مقدار یا وصف یا جنس ثمن را معین نماید مطرح گردد اصولاً

۶۲. رک. قرآن کریم، آیه ۱۸۸ و ۱۶۱ سوره نساء و آیه ۳۴ سوره توبه.

۶۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۳، باب ۸، از ابواب عقدالبیع و شروط، ص ۲۳۵.

۶۴. همچنین ملاحظه فرمایید: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳۸۶.

۶۵. وسائل الشیعه، باب ۴۰ از ابواب آداب التجاره، حدیث سوم.

۶۶. وسائل الشیعه، ابواب ۱۰ و ۱۲ از عقدالبیع، احادیث دوم و سیزدهم.

۶۷. فان كثيراً من العقلاء يقدمون على شراء اشياء يجهلون حقيقتها، ولا يعدون الاقدام عليها ضرراً و خطراً، بل يدبرون الاحجام عنها سفهاً او اشبه بالسفه. او جمله شيخ انصاری را در تأیید گفتار خویش می آورد که فرموده است: «ان العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء النفع الكثير و يشترون الشيء المجهول بشمن لا يتضررون به كالمردد بين النحاس والذهب فان ذلك مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه، ولا يقبلون منه الاعتذار بانه مخاطره» محمد جواد مغنیه، منبع فوق، ص ۱۲۸.

۶۸. شيخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۲، صفحات ۴۰۵ الی ۴۱۹.



منعقد نمی شود و کسی هم به اعتبار علم متبایعین به ثمن تردید ننموده مگر اسکافی که عنوان نموده: لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما، والثمن مجهول لاحدهما جاز اذا لم يكن يواجهه كان للمشتري الخيار. مثل این که بگوید این متاع را به قیمتی که فروشنده به دیگران می فروشد خریداری نموده چنین معامله ای جایز است. و هم او از اسکافی نقل می نماید: اما اگر هر دو به مقدار ثمن در زمان انعقاد عقد بیع جاهل باشند جایز نیست و بیع منفسخ می شود. آنگاه صاحب جواهر در ردّ نظرات اسکافی اظهار می دارد که این ایده متروک بوده به خصوص که اجماع قبل از آن وجود دارد و مخالف با حدیث نهی النبی عن الغرر است. خلاصه آنچه از بحث فوق فهمیده می شود این است که در بین فقها اجماع محصلی در مورد معلوم بودن ثمن وجود ندارد و در بعضی مواقع به خاطر نفع قابل توجه جهل به مورد معامله را باید نادیده گرفت و کسی که چنین اقدامی را انجام نمی دهد قابل ملامت است.

برخی فقها برای پاسخگویی به نیازهای جامعه سعی در حل مشکلات در قالب های قدیمی داشته اند. برای مثال آقای حکیم<sup>۱۱</sup> پس از این که عنوان می کند که عوضین باید ضرورتاً معین بوده و مردّد نباشند (مسأله ۱۳) عنوان می نماید که چنانچه متعاقدين عقدي را بدون ثمن منعقد نمایند و منتظر وصول لیست قیمت باقی بمانند باز هم مشکل زا خواهد بود. آنگاه اضافه می نماید که می توان از اشکالات فوق به یکی از دو صورت ذیل رهایی یافت.

اول: انجام معامله به ثمنی معلوم با اشتراط حق فسخ برای احدی از طرفین یا هر دو آنان، در صورتی که آشکار شود ثمن متناسب با لیست خرید نبوده است.  
دوم: انجام معامله به ثمن معلوم همراه با این شرط که در صورتی که آشکار گردد ثمن متناسب با لیست خرید نبوده، فروشنده یا خریدار تفاوت قیمت را تأمین نماید.

راه حل دوم، برای پاسخگویی به نیاز جامعه تدوین شده است و در عمل با

۶۹. السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، منهاج الصالحين: المعاملات القسم الاول، دارالصفور بيروت لبنان، ص ۴۹ - ۴۸.

ثمن شناور هیچ تفاوتی ندارد.

به هر حال، ملاک وجود یا عدم وجود غرر، عرف و عادت جاری مردم است.<sup>۷۰</sup> معیار خشک و غیر قابل انعطاف برای تشخیص غرر در شرع نیامده است.<sup>۷۱</sup> ضابطه غرر همان احتمال عقلایی ضرر و زیان است و عرف آن را نمی پذیرد و به دیده تسامح به آن نگاه نمی کند و دخول در معامله ای با چنان خصوصیتی از سوی عرف و عقلا به خاطر تضییع مال مورد نکوهش قرار می گیرد. هرگاه عرف معامله ای را غرری نداند، آن معامله غرری نخواهد بود. تشخیص این که چه معامله ای غرری است برحسب زمان و مکان و اوضاع و احوال هر قضیه از جمله شغل متعاقبین فرق می کند. داوری عرف در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت بوده، ممکن است معامله ای خاص به علت عدم کنترل دولت غرری تلقی شود در حالی که همان معامله در محل دیگری غرری محسوب نگردد.

برای توجیه ثمن شناور، صرف نظر از عرفی بودن معنای غرر، و صرفاً از نظر روانی می توان به احادیث متعددی تمسک جست که از آن بین دو حدیث را برگزیده ایم.

در حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده در مورد شخصی که از مردی مقداری گندم به چند درهم خریده و بخشی از آن را تحویل گرفته است، بعد از مدتی برای اخذ بقیه مراجعه می کند در حالی که قیمت گندم ترقی یا تنزل نموده است فرمود: اگر روزی که آن را خریده ثمن را تعیین کرده باشد همان مبلغ را بپردازد ولی اگر ثمن معین نشده باشد فائماً له سعر یومه.<sup>۷۲</sup> به عبارت دیگر با وقوع معامله یا ثمن مشخص می شود یا خیر، در صورت اول مشتری ملزم به پرداخت ثمن معین است و

۷۰. میرفتاح مراغه ای، عناوین، ص ۲۷۰ - ۲۶۸؛ حکیم آیت الله سید محمد سعید، المعاملات، ص ۴۸ و ۴۹.

۷۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۴۰۷؛ میرزای نائینی، منیه الطالب، ج اول، ص ۲۹۰.

۷۲. حدیث. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، نشر صدوق، تابستان ۱۳۶۸، حدیث شماره ۳۷۷۴، صفحه ۲۸۱.

در صورت دوم (یعنی موقعی که ثمن شناور است) باید قیمت روز مبیع را بپردازد.

در حدیث صحیح دیگری از رفاعه نحاس نقل شده<sup>۳۳</sup> که امام صادق در مورد فروش جاریه ای که قبلاً ثمن آن معین نشده و تعیین آن بر عهده خریدار گذارده شده و مالک قبلی از دریافت هزار درهم ارسالی به وی خودداری نموده بود فرموده است: برای جاریه قیمت عادله ای وجود دارد اگر قیمت وی بیش از هزار درهمی باشد که برای وی ارسال نموده باید بقیه را به وی بپردازد و اگر ثمن آن کمتر است اضافه ارسالی مال مالک قبلی می باشد. این حدیث به خوبی صحت معامله با ثمن مجهول را نشان می دهد. اگر چنین معامله ای باطل بود هرگز امام (ع) حکم به پرداخت ثمن عادله نمی فرمود.

دیگران نیز با توجه به این که نرخ روز عقد مشخص و ثابت است، عدم ذکر ثمن را مستلزم جهل و غرر ندانسته و عقد را صحیح تلقی نموده اند.<sup>۳۴</sup> برخی از فقهای معاصر هم در صورتی که مشتری ثمن را به قیمت بازار یا بالاتر از آن تعیین نماید، قابل اتکا دانسته اند.<sup>۳۵</sup>

صاحب حدائق<sup>۳۶</sup> نیز با استناد به حدیث رفاعه نحاس در مورد فروش جاریه در وسائل الشیعه<sup>۳۷</sup> بهای متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می داند و حکم به بطلان معامله نمی دهد.

۷۳. الحرالعالمی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۲، ص ۲۷۱، (باب الشرط تقدیر الثمن و حکم من اشتری جاریه لحکم فوطئها) حدیث ۱. همین حدیث در شماره ۳۸۵۱ کتاب من لایحضره الفقیه، نشر صدوق، سال ۱۳۶۸، ص ۳۱۱ نیز آمده است. البته شیخ مرتضی انصاری این حدیث را ضعیف تلقی فرموده اند (مکاسب، ص ۱۹۰).

۷۴. علی محمدی، شرح تبصره، علامه حلی، ج ۱، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۱، ص ۳۹۲.

۷۵. خوبی، آیت الله ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، چاپ نجف، حیدری، ج ۵، ص ۳۱۷.

۷۶. شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناصره فی احکام العترة الطاهره، با تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم، ج ۸، ص ۴۶۰ - ۴۶۱.

۷۷. جلد ۱۲، ص ۲۷۱، حدیث اول.

مقدس اردبیلی در مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان<sup>۷۸</sup> نیز روایت رفاعه نحاس را صحیح دانسته و آن را دال بر عدم نیاز به علم بر ثمن تلقی نموده و فرموده است که این حدیث دلالت دارد بر جواز جهل به ثمن، و معامله ای که در آن ثمن مجهول باشد به صورت صحیح واقع می شود. و باید قیمت بازار مبیع برای آن پرداخته شود.

نتیجه این که نباید کسی مدعی شود که معامله با ثمن شناور ضرورتاً غرری است به خصوص که ثمن بعد از انعقاد قرارداد با معیارهای علمی و عملی تعیین می گردد و خوف نزاع و بیم ضرر هم در آن وجود نخواهد داشت و منافع بسیار زیادی نیز برای جامعه و طرفین و رشد اقتصادی و برنامه ریزی و تولید با کیفیت بهتر و متناسب با نیاز جامعه نیز در چنان معامله ای وجود دارد.

## ۲. بررسی ثمن شناور در قانون مدنی ایران

بدیهی است که برای صحت هر معامله ای شروطی لازم بوده و یکی از این شرایط معین بودن موضوع معامله می باشد. به موجب بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران معین بودن مورد معامله از جمله شرایط صحت معامله می باشد. همچنین مورد معامله نه تنها باید معین، بلکه معلوم نیز باشد. به موجب ماده ۲۱۶ قانون مدنی: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». با توجه به این نکته که در معاملات معوض، مورد معامله اعم از عوض و معوض است، به حکم بند سه ماده ۱۹۰ قانون مدنی عوضین در معاملات معوض باید معلوم و معین باشند. این موضوع از تعریف عقد بیع نیز به دست می آید زیرا در تعریف این عقد در ماده ۳۳۸ قانون مدنی آمده است که: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». پس برای این که عقدی به عنوان بیع تلقی گردد ضروری است که عوض معامله (ثمن) معلوم باشد و به همین منوال، طبق ماده

۷۸. مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ سنگی در یک مجلد، ص ۴۶۱.

۳۴۲ قانون مدنی، لازم است که مبیع معلوم باشد، البته معلوم بودن آن با توجه به معیارهای اندازه گیری به عرف بلد واگذار شده است.

پس به جرأت می توان عنوان نمود که برای صحت انعقاد عقد بیع نه تنها مبیع باید معلوم و معین باشد، بلکه این حکم در مورد ثمن نیز جاری است و عقد بیع واقع نمی شود مگر این که با بیع و مشتری بدواً در مبیع و ثمن آن توافق نموده باشند. به عبارت ماده ۳۳۹ قانون مدنی: «پس از توافق با بیع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود». به عبارت دیگر اگر ثمن شناور باشد اعم از این که معلوم یا معین نباشد، بیع صحیحاً واقع نمی شود. این امر در مورد سایر معاملات معوض نیز ظاهراً صادق است و صحت هر معامله ای که ثمن آن شناور باشد محل تردید است.

در موارد فوق تفاوتی ندارد که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته باشد و یا طرفین شیوه ای جهت تعیین آن در آینده مقرر داشته یا نداشته باشند و یا این که ثمن را به طور کلی مسکوت گذارده و در دایره ابهام رها کرده باشند. ناگفته نماند که واژه ثمن شناور برای هر دو مورد فوق به کار می رود. در نتیجه، اگر پس از بحث و بررسی به این نتیجه برسیم که هنگامی که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته معامله باطل است و این گونه توافقات برای صحت عقد بیع کافی نیست، به طریق اولی در فرضی که ثمن قرارداد مسکوت گذارده شده عدم صحت معامله محرز و بطلان آن مسلم می باشد.

نکته دیگری که ذکر آن در اینجا حایز اهمیت بوده این است که در بحث حقوق ایران، صرفاً به اعتبار یا عدم اعتبار قراردادهای با ثمن شناور اکتفا نموده و راجع به آثار ناشی از ثمن شناور بحثی نخواهیم نمود. لذا این بحث را که چنانچه متعاملین، ثمن را در قرارداد مسکوت گذاشته باشند، چه ثمنی حاکم خواهد بود و این مطلب که چنانچه تعیین ثمن به شیوه ای که بدواً طرفین در مورد آن به توافق رسیده اند ممتنع گردد تکلیف چه خواهد بود و بالاخره این که در سایر موارد ثمن شناور ضابطه تعیین ثمن چه می باشد، به طور جداگانه و گسترده

بررسی نمی شود.

در موارد خاصه که علم اجمالی به مورد معامله، از جمله ثمن، کفایت می کند، موارد مذکور به خوبی روشن نشده است. برخی این استثناء را به مواد مصرّح در قانون، یعنی مواد ۶۹۴ و ۵۶۳ و ۵۶۴ و ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنی، محدود نموده اند.<sup>۷۹</sup>

اساتیدی که قانون را با توجه به عرف و نیازهای جامعه تفسیر کرده اند با توجه به این که عموم و خصوص مفهوم نسبی هستند فرموده اند که اشکالی ندارد خود این استثناءها بتواند بیانگر یک قاعده حقوقی باشد و قواعد حقوقی را نیز نباید تنها در چارچوب قانون مورد بررسی قرار داد، بلکه باید آنها را در پرتو رسوم و عادات و نیازمندیها تفسیر نمود.<sup>۸۰</sup>

### ۲.۱. معلوم و معین بودن مورد معامله

عنوان گردید که معین بودن مورد معامله به موجب بند سه ماده ۱۹۰ قانون مدنی از جمله شرایط صحت معامله می باشد. ضرورت معلوم بودن مورد معامله نیز از ماده ۲۱۶ قانون فوق استنباط گردید. حال توضیحات بیشتری راجع به این مواد ضروری به نظر می رسد.

#### الف. معین بودن مورد معامله

هرچند که در قانون از معین بودن مورد معامله نام برده شده است اما از آن تعریفی به عمل نیامده ولی مستفاد از مواد ۵۶۴ و ۶۹۴ قانون مدنی این است که منظور قانونگذار از «معین بودن» مورد معامله نهی از مردد بودن آن می باشد. به عبارت دیگر مورد معامله نمی تواند یکی از چند چیز به نحو مردد باشد و ظاهراً

۷۹. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۱۳.

۸۰. رک. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، خرداد ۱۳۷۱، ص ۱۸۵؛ جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق تعهدات، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، فروردین ۱۳۷۲، ص ۱۹۵.

غرض از لزوم معین بودن مورد معامله نیز رفع غرر است که بحث آن گذشت<sup>۸۱</sup> و منظور قانونگذار این بوده که طرفین قرارداد بر موضوع واحدی اراده نمایند تا قصد انشای معامله محقق گردد. به همین دلیل گفته شده چنانچه بر روی موضوع واحدی قصد انشای عقد متمرکز شود و در قرارداد شرط شود که احد از متعاملین بتواند در صورت تمایل ظرف مدت معینی یکی از عوضین را پس داده و شیئی دیگری را در عوض آن اخذ نماید اشکالی بر صحت عقد وارد نیست. سؤالی که در اینجا مطرح می باشد این است که آیا چنانچه یکی از متعاملین بر روی مبیع های متفاوت یا ثمن های متعددی قصد انشای واحد نموده و اختیار انتخاب را به طرف دیگر عقد بسپارد که قبول هریک از آن ایجابها توسط وی موجب انعقاد عقد مربوط به موضوع همان ایجاب گردد، چنین ایجاب و قبولی صحیح و موجب انعقاد قرارداد است؟ اگر چنین امری را بپذیریم، که پذیرش آن چندان بعید به نظر نمی رسد، موضوع ایجاب و قبول معین بوده و در صحت عقد نباید تردید روا داشت این موضوع یکی از موارد ثمن شناور است، بهمن شناور عبارت دیگر ثمن شناور به این شکل مورد پذیرش است. برای مثال چنانچه فروشنده بخواهد دستگاه ویژه ای را بفروشد و در ایجاب خود اظهار دارد که این دستگاه را به یکصد هزار تومان یا دویست دلار یا صد و پنجاه پوند یا سیصد و هفتاد مارک می فروشم و خریدار هم دویست دلار را به وی بدهد یعنی یکی از ایجاب های وی را پذیرفته است و معامله به طور صحیحی واقع شده است. به عبارت ساده تر، چنانچه ثمن های نامعین را به عنوان ایجاب های منفرد جداگانه فرض نماییم که یکی از آنها مورد قبول خریدار قرار گیرد، مورد معامله معین بوده و معامله صحیح است و در این معامله بدون پذیرش ثمن شناور و فقط با یک استدلال حقوقی و رعایت اصول، صحیح بودن معامله حاصل می شود. هدف در اینجا صحیح بودن معامله است و تفاوتی نمی نماید که با چه استدلالی به این هدف می رسیم. در این که ثمن شناور مورد پذیرش باشد

۸۱. رک. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۱۴؛ بند ۳-۱ همین مقاله را نیز

ملاحظه فرمایند.

یا ثمن معین انتخاب شده از ایجاب‌های متعدد با قصد انشای واحد، از نظر تجار تفاوتی ندارد، زیرا حاصل هر دو صحت معاملات می‌باشد که بدان رسیده‌اند. این موضوع ساده‌ترین نوع ثمن شناوری بوده که می‌تواند با یک استدلال حقوقی مورد پذیرش حقوق ایران قرار گیرد.

### ب. معلوم بودن مورد معامله

همان‌گونه که عنوان گردید، علاوه بر معین بودن مورد معامله، به حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید نزد متعاملین معلوم باشد و علم اجمالی نسبت به آن کافی نیست مگر در مواردی که قانون علم اجمالی را کافی بداند. مورد معامله در صورتی معلوم است که مقدار، جنس و اوصاف اساسی آن برای طرفین معامله معلوم باشد و داوری این امر به عهده عرف نهاده شده است.<sup>۸۲</sup> یعنی هم در مورد مقدار و هم در مورد جنس و اوصاف، ضابطه معلوم بودن همان داوری عرف است. مثلاً چنانچه تکمیل یک پروژه انرژی اتمی که قسمتی از آن ساخته شده به عهده شرکت دیگری گذارده شود در حالی که حدود کلی مشخصات آن برای متخصصین امر روشن بوده و مورد نظر طرفین نیز باشد، معامله صحیح است؛ زیرا آنچه بر ذمه وی می‌باشد با توجه به طرحها و نقشه‌ها و آنچه که اکنون وجود دارد، مبهم نمی‌باشد. این داوری عرف است که می‌گوید با توجه به اطلاعات و مشخصات موجود مورد معامله معلوم است.<sup>۸۳</sup> صرف این که قصد انشای متعاملین به موضوع معلومی تعلق بگیرد، برای صحت عقد کفایت می‌کند. بنابراین، چنانچه جزئیات بسیار ریز دیگر مجهول بماند یا تعیین آن بر عهده سازنده یا فروشنده گذارده شود، اهمیتی ندارد و بر صحت عقد خللی وارد نمی‌نماید و موجبات اختلال در ارکان عقد و بطلان آن را به وجود نمی‌آورد. ناگفته نماند که برخی از فقها عقیده دارند که چون شرط جزء یکی از عوضین معامله می‌باشد لذا شرط

۸۲. ماده ۴۴۲ قانون مدنی.

۸۳. رک. امامی، دکتر سیدحسن، منبع فوق، ص ۲۸۳.



مجهول همیشه ایجاد غرر می نماید و جهل به آن موجب جهل به عوضین خواهد بود، به همین علت شرط مجهول را مطلقاً مفسد عقد می دانند.<sup>۸۴</sup> اما قانون مدنی، با پذیرش عرف بلد بر ایده آنان صحه نگذارده است. به هر حال، تا آنجایی که مرتبط با مقدار ثمن می شود نیز اتفاق می افتد که ثمن نسبتاً مجهولی در عرف معلوم محسوب شود، لذا در این موارد هم می توان گفت که قانون مدنی تاب تفسیر موسعی را دارد.

در هر حال، نباید در این امر تردید نمود که معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط صحت عقد است و ثمن هم که یکی از موارد معامله است باید معلوم و معین باشد، اما ضابطه معلوم و معین بودن و به عبارت دیگر مبهم و مردد نبودن، را باید در عرف جستجو نمود.

ناگفته نماند که «معلوم» و «معین» بودن دو واژه ای هستند که با هم نسبت عموم و خصوص من وجه دارند؛ آنها در واقع مترادف نبوده و هریک دارای معنای مستقلی می باشند. اما به هر حال وقتی که ثمن نامعین و یا نامعلوم باشد، در هر دو حالت با مسامحه، به آن ثمن شناور گفته می شود، و چنانچه از نظر عرف هم نامعلوم و نامعین تلقی شوند تردیدی در عدم صحت معامله نباید روا داشت. اما به فرض صحت آنچه گفته شد، آیا باید بحث ثمن شناور را به طور کلی کنار گذاشت؟ یا باید در جستجوی راه حلهای دیگری بود تا در حد امکان به نیازهای روز جامعه پاسخ داده شود؟ در پاسخ می توان این موضوع را مطرح نمود که زمان معلوم و معین بودن از نظر نیازهای جامعه چه زمانی است، زمان انعقاد عقد یا زمان اجرای قرارداد و پرداخت ثمن؟ نیاز به اطلاع از این مطلب ما را به بررسی زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله به شرح آتی سوق می دهد.

## ۲.۲. زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله

حال این سؤال مطرح می‌باشد که آیا در اعتبار و صحت قرارداد، معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد ملاک و مناط می‌باشد یا در زمان اجرای آن؟ طبیعی است که در برخی موارد ثمن شناور، کاملاً نامعلوم یا نامعین نیست، بلکه در برهه‌ای از زمان قبل از پرداخت، ثمن معین و مشخص می‌شود. از ظاهر برخی مواد قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد که مورد معامله باید در زمان انشای عقد معلوم و معین باشد به طوری که متعلق انشای متعاملین در آن زمان معلوم و معین باشد. پس اولاً، اگر متعلق انشای متعاملین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین باشد، هرچند که بعداً خلاف آن ثابت گردد، عقد معتبر است. به همین دلیل اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار بوده مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر این که در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند. این امر بی‌تردید مفید در صحت عقد است زیرا چنانچه عقد باطل می‌بود جایی برای فسخ باقی نمی‌ماند.

موضوعی که در پاراگراف فوق عنوان گردید در مورد مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی نیز صادق است. پس هنگامی که موضوع معامله در زمان انعقاد عقد معلوم بوده ولی بعداً کمتر یا بیشتر از آنچه تصور می‌شده درآید عقد صحیح بوده و نباید در صحت آن تردید نمود. ولی از آنجا که این موضوع با ثمن شناور مرتبط نمی‌باشد لذا از بسط و بحث و بررسی آن خودداری می‌گردد. ثانیاً، چنانچه موضوع انشای متعاملین صرفاً نزد آنها نامعلوم بوده، در حالی که این موضوع نزد سایرین مبهم نباشد، معامله باز هم باطل محسوب می‌شود.<sup>۸۵</sup> لذا چنانچه بعداً موضوع معامله برای متعاملین معلوم گردد یا تردید برای آنها مرتفع شود این امر نمی‌تواند مهر تأییدی بر عقد باطل بگذارد و آن را صحیح نماید.

