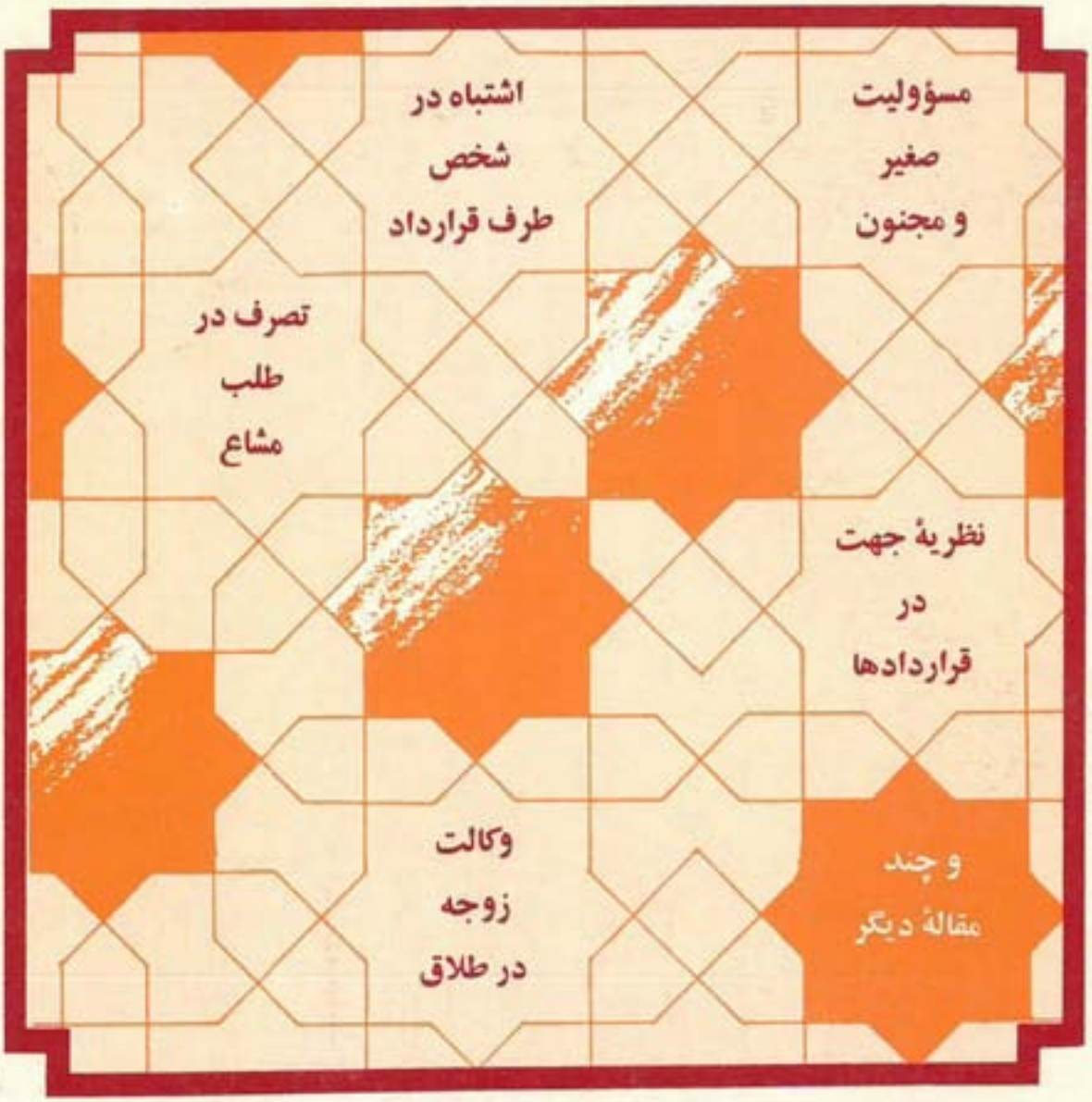
مقالاتی دربارهٔ:

حقوق مدنی و حقوق تطبیقی



دکتر سید حسین صفایی

استاد دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مقالاتی دربارهٔ:

حقوق مدنی و حقوق تطبیقی

دکتر سید حسین صفایی

استاد دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

نشر میزان

لقد ارسلنارسلنا بالبينات و انزلنامعهم

الكتاب والميزان

۲۵

نشر میزان

مقالاتی دربارهٔ

حقوق مدنی و حقوق تطبیقی

دکتر سیدحسین صفایی

ناشر: نشر میزان

تعداد: ۳۰۰۰ نسخه

نوبت چاپ: اول

تاریخ انتشار: آبان ۷۵

قیمت: ۱۴۰۰ تومان

□ حق چاپ برای ناشر محفوظ است

شابک ۳-۰۰-۵۹۹۷-۹۶۴

ISBN 964-5997 - 00 - 3



فهرست مطالب

پیشگفتار ۱۷

● قسمت اول ـ حقوق مدنی

مقالهٔ اول ـ تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)

مقدمه ۲۱

الف ـ ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است (ضمان مالم یجب) ۲۳

ب ـ عدم انطباق قرارداد مورد بحث با ضمان مالم یجب و مبنای صحت آن ۲۶

مقالهٔ دوم ـ نقدی بر قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن

مقدمه ۲۹

الف ـ قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و فقه امامیه ۳۰

ـ دلایل بقای مالکیت نسبت به اراضی موات عرضی ۳۶

ب ـ نقاط قوت و ضعف قانون از نظر اقتصادی و اجتماعی ۳۸

مقالهٔ سوم ـ وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او

مقدمه ۴۲

بخش اول ـ وکالت زوجه در طلاق ۴۴

الف ـ فقه اسلامی ۴۴

ب ـ قانون مدنی ۴۶

ج ـ چند مسأله ۵۰

بخش دوم ـ تفویض طلاق به زوجه ۵۵

الف ـ فرق بین تفویض و توکیل ۵۵

ب ـ تفویض در فقه عامه ۵۶

ـ الفاظ تفویض ۵۷

ج ـ تفویض در فقه امامیه و قانون مدنی ۵۸

نتیجه و مقایسه ۶۰

مقالهٔ چهارم ـ مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان

بخش اول ـ ماهیت حق پدیدآورنده ۶۴
الف ـ حق مؤلف و هنرمند و حقوق کار ۶۵
ب ـ حق مؤلف و هنرمند و مالکیت ۶۵
ج ـ حق مؤلف و هنرمند و حقوق فکری ۶۸
بخش دوم ـ اثرهای حمایت شده ۷۰
ـ اصالت اثر ۷۲
ـ آثار فرعی ۷۳
بخش سوم ـ حقوق مادی پدیدآورنده ۷۴
الف ـ حق نشر و تکثیر ۷۴
ب ـ حق ترجمه ۷۵
ج ـ حق اقتباس و تلخیص و تبدیل ۷۵
د ـ حق عرضه و اجرا ۷۶
هـ حق استفاده از پاداش و جایزه ۷۷
ـ حق تعقیب در حقوق فرانسه ۷۷
ـ شرط حمایت از حقوق مادی ۷۸
ـ خصوصیات حقوق مادی پدیدآورنده ۷۹
۱ـ حقوق مادی پدیدآورنده قابل نقل و انتقال است ۷۹
۲ـ حقوق مادی پدیدآورنده موقت است ۷۹
ـ اثرهای سینمایی و عکاسی ۸۱
ـ اثرهای متعلق به شخص حقوقی ۸۳
بخش چهارم ـ حقوق معنوی پدیدآورنده ۸۴
الف ـ حق انتشار ۸۴
ب ـ حق حرمت نام و عنوان پدیدآورنده ۸۵
ج ـ حق حرمت اثر ۸۵
ـ حق عدول یا استرداد در حقوق فرانسه ۸۶
ـ خصوصیات حقوق معنوی پدیدآورنده ۸۶
۱ـ غیرقابل نقل و انتقال بودن ۸۶
۲ـ محدود نبودن به زمان و مکان ۸۶
ـ انتقال حق از طریق ارث و وصیت ۸۷
بخش پنجم ـ ضمانت اجرا ۸۸
الف ـ مجازات جزایی ۸۸

ب ـ مسئولیت مدنی ۸۸
ج ـ درج مفاد حکم در روزنامه ۸۸
د ـ جلوگیری از نشر و پخش و عرضهٔ اثر ۸۹
مقالهٔ پنجم ـ تصرف در طلب مشاع و اقامهٔ دعوی از سوی شریک در حقوق مدنی ایران
مقدمه ۹۲
الف ـ اشاعه در طلب ۹۳
ب ـ تصرف در مال مشاع ۹۶
ـ قاعده کلی ۹۶
ـ تصرفات حقوقی ۹۸
ـ وصول طلب مشاع ۹۸
ج ـ اقامهٔ دعوی از سوی شریک ۱۰۰
فرض اول ـ اقامهٔ دعوی برای استیفای حقوق همهٔ شرکاء ۱۰۰
فرض دوم ـ اقامه دعوی نسبت به حصهٔ مشاع ۱۰۱
فرض سوم ـ اقامه دعوی که قبول آن مستلزم تصرف در حقوق دیگران باشد ۱۰۱
مقالهٔ ششم ـ شرح و نقدی بر مادهٔ ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی و مادهٔ ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی
مقدمه ۱۰۴
بخش اول ـ مادهٔ ۱۲۱۰ اصلاحی ۱۰۶
الف ـ تعارض قسمت اول ماده با تبصرهٔ ۲ آن ۱۰۷
ب ـ نظریه‌های مختلف در حل تعارض ۱۰۸
۱ـ نظر کمیسیون استفتائات ۱۰۸
۲ـ نظریهٔ دیگر در تفسیر آن ماده ۱۱۱
۳ـ نظریهٔ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ۱۱۱
بخش دوم ـ لایحهٔ جدید اصلاح قانون مدنی ۱۱۴
الف ـ بند اول ماده: رفع حجر با تحقق بلوغ و رشد ۱۱۴
ب ـ بند دوم ماده: اختیار ولی در تشخیص و احراز رشد ۱۱۵
ج ـ بند سوم: تشخیص رشد به وسیله دادستان در صورت نبودن ولی قهری ۱۱۶
د ـ تبصرهٔ ماده: حل اختلاف بین ولی و مولی علیه ۱۱۷
نتیجه ۱۱۷

● قسمت دوم ـ کلیات حقوق تطبیقی

مقالهٔ اول ـ اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی

اول ـ توجیه موضوع ۱۲۱
دوم ـ خلاصه‌ای از گزارش‌های ملی ۱۲۵
۱ـ لهستان ۱۲۵
۲ـ ایالات متحده امریکا ۱۲۷
۳ـ سویس ۱۲۸
۴ـ مکزیک ۱۳۰
۵ـ رومانی ۱۳۲
۶ـ ژاپن ۱۳۴
۷ـ بریتانیای کبیر ۱۳۵
۸ـ بلژیک ۱۳۶
۹ـ ایتالیا ۱۳۸
۱۰ـ کبک کانادا ۱۴۰
۱۱ـ فرانسه ۱۴۱
۱۲ـ جمهوری فدرال آلمان ۱۴۲
سوم ـ اهمیت نظری آموزش حقوق تطبیقی ۱۴۴
۱ـ طرح موضوع ۱۴۴
۲ـ هدف‌های اساسی حقوق تطبیقی در آموزش نظری حقوق ۱۴۴
الف ـ رساندن مطالعات حقوقی به یک سطح علمی حقیقی ۱۴۵
ب ـ شناخت بهتری از حقوق ملی ۱۴۵
ج ـ تکمیل زبان حقوقی ۱۴۵
د ـ ممکن ساختن تفاهم بین‌المللی حقوقی ۱۴۶
چهارم ـ جنبه‌های تاریخی ۱۴۷
۱ـ سوابق مقایسهٔ حقوقی ۱۴۷
۲ـ ظهور حقوق تطبیقی به عنوان یک رشته علمی ۱۴۷
پنجم ـ اهمیت عملی آموزش حقوق تطبیقی ۱۴۸
۱ـ اهمیت عملی حقوق تطبیقی از نظر تاریخی ۱۴۸
۲ـ جنبه‌های کنونی اهمیت عملی مطالعات حقوق تطبیقی ۱۴۹
ششم ـ جایگاه کنونی آموزش حقوق تطبیقی ۱۵۰
هفتم ـ روش‌های آموزش و پژوهش حقوق تطبیقی ۱۵۱
۱ـ مسائل روش شناسی یک رشته مربوط به روش ۱۵۱
۲ـ سطوح مختلف درسهای حقوق تطبیقی ۱۵۳

۳ـ آموزش و پژوهش مقایسهٔ حقوق ۱۵۴
هشتم ـ اصلاحات ممکن ۱۵۵
نهم ـ امکانات آینده ۱۵۵
۱ـ در کوتاه مدت ۱۵۵
۲ـ در درازمدت ۱۵۶
دهم ـ نتایج ۱۵۷
یادداشت‌ها ۱۵۸
مقالهٔ دوم ـ فایده و روش‌های حقوق تطبیقی (بررسی کتاب)
مقالهٔ سوم ـ آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی و چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی
الف ـ آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی ۱۷۶
ب ـ چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی ۱۷۹
مقالهٔ چهارم ـ گزارشی از چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی
مقالهٔ پنجم ـ یادی از استاد رنه داوید

● قسمت سوم ـ حقوق مدنی تطبیقی

مقالهٔ اول ـ قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه
بخش اول ـ مفهوم صغیر و حدود حجر او ۱۹۷
بند اول ـ صغیر رشید شناخته نشده ۱۹۸
بند دوم ـ صغیر رشید شناخته شده ۲۰۰
الف ـ صور رشید شناختن ۲۰۳
ب ـ آثار رشید شناختن ۲۰۴
بخش دوم ـ رژیم قیمومت ۲۰۵
بند اول ـ سازمان قیمومت ۲۰۷
الف ـ قیم ۲۰۷
خصوصیات سمت قیمومت ۲۰۸
ب ـ ناظر ۲۰۹
ج ـ شورای خانواده ۲۱۰
د ـ قاضی قیمومت ۲۱۲
هـ قاضی دادگاه شهرستان ۲۱۲
بند دوم ـ طرز کار قیمومت ۲۱۲
الف ـ وظایف و اختیارات قیم ۲۱۲
۱ـ وظایف قیم ۲۱۳

اول ـ وظایف قیم در آغاز قیمومت ۲۱۳
دوم ـ وظایف قیم در جریان قیمومت ۲۱۴
سوم ـ وظایف قیم در پایان قیمومت ۲۱۴
۲ـ اختیارات قیم ۲۱۷
ـ اختیارات قیم نسبت به شخص صغیر ۲۱۷
ـ اختیارات قیم نسبت به اموال صغیر ۲۱۸
اول ـ اعمالی که قیم می‌تواند به تنهایی انجام دهد ۲۱۹
دوم ـ اعمالی که قیم با اجازهٔ شورای خانواده می‌تواند انجام دهد ۲۲۰
سوم ـ اعمال ممنوع ۲۲۴
ب ـ وظایف و اختیارات ناظر ۲۲۵
ج ـ وظایف و اختیارات شورای خانواده ۲۲۶
د ـ وظایف و اختیارات قاضی قیمومت ۲۲۷
هـ وظایف و اختیارات دادگاه شهرستان ۲۲۸
بند سوم ـ ضمانت اجرای قواعد قیمومت ۲۲۸
الف ـ مجازات ارکان قیمومت ۲۲۸
۱ـ مجازات‌های مقرر علیه قیم ۲۲۸
۲ـ مجازات‌های مقرر علیه ناظر ۲۳۰
۳ـ مجازات‌های مقرر علیه اعضای شورای خانواده ۲۳۱
۴ـ مجازات مقرر علیه قاضی قیمومت ۲۳۱
ب ـ سرنوشت اعمالی که برخلاف قانون انجام شده است ۲۳۱
۱ـ اعمال نادرست قیم ۲۳۱
۲ـ بطلان تصمیمات شورای خانواده که بدون رعایت تشریفات قانونی اخذ شده و طریق شکایت از تصمیماتی که با رعایت تشریفات گرفته شده است ۲۳۲
۳ـ اعمال نادرست صغیر ۲۳۳
نتیجه و مقایسه ۲۳۵
مقالهٔ دوم ـ مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیان‌آور صغیر و مجنون (مطالعهٔ تطبیقی)
بخش اول ـ مسئولیت سرپرست صغیر و مجنون ۲۴۰
الف ـ شرایط مسئولیت سرپرست در حقوق ایران ۲۴۰
۱ـ تعهد به نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر ۲۴۰
۲ـ محجور تحت حضانت یا مواظبت ۲۴۲
۳ـ تقصیر ۲۴۳

ب ـ حقوق تطبیقی ۲۴۴
۱ـ حقوق سویس ۲۴۴
۲ـ حقوق فرانسه ۲۴۵
بخش دوم ـ مسئولیت صغیر و مجنون ۲۴۸
الف ـ مسئولیت صغیر و مجنون در حقوق اسلامی و قانون مدنی ۲۴۸
ب ـ مسئولیت مدنی صغیر و مجنون در حقوق جدید ۲۵۰
۱ـ حقوق جدید ایران ۲۵۰
۲ـ حقوق سویس ۲۵۴
۳ـ حقوق فرانسه ۲۵۵
۴ـ مقایسه ۲۵۶
مقالهٔ سوم ـ ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی
یادداشت مؤلف ۲۵۹
مقدمه ۲۵۹
بخش اول ـ تحول حقوق ایران در زمینه ولایت قهری و بررسی مادهٔ ۱۵ قانون حمایت از خانواده ۲۶۰
الف ـ ولایت پدر و جد پدری ۲۶۱
ب ـ ولایت مادر ۲۶۲
ج ـ تعدد جد پدری ۲۶۴
د ـ عزل یا انعزال ولی قهری ۲۶۵
بخش دوم ـ مطالعه تطبیقی ۲۶۶
الف ـ اولیای قهری در مکاتب فقهی و حقوق جدید کشورهای اسلامی ۲۶۶
ب ـ عزل ولی قهری و نصب امین در قوانین کشورهای اسلامی ۲۶۹
ج ـ حقوق فرانسه ۲۷۰
مقایسه کلی و نتیجه ۲۷۳
مقالهٔ چهارم ـ مقایسه قوانین و مقررات طلاق با نگاهی به حقوق ایران
اول ـ علل طلاق ۲۷۷
الف ـ حقوق اسلام و بعضی از کشورهای اسلامی ۲۷۷
ب ـ حقوق فرانسه و ایتالیا ۲۸۰
ج ـ نظام کامن‌لو ۲۸۱
د ـ حقوق سوسیالیست ۲۸۴
هـ نتیجه ۲۸۵

دوم ـ تشریفات و آیین دادرسی ۲۸۷
الف ـ طلاق قضایی ۲۸۷
ب ـ طلاق غیرقضایی ۲۸۷
ج ـ داوری ۲۸۸
د ـ سازش و دادن مهلت برای تفکر ۲۸۹
هـ قابل پژوهش و فرجام بودن حکم طلاق ۲۹۰
سوم ـ آثار طلاق ۲۹۱
الف ـ آثار طلاق نسبت به زوجین ۲۹۱
۱ـ عده ۲۹۱
۲ـ رجوع در ایام عده ۲۹۱
۳ـ نفقه ایام عده ۲۹۲
۴ـ مقرری بعد از طلاق ۲۹۳
۵ـ جبران خسارت ۲۹۵
۶ـ از دست دادن نام خانوادگی همسر ۲۹۵
ب ـ آثار طلاق نسبت به اطفال ۲۹۶
۱ـ حضانت ۲۹۶
۲ـ نفقه اولاد ۲۹۸
۳ـ تعیین وکیل برای دفاع از حقوق طفل ۳۰۰
چهارم ـ نتیجه ۳۰۰
مقالهٔ پنجم ـ اشتباه در "خود موضوع" معامله در حقوق ایران و فرانسه
بخش اول ـ اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق فرانسه ۳۰۴
الف ـ نظریهٔ نوعی ۳۰۵
ب ـ نظریهٔ شخصی ۳۰۶
ج ـ نظریهٔ مختلط ۳۰۸
ـ رویه قضایی فرانسه ۳۰۹
ـ اوصاف غیراساسی ۳۱۰
ـ اثر اشتباه در خود موضوع ۳۱۲
بخش دوم ـ اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران ۳۱۳
ـ نظریهٔ اول ۳۱۳
ـ نظریهٔ دوم ۳۱۵
ـ نظریهٔ سوم ۳۱۶

مقایسه ۳۱۸
مقالهٔ ششم ـ اشتباه در شخص طرف قرارداد درحقوق ایران و فرانسه
بخش اول ـ اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق فرانسه ۳۲۰
الف ـ قاعده عمومی اشتباه در شخص طرف قرارداد ۳۲۱
ـ حقوق رم و حقوق قدیم فرانسه ۳۲۱
ـ حقوق جدید فرانسه ۳۲۲
ب ـ اشتباه در شخص زوج یا زوجه ۳۲۴
ـ رویهٔ قضایی فرانسه ۳۲۶
ـ انتقاد از رویهٔ قضایی فرانسه ۳۲۸
ـ گرایش جدید آرای قضایی فرانسه ۳۲۹
بخش دوم ـ اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق ایران ۳۳۱
الف ـ اشتباه در هویت جسمی ۳۳۲
ـ نظریه دیگر در تفسیر مادهٔ ۲۰۱ ..... ۳۳۳
ب ـ اشتباه در اوصاف اساسی شخص ۳۳۴
ـ اشتباه در وصف اساسی و تدلیس ۳۳۶
نتیجه و مقایسه ۳۳۶
مقالهٔ هفتم ـ نظریهٔ جهت در قراردادها ـ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و ایران و فرانسه
بخش اول ـ جهت در حقوق فرانسه ۳۴۱
الف ـ نظریهٔ قدیمی جهت ۳۴۱
اول ـ جهت در قراردادهای معوض ۳۴۱
دوم ـ جهت در قراردادهای غیرمعوض ۳۴۳
ـ خصوصیات جهت به معنای مذکور ۳۴۳
ـ انتقاد از نظریهٔ جهت تعهد ۳۴۴
۱ـ نظریهٔ جهت تعهد، غلط است ۳۴۴
۲ـ نظریهٔ جهت تعهد، بی‌فایده است ۳۴۵
ـ پاسخ به انتقادات مخالفان نظریه جهت تعهد ۳۴۶
۱ـ نظریهٔ جهت تعهد، غلط نیست ۳۴۶
۲ـ نظریهٔ جهت تعهد، مفید است ۳۴۶
ب ـ نظریه‌های جدید درباره جهت ۳۴۸
۱ـ نظریهٔ نوعی ۳۴۸
۲ـ نظریهٔ شخصی ۳۴۹

۳ـ نظریهٔ مختلط ۳۵۰
ج ـ رویهٔ قضایی فرانسه ـ موارد اعمال نظریهٔ جهت ۳۵۲
۱ـ اجرای نظریهٔ قدیمی ۳۵۲
۲ـ گسترش نظریهٔ جهت به وسیله رویه قضایی ۳۵۳
بخش دوم ـ جهت در حقوق اسلام ۳۵۶
۱ـ جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد ۳۵۷
۲ـ جهت نامشروع مورد توافق طرفین واقع نشده لیکن طرف دیگر به آن علم داشته باشد. ۳۵۸
۳ـ جهت نامشروع صرفاً جنبهٔ شخصی و درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد ۳۶۰
بخش سوم ـ جهت در حقوق ایران ۳۶۱
الف ـ جهت تعهد ۳۶۱
ب ـ جهت معامله ۳۶۳
نتیجه و مقایسه ۳۶۵
مقالهٔ هشتم ـ استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی
بخش اول ـ تعاریف و ملاحظات کلی ۳۶۹
بخش دوم ـ عدم امکان استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت وجود قرارداد صحیح ۳۷۴
الف ـ فقدان جهت ۳۷۴
ب ـ فرعی بودن دعوی استفادهٔ بلاجهت ۳۷۶
ج ـ حقوق امریکا ۳۷۷
د ـ آراء بین‌المللی ۳۷۹
بخش سوم ـ استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت ادعای بطلان قرارداد ۳۸۳
الف ـ استقلال شرط صلاحیت دادگاه ۳۸۴
ب ـ دعوای بطلان قرارداد و مأخوذ شدن به آن (نظریهٔ استاپل) ۳۸۶
ـ استاپل در کامن‌لو ۳۸۶
ـ عناصر اصلی استاپل در حقوق امریکا ۳۸۷
ـ استاپل در حقوق بین‌الملل ۳۸۹
ـ استناد خوانده به استاپل ۳۹۱
ـ نتیجه ۳۹۲
مقالهٔ نهم ـ قوه قاهره یا فورس ماژور
مقدمه ۳۹۴
بخش اول ـ تعریف فورس ماژور ۳۹۵
الف ـ حقوق تطبیقی ۳۹۵

ب ـ حقوق بین‌الملل ۳۹۸
بخش دوم ـ شرایط و آثار فورس ماژور ۴۰۰
الف ـ شرایط فورس ماژور ۴۰۰
اول ـ حادثه باید غیرقابل اجتناب باشد ۴۰۰
دوم ـ حادثه باید غیرقابل پیش‌بینی باشد ۴۰۲
سوم ـ حادثه باید خارجی باشد ۴۰۴
ـ ناسازگاری قوهٔ قاهره با تقصیر متعهد ۴۰۶
ب ـ آثار فورس ماژور ۴۰۷
اول ـ سقوط تعهد و انحلال قرارداد ۴۰۷
دوم ـ تعلیق قرارداد ۴۰۹
بخش سوم ـ مواردی از فورس ماژور ۴۱۰
الف ـ انقلاب و شورشهای مردمی ۴۱۰
۱ـ خسارات ناشی از خود نبرد ۴۱۱
۲ـ خسارات ناشی از اقدامات مقامات دولتی ۴۱۱
۳ـ خسارات ناشی از اقدامات شورشیان ۴۱۱
ب ـ اعتصاب ۴۱۵
ج ـ منع قانونی ۴۱۷
بخش چهارم ـ فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی ۴۲۰
الف ـ تعریف و موارد فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی ۴۲۱
ب ـ اثر فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی ۴۲۲
نتیجه ۴۲۳
مقالهٔ دهم ـ مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت
مقدمه ۴۲۵
بخش اول ـ تقصیر سنگین در حقوق فرانسه ۴۲۷
بخش دوم ـ تقصیر سنگین در حقوق انگلیس و امریکا ۴۳۲
الف ـ حقوق انگلیس ۴۳۲
ب ـ حقوق ایالات متحده ۴۳۳
ـ فرق بین تقصیر عمدی و تقصیر سنگین ۴۳۶
ـ سوءنیت ۴۳۶
ج ـ تقصیر متخصص ۴۳۸
بخش سوم ـ تقصیر سنگین در پاره‌ای از قراردادهای بین‌المللی ۴۴۰

ـ کنوانسیون ورشو راجع به حمل ونقل هوایی ۴۴۰
ـ پروتکل لاهه ۴۴۱
ـ کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی مورخ ۱۹۷۶ ..... ۴۴۲
ـ تعریف مضیق از تقصیر سنگین ۴۴۲
ـ کنوانسیون بین‌المللی راجع به حمل و نقل با راه‌آهن ۴۴۳
ـ کنوانسیون بین‌المللی راجع به حمل ونقل زمینی ۴۴۳
نتیجه ۴۴۴
مقالهٔ یازدهم ـ بازفروش کالای مورد معامله از سوی فروشنده در صورت تخلف خریدار از اجرای تعهد
مقدمه ۴۴۶
بخش اول ـ حق بازفروش در قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده ۴۴۷
الف ـ شرایط اعمال حق بازفروش ۴۴۷
ب ـ سود بازفروش ۴۵۱
ج ـ آراء دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده ۴۵۴
بخش دوم ـ حقوق تطبیقی ۴۵۶
الف ـ حقوق انگلیس ۴۵۶
ب ـ حقوق فرانسه ۴۵۸
ج ـ حقوق ایران ۴۵۹
د ـ قراردادهای بین‌المللی ۴۶۰
هـ اصول کلی حقوقی ۴۶۲
نتیجه ۴۶۲

پیشگفتار

مجموعه مقالاتی که اینک به حقوقدانان و دانشجویان گرامی حقوق تقدیم می‌شود ثمره سالها مطالعه و تحقیق در حقوق مدنی و حقوق تطبیقی است. برخی از این مقالات قبلاً در مجله‌های دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، مؤسسه حقوق تطبیقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، وزارت دادگستری و کتاب تحولات حقوق خصوصی انتشار یافته و برخی نیز تاکنون منتشر نشده است. کلیه مقالات مورد تجدید نظر واقع شده و به هنگام درآمده و قابل استفاده در حقوق امروز است.

این مجموعه دارای سه قسمت است: قسمت اول مشتمل بر ۶ مقاله راجع به حقوق مدنی است. در این مقالات به حقوق تطبیقی نیز توجه شده، لیکن چون مطالب عمدتاً مربوط به حقوق مدنی ایران بوده و بر آن تأکید بیشتری گردیده، از این رو مقالات مزبور زیرعنوان حقوق مدنی آمده است. این مقالات در زمینه‌های مختلف حقوق مدنی نگارش یافته است: مالکیت زمین شهری ـ مالکیت ادبی و هنری، حجر صغیر، حقوق خانواده و قواعد عمومی قراردادها.

قسمت دوم این مجموعه مشتمل بر ۴ مقاله است که به کلیات حقوق تطبیقی ارتباط دارند. امروزه عقیده علمای حقوق بر آن است که برای مطالعه در حقوق تطبیقی به معنای خاص، یعنی مقایسه مفاهیم حقوقی و مقررات کشورهای مختلف، برای وصول به اغراض و هدفهایی که در حقوق تطبیقی مورد نظر است، نخست مطالعاتی کلی و مقدماتی برای آشنایی با نظامهای بزرگ حقوقی لازم است. همانگونه که مقدمهٔ حقوق برای ورود به حقوق

داخلی لازم شناخته شده است، مطالعه کلی نظامهای بزرگ حقوقی و به دیگر سخن، کلیات حقوق تطبیقی نیز برای مطالعات تطبیقی خاص لازم است و در غیر این صورت درک قواعد خاص حقوق خارجی دشوار خواهد بود و چه بسا ممکن است مطالعه کننده دچار اشتباهات فاحشی شود و چیزی را به حقوق خارجی نسبت دهد که با واقعیتها منطبق نیست. درس کلیات حقوق تطبیقی یا نظامهای حقوقی معاصر نیز که در برنامه دانشکده‌های حقوق پیش بینی شده دارای همین هدف است. لیکن متأسفانه اخیراً این درس که به اعتقاد ما از درسهای سازنده و بنیادی است از ۴ واحد به ۲ واحد تقلیل یافته است.

به هر حال، قسمت دوم این مجموعه مربوط به کلیات حقوق تطبیقی و نظامهای معاصر حقوقی است که می‌تواند حقوقدانان و دانشجویان حقوق را در آشنایی با نظامهای حقوقی معاصر و پی بردن به مفهوم و فوائد حقوق تطبیقی و فعالیتهای سازمانهای بین‌المللی در این زمینه سودمند باشد. بویژه یکی از این مقالات راجع به اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی است که می‌تواند در اقناع شکاکان و حقوقدانانی که هنوز به جایگاه و ارزش حقوق تطبیقی در آموزش حقوق، چنانکه باید، پی نبرده‌اند مفید واقع شود.

قسمت سوم مجموعه مشتمل بر ۱۱ مقاله درباره حقوق مدنی تطبیقی است. در این مقالات حقوق ایران با حقوق کشورهای دیگر، به ویژه حقوق فرانسه، مقایسه شده و در برخی از مقالات تأکید بر معرفی حقوق خارجی بوده است (مانند مقاله قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه). این گونه مطالعات هم برای شناخت بهتر حقوق ایران و هم برای اصلاح و تکمیل این حقوق سودمند است. چنانکه بعضی از علمای حقوق تطبیقی گفته‌اند، حقوق تطبیقی مانند نورافکنی است که بر حقوق داخلی می‌تابد و ریزه کاریهای آن را روشن می‌کند. با مطالعات تطبیقی می‌توان ابهامات حقوق داخلی را رفع کرد و به شناخت بهتر و کاملتری از آن دست یافت و در مسائلی که قانون درباره آنها ساکت است راه‌حلهای مناسبی ـ که با کل نظام نیز هماهنگ باشد ـ ارائه کرد. فایدهٔ دیگر حقوق تطبیقی ـ که انکار ناپذیر می‌نماید ـ اصلاح و تکمیل حقوق داخلی است. بهره‌برداری از حقوق تطبیقی بدین منظور از دیرباز در جهان سابقه داشته و

امروزه نیز بر اهمیت و کارآیی آن افزوده شده است. در کشور ما نیز از حقوق تطبیقی برای اصلاح و تکمیل حقوق داخلی استفاده شده و امروزه نیز از آن بی‌نیاز نیستیم. البته استفاده از حقوق تطبیقی به معنی تقلید کورکورانه از حقوق بیگانه نیست، بلکه باید با درنظر گرفتن سنت‌ها و اعتقادات و فرهنگ ملی و نیازهای داخلی باشد وگرنه «پیوند حقوقی» موفق و ثمربخش نخواهد بود. به هر تقدیر، مقالاتی که در قسمت سوم این مجموعه آمده است می‌تواند از این دیدگاه نیز سودمند باشد.

این مقالات مربوط به موضوعات مهمی در زمینه حقوق خانواده، قواعد عمومی قراردادها، مسئولیت مدنی و بیع است و پاره‌ای مسائل در آنها مورد بررسی تطبیقی عمیق و پیشرفته واقع شده است.

برخی از مقالات، در زمانی که مؤلف در لاهه به عنوان سرپرست بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (شعبه لاهه) انجام وظیفه می‌کرده، و به منظور بهره‌برداری در پرونده‌های طرح شده در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده نگارش یافته و جنبه عملی و کاربردی آنها بیشتر مورد نظر بوده، هر چند که مقالات مزبور دارای ارزش علمی نیز می‌باشند و فایده علمی و عملی آنها فراتر از کار دیوان داوری یاد شده است.

در اینجا لازم می‌داند از ریاست محترم دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی که با چاپ یا تجدید چاپ مقالات تهیه شده در آن دفتر موافقت فرمودند و همچنین از مدیر محترم نشر میزان که با جدیت و پشتکار خود چاپ و انتشار این مجموعه رافراهم ساختند صمیمانه سپاسگزاری نماید.

دکتر سیدحسین صفائی

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

قسمت اول

حقـــوق مـــــدنی

تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)*

تفسیر رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۲۲ اسفند ۱۳۴۱ [۱]

«به شرح مستند دعوی که طبق آن اجرائیه ثبتی صادر شده فرجامخوه حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هر گونه خسارات ناشی از پیمان را به سود ادارهٔ غله و نان متحمل شود. با این عنوان فرجامخواه متعهد است که اعمالی را انجام دهد و تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح مقررات قانون مدنی) به طوریکه در حکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرضاً فرجامخواه ضامن و پیمانکار مضمون عنه نامیده شده باشند و چنانکه در حکم شماره ۲۶۱۸ ـ ۴۰/۷/۲۴ شعبه ۶ دیوان عالی کشور توضیح داده شده، داد و ستد گونی مورد بحث مفروغ عنه است و اختلاف در آن است که پیمانکار گونیهای دریافتی را پس داده یا نه. در این زمینه فرجامخواه تقاضای رسیدگی و مراجعه به دفاتر متعهدله را نموده و دادگاه مکلف بوده به قضیه وفق مدارک و اسناد مورد استناد طرفین رسیدگی و معلوم دارد که چه مقدار گونی از طرف ادارهٔ غله و نان در اختیار پیمانکار قرار داده شده و از گونیهای مزبور چقدر مسترد شده و باقی دارد یا نه تا در نتیجه صحت صدور اجرائیه یا عدم صحت آن کلاً و یا جزئاً معلوم و آنگاه تصمیم شایسته اتخاذ شود. بنا به مراتب حکم فرجامخواسته مخدوش است.... »

---

*ـ این مقاله در نشریه دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره دوم ۱۳۴۹،به چاپ رسیده لیکن ارزش و اعتبار خود را کماکان حفظ کرده است.

۱ـ مجموعه رویهٔ قضائی کیهان، آراء هیئت عمومی از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، ج ۲، ش ۱۸۴ ص ۴۶۲.

قراردادی بین ادارهٔ غله گرگان و شخصی به نام حاج یوسف به موجب سند رسمی مورخ ۲۳/۷/۴ برای تحویل گندم و جو تنظیم می‌گردد و در قرارداد مزبور ادارهٔ غله متعهد می‌شود تعداد لازم کیسه گونی به منظور حمل غله در اختیار حاج یوسف پیمانکار بگذارد و نامبرده تعهد می‌کند پس از تحویل گندم و جو کیسه‌ها را بازگرداند و در صورتی که کیسه گونی‌ها مفقود گردد بهای آنها را به قرار هر کیسه گونی ۳۰ ریال به ادارهٔ غله کارسازی دارد. ضمناً در همان سند شخص دیگری ضمانت پیمانکار را می‌نماید. پس از چندی ادارهٔ غله و نان به استناد قبوض انبار مدعی می‌گردد که تعداد ۴۴۷۷ تخته کیسه گونی تحویل شده به حاجی یوسف مسترد نگردیده و برای دریافت بهای آن تقاضای صدور اجرائیه علیه ضامن می‌نماید و اجرائیه ثبتی در تاریخ ۳۴/۶/۱۴ صادر می‌گردد. ضامن به اجرائیه تمکین نکرده از دادگاه شهرستان گرگان ابطال اجرائیه و توقیف عملیات اجرائی را درخواست می‌نماید و ضمن دادخواست خود اظهار می‌دارد که «تحویل گردیدن کیسه‌ها به متوفی (حاج یوسف پیمانکار) بر فرض اینکه ثابت تلقی شود چون بقای آن مورد تصدیق نیست برای رسیدگی به تحویل کیسه‌ها و عدم رد آن درخواست رجوع امر به کارشناس می‌شود و چون دعوی بر میت است طبق ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۴۲۳ و سایر مواد آئین دادرسی مدنی درخواست اتیان سوگند می‌شود و مستندات و قبوضی که اداره غله و نان به استناد آنها مدعی عدم استرداد گونیها شده است هشت فقره آن امضاء حاجی یوسف را ندارد که ایجاد الزامی برایش بنماید... »

دادگاه شهرستان گرگان قرار توقیف عملیات اجرائی را صادر و پس از رسیدگی به موضوع به دلائل زیر خواهان را محکوم به بیحقی می‌نماید: ۱ـ استناد خواهان به اینکه چند قبض از قبوض گونی به امضای حاج یوسف نبوده تا مشارالیه الزام به انجام تعهد داشته باشد موجه نیست زیرا با توجه به دلائل موجود در پرونده /۱۲۰۰۰ کیسه گونی به حاج یوسف تحویل شده و مورد مطالبه ادارهٔ غله بیش از ۴۴۷۷ گونی نیست؛ ۲ـ درخواست اتیان سوگند با توجه به ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی از لحاظ اینکه طرف دعوی دولت است بی‌مورد می‌باشد؛ ۳ـ دلیلی بر استرداد گونیها به ادارهٔ غله ابراز نشده است.

وکیل خواهان از این رأی پژوهش می‌خواهد و شعبه اول دادگاه استان مازندران با فسخ حکم بدوی رأی بر بطلان اجرائیه صادر و پژوهش خوانده را به پرداخت خسارات به پژوهش‌خواه محکوم می‌کند. از این رأی، پژوهش‌خوانده (ادارهٔ غله گرگان) فرجام می‌خواهد و شعبه هشتم دیوان عالی کشور در رأی فرجامی خود حکم به ابطال اجرائیه را ناصحیح و مخدوش تلقی کرده به اتفاق آراء نقض می‌نماید و رسیدگی به موضوع را به شعبه سوم دادگاه استان مازندران واگذار می‌کند. و این شعبه پس از رسیدگی به موضوع مانند شعبه اول حکم پژوهش خواسته را فسخ و رأی بر بطلان اجرائیه صادر و ادارهٔ غله و نان را به پرداخت حق الوکاله مرحلهٔ بدوی و پژوهشی و هزینهٔ دادرسی محکوم می‌کند.

از این رأی نیز فرجامخواهی می‌شود و این بار شعبه ۶ دیوان عالی کشور به پرونده رسیدگی و

حکم فرجامخواسته را نقض و رسیدگی را به شعبه دوم دادگاه استان مازندران ارجاع می‌کند. در واقع شعبه ۶ دیوان عالی کشور نظر شعبه ۸ این دیوان را تأیید می‌نماید. شعبه دوم دادگاه استان مازندران به استناد اینکه ضمان مزبور ضمان مالم یجب و مخالف مادتین ۶۸۴ و ۶۹۱ قانون مدنی است، حکم به بطلان اجرائیه که به زیان پژوهشخواه (ضامن) صادر شده می‌کند.

وکیل ادارهٔ غله و نان بار دیگر فرجام می‌خواهد و این بار مسأله در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح می‌شود و با صدور رأیی که در فوق ذکر شد حکم دادگاه تالی مبنی بر بطلان اجرائیه نقض می‌گردد.

* * *

مسأله مهمی که از نظر حقوق مدنی در این دعوی مطرح شده آن است که آیا ضمانت از پیمانکار در برابر ادارهٔ غله و نان به شرحی که گفته شد صحیح بوده است یا نه. اگر ضمانت صحیح باشد و نیز معلوم باشد که مضمون عنه تعدادی گونی دریافت کرده و مسترد نداشته است اشکالی در صدور اجرائیه نخواهد بود. آنچه سرنوشت مسأله را تعیین می‌کند آن است که آیا قرارداد مذکور که در سند عنوان ضمانت به آن داده شده است درواقع منطبق با ضمان مصطلح در قانون مدنی و مشمول مقررات مندرج در موارد ۶۸۴ به بعد این قانون هست یا خیر. هر گاه این قرارداد ضمان عقدی اصطلاحی محسوب شود ضمان مالم یجب محسوب و طبق ماده ۶۹۱ باطل است و چنانچه ضمان عقدی اصطلاحی نباشد باید آن را صحیح تلقی کرد. برای روشن شدن مطلب نخست ضمان مالم یجب را مورد بحث قرار می‌دهیم سپس درباره عدم انطباق قرارداد مذکور با ضمان مالم یجب و مبنای آن سخن می‌گوئیم.

الف ـ ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است یا ضمان مالم یجب

طبق مادهٔ ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی راکه بر ذمهٔ دیگری است به عهده بگیرد». بنابراین مورد ضمان باید اولاً مال و ثانیاً ثابت در ذمه باشد.

عمل نیز می‌تواند مورد ضمان واقع شود، چنانکه شخصی تعهد کرده باشد خانه‌ای برای دیگری بسازد و یا نقشه‌ای برای او بکشد یا کالائی را از محلی به محل دیگر حمل کند و شخص دیگری انجام عمل متعهد را ضمانت نماید. این ضمان را می‌توان مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی دانست زیرا مورد تعهد درواقع مال ثابت در ذمه است هر چند که وجه نقد یا عین کلی دیگر نیست. لیکن ضمانت از عمل در صورتی صحیح است که مباشرت متعهد در آن شرط نباشد. مثلاً اگر خیاط یا خطاطی دوختن لباس یا خطی را تعهد کند و مباشرت او منظور و مشروط باشد، ضمانت از عمل او صحیح نیست.[1]

۱ـ جواهر الکلام، متاجر، کتاب الضمان بحث دوم در حق مضمون به؛ ـ عروةالوثقی کتاب الضمان، ص ۸۷؛ ـ

مورد ضمان ممکن است دین مستقر یا متزلزل باشد. بنابراین همانطور که ضمان دین ناشی از قرض و بیعی که خیار فسخ در آن نیست صحیح است، ضمان از مشتری نسبت به ثمن در مدت خیار نیز صحیح و معتبر است، چه در این مورد دینی در ذمهٔ مضمون عنه وجود دارد هر چند که متزلزل است و ممکن است براثر اخذ به خیار و انحلال عقد ساقط گردد. مادهٔ ۶۹۶ قانون مدنی می‌گوید: «هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگر چه شرط فسخی در آن موجود باشد». همچنین ضمان مهر قبل از دخول صحیح است، اگر چه نصف آن متزلزل می‌باشد و ممکن است در نتیجهٔ طلاق قبل از دخول از عهدهٔ شوهر ساقط گردد. همینطور است ضمان مال الاجاره قبل از انقضاء مدت.[۱]

مسأله‌ای که مورد بحث فقهای اسلامی واقع شده این است که اگر دین ثابت در ذمه نباشد لیکن به ثبوت در ذمه منتهی شود و به عبارت دیگر اگر سبب دین به وجود آمده ولی خود آن هنوز در ذمه ثابت نشده باشد آیا ضمان صحیح است. مثلاً بین فقها اختلاف است که آیا مال مورد جعاله قبل از انجام عمل و مال مورد سبق ورمایه قبل از برنده شدن در اسب سواری یا تیراندازی می‌تواند مورد ضمان قرار گیرد. عقاید فقها در این باب مختلف است. بعضی ضمان را در این مورد صحیح دانسته و بعضی دیگر آن را ضمان مالم یجب و باطل تلقی کرده‌اند. طرفداران صحت ضمان مال الجعاله قبل از عمل می‌گویند: جعاله اگرچه عقد جایز است و مال با پایان عمل در ذمهٔ جاعل قرار می‌گیرد و تا هنگامی که عمل پایان نیافته حقی برای طرف قرارداد نیست، معهذا عقد سبب[۲] دین است و مال

وسیلةالنجاة سیدابوالحسن اصفهانی، ج ۲ چاپ ۱۳۶۴ قمری، کتاب الضمان، ص ۱۴۲؛ ـ جزوه ضمان دکتر عمید، ص ۶۲. صاحب عروةالوثقی در تعریف ضمان می‌گوید «و هوالتعهد بالمال عیناً او منفعة او عملاً».

۱ـ برای مطالعه بیشتر درباره حق مضمون به و عقاید و نظرات مختلف در این باب به کتب زیر رجوع شود: جواهر الکلام، متاجر، کتاب الضمان، بحث دوم در حق مضمون به؛ ـ حدائق، ج ۶ ص ۲۹۷ به بعد؛ ـ مناهج المتقین مامقانی، ص ۲۷۵؛ ـ مسالک، کتاب الضمان، در حق مضمون به؛ ـ تذکرهٔ علامه، در حق مضمون به، ص ۱۰۲؛ ـ مفتاح الکرامه، کتاب الضمان، ص ۳۶۷ به بعد؛ ـ جامع الشتات، کتاب الضمان، ص ۲۱۱؛ ـ عروةالوثقی، کتاب الضمان، شرط هشتم، ص ۸۹ به بعد؛ ـ دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۵۸ به بعد؛ دکتر عمید، جزوهٔ ضمان، ص ۶۳ به بعد.

۲ـ «سبب چیزی است که به حسب اقتضاء ذاتش از وجودش وجود و هم از عدمش عدم لازم آید» (استاد محمود شهابی، قواعد فقه، چاپ ۱۳۳۳ ، ص ۳۳) مثلاً آتش سبب سوختن است و هرگاه شرایط سوختن مانند نزدیک بودن آتش به چوب و خشک بودن آن موجود و مانع (مانند رطوبت) مفقود باشد آتش اثر خود را می‌بخشد. بعضی به جای سبب کلمه مقتضی را به کار برده‌اند. صاحب عروةالوثقی درباب ضمان گفته است: «و یمکن ان یقال بالصحة اذا حصل المقتضی للثبوت وان لم یثبت فعلاً (عروةالوثقی، کتاب الضمان، شرط

الجعاله به ثبوت در ذمه منتهی می‌شود پس مانند ثمن در مدت خیار است. پاسخی که به این استدلال داده شده آن است که در جعاله عقد سبب دین نیست بلکه عقد و عمل با هم سبب هستند و عقد به تنهائی جزء سبب است و فرق بین این مورد و ثمن در زمان خیار واضح است زیرا ثمن ثابت در ذمه است اگرچه متزلزل می‌باشد، لیکن مورد جعاله قبل از اتمام عمل اصلاً ثابت در ذمه نیست. بنابراین ضمان در این مورد ضمان مالم یجب محسوب و باطل است.

طرفداران صحت به آیهٔ «ولمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم»[1] نیز استناد می‌کنند. این آیه مربوط به داستان یوسف است که به فرمانروائی مصر رسید و هنگامی که برادرانش که به او ستم کرده بودند نزد او رفتند آنان را گرامی داشت و به ایشان گندم داد ولی برای اینکه برادر تنی خود بنیامین را نزد خویش نگاهدارد، در موقع مراجعت برادران دستور داد پیمانهٔ زرین را در بار بنیامین گذارند سپس منادی ندا داد پیمانه زرین شاه گم شده و «هر که آن را بیاورد یک بار شتر غله خواهد گرفت و من ضامن اویم».[2]

و نیز این عده به حدیث نبوی الزعیم غازم (ضامن مسئول است) استناد کرده‌اند و صاحب مختلف ضرورت و نیاز به این گونه ضمان را از دلائل صحت آن دانسته است.

درباره مال السبق و مال الرمایه نیز همین بحث جاری است ولی در این خصوص بعضی از فقهاء قول به صحت را قوی دانسته‌اند، به دلیل اینکه سبق و رمایه عقدی لازم است و با وقوع عقد دین لازم می‌شود پس ضمان آن صحیح و بی‌اشکال است.[3]

از آنچه گفته شد معلوم گردید که دینی می‌تواند مورد ضمان واقع شود که ثابت و موجود در ذمه باشد یا لااقل سبب آن ایجاد شده باشد و ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است و این ضمان اصطلاحاً ضمان مالم یجب نامیده می‌شود.[4]

مثلاً اگر کسی به دیگری بگوید به فلان کس قرض بده یا نسیه بفروش و من ضامن اویم، این

هشتم، ص ۹۸) بنابراین، سبب و مقتضی دو کلمه مترادف است.

۱ـ آیه ۷۲ از سوره یوسف.

۲ـ سیدصدرالدین بلاغی، قصص قرآن، چاپ سوم، ص ۹۷.

۳ـ مسالک، ج ۱، کتاب الضمان، در حق مضمون به.

۴ـ بعضی از فقهاء در عین حال که ضمان دینی را که سبب آن ایجاد شده ولی خود آن هنوز فعلیت نیافته است ضمان مالم یجب نامیده‌اند اعلام داشته‌اند که ضمان مالم یجب همه جا باطل نیست و نص یا اجماعی بر بطلان آن در همه موارد وجود ندارد، هر چند که بطلان در السنه شهرت یافته است؛ بلکه در پاره‌ای موارد حکم به صحت آن کرده‌اند و در پاره‌ای دیگر از موارد مسأله مورد اختلاف است (عروةالوثقی، مسأله ۳۸).

ضمان صحیح نیست. و نیز در مورد ودیعه و عاریه، هرگاه ودیعه و عاریه گیرنده ضمانت کند که در صورت تلف مال مورد ودیعه مثل یا قیمت آن را بدهد این ضمان، ضمان مالم یجب و باطل است، زیرا عقد ودیعه و عاریه را نمی‌توان سبب دین دانست مگر اینکه ضمان بعد از تحقق تعدی و تفریط از جانب ودیعه و عاریه گیرنده واقع شود که در این صورت چون تعدی و تفریط سبب اشتغال ذمه ودیعه و عاریه گیرنده است ضمان صحیح است، هر چند که هنوز تلف محقق و دین در ذمه مضمون عنه ثابت نشده باشد.[۱]

ماده ۶۹۱ قانون مدنی در این زمینه از قول مشهور فقهاء پیروی کرده مقرر می‌دارد «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است». شعبهٔ ۶ دیوان عالی کشور نیز در یک رأی مورخ ۲۷/۷/۱ می‌گوید: «اگر در موقع تنظیم قرارداد هنوز سبب دین (یعنی تخلف مضمون عنه از انجام اموری که بر عهدهٔ او مقرر شده و در صورت تخلف موجب اشتغال ذمه مشارالیه بوجوه مذکور در قرارداد مقرر گردیده) وجود نداشته باشد ضمانت از این دین به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است.»[۲]

بنابراین، ضمان اصطلاحی مطابق قانون مدنی هنگامی صحیح است که یا دین در ذمهٔ مضمون عنه به طور مستقر یا متزلزل ثابت باشد یا لااقل سبب آن ایجاد شده باشد. لیکن ممکن است قراردادی با عنوان ضمان منعقد شده باشد که درواقع منطبق با ضمان اصطلاحی نباشد. بدیهی است که شرایط خاص ضمان در این مورد جاری نخواهد بود.

ب ـ عدم انطباق قرارداد مورد بحث با ضمان مالم یجب و مبنای صحت آن

در مورد دعوای ضامن حاج یوسف پیمانکار علیه ادارهٔ غله گرگان، شعبه دوم دادگاه استان مازندران، چنانکه گفتیم، ضمان را ضمان مالم یجب دانسته و به استناد مادهٔ ۶۹۱ قانون مدنی آن را باطل اعلام کرده است. دادگاه مزبور در این مورد می‌گوید: «از مجموع معاهده طرفین در زمینه کیسه گونی و قبوض استنادی ادارهٔ غله گرگان مستفاد است که در تاریخ تنظیم قرارداد که همان تاریخ ضمان است هیچگونه کیسه گونی به یوسف پیمانکار داده نشده و مقرر بوده بعداً داده شود لذا در تاریخ قرارداد ذمه پیمانکار نسبت به کیسه گونی مشغول نبوده است. عقد ضمان وقتی واقع وتحقق پیدا می‌کند که ذمه مدیون اصلی مشغول باشد و شرط تحقق ضمان چه آن را ضم ذمه به ذمه و یا نقل ذمه بدانیم اشتغال ذمه مدیون و مضمون عنه است. ذمه یوسف مشغول نبوده تا بر اثر ضمان

۱ـ حدائق، ج ۶، ص ۳۰۰؛ ـ مناهج المتقین، کتاب الضمان، ص ۲۷۶؛ ـ عروةالوثقی مسألهٔ ۳۸، ص ۹۷. در کتاب اخیر در این باب چنین آمده است: «و اما ضمان الاعیان الغیر المضمونه کمال المضاربة و الرهن والودیعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد او تفریط فلاخلاف بینهم فی عدم صحته والاقوی بمقتضی العمومات صحته ایضا».

۲ـ مجموعه رویهٔ قضائی احمد متین، قسمت حقوقی ص ۲۷۱.

ذمه پژوهش خواه مشغول گردد. بنابراین چنین ضمانتی نمی‌تواند مجوز مطالبه کیسه گونی از ضامن کذائی گردد و توهم این که یوسف متعهد شده پس از گرفتن کیسه گونی از اداره غله آن را پس از حمل گندم و جو تحویل دهد و در صورتی که مفقود شده باشد بهای آن را هر کیسه سی ریال کارسازی دارد و بعداً طبق رونوشت قبوض ابرازی اداره غله گونیها را به پیمانکار داده و اشتغال ذمه مضمون عنه بعد از گرفتن کیسه‌ها حاصل گردیده نیز مصحح عقد ضمان نیست زیرا چنین ضمانی ضمان مالم یجب است و ضمان مالم یجب نیز باطل می‌باشد... »[1]

ممکن است به نظر شعبه دوم دادگاه استان مازندران ایراد شود که ضمان مزبور ضمان مالم یجب نیست زیرا سبب دین که عقد می‌باشد وجود داشته است: همانطور که در مورد جعاله عقد را سبب دین و عمل را شرط آن دانسته‌اند، در دعوای مذکور نیز عقد سبب ایجاد دین و تحویل کیسه گونی شرط آن است، چه به موجب عقد پیمانکار تعهد کرده است پس از دریافت کیسه گونی و تحویل گندم و جو، کیسه‌ها را بازگرداند و درصورت فقدان، بهای آن را کارسازی دارد. بنابراین قرارداد در اینجا سبب ایجاد تعهد است و تعهد چیزی جز دین نیست. البته این دین هنگامی در ذمهٔ متعهد ثابت می‌شود که کیسه گونی از طرف اداره غله به پیمانکار تحویل گردد.

این ایراد در صورتی وارد است که تعهد حاج یوسف پیمانکار قبل از تعهد ضامن تحقق یافته باشد لیکن در دعوای مورد بحث تعهد اصلی و ضمان به موجب یک قرارداد و در یک زمان واقع شده و بنابراین نمی‌توان گفت که در زمان وقوع ضمان سبب دین که قرارداد بین اداره غله و حاج یوسف پیمانکار باشد وجود داشته است، مگر اینکه فرض کنیم که ضامن سند را بعد از مضمون عنه امضاء کرده و بدین ترتیب قبل از وقوع عقد ضمان، قرارداد اصلی که سبب ایجاد دین است بسته شده است.

گذشته از این ایراد، اساساً تطبیق قرارداد مذکور با ضمان اصطلاحی، همانطور که هیئت عمومی دیوان عالی کشور نظر داده است، درست به نظر نمی‌رسد. هیئت عمومی در رأی مورخ ۴۱/۱۲/۲۲ که همهٔ متن آن در آغاز بحث آورده شد اعلام داشته است: «تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح مقررات قانون مدنی) به طوری که در حکم فرجام خواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرجام‌خوانده ضامن و پیمانکار مضمون عنه نامیده شده باشند». در واقع هیئت عمومی دیوان عالی کشور به طور ضمنی قرارداد مذکور را صحیح شناخته و نظر دادگاه استان را در مورد بطلان آن رد کرده، هر چند که آن را منطبق با ضمان اصطلاحی قانون مدنی ندانسته است. ممکن است سؤال شود که اگر قرارداد مذکور منطبق با ضمان اصطلاحی نیست پس چه قرادادی است و مبنای صحت آن چیست. پاسخ به این سؤال آسان است: قراردادی که منطبق با یکی از عقود معین نباشد، در صورتی که واجد شرایط اساسی صحت معامله باشد و مخالف قواعد امری نباشد، طبق ماده ۱۰ قانون

۱ـ مجموعهٔ رویهٔ قضائی کیهان، آراء ۱۳۲۸ تا ۱۲۴۲، ص ۴۶۰.

مدنی، صحیح و نافذ است. این ماده که ظاهراً از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه[۱] گرفته شده است یک مادهٔ اساسی است که معاملات و روابط قراردادی مردم را تسهیل می‌کند و از مقید شدن قراردادها به قالبهای عقود معین و تشریفاتی شدن عقود جلوگیری می‌نماید. طبق این ماده قراردادهای خصوصی، هر نام و عنوان که داشته باشند، در صورتی که مخالف صریح قانون، یعنی قواعد امری که مربوط به نظم عمومی است، نباشند، نافذ هستند. عنوان در قرارداد مهم نیست؛ ممکن است قراردادی عنوان خرید و فروش یا ضمان داشته باشد ولی بیع یا ضمان اصطلاحی و تابع شرایط خاص این عقود نباشد. مثلاً اصطلاح معمول خرید خدمت که درواقع نوعی قرارداد کار و به اصطلاح قانون مدنی اجاره شخص است یا فروش سرقفلی در واقع خرید و فروش اصطلاحی و مشمول مقررات خاص بیع نیست بلکه قراردادی است که اصولاً مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح و نافذ است.

بنابراین، نظر دیوان کشور در صحت قرارداد مورد بحث و عدم انطباق آن با ضمان اصطلاحی صحیح و مورد تأیید است هر چند که استدلال آن کامل نیست. اینگونه ضمانت که گاهی تعهد حسن انجام قرارداد نامیده می‌شود در بین مردم و مخصوصاً در معاملات مؤسسات دولتی رایج است و نمی‌توان آن را باطل تلقی کرد.

در فقه اسلامی نیز بعضی از فقهاء ضمان دینی را که سبب آن ایجاد نشده صحیح دانسته و اعلام داشته‌اند که عمومات (مانند اوفوابالعقود) آنها را شامل و صحت آنها را مقتضی است اگرچه این گونه قرارداد ضمان مصطلح نباشد.[۲]

بدینسان ملاحظه می‌شود که هیئت عمومی دیوان کشور نظر شعبه دوم دادگاه استان مازندران را در مورد بطلان قرارداد مذکور نپذیرفته است. باید اضافه کرد که هیئت عمومی مانند شعبه ۶ دیوان عالی کشور به دادگاه تالی ایراد گرفته که چرا مسأله بطلان قرارداد ضمانت را که مفروغ عنه بوده مطرح کرده است و بالاخره هیئت عمومی مانند شعب ۶ و ۸ دیوان حکم فرجام خواسته را به دلیل اینکه «دادگاه مکلف بوده به قضیه وفق مدارک و اسناد مورد استناد طرفین رسیدگی و معلوم دارد که چه مقدار گونی از طرف اداره غله و نان در اختیار پیمانکار قرار داده شده و از گونیهای مزبور چقدر مسترد شده و باقی دارد یا نه تا در نتیجه صحت صدور اجرائیه یا عدم صحت آن کلاً یا جزئاً معلوم و آنگاه تصمیم شایسته اتخاذ شود» و این تکلیف را انجام نداده، نقض کرده است.

۱ـ طبق بند اول این ماده «قراردادهائی که برابر قانون منعقد شده است نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در حکم قانون است».

۲- عروةالوثقی، کتاب ضمان، شرط هشتم، ص ۸۹.

مقاله دوّم

نقدی بر قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن*

مقدمه

برای جلوگیری از زمین بازی و سوء استفاده از معاملات نامشروع زمین و پایین آوردن قیمت آن و فراهم آوردن زمینه برای حل مشکل مسکن، در تاریخ تیرماه ۱۳۵۸ قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن به تصویب شورای انقلاب رسید. این قانون دارای یک مقدمه و ۴ ماده و یک تبصره است. ماده ۱ قانون مقرر می‌دارد: «دولت مکلف است در داخل محدوده قانونی (۲۵ ساله) شهرها، در نقاطی که محدوده قانونی وجود دارد، و در سایر شهرها، در محدوده‌ای که از طرف وزارت مسکن و شهرسازی تعیین و اعلام خواهد شد، بتدریج و با رعایت طرح تفصیلی شهر، در هر منطقه به کسانی که طبق موازین رژیم سابق مالک این گونه اراضی شناخته می‌شدند اعلام نماید تا ظرف مدت معینی نسبت به عمران و آبادی این گونه اراضی اقدام کنند. چنانچه در مهلت مقرر اقدام لازم به عمل نیاورند، هیچگونه اولویتی برای آنها منظور نخواهد گردید و بلاعوض به

---

*ـ این مقاله در نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ششم ۱۳۵۸، به چاپ رسیده است. قابل ذکر است که قانون «لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن» که در این مقاله به نقد کشیده شده، به موجب قوانین بعدی، نسخ گردیده و مقررات ارضی، با تفکیک بین اراضی موات و بایر و اختصاص لغو مالکیت به اراضی موات اصلی، با فقه اسلامی هماهنگ شده است. با وجود این، مقاله، از لحاظ بحث از وضعیت حقوقی اراضی در فقه و قانون مدنی و نیز برای آگاهی از تاریخ تحول حقوق ایران در این زمینه، قابل استفاده است.