پس معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد شرط صحت بوده و

۸۵. امامی، دکتر سیدحسن، (منبع فوق)، ص ۲۱۸.

اگر در آن زمان مجهول یا مردد باشد، عقد باطل خواهد بود و تعیین لاحق نمی تواند موجب اعتبار بخشیدن به عقد باطل گردد.<sup>۸۶</sup>

با این وجود، برخی از مواد قانون مدنی به نحوی نگارش یافته که تردید در لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله در هنگام انشای عقد را به وجود می آورند. مثلاً از ماده ۳۵۲ قانون مدنی می توان چنین استنباط نمود که در مواردی که مبیع کلی بوده، لازم نیست عین مورد معامله در زمان انشای عقد تعیین شود، بلکه کافی است که وصف و جنس و مقدار آن چنان معلوم باشد که در آینده بتوان آن را تعیین نمود. به عبارت دیگر در این گونه معاملات «قابلیت تعیین» در آینده جهت صحت عقد کافی است.<sup>۸۷</sup>

با توجه به مطالب فوق می توان چنین نتیجه گرفت که در تمام قراردادهایی که مورد تعهد کلی است این حکم می تواند حتی در مورد احکام ثمن نیز جاری باشد. با این دیدگاه، چنانچه در عقد بیع ثمن کلی باشد (همان طوری که در بیع بین المللی و در بیع داخلی، ثمن غالباً پول بوده که کلی می باشد) قابلیت تعیین آن در آینده کافی بوده و معین بودن آن در زمان انعقاد قرارداد شرط نیست. این امر از مفاد ماده ۳۵۰ قانون مدنی نیز استنباط می گردد. و بنابر ماده قانونی مذکور نیز تعیین مبیع در عقود بیع کلی در معین یا کلی فی الذمه لازم نیست. در نتیجه از وحدت ملاک این دو ماده چنین استنباط می شود که قاعده موجود در ماده ۳۵۰ قانون مدنی در مورد ثمن کلی نیز جریان داشته باشد. یعنی به عبارت دیگر، ضرورتی ندارد که ثمن در زمان انعقاد قرارداد معین باشد. چنانچه این ایده را بپذیریم، که پذیرش آن نیز منطقی جلوه می کند، هنوز برخی از مشکلات ثمن شناور به قوت خود باقی می ماند و تمام مسائل ثمن شناور حل نخواهد شد. چرا که مشکل عمده در ثمن شناور، هنگامی مطرح می گردد که متعاملین ثمن را به طور

۸۶. امامی، دکتر سید حسن، (منبع فوق) ص ۱۷۶؛ همچنین مراجعه شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی عقود معین، جلد اول، ص ۱۵۰.

۸۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، ص ۱۸۶، شماره ۳۳۹.

کلی مسکوت می گذارند و لذا باید دید که آیا در مورد ثمن کلی عدم لزوم «معلوم بودن ثمن» در زمان انعقاد عقد هم قابل پذیرش است یا خیر؟

از ظاهر ماده ۳۵۱ چنین بر می آید که اگر در مبیع کلی مقدار و جنس و وصف معلوم باشد بیع صحیح خواهد بود و الا چنانچه مبیع کلی باشد ولی مقدار و جنس و اوصاف آن معلوم نباشد بیع صحیح نمی باشد. البته این موضوع از مفهوم مخالف ماده فوق استنباط می گردد و اگر بخواهیم با وحدت ملاک آن را به ثمن نیز تعمیم دهیم، گفته خواهد شد که در معاملاتی که در آنها ثمن کلی است، مقدار و نوع آن باید در زمان انشای عقد معلوم باشد و در غیر این صورت معامله باطل خواهد بود. پس با فرض این که در ثمن شناور، مورد معامله مجهول است، دیگر جایی برای بحث باقی نخواهد ماند و لاجرم باید چنین معامله ای را طبق قانون مدنی باطل اعلام نمود. بنابراین، با این پیش فرض که هرگاه ثمن مجهول باشد، معامله نیز به تبع آن باطل خواهد بود، آیا باید قبول نمود که دیگر جایی برای اثبات آنچه در عرف بر آن صحه گذارده شده است، وجود ندارد؟ آیا باید هر کجا که ثمن معلوم نبود، صرف نظر از «حدود نامعلوم بودن ثمن»، قراردادهای موضوع آن را باطل بشماریم؟ پاسخ به این سؤالات و این که اصولاً ثمن تا چه حدودی باید معلوم باشد و نقش عرف در تعیین آن چگونه است، موضوع بحث آتی خواهد بود که متعاقباً به آن خواهیم پرداخت.

### ۳. حدود معلوم بودن ثمن در معاملات و نقش عرف

در قانون مدنی اشاره ای به تعریف معلوم بودن ندارد و ضابطه ای را جهت تشخیص آن ارائه نمی دهد. از قسمت اول ماده ۳۴۲ قانون مدنی که نه تنها در مورد بیع، بلکه در سایر قراردادها نیز جاری است، روشن می شود که منظور از معلوم بودن این است که «مقدار»، «جنس» و «اوصاف» مورد معامله باید معلوم باشد. اگر دیگر مشخصات مبیع معلوم نباشد موجبی برای بطلان به وجود نمی آید. برای مثال چنانچه خریدار از قسمتهای داخل یک دستگاه فاکس یا رادیو و یا

تلویزیون آگاهی نداشته و این گونه موارد بر وی نامعلوم باشد، نمی توان مورد معامله را مجهول دانست. باید عنوان نمود که معلوم بودن مقدار و جنس و اوصاف نیز تابع عرف بلد است هرچند که قسمت اخیر ماده ۳۴۲ فقط از مقدار نام برده و بحثی از جنس و اوصاف ننموده است.

احاله قضیه به عرف، صرفاً محدود به نوع، میزان و وسیله سنجش «مقدار» نیست، بلکه اصولاً حدود معلوم بودن آن به عرف واگذار شده است. پس همین که کامپیوتر ۴۸۶ ساخت شرکت خاصی با مشخصات کلی آن مطرح شود مورد معامله معلوم تلقی می شود، هرچند برخی از مشخصات آن برای خریدار مبهم بماند، زیرا ضابطه معلوم بودن کمیت و کیفیت مورد معامله نیز تلویحاً به عرف بلد واگذار شده است. قانونگذار عملاً نمی تواند خلاف این امر را مقرر نماید. اگر به فرض محال چنین وضعیتی هم پیش می آمد که باید مختصات و اوصاف کامل مبیع برای متعاملین مشخص باشد، هیچ معامله ای به جز در موارد بسیار ساده آن، به طور صحیح واقع نمی شد. چون، فقط متخصصین سازنده مورد معامله هستند که به غالب مختصات مبیع آگاهی دارند و همین متخصصین هم راجع به کالاها یا اشیای دیگر مثل افراد عامی محسوب می شوند و علم آنها به تمامی مختصات سایر کالاها نیز ناقص می باشد و به معنای علمی آن موضوع معامله برای آنها نیز مجهول است. پس هنگامی که عنوان می شود مورد معامله باید برای طرفین معلوم باشد، همین اندازه که طرفین مقدار و جنس و کلیات وصف آن را بدانند کفایت می کند. به علاوه این امر هم، مربوط به تولیدات گیاهی است و همین اندازه هم علم به کالاهای صنعتی و اوصاف آنها برای صحت معامله ضرورت ندارد. مثلاً گاهی دستگاهی فروخته می شود و پس از فروش، بایع نحوه عملکرد آن را به مشتری یاد می دهد یعنی حتی پس از تحویل کالا، خریدار نحوه عمل با آن دستگاه را نیز نمی داند تا چه رسد به سایر اوصاف آن، لذا همین اندازه که خریدار بداند دستگاه فروخته شده چه کاری و با چه کیفیتی انجام می دهد، برای معلوم بودن مورد معامله در عرف کافی است.

آنچه گفته شد راجع به مبیع بود، اما با وحدت ملاک، این موارد در مورد ثمن نیز صادق است. درست است که مطابق عرف عامه مردم، وسیله معلوم نمودن ثمن به ارقام است، مثلاً هزار تومان یا یکصد دلار یا دویست پوند یا دو هزار مارک، اما بعضی مواقع در صنف خاصی، برخلاف ذهن عموم مردم، همین که مثلاً گفته شود فروش یک دستگاه بافنده لباس با قیمت تولیدی سال بعد، حدود ثمن معامله برای طرفین معلوم بوده و آنها ابهامی را احساس نمی نمایند؛ چرا که آن صنف خاص می داند تورم چقدر است، حقوق کارگران برای تولید دستگاه چند درصد بالا خواهد رفت و مواد اولیه چقدر گران خواهد شد. پس ثمن برای آن صنف خاص معلوم است هر چند برای دیگران در دایره ابهام قرار گرفته باشد.

با توجه به آنچه عنوان گردید، لزوماً باید گفت که چنانچه مقدار ثمن معامله برای خریدار معلوم نباشد، همین مقدار برای شمول مفهوم جهل به مورد معامله و بطلان آن کافی می نماید، اما اگر خریدار از همان صنف باشد و فاکتورهای مختلف تعیین ثمن بعدی را بداند، آیا باز هم وضع معلوم و مجهول بودن ثمن معامله، مثل مورد اول است؟ آیا در اینجا نیز ثمن معامله در نزد متعاملین نامعلوم می باشد؟ طبیعی است که آن دو مورد مثل هم نیستند، در مورد اول ثمن مجهول است، در حالی که در مورد دوم ثمن برای صنف خاصی عرفاً معلوم است. لذا هر کجا که بحث از علم به مورد معامله و ثمن مطرح است، مقصود آگاهی عرفی بوده و معیارهای تجربی و علمی محض مورد نظر نمی باشد. در نتیجه، در این گونه موارد، متعلق انشای متعاملین در هنگام عقد معلوم است و همین مقدار معلوم بودن عرفی برای صحت عقد کفایت می نماید. حال اگر بعداً واقع امر خلاف متعلق انشای متعاملین باشد، در عقدی که صحیحاً واقع شده، تأثیری نمی گذارد. علیهذا، این که گفته شود برای رفع غرر به مغبون باید به وی حق فسخ قرارداد را داد تلویحاً مفید صحت وقوع عقد مورد نظر است.

شرکتهای تولیدی که سهامداران آنها را سرمایه داران کوچک تشکیل می دهند به شدت به صحت چنین قراردادهایی نیازمندند. رواج قراردادهای مربوط

به فروش ماشین آلات و غیره در جامعه امروزی، حقوقدانان را که هنوز سنتی فکر می‌کنند بیدار خواهد نمود تا چاره‌ای برای مسأله ثمن شناور بیابند.

هرچند صحت این معاملات از تفسیر مواد قانونی و نه از مصالح اجتماعی استنباط می‌گردد ولی قبولانندن آن به قضاوت فعلی دادگاهها بسیار مشکل است و اصل صحت قراردادها هم جرأت کافی به قضاوت نمی‌دهد تا تصمیم قاطعی اتخاذ نمایند و فقهای هم که به استناد اخبار رسیده از معصوم، قیمت متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می‌دانند<sup>۸۸</sup> اندک می‌باشند و نظر آنها شاذ و غیر مفتی به تلقی می‌شود، که بر مشکل معاملات مردم و تجار می‌افزاید.

در زمان گذشته که عقود را منحصر به عقود معین می‌دانستند، می‌توانستند عقود معاوضی را که عوض آن مجهول بود در قالب موسع عقد صلح تجزیه و تحلیل نموده و آن را مورد پذیرش قرار دهند ولی امروزه نباید به این گونه توجیهاات متروک متوسل شد و اصولاً نیازی به آنها نیست.

به هر حال، ضرورت‌های اجتماعی و مصالح مردم و عدم امکان غرر در معاملات صنفی که به ثمن معامله یا حدود آن آگاهی دارند و سرعت در معاملات و اطمینان از انعقاد معامله که برای حیات تجاری بازرگانان و ادامه کار کارخانه داران ضروری است، ایجاب می‌نماید که ایده ثمن شناور، به تبعیت از عرف جامعه، مورد شناسایی صریح قانونگذار نیز قرار گیرد و این امر باعث افزایش سطح معاملات، افزایش موارد صحت معامله، سود تجاری برای متعاملین و جلوگیری از ورود ضرر به خریدار و فروشنده از جهت قیمت عادلانه و به فروش رفتن تولیدات و اطمینان از در دسترس بودن قطعات یدکی برای ادامه کار و وجود و حدود مشتریان می‌شود.

قبول ثمن شناور همچنین باعث سرمایه‌گذاری و تولید بیشتر شده و تولید ملی را بالا می‌برد. در عین حال به کارگیری وسایل مطلوب علم روز و وسایل پیشرفته تر برای تولید بهتر را تسهیل می‌نماید و باعث تولید کار و توسعه اقتصادی و افزایش فرصتهای شغلی می‌شود.

پس عقل سلیم و ضرورتهای اجتماعی و اقتصادی ایجاب می نماید تا در موارد خاصی که ثمن شناور موجب غرر نمی شود آن را صریحاً در قانون ایران به رسمیت بشناسیم.

### مبحث چهارم ثمن شناور در کنوانسیونهای بین المللی

ثمن شناور از دیر باز مورد بحث و گفتگوی کشورها و مجامع و کنفرانسهای بین المللی راجع به بیع کالا بوده است. این موضوع در ماده ۶۷ پیش نویس ۱۹۵۶ UNIDROIT و ماده ۵۷ کنوانسیون متحدالشکل بیع بین الملل لاهه (مصوب ۱۹۶۴) و ماده ۳۶ پیش نویس ۱۹۷۶ و ماده ۳۷ پیش نویس بیع آنسیترال و ماده ۵۱ پیش نویس ۱۹۷۸ کنوانسیون بیع کالا که بالاخره پایه کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ وین گردید، آمده است. نظر به این که پیش نویس ها و قوانین فوق از نظر اجرایی منتفی هستند لذا در این مبحث، منحصرأ به بررسی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین خواهیم پرداخت.

#### ۱. ثمن شناور در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع

##### بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین

همان گونه که قبلاً مطرح گردید در برخی از سیستم های حقوقی، قرارداد بدون ثمن معین و یا قابل تعیین منعقد نمی شود، چون معلوم و معین بودن ثمن را رکن اساسی معامله محسوب می نمایند. به همین دلیل بود که تصویب اصل ۵۵ در رابطه با ثمن قرارداد، در بیش از ۵۰ مورد با مخالفت و تعرض کشورها مواجه گردید و ۳۲ سخنرانی له و علیه آن صورت گرفت و بالاخره پس از این همه بحث و گفتگو با ۴۰ رأی موافق و سه رأی مخالف و پنج رأی ممتنع به تصویب رسید. در سال ۱۹۵۶ که در پیش نویس کنوانسیون بیع، بحث از ثمن شناور پیش



آمده بود، چنین مقرر گردید که در صورت عدم تعیین ثمن یا مسکوت گذاردن آن خریدار باید ثمن متعارف تعیین شده از طرف فروشنده در زمان انعقاد قرارداد را بپردازد و در صورت عدم وجود چنان ثمن متعارفی، خریدار باید براساس نرخ رایج بازار ثمن را پرداخت نماید. به موجب پیش نویس کنوانسیون مذکور متعاملین نمی‌توانستند به قانون ملی برای احراز بطلان معامله استناد نمایند و همین شیوه در ماده ۶۷ پیش نویس سال ۱۹۶۳ نیز مورد پذیرش قرار گرفت.

در آنسیترال (UNCITRAL) بحث‌های طولانی و زیادی حول ثمن شناور صورت گرفت، عده‌ای معتقد بودند که تعیین ثمن از جمله موارد مقتضای ذات عقد است، لذا چنانچه ثمن مشخصی وجود نداشته باشد، عقدی واقع نمی‌گردد. در حمایت از این عده، گروهی عنوان می‌نمودند بحث از ثمن شناور، با صحت قرارداد مرتبط بوده و در حیطه کنوانسیون نمی‌باشد و پاره‌ای از کشورهای جهان سوم و کشورهای سوسیالیست نیز به خاطر برخی مصالح، از درج چنین ماده‌ای در کنوانسیون وین حمایت نمی‌کردند.<sup>۸۹</sup> این گروه از کشورها عقیده جدی داشتند که نمی‌توان قراردادی را منعقد شده فرض نمود در حالی که نه ثمنی برای آن معین شده و نه قابل تعیین باشد.<sup>۹۰</sup> حتی پیشنهاد شد که قرارداد فاقد ثمن مشخص باید غیرقابل اجرا باشد، چون باعث بروز مشکلات زیادی می‌شود. به هر حال، دیگران تلاش در رفع ابهامات و پذیرش ثمن شناور داشتند.<sup>۹۱</sup> عمده اعتراض معترضین حول این محور دور می‌زد که نمی‌توان ثمنی که معمولاً توسط فروشنده معین می‌شود را تشخیص داد به ویژه که قراردادهای منعقد شده از نظر شروط تولید کالا، مواد اولیه استفاده شده، نوع، زمان و مکان پرداخت و روابط تجاری طرفین و سایر

۸۹. بحث مربوط به اینکه بالاخره چه ثمنی باید تعیین شود همیشه یک بحث مشاجره انگیز بوده و حول موارد ذیل نوسان داشته است:

الف - ثمنی که عموماً وضع شده است. ب - ثمنی که معمولاً فروشنده وضع می‌نموده است. ج - ثمنی که معمولاً در تجارت وضع می‌شود و در همه موارد فوق بحث بر سر این است که آیا اثمان فوق در زمان انعقاد قرارداد ملحوظ نظر قرار گیرد یا زمان تحویل مبیع.

90. Yearbook, I (1968 - 1970), 173 - 174.

91. Yearbook, IV, (1973), 32 - 33, 73 - 74.

فاکتورها با هم برابر و مساوی نیستند. برخی دیگر معتقد بودند که پایه و مبنای تعیین ثمن برای این گونه موارد به طور واضح معین شود در حالی که بعضی دیگر هم به طور کلی با وضع چنین ماده‌ای مخالفت می نمودند. اما دیگران چنین امری را به صلاح نمی دانستند چون در صورت فقدان چنین ماده‌ای قانون ملی کشورها، که طیف وسیعی از تئوریهای متضاد را تشکیل می دهند، حاکم بر قضیه می شدند و در نتیجه متعاهدین و قضات و داوران با مشکلات نحوه انتخاب قانون حاکم مواجه می گردیدند. به هر حال ماده ۵۵ کنوانسیون پس از جرح و اصلاحات متعدد و تغییر کلمات و عبارات به تصویب رسید که با ماده ۱۴ همین کنوانسیون ناهماهنگ است.

## ۲. چگونگی حل تعارض مادتين ۵۵ و ۱۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین

بند یک ماده ۱۴ کنوانسیون به شرح ذیل است:

«پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند نفر شخص معین در صورتی ایجاب محسوب می شود که به اندازه کافی مشخص بوده و دال بر قصد التزام پیشنهاد دهنده در صورت قبول طرف مقابل باشد. پیشنهاد در صورتی به اندازه کافی مشخص است که کالا را مشخص نموده و به نحو صریح یا ضمنی مقدار ثمن را معین یا ضوابطی را برای تعیین آن دو مقرر دارد».

آنچه از ماده فوق مستفاد می شود این است که در صورتی یک پیشنهاد به عنوان یک ایجاب تلقی می شود که به اندازه کافی مشخص باشد و ایجاب وقتی مشخص خواهد بود که علاوه بر تعیین کالا، به طور صریح یا ضمنی ثمنی برای معامله وضع شده باشد. پس هرگاه در قراردادی ثمن مشخص نباشد و شیوه‌ای نیز برای آن معین نشده باشد، اصولاً قراردادی منعقد نشده است.<sup>۹۲</sup>

۹۲. برای توضیح بیشتر حول این ماده مراجعه شود به: تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه داراب پور، مهاباد، جلد اول، کتابخانه گنج دانش، سال ۱۳۷۴، صفحات ۱۸۶ الی ۲۰۷.

از طرف دیگر ماده ۵۵ کنوانسیون فوق مقرر می‌دارد:

«هرگاه قرارداد به نحو صحیحی منعقد شده باشد، ولی ثمن به طور صریح یا ضمنی تعیین نشده یا مقرراتی برای تعیین آن وضع نگردیده باشد، در صورت فقدان هرگونه دلیل مخالف، چنین فرض می‌شود که طرفین به طور ضمنی بر روی ثمنی که عموماً در زمان انعقاد قرارداد برای چنان کالای فروخته شده‌ای که در اوضاع و احوال مشابه در تجارت مربوطه رایج است توافق کرده‌اند».

پس کنوانسیون در ماده ۵۵ خود برای مواردی که ثمن به نحو صریح یا ضمنی معین نشده یا ضوابطی برای تعیین آن مقرر نگردیده است، راه حلی ارائه داده است. یعنی هرگاه قرارداد بدون ذکر صریح یا ضمنی ثمن منعقد شده باشد، ثمن رایج در بازار خلأ موجود را پر خواهد کرد.<sup>۹۳</sup>

تردید وجود ندارد که مواد ۱۴ و ۵۵ با یکدیگر متعارضند، زیرا مستفاد از ماده ۱۴ این است که تعیین مقدار ثمن یا لاقلاً توافق در خصوص شیوه آتی تعیین آن، شرط لازم برای انعقاد قرارداد است. در حالی که طبق ماده ۵۵ چنین استنباط می‌شود که قرارداد بدون ذکر ثمن یا توافق بر روی ضابطه‌ای جهت تعیین آن در آینده نیز می‌تواند صحیحاً منعقد گردد و حتی چنانچه ثمن به طور کلی هم مسکوت گذارده شده باشد، باز هم امکان این که قرارداد معتبری منعقد شده باشد وجود دارد.

در راستای جمع این دو ماده، صاحب نظران و تدوین کنندگان و نویسندگان نظریاتی را ابراز نموده‌اند<sup>۹۴</sup> که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۹۳. برای ملاحظه سابقه تاریخی این ماده و تفسیر و مشکلات آن مراجعه شود به: تفسیری بر بیع بین المللی، ترجمه داراب پور، مهراب، جلد دوم، کتابخانه گنج دانش، سال ۱۳۷۴، صفحات ۲۶۸ - ۲۵۷.

۹۴. برای مثال منبع ذیل را ملاحظه فرمایید: ژان پیر پلانتر، حقوق جدید متحدالشکل بیع بین الملل، ترجمه ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۴ و ۱۵، بهار - تابستان ۷۰، ص ۳۲۴ - ۳۲۵.

Eörsi (Gyula), Problems of Unifying Law on the Formation of Contract for the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law, vol 27, page xx.