تصرف دولت درخواهد آمد.

تبصره ـ دولت برای کسانی که یک قطعه زمین کوچک برای سکونت شخصی خود تهیه کرده‌اند و فاقد خانه مسکونی می‌باشند حداقل سه سال مهلت خواهد داد تا بتوانند به عمران زمین خود بپردازند.»

به موجب این ماده نه تنها به کسانی که یک قطعه زمین کوچک برای سکونت خود تهیه کرده و فاقد خانه مسکونی هستند بلکه به اشخاص دیگری که طبق موازین رژیم سابق مالک این گونه اراضی شناخته می‌شدند می‌بایست مهلتی برای عمران و آبادی داده شود و در صورتی که در مهلت مقرر اقدام به عمران و آبادی زمین خود نمی‌کردند می‌بایست زمین بلاعوض به تصرف دولت درآید. لیکن اصلاحیه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۵۸/۴/۲۸ گامی فراتر در این راه گذاشت و مقرر داشت که: «مهلت مقرر در ماده یک قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مخصوص زمینهائی است که مشمول تبصره ذیل همان ماده است و برای مساحتهای زائد بر آن نیازی به دادن مهلت از جانب دولت نیست و بلافاصله به تملک دولت درخواهد آمد.» طبق این اصلاحیه مهلت فقط به کسانی داده می‌شود که دارای یک قطعه زمین کوچک برای سکونت شخصی و فاقد خانه مسکونی هستند، نه اشخاص دیگر.

آئین نامه قانون مزبور در ۵۸/۵/۲۲ به تصویب رسید که درباره نحوه اعلام به مالکین ـ تشخیص اراضی موات و عمران و آبادی ـ اراضی مشمول تبصره مادهٔ یک قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن ـ تعیین تکلیف اراضی موات و نحوه واگذاری مقرراتی آورد.

شک نیست که این قانون و آئین نامه دارای نقاط ضعف و قوتی است. مهمترین نقطه ضعف قانون شاید این باشد که با فقه اسلامی کاملاً سازگار نیست. ما نخست این نکته را که یک مسألهٔ فقهی و حقوقی است مورد بحث قرار می‌دهیم. سپس نقاط قوت و ضعف قانون مزبور را از لحاظ اقتصادی و اجتماعی بررسی می‌نمائیم.

الف ـ قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و فقه امامیه

تعریف موات ـ قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه اراضی موات را به «زمینهائی که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آنها نباشد» تعریف کرده است (ماده ۲۷). ماده ۲ آئین نامه قانون الغاء مالکیت اراضی موات شهری نیز در تعریف زمین موات می‌گوید: «زمین موات از نظر این قانون زمینی است که معطل مانده و عمران و آبادی در آن به عمل نیامده باشد... »

قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۵۸/۷/۴ در تعریف اراضی موات گفته است: «زمینهائی است که سابقه احیاء و بهره‌برداری ندارد و به صورت طبیعی باقی مانده است.» فرق تعریف اخیر با دو تعریف دیگر این است که تعریف اخیر اصطلاح موات را به زمینی که سابقه احیاء و بهره‌برداری نداشته و کسی آن را تملک نکرده اختصاص داده

است، در حالی که با توجه به تعریفهای پیشین می‌توان موات را به زمینی نیز اطلاق کرد که سابقه احیاء و تملک داشته و سپس معطل افتاده و به صورت بائر درآمده است. در فقه اسلامی هر دو نوع تعریف دیده می‌شود. صاحب شرایع می‌گوید: «موات زمینی است که از آن بهره‌برداری نمی‌شود و معطل افتاده است... »[۱] در نهایه آمده است که موات زمینی است که زراعت و آبادی در آن تحقق نیافته و به مالکیت کسی درنیامده است.

صاحب جواهر بعد از بحث از تعریفهای مختلفی که از موات شده می‌گوید: مراد همه از موات زمینی است که معطل افتاده اعم از اینکه سابقه مالکیت داشته باشد یا نه. داشتن یا نداشتن سابقه مالکیت دخالتی در صدق عنوان موات ندارد.[۲]

امام خمینی مانند صاحب جواهر موات را بر دو قسم تقسیم و چنین فرموده‌اند: موات اصلی (موات بالاصل) یعنی زمینی که سابقه مالکیت و احیاء (آباد کردن) ندارد و هیچگاه عمران و آبادی در ان به عمل نیامده است و موات عرضی (موات بالعارض) یعنی زمینی که سابقه احیاء و مالکیت داشته ولی بعد از آبادی خراب و بائر شده است، مانند زمینهای متروکی که آثار آبادی در آنها دیده می‌شود.[۳]

موات اصلی قابل تملک به وسیله احیاء است. علامه در تذکره می‌گوید: همه فقها (اعم از شیعه و سنی) برآنند که موات با احیاء به مالکیت شخص درمی‌آید، هرچند که در شروط آن اختلاف کرده‌اند؛ زیرا نیاز آن را ایجاب می‌کند و ضرورت شدید مقتضی آن است؛ انسان مدنی بالطبع است و نمی‌تواند مانند دیگر حیوانات زندگی کند بلکه نیاز به مسکنی دارد که با خانواده‌اش در آنجا زندگی کند و مکانی که اختصاص به او داشته باشد. اگر احیاء موات مشروع نباشد مضیقه شدید (حرج عظیم) پیش می‌آید که به اجماع نفی شده است.[۴]

قانون مدنی هم به تبعیت از فقهای اسلامی احیاء موات را موجب تملک دانسته است (مواد ۱۴۰ و ۱۴۳). بنابراین هیچکس نمی‌تواند زمین موات را بدون احیاء و به عبارت دقیقتر، بدون انجام «عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درخت کاری، بنا ساختن و غیره» (ماده ۱۴۱ قانون مدنی) تملک کند و کسانی که در رژیم قبلی زمینهای موات را بدون احیاء

۱ـ «اما الموات فهو الذی لاینتفع به لعطلته امالانقطاع الماء عنه اولاستیلاء الماء علیه اولا ستئجامه اوغیرذلک من موانع الانتفاع» (شرایع، چاپ عبدالرحیم، ص ۲۵۰).

۲ـ جواهرالکلام، چاپ جدید، ج ۳۸، تهران ۱۳۹۸ هجری قمری، ص ۹ و ۱۰.

۳ـ امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، چاپ بدون تاریخ، ص ۲۳۵. این کتاب قبل از انقلاب در دو جلد بدون ذکر نام مؤلف به چاپ رسیده و اخیراً نیز با نام ایشان تجدید چاپ شده است.

۴ـ علامه، تذکرة الفقهاء، چاپ افست بدون تاریخ، تهران، ج ۲، ص ۴۰۰.

تملک کرده و سند گرفته بودند، مالکیت آنها مبنای درست قانونی و شرعی نداشت و بجا بود که این گونه مالکیت‌ها سلب و اراضی مواتی که بدون مجوز قانونی و شرعی به تصرف و تملک اشخاص سودجو درآمده بود به دولت بازگردد. پس تا اینجا قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری منطبق بر فقه اسلامی و ضوابط قانون مدنی است و اشکالی ندارد.

اما در مورد موات عرضی قانون مزبور قابل ایراد است و با آنچه فقهای بزرگ امامیه گفته‌اند سازگار نیست.

قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری فرقی بین این دسته از موات و موات اصلی نگذارده و هر دو دسته را تابع مقررات واحدی قرار داده است. فقط آئین نامه قانون مزبور مقرر داشته است: «هر گاه در زمین قبلاً ساختمانی بوده و بعداً خراب شده و فعلاً بقایای آن مشهود باشد، در این صورت معادل ۴ برابر مساحت زیربنای ساختمان مخروبه احیاء شده محسوب می‌گردد» (ماده ۲ بند ۲ ـ ۲). معنی این عبارت آن است که در این گونه موات، مالکیت احیاء کننده نسبت به ۴ برابر مساحت زیربنای ساختمان مخروبه محترم شمرده می‌شود و سلب مالکیت مطرح نیست. در سایر موارد طبق قانون و آئین نامهٔ مالکیت احیاء کننده نسبت به زمینی که به صورت مخروبه و بائر درآمده است (موات عرضی) سلب شده و زمین به تملک دولت درآمده است.

حال ببینیم نظر فقهای امامیه در این زمینه چیست. علامه در تذکره می‌گوید: در مورد موات عرضی مالک یا معین یا غیرمعین است. اگر معین باشد یا مال از راه خرید، بخشش و مانند آنها به مالک انتقال یافته یا از طریق احیاء. اگر از راه خرید و مانند آن مالک شده باشد شخص دیگر نمی‌تواند با احیاء آن را تملک کند. ابن عبدالبراء ادعای اجماع بر این قول کرده است. اگر از طریق احیاء مالک آن شده و سپس مالک آن را رها کرده و ملک به صورت بائر و موات درآمده است بین فقهای اسلامی دو قول است: بعضی از فقها آن را مانند مورد اول متعلق به مالک و ورثه او و غیرقابل تملک از طریق احیاء دانسته‌اند و برخی گفته‌اند احیاء آن صحیح است و احیاء کننده دوم مالک آن می‌شود. اگر مالک زمین غیر معین باشد، در صورت خراب و بائر شدن، زمین متعلق به امام (دولت) است و کسی جز با اذن امام نمی‌تواند آن را احیاء کند.[۱]

در مورد زمینی که از طریق احیاء به مالکیت شخصی درآمده و سپس متروک و بائر گردیده قول مشهور فقهای امامیه آن است که مانند زمینی که از راه خرید و مانند آن به مالک منتقل شده در مالکیت مالک سابق و ورثه او باقی می‌ماند و از طریق احیاء قابل تملک به وسیله دیگری نیست. حتی گفته‌اند که ظاهر، اتفاق کلمه بر این است که محیی دوم مالک آن نمی‌شود و به آن در نهایه و جهاد الشرایع و نافع و قواعد و تحریر و ارشاد و مختلف و جامع المقاصد تصریح شده و ظاهر سرائر نیز همین است و مسالک آن را به اکثر نسبت داده است. صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید: قبل از

۱ـ همان مأخذ، ج ۲، ص ۴۰۱.

علامه در تذکره اختلافی دراین باب نیافته‌ایم، او از مالک نقل کرده که آبادکننده دوم مالک می‌شود و خود گفته است: این قول نزد من اشکالی ندارد.[۱]

آنانکه قائل به بقاء مالکیت سابق در فرض حصول آن از طریق احیاء و عدم سقوط مالکیت به علت موات شدن زمین می‌باشند نظرهای متفاوتی به شرح زیر ابراز کرده‌اند: ۱ـ احیاء و تصرف در آن جایز نیست مگر با اذن مالک؛ ۲ـ مالک باید یکی از دو کار را انجام دهد: یا به دیگری اذن در انتفاع دهد یا خود زمین را آباد و از آن بهره‌برداری کند. و اگر امتناع کند، حاکم اذن در انتفاع به شخص دیگر می‌دهد و مالک مستحق اجرت خواهد بود؛ ۳ـ احیاء زمین جایز است ولی آبادکننده دوم مالک آن نمی‌شود.[۲]

امام خمینی در کتاب تحریرالوسیله در این باب چنین فرموده‌اند: «موات عرضی اگر مسبوق به ملک و احیاء باشد، در صورتی که مالک شناخته شده‌ای نداشته باشد، بر دو قسم است: ۱ـ زمینی که ساکنان آن نابود شده‌اند و بر اثر مرور زمان و گذشت ایام بلامالک گردیده، مانند اراضی متروک و دهکده‌ها و شهرهای مخروب و قناتهای از میان رفته متعلق به ملل گذشته که اسم و رسمی از آنان به جای نمانده است، یا منسوب به اقوام یا اشخاصی که فقط نامی از آنان باقی مانده است. ۲ـ اراضی موات دیگری که بدون مالک محسوب نمی‌شوند بلکه دارای مالکی هستند که شخص او معلوم نیست و مجهول المالک نامیده می‌شوند.

«قسم اول در حکم موات اصلی و از انفال (ثروتهای عمومی) است و احیاء آن جایز است و آباد کننده مالک آن می‌شود... اما قسم دوم احوط آن است که برای احیاء، تعمیر و تصرف آن از حاکم اذن بگیرند چنانکه احوط آن است که با آن معامله مجهول المالک کنند، بدین گونه که صاحب آن را جستجو نمایند و بعد از یاس از پیدا شدن او آن را از حاکم شرع بخرند و بهای آن را به مصرف فقرا برسانند یا آن را از حاکم اجاره کنند...[۳]

۱ـ سید محمد جوادعاملی، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۹ و ۱۰.

۲ـ همان مأخذ، ص ۱۰.

۳ـ تحریرالوسیله، ج ۲، کتاب احیاء موات، مسأله ۲، ص ۳۳۵ و ۳۳۶. عین عبارت مؤلف بدین شرح است: «الموات بالعارض الذی کان مسبوقاً بالملک والاحیاء اذالم یکن له مالک معروف علی قسمین: الاول ماباداهلها و صارت بسبب مرورالزمان و تقادم الایام بلامالک و ذلک کالاراضی الدارسة والقری و البلاد الخربة و القنوات الطامسة التی کانت للامم الماضین الذین لم یبق منهم اسم و لارسم او نسبت الی اقوام او اشخاص لم یعرف منهم الاالاسم؛ الثانی مالم یکن کذلک و لم تکن بحیث عدت بلامالک بل کانت لمالک موجود و لم یعرف شخصه و یقال لها مجهولة المالک. فاماالقسم الاول فهوبحکم الموات بالاصل فی کونه من الانفال و انه یجوز

«اگر ملک مخروب مالک معلومی داشته باشد هرگاه مالک از آن اعراض کرده باشد هرکس می‌تواند آن را احیاء و تملک کند و هر گاه مالک اعراض نکرده باشد، در صورتیکه آن را موات باقی گذارده باشد، برای اینکه از راه چراندن چهارپایان خود یا فروش گیاه خشک و نی و مانند آن از ملک بهره‌برداری کند ـ که چه بسا نفع آن به صورت موات بیشتر است تا به شکل آباد ـ در این صورت اشکالی نیست در این که هیچ کسی نمی‌تواند بدون اذن مالک آن را احیاء و تصرف کند. همچنین اگر مالک تصمیم به احیاء آن داشته ولی این کار را تا فراهم آوردن وسائل و تهیه مقدمات یا فرارسیدن وقت مناسب به تأخیر انداخته باشد. اما اگر ترک آبادی و اصلاح زمین و خراب گذاردن آن به سبب عدم اعتناء به آن و عدم اهتمام و توجه به مرمت آن و عدم تصمیم بر احیاء آن باشد، یا به علت بی‌نیازی از آن یا پرداختن به احیاء زمین دیگر و بالنتیجه زمین برای مدت قابل توجهی متروک مانده و به صورت بایر و مخروبه درآمده باشد، هرگاه سبب مالکیت مالک غیراحیاء باشد، چنانکه ملک به ارث یا خرید به او انتقال یافته باشد، در این صورت کسی نمی‌تواند بر آن مسلط شده آن را احیاء و در آن تصرف کند مگر با اذن مالک و چنانچه کسی آن را احیاء و تصرف و از آن از طریق زراعت و غیر آن بهره‌برداری کند، باید اجرت آن را به مالکش بدهد. هرگاه سبب مالکیت او احیاء باشد بدین گونه که مالک زمین موات اصلی را آباد و تملک کرده و سپس آن را معطل گذارده و تعمیر آن را رها نموده تا ملک خراب و بایر شده باشد، بعضی احیاء آن را تجویز کرده‌اند و این در نهایت اشکال است بلکه عدم جواز خالی از قوت نیست.»[1]

احیاؤة و یملکه المحیی... و اما القسم الثانی فالاحوط الاستئذان فیه من الحاکم فی الاحیاء و القیام بتعمیره و التصرف فیه کمااان الاحوط معاملة مجهول المالک معه بان یتفحص عن صاحبه و بعد الیأس یشتری عینها من حاکم الشرع و یصرف ثمنها علی الفقرا و امااان یستأجر هامنه باجرة معینة اویقدر ماهواجرة مثلها لوانتفع بها و یتصدق به علی الفقراء والاحوط الاستئذان منه... »

۱ـ همان کتاب، مسأله ۳، ص ۳۳۶ و ۳۳۷ . عین عبارت مؤلف در این زمینه به شرح زیر است: «ان کان ماطرأ علیه الخراب لمالک معلوم فان اعرض عنه مالکه کان لکل احد احیاؤه و تملکه و ان لم یعرض عنه فان ابقاه مواتا للانتفاع بها فی تلک الحال من جهة تعلیف دوابه او بیع حشیشه اوقصبه و نحوذلک ـ فربماینتفع منها مواتا اکثر ممایتنفع منها محیاة ـ فلا اشکال فی انه لایحوز لاحداحیاؤ هاو التصرف فیها بدون اذن مالکها. و کذافیما اذاکان مهتمًا با حیائها عازماعلیه و انمااخرالاشتغال به لجمع الالآت و تهیئة الاسباب المتوقعة الحصول اولانتظار وقت صالح له. وامالوترک تعمیر الارض و اصلاحها و ابقاهاالی الخراب من جهة عدم الاعتناء بشأنها و عدم الاهتمام و الالتفات الی مرمتها و عدم عزمه علی احیائها امالعدم حاجته الیها او لاشتغاله بتعمیر غیرها فبقیت مهجورة مدة معتداً بها حتی آلت الی الخراب فان کان سبب ملک المالک غیرالاحیاء، مثل انه ملکها بالارث اوالشراء، فلیس

بنابراین می‌توان از نظر فقهی و قانونی بین موارد زیر تفکیک کرد:

۱ـ زمین، موات اصلی است و سابقه مالکیت ندارد؛ در این صورت هیچ کس مالک آن نیست و زمین از انفال (ثروتهای عمومی) و در اختیار دولت است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن عمل نماید (اصل ۴۵ قانون اساسی). از قانون مدنی و قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری نیز همین معنی مستفاد می‌شود.

۲ـ زمین موات عرضی است (سابقه احیاء و مالکیت داشته و سپس معطل افتاده و به صورت بایر درآمده است) و قبلاً متعلق به اقوام و اشخاصی بوده که از میان رفته‌اند. در این صورت زمین در حکم موات اصلی است و مالک خاص ندارد و از انفال محسوب می‌شود. قانون اساسی و قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری هم با این نظر سازگار است.

۳ـ زمین موات عرضی است و مالک آن موجود ولی نامعلوم است در این صورت مال مجهول المالک به شمار می‌آید که اصولاً باید با اذن حاکم به مصرف فقرا برسد. از قانون مدنی (ماده ۲۸) همین معنی برمی‌آید؛ لیکن قانون لغو مالکیت اراضی موات از این اراضی برخلاف فقه امامیه و قانون مدنی که مبتنی بر آن است سلب مالکیت کرده است.

۴ـ زمین موات عرضی است و مالک آن مشخص می‌باشد و معلوم است که از آن اعراض (صرفنظر) نموده است. در این صورت، زمین بلامالک تلقی می‌شود و احیاء و تملک آن با شرایط مقرر در قانون مجاز است. مستنبط از قانون مدنی (ماده ۱۷۸) نیز همین است و قانون لغو مالکیت ارضی موات هم با این راه حل سازگار است و اشکالی در این خصوص وجود ندارد.

۵ـ زمین موات عرضی است و مالک مشخص و معلوم دارد که آن را از طریق ارث یا خرید یا بخشش بدست آورده و از آن اعراض هم نکرده است. دراین فرض نظر فقهای امامیه بر این است که مالکیت سابق باقی می‌ماند و هیچکس نمی‌تواند بدون اذن مالک آن را احیاء کند. بر این قول حتی ادعای اجماع شده است.

در قانون مدنی هم اصل بقاء مالکیت است لیکن قانون لغو مالکیت اراضی موات برخلاف فقه و قانون مدنی حکم به سلب مالکیت این گونه اراضی کرده است.

۶ـ زمین موات عرضی است و مالک مشخص ومعلوم دارد که آن را از طریق احیاء مالک شده و معطل ماندن زمین دارای دلیل موجهی است چنانکه به علت قطع آب نتواسته است زمین را آباد

⇦ لاحدوضع الیدعلیها و احیاؤ هاوالتصرف فیها الاباذن مالکها ولواحیاها احد و تصرف فیها و انتفع بهابزرع او غیره فعلیها اجرتهالمالکها. و ان کان سبب ملکه الاحیاء بان کانت ارضا مواتابالاصل فاحیاها و ملکهائم بعد ذلک عطلها و ترک تعمیرها حتی آلت الی الخراب فجوز احیاء هالغیره بعضهم و هوفی غایة الاشکال بل عدمه لایخلومن قوة.»

نگهدارد. در این صورت نیز مالکیت ساقط نمی‌شود و زمین قابل احیاء و تملک به وسیله شخص دیگر نیست مگر به اذن مالک. قانون اخیر در این مورد نیز حکم به لغو مالکیت کرده که با فقه اسلامی سازگار نیست.

۷ـ مالک زمین را از طریق احیاء تملک کرده، لیکن آن را بدون عذر موجه معطل گذارده تا به صورت بائر درآمده است. در این صورت گروهی از فقهای امامیه قائل به بقاء مالکیت هستند و امام خمینی نیز این قول را خالی از قوت ندانسته و تجویز احیاء به وسیله شخص دیگر را در غایت اشکال تلقی نموده‌اند. صاحب جواهر قول به بقاء مالکیت را قول مشهور معرفی کرده است.[۱] به هر حال قانون لغو مالکیت اراضی موات با این نظر هم وفق نمی‌دهد.

دلائل بقاء مالکیت نسبت به موات عرضی

در مورد بقاء مالکیت نسبت به موات عرضی، در صورتی که ملک از طریق ارث، بیع، هبه و امثال آن به مالک انتقال یافته باشد، چنانکه در پیش گفتیم، ادعای اجماع شده است. اما در صورتی که موات عرضی از طریق احیاء تملک شده باشد، برای بقاء مالکیت در فقه امامیه دلائلی آورده شده که از جمله دلائل زیر است.[۲] این دلائل در کلیه مواردی که حکم به بقاء مالکیت موات عرضی می‌شود قابل استناد است.

۱ـ اصل بقاء ملک است. مقصود از اصل در اینجا استصحاب است.

۲ـ قاعده دوام ملک: مالکیت یک حق دائم است و تا زمانی که دلیلی به زوال آن نیست باقی می‌ماند و معلوم نیست که خراب و بائر شدن زائل کننده ملکیت باشد.

۳ـ خبر سلیمان بن خالد که از حضرت صادق (ع) سؤال کرد: مردی به زمین مخروبه‌ای آمده، آن را آماده بهره‌برداری می‌کند و نهرهای آن را جاری می‌سازد و آن را تعمیر و در آن زراعت می‌کند. پس تکلیف او چیست؟ فرمود: صدقه (مالیات یا زکوة) گفتم: اگر صاحبش را بشناسد چه تکلیفی دارد؟ فرمود باید حق او را بدهد[۳] یعنی خود زمین یا اجرت آن را به مالک بدهد.

۱ـ جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۲۳.

۲ـ جواهر، چاپ جدید، ج ۳۸، ص ۲۲ به بعد؛ مفتاح الکرامه، ج ۷ ص ۱۰ و ۱۱؛ مسالک الافهام، ج ۲، چاپ سنگی ۱۰۶۸ هجری قمری، ص ۲۷۴.

۳ـ عن الرجل یاتی الارض الخربة فیستخرجها و یجری انهارها و یعمرها و یزرعها فماذ اعلیه؟ قال: الصدقة. قلت: فان کان یعرف صاحبها؟ قال: فلیودّالیه حقه (وسائل، ج ۱۷، چاپ بیروت، کتاب احیاء الموات، باب ۳ حدیث ۳، ص ۳۲۹).

۴ـ حدیث نبوی: برای عرق (ریشه) ظالم حقی نیست[۱] که در تفسیر آن گفته شده است: مقصود مردی است که زمین موات متعلق به غیر را تصرف می‌کند و در آن درخت می‌کارد که حقی برای او نیست.

مخالفین نیز دلائلی از احادیث و اخبار آورده‌اند که قابل بحث ورد است. صاحب جواهر این دلائل را مورد بحث و انتقاد قرار داده و خود قائل به بقاء مالکیت در فرض مذکور شده است.[۲] از قانون مدنی نیز همین قاعده مستفاد می‌گردد، هرچند که برطبق قانون لغو مالکیت اراضی موات باید آن را منسوخ تلقی کرد.

تعارض در متن مقررات جدید از نظر مبنی ـ مقررات جدید راجع به سلب مالکیت اراضی موات علاوه بر اینکه با فقه اسلامی وفق نمی‌دهد از نظر مبنی با هم متعارض است و این دلیل عدم دقت نویسندگان آنها و عدم احاطه آنها به مسائل فقهی و حقوقی است. در اینجا دو نکته قابل توجه است:

۱ـ آئین نامه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری تحت عنوان مقررات تشخیص اراضی موات و عمران و آبادی، در ماده ۲، عمران و آبادی قابل قبول را در چند قسمت ذکر کرده و در دو بند اول چنین مقرر داشته است:

۲ ـ ۱ ـ زمین قبلاً به صورت خانه بوده و در سند مالکیت قید شده باشد.

۲ ـ ۲ ـ هرگاه در زمین قبلاً ساختمانی بوده و بعداً خراب شده و فعلاً بقایای آن مشهود باشد و در این صورت معادل ۴ برابر مساحت زیربنای ساختمان مخروبه احیاء شده محسوب می‌گردد... » دو اشکال بر این مقررات وارد است:

اولاً روشن نیست که اگر زمین قبلاً به صورت خانه بوده و در سند مالکیت قید شده و سپس خراب شده باشد آیا فقط مساحت زیربنا احیاء شده تلقی می‌شود یا همه زمینی که به عنوان خانه سند مالکیت برای آن صادر شده است. اگر همه زمین بدون محدودیت مساحت، چنانکه از ظاهر بند ۱ ـ ۱ ماده ۲ برمی‌آید، احیاء شده تلقی شود، در این صورت با مبنائی که در بندهای ۲ ـ ۲ و ۲ ـ ۶ همین ماده پذیرفته شده سازگار نخواهد بود. اگر فقط مساحت زیربنای ساختمان سابق احیاء شده محسوب شود و در مالکیت سابق باقی بماند، باز هم با بندهای مذکور که تا ۴ برابر مساحت زیربنا را احیاء شده تلقی کرده هماهنگ نخواهد بود.

ثانیاً از دو بند مذکور برمی‌آید که زمینی که با احداث ساختمان احیاء شده و به تملک احیاء

۱ـ لیس لعرق ظالم حق (المستدرک، باب ۱، کتاب احیاء الموات، حدیث ۱ به نقل از زیرنویس جواهر، ج ۳۸، ص ۲۴).

۲ـ جواهر، ج ۳۸، ص ۲۵.

کننده درآمده است با مخروبه شدن ساختمان از ملکیت احیاء کننده یا شخصی که ملک به او انتقال یافته خارج نمی‌شود و مالکیت سابق باقی می‌ماند. درواقع آئین نامه مزبور در اینجا از نظریه بقاء مالکیت در موات عرضی پیروی کرده، در حالی که درمورد زمینهای زراعتی و باغهائی که به صورت بائر و مخروب درآمده باشند از این نظریه پیروی نکرده و مالکیت این گونه اراضی را ظاهراً لغو شده تلقی نموده است. به دیگر سخن در قسمت‌های مختلف ماده ۲ آئین نامه دو نظریه و دو مبنای متفاوت پذیرفته شده که از نظر علمی قابل توجیه نیست.

۲ـ در ماده ۴ قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸/۷/۴ که مربوط به اراضی کشاورزی است چنین مقرر شده است: «عدم بهره‌برداری متوالی از اراضی دائر به مدت سه سال بدون عذر موجه در حکم اعراض از آن بوده و آن قسمت اراضی که معطل مانده باشد مشمول احکام راجع به اراضی بائر خواهد بود.» این اراضی برابر بند آخر ماده ۸ متعلق به دولت خواهد بود و وزارت کشاورزی و عمران روستائی نسبت به واگذاری آنها اقدام می‌نماید. بنابراین مقررات، صرف عدم بهره‌برداری و بائر شدن زمین موجب سقوط مالکیت نیست بلکه در صورتی از مالک سلب مالکیت می‌شود که مدت سه سال بدون عذر موجه زمین را معطل گذارده باشد، در حالی که برابر اصلاحیه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و آئین نامه یاد شده از زمینهای دائری که به صورت بائر درآمده بدون مهلت سلب مالکیت شده و این زمینها بلافاصله به تملک دولت درآمده است بجز یک قطعه زمین کوچک متعلق به کسانی که فاقد خانه مسکونی هستند (موضوع تبصره یک قانون مذکور). بنابراین دو قانون یاد شده شورای انقلاب از نظر مبنا با هم متعارضند و این برخلاف اصول قانون نویسی و قانونگذاری است.

پس از پایان بحث حقوقی و فقهی راجع به قانون لغو مالکیت اراضی عمران شهری و آئین نامه آن اینک بجاست دربارهٔ نقاط قوت و ضعف این قانون از نظر اقتصادی و اجتماعی به اختصار سخن گوئیم.

ب ـ نقاط قوت و ضعف قانون از نظر اقتصادی و اجتماعی

۱ـ نقاط قوت ـ قانون الغاء مالکیت اراضی موات موجب تعدیل ثروت است. می‌دانیم که اشخاصی به ناحق و چه بسا برخلاف ضوابط قانون مدنی زمینهای موات وسیعی را مالک شده و از این راه ثروت‌های هنگفتی بدست آورده بودند، در حالی که اراضی موات همانطور که اصل چهل و پنجم قانون اساسی مقرر داشته از ثروتهای عمومی است و باید در اختیار حکومت اسلامی باشد و برطبق مصالح جامعه باید از آنها بهره‌برداری شود. قانون مدنی (جلد اول) مصوب ۱۳۰۷ هم احیاء موات را از اسباب تملک شناخته و تملک این اراضی بدون احیاء را معتبر نشناخته است. معهذا عده‌ای با سوءاستفاده از مقررات ثبتی، اراضی موات پهناوری را تملک کرده و برای آنها سند مالکیت گرفته و از این طریق ثروت بزرگ و نامشروع وغیرموجهی تحصیل کرده بودند که

می‌بایست به دولت بازگردد.

ـ فایده دیگر قانون جلوگیری از بورس بازی و سفته بازی روی زمین است. گروهی سرمایه‌های خود را که می‌بایست در توسعه اقتصاد کشور به کار بیفتد در معاملات زمین به کار انداخته بودند و با بورس بازی و خرید و فروش ناسالم زمین درآمدهای هنگفت و نابجائی بدست می‌آورند و در اثر این گونه معاملات روزبروز بر قیمت زمین افزوده می‌شد و بهای زمین در سالهای اخیر به طور سرسام آوری بالا رفته بود و اشخاص نیازمند و کم بضاعت بویژه در شهرهای بزرگ کمتر می‌توانستند زمین مناسبی برای ساختمان فراهم کنند. قوانینی که قبل از انقلاب برای تثبیت قیمت زمین وضع شده بود نتوانسته بود این مشکل را حل کند و اکنون با قانون لغو مالکیت اراضی موات جلوی سفته بازی و بورس بازی زمین گرفته شده و این گونه معاملات متوقف گردیده است.

ـ فایده سوم قانون مزبور فراهم کردن زمینه برای حل مشکل مسکن است. اگر زمینهای موات برای تهیه مسکن در اختیار اشخاص نیازمند گذارده شود و اگر به اشخاصی که یک قطعه زمین برای ساختمان تهیه کرده‌اند در مدت معقول اجازه عمران داده شود و اگر دولت از زمینهائی که در اختیار دارد برای خانه سازی استفاده کند زمینه برای حل مشکل مسکن فراهم خواهد شد. با پایین آمدن قیمت زمین و استفاده صحیح از آن علی القاعده باید قیمت تمام شده مسکن هم پایین بیاید و این هم در خانه‌دار شدن طبقات متوسط و کم درآمد مؤثر خواهد بود.

۲ـ **نقاط ضعف** ـ در قانون الغاء مالکیت اراضی موات شهری نقاط ضعف متعددی از نظر اقتصادی و اجتماعی دیده می‌شود:

ـ این قانون فعالیتهای ساختمانی را دچار رکود کرده است. امروز تهیه زمین ساختمانی بسیار دشوار است. اگر کسی نیاز به مسکن داشته و پول هم داشته باشد و بخواهد خانه ومسکنی برای خود بسازد نمی‌تواند زمین مناسبی پیداکند زیرا معاملات زمین متوقف شده و دولت هم تاکنون نتوانسته است زمینهائی را که در اختیار دارد تفکیک کند و در اختیار مردم بگذارد. البته زمینهائی به وسیله بنیاد مسکن یا سازمانهای مشابه به مردم واگذار شده که علاوه بر اینکه در پاره‌ای موارد منطبق بر ضوابط قانونی نبوده با توجه به نیاز به میلیونها واحد مسکونی در سطح کشور، از نظر تعداد چندان قابل توجه نبوده است. فعالیت ساختمانی و خانه سازی دولت و بنیاد مسکن و مؤسسات خیریه هم بی‌شک کافی برای رفع نیازهای مردم نیست.

همین رکود یا کم شدن کار ساختمانی در یک سال اخیر در کم شدن عرضه مسکن و بالا رفتن بهای آن مؤثر بوده است.

ـ زیان قانون الغاء مالکیت اراضی موات از نظر اشتغال نیز قابل توجه است. با کم شدن فعالیت ساختمانی و توقف معاملات زمین و کم شدن عرضه مسکن و معاملات راجع به آن شک نیست که قشرهائی از مردم که در این زمینه‌ها فعالیت داشتند و از این راهها ارتزاق می‌کردند بیکار یا دچار کم کاری و کمبود درآمد شده‌اند و این وضع بویژه در این دوره از انقلاب و با توجه به بحران اقتصادی

موجود خطرناک است.

ـ یکی از نقاط ضعف قانون یاد شده این است که گروهی از مردم متوسط یا کم درآمد را متضرر و ناراضی کرده است. بسیاری از این افراد زمینی تهیه کرده بودند که در موقع مناسب و پس از فراهم کردن پول و امکانات برای خود مسکن مناسبی بسازند یا از محل فروش آن خانه‌ای بخرند. البته اگر این اشخاص فاقد خانه شخصی باشند می‌توانند نسبت به عمران و آبادی زمین خود (مشروط اینکه از حد نصاب مقرر ۱۰۰۰ مترمربع در شهرهای بزرگ و ۱۵۰۰ متر در شهرهای کوچک تجاوز نکند) اقدام کنند ولی باید از دولت اجازه بگیرند و چون دولت در بسیاری از شهرها هنوز سازمان عمران اراضی موات راکه مرجع صدور این اجازه است تشکیل نداده عملاً این کار با اشکال مواجه شده و مردم در بلاتکلیفی بسر می‌برند و در نقاطی که سازمان عمران اراضی موات تشکیل شده گرفتن اجازه عمران گذشتن از هفت خان رستم است. جای تعجب است که بعضی از این دفاتر حتی وکالت نامه رسمی را هم برای این کار نمی‌پذیرند و حضور مالک را حتی اگر پیر فرتوت یا بیمار یا معلول یا مفلوج باشد لازم می‌شمارند. به هرحال، اگر مالک زمین یک خانه مسکونی شش دانگ داشته باشد نمی‌تواند اجازه عمران برای زمین خود بگیرد، هرچند که خانه‌اش بسیار کوچک و نامناسب باشد. اگر مالک زمین به علت کوچک بودن یا نامناسب بودن زمین یا به هر علت دیگر بخواهد قطعه زمین منحصر خود را بفروشد و با پول آن خانه‌ای برای خود بخرد یا آن را به مصرف معالجه خود یا زن یا فرزندش برساند یا استفاده مشروع دیگری از ان کند باز هم قانون اجازه نمی‌دهد. آنچه قانون اجازه می‌دهد عمران و آبادی است نه فروش. حال مورد دیگری را مطرح می‌کنیم. شخصی باغ کوچکی خریده یا از پدرش به ارث برده و به علت گسترش شهر این باغ جزء محدوده قرار گرفته و در اثر خیابان کشی و تخریب باغ، شهرداری قسمتی از آن را گرفته و جزء خیابان قرار داده و قسمت دیگر هم طبیعتاً باثر و متروک شده و چاره‌ای جز آن نبوده است. قانون جدید می‌گوید: اگر یک خانه شخصی، هرچند کوچک و نامناسب، دارید مالک باغ خود یا باقی مانده آن نیستید حتی نمی‌توانید آن را آباد کنید. آیا این موافق عدالت و انصاف و قسط اسلامی است؟ آیا این قانون موجب ستم بر گروهی از مردم متوسط و کم درآمد نخواهد بود. جای تعجب است در نقاطی که سازمان عمران اراضی موات تشکیل نشده و در واقع قانون در آن نقاط اجرا نمی‌شود اگر اشخاص بخواهند یک قطعه زمین کمتر از حد نصاب خود را بفروشند برخلاف بخشنامه‌های وزارت مسکن و شهرسازی و سازمان ثبت اسناد[1] ادارات ثبت اسناد محل کاسه گرمتر از آش شده و ثبت معامله را نمی‌پذیرند و به دفاتر اسناد رسمی هم دستور داده‌اند که از ثبت این گونه معاملات خودداری کنند. مضحک آن است

۱ـ رجوع شود به بخشنامه‌های شماره ۱/۵۹۹۸ مورخ ۵۸/۶/۷ و ۱/۱۰۳ ـ ۵۸/۶/۲۸ وزارت مسکن و شهرسازی و بخشنامه شماره ۱۰/۵۳۸۹ ـ ۵۸/۶/۱۳ سازمان ثبت اسناد کشور.

که گاهی کارمندان ثبت نامه می‌نویسند و امضاء می‌کنند که بخشنامه دولت بـه نـفع فـئودالهـا و برخلاف قانون است و ما آن را اجرا نخواهیم کرد. آیا این مفهومی بجز خودسری و بی‌قانونی و هرج و مرج دارد؟

ـ به هر حال مهمترین نقطه ضعف قانون عدم انطباق آن با فقه امامیه است که قبلاً از آن سخن گفتیم.

از آنچه گفتیم می‌توان نتیجه گرفت که قانون لغو مالکیت اراضی موات و آئین نامه آن نه مبنای صحیح فقهی و حقوقی دارد و نه از نظر اجتماعی و اقتصادی بی‌اشکال است. به نظر ما بجا بـود قانونگذار به پیروی از فقهای امامیه بین موات اصلی و موات عرضی فرق می‌گذاشت و در مورد اراضی موات عرضی مهلتی برای آباد کردن معین می‌کرد تا اگر مالکین در مهلت مقرر اقدام به عمران و آبادی زمین نمی‌کردند در راه مصلحت اجتماع دولت آن را تملک می‌کرد. این راه حل هم با اصول فقهی و حقوقی بیشتر وفق می‌داد و هم با مصالح اجتماعی و عدالت و انصاف و تا حد زیادی از زیانهای ناشی از اجرای قانون مزبور می‌کاست. شاید با اصلاح آئین نامه و تعریف موات به گونه‌ای که در قانون نحوه واگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی و بعضی از تعاریف فقها دیده می‌شود و به عبارت دیگر با تعریف مضیقی از موات و محدود کردن آن به موات اصلی بتوان مشکل را حل کرد. به هر حال امید است قانونگذار جمهوری اسلامی به این مسأله توجه کند و در مورد اصلاح و تکمیل قانون به گونه‌ای شایسته و هماهنگ با فقه اسلامی اقدام نماید.

مقاله سوم

وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او*

مقدمه

یکی از موضوعات مهم و مورد ابتلاء که در فقه اسلامی و حقوق مدنی مورد بحث و بررسی واقع شده وکالت زوجه در طلاق است. ممکن است ضمن عقد نکاح، یا عقد لازم دیگر، یا به صورت قراردادی مستقل، شوهر به زن وکالت دهد که از طرف او خود را مطلقه سازد. زوجه برای اینکه به آسانی بتواند خود را از قید یک ازدواج نامناسب رهایی بخشد، می‌تواند از طریق شرط ضمن عقد نکاح، چنین اختیاری را برای خود تحصیل کند. در این صورت وکالت زن، مادام که ازدواج منحل نشده، باقی خواهد ماند. و از آنجاکه عقد وکالت در اینجا تابع عقد لازم (ازدواج) شده، موکل حق عزل وکیل را نخواهد داشت. این راه حل که در حقوق اسلام و ایران به سود زن پذیرفته شه، درواقع، اختیار مطلق مرد در امر طلاق را تا حدودی تعدیل می‌کند.

قبل از بحث تفصیلی از این موضوع، بجاست مقدمتاً از وکالت در طلاق به طور مطلق، به اختصار، سخن بگوییم. قول مشهور فقهای امامیه این است که وکالت در طلاق جایز است، اعم از اینکه موکل در مجلس طلاق (یا در بلد) حاضر یا غایب باشد. در تأیید این نظر به اطلاق پاره‌ای

---

*ـ این مقاله در شماره بیست و دوم نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (تیرماه ۱۳۶۰) منتشر گردیده و برای به هنگام کردن و هماهنگی آن با مقررات جدید، پانوشته‌هایی با علامت * به آن افزوده شده است.

روایات و اخبار از جمله صحیحهٔ سعیدالاعرج[۱] استناد شده و نیز استدلال شده است به اینکه طلاق یک فعل قابل نیابت است و به اصطلاح امروز، یک امر کاملاً شخصی نیست که مباشرت شخص در آن لازم باشد و به همین دلیل غایب به اجماع می‌تواند برای طلاق وکیل بگیرد و تفاوتی بین حاضر و غایب از این لحاظ نیست.

شیخ طوسی و پیروانش برآنند که توکیل حاضر در طلاق جایز نیست و در این باره به روایت زراره از حضرت صادق (ع) استناد کرده‌اند که فرمود "لایجوزالوکالة فی الطلاق" (وکالت در طلاق جایز نیست). شیخ برای جمع بین این روایت و روایات دیگری که بر صحت وکالت در طلاق دلالت دارند، روایت مزبور را حمل بر حاضر کرده است.

در ردّ این استدلال گفته‌اند: سند این روایت ضعیف است و از این رو نمی‌تواند معارض صحیحه سعیدالاعرج باشد و آن را تخصیص دهد[۲]

بنابرقول شیخ طوسی غیبت با دوری زوج از بلد تحقق می‌یابد. معهذا صاحب مسالک گفته است: بنابرقول شیخ، غیبت با مفارقت از مجلس طلاق تحقق می‌یابد، اگرچه زوج در بلد باشد[۳]. لیکن آنچه از عبارت شیخ برمی‌آید این است که غیبت از بلد مجوز وکالت در طلاق است نه دوری از مجلس عقد[۴].

قانون مدنی از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده، می‌گوید: «ممکن است صیغهٔ طلاق را به توسط وکیل اجرا نمود» (ماده ۱۱۳۸). مزیت این راه حل آن است که اگر شوهر غایب باشد یا حاضر بوده و عربی نداند و بکار بردن صیغهٔ عربی را در طلاق، چنانکه اکثر فقهای امامیه گفته‌اند،[۵] لازم بدانیم، یا در این باره از نظر شرعی احتیاط کنیم، می‌توان برای اجرای صیغه طلاق، چنانکه معمول است، از وکیل استفاده کرد.

پس از مقدمه فوق، اینک وکالت زوجه در طلاق را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در این باب نخست از فقه اسلامی (خاصه و عامه) و سپس از قانون مدنی که مبتنی بر فقه است سخن می‌گوئیم (بخش اول). چون در فقه اسلامی علاوه بر توکیل زن در طلاق، تفویض طلاق به او یا تخییر نیز مطرح است، بخش دوم مقاله را به تفویض طلاق به زوجه اختصاص می‌دهیم.

۱ـ وسائل، جزء دوم از جلد هفتم، چاپ بیروت، باب ۳۹ از ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۱، ص ۳۳۳.

۲ـ شیخ محمد حسین نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۲، ص ۲۳.

۳ـ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲ چاپ سنگی ۱۰۶۸ هـق، کتاب طلاق، ارکان طلاق، ص ۴.

۴ـ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۶، چاپ سنگی ۱۳۱۷ هـق، ص ۲۹۰؛ جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴.

۵ـ جواهر، ج ۳۲، ص ۶۰.

بخش اول

وکالت زوجه در طلاق

الف ـ فقه اسلامی

در این باب نخست فقه امامیه و سپس فقه عامه را مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱ـ فقه امامیه[۱] ـ در فقه امامیه در خصوص وکالت زوجه در طلاق سه قول دیده می‌شود: جواز، عدم جواز و توقف.

اول ـ جواز ـ قول مشهور فقهای امامیه این است که وکالت زوجه در طلاق جایز است، زیرا:

ـ اولاً طلاق فعلی قابل نیابت است و از اعمالی نیست که مباشرت شخص در آن لازم باشد.

ـ ثانیاً زن از لحاظ حقوقی کامل است و می‌تواند وکیل باشد (چه از جانب شوهر و چه از جانب شخص دیگر) همانطور که می‌تواند سایر اعمال حقوقی را انجام دهد و تفاوتی بین زن و اشخاص دیگر در مورد وکالت نیست.

ثالثاً ادله‌ای که بر جواز وکالت در طلاق به طور اطلاق دلالت دارند شامل زوجه هم می‌شوند.

رابعاً بعضی از فقها برای جواز توکیل زن در طلاق به تخییر پیامبر (ص) زنان خود را در مورد طلاق استدلال کرده‌اند: از حضرت باقر (ع) روایت شده است که بعضی از زنان پیامبر (ص) گفتند: محمد (ص) تصور می‌کند که اگر ما را طلاق دهد شوهری مناسب از قوم ما برای ما پیدا نمی‌شود. این سخن، خدای عزوجل را ناخوش آمد و آیه تخییر را نازل فرمود: «یا ایهاالنبیّ قل لازواجک ان کنتنّ تردن الحیوةالدنیا و زینتها فتعالین امتّعکنّ و اسرحکنّ سراحاجمیلا و ان کنتّن تردن اللّه و رسوله والدارالآخرة فانّ اللّه اعدّ للمحسنات منکن اجرا عظیماً (احزاب ۲۹ ـ ۲۸). یعنی «ای پیامبر به زنانت بگو که اگر زندگی دنیا و زینت آن را می‌خواهید، پس بیائید که شما را بهره‌مند سازم (مهرتان را بپردازم) و به خوبی طلاقتان دهم. واگر خدا و رسول او و زندگی آخرت را طالبید، پس خدا برای نیکوکاران شما اجری عظیم آماده کرده است.» پس از نزول آیه، زنان پیامبر (ص) او را اختیار کردند و به زندگی با پیامبر (ص) ادامه دادند.[۲]

۱ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۴؛ شرح لمعه، چاپ جدید، زیرنظر سید محمدکلانتر، ج ۶، ص ۲۳ و ۲۴؛ حدائق، ج ۶، ص ۲۹۰؛ جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴ و ۲۵.

۲ـ کافی، ج ۶، ص ۱۳۷ و ۱۳۸ (به نقل از جواهر، ج ۳۲، زیرنویس شمارهٔ ۳ ص ۷۰). از طریق عامّه در شأن نزول آیهٔ شریفهٔ تخییر چنین آمده است که روزی زنان پیامبر (ص) از کمبود نفقه به او شکایت بردند و آیه شریفه دربارهٔ ایشان نازل شد (رجوع شود به: عبدالرحمن الصابونی، مدی حریةالزوج فی الطلاق، چاپ بیروت ۱۹۶۸، ص ۳۵۳).

از تخییر نبی (ص) که در این دو آیه آمده است برخی به جواز توکیل زوجه در طلاق استدلال کرده‌اند. لیکن این استدلال خالی از اشکال نیست زیرا:

اولاً ممکن است مقصود این باشد که هر یک از زنان پیامبر (ص) که طلاق را اختیار کنند پیامبر (ص) او را طلاق دهد، نه اینکه آن زن اختیار در اجرای صیغه طلاق داشته باشد.

ثانیاً بر فرض اینکه مراد، دادن اختیار طلاق به زن باشد، این امر، چنانکه در پاره‌ای روایات آمده است، از خصائص نبی (ص) بوده است و نمی‌توان آن را به اشخاص دیگر تعمیم داد.

دوم ـ عدم جواز ـ قول دیگر از شیخ طوسی است که عدم جواز را به دلائل زیر پذیرفته است:

ـ زن که قابل است نمی‌تواند فاعل باشد. رد این استدلال بدین گونه است که مغایرت اعتباری بین فاعل و قابل کافی است. در اینجا زن به اعتبار و حیثیت وکالت از شوهر، فاعل طلاق است و به اعتبار و حیثیتی دیگر، قابل. مغایرت اعتباری در عقود که مرکب از ایجاب و قبول است کافی است، چه رسد به ایقاعات مانند طلاق که یک عمل حقوقی یک جانبه است.

ـ ظاهر قول پیامبر (ص) "الطلاق بید من اخذ بالساق" (طلاق بـه دست شـوهر است) اقـتضا می‌کند که توکیل در طلاق مطلقاً صحیح نباشد. لیکن وکالت غیر زوجه به دلیلی بیرون از این نص از آن خارج شده است. پس وکالت زن بر اصل منع باقی است.

ضعف این استدلال آشکار است، زیرا حدیث بر فرض صحت مفید حصر نیست و بودن اختیار طلاق در دست مرد با تعیین وکیل از جانب او منافات ندارد زیرا وکیل از جانب موکل طلاق می‌دهد و عمل وکیل به منزله عمل موکل است. و بر فرض اینکه حدیث مفید حصر باشد ادله‌ای که وکلای غیرزن را از آن خارج می‌کند (و صحت وکالت آنان را اقتضا می‌نماید) شامل وکالت زن نیز می‌گردد.

سوم ـ توقف ـ برخی از فقها که نتوانسته‌اند یکی از دو قول مذکور را بر دیگری ترجیح دهند قائل به توقف شده‌اند. صاحب حدائق از این دسته است.

۲ـ فقه عامّه [1] آنچه تاکنون گفتیم، مربوط به فقه امامیه بود. اما در فقه عامّه، جمهور فقها توکیل در طلاق را، اعم از اینکه وکیل زوجه یا شخص دیگری باشد، صحیح دانسته‌اند. در عین حال فقهای حنفی برآنند که اگر شوهر به زن در طلاق وکالت دهد، این توکیل در واقع تفویض است. تـفاوت اساسی بین توکیل و تفویض، چنانکه در بخش دوم خواهیم دیـد، آن است کـه در تـوکیل، نـایب (وکیل) اراده موکل را اعلام می‌کند و تابع نظر موکل است، در حالی که در تفویض، شخصی که طلاق به او تفویض شده مطابق ارادهٔ خود عمل می‌کند و تابع اراده و خواست شوهر نیست.

ظاهریه، برخلاف اکثر فقهای عامه، برآنند که توکیل در طلاق جایز نیست زیرا طـلاق عـملی

۱ـ عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربـعة، ج ۴، چـاپ مـصر ۱۹۶۹، ص ۳۷۰ بـه بـعد؛ مـحمد ابوزهرة، الاحوال الشخصیة، چاپ قاهره ۱۹۵۸، ش ۲۶۹، ص ۳۷۸.

شخصی است که اختیار آن به دست شوهر است و نیابت شخصی از دیگری در انجام دادن عملی منوط به حکم شرع است و در کتاب و سنت جواز توکیل غیر (اعم از زوجه و شخص دیگر) در طلاق نیامده است[۱]. به همین دلائل ظاهریه برخلاف سایر فقهای عامّه تفویض طلاق را نیز مجاز نمی‌دانند.

رد این استدلال با توجه به عدم مخالفت توکیل با کتاب و سنت و روایاتی که بر جواز وکالت در طلاق عموماً و جواز وکالت زوجه در آن خصوصاً دلالت دارند آسان است.

در قوانین کشورهای عربی به تبعیت از جمهور فقهای اسلامی توکیل زوجه در طلاق معتبر شناخته شده است.[۲]

ب ـ قانون مدنی

قانون مدنی ایران در مورد وکالت زن در طلاق از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است. در قانون مدنی دو ماده راجع به وکالت در طلاق دیده می‌شود. یکی مادهٔ ۱۱۳۸ که وکالت در طلاق را به طور اطلاق تجویز می‌کند و به وکالت زوجه اختصاص ندارد و دیگر مادهٔ ۱۱۱۹ که مربوط به توکیل زن در طلاق از طریق شرط ضمن عقد است. این ماده که مصوب سال ۱۳۱۳ می‌باشد چنین مقرر می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود، و یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوءقصد کند، یا سوءرفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد.» قبل از قانون مدنی نیز ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰، که صریحاً نسخ نشده و تا حدی که با قانون مدنی ودیگر قوانین جدید متعارض نباشد به قوت و اعتبار خودباقی است، به این مسأله توجه کرده و چنین مقرر داشته است «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی راکه مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر در مدت معینی غایب شده، یا ترک انفاق نموده، یا بر علیه حیات زن سوءقصد کرده، یا سوءرفتاری نماید که زندگانی زناشوئی غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق بائن مطلقه سازد.

«تبصره ـ در مورد این ماده محاکمه بین زن و شوهر در محکمه ابتدائی مطابق اصول محاکمات

۱ـ مدی حریةالزوج فی الطلاق، ص ۳۵۴ ـ ۳۵۵ ـ ۳۷۲ ـ ۳۷۳.

۲ـ رجوع شود به مادهٔ ۸۸ قانون احوال شخصیه سوریه، ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه مراکش، ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه عراق.

حقوقی به عمل خواهد آمد. حکم بدایت قابل استیناف و تمیز است. مدت مرور زمان ۶ ماه از وقوع امری است که حق استفاده از شرط را می‌دهد».

چنانکه ملاحظه می‌شود عبارات ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی درواقع تکرار ماده ۴ قانون ازدواج با پاره‌ای اصلاحات است. در مقایسه بین این دو ماده و برای روشن شدن مطلب ذکر نکاتی به شرح زیر لازم به نظر می‌رسد:

۱ـ در مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی جمله "شوهر زن دیگر بگیرد" اضافه شده و بدین طریق تصریح گردیده است که زن می‌تواند ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر که با شوهر منعقد می‌کند شرط نماید که اگر شوهر زن دیگری بگیرد، زن وکالت در طلاق داشته باشد. این مثال در ماده ۴ قانون ازدواج دیده نمی‌شود، هر چند که قبول آن، با توجه به عموم ماده و اینکه مواردی که ذکر شده تمثیلی است، نه حصری، و بر اساس فقه اسلامی، قبل از قانون مدنی هم اشکالی نداشته است.

۲ـ در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی به جای حکم قطعی مذکور در ماده ۴ قانون ازدواج اصطلاح "حکم نهائی" به کار رفته است، تا روشن شود که زن فقط پس از طی همه مراحل قانونی و تأیید حکم به وسیله دیوان عالی کشور یا عدم استفاده از حق فرجام خواهی در مدت مقرر، می‌تواند خود را به وکالت از شوهر مطلقه نماید. حکم قطعی در اصطلاح حقوقی به حکمی گفته می‌شود که مراحل رسیدگی ماهوی آن پایان یافته، هر چند که تقاضای رسیدگی فرجامی نسبت به آن شده باشد. بنابراین فرجام خواهی مانع قطعی بودن حکم نیست و پس از طی مرحله فرجامی حکم به صورت نهائی درمی‌آید[1]. در قانون ازدواج، برخلاف قانون مدنی، اصطلاح حکم قطعی به کار رفته است. معهذا با توجه به تبصره ماده ۴ قانون ازدواج که حکم را قابل استیناف و تمیز دانسته و اینکه در صورت وقوع طلاق قبل از حکم فرجامی نقض حکم نمی‌تواند موجب بطلان طلاق باشد و وضع را به حالت اولیه بازگرداند و در این شرایط درست نیست که زن بتواند به محض قطعیت حکم قبل از رسیدگی و صدور حکم فرجامی خود را مطلقه سازد، لذا می‌توان گفت مقصود از حکم قطعی در مادهٔ ۴ قانون ازدواج همان حکم نهائی بوده است و از این لحاظ تفاوتی بین دو قانون نیست.

۳ـ تبصرهٔ مادهٔ ۴ قانون ازدواج در قانون مدنی آورده نشده، شاید از آن رو که بنای قانون مدنی بر ذکر قواعد ماهوی بوده، نه قواعد شکلی، نظیر آنچه در تبصره مذکور آمده است. حال ببینیم آیا حکمی که دادگاه در زمان ما به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی صادر می‌کند قابل استیناف و تمیز است یا نه و آیا قاعده راجع به مرور زمان که در جمله آخر تبصره ماده ۴ قانون ازدواج ذکر شده امروزه به قوت و اعتبار خود باقی است یا نه:

در مورد سؤال اول می‌توان گفت: برابر لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ این قبیل احکام که صدور آنها امروزه در صلاحیت دادگاه مزبور است اصولاً قابل تجدید نظر است

۱ـ رجوع شود به: تبصره ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد، مصوب ۱۳۱۰.

ولی قابل فرجام نمی‌باشد. ماده ۱۲ قانون مذکور چنین مقرر می‌دارد: «احکام دادگاه در موارد زیر قطعی و در سایر موارد قابل تجدیدنظر است.

۱ـ در صورتی که حکم مستند به اقرار باشد. اقرار شفاهی در صورت مجلس قید و به امضاء مقر می‌رسد.

۲ـ در صورتی که طرفین دعوی قبل از صدور حکم از حق درخواست تجدیدنظر صرفنظر کرده باشند.

۳ـ حکم مستند به رأی یک یا چند داور یا کارشناس که طرفین کتباً رأی آنها را قاطع دعوی قرار داده باشند.

۴ـ دعوای مالی که خواسته دعوای بیش از دویست هزار ریال نباشد.»

بند چهارم ماده که مربوط به دعاوی مالی است در مورد دعاوی مستند به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصداق پیدا نمی‌کند. اما اینگونه دعاوی ممکن است مشمول یکی از بندهای ۱ ـ ۲ و ۳ ماده ۱۲ باشد. در این صورت، حکم دادگاه برابر قانون قطعی و غیرقابل تجدیدنظر است. اما اگر حکم نه مستند به اقرار باشد، نه مستند به رأی یک یا چند داور یا کارشناس که طرفین رأی آنها را قاطع دعوی قرار داده باشند و طرفین هم از حق درخواست تجدیدنظر صرفنظر نکرده باشند، برابر قاعده کلی مندرج در صدر ماده ۱۲، قابل تجدیدنظر و به دیگر سخن قابل استیناف است. پس قاعده کلی این است که حکم دادگاه در دعاوی مستند به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی استیناف است جز در موارد سه‌گانه‌ای که ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاههای مدنی خاص استثنا کرده است.

باید اضافه کرد که اگر در محلی دادگاه مدنی خاص تشکیل نشده و دعوای مستند به ماده ۱۱۱۹، طبق ماده ۴ لایحه قانونی مذکور، در دادگاه عمومی اقامه شده باشد. رسیدگی یک درجه‌ای و حکم صادر از این دادگاه غیرقابل پژوهش است (ماده ۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی مصوب مهرماه ۱۳۵۸).

اما چرا اینگونه احکام غیرقابل فرجامند؟ از آنجاکه لایحه قانونی مذکور فقط از تجدیدنظر سخن گفته و می‌توان گفت به طور ضمنی فرجام را نفی کرده است و با توجه به اینکه احکام راجع به دعاوی خانوادگی به موجب قانون حمایت خانواده غیرقابل فرجام بوده و این قاعده تاکنون نسخ نشده است، لذا می‌توان گفت احکامی که به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی صادر می‌شوند، که مربوط به دسته‌ای از دعاوی خانوادگی هستند، غیرقابل فرجامند. بنابراین نظر، تبصره ماده ۴ قانون ازدواج در قسمتی که مربوط به قابل تمیز بودن احکام یاد شده می‌باشد منسوخ است.*

---

*ـ برابر ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، احکام راجع به طلاق قابل تجدیدنظر است و مرجع تجدیدنظر طبق ماده ۲۱ همان قانون دادگاه تجدیدنظر استان است، مگر احکام راجع

در مورد سؤال دوم که مربوط به زمان است ممکن است گفته شود که قاعده مندرج در جمله اخیر تبصره به قوت و اعتبار خود باقی است، زیرا قاعده مزبور با هیچ یک از قوانین بعدی صریحاً یا ضمناً نسخ نشده است؛ این یک قاعده استثنائی است که اصل غیرقابل مرور بودن دعاوی خانوادگی را تخصیص می‌دهد. پس اگر زن ظرف ۶ ماه از تاریخ وقوع امری که حق استفاده از شرط وکالت را به او می‌دهد در دادگاه اقامه دعوی نکند، دیگر دعوای او در دادگاه مسموع نخواهد بود.

لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا دادگاه مدنی خاص نوعی دادگاه شرع است که از مجتهد جامع‌الشرایط یا منصوب از طرف وی تشکیل شده (ماده ۱ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص) و ترتیب رسیدگی آن تابع مقررات شرع است و در شرع، مرور زمان در این گونه دعاوی، مقرر نشده است. بنابراین جمله اخیر تبصره ماده ۴ قانون ازدواج را باید منسوخ تلقی کرد.

۴ـ در ماده ۴ قانون ازدواج گفته شده است که زن به موجب شرط ضمن عقد می‌تواند خود را به طلاق بائن مطلقه کند ولی در قانون مدنی دو کلمه "طلاق بائن" حذف شده است، شاید بدین جهت که بائن یا رجعی بودن طلاق یک حکم یا قاعده امری است که توافق طرفین در آن مؤثر نیست. قانون نوع طلاق را از نظر بائن یا رجعی بودن معین می‌کند، نه اراده طرفین. درباره اینکه چنین طلاقی بائن یا رجعی است بعداً سخن خواهیم گفت.

۵ـ ماده ۴ قانون ازدواج و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی هر دو از شرط وکالت ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر سخن گفته‌اند. مزیت اینگونه شرط آن است که وکالت را که خود عقدی جایز است تابع عقد لازم قرار می‌دهد و مادام که عقد لازمی که شرط وکالت ضمن آن شده است باقی است هیچیک از طرفین نمی‌تواند وکالت را بهم زند و مخصوصاً موکل (شوهر) حق عزل وکیل (زن) را نخواهد داشت. واضح است که راه توکیل زوجه در طلاق منحصر به مورد مذکور نیست؛ بلکه شوهر می‌تواند، طبق قواعد عمومی وکالت، به موجب قرارداد مستقلی، زن را وکیل خود در طلاق کند، همانطور که می‌تواند به شخص دیگری در این خصوص وکالت دهد. بدیهی است که در این صورت وکالت عقدی جایز است که هر یک از طرفین حق فسخ آن را دارد. پس شوهر می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل کند، مگراینکه حق عزل وکیل را ضمن عقد لازمی از خود سلب کرده باشد (ماده ۶۷۹ قانون مدنی).