## الف- لزوم اعمال ماده ۵۵ در مواردی که يك يا چند کشور عضو قسمت دوم کنوانسیون نیستند

عنوان شده که ماده ۵۵ فقط در مواردی حاکم است که مرکز تجاری یکی از طرفین قرارداد در یکی از کشورهای تصویب کننده یا قبول کننده قسمت سوم کنوانسیون باشد. در این صورت قسمت دوم کنوانسیون که مرتبط با انعقاد قرارداد بوده در مورد آن طرف اعمال نخواهد شد و تعارضی هم وجود نخواهد داشت. لذا در صورت تحقق چنین واقعیتی، تردیدی وجود ندارد که تعارضی مطرح نخواهد شد. زیرا بند اول ماده ۹۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «هریک از کشورهای متعاقد می‌توانند در زمان امضاء، تصویب، قبول، تأیید و یا الحاق اعلام نمایند که ملزم به رعایت قسمت دوم این کنوانسیون نخواهند بود یا التزامی به مراعات قسمت سوم این کنوانسیون نخواهند داشت» بنابراین مطابق مقررات کشوری که صرفاً عضو قسمت دوم کنوانسیون است نه سوم، قرارداد بدون تعیین ثمن یا مشخص نمودن ضابطه ای برای آن منعقد نمی‌شود و ثمن شناور هم مقبول نخواهد بود. در حالی که، چنانچه کشوری عضو قسمت سوم کنوانسیون بوده ولی عضو قسمت دوم آن نباشد در این صورت ثمن شناور در آنجا معتبر خواهد بود و برطبق ماده ۵۵ تعیین خواهد شد.<sup>۹۵</sup> البته تاکنون هیچ کدام از کشورهایی که کنوانسیون را تصویب نموده اند یا بدان ملحق شده اند استثنایی برای اعمال آن قائل نشده اند.<sup>۹۶</sup>

## ب- پذیرش حکومت ماده ۵۵ بر ماده ۱۴

عنوان گردیده که اصل ۱۴ مربوط به انعقاد قرارداد است و اصل ۵۵ مرتبط با اجرای قرارداد می‌باشد، لذا هنگامی که یک قرارداد منعقد می‌گردد دیگر بحث از این که ایجاب آن به اندازه کافی مشخص بوده یا خیر، بی‌مورد است؛ چرا که

۹۵. برای اطلاع بیشتر از علت این تفکیک و اجازه پذیرش قسمت دوم یا سوم کنوانسیون مراجعه شود به: تفسیری بر حقوق بیع بین الملل، منبع فوق، جلد سوم، صفحات ۲۱۰-۲۰۸.

96. See Honnold, John. Uniform law for International Sales, under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pages: 409 - 411, and 194 - 203.

به مجرد انعقاد قرارداد، صرف نظر از این که مقرراتی برای تعیین ثمن وضع شده باشد یا خیر، دال بر این می باشد که پیشنهاد به اندازه کافی معین بوده است. لذا شیوه ای که تکیه بر صحت و عدم صحت پیشنهاد بعد از انعقاد قرارداد می نماید، برای تفسیر مناسب نمی باشد.

نتیجه ای که از این روش تفسیر حاصل شده این است که اصل ۵۵ حاکم بر اصل ۱۴ می باشد.<sup>۹۷</sup> البته نباید ایراد وارد نمود که مسائل مربوط به اعتبار قرارداد از شمول کنوانسیون خارج می باشد و تفسیر فوق متضمن این مطلب است که باید یکی از مصادیق و مسائل راجع به اعتبار قرارداد را مشمول کنوانسیون قرار دهیم، (از تفسیر فوق چنین مطلبی استنباط نمی شود) و لذا چنانچه به هر علتی، ولو اقرار، ثابت شود که معامله ای صورت گرفته و ثمن در آن مشخص نباشد می توان این ماده را اعمال نمود. مثلاً اگر خریدار و فروشنده به طور کتبی اقرار نموده باشند که قراردادی بین آنها منعقد شده، حال چنانچه این قرارداد به هر وضعی منعقد شده باشد، مقررات ثمن شناور بر آن حاکم خواهد بود.

در اینجا لازم است تأکید گردد که حکم ماده فوق متکی بر فرضی است که قرارداد صحیحاً واقع شده باشد و بنابراین در صورتی مقررات ثمن شناور قابلیت اجرا دارد که قرارداد معتبر باشد. کنوانسیون در مورد این که آیا قرارداد مورد نظر معتبر بوده یا خیر، بحثی نمی نماید، چون از حیطة شمول آن خارج است.

### ج. پذیرش ثمن شناور با توجه به قصد مشترك طرفین

مقررات کنوانسیون جنبه آمرانه ندارد و متعاملین می توانند بر اساس ماده ۶ کنوانسیون شمول آن را استثنا نموده یا آثار هر یک از مقررات آن را تغییر دهند و یا از آنها عدول نمایند. بنابراین، با پذیرش صحت و اعتبار قرارداد عملاً حکم ماده ۱۴ استثنا شده و دادرس باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه اعتبار یا عدم صحت قرارداد را در قصد نوعی و برون ذاتی طرفین جستجو نماید، چنانچه از دیدگاه

97. See also DARABPOUR, M. Some Aspects of business law, Dana Publisher, 1996, p. 103.

نوعی، طرفین قطع و جزم در انعقاد قرارداد داشته باشند، دیگر ضرورتی برای معلوم و معین بودن ایجاب وجود ندارد. مثلاً هنگامی که یک کشتی باری به علت جلوگیری از فساد محموله خود یا غرق شدن، قطعات یدکی را بدون ذکر ثمن می‌پذیرد و آن را بر روی کشتی سوار می‌نماید، تردیدی وجود نخواهد داشت که طرفین قصد انشای معامله و تعهد به اجرای آن را داشته‌اند و خریدار ترجیح داده بجای صرف وقت برای چانه زدن بر روی قیمت، ثمن متعارف و معقول در بازار را پردازد.<sup>۹۸</sup>

به هر حال هنگامی که اعتبار قرارداد با معیارهای برون ذاتی و نوعی روشن شد، یعنی مشخص گردید که از دیدگاه افراد همسان و هم‌تراز با آنها، متعاملین علی‌رغم مسکوت ماندن ثمن در قرارداد قطعی، قصد انعقاد آن را داشته‌اند، آنگاه نوبت به اعمال مقررات موجود در اصل ۵۵ می‌رسد و دادرس شخصاً یا با مراجعه به کارشناس ثمن معامله را با آن ضابطه تعیین می‌نماید.

ناگفته نماند در صورتی قصد مشترک طرفین، که با ضابطه نوعی تعیین می‌گردد، منعقد کننده قرارداد محسوب می‌شود که سایر شروط صحت قراردادها نیز موجود باشد و تنها در این صورت است که دادرس بر اساس مقررات موجود برای تعیین مقدار ثمن اتخاذ تصمیم می‌نماید و الاً اگر اعتبار و صحت قرارداد محرز نگردد، ضابطه تعیین ثمن حاکم نخواهد شد.

#### د- پذیرش ثمن شناور در صورت احراز صحت قرارداد در قانون حاکم

گروهی دیگر برای سازش بین مادتين ۱۴ و ۵۵ معتقدند که با بهره‌گیری از عبارت «به نحو صحیحی منعقد شده باشد» چنین استنباط می‌شود که حکم مذکور در ماده ۵۵ راجع به ثمن شناور، در مواقعی به مرحله اجرا در می‌آید که به موجب قانون حاکم بر اعتبار قرارداد، قرارداد معتبری وجود داشته باشد. البته قانون حاکم بر قرارداد بر اساس قواعد حل تعارض قوانین (حقوق بین الملل خصوصی) مشخص

خواهد شد. به عبارت دیگر، چنانچه قرارداد به موجب قانون حاکم به هر علتی باطل باشد ولو این که ثمن شناور در آن قانون هم به رسمیت شناخته شده باشد، باز هم قواعد مربوط به ثمن شناور اعمال نخواهد شد. به عبارت دیگر چنانچه مطابق قانون حاکم، طرفین مختار در مسکوت گذاردن یا عدم تعیین ثمن باشند، اما معامله آنها از جهت دیگری باطل و یا سایر شرایط صحت قرارداد موجود نباشد، دیگر نوبت به اجرای ماده ۵۵ نخواهد رسید.

از همه مواردی که در بالا ذکر شد می توان چنین نتیجه گیری نمود:

مورد الف یکی از مواردی است که نشان می دهد تعارضی وجود ندارد. در تئوری نیز می توان فرض نمود که طرفین براساس ماده ۶ کنوانسیون به طور ضمنی اجرای ماده ۱۴ را رد کرده اند و قرارداد علی رغم ماده مذکور به نحو معتبری واقع شده است.

هنگامی که طرفین شیوه ها و عرف و عادات مورد توافقی داشته باشند و رویه هایی را بین خود تأسیس یا تصدیق نموده باشند، ملزم به آن عرف و عادات و رویه ها خواهند بود. از جمله این که طرفین باید به عرف و عاداتی که بر آن وقوف دارند و یا باید وقوف می داشتند و آن عرف و عادات در تجارت بین الملل به نحو گسترده ای برای طرفین در قراردادهای مشابه در تجارت خاصی، شناخته شده و به طور منظم مراعات گردیده نیز متعهد و پایبند باشند. پس قرارداد می تواند به نحو معتبری بدون رعایت ماده ۱۴ و صرفاً در اجرای ماده ۹ همین کنوانسیون منعقد شده باشد. اعمال ماده ۹ در عمل امکان اجرای ماده ۵۵ راجع به ثمن شناور را در بسیاری از موارد به وجود می آورد. به هر حال، تا زمانی که کنوانسیون راجع به اعتبار و صحت قراردادها تصویب نشده باشد، ملاک تعیین این که آیا ماده ۵۵ قابلیت اجرا دارد یا خیر، معتبر واقع شدن قرارداد به موجب قانون حاکم است. با این وجود، تناقض بین ماده ۱۴ و ۵۵ کنوانسیون قابل رفع بوده و نمی تواند در عمل مشکلات زیادی به وجود آورد. در مواقعی که بالاخره قرار داد با ثمن شناور منعقد می شود برای معین نمودن ثمن باید به معیار موجود در ماده ۵۵ کنوانسیون

متوسل شد.

### نتیجه

## ضرورت پذیرش و هماهنگی با شیوه جهان شمول

### ثمن شناور

هرچند ثمن شناور در برخی از سیستم های حقوقی، مثل حقوق ایران، به رسمیت شناخته نشده، اما در سطح بین المللی و داخلی بسیاری از کشورها و حتی توسط کشورهای مثل فرانسه که در حقوق داخلی خود بر آن مهر صحت نهاده اند، به نحو روز افزونی مورد پذیرش قرار گرفته است. رواج چنین قراردادهایی بیشتر از آن است که قوانین موضوعه یا دستگاه قضایی کشورها بتوانند درصدد انکار آن برآیند. نیاز جامعه کنونی و مراودات بازرگانی، احتیاج به افزایش تولید بهینه و بالاتر ملی، افزایش فرصتهای شغلی، افزایش سطح معاملات، گسترش موارد صحت قرارداد، امکان سود بیشتر تجاری برای متعاهدین، تقلیل احتمال ضرر به متعاملین، اطمینان از وجود و تعداد خریداران برای تولید متناسب با نیازهای جامعه و جلوگیری از ضایع شدن تولیدات و دهها عامل دیگر مقبولیت ثمن شناور را اجتناب ناپذیر نموده است. ضرورت وجود ثمن شناور در قراردادهایی که تولیدکنندگان باید برای مدت طولانی و سالهای متمادی قطعات بدکی که احتمالاً مورد نیاز خریدار می باشد را تدارک ببینند، غیر قابل انکار و اجتناب است.

برای حل مشکلات ثمن شناور در برخی مواقع قوانین مختلف یا نویسندگان حقوقی به تشکیل مرحله ای قرارداد متوسل شده اند. قرارداد با آخرین توافق، مثلاً بر روی ثمن، تکمیل می شود. مراحل قبلی مذاکرات طرفین، قراردادی را به وجود نمی آورد و چنانچه آخرین توافق به عمل نیاید قراردادی منعقد نمی شود. این شیوه در مواقعی که بالاخره توافق نهایی صورت می گیرد یا به طور ضمنی از اجرای قرارداد توافق نهایی استنباط می گردد کارساز است. اما برای سازندگان کالاهای



صنعتی که در تدارک تهیه مقدمات و مراحل تولید می باشند می تواند چنانچه بالاخره توافق نهایی صورت نپذیرد مشکل ساز باشد.

مقرراتی که تکمیل کننده اراده طرفین هستند نیز برای رفع مشکلات ثمن شناور و تعیین آن می تواند کارساز باشد. قاضی با در نظر گرفتن خواسته های طرفین و مقررات قانونی پر کننده خلأ ثمن را تعیین خواهد نمود. این شیوه در مواد ۳۱۶ قانون مدنی آلمان ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا بند ۳ ماده ۴۰۳ - ۲ و ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا، بند یک ماده ۱۵ قانون تدارک کالا و خدمات انگلیس مصوب ۱۸۹۲ و بند ۲ ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ کشور مذکور به کار گرفته شده است.

گاهی به قاضی اجازه داده شده تا نواقص قرارداد را بر طرف کند (مثلاً ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان) یا در صورتی که شخص ثالث یا طرفین در تعیین قیمت اشتباه کرده باشند آن را رفع نماید. اعمال نظر قاضی، همان گونه که قبلاً هم شرح آن گذشت، در صورتی مجاز است که در قانون به طور ضمنی یا صریح آمده باشد یا در قرارداد مقرراتی برای این گونه دخالت ها وضع شده باشد و الا قاضی نمی تواند برای طرفین، قرارداد جدیدی را منعقد نماید.

پس همان گونه که مطرح شد قوانین مختلف برای تعیین ثمن در معاملاتی که ثمن شناور آن به طور ابتدایی مشخص است یا امکان تعیین آن با شیوه خاصی وجود دارد یا توسط فرد ثالثی باید تعیین شود ولی شخص ثالث قادر به تعیین ثمن نمی باشد یا اصولاً حاضر به مشخص نمودن ثمن نمی گردد یا شاخص خاص مورد نظر دیگر انتشار نمی یابد یا شیوه مورد نظر نمی تواند تعیین کننده ثمن باشد، تدابیر تکمیل کننده متفاوتی اندیشیده اند. در مواردی که ثمن مشخص نشده است، برخی از سیستم ها ثمن رایج در بازار را ملاک قرار داده و دیگران بر ثمن که فروشنده معمولاً وضع می نموده اتکا نموده اند. کنوانسیون ۱۹۸۰ وین که طیف وسیعی از کشورها با سیستم های حقوقی و سیاسی و اجتماعی متفاوت آن را پذیرفته فرض را بر این قرار داده که طرفین به طور ضمنی بر روی ثمنی که عموماً

در زمان انعقاد قرارداد با توجه به اوضاع و احوال مشابه تجارت مربوطه برای چنان مبیعی رایج بوده، توافق نموده اند. برخلاف کنوانسیون، برخی سیستم های حقوقی برای تعیین ثمن شناور زمان تحویل کالا را ملاک قرار داده اند. به هر حال، به علت متفاوت بودن شرایط معاملات نمی توان بر ترجیح یکی بر دیگری استدلال کرد؛ ولی مشخص بودن این زمان، اعم از زمان انعقاد قرارداد یا زمان تحویل کالا، کار را برای متعاملین و نهایتاً قضات و داوران آسان تر خواهد نمود. با توجه به پذیرش ملاک زمان انعقاد قرارداد توسط تعداد کثیری از کشورها، دلیلی وجود ندارد که از شیوه متخذ در کنوانسیون بیع بین الملل وین عدول نماییم.

به جز در موارد خاصی که تدابیر اصولی اجازه چنین اقدامی را می دهد، مشکل می توان ثمن شناور را از مواد قانون مدنی ایران استنباط نمود چون این امر مطمح نظر قانونگذاران نبوده و قضات ایرانی نیز به سختی می توانند آن را هضم نمایند، هر چند چنین ثمنی عملاً در جامعه پذیرفته شده و تجار و متعاملین بدون در نظر گرفتن شیوه های خشک مواد قانونی بدان پایبند بوده و عمل می نمایند. لذا شایسته است در پاره ای موارد استفاده از ثمن شناور تجویز شده یا تدبیری برای پذیرش آن در محاکم اندیشیده شود تا ثمره اقتصادی بیشتری از درخت تنومند و پر شکوفه حقوق چیده شود. آن وقت است که حقوق از حیطة تئوری های غیر قابل انعطاف و خشک و غیر مفید و احیاناً مضر، خارج و در جهت بارور کردن برنامه های اقتصادی مؤثر واقع می شود. ناگفته نماند که هیچ قاعده ای نمی تواند به طور کامل بی ضرر باشد که گفتیم: گل بی خار نباشد و گنج بی مار و ثمن شناور بی ضرار. به هر حال باید طرحی اندیشیده شود تا ضمن بهره برداری از منافع به کارگیری ثمن شناور از عواقب سوء احتمالی یا اضرار آن کاسته شود. بدیهی است که منافع ثمن شناور با نفی آن در قراردادها حاصل نخواهد شد و بالاخره قانونگذار راهی جز پذیرش آن نخواهد داشت. برای پاسخگویی به نیازهای جامعه و همگامی با پیشرفتهای اقتصادی و علمی و سرمایه گذارهای کلان و عدم ایجاد مانع در این راه چاره ای جز تعدیل اصل معلوم و معین بودن ثمن، که پیام مقاله حاضر است،

در حقوق ایران نداریم. بدیهی است که تعدیل این اصل موجب صحت معاملات گرری نمی‌شود و این‌گونه معاملات کماکان باطل خواهد بود. عقلای جهان معامله‌ای که موجب غرر باشد و باعث نزاع و کشمکش گردد را نمی‌پذیرند؛ اما پذیرش ثمن شناور با توجه به معیارهای دقیق تعیین شده برای تعیین ثمن یا معیارهایی که طرفین برای آن وضع می‌نمایند نه تنها موجبات بروز نزاع، ضرر و غرر نشده، بلکه فواید زیادی را به ارمغان می‌آورد که صرف نظر نمودن از آن مورد نکوهش و ملامت عقلای عالم می‌گردد. در موارد خاص و برای پیشبرد مقاصد اقتصادی علمی، گذاردن مهر صحت بر معاملات با ثمن شناور بیشتر به عرف و شیوه خردمندان عالم نزدیک‌تر است و قانونگذاران نباید از آن غفلت نمایند. تأخیر در پذیرش چنین ایده جهان‌شمولی جز ایجاد مشکل برای مردم و ورود ضرر و احتمالاً رکود اقتصادی و عقب افتادگی قانونگذار از عرفهای مستحسن و نکوهش خردمندان چیزی به ارمغان نخواهد آورد. باید همراه عرف پسندیده مردم گام برداشت و مطابق نیاز جامعه به وضع قانون جدید مبادرت ورزید که این امر موجب تمجید متفکران عالم است.



بخش

ترجمه

---

---



## تکاپوی «جهان شمولی»: تأملاتی بر حقوق بشر

نوشته: بطروس - بطروس غالی  
ترجمه: دکتر اردشیر امیرارجمند

«کنفرانس حقوق بشر بر تعهد رسمی همه دولت‌ها مبنی بر ایفای تکالیف خود درخصوص ارتقای احترام جهانی، رعایت و حمایت از کلیه حقوق بشر و آزادیهای بنیادین برای همگان براساس منشور سازمان ملل متحد، سایر اسناد مربوط به حقوق بشر و حقوق بین‌الملل مجدداً تأکید می‌نماید. کلیت این حقوق و آزادیها انکار ناپذیر است».

بدین‌گونه بود که اعلامیه مصوب کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس جهانی حقوق بشر در ژوئن ۱۹۹۳ تعهد دولت‌ها در قبال حقوق بشر و رعایت همه‌جانبه آنها را تأیید و تصدیق کرد.

یکی از موضوعات مهم این کنفرانس، تأمل جامعه کشورها درخصوص مفهوم «جهان شمولی» بود و این در واقع به هیچ‌وجه تعجب‌انگیز نیست. همیشه هنگامی که جهان دچار دگرگونی می‌گردد، هنگامی که اطمینان از میان می‌رود، هنگامی که ملاک‌ها در پس پرده‌ای از ابهام فرو می‌روند، در این هنگام است که نیاز به معیارهای بنیادین بیشتر احساس می‌شود و دستیابی به اخلاق ضرورت پیدا می‌کند و میل به خودشناسی چون امری ضروری قوت می‌گیرد.

بنابراین طبیعی است که جامعه بین‌المللی این زمان را برای طرح سؤال درخصوص جهان شمول بودن ارزشهای خود انتخاب کرده باشد و با تفکر و طرح پرسش درباره تاریخ خود و آنچه سازنده اصلی هویت ریشه‌دار جامعه بین‌المللی

است - یعنی بشر و حمایت از آن - هماهنگی درونی یابد.

اهداف تعیین شده برای کنفرانس شاهدهی صادق بر این سؤالات اساسی است: چه پیشرفتهایی در زمینه حقوق بشر پس از اعلامیه جهانی ۱۹۴۸ به وجود آمده است؟ چه موانعی وجود دارند؟ چگونه می توان این موانع را برطرف کرد؟ چگونه می توان اجرای متون مربوط به حقوق بشر را بهبود بخشید؟ و به صورت اساسی تر، چه رابطه ای بین اهداف تعیین شده توسط سازمان ملل متحد و حقوق بشر، خصوصاً چه رابطه ای بین توسعه، دموکراسی و تمتع جهانی حقوق اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و مدنی و سیاسی وجود دارد؟

اینها سؤالاتی است کلی و جهان شمول ولی پاسخ به آنها یکسان نیست. اگر چه حقوق بشر هدف مشترک اعضای جامعه بین المللی است و اگرچه هر عضوی خود را در آن ذی ربط می داند، اما هر فرهنگی آن را به گونه ای خاص تبیین می کند. در این باره باید از اعضای کنفرانس که یادآور این واقعیت در سطح منطقه ای بوده اند سپاسگزاری کنیم.

در واقع، در مرحله مقدماتی و تدارکاتی سه اجلاس منطقه ای در تونس، سن خوزه و بانکوک تشکیل شد که منجر به انتشار اعلامیه هایی گردید که در آنها دل مشغولیهها و چشم اندازهای خاص این سه منطقه مورد تأکید قرار گرفته بود. به علاوه، اجلاسهای غیررسمی اروپا و امریکای شمالی نیز بهره ای فوق العاده ارزشمند برای کنفرانس در پی داشتند. بدین ترتیب از همان ابتدای کنفرانس، دوگانگی بنیادینی که مسأله جهان شمولی حقوق بشر با آن مواجه است مطرح گردید. ما همه با هم مشابه هستیم. ولی تاریخ چنان با ما رفتار می کند که گویی با یکدیگر تفاوت داشته ایم و به همین علت بین ما انواع موانع سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را ایجاد می کند.

البته ما آموخته ایم که تفاوتها، فی نفسه می توانند قابل احترام باشند و منشأ غنای متقابل گردند. اما هنگامی که تفاوتها ترجمان نابرابریهای آشکار می شوند، در این صورت ما نیز آنها را نشان بی عدالتی می دانیم. چنین احساسی در همه اقوام



مشترک بوده و نشان از ارتقای بی چون و چرای وجدان بشریت دارد. این نکته خصوصاً از آن جهت حائز اهمیت است که گذار از تصدیق نابرابریها به اراده برای مقابله با بی عدالتیها، تنها در سایه تأیید جهانی حقوق بشر میسر می‌گردد. در تحلیل نهایی، این مفهوم حقوق بشر است که گذار از وادی اخلاق به وادی حقوق را ممکن ساخته و به ما اجازه می‌دهد برای فعالیتهای انسانی، معیارهای ارزشی و قواعد حقوقی وضع کنیم.

اما لازم است که مفهوم «جهان شمولی»، به روشنی درک و توسط همگان پذیرفته شود. چون اگر ضرورت «جهان شمولی» که درک مشترک ما از حقوق بشر است، منشأ سوء تفاهم در جامعه بین‌المللی شود، نتیجه معکوسی عاید ما خواهد شد! بنابراین باید به طور آشکار و روشن بر این نکته تأکید کرد که نمی‌توان «جهان شمولی» را وضع کرد و یا مقرر نمود و این که «جهان شمولی» مبین تسلط مکتبی گروهی از دولتها بر باقی جهان نیست.

در این چشم انداز است که مایل هستم اندک زمانی به مناسبت تجلیل از کار یونسکو و مدیر کل آن دوست عزیزم فدربکو مایور، درباره راههای جهان شمولی (۱) و سیاستهای جهان شمولی (۲) به تفکر بپردازم.

### ۱. راههای جهان شمولی

هیچکس نباید از این نکته غافل باشد که حقوق بشر قبل از هر چیز محصول تاریخ است. با توجه به این نکته، حقوق بشر باید با تاریخ همگام باشد و با آن تحول یابد به صورتی که کلیه اقوام و ملتها چهره خود را در تصویری که از آن ارائه می‌شود، مشاهده نمایند. اما این انطباق حقوق بشر با تحول تاریخ نباید موجب دگردیسی و استحاله آنچه جوهر حقوق بشر را تشکیل می‌دهد یعنی جهان شمولی آن شود. در این خصوص، مجمع عمومی سازمان ملل متحد است که با توجه به ماهیت و ترکیبش این قابلیت را دارد که به بهترین وجه مبین تفکر جهان شمولی حقوق بشر باشد. باید از تلاشهایی که این ارگان از نزدیک به نیم قرن پیش در حوزه

حقوق بشر به عمل آورده تقدیر کرد.

بدین ترتیب، جنبه‌های حمایتی حقوق بشر بیش از پیش عینیت می‌یابد: مبارزه با کشتار جمعی، الغای برده‌داری، مبارزه علیه شکنجه، حذف کلیه اشکال تبعیض براساس نژاد، جنسیت، مذهب یا اعتقاد.

به علاوه، منتفعین از حقوق بشر نیز بهتر مشخص شده‌اند: حقوق مردم، حمایت از پناهندگان، بی‌وطنان، زنان، کودکان، معلولین، اشخاص مبتلا به بیماری‌های روانی، حمایت از زندانیان، قربانیان پراکندگی اجباری، حمایت از حقوق کارگران مهاجر و خانواده آنها و حمایت از جمعیت‌های بومی. این عمل تقنینی مجمع عمومی سازمان ملل متحد امروز جزئی از دارایی مشترک ما است و دارای کیفیت لازم جهت جلب رضایت خاطر همه دولت‌ها، همه مردم و همه فرهنگ‌ها است. زیرا آن جهان شمولی‌یی از خلال این عمل تقنینی مورد تأیید قرار گرفته که متعلق به جامعه جهانی در کلیت آن است. لذا به تدریج سازمان ملل متحد توانست آنچه را من در اینجا «راه‌های جهان شمولی» می‌نامم و به نظر من منتج از رویه سه‌گانه تعمق و بررسی (الف)، گسترش (ب) و ارتقای کیفی (ج) است، بگشاید.

### الف. تعمق و بررسی

امروزه هنگامی که به ماهیت متون تنظیم شده دقت می‌کنیم، تحت تأثیر تعمق مستمری که مجمع عمومی در مفهوم جهان شمولی کرده است قرار می‌گیریم و به حق احساس غرور می‌کنیم.

در واقع اگرچه در آغاز، همان‌گونه که متن اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ گواه آن است، بینش عام و انتزاعی حقوق بشر که منتج از ارزش‌های آزاد منشانه بود رجحان یافت، ولی دستاوردهای کشورهای سوسیالیست و جهان سوم موجب گسترش این دیدگاه اولیه گردید. میثاق‌های ۱۹۶۶ گواه این گسترش هستند. این دو میثاق به ما این امکان را می‌دهند که تأیید کنیم - و آن را باید همیشه تکرار کنیم - که حقوق مدنی و سیاسی از یک سو و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از سوی دیگر از

اهمیت و شأن یکسان برخوردار هستند. اما هر کس می‌داند که مجمع عمومی، اندیشه جهان شمولی را پس از مطرح نمودن حقوق جمعی، با تهیه و تنظیم آنچه میل دارم حقوق همبستگی بنامم، تعالی بخشید. حقوق همبستگی مستلزم حمایت از «جهانی شمولی» حقوق بشر است و اقدام یکدست همه بازیگران اجتماعی را در صحنه‌های ملی و بین‌المللی ایجاب می‌نماید. از هنگامی که ماده یک منشور، حق تعیین سرنوشت مردم را پیش‌بینی نمود، مجمع عمومی «حق بر محیط زیست»، «حق بر صلح»، «حق بر امنیت غذایی»، «حق مالکیت بر میراث مشترک بشریت» و خصوصاً «حق بر توسعه» را اعلام نمود. به نظر من «حق بر توسعه» ما را به صورت خاص فرامی‌خواند تا تجدد مفهوم «جهان شمولی» را درک کنیم. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۹۷۹ با تأکید بر این که «حقوق بشر است» و تأکید بر این که «یکسانی فرصت‌ها در زمینه توسعه یکی از اولویتهای سازمان ملل متحد و همچنین دولتهای تشکیل دهنده آن است»، گامهای بلندی در این راه برداشته است.

در ۱۹۸۶، مجمع عمومی سازمان ملل، آشکارتر از پیش، قطعنامه‌ای را تصویب کرد که در آن تأیید شده بود «انسان موضوع اصلی توسعه است و بدین سبب باید در حق بر توسعه مشارکت فعال داشته باشد و از آن بهره‌مند شود». در همین قطعنامه، مجمع عمومی به عنوان نتیجه طبیعی اصل اول بر تکالیفی تأکید می‌کند که «حق بر توسعه» برای دولتها ایجاد می‌کند: تکلیف به همکاری با یکدیگر برای تضمین توسعه و ارتقای سیاستهای بین‌المللی توسعه، و در صحنه ملی، تکلیف دولتها در مقابل شهروندان برای فراهم نمودن امکان «دسترسی به کالاهای ضروری، آموزش و پرورش، خدمات بهداشتی، تغذیه، مسکن، کار و توزیع عادلانه درآمدها».

تعمق در مفهوم «جهان شمولی» در جهتی صحیح قرار گرفته است و این جهت‌گیری باید دنبال شود.

**ب- گسترش**

اما در حال حاضر، آنچه فوریت بیشتری دارد بالا بردن تعداد دولتهای طرف پیمانهای موجود می باشد تا تعریف حقوق جدید. در این قلمرو مهم و اساسی، اختلاف و ناهماهنگی شدید و پرمعنایی وجود دارد که شایسته است اصلاح شود. بعضی از کنوانسیونهای حقوق بشر که سازمان ملل متحد حافظ آنها است، به تصویب درصد قابل توجهی از دولتها رسیده است. بدین ترتیب که کنوانسیون الغاء هرگونه تبعیض نژادی تا امروز توسط ۱۳۸ دولت، کنوانسیون مربوط به پیشگیری و مبارزه با کشتار جمعی (ژنوسید) توسط ۱۱۳ دولت و تا آنجا که به دو میثاق ۱۹۶۶ مربوط می گردد، میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی توسط ۱۲۸ دولت و میثاق حقوق مدنی و سیاسی توسط ۱۲۶ دولت تصویب شده اند. به علاوه کنوانسیون الغاء هرگونه تبعیض علیه زنان نیز توسط ۱۳۶ کشور تصویب گردیده است. نهایتاً کنوانسیون حقوق کودک توسط ۱۶۱ کشور تصویب شده است.

برعکس، سطح تصویب سایر کنوانسیونها بسیار پایین و ناکافی است. مثلاً تنها ۸۳ کشور تاکنون کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص شکنجه و دیگر مجازاتها یا رفتار بی رحمانه و غیر انسانی یا تحقیرکننده را تصویب نموده اند. کنوانسیون بین المللی علیه آپارتاید در ورزش تنها توسط ۵۷ دولت تصویب گردیده است. پروتکل دوم اختیاری میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی جهت الغای مجازات مرگ مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ تنها توسط ۲۳ کشور تصویب شده است. کنوانسیون بین المللی برای حمایت از کلیه کارگران مهاجر و اعضای خانواده آنها مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۹۰ مجمع عمومی تنها توسط دو کشور تصویب شده است. در مقام دبیرکل سازمان ملل متحد، فکر می کنم وظیفه دارم همه دولتها را قویاً ترغیب نمایم تا کلیه اسناد مربوط به حقوق بشر را تصویب نمایند. نامه ای که اینجانب در اوت ۱۹۹۴ برای کلیه سران کشورها و دولتها ارسال نمودم، حاوی همین پیام است.

من همچنین مطمئن هستم که این راه «جهان شمول» می تواند از طریق اقدامات سازمانهای منطقه ای گسترش یابد. متون مهمی در امریکای لاتین وجود دارد: اعلامیه امریکایی حقوق بشر ۱۹۴۸، سپس کمیسیون ۱۹۶۰ و نهایتاً کنوانسیون امریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ که در شرایط حاضر لازم الاجرا می باشد. اسناد مهمی نیز در اروپا وجود دارد: خصوصاً کنوانسیون رم ۱۹۵۰ که در چارچوب شورای اروپا تهیه و تنظیم شده است، یا منشور اجتماعی اروپایی ۱۹۶۱. اسناد مهمی هم در آفریقا وجود دارد: به ویژه منشور آفریقایی حقوق بشر و اقوام مصوب سازمان وحدت آفریقا مورد نظر و توجه من است که در تدوین آن مشارکت فعال داشتم.

به اعتقاد من فعالیتهای منطقه ای در جهت حمایت از حقوق بشر نه تنها مغایرتی با فعالیتهای سازمان ملل متحد در این زمینه ندارد، بلکه مؤید آن نیز هست. اما من در حین کنفرانس وین نسبت به سؤالات، تردیدها و بدبینی های اظهار شده از جانب برخی از کشورهای جهان سوم در خصوص اندیشه «جهان شمولی» توجه نمودم. به نظر من برای پرهیز از هرگونه سوء تفاهم، درک این مسأله اساسی است که مفهوم «جهان شمولی» تنها در روند یک کار فکری جهت ارتقای کیفی آن کاملاً معنا پیدا می کند.

### ج- ارتقای کیفی (فرازوی)\*

در واقع حقوق بشر در سطح جهانی آن، با سرسخت ترین جدل ممکن مواجه است: جدل بین وحدت و تغییر، جدل بین من و «دیگری». حقوق بشر بدون شک به ما می آموزد که همگی در عین یگانگی متفاوت هستیم.

بنابراین حقوق بشری که ما بدان اذعان داریم تنها حاصل یک ارتقای کیفی است، تلاشی است آگاهانه جهت بازیافتن جوهر و اصل مشترکمان علی رغم تفاوتهای ظاهری، اختلافات مقطعی و موانع مکتبی و فرهنگی که بین ما

\* Dépassement.

وجود دارد.

این است آن چیزی که من می خواستم به رسمی ترین شکل در خطابه ام به مناسبت افتتاح کنفرانس وین با تأکید بر این نکته اظهار کنم که حقوق بشر کوچکترین مخرج مشترک بین تمامی ملل نیست، بلکه برعکس «انسانیت خلل ناپذیر» یعنی جوهر و عصاره ارزشهایی است که ما توسط آن ثابت می کنیم که یک جامعه بشری واحد هستیم.

در واقع ما باید کاملاً قانع شویم که حقوق بشر ما را به دنبال خود به جهانی پیچیده می کشاند، زیرا حقوق بشر در عین این که یک ابزار استناد است، یک فرایند ترکیب [فلسفی] نیز هست.

به عنوان ابزار استناد، حقوق بشر زبان مشترک بشریت است که به کمک آن همه مردم می توانند همزمان همدیگر را درک کرده و تاریخ خود را بنگارند.

به عنوان فرایند ترکیب، حقوق بشر ذاتاً حقوق در حال تحول است. منظورم این است که موضوع حقوق بشر هم بیان فرامین غیر قابل تخطی است و هم شرح لحظه ای از وجدان تاریخی. بنابراین مجموعه حقوق بشر متعلق و مقید به جایگاه خود در زمان و مکان است. و این است همان پیچیدگی فوق العاده و حساسیت عمیق مفهوم جهان شمولی از خلال مجراهایی که طی می نماید. به عبارات دیگر این نشان می دهد تاچه حد آنچه من آن را «سیاستهای جهان شمولی» می نامم ظریف و شکننده است.

## ۲. «سیاستهای جهان شمول»

برای تفکر در خصوص آنچه سیاست حقوق بشر در سطح جهانی است یا می تواند باشد، باید به جوهر و ریشه این حقوق در جامعه بین المللی و آنچه غرابت این حقوق را موجب می شود، باز گردیم.

من تمایل دارم بگویم حقوق بشر بنا بر ماهیت خود تفکیک سنتی بین نظم داخلی و نظم بین المللی را از بین می برد و خالق یک قابلیت نفوذ حقوقی جدید

است. بنابراین نه از زاویه حاکمیت مطلق می توان به آن نگاه کرد و نه از زاویه مداخله سیاسی، بلکه برعکس باید درک کرد که حقوق بشر آشتی بین حاکمیت دولت (الف) و حمایت بین المللی است (ب). من می خواهم همچنین این تفکر را القاء کنم که حقوق بشر می تواند در چارچوب یک طرح دموکراتیک نو جای گیرد (ج).

### الف. حاکمیت و حقوق بشر

از منظر نهادین و منسجم دولت باید بهترین ضامن حقوق بشر باشد، جامعه بین المللی در وهله اول، وظیفه حمایت از حقوق افراد را به دولتها تفویض می کند. این همچنین بدان معنا است که اگر دولتی نشان دهد شایسته انجام این وظیفه نیست، اصول بنیادین منشور را نقض می کند و نه تنها حامی افراد نیست، بلکه دژخیم آنان می باشد، در این صورت امکان توسل به اقدامات بین المللی وجود دارد.

این مشکلی است که ما دائماً با آن درگیر می باشیم، به علاوه گردش اطلاعات و عمل و حساسیت افکار عمومی جهانی به نوبه خود موجب افزایش فشار ناشی از این مسائل می گردند.

به کمک توسعه ارتباطات، تمامی جهان هر روزه شاهد استیفای آزادانه حقوق بشر یا نقض آن است. حتی یک روز نیست که شاهد جنگ یا قحطی، بازداشت‌های خودسرانه، شکنجه، تجاوز، قتل، اخراج، انتقال جمعیتها یا پاکسازی قومی نباشیم. حتی یک روز نیست که از خیر تجاوز به بنیادی ترین آزادیها فارغ باشیم. حتی یک روز نیست که از نژادپرستی و جنایات مربوط به آن، عدم تسامح و زیاده رویهای ناشی از آن، توسعه نیافتگی و زیانهای آن سخن به میان نیاید. در چنین اوضاع و احوالی، جامعه بین المللی، یعنی سازمانهای بین المللی جهانی و منطقه ای، باید جانشین دولتهایی شوند که از انجام تکالیف خود سر باز می زنند. این یک پدیده حقوقی و نهادین است که به هیچ وجه تکان دهنده و

تردید آور نیست و خدشه ای نیز به درک نویی که ما از حاکمیت داریم وارد نمی آورد. من می خواستم سؤال زیر را هنگام کنفرانس وین مطرح کنم: «آیا یک دولت می تواند توقع احترام کامل از جانب جامعه بین المللی داشته باشد هنگامی که مفهوم زیبای حاکمیت را با انجام اعمالی آشکارا مغایر با وجدان جهانی و موازین حقوقی ضایع می نماید یا هنگامی که حاکمیت تبدیل به برهان نهایی نظامهای خودکامه جهت توجیه تجاوز به حقوق و آزادیهای مردان، زنان و کودکان در خفا می گردد، من با قاطعیت می گویم که تاریخ پیش از این چنین برداشتی از حاکمیت را محکوم کرده است».

### ب. ضمانتهای بین المللی

از دید من مفهوم ضمانت را نمی توان از ضرورت جهان شمولی مجزا نمود. اگر اعلامیه ها، میثاقها، منشورها، کنوانسیونها و معاهداتی که ما برای حمایت از حقوق بشر تهیه و تنظیم می کنیم متون مرده ای باشند و مستمراً نقض شوند، یعنی متضمن مکانیزمهای مؤثر تضمینی، حمایتی و تنبیهی نباشند، در این صورت حقوق بشر و سازمانهای بین المللی در افکار جهانی بی اعتبار خواهند گردید. در این خصوص، باید نسبت به تحولی که در این نظارتها در سطوح اداری، قضایی و اجرایی به وجود آمده به دقت توجه نمود.

در سطح اداری، آیین های مربوط به تضمین حقوق بشر از سالها قبل، نه تنها در بطن سازمان ملل متحد، بلکه در حوزه مؤسسات تخصصی مثل سازمان بین المللی کار و یا یونسکو، و سازمانهای منطقه ای مثل شورای اروپا و یا سازمان کشورهای امریکایی نیز افزایش یافته اند. در حوزه سازمان ملل متحد حتی شاهد افزایش ارگانهای مسؤول نظارت بر حسن اجرای این یا آن کنوانسیون خاص می باشیم. هرکس می تواند به نقشی که نهادهای زیر ایفای می کنند فکر کند: کمیته حقوق بشر، کمیته حقوق اقتصادی و اجتماعی، کمیته الغاء تبعیضات نژادی، کمیته الغاء تبعیض علیه زنان، کمیته علیه شکنجه، کمیته حقوق کودک. به طور کلی، باید



جایگاه ویژه‌ای را به نقشی اختصاص دهیم که کمیسیون حقوق بشر و مرکز سازمان ملل متحد برای حقوق بشر ایفا می‌کنند.

اما ضمانت حقوق بشر همچنین به معنای اعمال نظارت‌های قضایی جهت مجازات تجاوزات احتمالی نیز هست. در این زمینه سازمان‌های بین‌المللی منطقه‌ای راه‌گشا بوده‌اند، خصوصاً دیوان اروپایی حقوق بشر در محدوده شورای اروپا و دیوان آمریکایی حقوق بشر در محدوده قاره آمریکا. همچنین باید یادآور تلاش‌هایی باشیم که هم‌اکنون در حوزه سازمان ملل متحد برای ایجاد دیوان بین‌المللی دائمی کیفری و نیز ارتقای شان دادگاه بین‌المللی خاص، مأمور رسیدگی به جنایات جنگی در یوگسلاوی، صورت می‌پذیرد.

مایل نیستم از تحول تدابیر متخذه توسط سازمان ملل متحد در ضمانت حقوق بشر صحبت کنم، بدون آن که از عملکرد قاطع مجمع عمومی در زمینه کمک‌های بشردوستانه یاد کرده باشم. از زمان تصویب قطعنامه ۴۳/۱۳۱ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۹۸۸ در خصوص کمک‌های بشردوستانه به قربانیان بلاای طبیعی و وضعیتهای اضطراری مشابه، مفهوم حق کمک‌های بشردوستانه، به نوعی تبدیل به یکی از ابعاد عملیاتی ضمانت حقوق بشر شده است. یکبار دیگر تأکید کنم، منظور من این نیست که از خلال این قطعنامه‌ها مثلاً «حق مداخله» مشروع بدانم، بلکه منظورم در نظر داشتن اندیشه محوری تحول کنونی حمایت از حقوق بشر است: رابطه موجود بین این حمایت بین‌المللی و طرح جدیدی از دموکراسی که جامعه بین‌المللی امروز آن را پی می‌افکند.

### ج- طرح جدید دموکراتیک

به نظر من ضرورت دموکراسی، بنیادین‌ترین موضوع آخرین سالهای این قرن است. دموکراسی در داخل کشورها و در درون جامعه دولتها تنها ضامن واقعی حقوق بشر است. از طریق دموکراسی است که حقوق فردی با حقوق جمعی، حقوق ملت‌ها با حقوق اشخاص آشتی می‌یابند. زیرا در دفاع از حقوق بشر، فعالیت‌های

مقطعی کفایت نمی کنند و اگر سازمان ملل متحد بخواهد مورد به مورد مانع موارد بسیار متعدد نقض حقوق بشر در سراسر دنیا گردد، دچار شکستها و توهنات بسیار خواهد شد.

دیپلماسی واقعی حقوق بشر در سطح جهانی باید در چارچوب یک طرح سیاسی بدیع مطرح شود. به نظر من این طرح تنها یک نام دارد: دموکراسی. من مطمئنم که روند استقرار و عمومیت یافتن دموکراسی از ضمانتهای حمایتی حقوق بشر قابل تفکیک نیست. هر روز که می گذرد، این نکته آشکارتر می گردد که نظامهای خودکامه عاملان بالقوه جنگ هستند و همچنین برعکس می بینیم تا چه اندازه دموکراسی ضامن صلح است.

از هم اکنون و به دور از جدالهای بی فایده و به صورتی سازنده، سازمان ملل متحد سیاست مستمری را در سطح جهانی جهت برقراری رابطه بهتر بین دموکراسی و حقوق بشر دنبال می کند.

این رابطه در وهله اول و به صورت عینی تر در مأموریتهای محوله به کلاه آبی های سازمان ملل متحد تجلی می یابد. در واقع، غالب عملیات حفظ صلح همزمان متضمن استقرار دموکراسی و حمایت از حقوق بشر نیز هستند. این گرایش به ویژه در غالب عملیات مهمی که توسط سازمان ملل متحد از ۱۹۹۱ به بعد در آنگولا، موزامبیک، السالوادور و همچنین کامبوج صورت گرفته مشاهده می گردد.

در وهله دوم و مستقل از عملیات حفظ صلح، سازمان ملل متحد هم اکنون معاضدتهای انتخاباتی واقعی را در اختیار دولتهای متقاضی قرار می دهد. از ۱۹۹۲، دبیرکل سازمان ملل متحد واحد معاضدت انتخاباتی را ایجاد نموده که در کمتر از ۳ سال ۶۰ درخواست از جانب کشورهای عضو دریافت نموده است.

به علاوه اقدامات داوطلبانه و مساعی جمیله سازمان ملل متحد نزد حکومتها جهت کمک به آنها برای حل بحرانهای سیاسی یا اجتناب از وقوع حوادثی که امکان دارد به دموکراسی و حقوق بشر لطمه وارد آورند افزایش یافته اند.

نهایتاً، به تازگی سازمان ملل متحد در استفاده از وسایل تنبیهی برای دفاع از حقوق بشر و دستاوردهای دموکراسی تردید نمی‌کند.

این دورنمای اجمالی از فعالیتهای سازمان ملل متحد در جهت ارتقای یک سیاست بین‌المللی جدید برای دموکراسی و حقوق بشر نشان می‌دهد تا چه میزان یک طرح گسترده در سطح جهانی در حال اجرا می‌باشد.

اما من کاملاً واقفم که رابطه ترسیم شده بین دموکراسی و حقوق بشر موجب طرح سؤالات متعدد و همچنین ایجاد نگرانیهای واقعی برای برخی دولتها می‌باشد. به منظور پرهیز از ایجاد تضاد و سوء تفاهم، ما باید به صورتی مداوم تفکر در خصوص جهان شمولی را ادامه دهیم.

در چنین چارچوبی باید قویاً اعلام نمود که دموکراسی به هیچکس تعلق ندارد. کلیه فرهنگها می‌توانند و باید با دموکراسی تجانس یابند. دموکراسی می‌تواند، برای امکان نفوذ در واقعیت زندگی اقوام و ملتها، در اشکال مختلف ظهور کند. لذا هنگامی که من به پیروی از دیگر نویسندگان بر ضرورت استقرار و عمومیت یافتن دموکراسی در چارچوب حقوق بشر تأکید می‌کنم، منظورم نه تشویق دولتها به تقلیدگرایی است و نه دعوت از آنها برای برگزیدن اشکال سیاسی وارداتی و نه به طریق اولی برای خوش آیند بعضی از دولتهای اروپایی.

از دیدگاه من، دموکراسی الگویی برای گونه برداری از روی بعضی از کشورها نیست، بلکه هدفی است برای کلیه اقوام و ملتها. دموکراسی بیان سیاسی میراث مشترک ما است. دموکراسی دارایی است که باید بین همه تقسیم شود و لذا همانند حقوق بشر دارای بعد جهانی است.

من می‌خواستم از خلال برخی از تأملاتی که به مناسبت بزرگداشت عالی جناب فدریکو مایور انجام دادم، راهی را که از طریق آن جامعه بین‌المللی می‌کوشد با تکاپوی جهان شمولی برخورد کند ترسیم نمایم.