۶ـ در هر دو ماده یاد شده از وکالت زن با حق توکیل سخن به میان آمده است. دادن حق توکیل به زن به موجب شرط ضمن عقد دارای این فایده است که زن می‌تواند، چنانکه معمول است، برای

به اصل طلاق (وجود و صحت طلاق) که مرجع تجدید نظر آن دیوان عالی کشور می‌باشد. قابل ذکر است که موارد مذکور در بندهای ۱ تا ۳ ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸، به موجب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب نیز غیرقابل تجدیدنظر اعلام شده‌اند (بند ۷ و ۸ الف و تبصره ۲ ماده ۱۹).

اجرای صیغه طلاق به شخص دیگری وکالت دهد. هر گاه زن حق توکیل نداشته باشد و به تعبیر قانون، وکیل در توکیل نباشد، نمی‌تواند به دیگری برای این کار وکالت دهد. برابر ماده ۶۷۲ قانون مدنی «وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.» بنابراین در صورتی که طرفین درباره حق توکیل سکوت کرده باشند، با توجه به اینکه، در عرف امروز، زنی که از شوهر برای طلاق وکالت دارد خود صیغه طلاق را اجرا نمی‌کند، بلکه برای این امر به شخص دیگری وکالت می‌دهد، می‌توان گفت قرائن دلالت بر آن دارد که حق توکیل به زن داده شده است. در این خصوص علاوه بر ماده ۶۷۳ قانون مدنی، می‌توان به ماده ۲۲۵ قانون مزبور استناد کرد.

ج ـ چند مسأله

۱ـ هر گاه ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر برای طلاق به طور مطلق به زن وکالت داده شود، یعنی وکالت مقید به امری از قبیل ترک انفاق یا غیبت یا سؤقصد به حیات زن نباشد، آیا این شرط درست است؟

اگر وکالت عام باشد، چنانکه ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل است که هر وقت خواست خود را مطلقه کند، آیا می‌توان شرط را درست دانست؟

در فقه اسلامی اشکالی در این گونه وکالت نیست، زیرا چنانکه گفته شد، بنابر اطلاق ادله، فرقی بین توکیل زن و غیر او نیست و همانطور که شوهر می‌تواند به شخص دیگری وکالت مطلق یا عام برای طلاق زوجه خود دهد، می‌تواند زن را وکیل مطلق یا عام در طلاق کند[1]. اینگونه شرط نه خلاف مقتضای ذات عقد است، نه نامشروع. پس اشکالی در صحت آن وجود ندارد.

از عموم بند اول ماده ۴ قانون ازدواج و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی هم می‌توان این معنی را استنباط کرد. در بند اول این دو ماده مقرر شده است که «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند...» و آنچه پس از این قاعده عام در دو ماده مذکور آمده مثال‌هائی بیش نیست و منعی برای وکالت عام یا مطلق ایجاد نمی‌کند.

۲ـ هر گاه شوهر برای طلاق به زن خود وکالت مطلق یا عام دهد، آیا زن باید برای طلاق به دادگاه مدنی خاص رجوع کند یا می‌تواند بدون مراجعه به دادگاه خود را مطلقه سازد؟

طبق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص «در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست». با توجه به این تبصره ممکن است گفته شود: در

۱ـ رجوع شود به یک فتوای جدید از امام خمینی مندرج در روزنامه انقلاب اسلامی، ش ۱۰۷، مورخ ۸ آبان ماه ۱۳۵۸.

مسأله موردنظر مراجعه به دادگاه لازم نیست، زیرا در واقع با شرط وکالت مطلق یا عام برای طلاق، بین زوجین راجع به طلاق توافق شده است. توافق برای طلاق که در قانون ذکر شده مطلق است و زمان و شکل خاصی ندارد و کاربرد لفظ خاصی برای تحقق آن لازم نیست و توافق به هر شکل و صورتی و در هر زمانی واقع شود، مشمول تبصرهٔ ۲ ماده ۳ قانون مذکور خواهد بود.

لیکن این نظر قابل خدشه است، زیرا توافق تعبیر دیگری از قرارداد است و قرارداد راجع به طلاق هنگامی تحقق می‌پذیرد که زن و شوهر ارادهٔ خود را برای طلاق با شرایط مقرر برای قرارداد به صورتی اعلام کنند و صرف توکیل زن در طلاق، به موجب شرط ضمن عقد، برای تحقق این توافق کافی نیست؛ زیرا اینگونه وکالت که به زن اختیار می‌دهد خود را از طرف شوهر مطلقه کند غیر از اعلام اراده و موافقت در مورد طلاق است. ممکن است زن وکالت در طلاق را برای خود تحصیل کند، بدون اینکه در آن هنگام با طلاق موافق باشد و معمولاً زن در زمان عقد نکاح قصد طلاق و موافقت با آن را ندارد. پس نمی‌توان شرط ضمن عقد نکاح را موافقت با طلاق بشمار آورد. توافق برای طلاق هنگامی واقع می‌شود که زن و شوهر طی قرارداد جداگانه‌ای اراده خود را در این زمینه اعلام کنند، بدون اینکه بین اعلام اراده آنان (ایجاب و قبول) فاصله غیرمتعارفی وجود داشته باشد. در این صورت نیازی به مراجعه به دادگاه برای طلاق نخواهد بود.* اما اگر زن فقط وکالت عام یا مطلق برای طلاق داشته باشد، باید طبق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص برای طلاق، به نمایندگی از شوهر، به دادگاه رجوع کند و دادگاه پس از ارجاع امر به داوری، در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق صادر می‌کند و زن می‌تواند با در دست داشتن آن به دفترخانه طلاق رجوع و خود را به وکالت از شوهر مطلقه نماید.

این راه حل به مصلحت خانواده هم نزدیکتر است، چه ممکن است با ارجاع امر به داوری اختلاف بین زوجین فیصله یابد و مسأله طلاق منتفی گردد و بدینسان خانواده باقی بماند.

۳ـ هرگاه زوجه با استفاده از وکالت که به موجب شرط ضمن عقد به او داده شده خود را مطلقه کند آیا این طلاق رجعی یا بائن است؟ به طوری که از فقه اسلامی و قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵) برمی‌آید، طلاق جز در موارد استثنائی مصرح در قانون رجعی است و چون طلاق زن به وکالت از شوهر، از موارد طلاق بائن به شمار نیامده، بنابراین اصولاً رجعی است، مگر اینکه مشمول یکی از موارد مذکور در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی و به عبارت روشن‌تر طلاق قبل از نزدیکی یا طلاق یائسه یا خلع و مبارات و یا طلاق سوم باشد.

---

*ـ طبق قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰، مراجعه به دادگاه و تحصیل گواهی عدم امکان سازش حتی در مورد توافق زوجین برای طلاق لازم است (ر.ک. به: دکتر سید حسن صفائی و دکتر اسدا... امامی، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۷۴ ص ۳۵۴).

ممکن است گفته شود: اگر طلاق مزبور رجعی باشد، توکیل زن بی‌فایده خواهد بود، زیرا شوهر می‌تواند با رجوع خود اثر طلاق را از میان ببرد[1]، در حالی که مقصود از این توکیل آن است که زن بتواند خود را از قید زندگی زناشوئی آزاد کند.

در پاسخ می‌توان گفت که این توکیل، حتی در صورتی که طلاق رجعی باشد، بی‌فایده نیست، زیرا طلاقی که بدین سان واقع می‌شود در عدد طلاقها منظور می‌گردد و هنگامی که عدد طلاق به سه رسید، طلاق بائن خواهد بود، نه رجعی.

۴ـ سؤال دیگری که در اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر ضمن عقد نکاح به زن وکالت در طلاق داده شده باشد و زن با وکالت از شوهر خود را مطلقه کند و سپس شوهر رجوع نماید، آیا زن می‌تواند با استفاده از وکالت مجدداً خود را طلاق دهد؟ به دیگر سخن آیا با یک بار طلاق وکالت زن ارزش خود را از دست می‌دهد یا نه؟

چون وکالت در فرض ما برای یک بار طلاق نبوده و مطلق است و از سوی دیگر با رجوع شوهر اثر طلاق از میان رفته، ازدواج سابق، با شرایط آن و بدون نیاز به عقد جدید، ادامه می‌یابد، لذا می‌توان گفت شرط وکالت هم به قوت و اعتبار خود باقی می‌ماند و زن می‌تواند مجدداً از آن استفاده کند.

۵ـ هر گاه شوهر به زن بگوید خود را سه طلاقه کن و زن یک بار طلاق دهد آیا طلاق صحیح است یا باطل؟

ممکن است مقصود از "سه طلاق" سه طلاق با لفظ واحد (یک صیغه) باشد، یا سه طلاق صحیح شرعی، با فاصله رجوع بین آنها. بر فرض اول ممکن است به وقوع یک طلاق به طور صحیح، در صورتی که سه طلاق در یک مجلس و با یک لفظ واقع شود، قائل باشیم، یا بطلان طلاق را در این صورت بپذیریم. بنابراین مسأله فروض مختلف پیدا می‌کند که باید آنها را بررسی کرد[2]

اول ـ مقصود شوهر سه طلاق با لفظ واحد است. برای پاسخ به اینکه آیا طلاقی که زن داده صحیح است یا نه باید مقدمتاً به بحث راجع به سه طلاقه کردن زن در یک مجلس و با یک صیغه اشاره کنیم. فقهای عامه صحت این گونه طلاق را پذیرفته‌اند. اما بین فقهای امامیه در این باره اختلاف است. بعضی برآنند که اصلا طلاقی در این مورد واقع نمی‌شود و برخی بر این قولند که یک طلاق صحیحاً واقع می‌شود و این قول مشهور است و در تأیید آن استدلال شده است به اینکه

۱ـ رجوع شود به: عبدالرحمن الصابونی، مدی حریةالزوج فی الطلاق ص ۳۷۹. مؤلف درباره تفویض طلاق به زوجه می‌گوید: فایده این طلاق به جز کم کردن تعداد طلاقها چه خواهد بود؟ و سپس به قانونگذار سوریه پیشنهاد اصلاح قانون را می‌نماید.

۲ـ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۵ و ۲۶؛ مسالک، ج ۲، ص ۴.

مقتضی برای تحقق یک طلاق وجود دارد و تفسیر طلاق به عدد سه مانع وقوع یک طلاق نخواهد بود و نیز یک طلاق با جمله "فلانةطالق" تحقق می‌یابد و کلمه ثلاثاً (سه بار) ملغی است زیرا شرط درستی بیش از یک طلاق راکه رجوع یا ازدواج مجدد می‌باشد فاقد است. به علاوه پاره‌ای از روایات در این باره مورد استناد واقع شده است[1]. به هر حال این بحث کلی است و اختصاص به مسأله وکالت ندارد.

در مورد توکیل زن برای سه بار طلاق که مقصود از آن سه طلاق با یک لفظ باشد، در صورتی که قائل به بطلان این گونه طلاق به طورکلی باشیم، عملی که زن به وکالت از شوهر انجام می‌دهد (یک طلاق) بدون شبهه باطل خواهد بود، زیرا وکالت زن برای طلاق فاسد بوده و او برای طلاق صحیح وکالت نداشته است. لیکن اگر صحت یک طلاق را به پیروی از قول مشهور بپذیریم، احتمال می‌رود طلاقی که به وسیله زن واقع شده صحیح باشد، زیرا در این فرض سخن شوهر: «خودت را سه طلاقه کن» به منزله این است که بگوید خود را یک طلاق بده، چه از سه طلاق فقط یکی معتبر است و اذن در سه طلاق متضمن اذن در یک طلاق نیز می‌باشد، پس مانعی برای صحت آن نیست. و نیز احتمال می‌رود که طلاق زن باطل باشد، زیرا توکیل برای سه طلاق به طور مجموعی و به عنوان امر واحد بوده و یک طلاق غیر از آن است؛ به علاوه وکالت تابع غرض موکل است و ممکن است غرض موکل به سه طلاق با یک لفظ تعلق گرفته باشد. بلکه اگر غرض موکل معلوم نباشد باید از مدلول لفظ پیروی و بالنتیجه حکم به بطلان وکالت نماییم. صاحب مسالک و جواهر به حق این قول را اقوی دانسته‌اند. علاوه بر دلائل مذکور، از لحاظ اینکه با قبول آن موارد طلاق محدودتر می‌شود و این به مصلحت جامعه نزدیکتر است، نیز می‌توان آن را ارجح دانست.

دوم ـ مقصود شوهر سه طلاق صحیح شرعی است. یعنی سه طلاقی که بین آنها رجوع فاصله باشد و در اینجا دو صورت فرض می‌شود:

ـ صورت اول اینکه شوهر در رجوع هم صریحاً به زن وکالت داده باشد، یا بگوئیم: توکیل در طلاق مستلزم توکیل در رجوع است. در این فرض محتمل است که یک طلاق به طول صحیح واقع شود، زیرا یک طلاق ضمن مورد وکالت (سه طلاق) آمده است و صحت سه طلاق متوقف به صحت یک طلاق (طلاق اول) است و نیز حکم به توقف طلاق دوم بر رجوع مستلزم صحت طلاق اول است. و نیز محتمل است طلاق مزبور باطل باشد، بدین استدلال که مورد وکالت مجموع سه طلاق است که حاصل نشده و غرض موکل از سه طلاق بینونت تامه بوده که با یک طلاق تحقق نمی‌یابد. پس یک طلاق مورد وکالت نبوده است. صاحب جواهر در این مسأله می‌گوید: تحقیق،

۱ـ مسالک، ج ۲، کتاب طلاق، ص ۱۳. و نیز رجوع شود به کتاب حقوق خانواده نویسنده، جلد اول، بخش طلاق، ش ۲۴۴.

صحت است زیرا یک طلاق بعض مورد وکالت است که صحیحاً واقع شده و انجام همه مورد وکالت بر وکیل واجب نیست، مگر اینکه مراد سه طلاق به هیأت اجتماعیه باشد، به نحوی که یک طلاق جزئی از مورد وکالت محسوب گردد. در این صورت صحت آن موکل به اتمام عمل است.[۱]

ـ صورت دوم اینکه شوهر در رجوع صریحاً به زن وکالت نداده و توکیل در طلاق را هم مقتضی توکیل در رجوع ندانیم. در این صورت نیز دو احتمال است: یکی آنکه طلاق زن صحیح باشد، زیرا مانعی برای آن نیست و مورد وکالت شامل یک طلاق هم می‌باشد. احتمال دیگر آنکه طلاق صحیح نباشد، زیرا توکیل برای مجموع سه طلاق بوده که واقع نشده است.

احتمال اول با توجه به اینکه عرفاً در این گونه موارد امور متعدد (سه طلاق جداگانه) مورد نظر است نه امر واحد مرکب از سه جزء و مانعی برای صحت یکی از آن امور نیست اقوی به نظر می‌رسد. صاحب مسالک نیز آن را احتمالی قوی تلقی کرده است. درواقع، در این فرض مقصود شوهر این است که طلاق به وسیله زن واقع شود و رجوع در اختیار خود شوهر باشد. پس اگر شوهر بعد از طلاق رجوع کند، زن می‌تواند با اعمال وکالت خود را مجدداً مطلقه نماید. بعد از طلاق دوم نیز اگر شوهر رجوع کند، زن می‌توان با استفاده از وکالت خود را برای بار سوم با رعایت مقررات طلاق دهد.

۶ـ هرگاه شوهر به زن برای یک طلاق وکالت دهد و زن خود را سه طلاقه کند آیا طلاق واقع می‌شود یا نه؟

در این مسأله نیز بین فروض مختلف می‌توان تفکیک کرد[۲]:

اول ـ زن سه طلاق با یک لفظ واقع ساخته است. در این فرض اگر قائل به بطلان طلاق به طور کلی در مورد سه طلاقه کردن زن با لفظ واحد باشیم، طلاق مزبور بدون هیچگونه شک و شبهه‌ای باطل خواهد بود و یک طلاق هم واقع نخواهد شد. اما اگر وقوع یک طلاق به طور صحیح را در مورد مذکور بپذیریم، در صحت طلاق به وکالت در مسأله مورد بحث دو وجه است. صاحب شرایع قول به وقوع یک طلاق را اشبه دانسته است. لیکن صاحب جواهر بر آن است که طلاق اصلاً باطل است، زیرا خارج از مورد وکالت بوده است. چه بسا غرض موکل یک طلاق به طریق مخصوص بوده، نه یک طلاقی که در ضمن سه واقع گردد، مگر اینکه قرینه‌ای وجود داشته باشد که این نوع طلاق را نیز دربرگیرد.

دوم ـ زن سه طلاق متوالی با الفاظ جداگانه واقع ساخته است. در این فرض، اشکالی در صحت طلاق اول نیست و دو طلاق دیگر، اعم از اینکه بعد از رجوع از طرف شوهر یا بدون آن واقع شده

۱ـ جواهر، ج ۳۲، ص ۳۵.

۲ـ همان کتاب، ص ۲۶؛ مسالک ج ۲، ص ۴ و ۵

باشد، باطل است، زیرا خارج از مورد وکالت بوده است. و بدیهی است که بطلان این دو طلاق موجب بطلان طلاق اول که با شرایط مقرر واقع شده نخواهد بود.

بخش دوم
تفویض طلاق به زوجه

به اعتقاد جمهور فقهای عامه شوهر می‌تواند اختیار طلاق را به زوجه یا غیر او تفویض کند. برای روشن شدن مفهوم تفویض، نخست باید فرق بین تفویض و توکیل را، بدان گونه که فقهای عامه گفته‌اند، شرح دهیم و سپس تفویض در فقه عامه و بالاخره تفویض در فقه امامیه و قانون مدنی را مورد بحث قرار دهیم.

الف ـ فرق بین تفویض و توکیل

در فرق بین تفویض و توکیل در فقه عامه، بویژه فقه حنفی، نکاتی به شرح زیر گفته شده است[1]:

۱ـ در توکیل، وکیل به اراده موکل عمل می‌کند، لیکن در تفویض مفوض‌الیه به اراده خود عمل می‌نماید. به عبارت دیگر، تفویض تعلیق امر طلاق به مشیت اجنبی و تملیک طلاق به غیراست.

۲ـ موکل می‌تواند وکیل را عزل کند، چراکه وکالت عقدی جایز است، در صورتی که در تفویض طلاق، شوهر نمی‌تواند کسی راکه امر طلاق به او تفویض شده عزل نماید؛ به دیگر سخن، تفویض برخلاف توکیل قابل رجوع نیست. معهذا فقهای شافعی گفته‌اند: در تفویض، مادام که طلاق واقع نشده، شوهر حق رجوع از آن را دارد.[2]

۳ـ اگر وکالت مطلق باشد، اعمال آن مقید به وقت خاصی نیست، در حالی که اگر تفویض مطلق باشد باید در مجلس تفویض اعمال شود، چنانکه اگر طلاق به زن تفویض شده باشد، زن باید در همان مجلس خود را مطلقه کند وگرنه تفویض ارزش خود را از دست خواهد داد.

۴ـ هرگاه شوهر بعد از تفویض طلاق مجنون شود، در تفویض تأثیری نخواهد داشت، در حالی که با جنون موکل وکالت منفسخ می‌شود.

۵ـ فقهای حنفی گفته‌اند: در تفویض شرط نیست که مفوض‌الیه بالغ یا عاقل باشد، در صورتی که در وکالت این امور شرط است.

۱ـ عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعة ج ۴، چاپ مصر ۱۹۶۹، ص ۳۷۱؛ محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیة، ش ۲۶۹، ص ۳۷۸ و ۳۷۹؛ عبدالرحمن الصابونی، مدی حریةالزوج فی الطلاق، ج ۱ ، ص ۳۵۶ و ۳۶۰ ؛ محمدحسین الذهبی، الاحوال الشخصیة بین مذهب اهل السنة و مذهب الجعفریة، چاپ بغداد ۱۳۷۸ هـق، ص ۲۶۲ و ۲۶۳.

۲ـ عبدالرحمن الصابونی، کتاب مذکور، ص ۳۶۶؛ الفقه علی المذاهب الاربعة ، ج ۴، ص ۳۸۴.

۶ـ تفویض نیازی به قبول مفوض الیه ندارد، لیکن توکیل از آنجاکه عقد است به قبول وکیل نیاز دارد.[۱]

ب ـ تفویض در فقه عامه

جمهور فقهای عامه تفویض طلاق به زوجه را جایز می‌دانند. حتی فقهای حنفی، چنانکه اشاره کردیم، توکیل زوجه در طلاق را تفویض به شمار می‌آورند، بدین استدلال که وکیل کاری برای دیگری انجام می‌دهد، در حالی که زن خود را مطلقه می‌کند و کاری به مشیت خود و برای خود انجام می‌دهد. بنابراین توکیل، اگرچه صریح باشد، تفویض محسوب می‌شود[۲]. در مقابل، حنابله می‌گویند: نیابت در طلاق، چه به صورت توکیل باشد، چه با صیغه تفویض یا تخییر، توکیل به شمار می‌آید.[۳]

جمهور فقهای عامه برای صحت تفویض به دلائل زیر استناد کرده‌اند:

۱ـ آیهٔ ۲۸ و ۲۹ از سورهٔ احزاب: «یا ایهاالنبیّ قل لازواجک ان کنتنّ تردن الحیوة الدنیا و زینتها فتعالین امتعکنّ واسرّحکنّ سراحا جمیلا. و ان کنتنّ تردن الله و رسوله والدار الآخرة فان الله اعد للمحسنات منکنّ اجرا اعظیماً». به روایت عامه، زنان پیامبر (ص) ازکمی نفقه به او شکایت بردند و این آیات در باره ایشان نازل شد. جمهور فقهای عامه می‌گویند: مقصود از اراده دنیا در آیهٔ کریمه اختیار طلاق است و بدین ترتیب پیامبر (ص) امر طلاق را به زنان خود تفویض کرد و آنان را در این کار مخیر نمود که اگر خواستند خود را مطلقه کنند.

۲ـ در صحیح بخاری از عایشه روایت شده است که: «پیامبر خدا (ص) ما را مخیر کرد و ما خدا و رسول او را اختیار کردیم و پیامبر (ص) آن را بر ما به چیزی نگرفت». و در روایت دیگری آمده است: «پس آن را طلاق به شمار نیاورد»[۴]. این حدیث بنا بر نظر جمهور فقهای عامه دلالت دارد بر اینکه اگر زنان پیامبر (ص) نفس خود را اختیار می‌کردند طلاق محسوب می‌شد.

ظاهریه، برخلاف جمهور، تفویض طلاق را منع کرده و در تفسیر آیه گفته‌اند: مقصود تخییر زنان پیامبر (ص) بین دنیا و آخرت است، نه تخییر بین فراق و بقاء و معنی «فتعالین امتّعکنّ» این است که اگر زندگانی دنیا را انتخاب کردید پس بیائید که شما را طلاق دهم و بهره‌مندتان سازم. پس خداوند متعال به نبیّ خود امر فرموده که هر گاه زنانش دنیا را اختیار کردند آنان را طلاق دهد و این امر مستلزم

۱ـ محمد حسین الذهبی، الاحوال الشخصیة، ص ۲۶۲.

۲ـ الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۴، ص ۳۷۱؛ مدی حریةالزوج فی الطلاق، ص ۳۵۵ و ۳۵۶.

۳ـ الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۴، ص ۳۸۵؛ مدی حریةالزوج فی الطلاق، ص ۳۶۶.

۴ـ قالت خیّرنارسول‌الله (ص) فاخترناالله و رسوله فلم یعّد ذلک علینا شیئاً وفی روایة فلم یعّده طلاقاً (رجوع شود به: مدی حرّیةالزوج فی الطلاق ص ۳۵۴).

آن نیست که امر طلاق در اختیار آنان باشد.

جمهور در ردّ نظریه ظاهریه به روایت عایشه استدلال کرده‌اند که گفته است: «پیامبر (ص) به او فرمود: ای عایشه همانا چیزی را به تو یادآور می‌شوم که بجاست درباره آن شتاب نکنی و از والدین خود کسب تکلیف نمائی.[1] می‌گویند کسب تکلیف (استئمار) از پدر و مادر نمی‌تواند مربوط به اختیار بین دنیا و آخرت باشد، بلکه دربارهٔ اختیار بین بقاء و فراق است.

الفاظ تفویض[2] ـ الفاظ تفویض طلاق به زوجه متعدد است و هر لفظی که دلالت بر تفویض کند برای تحقق آن کافی است. معهذا فقهای عامه مخصوصاً سه لفظ را در این باب ذکر کرده‌اند. طلقی نفسک (خودت را طلاق بده)، اختاری نفسک (نفس خود را اختیار کن) و امرک بیدک (کارت بدست خود است). فقهای حنفی برآنند که صیغه تفویض ممکن است به لفظ صریح باشد، مانند جمله اول، که در این صورت مثل خود طلاق نیازی به نیت (قصد) ندارد. و ممکن است به لفظ کنایه باشد، مانند جمله دوم و سوم، که در این صورت تحقق تفویض احتیاج به نیت دارد، همانگونه که طلاق با الفاظ کنایه (به اعتقاد حنفیه) به نیت نیاز دارد. بنابراین اگر شوهر به زن بگوید: «اختاری نفسک» و نیت تفویض کند و زن بگوید: «اخترت نفسی» (نفس خود را اختیار کردم) و قصد طلاق کند، طلاق واقع شده است. لیکن اگر زن کلمه نفسی را نگوید یا بگوید «اخترت زوجی» (شوهرم را اختیار کردم) یا نیت طلاق نکند، طلاق واقع نمی‌شود.

صیغهٔ تفویض ممکن است مقید به زمان معین باشد، یا عام بوده، همه زمانها را دربرگیرد، یا مطلق باشد. اگر مقید به زمان معین باشد، چنانکه شوهر بگوید «خود را در این ماه مطلقه کن» زن فقط اختیار طلاق در آن مدت را دارد و با انقضاء مدت مزبور حق او در طلاق زائل می‌شود.

هر گاه تفویض عام باشد، چنانکه شوهر بگوید هر وقت اراده کردی خود را طلاق بده، در این مورد زن حق دارد خود را هر وقت خواست مطلقه کند.

اما اگر عبارت تفویض مطلق باشد، چنانکه شوهر بگوید «خود را طلاق بده» بدون اینکه زمانی تعیین نماید، زن فقط می‌تواند در همان مجلس خود را مطلقه کند و با برخاستن از مجلس تفویض، حق او زائل می‌شود. و اگر از مجلس تفویض غایب باشد، فقط در مجلسی که امر تفویض به اطلاع او می‌رسد حق طلاق دارد.

۱ـ یا عایشة انی ذاکر لک امرا فلاعلیک ان لاتعجلی فیه حتی تستاء مری ابویک (رجوع شود به: مدی حریةالزوج فی الطلاق، ص ۳۵۵).

۲ـ محمد ابوزهرة، الاحوال الشخصیه، ش ۲۷۱ ، ص ۳۸۰ و ۳۸۱؛ الفقه علی المذاهب الاربعة، ص ۳۷۱ و ۳۷۲؛ مدی حریة الزوج فی الطلاق، ص ۳۵۶ و ۳۵۷.

ج ـ تفویض در فقه امامیه[1] و قانون مدنی

فقهای امامیه به جای تفویض بیشتر کلمه تخییر را به کار برده و در کتب خود آن را مورد بحث قرار داده‌اند. درواقع، تخییر نوع بارز تفویض و عبارت از این است که شوهر، به قصد تفویض طلاق به زوجه، او را مخیر کند که نفس خود یا شوهر را اختیار نماید. فقهای امامیه در این مسأله اختلاف نظر دارند. گروهی از جمله ابن جنید و ابن ابی عقیل و سید مرتضی (بنابرآنچه در پاره‌ای کتب از او نقل شده است)[2] برآنند که هرگاه زن به فوریت بعد از تخییر، با اجتماع شرایط طلاق، نفس خود را اختیار کند، جدائی واقع می‌شود، بی‌آنکه به صیغه طلاق نیاز باشد و در تأیید این نظر به اخبار و روایاتی چند استناد کرده‌اند، از جملهٔ صحیحهٔ حمران از حضرت باقر (ع) که فرمود المخیّرة تبین من ساعتها من غیرطلاق (مخیّره به محض اختیار نفس خود از شوهر بدون طلاق جدا می‌شود).

اما صاحب جواهر می‌گوید: «این قول از اقوال نادره مهجوره است». به هر حال قول مشهور فقهای امامیه بر این است که در صورت تخییر، طلاق و جدائی واقع نمی‌شود. در تأیید این قول دلائلی به شرح زیر آورده شده است:

۱ـ اخباری که در تأیید وقوع طلاق مورد استناد واقع شده محمول بر تقیه است.

۲ـ صحیحهٔ حمران محمول به سببی غیر از طلاق مانند تدلیس و عیب است و به بیان روشن‌تر، مربوط به موردی است که زن به علتی مانند تدلیس و عیب حق فسخ نکاح را داشته باشد.[3]

۳ـ روایات و اخبار متعدد بر منع تخییر و تفویض طلاق به زوجه دلالت دارند، از جمله خبر عیسی بن القاسم از ابی عبدالله (ع): «سألته عن رجل خیّر امراته فاختارت نفسها بانت منه؟ قال لاانّماهذا شیء کان لرسول الله (ص) خاصّة امر بذلک فعل ولواخترن انفسهّن لطلّقهنّ و هوقول الله تعالی قل لازواجک الی آخره» (از آن حضرت پرسیدم مردی زن خود را مخیر کرد و زن نفس خود را اختیار نمود. آیا جدائی حاصل می‌شود؟ فرمود نه. این کار ویژه رسول خدا (ص) بوده، بدان امر شده و آن را انجام داده است. و اگر زنان پیامبر (ص) نفس خود را اختیار می‌کردند پیامبر (ص) آنان را طلاق می‌داد و این سخن خدای تعالی است: قل لازواجک... تا آخر).[4]

۱ـ جواهر، ج ۳۲، ص ۶۷ به بعد؛ حدائق، ج ۶، ص ۳۰۰ به بعد؛ مسالک، ج ۲، ص ۱۲ به بعد؛ شرح لمعه، چاپ سنگی عبدالرحیم، ج ۲، ص ۱۲۷؛ مامقانی، مناهج المتقین، چاپ نجف ۱۳۴۴ هـق. ۳۸۵.

۲ـ صاحب جواهر می‌گوید: ظاهر کتاب انتصار (از سید مرتضی) این است که او قائل به این قول نیست. بنابراین اختلاف منحصر به دو نفر اول است (جواهر، ج ۳۲، ص ۶۸).

۳ـ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۷.

۴ـ وسائل، باب ۴۱ از ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۴؛ کافی ج ۶ ص ۱۳۷؛ استبصار، ج ۳ ص ۳۱۲ (به نقل از جواهر، ج ۳۲، ص ۶۹، زیرنویس شماره ۲).

اخبار دیگری هم وارد شده که بر منع تولیت زنان در طلاق به طور کلی دلالت دارد، هر چند که در آنها سخنی از تخییر به میان نیامده است. از جمله صحیح ابن قیس از ابی جعفر (ع) که فرمود: «قضی علی (ع) فی رجل تزوّج امرة فاصدقها و اشترطت ان بیدهاالجماع و الطلاق. قال خالفت السنة و ولیّت الحق من لیس باهله. قال وقضی علی (ع) ان علی الرجل النفقه و بیده الجماع و الطلاق و ذلک السّنة» (علی (ع) درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و برای او مهر معین نموده و زن شرط کرده بود که نزدیکی و طلاق بدست او باشد به قضاوت نشسته فرمود: با سنت مخالفت کردی و حق را به کسی دادی که مستحق آن نیست. سپس علی (ع) در مقام قضاء فرمود نفقه بر عهده مرد و نزدیکی و طلاق به دست اوست و این سنت است[1]).