از مقدمه منشور سازمان ملل متحد تا برنامه تهیه شده توسط کنفرانس جهانی حقوق بشر در ژوئن ۱۹۹۳، اقدامات گسترده‌ای چه از جنبهٔ تقنینی و چه از جنبهٔ

اجرابی صورت پذیرفته است، زیرا حقوق بشر باید بر کلیه فعالیتهای سیستم سازمان ملل متحد که هم مبنای اولیه و هم هدف غایی آن است پرتو افکند.

بدین ترتیب همچنان به اشتیاقی که در بدو کنفرانس وین ایجاد شد پایبند می مانیم: حقوق بشر باید فضای ممتازی را برای همبستگی و مسؤولیت ایجاد نماید. حقوق بشر باید موجب تلفیق مجمع دولتها و جامعه انسانی گردد. حقوق بشر باید نهایتاً زبان مشترک بشریت گردد.

# درآمدی بر جرم زدایی، کیفر زدایی و قضا زدایی

مقدمه گزارش: « کمیته اروپایی ویژه مسائل جنایی »  
وابسته به شورای اروپا  
ترجمه: نسرين مهرا

## پیشگفتار مترجم

شورای اروپا که يك سازمان اروپایی همکاری بین الدولی و پارلمانی است، در سال ۱۹۴۹ تأسیس شده است؛ هدف آن از يك سو، ایجاد اتحاد نزدیکتر بین اعضا به منظور پاسداری و پیشبرد آرمانها و اصولی است که برای آنها جنبه میراث مشترك دارد، و از سوی دیگر، هموار کردن زمینه پیشرفت اقتصادی و اجتماعی کشورهای عضو است. شورای اروپا که اکنون چهل عضو دارد، از سال ۱۹۵۶ با تأسیس « کمیته اروپایی ویژه مسائل جنایی » توجه خاصی به مطالعات و تحقیقات جرم شناختی در سطح کشورهای عضو مبذول می دارد. این کمیته از طریق تهیه و تنظیم قطعنامه ها، توصیه نامه ها و کنوانسیونها در زمینه جزایی، کیفر شناختی و جرم شناختی و ارائه آنها به کمیته وزرای (وزیران خارجه) دولتهای عضو شورا برای تصویب، بر فرایند قانونگذاری و به طور کلی بر سیاستگذاری در قلمرو کنترل جرم (سیاست جنایی) کشورهای مربوطه تأثیر می گذارد.

کمیته اروپایی ویژه مسائل جنایی در سال ۱۹۷۲، مأمور مطالعه درباره مفهوم جرم زدایی با توجه به حقوق جزای کشورهای عضو گردید و به این منظور کمیته فرعی مطالعاتی مرکب از کارشناسان هفت کشور اروپایی را تشکیل داد. این کمیته فرعی گزارش پژوهش‌های خود را در ماه مه ۱۹۷۹ به کمیته اروپایی ویژه مسائل جنایی ارائه داد. کمیته وزرای شورای اروپا در سیصد و هفدهمین اجلاس خود در ماه مارس ۱۹۸۰ ضمن تصویب «گزارش درباره جرم زدایی»<sup>\*</sup> مجوز چاپ و نشر آن را بین دولتهای عضو صادر نمود.

با توجه به اهمیت نقش مکانیزم «جرم زدایی» در سبک کردن بار قوانین کیفری، تراکم زدایی از کار و پرونده‌های دادگاههای کیفری و کم کردن جمعیت کیفری (مؤسسات زندان)، بخش مقدماتی این گزارش که به تعریف جرم زدایی و مفاهیم مرتبط با آن، یعنی کیفر زدایی و قضا زدایی، پرداخته است، برای ترجمه مناسب و مفید تشخیص داده شد.

\*. European Committee on crime Problems (Council of Europe), report on decriminalisation, Strasbourg, 1980, 275 p.

## ۱. مفهوم جرم زدایی

### ۱.۱. جرم زدایی عملی و جرم زدایی رسمی (قانونی)<sup>۱</sup>

جرم زدایی، شامل آن فرایندهایی است که از طریق آنها، «صلاحیت» نظام کیفری برای اعمال ضمانت اجراها به عنوان واکنش نسبت به بعضی از رفتارها، یعنی برای رفتارهای مجرمانه خاصی، سلب می شود. این عمل ممکن است به وسیله قانونگذاری یا با روشی که به موجب آن قوه قضاییه<sup>۲</sup> قانون را تفسیر می کند، انجام گیرد. توجه خاص ما به جرم زدایی به عنوان یک فرایند تقنینی یا قانونگذاری است. جرم زدایی در مفهوم مضیق آن، گاهی به عنوان «جرم زدایی رسمی» نیز توصیف شده است. ما اصطلاح اخیر را هنگامی به کار می بریم که می خواهیم جرم زدایی به مفهوم مضیق را با «جرم زدایی عملی»<sup>۳</sup> یا بالفعل مورد مقایسه قرار دهیم.

مقصود ما از جرم زدایی عملی، پدیده (تدریجی) کاهش فعالیت‌های سیستم عدالت کیفری در قبال بعضی رفتارها یا بعضی اوضاع و احوال است، هرچند که رسماً و قانوناً در صلاحیت آن سیستم تغییری حاصل نشده باشد.

این فرایند در هر دو سیستم تعقیب کیفری واقع می شود: یعنی سیستم «مناسبت داشتن» و سیستم «قانونی بودن». این فرایند در ارتباط با جرایم اصطلاحاً «بدون قربانی» واقع می شود، یا نسبت به جرایمی که اساس آنها در اعتقادات سنتی قرار دارد، اما با تفکرات مدرن در چالش بوده است، و بخصوص در قبال جرایم اقتصادی خفیف و جرایم ناشی از نقض مقررات رانندگی.

«جرم زدایی عملی» به صورت مختلف تحقق می یابد: ابتدا با تغییرات در رفتار اشخاصی که مستقیماً ذی نفع هستند، تا بدانجا که از گزارش و افشای عمل مجرمانه به پلیس خودداری می کنند. دوم به علت احتیاط (مصلحت اندیشی) پلیس

1. De jure decriminalisation.

۲. یک مورد خاص جرم زدایی به وسیله قوه قضاییه، لغو قوانین کیفری به وسیله دادگاه قانون اساسی است.

3. De facto decriminalisation.

در عدم تعقیب بعضی پرونده‌ها یا ارجاع آنها به سایر سیستمهای اجتماعی است. در سیستمهایی که مبتنی بر مناسبت داشتن تعقیب کیفری است، و تا اندازه‌ای و در بعضی موارد، حتی در سیستمهایی که اصل قانونی بودن تعقیب کیفری حاکم است، جرم زدایی عملی ممکن است به لحاظ صلاحدید دادستان عمومی نیز محقق شود. صلاحدید و اختیار دادگاهها در تحمیل حداقل مجازاتها یا مجازاتهای اسمی نیز ممکن است مرحله‌ای در فرایند جرم زدایی عملی باشد.

بنابراین، مفهوم جرم زدایی عملی در سطح وسیعی شامل مفهوم انحراف از سیستم عدالت کیفری می‌شود.

فرایند جرم زدایی عملی ممکن است منجر به یک عمل جرم زدایی کلی رسمی (قانونی) شود؛ در این معنا می‌توانیم به جرم زدایی عملی و جرم زدایی رسمی به عنوان اجزای یک فرایند واحد نظر بیفکنیم.

گاهی می‌توانیم شاهد تحول تدریجی قابل مقایسه به سمت جرم زدایی رسمی در پرونده‌هایی باشیم که صلاحیت رسمی سیستم عدالت کیفری برای رسیدگی به بعضی وضعیتها و بعضی رفتارها بطور کلی محدود نشده، بلکه فقط بر حسب بعضی خصایص بزهکار یا بعضی ویژگیهای بزه دیده (برای نمونه سن، جنسیت یا مسؤولیت روانی) محدود گردیده است.

## ۱.۲. سه نوع جرم زدایی

تفاوتهای مهمی بین جنبه اجتماعی و جنبه قانونی جرم زدایی رسمی وجود دارد. ما موارد اساسی آنها را مشخص می‌نماییم:

**الف. هدف جرم زدایی رسمی در مواردی، شناسایی یعنی به رسمیت شناختن کامل قانونی و اجتماعی رفتار جرم زدایی شده است. برای نمونه، هدف از جرم زدایی از اعمال همجنس‌گرایانه میان افراد بالغی که با رضایت دست به این کار می‌زنند - لاقدر در بعضی کشورها - لغو تبعیض است. این به معنای به رسمیت**



شناختن یک حق قانونی برای انتخاب آزادانه یک شیوه زندگی (داشتن روابط همجنس‌گرایانه) است که قبلاً مغایر با قانون بوده است (جرم زدایی از نوع الف).

ب. در موارد دیگر، جرم زدایی نه به لحاظ علاقه به شناسایی کامل قانونی و اجتماعی رفتار جرم زدایی شده، بلکه ممکن است به لحاظ تغییر افکار عمومی در خصوص نقش مراجع دولتی در قلمرو مربوطه (یعنی نسبت به عمل یا رفتار مجرمانه جرم زدایی شده) صورت گیرد.

یک ارزیابی متفاوت از نقش دولت و افزایش اهمیت حقوق بشر ممکن است مستلزم عدم مداخله مراجع دولتی در ارتباط با بعضی رفتارها باشد. در بعضی جوامع ملی، جرم زدایی در زمینه جرایم جنسی ممکن است در پرتو چنین تحولاتی مطرح و درک شود (جرم زدایی از نوع ب).

ج. جرم زدایی الزاماً مستلزم تغییر عقیده در خصوص عدم مطلوبیت بعضی رفتارها یا عدم مناسبت صلاحیت مراجع دولتی در مورد آنها نیست. گاهی، هرچند رفتار بزهکارانه‌ای که از آن جرم زدایی شده است، هنوز به عنوان نامطلوب تلقی می‌گردد و دولت برای برخورد با آن صالح تلقی می‌شود، لیکن تصمیم در جهت زدودن وصف مجرمانه از آن رفتار بزهکارانه اتخاذ می‌گردد. در چنین موردی، گاهی عدم واکنش و مداخله انتخاب می‌شود و نحوه رویارویی با این وضعیت نامطلوب به افرادی که بطور مستقیم ذی نفع هستند، محول می‌شود. در سایر موارد، جرم زدایی با رویکردهای تناوبی (آلترناتیوی) - به نام یا به ابتکار - نهادهای دولتی ترکیب می‌شود (جرم زدایی از نوع ج).

تفاوت میان این سه نوع جرم زدایی، نه تنها دارای منافع نظری (تئوریک)، بلکه حقوقی (قانونی) نیز هست. تا آنجایی که جرم زدایی مستلزم شناسایی کامل رفتار جرم زدایی شده است، بر دیگر بخشهای سیستم حقوقی تأثیر مهمی دارد؛ اگر رفتاری که از آن جرم زدایی شده است، بنحوی توسط حقوق اداری محدود یا ممنوع

شود، با معنای جرم زدایی هماهنگ نخواهد بود و مغایر با آن است. حقوق اداری موجود باید در پرتو انگیزه‌هایی که منجر به جرم زدایی شده است تفسیر شود و دعاوی حقوقی علیه یک نوع رفتاری که از آن جرم زدایی شده است، ممکن است دیگر بر اساس این استدلال که رفتار غیر قانونی و یا شنیع است، قرار نگیرد.

اگر جرم زدایی مستلزم شناسایی کامل یک نوع رفتار (یعنی نوع ب و ج جرم زدایی) نباشد، اثر قانونی بر حقوق اداری و حقوق مدنی مبهم تر خواهد بود. با این حال قانونگذاران، مسؤولان اداری و دادگاهها باید اطمینان حاصل نمایند که قانون و اجرای آن، اهدافی را که باعث جرم زدایی شده است، نادیده نمی‌گیرند.

## ۲. رویکردهای مختلف نسبت به «وضعیت‌های پیچیده»<sup>۱</sup>

رویکردهای مختلف ترکیبی با جرم زدایی از نوع «ج» (جایی که رفتار جرم زدایی شده هنوز نامطلوب محسوب می‌گردد و باید در حیطه مداخله مراجع دولتی قرار گیرد) ممکن است به طرق زیر مطرح شود:

۱. در بعضی موارد، این نوع جرم زدایی از اعتقاد قانونگذار مبنی بر این که بها و هزینه‌های اجتماعی جرم انگاری از فواید آن بیشتر است و این که هیچ‌گونه وسایل جایگزین عملی برای مقابله با رفتار نامناسب یا وضعیت نامطلوب وجود ندارد، سرچشمه می‌گیرد. بنابراین راه حل عدم اقدام انتخاب می‌شود.

۲. در سایر موارد، جرم زدایی از این نوع، به این علت که نوع دیگر رویکرد برای مقابله با آن، مناسبتر تشخیص داده شده است، صورت می‌گیرد. گستره رویکردهای جایگزینی (آلترناتیوی) بسیار وسیع است.

**الف -** یک نوع رویکرد، کماکان بر خود رفتار نامطلوب متمرکز می باشد، اما مستلزم در نظر گرفتن سیستمهای اجتماعی دیگر به منظور مقابله با آن است. بعضی از این سیستمها دارای ماهیت حقوقی هستند: سیستمهای حقوق مدنی و حقوق اداری. سایر سیستمها عمدتاً دارای ماهیت متفاوتی می باشند مانند سیستم بهداشت، سیستم رفاه اجتماعی و سیستمهای آموزشی.

**ب -** نوع دیگر رویکرد، بر شخص بخصوصی که به عنوان مباشر رفتار نامطلوب تلقی می شود، متمرکز نیست، بلکه بر وضعیت و اوضاع و احوال نامطلوب تأکید می کند. این رویکرد سعی دارد تا از کثرت آثار نامطلوب چنین وضعیتهایی بکاهد. این کار ممکن است به طرق مختلف صورت پذیرد:

- ایجاد تغییر در خصوصیات فیزیکی محیط؛ ایجاد تغییرات در طرح معابر و خودروها به عنوان یکی از موفق ترین وسایل کاهش تعداد و شدت تصادفهای رانندگی بوده است. به همین ترتیب، وسایل ایمنی می تواند تعداد سرقت خودروها، سرقت از فروشگاههای زنجیره ای یا فروشگاههای سلف سرویسی و سرقت از بانکها را بکاهد.

انریکو فری<sup>۵</sup> قبلاً اشاره نموده بود که بهبود روشنایی کوچه ها و خیابانها یکی از مؤثرترین وسایل پیشگیری از سرقت مقرون به آزار در معابر عمومی است.

- ایجاد تغییر در محیط روان شناختی یا نمادین؛ تعریف و تجربه کردن رویدادها به صورت متفاوت ممکن است یک وسیله بسیار مؤثر - و اغلب تنها روش - کاهش یا جنبه های منفی یک وضعیت باشد. هر پدر یا مادری در عمل تجربه شخصی از این پدیده دارد.

یک روش جدید ملاحظه رفتار کودک یا نوجوان می تواند تنش را از میان بردارد و مسائلی را که در گذشته غیر قابل حل به نظر می رسیدند، حل و فصل نماید. همان طور که می دانیم، این امر ممکن است در روابط میان اشخاص

بزرگسال نیز صادق باشد. این موضوع تا حدودی نیاز به تساهل (گذشت) بیشتر داشته، و نیز تا حدودی فرایند فراگیری است که طی آن راههای صحیح تر مقابله با وقایع نامطلوب (جرایم) به مردم آموخته می شود. اگر توانایی آنها در مقابله با این وقایع افزایش یابد، دو نوع منفعت حاصل می شود:

از یک سو، از افزایش تعارض و اختلاف جلوگیری می شود و آثار منفی آن محدود می گردد؛ از سوی دیگر، ترس از واقعه کاهش می یابد. در بسیاری از قلمروها شایسته است تلاش شود تا منابع بهداشت و رفاه اجتماعی از «مباشر» جرم به سمت سایر اشخاص ذی نفع (درگیر) در تعامل، یعنی بزه دیدگان (بالقوه)، تغییر جهت دهد.

### ۳. مفهوم کیفر زدایی<sup>۶</sup>

مفهوم کیفرزدایی شامل کلیه اشکال تراکم زدایی از سیستم کیفری می شود. در این زمینه تغییر وصف یک جرم از «جنایت» به «جنحه» ممکن است به عنوان کیفرزدایی تلقی گردد. این موضوع در مورد کیفرهای سالب آزادی، آنگاه که ضمانت اجرای دیگری که دارای آثار منفی کمتر یا دارای اثرات جانبی کمتری هستند (مانند جزای نقدی، تعلیق مراقبتی و یا قرارهای خاص دادگاه و غیره) جایگزین آنها می شوند نیز صادق است.

### ۴. مفهوم قضا زدایی<sup>۷</sup>

مفهوم «قضا زدایی» جلوگیری یا عدم ادامه رسیدگیهای کیفری را در مواردی تعریف و مشخص می کند که سیستم عدالت کیفری صلاحیت رسیدگی به آنها را رسماً دارد.

6. The concept of Depenalisation.

7. The concept of Diversion.

در فرایند قضازدایی، مسأله در مواردی به طرفهای مستقیماً درگیر که می‌توانند از کمک یک عامل خارجی در حل آن مسأله استفاده نمایند، ارجاع داده می‌شود. در سایر موارد، تأکید به مداخله مثبت یک عامل خارجی، به منظور کمک به مجرم در حل مسائلی است که او را به طرف بزهکاری سوق داده است. نوعاً، چنین شیوه‌هایی به وسیله نهادهای موقت صورت می‌گیرد که نسبت به تشکیلات کیفری رسمی مستقل هستند.

### ۵. مفاهیم جرم و بزهکاری<sup>۱</sup>

آشننگی که غالباً بر بحثهای راجع به موضوعات کیفری حاکم است، تا حدود زیادی به واسطه استفاده مبهم از مفاهیم جرم، مجرم و بزهکاری است. در نوشته‌های جرم‌شناختی و علوم اجتماعی، مفهوم جرم برای ابراز رفتاری است که ماهیتاً نامطلوب است (از یک دیدگاه عمومی‌تر یا خاص‌تر)، بدون در نظر گرفتن آن که تا چه اندازه چنین رفتاری در حیطه صلاحیت رسمی سیستم کیفری است. در حیطه این محدوده، مفهوم جرم گاهی محدود به رفتاری می‌شود که به طور جدی نامطلوب است. اما گاهی چنین نیست. در همین نوشته‌ها، مفهوم جرم همچنین برای بیان رفتاری است که کل یا بخشی از آن در حیطه صلاحیت رسمی سیستم کیفری قرار می‌گیرد (مقوله‌های "Crime" و "Felonies").

استفاده بدون تمیز این واژه در معناهای کاملاً متفاوت، بررسی مفید مسائل جرم‌انگاری و جرم‌زدایی را بسیار مشکل می‌سازد.

تنها این چنین تفکیک مفاهیم به شرح زیر است که ممکن است قابل استفاده باشد:

۱. اگر کلیه رفتارهایی که در حیطه صلاحیت رسمی سیستم کیفری قرار می‌گیرد، خود به خود (شدیداً) نامطلوب می‌بودند، و ۲. اگر کلیه رفتارهای

(شدیداً) نامطلوب در حیطه صلاحیت رسمی سیستم کیفری قرار می‌گرفت و یا باید در حیطه آن قرار می‌گرفتند. با این حال، هر دو این فرضیه هم از نظر واقعی و هم از نظر هنجاری نادرست می‌باشند. همان‌گونه که ملاحظه کردیم یکی از عواملی که ممکن است فرایند جرم زدایی را به حرکت درآورد، قبول این موضوع است که بعضی از رفتارها نامطلوب نیستند؛ از طرف دیگر، بسیاری از اشکال اعمال نامطلوب، حتی جایی که نهادهای دولتی مستقیماً با آنها مقابله می‌نمایند، خارج از قلمرو و صلاحیت سیستم کیفری باقی می‌مانند. همچنین نادرست است بگوییم که صلاحیت رسمی سیستم کیفری نا‌انجا راهنمای قابل اعتمادی است که به موجب آن، رفتار از نظر نهادهای دولتی نامطلوب شمرده می‌شود. به همین دلایل، سعی ما بر این است که مفاهیم جرم و بزهکاری را برای انواع رفتارهایی حفظ کنیم که در حیطه صلاحیت رسمی سیستم کیفری قرار می‌گیرند. این مستلزم قضاوت در خصوص مطلوب بودن یا مطلوب نبودن رفتار مورد نظر نیست. مسأله مطلوب بودن، یکی از جنبه‌هایی است که به هنگام بررسی در مورد این که آیا در مورد یک رفتار معین جرم‌انگاری ضروری است یا ضروری است جرم‌انگاری حفظ گردد، باید مورد توجه قرار گیرد. در قلمرو هنجاری و دستوری، «نامطلوب بودن» یک علت لازم، اما نه یک علت کافی برای جرم‌انگاری است.

کل قلمرو جرم‌انگاری و جرم زدایی، از جمله معیاری که باید به هنگام سنجش، برآورد و هدایت فعالیتها در این زمینه مورد استفاده قرار گیرند، در مرحله بسیار پایینی از توسعه است. با این وجود، مشروعیت واقعی در قالب «عادلانه بودن» شیوه‌ای که سیستم کیفری به موجب آن کار می‌کند و عمل می‌نماید، بستگی به کیفیت تصمیمات در زمینه جرم‌انگاری و جرم زدایی دارد. واژه مبهم مربوط به مفهوم جرم احتمالاً به وضعیت تأسف بار کنونی امور کمک کرده است. یک عامل با اهمیت‌تر (که بین هر دو پدیده مشترک است، یعنی عدم توسعه در قلمرو جرم زدایی و جرم‌انگاری و وضعیت خلط شده واژه مربوطه) احتمالاً این است که محتوای مفهوم جرم معین نیست، بلکه حاصل تعریف قابل

کنترل است. اگر محتوای مفهوم جرم معین نیست، تصمیم این که آیا یک نوع رفتار به عنوان مجرمانه تعیین و تعریف شود یا خیر، یک انتخاب خواهد بود، یعنی یک مسؤولیت انسانی. بنابراین تصمیم مبنی بر جرم زدایی یا جرم انگاری، خود را به عنوان یکی از مهمترین تصمیمها در کارکرد سیستم کیفری مشخص خواهد کرد.

### ۶. مفهوم سیستم کیفری (سیستم عدالت جنایی)

هنگامی که از سیستم کیفری صحبت می‌کنیم چه بخش از واقعیت را در ذهن داریم؟ بعضی از مقررات قانونی؟ بعضی از نهادهای دولتی و فعالیتهایشان را؟ تصور و برداشت ما از یک نوع وسیع است. برای ما این مفهوم شامل موارد زیر می‌شود:

- حقوق جزا به عنوان یک مجموعه متون، آموزه‌ها و اندیشه‌ها؛  
 - وجود و کار بعضی از سازمانهای دولتی در رابطه متقابل آنها با هم (پلیس، دادگاهها، دادسرا، سازمان زندانها، وزارت دادگستری، پارلمان) تا آنجایی که فعالیتهایشان با توجه به حقوق جزا مشروع است، یا مستقیماً در آن قانون منعکس است؛

- تصورات و بینشهای این سازمانها در مورد جرم و بزهکاران؛  
 - ارتباط خاص میان این سازمانها و وسایل ارتباط جمعی؛  
 - «نتایج فوری» (از جمله ضمانت اجرای کیفری) سیستم و بخصوص نتایجی که خاص آن می‌باشند؛  
 - ساختار قدرت در حیطه و میان نهادهایی که سیستم را به وجود می‌آورند.  
 چه کسی تصمیم می‌گیرد و چه منافعی در نظر گرفته می‌شوند؟





# بزهکاری سازمان یافته در حقوق کیفری فرانسه

نوشته: ژاک بوریکان\*

ترجمه: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

## مقدمه

«بزهکاری گروه» همواره توجه حقوقدانان،<sup>۱</sup> جامعه شناسان<sup>۲</sup> و جرم شناسان<sup>۳</sup> را به خود جلب کرده است. این شکل ویژه بزهکاری، گاه از اعمال یک دسته و جمعیت ناشی می شود که در این صورت، دسته یا جمعیت از گمنامی برای ارتکاب جرم استفاده می کند.<sup>۴</sup> بسیاری اوقات با یک گروه کم یا بیش محدود روبرو هستیم که با تقسیم وظایف - که به بزهکاران شریک توانایی بیشتری می دهد - احتمال عدم مجازات و بی کیفر ماندن افزایش پیدا می کند.