بنابراین، تخییر، بنابرقول مشهور فقهای امامیه، جایز نیست و در صورتی که زن پس از تخییر، نفس خود را اختیار کند، طلاق واقع نمی‌شود.

به نظر صاحب جواهر بازگشت این مطلب به عدم صحت طلاق کنائی و طلاق معلق در فقه امامیه است و در اینجا دواحتمال است:

یکی اینکه تخییر از جانب شوهر، خود یک نوع طلاق کنائی باشد که معلق به اختیار زن است. دیگر اینکه سخن زن "اخترت نفسی" (نفس خود را اختیار کردم) کنایه در طلاق باشد. به هر حال نزد عامه هم طلاق به کنایه و هم طلاق معلق صحیح است و نیز آنان تخییر را صحیح دانسته‌اند. لیکن نزد فقهای امامیه هر دو نوع طلاق باطل است و بدین جهت تخییر را هم باطل دانسته‌اند.[2]

نظر صاحب جواهر خالی از اشکال نیست، زیرا اختلاف بین عامه و خاصه در مسأله تفویض همیشه قابل بازگشت به اختلاف در طلاق کنائی و طلاق معلق نیست. مواردی از تفویض وجود دارد که نمی‌توان آنها را مشمول یکی از دو نوع طلاق مذکور دانست. چنانکه فقهای عامه گفته‌اند و در پیش به آن اشاره شد، تفویض ممکن است با الفاظی صریح باشد، مثل این شوهر به زن بگوید. "طلقی نفسک" و زن هم صیغه طلاق را به کار برد. در این گونه موارد، طلاق نه کنائی است، نه معلق و در عین حال، تفویض وجود دارد پس موضع خلاف را باید روشن کرد. موضع خلاف بین عامه و خاصه، بنابرآنچه از کتب فقهی برمی‌آید، جائی است که شوهر اختیار جدائی را به یکی از دو صورت زیر به زن واگذار کند:

۱ـ زن را مخیر نماید که فراق یا بقاء زندگی زناشوئی را برگزیند، به گونه‌ای که اختیار فراق از جانب زن بدون اجرای صیغه طلاق موجب انحلال نکاح باشد و زن با بکار بردن جمله "اخترت

۱ـ وسائل باب ۲۹، از ابواب مهور، از کتاب نکاح، حدیث ۱؛ با اندک اختلاف، عین خبر در تهذیب، ج ۷، ص ۳۶۹ نقل شده است (به نقل از جواهر، ج ۳۲، ص ۷۱).

۲ـ جواهر، ج ۳۲، ص ۶۸ و ۶۹.

نفسی" یا کلمه دیگری که همان معنی را داشته باشد، نفس خود و به تعبیر دیگر جدائی را اختیار کند، بی‌آنکه صیغه طلاق را جاری نماید. در فقه بحث است در اینکه این اختیار فراق نوعی از طلاق است یا سببی مستقل برای انحلال نکاح به شمار می‌آید.[۱]

۲ـ شوهر ولایت خود را در طلاق به زن واگذار نماید، به گونه‌ای که زن، در عین حال که صیغه طلاق را به کار می‌برد، اراده خود را اعلام کند، نه اراده شوهر را. به تعبیر دیگر، زن به عنوان اصیل خود را در طلاق دهد، نه به عنوان نماینده شوهر.

در این دو صورت تفویض بنابر فقه امامیه باطل است و تفریق بین زوجین حاصل نمی‌شود. اما اگر مراد از تفویض یا تخییر، توکیل زن در طلاق باشد و زن به نمایندگی از شوهر، با شرایط مقرر برای طلاق، خود را مطلقه کند، این امر نزد کلیه کسانی که وکالت زوجه را در طلاق جایز می‌دانند، بی‌اشکال است.[۲] جمهور فقهای امامیه هم با این گونه تفویض موافقند.

قانون مدنی

قانون مدنی ایران در مورد تفویض یا تخییر ساکت است. معهذا از آنجا که این قانون محمول بر قول مشهور فقهای امامیه است، تفویض یا تخییر را، بدانسان که فقهای عامه گفته‌اند، نمی‌توان در حقوق مدنی ایران پذیرفت. لیکن اگر مقصود از تفویض یا تخییر، توکیل زوجه در طلاق باشد، اشکالی در آن نخواهد بود.

نتیجه و مقایسه

بنابرآنچه گفتیم، در فقه اسلامی، اعم از عامه و خاصه، توکیل زن در طلاق پذیرفته شده است. قانون مدنی ایران و سایر قوانین کشورهای اسلامی هم دراین خصوص از فقه تبعیت کرده‌اند. قانون مدنی ایران دو ماده به وکالت در طلاق اختصاص داده که یکی (مادهٔ ۱۱۳۸) مطلق است و اختصاص به وکالت زن ندارد و دیگر (مادهٔ ۱۱۱۹) خاص توکیل زوجه در طلاق است. مزیت این گونه وکالت آن است که دست یابی به طلاق را برای زن آسان می‌سازد و اختیار مطلق مرد در طلاق را که در اکثر کشورهای اسلامی کماکان معتبر است تاحدی تعدیل می‌کند. به هر حال قانون مدنی ایران در این زمینه مبتنی بر فقه امامیه است و در پرتو فقه می‌توان مفهوم آن را روشن کرد.

اما تفویض طلاق به زوجه در فقه امامیه (قول مشهور) برخلاف فقه عامه مورد قبول و معتبر نیست. فقهای امامیه آن را با اصول حقوق اسلامی و پاره‌ای روایات و اخبار ناسازگار می‌دانند. قانون

۱ـ شیخ محمدطاهرآل شبیرخاقانی، تحریرالاستدلال فی کتاب الطلاق، چاپ بیروت ۱۳۹۳ هـق. ص ۱۳۷.

۲ـ مسالک، ج ۲، ص ۱۲.

مدنی سخنی از تفویض نگفته و با توجه به فقه امامیه باید گفت که آن را نپذیرفته است.

اما در پاره‌ای از قوانین احوال شخصیهٔ کشورهای اسلامی که مبتنی بر فقه عامه است تفویض طلاق به زوجه به عنوان امری مستقل و جدا از توکیل تجویز شده است. ماده ۸۸ قانون احوال شخصیهٔ سوریه مصوب ۱۹۵۳ می‌گوید: «شوهر می‌تواند به شخص دیگر برای طلاق وکالت دهد و نیز می‌تواند طلاق زن را به خود او تفویض نماید.» بنابراین در قانون مزبور هم توکیل و هم تفویض به عنوان دونهاد حقوقی مستقل پذیرفته شده است. لیکن از این ماده چنین برمی‌آید که تفویض طلاق فقط به زوجه مجاز است، نه به غیر او.

در قوانین احوال شخصیهٔ مراکش و عراق به توکیل و تفویض در طلاق به عنوان دو امر جداگانه اشاره شده است (ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۷ و ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹).

در قوانین احوال شخصیه مصر نصی در این زمینه دیده نمی‌شود. ولی از آنجا که در این کشور قواعد فقه حنفی در زمینه احوال شخصیه، تا آنجا که برخلاف نصوص قانونی نباشد، اجرا می‌شود، لذا می‌توان گفت آنچه فقهای حنفی در مورد توکیل و تفویض طلاق گفته‌اند در این کشور کماکان معتبر است.

در پایان یادآور می‌شویم که در حقوق کشورهای غربی، از آنجا که طلاق یک امر کاملاً شخصی تلقی می‌شود وانگهی اصولاً به حکم دادگاه تحقق می‌پذیرد،[1] مسأله وکالت در طلاق مطرح نیست.

۱ـ برای مطالعه طلاق در حقوق کشورهای مختلف از جمله کشورهای غربی رجوع شود به: نشریهٔ مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره چهارم ۱۳۵۷، به ویژه مقالهٔ تطبیقی نویسنده تحت عنوان "مقایسهٔ قوانین و مقررات طلاق با نگاهی به حقوق ایران" ص ۲۰۱ تا ۲۳۰.

مقاله چهارم

مالکیت ادبی و هنری و بررسی قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان*

مالکیت ادبی و هنری و به عبارت دیگر حق مؤلف و هنرمند فصل مهمی از حقوق مدنی امروز را تشکیل می‌دهد. این حق که از دیرباز مورد توجه بوده، بویژه از زمان پیدایش صنعت چاپ اهمیت بسیار پیدا کرده است. در حقوق کلیهٔ کشورهای متمدن برای حمایت از حقوق مؤلفان و هنرمندان مقرراتی وضع شده و چون بسیاری از آثار ادبی و هنری از مرزهای کشور اصلی خارج و در کشورهای دیگر نیز مورد استفاده واقع می‌شود، حمایت از این حق جنبهٔ بین‌المللی پیدا کرده و پیمانهای بین‌المللی چندی در این زمینه بسته شده است.

جای بسی خوشوقتی است که در ایران نیز بعد از مدتها انتظار و نابسامانی در این باره بالاخره قانون بالنسبه جامعی تحت عنوان «قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان» در تاریخ سوم آذرماه ۱۳۴۸ به تصویب رسیده و بدینسان یکی از آرزوهای دیرین جامعهٔ مؤلفان و هنرمندان

---

*ـ این مقاله در شماره‌های ششم و هفتم نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، به سال ۱۳۵۰، انتشار یافته، لیکن جهت چاپ در این مجموعه، در آن تجدیدنظر شده و پاره‌ای نکات اضافی یا اصلاحی در پاورقی آمده که با علامت ستاره * مشخص گردیده است.

برآورده شده است.*

دربارهٔ حق مؤلف و هنرمند، در حقوق کشورهای پیشرفته، مطالعات جالب و پردامنه‌ای شده و کتب و مقالات بسیاری بوسیلهٔ حقوقدانان به رشته تحریر درآمده است. اما متأسفانه در کشور ما مسأله کمتر مورد توجه حقوقدانان واقع شده و منابع حقوقی به زبان فارسی در این باب کمیاب است.[1] مخصوصاً نویسنده دربارهٔ قانون جدید ایران هیچگونه کتاب یا مقاله جامعی که شامل بحث و تجزیه و تحلیل علمی باشد سراغ ندارد. البته بحث تفصیلی از مالکیت ادبی و هنری درخور کتاب بلکه کتابهائی است که جای آنها در ادبیات حقوقی ما خالی است ولی مناسب بنظر می‌رسد که مسأله ولو به اختصار در اینجا بررسی و بویژه قانون جدید ایران در این باره تشریح و تجزیه و تحلیل شود.

چون حقوق تطبیقی می‌تواند در درک و تحلیل قانون جدید و تشخیص محاسن و معایب آن ما را یاری دهد، در این بحث، بویژه از حقوق فرانسه که در تهیهٔ قانون جدید مورد نظر و استفاده بوده و دسترسی به منابع آن برای ما آسان‌تر است کمک خواهیم گرفت و تا آنجا که مناسب بنظر می‌رسد، آن را با حقوق ایران مقایسه خواهیم کرد.

آخرین قانون فرانسه در این باب مصوب ۱۱ مارس ۱۹۵۷ است که شامل ۸۲ ماده و عنوان آن «قانون راجع به مالکیت ادبی و هنری» است**. ولی قانون ایران تحت عنوان «قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان» فقط شامل ۳۳ ماده است. در عنوان قانون، کلمهٔ مصنفان به دنبال کلمهٔ مؤلفان آمده است. مؤلف طبق یک تعریف قدیمی کسی است که آثار و نوشته‌های دیگران را در مجموعه‌ای گردآوری می‌کند،[2] مانند تهیه کنندگان مجموعه‌های اشعار یا قوانین. ولی مصنف کسی راگویند که یک اثر علمی یا ادبی از خود پدید می‌آورد و کار را او درواقع کاملاً ابتکاری است،

---

*ـ در ۶ دیماه ۱۳۵۲ قانون دیگری تحت عنوان «قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی» به تصویب رسیده که قانون ۱۳۴۸ را تکمیل کرده است.

۱ـ تنها کتابی که به فارسی در این زمینه قبل از تصویب قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان نوشته شده کتاب «حق مؤلف و حقوق تطبیقی» رسالهٔ دکتری محمد مشیریان، چاپ ۱۳۳۹ است.

**ـ قانون دیگری نیز در فرانسه، به تاریخ ۳ ژوئیه ۱۹۸۵، به تصویب رسیده که قانون ۱۹۵۷ را اصلاح و تکمیل کرده است.

۲ـ در لغت نامهٔ دهخدا در معنی تألیف چنین آمده است: «تألیف کتاب، گردآوردن مسائل آن (از اقرب الموارد)... گرفتن مطالب و واقعات از کتب عدیده و در یک کتاب نوشتن (فرهنگ نظام) نوشتن کتابی که در آن از چند کتاب مطالب مختلفه را استخراج نموده، جمع نمایند، برخلاف تصنیف (ناظم الاطباء).

مانند پدیدآورندگان رمانها و آثار فلسفی اصیل. باید یادآور شد که تفکیک بین مؤلف و مصنف امروز همیشه رعایت نمی‌شود و چه بسا عنوان مؤلف را به هر دو دسته از نویسندگان اطلاق می‌کنند. بنابراین اگر هم قانونگذار کلمهٔ مصنف را در عنوان قانون نمی‌آورد عنوان مؤلف عرفاً شامل آن می‌شد. به علاوه منطقاً نمی‌توان پدید آورندهٔ یک اثر کاملاً ابتکاری را از حمایت قانون محروم کرد: وقتی که اثری که از گردآوری آثار دیگران به دست آمده قابل حمایت باشد، آثاری که کاملاً ابتکاری و صرفاً مخلوق فکر نویسنده است به طریق اولی قابل حمایت خواهد بود. معهذا قانونگذار شاید از نظر احتیاط و برای اینکه هیچگونه تردیدی دراین باره باقی نگذارد، کلمهٔ مصنف را نیز به دنبال مؤلف آورده است. خوشبختانه کلمهٔ هنرمند نیز به دنبال کلمات مؤلف و مصنف ذکر شده و برخلاف استعمال برخی از حقوقدانان[1] کلمهٔ مؤلف به یک معنای اعم که شامل هنرمند نیز باشد به کار نرفته است. اطلاق مؤلف به این معنی مخالف مفهوم لغوی و عرفی کلمه است. کلمه عامی که هم مؤلف و مصنف و هم هنرمند را دربرمی‌گیرد کلمهٔ "پدیدآورنده" است که در قانون ۱۳۴۸ به کار رفته و تعریف شده است (مادهٔ ۱). در این قانون کلمهٔ پدید آورنده معادل اصطلاح فرانسوی Auteur و اصطلاح انگلیسی author استعمال شده و ما نیز آن را در همین معنی استعمال خواهیم کرد.

باید یادآور شد که اصطلاح مالکیت ادبی و هنری[2] در قانون ایران به کار نرفته، لیکن در قانون ۱۹۵۷ فرانسه و قوانین بعضی دیگر از کشورها و نیز در پاره‌ای از قراردادهای بین المللی استعمال شده و در کتب و نوشته‌های حقوقی رایج و متداول است. البته در ماهیت حق مؤلف و هنرمند، بویژه اینکه آیا این حق درواقع نوعی مالکیت است یا نه، اختلاف است. ما نخست این موضوع را مورد بحث قرار می‌دهیم. سپس به ترتیب راجع به آثار حمایت شده، حقوق مادی و معنوی پدیدآورنده و بالاخره ضمانت اجرای حق سخن می‌گوئیم.

بخش اول ـ ماهیت حق پدیدآورنده[3]

دربارهٔ ماهیت حق مؤلف و هنرمند عقاید و نظریه‌های گوناگون ابراز شده است که مهمترین آنها سه نظریه است: الف ـ حق مؤلف و هنرمند ناشی از کار و مربوط به حقوق کار است؛ ب ـ حق

۱ـ رجوع شود به: مشیریان، حق مؤلف و حقوق تطبیقی.

2- Propriété ltitéraire et artistique.

۳ـ ریپر ـ بولانژه، حقوق مدنی، ج ۲؛ ش ۲۹۰۴، ـ مارتی ورنو، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۵۲۹ ؛ ـ پلانیول ـ ریپروپیکار، حقوق مدنی فرانسه ج ۳ ش ۵۷۴؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، حقوق مدنی، ج ۴، مالکیت ادبی و هنری، ش ۱ به بعد؛ ـ دبوا، حق مؤلف و هنرمند، چاپ اول، ش ۲۳۲ به بعد؛ ـ سیجانسکی ـ کاستانوس، حق مؤلف و هنرمند، ص ۱۸ و ۱۹ ؛ ـ مجلهٔ بین‌المللی حقوق تطبیقی، سال ۱۹۶۹، ش ۳، ص ۶۲۰.

مؤلف و هنرمند نوعی مالکیت است؛ ج ـ حق مؤلف و هنرمند یک حق خاص و یکی از اقسام حقوق فکری است.

الف ـ حق مؤلف و هنرمند و حقوق کار

بعضی از حقوقدانان اظهار عقیده کرده‌اند که حق مؤلف و هنرمند ناشی از کار ایشان و تابع حقوق کار است، مگر اینکه مقررات خاصی دراین باره وجود داشته باشد. لیکن هانری دبوا[1] بر آن است که رابطهٔ اثر ادبی یا هنری با شخصیت پدیدآورنده مانع از آن است که مقررات راجع به حقوق مؤلف و هنرمند را جزء حقوق کار بدانیم. سرچشمهٔ حق انحصاری مؤلف و هنرمند یک عمل خلاق و ابتکاری ادبی یا هنری است که غیر از کاری است که یک کارگر متخصص انجام می‌دهد. کار کردن تولید است، ولی ضرورتاً ابداع فکری یعنی ایجاد یک شکل جدید در زمینهٔ ادب و هنر یا اختراع یک چیز یا یک روش تازه در زمینهٔ اعمال علم یا صنعت نیست. از این رو نظریهٔ الحاق حق مؤلف و هنرمند به حقوق کار کمتر مورد توجه واقع شده و با روش معمول در اکثریت قریب به اتفاق کشورها نیز مخالف است.

ب ـ حق مؤلف و هنرمند و مالکیت

نظریه‌ای که بیش از همه مورد بحث و انتقاد واقع شده شناختن حق مؤلف و هنرمند به عنوان مالکیت و اطلاق کلمهٔ مالکیت بر آن است.

اطلاق کلمهٔ مالکیت بر حق مؤلف نخستین بار در آثار ادیبان و نویسندگان دیده می‌شود. نویسندگان از دیرباز حق مؤلف را نوعی مالکیت و مانند مالکیت بر اشیاء مادی دانسته‌اند. لامارتین گفته است که مالکیت ادبی «مقدس‌ترین نوع مالکیت» است. شاپلیه[2] در گزارشی که در این باره تهیه کرده اعلام نموده است که مالکیت ادبی شخصی‌ترین و مشروع‌ترین نوع مالکیت است؛ چه اگر مالکیت عادی بر اشیاء خارج از انسان تعلق می‌گیرد که آدمی آنها را تصرف می‌کند، مالکیت ادبی مربوط به فکر انسان است که با خود او متحد است. لوئی ناپلئون در سال ۱۸۴۴ در نامه‌ای نوشته: «اثر فکری ملکی مانند زمین و خانه است و باید از همان حقوق برخوردار باشد.» ادبا و نویسندگان با استعمال و تکرار مالکیت درمورد حق مؤلف و گسترش این فکر بالاخره موفق شدند آن را در زبان و ادبیات حقوقی نیز وارد کنند. در فرانسه قانونگذار دورهٔ انقلاب آن را بکار برده و با نظریهٔ مذکور موافق است.

۱ـ دبوا، حق مؤلف و هنرمند، چاپ اول، ش ۲۳۴.

2- Chapelier

دیوان تمیز فرانسه نیز در سال ۱۸۸۰ اعلام کرده است که: «مالکیت ادبی و هنری... دارای خصائص انواع دیگر مالکیت است و باید همان سرنوشت را داشته باشد».

مادهٔ ۱ قانون ۱۹۵۷ فرانسه نیز اعلام می‌دارد: «پدید آورنده یک اثر فکری نسبت به این اثر، در نتیجهٔ ابداع خود، دارای یک حق مالکیت غیرمادی، انحصاری و قابل استناد در برابر همه است... » در میان علمای حقوق فرانسه ژوسران[1] از بزرگترین حقوق‌دانانی است که از این نظریه دفاع کرده‌اند.

در حقوق انگلیس و امریکا[2] و در حقوق سوسیالیست[3] نیز مسأله مورد بحث واقع شده و گروهی از حقوقدانان این حق را نوعی مالکیت تلقی کرده‌اند.

طرفداران این نظریه از الحاق حق مؤلف و هنرمند به مالکیت این نتیجه را می‌گیرند که در صورتی که مقررات خاصی در این خصوص وجود نداشته باشد قواعد و احکام مالکیت بر حق مزبور حکومت خواهد کرد. نتیجهٔ دیگری که بعضی از دانشمندان از این نظریه گرفته‌اند آن است که حق مؤلف و هنرمند مانند مالکیت یک حق فطری است.

در انگلستان در قرن هیجدهم مسأله بدین نحو مطرح شده که آیا حق مؤلف داخل در قلمرو مالکیت کامن لو[4] و بالنتیجه جزو حقوق فطری است یا جزو امتیازاتی است که به موجب فرمان شاه یا قوانین خاص به افراد اعطاء می‌شده است. مسأله در همین دوره به طریق مشابهی در ایالات متحده آمریکا نیز مطرح شده است. در این عصر نظر عمومی بر این بوده است که حق مؤلف یک حق فطری و نوعی مالکیت است.[5]

انتقاد

نظریه فوق مورد انتقاد شدید واقع شده است، زیرا مالکیت به مفهومی که در حقوق رم داشته و هنوز مورد قبول بسیاری از کشورهاست دارای خصوصیاتی است که در حق مؤلف و هنرمند دیده نمی‌شود. مهمترین ایرادهائی را که بر نظریهٔ الحاق حق مؤلف و هنرمند به مالکیت وارد شده به شرح زیر می‌توان خلاصه کرد:

اولاً، مالکیت یک حق دائم است، بدین معنی که اصولاً دارای مدت محدود و معین نیست و با

1- Josserand

۲ـ سیجانسکی ـ کاستانوس، ص ۱۹.

۳ـ حق مالکیت در کشورهای اروپای شرقی، ص ۷۶.

۴ـ برای مفهوم کامن لو رجوع شود به: کلیات حقوق تطبیقی تألیف استاد حسن افشار، س ۵۶ به بعد؛ نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر صفائی، دکتر عراقی و دکتر آشوری، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم ۱۳۶۹، ص ۳۰۳ به بعد.

۵ـ سیجانسکی، ص ۱۹.

تغییر مالکیت منقطع نمی‌شود و همچنان ادامه می‌یابد، لیکن حق مؤلف و هنرمند موقت است و بعد از مدت معین، بهره‌برداری از اثر برای همگان آزاد می‌گردد. البته مدتی که برای حمایت مادی از این حق معین شده برحسب قوانین تفاوت می‌کند.

در پاسخ به این ایراد گفته‌اند: دوام جزء ذات مالکیت نیست و موارد دیگری از مالکیت موقت می‌توان یافت. مثلاً هر گاه انتقال مالکیت در بیع به بعد موکول شده باشد (مانند بعضی از معاملات اتومبیل که فروشنده مالکیت آن را تا پرداخت کلیهٔ اقساط برای خود حفظ می‌کند) مالکیت فروشنده موقت خواهد بود و پس از مدتی که در قرارداد تعیین شده است،مبیع‌به مالکیت خریدار درخواهد آمد.[۱]

ثانیاً، مالکیت حقی مطلق است، بدین معنی که مالک اصولاً حق همه گونه تصرف و انتفاع در مال خود را دارد (مادهٔ ۵۴۴ قانون مدنی فرانسه و مادهٔ ۳۰ قانون مدنی ایران) در حالی که حق مؤلف و هنرمند محدود است.

توضیح آنکه مالکیت در حقوق رم و حقوق کشورهای وابسته به آن به حقوق زیر تحلیل می‌شود:

۱ـ حق استعمال (usus) یعنی مالک می‌تواند مال خود را شخصاً به کار برد، مثلاً در خانه‌اش سکونت کند و در اتومبیلش سوار شود.

۲ـ حق استثمار (fructus) ، بدین معنی که مالک می‌تواند از مال خود بهره‌برداری کند، مثلاً خانه‌اش را اجاره دهد، یا از میوه درختش استفاده نماید.

۳ـ حق اخراج از مالکیت (abusus)، یعنی مالک می‌تواند مال را از ملکیت خود خارج سازد، بدین نحو که آن را مصرف یا نابود کند یا تصرف قانونی ناقلی در آن نماید، چنانکه از طریق بیع آن را به دیگری انتقال دهد.[۲]

اما حق مؤلف و هنرمند شامل همهٔ حقوق فوق نیست. اگر پدید آورنده دارای حق استثمار و حق اخراج از ملکیت است، بدین معنی که می‌تواند از اثر خود بهره‌برداری کند یا حق هر گونه بهره‌برداری مالی از آن را به دیگری واگذار نماید، حق استعمال به معنایی که در مالکیت عین از آن اراده می‌شود برای او نیست؛ چه اصولاً اثر برای انتشار بین مردم است واستفاده از آن بعد از انتشار نمی‌تواند منحصر به پدید آورنده باشد. به عبارت روشن‌تر حق مالی پدید آورنده هنگامی تحقق پیدا می‌کند

۱ـ مارتی ورنو، ج ۲، قسمت ۲، ش ۵۰ و ۴۲. در شمارهٔ ۵۰ این کتاب موارد دیگری از مالکیت موقت ذکر شده است. و نیز برای موارد مالکیت موقت رجوع شود به مازو، ج ۲، ش ۱۳۴۸؛ ـ کلن ـ کاپیتان و ژولیودولاموراندیر، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۲۴ به بعد.

۲ـ رجوع شود به حقوق مدنی تألیف نگارنده ص ۲۳۱.

که تصمیم به انتشار اثر می‌گیرد و در این صورت دیگر حق استعمال و تمتع از آن ویژه پدیدآورنده نخواهد بود. درواقع از طریق نشر اثر و دادن حق تمتع از آن به دیگران است که پدیدآورنده حق خود را اعمال و مزایای مالی بدست می‌آورد.[۱]

در پاسخ به این ایراد گفته‌اند که محدود بودن حق مؤلف و هنرمند مانع اطلاق مالکیت بر آن نیست، چه حق مالکیت بر اموال مادی اعم از منقول و غیرمنقول نیز به موجب قانون محدود شده و روزبروز بر محدودیت آن افزوده می‌شود.

ثالثاً، مالکیت یک حق صرفاً مالی است در حالی که حق مؤلف و هنرمند دارای دو جنبه است: یکی جنبهٔ مالی و دیگری جنبهٔ غیرمالی (معنوی) که مربوط به شخصیت پدیدآورنده است و به عقیدهٔ بسیاری از علمای حقوق این جنبه بر جنبهٔ مالی (مادی) حق غالب است. حق معنوی پدیدآورنده چنانکه خواهیم دید غیرقابل نقل و مرور زمان است.

ج ـ حق مؤلف و هنرمند و حقوق فکری

با توجه به اشکالات مذکور، امروزه نظریهٔ مالکیت طرفداران زیادی ندارد و اکثر علمای حقوق در کشورهای مختلف اعم از کشورهای حقوق نوشته، کامن لو و سوسیالیست حق مؤلف و هنرمند را مالکیت به معنی حقیقی نمی‌دانند،[۲] هر چند که بسیاری از آنان اصطلاح مالکیت ادبی و هنری را هنوز بکار می‌برند. حتی دیوان تمیز فرانسه که در سال ۱۸۸۰ موافقت خود را با نظریهٔ مالکیت اعلام کرده بود بعدها از این نظر عدول و حق مؤلف و هنرمند را به عنوان یک مزیت انحصاری بهره‌برداری معرفی می‌کند. شعبهٔ مدنی دیوان مزبور در یک رأی مورخ ۲۵ ژوئیه ۱۸۸۷ می‌گوید: «حقوق مؤلف که مالکیت ادبی نامیده می‌شود فقط مزیت انحصاری بهره‌برداری موقت به شخص اعطاء می‌کند». باید اضافه کرد که دیوان تمیز فرانسه در آراء بعدی اعلام کرده است که حقوق مؤلف علاوه بر مزیت انحصاری بهره‌برداری مادی شامل یک حق معنوی است که هدف آن حمایت از شخصیت پدیدآورنده است.

امروزه بسیاری از علمای حقوق حق مؤلف و هنرمند را یک حق خاص و یکی از اقسام حقوق فکری[۳] می‌دانند. منظور از حقوق فکری حقوقی است که دارای ارزش اقتصادی است و موضوع آنها

۱ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۲؛ ـ دبوا، کتاب مذکور، چاپ اول، ش ۲۳۲.

۲ـ سیجانسکی، ص ۱۹ و ۲۰؛ ـ حق مالکیت در کشورهای اروپای شرقی، ص ۷۶؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۳؛ ـ کلن ـ کاپیتان وژولیودولاموراندیر، حقوق مدنی، ج ۲؛ ش ۲۴۱، ـ مازو، ج ۲، ش ۱۳۴۸.

۳ـ Droits intellectuels بعضی از حقوقدانان این اصطلاح را به حقوق معنوی ترجمه کرده‌اند و ما نیز در کتاب حقوق مدنی خود این ترجمه را پذیرفته‌ایم. لیکن بنظر می‌رسد که ترجمهٔ آن به حقوق فکری مرجح باشد، زیرا

شیء مادی نیست. موضوع این حقوق در واقع اثر فکری انسان است. این حقوق شامل حق مؤلف و هنرمند، حق مخترع، حق تاجر نسبت به نام تجارتی و علائم صنعتی و تجارتی و حق سرقفلی است. در فرانسه حق افراد نسبت به پاره‌ای مشاغل که offices ministeriels [۱] نامیده می‌شود نیز جزء این دسته است.

اصطلاح حقوق فکری نخستین بار در سال ۱۸۹۹ به وسیلهٔ پیکار[۲]، حقوقدان بلژیکی، به کار رفته است و بعضی از حقوقدانان به جای آن اصطلاح «مالکیتهای غیرمادی»[۳]، «حقوق بر اموال غیرمادی»[۴] و «حقوق جلب مشتری»[۵] را به کار برده‌اند.[۶]

این حقوق به مالکیت کلاسیک شباهت دارند، از این لحاظ که مانند مالکیت دارای قابلیت استناد مطلق[۷] هستند: همانطور که مالک می‌تواند در برابر هر کس به حق خود استناد کند و مال خود را همه جا تعقیب و از دست هر متجاوزی خارج نماید، دارندهٔ حق فکری نیز دارای چنین مزایائی است. اما تفاوت اساسی این حقوق با مالکیت کلاسیک در آن است که موضوع حقوق مزبور برخلاف مالکیت کلاسیک غیرمادی است. درواقع حقوق فکری که حق مؤلف و هنرمند از جملهٔ آنهاست همانند حقوق عینی[۸] است، با این تفاوت که حقوق فکری نسبت به یک اثر فکری اعمال می‌شود نه یک شیء معین مادی.

از آنچه گفته شد نتیجه می‌گیریم که حق مؤلف و هنرمند مالکیت به مفهومی که در حقوق رم و

اولاً این ترجمه ماهیت حقوق مذکور را بهتر نشان می‌دهد؛ ثانیاً از التباس آن با حقوق معنوی پدیدآورنده که جزئی از حقوق اوست و بعداً مورد بررسی قرار خواهد گرفت جلوگیری می‌کند.