شدت اختلال اجتماعی که این شکل از بزهکاری ممکن است برانگیزد، اجازه می دهد تا بی ببریم چرا قانونگذار فرانسه «اقدام های مجرمانه جمعی» را در قانون (کُد) جزای ۱۸۱۰ پیش بینی کرده است.

\*. Jacques BORRICAND, La criminalité organisée en droit pénal français, 22 pages, 1998.

آقای بوریکان استاد دانشگاه اِکس - مارسی (فرانسه) است.

۱. در این مورد رک:

XV<sup>o</sup> Congrès Français de criminologie: Les aspects modernes du banditisme, Clermont-Ferrand, 9-15 Oct. 1975; Susini, Le banditisme, in Rev. Sc. Crim., 1970.

2. G. TARDE., Les crimes des foules.

3. R. GASSIN, criminologie, 4<sup>o</sup> édition, 1998, n<sup>o</sup> 647.

۴. در این مورد رک:

VIOT, Prévention et répression de la criminalité des foules, Thèse de doctorat, Nancy, 1936.

۱. جرم انگاریِ توطئه و غارتِ گروه‌های (باندهای) مسلح و غیره در قانون جزای ۱۸۱۰ دلیلی بر توجه و آگاهی قانونگذار در این مورد است. لیکن، به نظر می‌رسد که تأثیر اصول کلاسیک فرد مدارانه مانعی در سر راه توسعه راه کارهای بدیع در این خصوص بوده است.<sup>۵</sup>

۲. مع ذلک، کاهش نقش عنصر مادی و اعتبار یافتن عنصر معنویِ جرایم، که با نفوذ اندیشه‌های طرفداران مکتب تحقیقی هموار شد، قانونگذار را به سمت مجازات اشکال نوین بزهکاریِ گروه مانند آنارشیسم (هرج و مرج طلبی) در قانون ۱۸ دسامبر ۱۸۹۳ یا بعدها، جرایم جنگی در قانون ۱۵ سپتامبر ۱۹۴۸ سوق داد.

۳. گسترش مبادلات بین‌المللی که ایجاد جامعه اروپا و سپس اتحادیه اروپا آن را تسریع نمود و از نظر اصولی آزادی رفت و آمد اشخاص، گردش کالاها و جریان سرمایه‌ها را به وجود آورد و نیز فرو افتادن پرده آهنین (دیوار برلین) و فروپاشی نظام‌های کمونیستی به آنچه از این پس قرار شد «جرم سازمان یافته»<sup>۶</sup> نام داشته باشد، بُعد جدیدی داده است (قاچاق مواد مخدر، تطهیر سرمایه‌های نامشروع، فساد).<sup>۷</sup> بعضی از تشکیلات مجرمانه از نوع مافیایی در قلب قواعد و مقررات حقوقی و سیاسی اتحادیه اروپا به نفع خود تردید نمی‌کنند.

بدیهی است جرم گروهی (باندی) مانند قاچاق مواد مخدر،<sup>۸</sup> تروریسم و مافیا<sup>۹</sup> با تأسیس جامعه و اتحادیه اروپا به وجود نیامده‌اند، لیکن تردیدی نیست که این دو نهاد گاه زمینه ارتکاب این نوع جرایم را مساعد نموده و سبب زایش یا گسترش اشکال دیگر آن، مانند تطهیر سرمایه‌های نامشروع، تقلبات علیه مقررات و

5. Roux, Cours de droit pénal, 1910, p. 256.

6. Grande criminalité organisée: dessous et enjeux, in Relations internationales et stratégies, 1995, n° 20.

7. J. Borricand, Corruption et politique, in Problèmes actuels de science criminelles, PUAM, 1996.

8. P. Lacoste, Les mafias contre la démocratie, J. C. Lattes. 1992.

9. Cabalero, Droit de la drogue, Dalloz 1989.

منافع جامعه اروپا یا جرایم کامپیوتری شده است.<sup>۱۰</sup>

۴. فراسوی اروپا، گسترش جرایم فرامرزی از قبیل قاچاق مواد مخدر، تطهیر سرمایه ها، خرید و فروش انسانها، قاچاق آثار هنری می بایست آن دسته از دولتهایی را که از این شکل جدید بزهکاری صدمه می بینند به سمت بسیج امکانات خود، با توسعه واکنش هایی که به ویژه در چارچوب امضای معاهدات ابراز می شود، سوق دهد.

در این مورد مشاهده این امر که راهبردهای مربوط به پاسخ های مختلف به جرم سازمان یافته بین دولتها رویهم رفته مشابه هم است، پر معنی است. گواه این موضوع، گردهمایی مقدماتی انجمن بین المللی حقوق جزا در سپتامبر ۱۹۹۷ در ناپل (ایتالیا) است که طی آن آقای دکتر اردبیلی استراتژی های حقوق موضوعه ایران در مورد جرم سازمان یافته و پاسخ های مختلف به آن را طی سخنرانی جالبی بیان نمود.<sup>۱۱</sup>

ما در این نوشتار، انواع راهبردهایی را که دولت فرانسه تلاش می کند تا در چارچوب اتحادیه اروپا، به منظور مبارزه برضد جرم سازمان یافته، اتخاذ نماید و به اجرا گذارد بیان می کنیم. اما قبل از آن، لازم است مفهوم جرم سازمان یافته را بررسی نماییم. همان طور که همکار ما آقای ایومایو به درستی نوشته است «جرم سازمان یافته با یک مفهوم حقوقی روشن، با یک مفهوم حقوق جزای عمومی یا یک جرم حقوق جزای اختصاصی منطبق نیست». «اگرچه قانون جزای جدید فرانسه ارائه یک تعریف مشخص از این شکل بزهکاری را مفید تشخیص نداده است، لیکن چنین تعریفی به طور ضمنی در قانون وجود دارد و حتی در مواد چندی بسط و گسترش داده شده است.

10. J. C. Monet, Polices et sociétés en Europe, La Documentation française, Paris, 1993.

11. Cf. Revue Internationale de droit Pénal, 1997, p. 843.

12. Y. MAYAUD, Le crime organisé, in Le nouveau code pénal, Enjeux et perspectives, Dalloz, 1994; G. GALCONE, La criminalité organisée: un problème mondial, in Rev Internationale. Pol. Techn. 1992, p. 391.

تعیین محدوده مفهوم جرم سازمان یافته که پیش شرط لازم برای مطالعه موضوع است، اجازه خواهد داد تا قبل از بررسی سیاست جنایی فرانسه (آرایش کیفری و آرایش پیشگیری) در قلمرو جرایم سازمان یافته، جنبه های جرم شناختی آن نیز مشخص شود.

## گفتار اول

### مفهوم جرم سازمان یافته

جرم سازمان یافته مفهومی آشنا برای جرم شناسان است. همکار ما آقای رمون گسن جرم سازمان یافته را بزه می داند که «از یک اراده آزاد مبنی بر ارتکاب یک یا چند عمل مجرمانه ناشی می شود»<sup>۱۳</sup> یا به عبارت دیگر جرم سازمان یافته «جرمی است که شاخص تدارک و ارتکاب آن، تشکیلاتی روشمند است که اغلب برای مباشران آن امکانات معاش فراهم می کند».

اگرچه حقوقدانان فرانسوی، همچون حقوقدانان بیشتر کشورها،<sup>۱۴</sup> این مفهوم را نمی شناسند، لیکن با بررسی قانون جزا می توان جرایم متعددی را یافت که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به آن ارجاع می دهند. احصاء این جرایم اجازه خواهد داد تا ویژگی های خاص جرم سازمان یافته مشخص شود.

قانون جزای فرانسه، به مانند قوانین کیفری بسیاری کشورها، تعریفی از این مفهوم به دست نمی دهد. به همین جهت است که مفهوم جرم سازمان یافته متغیر است، لیکن می توان سنخ شناسی (انواع) آن را معین کرد.

13. R. GASSIN, op. cit., n° 643.

۱۴. البته گفتنی است که تعدادی از قوانین کیفری خارجی این مفهوم را تأیید کرده و پذیرفته اند. مثلاً چنان یا ایتالیا که قوانین آنها «اجتماع مافیایی» را مجازات می کند. رک:

J. PRADEL, Droit pénal comparé, Dalloz, 1995, n° 90.

## الف - متغیر بودن مفهوم

بدون این که مدعی جامع بودن باشیم، مفهوم جرم سازمان یافته در قانون جزای فرانسه به دو شیوه بیان شده است: یا از طریق توسل به مفهوم «کیفیات مشدد» یا از طریق ایجاد «جرائم مستقل».

### ۱. توسل به مفهوم کیفیات مشدد

قانون جزای جدید فرانسه، همچون قانون جزای ایران، این مفهوم حقوقی را غالباً در فرض هایی به کار می برد که کثرت مباشران یا ویژگی تشکیلاتی، مجرمیت عینی عمل را افزایش می دهد.

۱.۱. از این جهت است که مجازات برخی جرائم، چون چندین نفر آنها را مرتکب شده اند، افزایش پیدا می کند. در این خصوص می توان شکنجه و اعمال وحشیانه (بند ۸ ماده ۳-۲۲۲)، خشونت هایی که بدون قصد کشتن، منجر به مرگ می شود (ماده ۸-۲۲۲)، تجاوز به عنف (ماده ۲۴-۲۲۲)، قوادی (ماده ۹-۲۲۲)، سرقت (ماده ۳-۳۱۱) و انهدام و تخریب (بند ۱ ماده ۳-۳۲۲) را نام برد.

۱.۲. در مورد جرم سرکشی و عصیان کیفیات مشدد ناشی از جمعی بودن در ماده ۷-۴۳۳ مد نظر است که موجب می شود مجازات آن از شش ماه به یک سال حبس افزایش پیدا کند.

قانون جزای جدید در ماده ۷۱-۱۳۲ گروه (باند) سازمان یافته را «هر گروه متشکل یا هر توافق حاصل، به منظور تدارک یک یا چند جرم، که یک یا چند عمل مادی شاخص آن تدارک باشد»، تعریف می کند.

### ۲. جرم مستقل

مفهوم بزهکاری سازمان یافته، بدون آن که صراحتاً به این اصطلاح اشاره شده باشد به اشکال مختلفی متجلی می شود. می توان دو حالت را از هم تفکیک کرد: حالتی که در آن ارتکاب جرم شروع یا تمام شده است و حالتی که عمل مجرمانه

بالقوه فقط نمود پیدا کرده باشد.

### ۲.۱. جرم شروع شده (شروع به جرم) یا جرم تام (ارتکاب یافته)

چندین واژه به روشن کردن مفهوم جرم سازمان یافته کمک می کند:

- واژه «توافق» (concertation) در مورد جرم کشتار جمعی (نسل کشی) مطرح می شود. در این خصوص ماده ۱-۲۱۱ قانون جزای جدید فرانسه تصریح می کند که «ارتکاب چندین عمل مهم، در اجرای طرح متفق، در جهت انهدام کلی یا جزئی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی، یا یک گروه معین به لحاظ هر معیار خودسرانه دیگری، که به شخص انسانی صدمه وارد کند نسل کشی محسوب می شود».

ارجاع مشابهی به مفهوم «نقشه و طرح متفق» در مورد سایر جرایم علیه بشریت نیز شده است. ماده ۱-۲۱۲ به انتقال و جابجایی افراد، تنزل افراد در حد برده یا اعدام های وسیع و منظم بدون محاکمه افراد اشاره می کند. ماده ۲-۲۱۲ فرض ارتکاب این نوع جرایم را در زمان جنگ مطرح می نماید.

- اصطلاح «گروه شبه نظامی سازمان یافته» (groupe de combat organisé) در ماده ۱۳-۴۳۱ قانون جزای جدید فرانسه مورد نظر قانونگذار بوده است. این مفهوم در واقع از قانون ۱۰ ژانویه ۱۹۳۶ راجع به گروه های شبه نظامی و شبه نظامیان خصوصی گرفته شده است. ماده ۱۳-۴۳۱ گروه شبه نظامی را چنین تعریف می کند. «هرگونه تشکل اشخاص که اسلحه در اختیار داشته یا به اسلحه دسترسی داشته باشد و دارای تشکیلات مبتنی بر سلسله مراتب بوده و مستعد برهم زدن نظم عمومی باشد». این تعریف تا اندازه ای مشابه تعریف اداری ماده ۱ قانون ۱۹۳۶ است و خصیصه «شبه نظامی» این نوع تشکیلات و گروهها را مشخص می کند. قانون جزای جدید دو جرم جدید به آن اضافه کرده است: شرکت در گروه شبه نظامی که مجازات آن سه سال حبس است و سازماندهی یک گروه شبه نظامی.

اما ارجاع به مفهوم تشکل / گروه در مجازات «قاچاق مواد مخدر» کاربرد بیشتری پیدا می‌کند. دل‌نگرانی قانونگذار در مبارزه مؤثر بر ضد بازار مواد مخدر، او را به سمت پیش‌بینی چند جرم، همراه با مجازات‌های شدید، سوق داده است. ماده ۳۴-۲۲۲ «هدایت یا سازماندهی تشکلی را که هدف آن، تولید، ساخت، واردات، صادرات، حمل و نقل، نگهداری، عرضه، واگذاری، تملک یا استعمال غیر قانونی مواد مخدر باشد» به حبس جنایی ابد محکوم می‌کند. قانونگذار «جنبش‌های شورش طلبانه» را در ماده ۳-۴۱۲ قانون جزا «هرگونه خشونت و تعرض جمعی که ماهیتاً نهادهای جمهوری را به خطر بیندازد یا نسبت به تمامیت سرزمینی ملی لطمه وارد کند»، تعریف کرده است.

- بالأخره ارجاع به مفهوم اقدام (entreprise) در حقوق جزای فرانسه سابقه طولانی دارد، زیرا ماده ۸۴ قانون جزای ۱۸۱۰ آن را در مورد جرایم مربوط به تضعیف روحیه ارتش به کار می‌برد. قانون جزای جدید این جرم را در ماده ۴-۴۱۳ خود «شرکت در اقدام مبنی بر تضعیف روحیه ارتش به منظور لطمه وارد کردن به دفاع از کشور» تعریف می‌نماید.

اما در مورد خصوصاً تروریسم است که مفهوم اقدام در تمامی ابعاد آن به کار برده شده است.<sup>۱۵</sup> قانون ۹ سپتامبر ۱۹۸۶ که دل‌نگران مبارزه مؤثرتر بر ضد این شکل از بزهکاری بود، تنظیم سیاهه‌ای از جرایم با-خصیصه تروریستی را «زمانی که در ارتباط با یک اقدام فردی یا جمعی هستند که هدف آن ایجاد اختلال شدید در نظم عمومی از طریق ارباب یا وحشت است» انتخاب کرده بود (ماده ۱۶-۷۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری). قانون جزای جدید این جرم را در ماده ۱-۴۲۱ خود پیش‌بینی نموده است، لیکن تروریسم زیست-محیطی را به آن افزوده است (ماده ۲-۴۲۱).<sup>۱۶</sup> در هر دو مورد، به مفهوم اقدام ارجاع داده شده است.

15. J. PRADEL, Les infractions de terrorisme, D. 1986, p. 40.

16. J. BORRICAND, Le terrorisme écologique, in problèmes actuels de science criminelle, P. U. A. M., 1995, p. 29.

## ۲.۲. عمل بالقوه

قانون جزای جدید، قبل از شروع به جرم، چندین نقشه مجرمانه را که به جرم سازمان یافته اشاره دارد مجازات می کند.

- قانون جزای جدید «شرکت در یک گروه متشکل یا در یک توافق حاصل به منظور تدارک یکی از جرایم تعریف شده در مواد ۱-۲۱۱ (نسل کشی) و ۱-۲۱۲ و ۲-۲۱۲ (سایر جرایم علیه بشریت) را که با یک یا چند فعل مادی مشخص شده»، به حبس جنایی ابد محکوم می کند.

- از سوی دیگر، مجازات «توطئه» در ماده ۲-۴۱۲ قانون جزا پیش بینی شده است. به موجب این ماده «تصمیم قاطع بین چند نفر مبنی بر ارتکاب سوء قصد، زمانی که این تصمیم با یک یا چند عمل مادی مشخص شود، توطئه محسوب می شود». مجازات این جرم ده سال حبس است.

- اما جرم «اجتماع تبهکاران» است که یکی از جلوه های کامل جرم سازمان یافته محسوب می شود. ماده ۲۶۵ قانون جزای سابق فرانسه اجتماع تبهکاران را به «هر اجتماع تشکیل شده، صرف نظر از مدت یا تعداد اعضای آن یا هر توافق حاصل شده با هدف تدارک یا ارتکاب جرایم علیه اشخاص یا اموال» تعریف کرده بود. قانون ۲ فوریه ۱۹۸۱ به اجتماع تشکیل شده به منظور ارتکاب یک جنایت، اجتماع تشکیل شده با هدف ارتکاب بعضی جنحه های شدید را نیز افزود.

قانون جزای جدید وصف این جرم را در ماده ۴۵۰ به طور قابل توجهی توسعه داده است: «هر گروه متشکل یا هر توافق حاصل به منظور تدارک یک یا چند جنایت یا یک یا چند جنحه مستحق ده سال حبس که با یک یا چند فعل مادی مشخص شده اجتماع تبهکاران محسوب می شود». بدین ترتیب، با توجه به تعاریف حقوقی، می توان خصوصیات عمده این جرم را معین کرد.



### ب - سنخ‌شناسی (انواع) جرم سازمان یافته

مطالعه دقیق عناصر تشکیل دهنده جرایم که بیش و کم جرم سازمان یافته را به یاد می‌آورد، اجازه می‌دهد تا بعضی از خصوصیات آن که «تعدد مباشر»، «تشکیلاتی بودن» و «فرامرزی بودن» باشد، عیان گردد.

#### ۱. تعدد مباشر

عامل «جمع» در حقوق جزا آشنا و شناخته شده است. مشارکت و معاونت مستلزم این عامل است، لیکن باید از مفهوم جرم سازمان یافته مستثنی شوند. زیرا قانون جزای جدید در زمینه سرقت، آن سرقتی را که چند نفر به عنوان مباشر یا معاون مرتکب می‌شوند بدون این که یک دسته یا گروه (باند) سازمان یافته را تشکیل داده باشند»<sup>۱۷</sup> (بند ۱ ماده ۴-۳۱۱) به دقت از سرقتی که به صورت گروه (باند) سازمان یافته ارتکاب یافته باشد<sup>۱۸</sup> (ماده ۹-۳۱۱) تفکیک می‌کند. قانون جزای جدید همین تفکیک را در مورد قوادی در نظر گرفته است: مجازات قوادی که به وسیله چند مباشر یا چند معاون ارتکاب یافته باشد (بند ۹ ماده ۷-۲۲۵) ده سال حبس است، لیکن اگر قوادی به صورت گروه (باند) سازمان یافته ارتکاب یابد، کیفر آن بیست سال حبس جنایی است. (ماده ۸-۲۲۵).

تعدد مباشر که مجرمیت عمل را تشدید می‌کند، ممکن است در دو سطح در حقوق مورد توجه قرار گیرد. قانون جزا در مرحله جرم شروع شده (شروع به جرم) یا جرم ارتکاب یافته (جرم تام) همواره معتقد بوده است که مجازاتها می‌بایست تشدید شوند (مثلاً حریق عمدی، لطمات علیه امنیت کشور). لیکن این خطرناکی در مرحله «مجرمیت بالقوه» نیز مورد توجه قانون جزا واقع شده است (توطئه، اجتماع بزهکاران ...).

در هر حال، کافی است که تعدادی عامل در ارتکاب جرم شرکت کرده باشند.

۱۷. مجازات این نوع سرقت پنج سال حبس است.

۱۸. مجازات این نوع سرقت پانزده سال حبس جنایی است.

تعداد مهم نیست. ماده ۲۶۵ قانون جزای سابق که قانون ۱۸۹۳ آن را اصلاح کرده بود، «هرگونه اجتماع متشکل، صرفنظر از تعداد اعضای آن» را محکوم می نمود. همکاری دو نفر در این خصوص کافی است.<sup>۱۹</sup>

## ۲. سازمان و تشکیلات

عامل تشکیلات با کاربرد واژه های توافق، اقدام، گروه شبه نظامی (گروه رزمی) و جنبش شورش طلبانه مطرح شده است. در تمامی جرایمی که این اصطلاحات را به کار می برند، واژه «توافق» واژه ای است که به طور صریح یا ضمنی در قانون جزا متجلی می شود. در جرم نسل کشی یا سایر جرایم علیه بشریت مفهوم «طرح ریزی قبلی» (طرح متفق) این مزیت را دارد که بر خصیصه برنامه ریزی شده و منظم اقدام مجرمانه صراحتاً تأکید می کند.<sup>۲۰</sup> در جرم تروریسم، طرح ریزی قبلی با مفهوم اقدام مطرح می شود. در هر حال، اقدام، مستلزم نوعی سبق تصمیم و تشکیلات است. بنابراین در این مورد تصادف و اتفاق را باید کنار گذاشت. ماده ۷۱-۱۳۲ قانون جزا همین اندیشه را در زمینه قلب سکه و جعل اسکناس با تعریف گروه (باند) سازمان یافته بیان می کند. به موجب این ماده، باند سازمان یافته «گروه متشکل یا توافق حاصل به منظور تدارک یک یا چند جرم است که با یک یا چند فعل مادی مشخص شده است»، حال آن که ماده ۱۳-۴۳۱ قانون جزا راجع به گروه های شبه نظامی (رزمی) به «سازمان و تشکیلات مبتنی بر سلسه مراتب»،<sup>۲۱</sup> اشاره دارد.

این تحلیل از مفهوم تشکیلات و سازمان را دکترین نیز بیان کرده است. استادان مرل و ویتو در این مورد می نویسند که «از واژه باند همواره این معنی استنباط می شود که باید بین افراد گرد هم آمده نوعی تشکیلات وجود داشته باشد،

19. Goyet, Droit pénal spécial par Rousselet, Arpaillage et patin, n° 314.

20. Criculaire, Code Dalloz, p. 317.

۲۱. این متن یادآور ماده ۲۶۶ قانون جزای سابق است که اجتماع متشکل یا توافق حاصل به منظور تدارک روسپگیری، سرقت مشدد (مقرون به آزار) را مد نظر داشته است.

یعنی وجود یک ساختار با سلسله مراتب و منضبط که به گروه قدرت و تداوم می بخشد.<sup>۲۲</sup> استاد ویتو در مورد اجتماع تبهکاران، توافق را «همفکری، اتفاق و اراده مصمم به منظور ورود به عمل به صورت مشترک و تفاهم برای انجام عملی در آینده» تعریف کرده است.<sup>۲۳</sup> از سوی دیگر، همکار ما آقای رمون گسن می نویسد: «منظور از جرم سازمان یافته جرمی است که تدارک و ارتکاب آن با یک سازمان روشمند مشخص می شود و غالباً وسایل معاش مباشر آن را فراهم می کند».<sup>۲۴</sup>

بنابراین به نظر می رسد که جمع ساده اندیشه ها، روحیات، افکار یا هدف بین مرتکبان یک جرم کافی نیست، بلکه اراده مصمم معطوف به عمل به صورت مشترک که چند نفر راجع به آن مطالعه، همفکری و اتفاق نظر قبلی کرده باشند و داشتن طرح و نقشه معینی به منظور ارتکاب (تحقق) یا شروع به ارتکاب جرم نیز لازم است، یعنی به عبارت دیگر، تجلی چند اراده که در مورد تدارک یک جرم و ارتکاب آن با هم مطالعه و مشورت و همفکری می کنند.

### ۳. فرامرزی بودن

از دیرباز ارتکاب بعضی جرایم، مانند قلب سگه و جعل اسکناس، مستلزم استقرار شرکت کنندگان در کشورهای متعددی بوده است. ایجاد بازار مشترک و امروزه اتحادیه اروپا اشکال نوین جرایم را گسترش می دهد. در این خصوص قانون جهت گیری و برنامه ریزی ۲۱ ژانویه ۱۹۹۵ راجع به امنیت تأکید می کند که «بزهکاری سازمان یافته اشکال جدیدی به خود می گیرد و دقت و مراقبت شدید پلیس قضایی را در این قلمروها ایجاب می نماید: «قوادی بیگانگان وابسته به شبکه های بسیار متشکل مهاجرت غیر قانونی که تحقیقات را دشوارتر و طولانی تر می کند؛ قاچاق خودروهای مسروقه به مقصد کشورهای اروپای شرقی که موجب جعل وسیع مدارک تقلبی مربوط به آن می شود؛ جعل مدارک تقلبی هویت افراد و

22. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, n° 2287.

23. *Jurisclassleur, Arts. 265 à 268, ancien Code pénal*, n° 23

24. R. GASSIN, *Criminologie*, 4 éd. n° 340.

ایجاد شبکه های جدید».<sup>۲۵</sup> فعالیت های از نوع مافیایی، جرایم علیه منافع جامعه اروپا، تروریسم، قاچاق مواد مخدر و تطهیر پول های نامشروع مستلزم وجود شبکه های بین المللی است. در این مورد، بر اهمیت گروه های مافیایی در اروپا و خارج از اروپا تأکید شده است.<sup>۲۶</sup>

تمامی این خصوصیات در جرم «تطهیر پول های نامشروع» وجود دارد. معاهده ملل متحد مبارزه علیه مواد مخدر و مواد روان گردان ۱۹۸۸ (مشهور به کنوانسیون وین) متن حقوقی بین المللی است که آن را تعریف می کند. این جرم از دو نوع اعمال ناشی می شود: «تبدیل یا انتقال» اموالی که منشأ نامشروع و مجرمانه آن (مثلاً قاچاق) برای مرتکب این جرم روشن است؛ اختفا یا تغییر شکل، ماهیت و منشأ، جابجایی یا تغییر مالکیت اموال که مباشر در جریان خاستگاه نامشروع و مجرمانه آن (مثلاً قاچاق) قرار دارد.

این متن بعدها در سطح اروپا و در بعضی کشورها مورد توجه قرار گرفت: تصویب معاهده شورای اروپا راجع به تطهیر، شناسایی، توقیف و مصادره درآمدهای جرم در ۸ نوامبر ۱۹۹۰؛ تصویب رهنمود اروپایی راجع به پیشگیری از استفاده از سیستم مالی با هدف تطهیر سرمایه ها در ۱۰ ژوئن ۱۹۹۱ (جوامع اروپایی)؛ تصویب قانون جزای جدید فرانسه در ۱۹۹۲ که ماده ۳۸-۲۲۲ آن به پیش بینی و مجازات جرم «تطهیر پول های ناشی از قاچاق مواد مخدر» اختصاص داده شده است (جرم خاص «تطهیر»).

قانونگذار فرانسه با تصویب قانون ۱۳ مه ۱۹۹۶، جرم عمومی «تطهیر درآمدهای نامشروع» حاصل از هر جرمی را پیش بینی نمود که به جرم خاص موضوع ماده ۳۸-۲۲۲ افزوده شد. بند ۱ ماده ۳۲۴ تطهیر را به عنوان «عمل موجه جلوه دادن متقلبانه منشأ اموال یا درآمدهای مباشر یک جنایت - به هر طریقی - که به طور مستقیم یا غیر مستقیم برای او سود فراهم کرده باشد» تعریف کرده است.

25. Journal officiel 1995, Loi n° 95-73.

26. G. FALCONE, La Criminalité organisée est un problème mondial; P. Glorieux, Criminalité organisée et groupe mafieux en Europe, I. H. E. S. I., Août 1993.

به موجب بند ۲، همین ماده، «همکاری و کمک کردن در عملیات سرمایه گذاری، اختفا یا تبدیل درآمد مستقیم یا غیر مستقیم یک جنایت یا یک جنحه» نیز تطهیر محسوب می شود.

این جرم را می توان عمومی توصیف کرد، زیرا هیچ قیدی برای منشأ مجرمانه اموال یا درآمدهای مورد نظر آورده نشده است.

همان طور که بخشنامه وزارتی ۱۰ ژوئن ۱۹۹۶ تصریح می کند، تطهیر معمولاً شامل سه مرحله می شود که ممکن است، برحسب اهمیت اموالی که باید تطهیر شود و نیز وسایل بیش یا کم پیچیده ای که در اختیار تبهکاران اولیه و تبهکاران تطهیر قرار دارد، در هم تداخل کنند.

- ابتدا، «سرمایه گذاری» (Le placement) نمایان ترین، ظریف و حساس ترین مرحله است که عمدتاً شامل به جریان انداختن پول های نامشروع (کثیف) به دست آمده در مسیرهای (کانال های) مشروع می شود.<sup>۲۷</sup>

این عمل «غوطه ور یا غرق» کردن پول های نامشروع (کثیف) که گاهی به آن غوطه ور کردن مقدماتی نیز گفته می شود، ممکن است نزد مؤسسات مالی سنتی یا، به عنوان مثال، به صورت سپرده های تفکیکی یا خرید اوراق بهادار قابل پرداخت در چند نوبت یا خرید اوراق بهادار بی نام و ارزی های خارجی، یا به کمک قمار خانه ها، یا در بخش های کاری که مبالغ زیادی پول در آن رد و بدل می شود (مانند مغازه های لباسشویی خودکار، کافه بارها و رستوران ها و هتل های زنجیره ای) صورت گیرد.

- مرحله دوم، مرحله تبدیل (la Conversion) است که مشتمل بر محور اثر و ردپای منشأ پول نامشروع، با به گردش در آوردن آن از طریق عملیات مالی متعدد و مشوه کردن هویت واقعی عملیات است.<sup>۲۸</sup>

۲۷. این مرحله به مرحله «پیش از شستشو» (Le pré-lavage) یا مرحله «آماده کردن برای شستشو» نیز تعبیر می شود. م

۲۸. این مرحله، به مرحله شستشو (le lavage) نیز تعبیر می شود.

- و بالاخره مرحله سوم، مرحله نهایی عملیات است، که به مرحله «آب کشی» (le rinçage) نیز مشهور است. در این مرحله از مبالغ مربوط، برای سرمایه گذاری های مشروع با هدف به گردش در آوردن این مبالغ در قالب و شکل درآمدهای تمیز (مشروع) استفاده می شود.

عملیات متعدد مستلزم وجود شرکت های صوری، بهشت های مالیاتی، تنظیم فاکتورهای تقلبی به کمک واسطه هایی است که بیش یا کم از خصیصه مجرمانه اعمال مورد نظر آگاه هستند. خطرناک ترین تطهیر کنندگان، بی تردید بزهکاران حرفه ای اند که از تسهیلاتی که انجام فعالیت های حرفه ای، به ویژه در روابط مالی بین المللی، ایجاد می کند استفاده می نمایند.

این بزهکاران به خوبی با محیط های تجاری آشنا هستند و بر مدرن ترین فن آوری های آن، به ویژه فن آوری های ارتباطات در مقیاس جهانی، منابع سودآور و خلأ مقررات، به منظور اختفا منشأ مجرمانه اموال مورد نظر، تسلط دارند. ضرر این بزهکاران، در چارچوب بزهکاری که به طور جمعی سازمان داده شده است، به دو شیوه مختلف متجلی می شود:

- ابتدا، تطهیر کنندگان از طریق بازیابی پول نامشروع مرتبط با قاچاق مواد مخدر، فروش تسلیحات، آثار و اشیاء هنری و روسپیگری در اقتصاد قانونی و مشروع، به تبهکاران بین المللی کمک می کنند تا قدرتشان، به ویژه با کنترل مسیرهای (کانال های) مالی و زندگی عمومی، مطابق با روش های مافیایی خاص آنها، افزایش یابد.

این نفوذ در اقتصاد مشروع، بعضی دولتها را که هرگونه کنترل بر اقتصاد خود را از دست داده اند، در معرض خطر قرار می دهد.

- سپس، تطهیر کنندگان با استفاده از انواع ابزارها و اسناد مالی که در اختیار دارند، ممکن است توازن اقتصادی کشور را از طریق جابجایی سرمایه ها به هم بزنند.

روشن شدن این عناصر جرم شناختی به ما اجازه می دهد تا جهت گیری های سیاست جنایی را که با توجه به مجازات جرم سازمان یافته مطرح می شود، معین کنیم.

## گفتار دوم

### مجازات بزهکاری سازمان یافته

ویژگی فرامرزی بودن بزهکاری سازمان یافته موجب شده است تا استراتژی های مختلف پاسخ، چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی، گسترش یابد.

در سطح ملی، که محدوده بحث ما در این گفتار است، می توان نمونه فرانسه را ذکر کرد که دو نوع آرایش (راهکار) حقوقی را برای مبارزه با این شکل نوین بزهکاری تصویب کرده است: مجازات از یکسو، شناسایی و کشف بزهکاری سازمان یافته از سوی دیگر.

### الف - آرایش (راهکار) کیفری

تنوع اشکال جرم سازمان یافته، قانونگذار را ناگزیر از افزایش مجازات ها کرده است. بدین ترتیب، کیفر سرقت ارتكابی به صورت گروهی (باند) ده تا بیست سال حبس جنایی، کیفر قاچاق مواد مخدر حبس جنایی ابد، مجازات اجتماع تبهکاران ده سال حبس و تطهیر پول های نامشروع پنج سال حبس است.

مشکل در نظام قضایی فرانسه، در اثبات «قصد مجرمانه عامل» (مباشر) بزه است. مسأله در اینجا اثبات شناخت و آگاهی مجرم از منشأ اموال بازیابی شده است.

دلیل سوء نیت «تطهیر کننده» نه فقط از آگاهی که نسبت به عمل خود دارد، بلکه از اطلاع او در مورد منشأ متقلبانه سرمایه (وجوه) نیز استنباط می شود.

راه حل اساسی در این بود که بار ارائه دلیل را عکس کنیم، بدین معنی که از شخصی که مظنون به سرمایه‌گذاری یا تبدیل وجوه یا اموال با منشأ مشکوک است خواسته شود تا دلیل مبدأ و ریشه قانونی سرمایه و وجوه مربوط را ارائه دهد. دو پرونده که هنوز در دادگاه استیناف پاریس مفتوح است، مشکل بار دلیل را در مورد این جرم روشن می‌کند.

نخستین پرونده، مشهور به پرونده «مارگاریتا»، است که مربوط به اولین شکایتی در فرانسه می‌شود که در زمینه تطهیر پول ناشی از قاچاق مواد مخدر اقامه شده است.<sup>۳۰</sup> بر اساس حکم صادره در ۱۰ ژانویه ۱۹۹۶، مباشران اصلی در این پرونده به ده سال حبس محکوم شده‌اند. دادگاه متقاعد شده بود که دلیل ارتکاب قاچاق مواد مخدر احراز شده است و اعضای شبکه مارگاریتا نمی‌توانستند بی‌اطلاع از آن باشند. در این پرونده، دلایل مادی کافی، برای این که قاضی به واقعیت عنصر عمد بودن جرم ایمان و علم پیدا کند، ارائه شده بوده است.

دومین پرونده که مربوط به شرکت صرافی باسک-لاندی است و همین مشکل دلیل را بیان می‌کند، منجر به صدور حکم براءت در ۱۷ آوریل ۱۹۹۶ شد. دادگاه درخصوص این پرونده به این اعتقاد رسید که دلیل تطهیر، یعنی اطلاع مدیران نسبت به قاچاق مواد مخدر، به اندازه کافی ارائه نشده است.

در پرونده اول، وجود قاچاق آشکار بوده و تطهیرکنندگان همزمان قاچاقچی نیز بوده‌اند، حال آن که در پرونده دوم، عملیات تطهیر به وضوح به وسیله یک تشکیلات مستقل بدون رابطه مستقیم با سازمان‌های مجرمانه انجام شده است.

شرکت صرافی، به عنوان یک مؤسسه خدماتی، به نظر می‌رسیده که، بنابر گفته‌های مدیران، مشتریان آن یعنی جواهر سازان اسپانیایی مایل بودند بدون اطلاع اداره مالیاتهای کشور خود، طلا خریداری کنند و البته که اطلاع و شناختی در مورد منشأ وجوه مبادله شده نداشته‌اند.

اگر در زمان رسیدگی به این پرونده، جرم عمومی تطهیر موضوع قانون ۱۳

30. Jean-Louis Herail, Patrick Ramael, op. cit., p. 93.



مه ۱۹۹۶ وجود می داشت، این امکان می رفت که دادگاه در این پرونده حکم محکومیتی صادر نماید. مسأله ای که باقی می ماند، مسأله دلیل عنصر عمد، لازم برای اثبات جرم است.

مع ذلک، قانون ۱۳ مه ۱۹۹۶ جرم جدیدی که می توان آن را «واسطه گری و دلالی در مواد مخدر»، یعنی بهره برداری از تلاش و کار دیگران، به منظور اختفاء، فروش یا مراقبت در توزیع مواد مخدر، نامید، ایجاد کرده است. هدف این جرم انگاری تقویت مبارزه برضد کسانی است که بدون دخالت مستقیم و آشکار در خرید و فروش این مواد، از فعالیت قاچاقچیان و سایرین بهره برده و زندگی مجللی برای خود ایجاد می کنند.

بند ۱ ماده ۳۹-۲۲۲ مقرر می دارد که اگر شخصی نتواند منشأ منابع مالی منطبق با طرز و سطح زندگی خود را، در عین داشتن روابط معمولی با یک یا چند نفر که مواد مخدر مصرف می کنند، یا در خرید و فروش مواد مخدر دست دارند یا سرمایه های نامشروع را تطهیر می نمایند، توجیه کند به پنج سال حبس و پانصد هزار فرانک جریمه محکوم خواهد شد. بدین ترتیب، این مقررات، شکلی از اماره مجرمیت را ایجاد می کنند که هدف آن، تعقیب و مجازات کسانی است که به طور نامرئی و بدون انجام کار خاصی از پول و درآمد حاصل از فعالیت قاچاقچیان مواد مخدر، و تطهیر کنندگان سرمایه ها و به طور کلی کسانی که در بازار غیر قانونی مواد مخدر فعال هستند، سود می برند.

قانونگذار با وضع این جرم، ناامیدی کسانی را که منتظر جابجا شدن بار ارائه دلیل بودند، قدری جبران کرده است. تطهیر پول نقطه ضعف سازمان های مجرمانه است و بهترین وسیله برای تعقیب و مجازات این قبیل سازمان ها، مبارزه برضد این شکل از بزهکاری است. آسان کردن دلیل اثبات آن، بدون این که به آزادی های فردی شهروندان شرافتمند در این زمینه لطمه ای وارد شود، ضروری است. علاوه بر مجازات حبس و جریمه، مصادره کامل درآمدهای تطهیر شده نیز مفید و ضروری خواهد بود.

تعریف حقوقی مفهوم تطهیر پول‌های نامشروع پیچیده می‌نماید و این پیچیدگی بر استقرار یک سیستم کیفری متناسب با آن نیز منعکس می‌شود. قانون خود را به اقدام‌های کیفری محدود نمی‌کند، بلکه تدابیری برای پیشگیری از طریق شناسایی و کشف پول‌های نامشروع در مسیرهای (کانال‌های) اقتصادی و مالی مشروع نیز پیش بینی کرده است.

### ب- آرایش (راهکار) پیشگیرنده کشف و شناسایی

بانک‌ها و مجموعه نظام بانکی، بازیگران اجتناب‌ناپذیر عملیات تطهیر، چه به صورت فعال و چه به صورت انفعالی، با ایفای نقش در هر یک از سه مرحله اساسی تطهیر هستند.

بنابراین فایده انجام یک سلسله اقدامها با همکاری این مؤسسات مالی به منظور حفاظت از آنها در مقابل عملیات نامشروع از یک سو، و کمک آنها به مقامهای اداری و قضایی در شناسایی و دستگیری «تطهیرکنندگان» از سوی دیگر، خیلی زود احساس شد.

بدیهی است سوءظنی که بدین ترتیب نسبت به مؤسسات مالی ایجاد شد، نارضایتی آنها را فراهم نمود، لیکن به نفعی که از همکاری در این مبارزه عایدشان می‌شود پی بردند، و بدین سان آرایش حقوقی شناسایی و کشف عملیات تطهیر استقرار یافت. این آرایش شامل کنترل مشتریان به وسیله بانک‌ها و نیز همکاری آنها در تحقیقاتی است که نهادهای ویژه در این قلمرو انجام می‌دهند.

#### ۱. نظام کنترل

در این خصوص، نخستین مقررات در سطح بین‌المللی وضع و تصویب شده است، زیرا بانک‌های فرانسوی در به خطر انداختن رابطه اعتماد موجود بین آنها و مشتریان‌شان خوددار بودند.

۱.۱. نخستین متون بین‌المللی، کنترل هویت مشتریان را به هنگام گشایش حساب به وسیله بانک‌ها ایجاد کردند. توصیه نامه ۲۷ ژوئن ۱۹۸۰ شورای اروپا به دولت‌های عضو پیشنهاد نمود تا این مقرر را وارد قوانین داخلی خود بنمایند. بدین ترتیب، اصل بررسی هویت مشتریان بانک‌ها به وجود آمد.

اعلامیه اصولی کمیته قواعد و طرز اجرای کنترل عملیات بانکی ۱۲ دسامبر ۱۹۸۸ (متشکل از بانکداران، مشهور به اعلامیه بال-سویس) نیز این اصل را پذیرفته است. این اعلامیه مستقیماً خطاب به بانکداران و دست‌اندرکاران مالی بوده و کلیه فعالیت‌های مجرمانه از هر نوع و همچنین تطهیر پول‌های حاصل از آنها را به دفاع از خود می‌خواند.

بنابراین مؤسسات مالی به یک اعلامیه اصولی در زمینه وظیفه شناسی ملحق شدند که از آنها خواسته است تا شیوه‌های کارآمد کنترل هویت مشتریان و مراقبت و نظارت بر بعضی عملیات مظنون را ایجاد کنند و با مقام‌های قضایی و اداری همکاری نمایند. هدف این اعلامیه، متهم کردن نظام مالی نبوده بلکه مراد در واقع حفاظت از آن در مقابل مظاهر جرم سازمان یافته است.

۱.۲. متون بین‌المللی بعدی، با تحمیل تدریجی وظیفه نظارت فزاینده در صورت وجود سوء ظن درباره مشروعیت عملیات با تکلیف اعلام مورد، جلوتر رفته‌اند.

کنوانسیون وین ۱۹۸۸ شالوده‌های اولیه را در این زمینه، با محدود کردن موضوع خود به جرم قاچاق مواد مخدر، به وجود آورد. توصیه‌های گزارش گروه اقدام مالی ۱۹۹۰، حذف قید مجرمانه بودن حساب‌های بانکی را فقط در مورد تحقیقات آغاز شده در زمینه کیفری پیشنهاد کردند.

توصیه نامه شماره ۱۶ مقرر می‌دارد که مؤسسات مالی‌ای که گمان می‌کنند وجوه از یک فعالیت مجرمانه ناشی می‌شوند باید مجاز یا مکلف به اعلام سریع سوء ظن خود به مقام‌های صالح باشند. بنابراین، نهادهای مالی، وقتی که اعلامیه

حسن نیت خود را امضا نمودند، باید بتوانند قید «مجرمانه بودن بانکی» را لغو کنند، بدون این که مسؤولیتی در این خصوص داشته باشند. این امر، حتی زمانی که این نهادها ماهیت عمل مجرمانه مورد نظر را دقیقاً نمی دانسته اند یا فعالیت غیر قانونی مظنون واقعاً وجود نداشته است نیز باید صادق باشد.

۳.۱. در فرانسه، قانون ۱۲ ژوئیه ۱۹۹۰ که در سطح وسیعی از دو متن پیشین الهام گرفته است، همکاری مؤسسات مالی را فقط در زمینه تطهیر پول های ناشی از مواد مخدر اجباری اعلام کرده است.

هدف این قانون، مبارزه کارآمد بر ضد عملیات تطهیر، در عین حفظ منافع دست اندرکاران مالی است. به ابتکار خود بانک ها، مجرمانه بودن حساب بانکی ممکن است لغو شود، اما در صورت وجود سوء ظن نسبت به یک مشتری، مکلفند که از طریق اعلام کتبی، مقام ها را از ظنین بودن خود مطلع کنند.

بنابراین تکلیف رعایت مجرمانه بودن حساب های بانکی و اسرار شغلی که دارای ضمانت اجرای کیفری و مدنی نیز هست، زمانی که بانک باید مراتب سوء ظن را به مقام های صالح اعلام نماید، رفع می شود. قانون ضد فساد ۲۹ ژانویه ۱۹۹۳ قلمرو اعمال این تکلیف را به جرایم سازمان یافته تسری داده است.

این شکل کنترل، نقش فعالی در مبارزه بر ضد تطهیر پول و به طور غیرمستقیم علیه جرم سازمان یافته به بانک ها می دهد. برای تکمیل کار این نوع کنترل، تشکیلات خاصی برای شناسایی و کشف عملیات تطهیر نیز وجود دارد.

## ۲. تشکیلات فرانسوی مسوول شناسایی و کشف عملیات تطهیر

توجهی که به این شکل مبارزه علیه جرم سازمان یافته از طریق تطهیر پول های ناشی از فعالیت های مجرمانه سازمان های جنایی می شود، موجب تصویب مقررات و تأسیس تعداد مهمی نهادهای ملی و بین المللی شده است. نهادهایی که بدین ترتیب ایجاد می شوند نیز دارای ماهیتی متفاوت اما مکمل هم هستند. این

نهادهای سه نوع اند: قضایی، پلیسی و اداری. ما در این نوشتار به معرفی و بررسی نهاد اداری در فرانسه اکتفا می‌کنیم. وظیفه این نهاد خصوصاً در ارتباط با کنترل‌های قبلی است که به وسیله مجموعه نظام بانکی انجام می‌شود.

تصویب نامه ۹ مه ۱۹۹۰ که قانون ۱۲ ژوئیه ۱۹۹۰ آن را تأیید نمود، «واحد مسؤل بررسی و اقدام علیه مسیره‌های (کانال‌های) مالی مخفی (غیرقانونی)» - (واحد) را ایجاد کرد. این واحد که مرکب از یک کمیته جهت‌گیری، یک دبیرخانه عمومی و یک بخش عملیاتی است تحت نظر وزارت اقتصاد و دارایی (و بخش بودجه این وزارت) قرار دارد.

واحد بررسی و اقدام دو وظیفه عمده به عهده دارد که یکی از آنها دریافت و بررسی اعلام‌های مظنون بودن از نهادهای مالی پیش‌بینی شده در قانون ۱۲ ژوئیه ۱۹۹۰ است که قانون ۲۹ ژانویه ۱۹۹۳ آنها را توسعه داده است. بخش عملیاتی مسؤل دریافت این اطلاعات است؛ اطلاعاتی که ممکن است منشأ مبالغ یا ماهیت عملیات مربوط را مشخص کنند. وقتی عملیاتی مبنی بر تطهیر پول‌های نامشروع قابل تصور و حدس است، این بخش باید دادستان جمهوری را در جریان امر قرار دهد.