۱ـ منظور پاره‌ای مشاغل عمومی است که با شرایطی به بعضی افراد واگذار می‌شود و حقوق و اختیاراتی به آنان اعطاء می‌کند، مانند وکالت در شورای دولتی و دیوان تمیز فرانسه، شغل سردفتری، ناخدائی کشتی‌ها و دلالی بیمهٔ دریائی (دیکسیونر حقوقی دالوز).

2- Picard

3- Propriétés incorporelles

4- Drotis sur les biens incorporelles

5- Droits de clientele

۶ـ ریپر ـ بولانژه، ج ۲، ش ۲۸۷۱ به بعد، ـ کاربنیه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۳، ـ دبوا، حق مؤلف و هنرمند، چاپ اول، ش ۲۵۵.

7- Opposabilité absolue

8- Droits réels

قانون مدنی فرانسه برای آن قائلند نیست و به طور کلی آن را یک حق عینی به مفهوم عادی نمی‌توان تلقی کرد؛ لیکن مانعی به نظر نمی‌رسد که با گسترش مفهوم مالکیت حق مزبور را نیز نوعی مالکیت تلقی کنیم.

به کار بردن عنوان مالکیت ادبی و هنری بویژه در حقوق ایران بی‌اشکال است، چه در حقوق اسلامی و ایران مالکیت دارای مفهوم مضیقی که در حقوق رم داشته نیست. مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد بلکه مالکیت منفعت (مانند حق مستأجر) و مالکیت انتفاع (مانند حق موقوف علیه) و ملک الملک[1] رانیز فرا می‌گیرد. حتی این کلمه گاهی درمورد حقوق غیرمالی نیز به کار می‌رود.[2] بنابراین می‌توان گفت مالکیت یا ملک به معنی اعم در حقوق اسلام عبارتست از اختیار و سلطهٔ قانونی بر اشیاء یا اموال یا اشخاص[3]. در حقوق ایران نیز مالکیت طبق نص ماده ۲۹ قانون مدنی اعم از مالکیت عین و منفعت تلقی شده است.

اینک می‌توان با گسترش مفهوم مالکیت و با توجه به اینکه حق مؤلف و هنرمند مانند مالکیت عین یک حق انحصاری و قابل استناد در برابر همه است آن را نوعی مالکیت دانست و اصطلاح مالکیت ادبی و هنری را در این باب بکار برد. مالکیت ادبی عبارت است از حقی که برای مؤلف و مصنف نسبت به اثر خود شناخته شده اعم از اینکه اثر جنبهٔ علمی یا صرفاً ادبی داشته باشد. مالکیت هنری عبارت از حق هنرمند نسبت به اثر خود است.

بخش دوم ـ اثرهای حمایت شده[4]

طبق مادهٔ ۱ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان «... به آنچه از راه دانش یا هنر یا ابتکار آنان پدید می‌آید، بدون درنظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان یا ظهور و یا ایجاد آن به کار

۱ـ ملک الملک یا ملک ان یملک عبارت است از سلطهٔ شخص بر سبب تملک و به عبارت دیگر داشتن حقی که به موجب آن شخص بتواند خود را مالک گرداند، مانند حق ورثه بررد وصیت زائد بر ثلث یا سلطهٔ شخص بر حیازت یک مال مباح (استاد سنگلجی، کلیات عقود و ایقاعات، ص ۲۵، ضوابط معاملات ص ۱۲۹؛ دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی).

۲ـ مانند مالکیت بضع، یعنی اختیار قانونی زوج نسبت به برقراری رابطهٔ زناشوئی با زوجه.

۳ـ دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کلمهٔ ملک.

۴ـ دبوا، چاپ دوم، ش ۱ به بعد؛ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، مالکیت ادبی و هنری، ش ۱۰ به بعد؛ ـ دیکسیونر حقوقی دالوز، ش ۲ به بعد؛ ـ پلانیول ـ ریپر و پیکار، ج ۳، ش ۵۷۵ مکرر و جلد ۱۴ مکمل به وسیلهٔ پل اسمن.

رفته، اثر طلاق می‌شود.» با اینکه عبارت قانون خیلی کلی است و اگر ظاهر آن را ملاک قرار دهیم اکتشافات و اختراعات را نیز دربرخواهد گرفت، معهذا شک نیست که این گونه آثار فکری خارج از قلمرو قانون مذکور است، مگر اینکه به صورت یک اثر ادبی درآمده باشد.

بنابراین می‌توان گفت آنچه مورد نظر مادهٔ ۱ قانون است هرگونه اثر ادبی و هنری اصیل است. اصطلاح اثر ادبی در اینجا هم شامل کتب و نوشته‌های علمی می‌شود و هم آثار ادبی محض را دربرمی‌گیرد. در حقوق فرانسه و عهدنامهٔ بین‌المللی برن مورخ ۱۸۸۶ نیز اصطلاح Oeuvre littéraire دارای همین معنی گسترده است.

مادهٔ ۲ قانون مذکور اثرهای مورد حمایت را در دوازده قسمت بیان کرده است. بند ۱ از این ماده «کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و یا هر نوشتهٔ دیگر علمی و ادبی و هنری» را قابل حمایت دانسته؛ و به موجب بند ۲ «شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد» جزو آثار مورد حمایت قانون به شمار آمده است. به موجب بندهای ۳ تا ۱۲ آثار سمعی و بصری که به منظور اجراء در صحنه‌های نمایش یا پردهٔ سینما یا پخش از رادیو و تلویزیون نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد؛ آثار موسیقی؛ نقاشی و تصویر و طرح و نقش و نقشهٔ جغرافیائی ابتکاری؛ هرگونه پیکره؛ آثار معماری از قبیل طرح و نقشهٔ ساختمان؛ آثار عکاسی ابتکاری؛ آثار مربوط به هنرهای دستی؛ اثرهای ابتکاری که بر پایه فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و هنر ملی پدید آمده باشد؛ «اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد» و هر گونه اثر مبتکرانه ترکیبی، قابل حمایت شناخته شده است.

ذکر اثرهای قابل حمایت در مادهٔ ۲ قانون خالی از حشو و تکرار و پراکنده گوئی نیست؛ مثلاً در بند ۵ طرح و نقش بطور کلی قابل حمایت معرفی شده و در بندهای ۷ و ۹ نیز به طرح و نقشه ساختمان و نقشهٔ قالی و گلیم اشاره شده، با اینکه از نظر قانون نویسی بهتر آن بود که همهٔ آنچه مربوط به طرح و نقش و نقشه است یکجا جمع می‌شد؛ در بند ۵ از مادهٔ ۲ از اثر تجسمی به طور کلی سخن به میان آمده و در بند ۶ نیز از «هر گونه پیکره» یاد شده که یکی از آثار تجسمی است، در حالی که بهتر آن بود که همهٔ آثار تجسمی در یک قسمت یا هر یک از آنها در یک بند جداگانه آورده می‌شد.

به علاوه منظور از «اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد» (بند ۱۱) چیست؟ آیا این اثر بجز آثاری است که در بندهای دیگر آمده است؟ اگر اثر فنی چیزی باشد که جنبهٔ ادبی یا هنری ندارد، بلکه صرفاً فنی است، در این صورت داخل در قلمرو حقوق مؤلفان و هنرمندان نخواهد بود، بلکه مربوط به مالکیت صنعتی است که مقررات دیگری بر آن حکومت می‌کند.[1]

۱ـ برای مقررات حاکم بر مالکیت صنعتی رجوع شود به قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب اول تیرماه

به هر حال قانون ایران مانند قانون فرانسه یک ضابطهٔ کلی برای تشخیص آثار حمایت شده به دست نداده و فقط به ذکر مصادیق و نمونه‌های ادبی و هنری اکتفا کرده است.

مادهٔ ۲ قانون مالکیت ادبی و هنری فرانسه، قبل از اینکه مصادیق عمده اثر ادبی و هنری را ذکر کند، می‌گوید: «مقررات این قانون از حقوق پدیدآورندگان کلیهٔ آثار فکری از هر نوع و دارای هر شکل و ارزش و هدفی که باشند حمایت می‌کند.» بدینسان قانون فرانسه اعلام می‌دارد که نباید حمایت قانون را از پاره‌ای آثار ادبی و هنری به لحاظ نوع یا شکل (نحوهٔ بیان و عرضه) یا ارزش یا هدف خاص آنها دریغ داشت. در قانون ایران تنها درمورد شکل و نحوهٔ بیان اثر نص خاص وجود دارد: مادهٔ ۱ قانون ۱۳۴۸ به هر پدیدهٔ ادبی و هنری «بدون درنظرگرفتن طریقه یا روشی که در بیان یا ظهور یا ایجاد آن بکار رفته» اثر اطلاق کرده و مادهٔ ۲ نیز عدم تأثیر شکل و نحوهٔ بیان اثر را در حمایت قانون تأیید کرده است. نوع و ارزش و هدف اثر نیز بی‌شک نمی‌تواند مانعی برای حمایت باشد، مگر اینکه قوانین خاصی انتشار پاره‌ای آثار ادبی و هنری را از نظر مصالح اجتماعی منع یا به پاره‌ای مقامات حق سانسور آنها را داده باشد. به هرحال قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان محدودیتی از لحاظ نوع و ارزش و هدف اثر ایجاد نکرده است.

باید یادآور شد که حمایت قانون متوجه شکل اثر است. به عبارت دیگر اثری مورد حمایت قانون است که شکل گرفته و شخصیت پدیدآورنده به نحوی از انحاء در آن تجلی کرده باشد. فکر بدون شکل به دارائی عمومی تعلق دارد و همه می‌توانند از آن برخوردار شوند. چیزی که متعلق به مؤلف و هنرمند و قابل حمایت است نحوهٔ بیان و عرضه افکار شخصی یا افکار دیگری است.[1] بنابراین، اگر کسی با استفاده از فکر دیگری داستان یا نمایشنامه‌ای بنویسد صاحب فکر نمی‌تواند او را تعقیب کند.

این قاعده صریحاً نه در قانون فرانسه ذکر شده است و نه در قانون ایران. معهذا رویهٔ قضائی و دکترین فرانسه آن را پذیرفته و از مادهٔ ۲ قانون ۱۹۵۷ نیز می‌توان آن را استنتاج کرد؛ چه این ماده از شکل و نحوهٔ بیان اثر سخن گفته و از آن چنین برمی‌آید که فقط شکل و نحوهٔ بیان فکر قابل تملک و حمایت است. همین معنی را از مواد ۱ و ۲ قانون ایران نیز می‌توان استنباط کرد.

اصالت اثر

اثری قابل حمایت است که اصیل و به بیان دیگر ابتکاری باشد. قانونگذار ایران در مواد ۱ و ۲

۱۳۱۰ و آئین نامه اصلاحی آن مصوب ۱۳۳۸ و نیز پیمان بین‌المللی مصوب ۲۰ مارس ۱۸۸۳ معروف به اتحادیهٔ پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی و تجارتی و کشاورزی که بارها در آن تجدیدنظر به عمل آمده و دولت ایران در سال ۱۳۳۷ به آن ملحق شده است.

۱ـ برای توضیح بیشتر رجوع شود به: دبوا، حق مؤلف و هنرمند، چاپ دوم، ش ۱۸ به بعد.

قانون مذکور با بکار بردن کلمهٔ ابتکار و ابداع در جملات مختلف به این شرط اشاره کرده است. در حقوق فرانسه نیز در وجود این شرط تردیدی نیست، هر چند که قانونگذار صریحاً آن را به صورت یک قاعده کلی ذکر نکرده است. اصالت به طوری که حقوقدانان فرانسه می‌گویند، دارای مفهوم شخصی[1] است نه نوعی[2]، بدین معنی که آنچه شرط حمایت محسوب می‌شود این است که اثر مظهر شخصیت پدید آورنده باشد ولی نو بودن[3] آن از لحاظ نوعی لازم نیست. مثلاً اگر دو نقاش یکی پس از دیگری از یک منظره تابلوهای مشابهی بکشند، بدون اینکه یکی از دیگری تقلید کند، اثر هر یک با توجه به اینکه انعکاسی از شخصیت پدیدآورنده است اصیل محسوب می‌شود، هر چند که تابلوی دوم نو نیست. و همچنین اگر دو نویسنده از فکر و موضوع واحدی برای ایجاد دو اثر ادبی مستقل استفاده کنند، بطوری که محتوای دو کتاب مشابه ولی ترکیب و عبارات آنها متفاوت باشد، هر یک از آنها اصیل تلقی می‌شود، اگر چه کتابی که بعداً منتشر شده مفاداً نو نیست.

بدین معنی است که در حقوق فرانسه می‌گویند اثر باید اصیل[4] باشد ولی نیازی به نو بودن آن نیست. اصالت در اینجا مفهومی شخصی و نو بودن (تازگی) مفهومی نوعی است[5].

آثار فرعی

قانونگذار نه فقط از آثار کاملاً اصیل بلکه از آثار نسبتاً اصیل نیز حمایت می‌کند. به عبارت دیگر آثار فرعی و ثانوی مانند ترجمه و اقتباس نیز مورد حمایت قانون است. مادهٔ ۴ قانون فرانسه صریحاً از پدیدآورندگان آثاری چون ترجمه، اقتباس و تلخیص و تبدیل حمایت کرده است. منظور از تبدیل[6] آن است که اثری را به اثری از نوع دیگر تبدیل کنند، چنانکه با الهام گرفتن از شعری یک تابلوی نقاشی یا با استفاده از یک اثر نقاشی مجسمه‌ای پدیدآورند یا از یک رمان سناریو بسازند.

راجع به حمایت از ترجمه، اقتباس، تلخیص و تبدیل، نص صریحی در قانون ایران برخلاف قانون فرانسه دیده نمی‌شود، لیکن با توجه به عموم مادهٔ ۱ و بندهای ۵ و ۶ و ۷ از مادهٔ ۵ و نیز مادهٔ ۲۴ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می‌توان گفت این گونه آثار فرعی درحقوق

1- Subjectif

2- Objectif

3- Nouveauté

4- Originale

۵ـ دبوا، چاپ دوم، ش ۳ به بعد، دائرةالمعارف حقوق دالوز، ش ۱۴.

6- Transformation

ایران نیز قابل حمایت است.*

نوع دیگر از آثار فرعی آثاری است که از ترکیب آثار دیگر پدید آمده است مانند مجموعه‌های منتخب نظم و نثر و پاره‌ای آثار هنری که از ترکیب چند اثر قبلی ایجاد شده است. این آثار طبق مادهٔ ۴ قانون فرانسه و بند ۱۲ از مادهٔ ۲ قانون ایران قابل حمایت است.

شک نیست که آثار فرعی ادبی یا هنری تا حدی از حمایت قانون برخوردار خواهد بود که به حقوق پدیدآورنده اصلی لطمه‌ای وارد نیاورد. بنابراین اصولاً هیچکس نمی‌تواند کتاب دیگری را بدون موافقت او ترجمه و بهره‌برداری کند و حمایت قانون را از آن ادعا نماید مگر اینکه اثر اصلی برای نخستین بار در خارج ایران منتشر شده باشد (مادهٔ ۲۲ قانون ۱۳۴۸).

بخش سوم ـ حقوق مادی پدیدآورنده[1]

پدیدآورنده دارای حق انحصاری هر گونه بهره‌برداری مالی از اثر است. به عبارت دیگر هر گونه تصرف در اثر که متضمن استفاده مادی باشد متعلق به پدیدآورنده است. قانونگذار ایران از این حقوق به "حقوق مادی" تعبیر کرده و شاید بهتر بود به جای آن حقوق مالی که رساتر و با اصطلاحی که در زبان فرانسه برای این حقوق بکار می‌رود[2] نیز منطبق است استعمال می‌شد. مهمترین حقوق و امتیازات مالی پدیدآورنده در حقوق ایران به شرح زیر است:

الف ـ حق نشر و تکثیر (مادهٔ ۳ قانون ایران)

اثر برای مردم ایجاد شده و با نشر و تکثیر در اختیار عموم گذارده می‌شود. حق نشر و تکثیر اثر به منظور بهره‌برداری مادی از آن ویژهٔ پدیدآورنده است. البته پدیدآورنده می‌تواند اثر را خود نشر و تکثیر کند یا این حق را به دیگری انتقال دهد (مادهٔ ۵). مثلاً مؤلف می‌تواند برای چاپ و نشر کتاب خود با ناشری قرارداد ببندد و چنددرصدی از بهای فروش کتاب را چنانکه معمول است به عنوان حق التألیف دریافت دارد. این قرارداد ممکن است برای یک چاپ باشد یا این حق را برای کلیهٔ چاپها به ناشر انتقال دهد. قانونگذار فرانسه برای حمایت از حقوق مؤلفان و جلوگیری از تجاوز به آن قرارداد چاپ و نشر[3] را به تفصیل تنظیم و آزادی متعاملین و حاکمیت اراده را در این باب محدود

---

*ـ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ به حمایت از ترجمه تصریح کرده است.

۱ـ دبوا، همان کتاب، ش ۲۲۹ به بعد؛ پلانیول ـ ریپروپیکار، ج ۳، ش ۵۷۴ مکرر؛ ـ ریپر ـ بولانژه، ج ۲، ش ۲۹۰۷ به بعد؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۱۷۴ به بعد؛ ـ دیکسیونر حقوقی دالوز، ش ۲۰ به بعد.

2- Droits patrimoniaux

3- Contrat d'édition

نموده است (مواد ۴۸ تا ۶۰ قانون ۱۹۵۷). لیکن متأسفانه در قانون ایران مقررات خاصی، بجز دو سه قاعدهٔ استثنائی، در این باره وجود ندارد و این گونه قرارداد اصولاً تابع قواعد عمومی معاملات است.

در قانون فرانسه صریحاً مقرر شده است که انتقال یک شیء معین مادی که اثر ادبی یا هنری در آن مجسم شده است موجب انتقال حق نشر و تکثیر نیست (مادهٔ ۲۹). مثلاً اگر مؤلف یک نسخهٔ خطی یا چاپی از کتاب خود را به دیگری بفروشد، خریدار نمی‌تواند آن را نشر و تکثیر نماید و از آن بهره‌برداری کند، چه فقط مالک یک مال مادی است، نه منتقل الیه حق نشر و تکثیر، مگر اینکه به موجب قرارداد این حق نیز به او واگذار شده باشد. همچنین کسی که یک مجسمه یا یک تابلوی نقاشی خریده مالک یک مال منقول مادی است که فکر خلاق هنرمند در آن مجسم شده است ولی مالکیت هنری که حق نشر و تکثیر جزئی از آن است به او انتقال نیافته است، بنابراین نمی‌تواند از طریق نشر و تکثیر و نسخه برداری از آن بهره‌برداری کند.

مادهٔ ۷۰۴ قانون آئین دادرسی مدنی ایران نیز همین قاعده را پذیرفته است.

نسخه برداری و تکثیر بدون قصد انتفاع ـ در قانون ایران در دو مورد استثنائی تکثیر و نسخه‌برداری از اثر مجاز شناخته شده است:

اولاً، کتابخانه‌های عمومی و مؤسسات جمع‌آوری نشریات و مؤسسات علمی آموزشی که به صورت غیرانتفاعی اداره می‌شوند می‌توانند از اثرهای مورد حمایت قانونی از راه عکسبرداری یا طرق مشابه آن به میزان مورد نیاز و متناسب با فعالیت خود نسخه‌برداری کنند (مادهٔ ۸).

ثانیاً، نسخه برداری از کتب و نوشته‌های علمی و ادبی و هنری فقط در صورتیکه برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی باشد مجاز است (مادهٔ ۱۱).

ملاحظه می‌شود که ضابطهٔ نسخه‌برداری بدون اجازهٔ پدیدآورنده، در مواردی که مجاز شناخته شده است، استفاده غیرانتفاعی است و قانونگذار نسخه‌برداری از اثر برای استفاده انتفاعی را بدون موافقت پدیدآورنده اجازه نداده است.

ب ـ حق ترجمه

حق ترجمهٔ اثر به یک زبان خارجی و بهره‌برداری از آن نیز ویژهٔ پدیدآورنده است. گاهی ترجمه یک اثر و انتشار آن منبع درآمد سرشار است و نباید به اشخاص اجازه داد که بدون اجازهٔ مؤلف اثر او را ترجمه و از این راه بهره‌برداری کنند. البته پدیدآورنده می‌تواند این حق را به غیرواگذار کند (بند ۵ از مادهٔ ۵ قانون ۱۳۴۸).

ج ـ حق اقتباس و تلخیص و تبدیل

حق اقتباس و تلخیص و تبدیل اثر به منظور ایجاد یک اثر دیگر ویژهٔ پدیدآورنده است. بنابراین

هیچکس نمی‌تواند اثری را که مورد حمایت قانون است از طریق اقتباس، تلخیص و تبدیل بدون موافقت پدیدآورنده به صورت دیگری در آورده از آن بهره‌برداری کند (بند ۱ و ۶ و ۷ از مادهٔ ۵ و مادهٔ ۱۹). لیکن اگر فکر واحدی مورد استفاده دو نویسنده یکی پس از دیگری واقع شده باشد، بدون اینکه نویسنده دوم از ترکیب‌ها و تعبیرهای نویسندهٔ اول استفاده کرده باشد، اقتباس به معنایی که موردنظر ماست صدق نمی‌کند و جلب موافقت نویسندهٔ اول برای اینگونه استفاده لازم نیست؛ چه همانطور که گفته شد، حق پدیدآورنده به شکل و نحوهٔ بیان فکر تعلق می‌گیرد نه به فکر صرف که همگان حق برخورداری از آن را دارند.[۱]

اگر اقتباس کلی از اثر دیگری بدون موافقت پدیدآورنده ممنوع است در مقابل، «نقل از اثرهائی که انتشار یافته است و استناد به آنها به مقاصد ادبی و علمی و فنی و آموزشی و تربیتی و به صورت انتقاد و تقریظ با ذکر مأخذ در حدود متعارف مجاز است» (مادهٔ ۷ قانون حمایت حقوق مؤلفان). حتی قانونگذار برای تسهیل در تهیهٔ جزوه‌هائی که برای تدریس در مؤسسات آموزشی توسط معلمان فراهم و تکثیر می‌شود ذکر مأخذ را در آنها الزامی ندانسته است، مشروط بر اینکه این کار جنبهٔ انتفاعی نداشته باشد (مادهٔ ۷).

در اینجا بجاست یادآور شویم که نه تنها خود اثر از حمایت قانون برخوردار است بلکه نام و عنوان و نشانهٔ ویژه‌ای که معرف اثر است نیز مورد حمایت قانون و اقتباس آن به ترتیبی که القاء شبهه کند ممنوع است. مادهٔ ۱۷ قانون حمایت حقوق مؤلفان در این زمینه مقرر می‌دارد: «نام و عنوان و نشانه ویژه‌ای که معرف اثر است از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود و هیچکس نمی‌تواند آنها را برای اثر دیگری از همان نوع یا مانند آن به ترتیبی که القاء شبهه کند به کار برد.»

د ـ حق عرضه و اجراء

عرضه و اجرای آثار نمایشی و موسیقی به منظور بهره‌برداری مادی متعلق به پدیدآورنده است. بنابراین نمایش و اجرای مستقیم اثر برای مردم یا پخش آن از رادیو و تلویزیون و وسائل دیگر، همچنین ضبط تصویری یا صوتی اثر برروی صفحه یا نوار یا هر وسیلهٔ دیگر بدون موافقت پدیدآورنده مجاز نیست. البته پدیدآورنده می‌تواند این حقوق یا قسمتی از آنها را به دیگری انتقال دهد (مادهٔ ۳ و ۵ قانون ۱۳۴۸).

معهذا طبق مادهٔ ۱۱ قانون مذکور ضبط برنامه‌های رادیوئی و تلویزیونی در صورتیکه برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی باشد، مجاز است.

سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا این ماده شامل استفاده خانوادگی می‌شود یا نه؛ به عبارت دیگر آیا شخص می‌تواند برنامه‌های رادیوئی و تلویزیونی را برای استفادهٔ خود و

۱ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۱۸ به بعد؛ ـ دیکسیونر حقوقی دالوز، ش ۳.

خانواده‌اش ضبط کند و نیز آیا نمایش و اجراء اثر در محافل خانوادگی مجاز است. در حقوق فرانسه قانونگذار اینگونه استفاده را مجاز دانسته است (مادهٔ ۴۱ قانون ۱۹۵۷). درحقوق ایران نیز می‌توان همین راه حل را پذیرفت: می‌توان گفت منظور از استفادهٔ شخصی استفاده خود شخص و خانواده اوست؛ اجراء و نمایش اثر در محافل خانوادگی نیز که نظیر ضبط برنامه‌های رادیوئی و تلویزیونی به منظور استفادهٔ شخصی است با توجه به وحدت ملاک مجاز است. ولی بهتر آن بود که قانونگذار به جای شخصی کلمهٔ خصوصی و خانوادگی را به کار می‌برد و در مورد اجراء و نمایش مستقیم اثر در محافل خانوادگی نیز به مجاز بودن آن تصریح می‌کرد.

باید یادآور شد که انتقال حق اجراء و عرضه اثر مستلزم انتقال حق تکثیر و نشر و نسخه‌برداری از اثر نیست و بالعکس (مادهٔ ۳۰ قانون فرانسه). مثلاً اگر نویسنده‌ای موافقت کند که کتابش به صورت نمایشنامه در تآتری عرضه شود، طرف قرارداد نمی‌تواند به استناد این موافقت کتاب را نشر و تکثیر نماید.

هـ حق استفاده از پاداش و جایزه

از جمله حقوق مادی پدیدآورنده استفاده از پاداش و جایزهٔ مادی است که در مسابقات علمی و هنری و ادبی به اثر او تعلق می‌گیرد (تبصرهٔ مادهٔ ۱۳ قانون ایران). انتقال حقوق دیگر مستلزم انتقال این حق نخواهد بود. بنابراین اگر مؤلف حق چاپ و نشر کتاب خود را به ناشری واگذار کند ناشر نمی‌تواند ادعائی بر پاداش و جایزه‌ای که به اثر تعلق می‌گیرد داشته باشد.

حق تعقیب در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه علاوه بر حقوق مذکور حق تعقیب[1] نیز برای پدیدآورنده برخی از آثار هنری قائل شده‌اند (مادهٔ ۴۲). منظور از حق تعقیب حق برداشت مبلغی به وسیلهٔ هنرمند از بهای فروش مجدد اثر اوست، مشروط بر اینکه اثر از طریق مزایدهٔ عمومی فروخته شود یا فروشندهٔ آن تاجر باشد. این مبلغ ۳ درصد از بهای فروش است در هر معامله‌ای که بهای آن از صدفرانک متجاوز باشد و نسبت به همه بهای فروش احتساب می‌شود نه مقداری که فروشنده سود برده است. هدف قانونگذار فرانسه از شناختن حق تعقیب این بوده است که هنرمند را از افزایش بهای آثار خود بهره‌مند سازد. این حق ویژه کلیهٔ آثار هنری باستثنای موسیقی است.

شناسائی این حق برای هنرمند در حقوق فرانسه مورد انتقاد گروهی از حقوقدانان واقع شده و در حقوق ایران چنین حقی که برخلاف اصل است برای پدیدآورنده شناخته نشده است.

1- Droit de suite

شرط حمایت از حقوق مادی

طبق مادهٔ ۲۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان «حقوق مادی پدیدآورنده موقعی از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجراء شده باشد و قبلاً در هیچ کشوری چاپ یا نشر یا پخش یا اجراء نشده باشد». بنابراین، قانون ایران، با اینکه اصولاً بین بیگانه و تبعهٔ کشور تفاوت نگذاشته،* از آثاری که برای نخستین بار در خارجه نشر یا اجراء شده باشد حمایت نکرده است. بالنتیجه می‌توان از این گونه اثرها حتی بدون اجازهٔ پدیدآورنده در ایران بهره‌برداری کرد. مثلاً کتابی که برای نخستین بار در خارج ایران چاپ و نشر شده باشد چاپ و نشر مجدد آن یا بهره‌برداری از آن در ایران مانعی نخواهد داشت. این راه حل که از نظر اخلاقی و حسن تفاهم بین المللی قابل انتقاد است با ملاحظات مربوط به مصالح ملی بویژه درمورد کتابهای علمی توجیه می‌شود. اگر ترجمه و نشر آثار خارجی بدون اجازهٔ پدیدآورنده ممکن نباشد، اشکالاتی در راه نشر این اثرها پدید می‌آید؛ چه ممکن است به آسانی نتوان اجازهٔ پدیدآورنده یا کسی را که حق بهره‌برداری از اثر به او منتقل شده است تحصیل کرد؛ ممکن است مؤلفان یا ناشران خارجی مبلغ گزافی در ازاء اجازهٔ ترجمه و نشر اثر در ایران مطالبه کنند و همین امر مانعی در راه ترجمه و نشر اثر ایجاد کند یا لااقل موجب بالا رفتن بهای کتاب در ایران شود.

اگرچه این استدلال و توجیه در مورد کتابهای درسی و علمی که مورد احتیاج مبرم ماست قابل قبول به نظر می‌رسد، اما در مورد سایر اثرهای مورد حمایت قانون قبول آن دشوار است.

به هرحال در حقوق فرانسه چنین قاعده‌ای دیده نمی‌شود و قانون فرانسه نه تنها فرقی بین تبعهٔ کشور و بیگانه در این زمینه نگذاشته، بلکه از آثاری نیز که برای نخستین بار در خارج فرانسه چاپ یا اجراء شده باشد حمایت می‌کند (مستنبط از مادهٔ ۷ قانون ۱۹۵۷). در توجیه این قاعده می‌گویند: حقوق پدیدآورنده که مبتنی بر یک ابداع فکری است برای حمایت از منافع معنوی و مادی او درنظر گرفته شده است و ارتباطی با تابعیت پدیدآورنده یا محل انتشار اثر ندارد. باید اضافه کرد که حمایت قانون فرانسه از آثار خارجی قبل از قانون ۸ ژوئیه ۱۹۶۴ بدون قید و شرط بود؛ اما به موجب این قانون شرط حمایت از اثرهائی که در خارج فرانسه منتشر شده رفتار متقابل است. با وجود این هرگاه کشوری از اثرهای منتشر شده در فرانسه حمایت نکند، بهره‌برداری از آثار منتشره در آن کشور در داخل فرانسه مجاز نخواهد بود، مگر با پرداخت مبلغی به سازمانهای عام المنفعه‌ای که به موجب

---

*ـ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، مصوب ۱۳۵۲ در مورد تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، حمایتهای مذکور در این قانون را به شرط وجود عهدنامه یا معامله متقابل، نسبت به اتباع سایر کشورها نیز جاری دانسته است (ماده ۶).

تصویبنامه معین شده است، مانند "صندوق ملی ادبیات" برای نشر آثار ادبی.[۱]

خصوصیات حقوق مادی پدیدآورنده

حقوق و امتیازات مالی پدیدآورنده دارای دو خصوصیت است: اولاً قابل نقل و انتقال است؛ ثانیاً موقت است.

۱ـ حقوق مادی پدیدآورنده قابل نقل و انتقال است ـ پدیدآورنده می‌تواند همهٔ حقوق و امتیازات مالی خود یا قسمتی از آن را به دیگری انتقال دهد. مادهٔ ۵ قانون ایران در این زمینه مقرر می‌دارد: «پدیدآورندهٔ اثرهای مورد حمایت این قانون می‌تواند استفاده از حقوق مادی خود را در کلیهٔ موارد و از جمله موارد زیر به غیره واگذار کند:

۱ـ تهیهٔ فیلمهای سینمائی و تلویزیونی و مانند آن.