این بخش یک نهاد مالی است که هدف آن، گردآوری، تحلیل و احتمالاً افشای اطلاعاتی است که مؤسسات مالی کسب کرده‌اند. در واقع، هر بانکی در داخل خود یک «رابط واحد بررسی و اقدام» ایجاد کرده است که وظیفه‌اش تمرکز و تبادل اطلاعات به واحد است. تأسیس این واحد به منظور اجتناب بانک‌ها از رجوع مستقیم به مقام‌های قضایی بوده است تا بدین ترتیب محرمانه بودن عملیات و اعتماد موجود با مشتریان‌شان حتی المقدور حفظ شود.

روابط با مقام قضایی اساسی است، زیرا این مقام، مخاطب ممتاز اطلاعات جمع‌آوری شده است. به همین جهت یک قاضی، مأمور خدمت در واحد بررسی و اقدام برای تضمین طرز کار مطلوب این روابط است.

واحد بررسی و اقدام یک نهاد اساسی برای موفقیت مقام قضایی در تعقیب

و مجازات تطهیر پول‌های نامشروعی است که به طور قطع از بانک‌ها و واسطه‌های مالی عبور می‌کند.

این جرم که ابتدا یک روش برای سازمان‌های مجرمانه در کسب حداکثر سود بوده است، به یک فعالیت تمام عیار برای این سازمان‌ها تبدیل می‌شود. علاوه بر این، نهادهای بین‌المللی و سپس نهادهای داخلی پی‌برندند که از این طریق، امکانی برای مبارزه به طور عرضی، علیه سازمان‌های مجرمانه نیز در اختیار دارند.

مع‌ذک، راهکارهای مصوبه اتحادیه اروپا، به لحاظ تأسیس شعبات خارجی بانک‌ها در بهشت‌های مالیاتی کارائیب که تعدادشان نیز زیاد است، با شکست روبرو می‌شود.

برنامه فالکن برای دوره ۲۰۰۱-۱۹۹۷، برنامه مبادلات، کارآموزی و همکاری، ویژه اشخاص مسوول اقدام علیه بزهکاری سازمان یافته را تدارک و به اجرا گذاشته است.

با این حال، مشکلاتی برای همکاری حقوقی و سیاسی در این زمینه ظاهر می‌شود:

۱. ناهماهنگی نظام‌های سیاسی؛
۲. سازش میان نحوه کسب کارآمدترین دلیل و در عین حال رعایت حقوق انسانی متهم و مجرم (حقوق بشر)؛
۳. وجود مشکلات سیاسی، مثلاً در زمینه استرداد؛
۴. وجود بهشت‌های مالیاتی؛ قوانین مربوط به شرکت‌ها.

باید امیدوار بود که استقرار اتحادیه اروپا مشکلات موجود در سطح کشورهای عضو را با استقرار یک سیاست تقنینی مشترک<sup>۳۱</sup> رفع نماید.

۳۱. در این مورد رک: دلماس-مارتی (م‌ری)، به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص ۱۸۱ و بعد. م.

فهرست

پایان نامه های پذیرفته شده

در دانشکده حقوق

دانشگاه شهید بهشتی

---

---





## گروه حقوق عمومی

- ماهیت حقوقی سازمان خواربار و کشاورزی (فائو) و مصوبات آن

دانشجو: ابن علی پور، احمد علی

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقدمه

بخش اول: زمینه اقتصادی و اجتماعی شکل گیری فائو و تشکیلات آن

بخش دوم: مبانی حقوقی صلاحیتهای فائو و ماهیت حقوقی تصمیمات آن

نتیجه گیری

- ضمانت اجرا در نظام سازمان ملل متحد

دانشجو: امینی نیا، عاطفه

استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی

مقدمه

فصل اول: ضمانت اجرا در مجمع عمومی

فصل دوم: ضمانت اجرا در دیوان دادگستری بین المللی

فصل سوم: ضمانت اجرا در شورای امنیت  
فصل چهارم: تحول ضمانت اجرا با توجه به اقدامات اخیر سازمان ملل  
نتیجه گیری و پیشنهاد

● ماهیت حقوقی دولت خودگردان فلسطین

دانشجو: بیات، مرتضی

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقدمه

قسمت اول: شناخت روند و مبانی حقوقی تشکیل دولت (خودگردان) در فلسطین  
قسمت دوم: بررسی جایگاه دولت خودگردان فلسطین در حقوق بین الملل  
نتیجه گیری

● چگونگی حل اختلافات بین دستگاههای دولتی در جمهوری اسلامی ایران

دانشجو: پاشاپور، محمد

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

مقدمه

فصل اول: تعاریف و مفاهیم  
فصل دوم: راهکارهای قانونی و عملی حل اختلافات بین دستگاههای دولتی  
نتیجه گیری

● تصویب معاهدات در حقوق بین الملل و حقوق ایران

دانشجو: جاودان، بهرام

استاد راهنما: دکتر سید علی هنجنی

مقدمه

قسمت اول: بررسی کلی تصویب معاهدات  
قسمت دوم: تصویب معاهدات در حقوق ایران  
نتیجه گیری کلی

- **مسئولیت بین المللی دولت ناشی از اعمال فراتر از اختیارات ارگانهای آن**  
 دانشجو: حمیدزاده، رضا  
 استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی  
 مقدمه  
 قسمت اول: مبانی مسئولیت دولتها  
 قسمت دوم: اعمال فراتر از صلاحیت ارگانهای دولت
  
- **نظام بین المللی مسئولیت مدنی و جبران خسارات ناشی از حمل و نقل دریایی**  
 هیدروکربنها  
 دانشجو: رضا زاده فراشاه، مهدی  
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده  
 مقدمه  
 بخش اول: نظام بین المللی مسئولیت مدنی خسارت آلودگی نفتی ناشی از کشتیها  
 بخش دوم: مکانیسم جبران خسارت آلودگی نفتی ناشی از کشتیها  
 نتیجه گیری
  
- **بررسی برنامه توسعه ملل متحد (UNDP)**  
 دانشجو: شعبانی، سیمین  
 استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی  
 پیشگفتار  
 مقدمه  
 بخش اول: بررسی برنامه توسعه ملل متحد  
 بخش دوم: بررسی عملکرد برنامه توسعه ملل متحد در ایران  
 نتیجه
  
- **نظام حل و فصل اختلافات در سازمان هواپیمایی بین المللی کشوری (ایکائو)**  
 دانشجو: شیخی، محمد باقر  
 استاد راهنما: دکتر سید علی هنجنی

## پیشگفتار

مقدمه

قسمت اول: بررسی مبانی حقوقی حل اختلافات در ایکائو و ماهیت آنها

قسمت دوم: روشهای حل و فصل اختلافات در ایکائو

نتیجه گیری

## ● بررسی (تحقیق میدانی) پروتکل های الحاقی به کنوانسیون ۱۹۷۸ منطقه ای

کویت در خصوص حفظ، حمایت و توسعه محیط زیست دریای خلیج فارس

دانشجو: فوادی، محمد جواد

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقدمه

فصل اول: خلیج فارس محیط زیستی ناپایدار

فصل دوم: پروتکل همکاری برای مبارزه با آلودگی ناشی از نفت و سایر

مواد مضره در موارد اضطراری ۱۹۷۸ کویت

فصل سوم: پروتکل راجع به آلودگی دریایی ناشی از اکتشاف و استخراج

از فلات قاره ۱۹۸۹ کویت

فصل چهارم: پروتکل حمایت از محیط زیست دریایی در برابر منابع آلوده

کننده مستقر در خشکی ۱۹۹۰ کویت

نتیجه گیری

## ● دادگاه بین المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق

دانشجو: قاسمی قطب آبادی، حمید

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقدمه

بخش اول: مراحل تأسیس، مبانی ایجاد و تشکیلات دادگاه بین المللی

کیفری برای یوگسلاوی سابق

بخش دوم: صلاحیت و نحوه رسیدگی دادگاه بین المللی کیفری برای

یوگسلاوی سابق

نتیجه گیری

## ● مسؤولیت دولت و اشخاص در صورت وقوع سوانح هوایی از دیدگاه حقوق

بین الملل

دانشجو: کاظمی، حمید

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقدمه

فصل اول: مسؤولیت دولتها در رسیدگی به سوانح هوایی

فصل دوم: مسؤولیت بین المللی متصدیان حمل و نقل هوایی

## ● درج شرط داوری در قراردادهای بین المللی دولتی

دانشجو: محمدی مطلق، حسن

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

پیشگفتار

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: ماهیت حقوقی قراردادهای بین المللی دولتی

بخش سوم: دولت و امور تجاری

بخش چهارم: گرایش آینده دولتها در انتخاب راه حل اختلافات قراردادی

## ● تروریسم و راهزنی هوایی در حقوق بین الملل

دانشجو: منصوری، محسن

استاد راهنما: دکتر سید علی هنجنی

قسمت اول: تروریسم در حقوق بین الملل

قسمت دوم: مقابله با یکی از صور تروریسم: راهزنی هوایی

نتیجه گیری

## ● نقد و بررسی حقوق اجتماعی - سیاسی زنان در جمهوری اسلامی ایران

دانشجو: نودهی، عفت

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

مقدمه

فصل اول: حقوق اجتماعی زنان

فصل دوم: حقوق سیاسی زنان

نتیجه گیری

## گروه حقوق خصوصی

### ● حمایت حقوقی از مؤلفین برنامه های کامپیوتری

دانشجو: ابراهیم زاده پاشا، حسن

استاد راهنما: دکتر پرویز ساورایی

مقدمه

فصل اول: کلیات (حقوق فکری و کامپیوتر)

فصل دوم: حق فکری نرم افزاری و تحلیل عناصر و اوصاف حق پدیدآورنده

در قلمرو حقوق فکری

فصل سوم: جایگاه حق فکری نرم افزاری در قلمرو حقوق فکری

فصل چهارم: صاحب حق فکری نرم افزاری

فصل پنجم: آثار حق فکری نرم افزاری

### ● شرکتهای تعاونی

دانشجو: ادیب زاده، حسین

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک

مقدمه

بخش اول: پیدایش شرکتهای تعاونی

بخش دوم: فعالیت شرکتهای تعاونی

بخش سوم: خاتمه شرکتهای تعاونی

- زوال قدرت بر تسلیم بعد از عقد در حقوق ایران و حقوق تطبیقی  
دانشجو: بذری، بیژن  
استاد راهنما: دکتر سید مصطفی محقق داماد  
مقدمه  
بخش اول: تسلیم زوال و موانع تسلیم  
بخش دوم: اشکال زوال قدرت بر تسلیم و اثر آن  
نتیجه
- غصب در حقوق مدنی ایران و تطبیق آن با فقه امامیه و کامن لور  
(Common Law)  
دانشجو: جعفری یگانه، رحیم  
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی  
پیشگفتار  
مقدمه  
فصل اول: مفهوم غصب  
فصل دوم: شرایط تحقق غصب  
فصل سوم: آثار غصب  
نتیجه کلی
- نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و بررسی تطبیقی آن در حقوق ایران  
دانشجو: جمشیدوند، وهاب  
استاد راهنما: دکتر محمود کاشانی  
بخش اول: نقض اساسی قرارداد و شرایط تحقق آن  
بخش دوم: ضمانت اجرای نقض اساسی قرارداد
- حقوق دارنده اسناد تجاری بر اساس قانون تجارت ایران و مطالعه تطبیقی آن در انگلیس  
دانشجو: حسینی مقدم، سید حسن

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری

مقدمه

بخش اول: حقوق دارنده جهت وصول وجه

بخش دوم: سایر حقوق دارنده اسناد تجاری

نتیجه

● تفسیر قوانین مدنی

دانشجو: دیلمی، احمد

استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

پیشگفتار

بخش اول: تفسیر قانون در نظام «حقوق نوشته»

بخش دوم: تفسیر شریعت اسلامی

سخن آخر

● وضعیت ارث اشخاص بلاوارث در حقوق ایران و تطبیقی

دانشجو: زبیدای، محمد

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

مقدمه

بخش اول: وضعیت ارث اشخاص بلاوارث در نظام حقوقی ایران

بخش دوم: وضعیت ارث اشخاص بلاوارث در حقوق تطبیقی

نتیجه گیری

● شناسایی و اجرای احکام آراء داوری خارجی در حقوق ایران و انگلیس

دانشجو: ساردویی نسب، محمد

استاد راهنما: دکتر گودرز افتخار جهرمی

مقدمه

بخش نخست: شناسایی و اجرای احکام و آراء داوری خارجی در سه

حقوقی ایران



بخش دوم: شناسایی و اجرای احکام و آراء داوری خارجی در سیستم حقوقی  
انگلستان  
نتیجه

● حدود اعتبار اماره تصرف و مطالعه تطبیقی آن

دانشجو: ساعدی، امید

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

پیشگفتار

مقدمه

بخش نخست: کلیات

بخش دوم: بی اعتباری اماره تصرف

● مسؤولیت سرپرستان ناشی از افعال زیانبار صغار و مجانین در حقوق ایران

مطالعه تطبیقی آن

دانشجو: شاد، محمد

استاد راهنما: دکتر مهرباب داراب پور

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: مبانی و منابع مسؤولیت سرپرستان

فصل سوم: شرایط تحقق مسؤولیت سرپرستان و استثنائات وارده بر آن

نتیجه گیری

● مسؤولیت مدنی مجانین

دانشجو: صابر، محمد رضا

استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: مبانی نظری تأثیر جنون در مسؤولیت مدنی

فصل سوم: مبانی قانونی مسؤولیت مدنی مجنون

فصل چهارم: آثار مسؤولیت مدنی مجنون  
نتیجه

● انتقال سهم و سهم الشرکه در حقوق شرکتهای ایران و انگلیس

دانشجو: صادقی، محمد

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک

فصل مقدماتی: شناخت شرکتهای

بخش اول: انتقال آزاد حصه شرکاء

بخش دوم: انتقال محدود حصه شرکاء

نتیجه

● مالکیت معنوی

دانشجو: عابدی درچه، مرتضی

استاد راهنما: دکتر گودرز افتخار جهرمی

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: اقسام مالکیت معنوی

بخش سوم: مالکیت معنوی از دیدگاه حقوق بین الملل

نتیجه

● وظایف و مسؤولیتهای مستأجر در قراردادهای اجاره کشتی

دانشجو: عباسی، اسماعیل

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری

مقدمه

فصل اول: کلیات، قرارداد اجاره کشتی

فصل دوم: وظایف و مسؤولیتهای مستأجر در اقسام مختلف چارتر

نتیجه گیری

## ● اسقاط حق در مذاهب اسلامی و حقوق خارجی

دانشجو: عسگری، محمد جواد

استاد راهنما: دکتر مصطفی محقق داماد

مقدمه

بخش اول: کلیاتی در باب حق

بخش دوم: ماهیت و شرایط اسقاط حق

بخش سوم: ویژگیهای اسقاط

بخش چهارم: ویژگیهای انواع حقوق در اثر اسقاط

بخش پنجم: اسقاط حقوق در منابع خارجی

## ● ولایت در نکاح

دانشجو: عسگریان، بابک

استاد راهنما: دکتر حسین مهرپور

پیشگفتار

مقدمه

فصل اول: کلیات (ولایت در حقوق اسلام)

فصل دوم: اولیاء در عقد نکاح

فصل سوم: وضعیت نکاح محجورین (چگونگی اعمال ولایت ولی در نکاح)

فصل چهارم: وضعیت نکاح بعد از بلوغ و رشد

## ● بررسی تطبیقی اعتراض شخص ثالث نسبت به بازداشت اموال

دانشجو: کرامت، قاسم

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

پیشگفتار

بخش اول: مقدمات

بخش دوم: جایگاه اعتراض ثالث در میان اشکالات و شکایات اجرایی

بخش سوم: جزئیات اعتراض شخص ثالث و آثار آن

- مفهوم مصادره در رویه دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا  
 دانشجو: محسنی، فرید  
 استاد راهنما: دکتر گودرز افتخار جهرمی  
 پیشگفتار  
 مقدمه  
 بخش نخست: نکات مقدماتی  
 بخش دوم: سلب مالکیت در حقوق بین الملل  
 بخش سوم: سلب مالکیت در آراء دیوان داوری  
 بخش چهارم: خلاصه آراء دیوان داوری در خصوص سلب مالکیت  
 نتیجه گیری
  
- وضعیت عدم نفوذ در اعمال حقوقی  
 دانشجو: مظفری، شهرام  
 استاد راهنما: دکتر غلامعلی سیفی  
 مقدمه  
 بخش نخست: بطلان  
 بخش دوم: عدم نفوذ (به معنای خاص)  
 بخش سوم: بررسی اعمال حقوقی بلااثر  
 نتیجه
  
- ایفای تعهد به غیر موضوع تعهد در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه  
 دانشجو: میرشاکلی، سید حسن  
 استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی  
 مقدمه  
 فصل اول: کلیات  
 فصل دوم: ماهیت حقوقی  
 فصل سوم: شرایط اساسی و تطبیق احکام و قواعد عمومی با موضوع  
 فصل چهارم: مقایسه با سایر نهادهای حقوقی، آثار و اثبات  
 نتیجه

● قرارداد ارفاقی در حقوق ایران و انگلیس

دانشجو: نصیری، حکیم

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری

مقدمه

بخش اول: حقوق ایران

بخش دوم: حقوق انگلستان

نتیجه گیری

## گروه حقوق جزا و جرم شناسی

● جعل اسناد در حقوق کیفری ایران

دانشجو: بشارتی فر، صمد

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقدمه

کلیات

بخش اول: عناصر متشکله جرم جعل و تزویر

بخش دوم: احکام شروع به جرم، معاونت، تعدد، تکرار بزه جعل

بخش سوم: مجازات جرم جعل و تزویر

نتیجه گیری

● بزه خیانت در امانت در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتها؛

بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵

دانشجو: توحیدی نافع، جلال

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

پیشگفتار

مقدمه

قسمت اول: تعاریف و تاریخچه بزه خیانت در امانت  
 قسمت دوم: بررسی بزه خیانت در امانت در منابع اسلامی  
 نتیجه گیری

- بررسی جرائم سوء قصد و توهین به مقامات سیاسی خارجی در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده مصوب ۱۳۷۵)  
 دانشجو: جعفری، نادر  
 استاد راهنما: دکتر رجب گلدوست جویباری  
 مقدمه

بخش اول: بررسی جرم سوء قصد به مقامات سیاسی خارجی  
 بخش دوم: بررسی جرم توهین به مقامات سیاسی خارجی  
 نتیجه کلی

- بررسی قتل و ایراد ضرب و جرح در حکم شبه عمد در قانون مجازات اسلامی  
 دانشجو: جمادی، اردلان  
 استاد راهنما: دکتر محمد علی اردبیلی  
 پیشگفتار  
 مقدمه

بخش اول: کلیات  
 بخش دوم: عناصر تشکیل دهنده قتل و ایراد ضرب و جرح در حکم شبه عمد  
 نتیجه گیری

- اکراه در قتل و مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس  
 دانشجو: حافظی معصومی، علیرضا  
 استاد راهنما: دکتر رضا نوربها  
 مقدمه

بخش اول: کلیات  
 بخش دوم: حالات خاص و بررسی تحلیلی حکم اکراه در قتل  
 خلاصه و نتیجه گیری

- سیاست کیفری ایران در قلمرو تخریب و تصرف عدوانی منابع ملی تجدید شونده  
دانشجو: حسن زاده، علی  
استاد راهنما: دکتر رضا نوریها  
مقدمه  
فصل اول: منظور از سیاست کیفری چیست؟  
فصل دوم: جرم انگاری تخریب و تصرف عدوانی منابع ملی تجدیدشونده  
فصل سوم: جرائم تخریب و تصرف عدوانی منابع ملی تجدیدشونده در نظام  
دادرسی حقوقی  
نتیجه گیری
  
- حمایت از بزه دیده در نظام کیفری انگلستان و ویلز  
دانشجو: دبستانی کرمانی، پویک  
استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی  
مقدمه  
بخش اول: جبران خسارت به وسیله بزهکار در نظام کیفری انگلستان و ویلز  
بخش دوم: جبران خسارت به وسیله دولت در نظام کیفری انگلستان و ویلز  
نتیجه گیری
  
- سیاست جنایی تقنینی و قضایی بزه سرقت تعزیری موضوع قانون تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده مصوب ۷۵  
دانشجو: رضوانی، نعمت  
استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا  
مقدمه  
بخش اول: سرقت تعزیری از دیدگاه سیاست جنایی تقنینی و قضایی  
بخش دوم: ارکان جرم سرقت تعزیری و اقسام آن در قوانین موضوعه  
نتیجه گیری کلی

● حمایت از جنگلها و مراتع در قوانین کیفری ایران

دانشجو: سراجی کرمانی، مجید

استاد راهنما: دکتر محمد علی اردبیلی

پیشگفتار

مقدمه

فصل اول: جرائم علیه منابع طبیعی (جنگل و مرتع)

فصل دوم: جرائم مرتبط با منابع طبیعی (جنگل و مرتع)

نتیجه گیری

● بررسی قانون اصلاح موادی از قانون صدور چك مصوب تیرماه ۱۳۵۵

دانشجو: شهرامی، حسن

استاد راهنما: دکتر حسین میرمحمد صادقی

مقدمه

فصل اول: سیر قوانین راجع به چك

فصل دوم: مواد ۱، ۷، ۸، ۱۰ قانون اصلاحی

فصل سوم: مواد ۱۳، ۱۴، ۱۸، ۲۱ قانون اصلاحی

نتیجه گیری

● کیفر مرگ در نظام کیفری ایران (گذشته و حال)

دانشجو: شیرزادی فر، آرزو

استاد راهنما: دکتر محمد علی اردبیلی

بخش اول: بررسی تاریخی کیفری مرگ

بخش دوم: کیفر مرگ در ایران

نتیجه گیری

● رکن مادی قتل عمد

دانشجو: طاهرخانی، افشین

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقدمه



فصل اول: رفتار مجرمانه سالب حیات

فصل دوم: حصول نتیجه مجرمانه سلب حیات و رابطه علیت  
نتیجه گیری

● جایگاه قرابت در حقوق کیفری ایران

دانشجو: عزیزی حبیب آبادی، اردوان

استاد راهنما: دکتر رجب گلدوست جویباری

پیشگفتار

مقدمه

بخش نخست: قرابت و نقش آن در حقوق جزای شکلی

بخش دوم: نقش قرابت در حقوق جزای ماهوی

نتیجه گیری

● معاونت در قتل عمد

دانشجو: عسگری زاده، حمید رضا

استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا

مقدمه

بخش اول: شناسایی معاونت در قتل عمد

بخش دوم: اقسام معاونت و مجازات معاون قتل عمد

نتیجه

● رابطه علیت در انواع قتل

دانشجو: عطایی کلایی، پورعلی

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقدمه

بخش اول: بررسی انواع قتل و تعاریف و نظریات و بررسی فقهی در رابطه

علیت

بخش دوم: رابطه علیت در انواع قتل در قوانین و رویه قضایی

نتیجه گیری

- حمایت کیفری از صغار در برابر جرایم جنسی در نظام حقوقی انگلستان و ویلز

دانشجو: قناد، فاطمه

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

مقدمه

بخش اول: تدابیر حمایتی تقنینی ناظر بر دفاع از صغار در برابر جرایم جنسی

بخش دوم: تدابیر حمایتی اجرایی - قضایی ناظر بر دفاع از صغار در برابر

جرایم جنسی

نتیجه گیری کلی

- جرم توقیف و حبس توسط افراد عادی در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)

دانشجو: کهریزی، غلامحسین

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: عناصر متشکله بازداشت و حبس غیرقانونی

فصل سوم: مجازات و کیفیات مخففه و مشدده، معاونت در جرم و تأثیر

گذشت شاکی

فصل چهارم: تدابیر قانونی به منظور جلوگیری از وقوع یا تداوم بازداشت و

حبس غیرقانونی

نتیجه گیری