۲ـ نمایش صحنه‌ای مانند تآتر و باله و نمایشهای دیگر.

۳ـ ضبط تصویری و یا صوتی اثر برروی صفحه و یا نوار یا هر وسیلهٔ دیگر.

۴ـ پخش از رادیو و تلویزیون و وسائل دیگر.

۵ـ ترجمه و نشر و تکثیر و عرضه اثر از راه چاپ و نقاشی و عکاسی و گراور و کلیشه و قالبریزی و مانند آن.

۶ـ استفاده از اثر در کارهای علمی و ادبی و صنعتی و هنری و تبلیغاتی.

۷ـ به کار بردن اثر در فراهم کردن یا پدیدآوردن اثرهای دیگر که در مادهٔ دوم این قانون درج شده است.» این انتقال ممکن است معوض یا مجانی باشد.

به علاوه حقوق مالی پدیدآورنده قابل انتقال از طریق ارث و وصیت است (مادهٔ ۱۲). در هر حال انتقال گیرنده اعم از ناشر و غیره مکلف است نام پدیدآورنده را با عنوان و نشانه ویژه معرف اثر «همراه اثر یا روی نسخهٔ اصلی یا نسخه‌های چاپ یا تکثیر شده» به روش معمول و متداول اعلام و درج نماید مگر اینکه پدیدآورنده به ترتیب دیگری موافقت کرده باشد (مادهٔ ۱۸).

۲ـ حقوق مادی پدیدآورنده موقت است ـ حقوق مالی پدیدآورنده در طول حیات او باقی است و بعد از مرگ پدیدآورنده نیز به مدت سی سال از تاریخ مرگ متعلق به وراث یا شخصی است که این حقوق به موجب وصیت به او منتقل شده است. اگر وارث و موصی‌له برای بهره‌برداری از اثر وجود نداشته باشد این حقوق برای همان مدت به منظور استفادهٔ عمومی در اختیار وزارت فرهنگ و هنر* قرار خواهد گرفت (مادهٔ ۱۲ قانون ۱۳۴۸).

در قانون ۱۹۵۷ فرانسه مدت حمایت بعد از فوت پدیدآورنده ۵۰ سال از تاریخ اول ژانویهٔ سال

۱ـ دبوا، چاپ دوم، ش ۷۸۴ به بعد.

*ـ امروزه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی جایگزین وزارت فرهنگ و هنر سابق شده است.

متعاقب فوت است.

حال ببینیم چرا حق مالی پدیدآورنده باید موقت باشد. بعضی از حقوقدانان در توجیه آن دلیلی آورده‌اند که تاحدی عجیب است و آن این است که اگر حق مالی پدیدآورنده دائم باشد انتقال آن از نسلی به نسلی دیگر موجب خواهد شد که پس از مدتی مال بین عدهٔ زیادی مشترک و بهره‌برداری از آن غیرممکن گردد. اگر فرض کنیم که در هر نسل دو فرزند وجود داشته باشد در دوازدهمین نسل مالکیت ادبی و هنری بین ۴۰۹۶ نفر مشترک خواهد بود.

این توجیه قابل قبول نیست زیرا ممکن است از طریق تقسیم ترکه یا فروش اثر به یک شخص اشاعه از میان برود و وحدت حق برقرار گردد. وانگهی اگر این دلیل درست باشد در مورد مالکیت عین نیز مصداق خواهد یافت و این مالکیت نیز باید موقت باشد، در حالیکه دوام از خصوصیات اینگونه مالکیت است.

دلیل قابل قبول در این خصوص آن است که اثر ادبی یا هنری برای استفادهٔ عموم پدید آمده است. البته همهٔ آثار ادبی و هنری قابل دوام نیست و بسیاری از آنها پس از مدتی به دست فراموشی سپرده می‌شود. آثاری که باقی می‌ماند کم کم جزء دارائی فکری و معنوی جامعه می‌شود. بنابراین پس از مدتی که بهره‌برداری مادی از اثر منحصر به پدیدآورنده و وارث او بوده و پس از اینکه اینان پاداش خود را دریافت کردند حقوق فردی نسبت به اثر باید به نفع حقوق جامعه ساقط شود و همگان بتوانند از آن بهره‌مند گردند. در این صورت در حقوق فرانسه می‌گویند اثر داخل در قلمرو اموال عمومی[1] شده است.[2]

در حقوق فرانسه بعد از انقضاء مدت انحصار پدیدآورنده و وارث او، بهره‌برداری از اثر به مدت ۱۵ سال به "صندوق ملی ادبیات" که یک شخصیت حقوقی حقوق عمومی است تعلق می‌گیرد. درواقع این مؤسسه قائم مقام پدیدآورنده خواهد بود و حقوق مادی او را در این مدت اعمال خواهد کرد (قانون ۲۵ فوریه ۱۹۵۶ و تصویبنامهٔ ۲۹ نوامبر ۱۹۵۶)[3]. بعد از انقضاء مدت مذکور استفاده از اثر برای همگان آزاد خواهد بود.

موارد افزایش یا کاهش مدت

مدت عادی حمایت مادی از اثر، چنانکه گفتیم، تا سی سال بعد از مرگ پدیدآورنده در حقوق ایران و تا پنجاه سال در حقوق فرانسه است. درموارد استثنائی این مدت را قانونگذار افزایش یا

1- Domaine public

۲ـ ریپر ـ بولانژه، کتاب مذکور، ش ۲۹۰۸.

۳ـ دبوا، کتاب مذکور، ش ۳۳۶ به بعد.

کاهش داده است.

این موارد را در حقوق ایران به شرح زیر می‌توان ذکر کرد:

۱ـ مدت حمایت از اثر مشترک سال بعد از فوت آخرین پدیدآورنده خواهد بود (تبصرهٔ مادهٔ ۱۲).

منظور از اثر مشترک اثری است که با همکاری دو یا چند نفر پدیدآمده باشد و کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد. این اثر ملک مشاع پدیدآورندگان است (مادهٔ ۶). چون عادلانه نیست که مدت بهره‌برداری انحصاری از اثر برای ورثه بعضی از پدیدآورندگان کمتر از سی سال باشد لذا قانونگذار حمایت از آن را تا سی سال بعد از فوت آخرین پدیدآورنده قرار داده است. بدین ترتیب مدت بهره‌برداری انحصاری برای وراث پدیدآورندگانی که قبلاً درگذشته‌اند بیشتر از سی سال از تاریخ فوت مورثشان خواهد بود.

۲ـ «حقوق مادی اثرهائی که در نتیجهٔ سفارش پدید می‌آید تا سی سال از تاریخ پدید آمدن اثر متعلق به سفارش دهنده است، مگر آنکه برای مدت کمتر یا ترتیب محدودتر توافق شده باشد» (مادهٔ ۱۳). پس از انقضاء این مدت حقوق مذکور در صورت حیات پدیدآورنده متعلق به خود او و در غیراین صورت تا مدت سی سال بعد از فوت از آن ورثهٔ پدید آورنده یا موصی له خواهد بود (مادهٔ ۱۵). چون اثر ادبی یا هنری نتیجهٔ فعالیت فکری مؤلف یا هنرمند است نه سفارش دهنده از این رو قانونگذار مدت حقوق مادی سفارش دهنده را حداکثر سی سال قرار داده است.

۳ـ هرگاه بهره‌برداری مالی از اثر به موجب قرارداد به دیگری منتقل شده باشد انتقال گیرنده می‌تواند تا سی سال پس از واگذاری از اثر بهره‌برداری کند مگر اینکه برای مدت کمتری توافق شده باشد (مادهٔ ۱۴). پس از انقضاء مدت مذکور در صورت حیات پدیدآورنده حق متعلق به خود او و در غیراین صورت متعلق به ورثه یا موصی له تا سی سال بعد از فوت پدیدآورنده خواهد بود (مادهٔ ۱۵).

۴ـ طبق مادهٔ ۱۶ قانون در دو مورد حقوق مادی پدیدآورنده به مدت سی سال از تاریخ نشر یا عرضه مورد حمایت خواهد بود:

اول ـ اثرهای سینمائی یا عکاسی.

دوم ـ هرگاه اثر متعلق به شخص حقوقی باشد، یا حق استفاده از آن به شخص حقوقی واگذار شده باشد.

اثرهای سینمائی و عکاسی ـ در مورد اثرهای سینمائی و عکاسی، در حقوق فرانسه ـ برخلاف حقوق ایران ـ مدت حمایت محدود نشده است. حتی به موجب قانون ۱۹۵۷ فرانسه مدت حمایت

از اثر سینمائی که یک اثر مشترک[1] تلقی می‌شود[2] تا پنجاه سال بعد از فوت آخرین پدیدآورنده است (مادهٔ ۲۱)؛ بنابراین مدت حمایت در مورد آثار سینمائی بیشتر از مدت عادی حمایت است. این قاعده مورد انتقاد بعضی از حقوقدانان واقع شده است، به دلیل اینکه عدهٔ کسانی که در ایجاد اثر سینمائی همکاری دارند زیاد است و راه حل مذکور سبب می‌شود که مدت حمایت به طول انجامد و استفادهٔ آزاد از اثر برای مدتی مدید ممنوع باشد، با اینکه این اثرها مدتی دراز بر پرده سینما نمی‌پاید؛ علیهذا مناسب آن است که مدت کمتری که یکنواخت هم باشد برای حمایت پذیرفته شود. حقوق ایتالیا مانند حقوق ایران مدت حمایت را سی سال از تاریخ نخستین عرضهٔ عمومی اثر قرارداده و ضمناً اضافه کرده است که اگر تا پنج سال از تاریخ تولید، اثر به معرض نمایش گذارده نشود، مدت حمایت سی سال از تاریخ تولید خواهد بود (مادهٔ ۳۲ قانون مورخ ۲۲ آوریل ۱۹۴۱).[3]

اما در مورد آثار عکاسی که قانونگذار ایران در مادهٔ ۱۶ به آثار سینمائی ملحق کرده و درواقع بین آنها شباهت وجود دارد عقاید مختلف است: در حقوق فرانسه قاعدهٔ عمومی مدت حمایت دراین باره اجراء می‌شود و استثنائی در این مورد وجود ندارد. در کنفرانس بین‌المللی بروکسل که به سال ۱۹۴۸ تشکیل شد، طبق تجدیدنظری که در پیمان بین‌المللی برن راجع به حمایت از آثار ادبی و هنری به عمل آمد، الحاق آثار عکاسی به اثرهای سینمائی پذیرفته شد. اما کنفرانس استکهلم مورخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۶۷ که در این عهدنامه تجدیدنظر کرده بین اثرهای سینمائی و عکاسی فرق گذاشته است: به موجب مادهٔ ۷ اصلاحی عهدنامهٔ مذکور مدت حمایت از اثرهای سینمائی تا پنجاه سال بعد از مرگ پدیدآورندگان است. معهذا کشورهای عضو اتحادیه می‌توانند مدت حمایت را تا پنجاه سال از تاریخ عرضه اثر به عموم قرار دهند. لیکن به موجب همین ماده (بند ۴) تعیین مدت حمایت از اثرهای عکاسی به کشورهای متعاهد واگذار شده است، مشروط بر اینکه مدت حمایت را کمتر از ۲۵ سال از تاریخ تحقق اثر قرار ندهند.[4]

تفکیک بین اثر سینمائی و اثر عکاسی مبتنی بر این نظر است که عکاسی یک کار هنری به معنی حقیقی نیست زیرا هنرمند کسی است که اثر را شخصاً به کمک دست و هدایت فکر پدید می‌آورد. ممکن است هنرمند وسیله‌ای نیز برای خلق اثر هنری خود به کار برد؛ اما نقش فعالیت فکری و دستی او بیش از نقش ابزار و وسیله است، در حالی که در عکاسی وسیلهٔ مکانیکی که بکار می‌رود

1- Oeuvre de collaboration

۲ـ دبوا، همان کتاب، چاپ دوم، ش ۳۳۵.

۳ـ دبوا، چاپ اول، ش ۷۰۶.

۴ـ رجوع شود به مجلهٔ بین المللی حق مؤلف و هنرمند، شماره مخصوص اکتبر ۶۷ ژانویه ۶۸ ، ص ۱۴۵ به بعد؛ ص ۲۲۱ به بعد و ۷۷۲.

نقش اساسی را ایفاء می‌کند و اهمیت آن بیش از نقش فعالیت فکری و دستی عکاس است. بنابراین ماهیت عکاسی با ماهیت کارهای هنری متفاوت است.[۱]

البته این استدلال مورد قبول همهٔ حقوقدانان واقع نشده و در عمل نیز اثر عکاسی اصیل و ابتکاری در پاره‌ای کشورها از جمله ایران و فرانسه در ردیف کارهای هنری به شمار آمده است. به علاوه چنانکه گفتیم قانونگذار ایران اثرهای عکاسی را به آثار سینمائی ملحق کرده است.

اثرهای متعلق به شخص حقوقی

درمورد اثری که متعلق به شخص حقوقی است، در حقوق فرانسه نیز مدت حمایت محدود شده و تا پنجاه سال از تاریخ نشر اثر است. شخص حقوقی فقط هنگامی پدیدآورنده و مالک اثر تلقی می‌شود که اثر به ابتکار و زیر نظر او به وسیلهٔ چندین شخص طبیعی تهیه و با نام شخص حقوقی منتشر شده باشد (مواد ۹ و ۱۳ قانون ۱۹۵۷). نقش شخص حقوقی در اینجا هدایت و هماهنگ کردن کارهای افراد و تهیهٔ اثر واحدی از مجموع آنها و نشر اثر است. اصولاً پدیدآورنده و مالک اثر شخص طبیعی است که فکر خلاق او اثر را ایجاد کرده است و شناختن عنوان پدیدآورنده برای شخص حقوقی برخلاف اصل و امری استثنائی است و از این لحاظ قانونگذار ایران و فرانسه مدت عادی حمایت را در این باره اجراء نکرده و مدت کمتری برای حمایت از اثر قائل شده است.[۲] مضافاً بر اینکه عمر شخص حقوقی معمولاً محدود نیست و ممکن است قرنها باقی بماند و از این جهت نیز قاعدهٔ عادی مدت حمایت در اینجا قابل اجراء نیست.

بدینسان کاهش مدت حمایت درموردی که اثر متعلق به شخص حقوقی باشد توجیه می‌شود. اما چنانکه گفتیم، مادهٔ ۱۶ قانون حمایت حقوق مؤلفان موردی را نیز که حق استفاده از اثر به شخص حقوقی واگذار شده باشد مشمول همان قاعده دانسته است و این خالی از اشکال نیست، زیرا بنظر می‌رسد که این مورد باید مشمول مادهٔ ۱۴ قانون باشد که در صورت انتقال حق پدیدآورنده، مدت حمایت را تا سی سال بعد از واگذاری قرارداده است. چه فرقی است بین موردی که استفاده و بهره‌برداری از اثر به شخص طبیعی و موردی که این استفاده به شخص حقوقی واگذار شده باشد؟ چرا در مورد اول مدت حمایت حداکثر سی سال از تاریخ انتقال و در مورد دوم تا سی سال از تاریخ نشر یا عرضه است که ممکن است مدتها قبل از انتقال انجام شده باشد؟

در خاتمه این بحث یادآور می‌شویم که در حقوق فرانسه مدت حمایت از آثاری که بدون نام یا با نام مستعار منتشر می‌شود پنجاه سال از تاریخ انتشار اثر است (مادهٔ ۲۲ قانون ۱۹۵۷). لیکن

۱ـ دبوا، چاپ اول ش ۱۱۲ به بعد.

۲ـ دبوا، همان کتاب، چاپ اول، ش ۳۳۲.

متأسفانه قانون ایران در این خصوص ساکت و از این لحاظ ناقص است. علت استثناء مذکور این است که در اینگونه اثرها نام پدیدآورنده معلوم نیست و نمی‌توان تاریخ مرگ او را مبدأ حمایت از اثر قرار داد.[۱]

بخش چهارم ـ حقوق معنوی پدیدآورنده[۲]

مؤلف یا هنرمند علاوه بر حقوق مالی دارای پاره‌ای حقوق و امتیازات غیرمالی است که مربوط به شخصیت او و برای حمایت از آن است. قانونگذار ایران این حقوق را تحت عنوان "حقوق معنوی" برای پدیدآورنده شناخته است (مواد ۳ و ۴) و بعضی از حقوقدانان آن را حقوق اخلاقی نامیده‌اند و در حقوق فرانسه آن را Droit moral گویند.

قانونگذار ایران حقوق معنوی پدیدآورنده را تعریف نکرده ولی با توجه به مواد مختلف قانون حمایت حقوق مؤلفان و استفاده از حقوق تطبیقی این حقوق را می‌توان شامل حقوق زیر دانست:

الف ـ حق انتشار

مؤلف یا هنرمند تنها کسی است که می‌تواند دربارهٔ انتشار یا عدم انتشار اثر خود تصمیم بگیرد و نمی‌توان او رامجبور به انتشار اثرش کرد. در واقع انتشار اثر برخلاف میل و رضای پدیدآورنده تجاوز به شخصیت او محسوب می‌شود.

در حقوق فرانسه نه تنها به موجب مادهٔ ۱۹ قانون ۱۹۵۷ برای پدیدآورنده حق تصمیم درباره انتشار یا عدم انتشار اثر، در صورتی که حق نشر آن را به دیگری واگذار نکرده باشد، قائل شده‌اند، بلکه حتی به پدیدآورنده حق می‌دهند که با وجود داشتن قرارداد با دیگری و برخلاف اصل اجباری بودن قرارداد از تحویل اثر خودداری کند. مثلاً نویسنده‌ای که برای تألیف و نشر کتابی با ناشری قرارداد بسته است، یا نقاشی که تعهد کرده است تابلوئی برای دیگری بکشد می‌تواند بعد از اتمام اثر از تسلیم آن امتناع کند، حتی اگر متعهدله از کار انجام شده راضی باشد. می‌گویند: احترام به شخصیت پدیدآورنده ایجاب می‌کند که اگر از کار خود راضی نیست و نمی‌تواند آن را منتشر کند، کسی نتواند او را مجبور به تسلیم و نشر اثرش نماید.

شک نیست که پدیدآورنده در صورت عدم انجام تعهد باید خسارات وارد به متعهدله را جبران

۱ـ دبوا، همان کتاب، ش ۳۲۹ به بعد؛ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۳۱۰.

۲ـ پلانیول ـ ریپروپیکار، ج ۳، ش ۵۷۵؛ ـ ریپر ـ بولانژه، ج ۲، ش ۲۹۱۰؛ دبوا؛ چاپ دوم ش ۳۸۰ به بعد؛ ـ مارتی ورنو، ج ۲، بخش ۲، ش ۴۲۴؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، ش ۳۴۳ به بعد؛ ـ ویل، حقوق مدنی، ج ۱ ش ۲۵۰ و ۴۵۹.

کند.

در حقوق ایران نص خاصی در این باره دیده نمی‌شود. ولی با توجه به قواعد عمومی معاملات و اصل لزوم قرارداد نمی‌توان به پدیدآورنده حق داد که پس از تکمیل اثر از تسلیم آن برخلاف قرارداد خودداری کند. در صورت امتناع از تسلیم، متعهدله می‌تواند اجبار او را به تسلیم از طریق قانونی درخواست نماید.

در حقوق فرانسه حق تصمیم در باره انتشار و عدم انتشار اثر، اگر در مورد خود پدیدآورنده مطلق است، در مورد وراث و اشخاص دیگری که قائم مقام پدیدآورنده هستند محدود شده است: مادهٔ ۲۰ قانون ۱۹۵۷ مقرر می‌دارد که در صورتی که سوء استفاده قائم مقامان پدیدآورنده در عدم اعمال این حق مشهود باشد، دادگاه مدنی می‌تواند دستور مناسب در این خصوص صادر کند.

ب ـ حق حرمت نام و عنوان پدیدآورنده

این حق در حقوق فرانسه حق ولایت بر اثر[1] نامیده می‌شود، شاید بدان جهت که همانطور که پدر حق دارد نام خود را برفرزندش بگذارد پدیدآورنده نیز حق دارد نام خود را روی اثرش نهد.

به موجب این حق پدیدآورنده می‌تواند انتشار اثر را با نام و عنوان خود (مانند عناوین دانشگاهی و غیره) بخواهد. نشر اثر بدون نام پدیدآورنده یا با نام دیگری بدون موافقت پدیدآورنده ممنوع و قابل مجازات است.

درواقع نام و عنوان پدیدآورنده جزئی از شخصیت اوست و تجاوز به این حق تجاوز به شخصیت پدیدآورنده محسوب می‌شود. مادهٔ ۱۸ قانون حمایت حقوق مؤلفان در این خصوص مقرر می‌دارد: «انتقال گیرنده و ناشر و کسانی که طبق این قانون اجازه استفاده یا استناد یا اقتباس از اثری را به منظور انتفاع دارند باید نام پدیدآورنده را با عنوان و نشانه ویژهٔ معرف اثر همراه اثر یا روی نسخهٔ اصلی یا نسخه‌های چاپی یا تکثیر شده به روش معمول و متداول اعلام و درج نمایند، مگر اینکه پدیدآورنده به ترتیب دیگری موافقت کرده باشد». مواد ۲۳ و ۲۴ قانون نیز برای این حق ضمانت اجرای جزائی درنظر گرفته است. و نیز همین حق ایجاب می‌کند که نقل از اثرهای انتشار یافته و استناد به آنها به مقاصد ادبی و علمی و فنی و آموزشی و تربیتی و به صورت انتقاد و تفریظ اصولاً "فقط با ذکر مأخذ" مجاز باشد (مادهٔ ۷).

ج ـ حق حرمت اثر

اثر پدیدآورنده که به شخصیت او بستگی دارد باید محترم شمرده شود، بدین معنی که هیچکس حق ندارد یک اثر ادبی یا هنری را بدون موافقت پدیدآورنده تغییر دهد، اگر چه تغییر اندک باشد.

1- Droit à la paternité de l'œuvre

بدینسان فرانسیس جم[1] موفق شد مؤلف یک کتاب درسی راکه به بهانهٔ بیطرفی کلمات مذهبی را از قطعات منتخب آثار او حذف کرده بود محکوم کند.[2]

مادهٔ ۱۹ قانون ایران در این باره مقرر می‌دارد: «هر گونه تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت این قانون و نشر آن بدون اجازه پدیدآورنده ممنوع است.» بنابراین هیچکس نمی‌تواند اثری را بدون موافقت پدیدآورنده تغییر دهد؛ لیکن شک نیست که خود پدیدآورنده می‌تواند آن را تغییر دهد و بدین طریق تکمیلش کند یا با افکار جدید علمی، مذهبی و اخلاقی هماهنگ سازد.

حق عدول یا استرداد در حقوق فرانسه ـ در حقوق فرانسه علاوه بر حقوق مذکور حقی برای پدیدآورنده شناخته شده که در کشورهای دیگر کمتر نظیر دارد. این حق که جزء حقوق معنوی پدیدآورنده محسوب می‌شود حق عدول یا استرداد[3] نام دارد که در مادهٔ ۳۲ قانون ۱۹۵۷ پیش بینی شده است. به موجب این ماده پدیدآورنده می‌تواند علیرغم قرارداد انتقال بهره‌برداری از اثر به دیگری و حتی بعد از انتشار از تصمیم خود عدول کند و اثر را پس بگیرد، مشروط بر اینکه خسارت منتقل‌الیه را از پیش جبران کند. و در صورتی که پدیدآورنده از نو تصمیم به نشر اثر بگیرد منتقل‌الیه سابق حق تقدم خواهد داشت.

در حقوق ایران با سکوت قانون نمی‌توان چنین حقی برای پدیدآورنده قائل شد زیرا برخلاف اصل لزوم و قدرت اجباری قرارداد است که از قواعد عمومی معاملات به شمار می‌آید.

خصوصیات حقوق معنوی پدیدآورنده

حقوق معنوی پدیدآورنده دارای خصوصیات زیر است:

۱ـ غیرقابل نقل است (مادهٔ ۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان)؛ یعنی نمی‌توان به موجب قرارداد آن را به غیرانتقال داد.

طبیعت و هدف این حقوق اقتضا می‌کند که مانند سایر حقوق مربوط به شخصیت غیرقابل نقل و خارج از قلمرو داد و ستد باشد.

۲ـ محدود به زمان و مکان نیست (مادهٔ ۳). حقوق معنوی پدیدآورنده محدود به زمان نیست؛ بنابراین دائمی است و با مرور زمان ساقط نمی‌شود؛ و نیز محدود به مکان نیست، یعنی محل اقامت پدیدآورنده یا محل انتشار و عرضهٔ اثر و هر عامل مکانی دیگر در آن بی‌تأثیر است.

1- Francis Jammes

۲ـ دادگاه سن، رأی ۳۱ دسامبر ۱۹۲۴، دالوز ادواری ۱۹۲۵، بخش ۲ ص ۵۴؛ رأی ۷ ژوئیه ۱۹۳۸، سیره ۱۹۴۰، بخش ۲ ص ۴۷ (به نقل از ریپر ـ بولانژه، ج ۲، ش ۲۹۱۰).

3- Droit de repentir ou de retrait

بنابراین می‌توان گفت قانون ایران از اثرهائی نیز که برای نخستین بار در این کشور منتشر نشده باشد از نظر حقوق معنوی حمایت می‌کند و به اشخاص اجازه نمی‌دهد که به حقوق معنوی پدیدآورندگان این آثار تجاوز کنند، هر چند که قانونگذار ایران از حقوق مادی آنان حمایت نکرده است.

انتقال حق از طریق ارث و وصیت ـ در حقوق فرانسه مقرر شده است که حقوق معنوی پدیدآورنده پس از مرگ او به کسی که به موجب وصیت برای اعمال این حقوق و در واقع برای حفظ حرمت پدیدآورنده و اثر او تعیین شده است منتقل می‌گردد و در صورتی که کسی به موجب وصیت تعیین نشده باشد این حقوق به ورثهٔ پدیدآورنده منتقل می‌شود (مادهٔ ۱۹ قانون ۱۹۵۷). در حقوق ایران نص صریحی در این خصوص دیده نمی‌شود. حتی اگر ظاهر مادهٔ ۴ قانون راملاک قرار دهیم که می‌گوید حقوق معنوی پدیدآورنده "غیرقابل انتقال" است باید بگوئیم این حقوق غیرقابل انتقال از طریق ارث و وصیت است همانطور که نمی‌توان به موجب قرارداد آن را انتقال داد. لیکن این تفسیر از مادهٔ ۴ درست نیست زیرا:

اولاً حمایت از شخصیت پدیدآورنده اقتضا می‌کند که حقوق معنوی او بعد از مرگ به وسیلهٔ کسانی که قائم مقام او هستند اعمال گردد.

ثانیاً، مادهٔ ۴ قانون مذکور این حقوق را محدود به زمان ندانسته و از این رو این حقوق نباید با فوت پدیدآورنده از میان برود.

ثالثاً، از مادهٔ ۲۶ قانون که برای وزارت فرهنگ و هنر بعد از سپری شدن مدت حق مادی پدیدآورنده، عنوان شاکی خصوصی در صورت تجاوز به حقوق معنوی او قائل شده استنباط می‌شود که اعمال حقوق معنوی بعد از فوت پدیدآورنده با کسانی است که وارث حقوق مادی او هستند و بعد از پایان مدت حمایت از حقوق مادی وزارت فرهنگ و هنر* قائم مقام پدیدآورنده در خصوص حقوق معنوی خواهد بود.

باید یادآور شد که چون ورثه ادامه دهندهٔ شخصیت و حافظ احترام پدیدآورنده هستند، بعضی از حقوق معنوی پدیدآورنده که به ایشان منتقل شده رنگ دیگری می‌یابد و اختیارات مربوط به آنان از آنچه خود پدیدآورنده داشته محدودتر است. امتیازات معنوی پدیدآورنده باید در راه مصلحت معنوی متوفی به کار رود، نه در خدمت ورثه. لذا بعضی از علمای حقوق گفته‌اند که اگر ورثه دارای حق ولایت بر اثر و حق حرمت نام و عنوان پدیدآورنده و اثر هستند، حق انتشار آنان مطلق نیست: آنان نمی‌توانند اثری را که پدیدآورنده می‌خواسته است مکتوم بدارد انتشار دهند، همچنانکه

---

*ـ امروزه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

نمی‌توانند از انتشار اثری که پدیدآورنده نشر آن را اراده کرده جلوگیری نمایند.[۱]

بخش پنجم ـ ضمانت اجراء

در حقوق ایران، مانند حقوق کشورهای پیشرفته دیگر، برای تخلف از مقررات قانون و تجاوز به حقوق مادی یا معنوی پدیدآورنده مجازاتهای مدنی و جزائی مقرر شده است. فصل چهارم از قانون حمایت حقوق مؤلفان (مواد ۲۳ به بعد) راجع به تخلفات و مجازاتهاست.

در حقوق فرانسه فصل دوم از عنوان چهارم قانون ۱۹۵۷ (مواد ۷ به بعد) مربوط به ضمانت اجراء است.

ضمانت اجرای حقوق مادی و معنوی پدیدآورنده به موجب قانون ایران شامل چند چیز است:

الف ـ مجازات جزائی

برای تخلف از مقررات قانون و تجاوز به حقوق مادی و معنوی پدیدآورنده مجازات کیفری درنظر گرفته شده است که برحسب مورد تفاوت می‌کند ولی بطور کلی این مجازات حبس تأدیبی و حداکثر آن سه سال است (مواد ۲۳ و ۲۴ و ۲۵ قانون). تعقیب بزه‌های مذکور در این قانون با شکایت شاکی خصوصی شروع و با گذشت او موقوف می‌شود (مادهٔ ۳۱). باید اضافه کنیم که طبق مادهٔ ۳۲ این قانون مواد ۲۴۵ ـ ۲۴۶ ـ ۲۴۷ ـ ۲۴۸ قانون مجازات عمومی که شامل کیفرهائی در این زمینه بوده نسخ شده است.

ب ـ مسئولیت مدنی

طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مؤلف یا هنرمند یا هر کسی که حقوق مادی پدیدآورنده جزئاً یا کلاً به او منتقل شده می‌تواند جبران خساراتی راکه بر اثر تجاوز به این حقوق به او وارد آمده است از متجاوز مطالبه کند. طبق مادهٔ ۲۸ قانون حمایت حقوق مؤلفان هرگاه متخلف شخص حقوقی باشد خسارات شاکی خصوصی از اموال شخص حقوقی جبران خواهد شد و در صورتیکه اموال شخص حقوقی به تنهائی تکافو نکند ما به التفاوت از اموال شخص حقیقی مسئول که جرم ناشی از تصمیم او بوده جبران خواهد شد.

ج ـ درج مفاد حکم در روزنامه

«شاکی خصوصی می‌تواند از دادگاه صادر کنندهٔ حکم نهائی درخواست کند که مفاد حکم در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینهٔ او آگهی شود» (مادهٔ ۲۷).

۱ـ پلانیول ـ ریپروپیکار، ج ۳، ش ۵۷۵.

د ـ جلوگیری از نشر و پخش و عرضهٔ اثر

مجازات مدنی و جزائی متخلف برای احقاق حق پدیدآورنده کافی نیست بلکه در اکثر موارد باید برای جلوگیری از نشر و پخش و عرضه اثر بدون رعایت حقوق پدیدآورنده اقدام شود. این است که مادهٔ ۲۹ قانون مقرر می‌دارد: «مراجع قضائی می‌توانند ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی نسبت به جلوگیری از نشر و پخش و عرضه آثار مورد شکایت و ضبط آن دستور لازم به ضابطین دادگستری بدهند».*

نتیجه

حق مؤلف و هنرمند که می‌توان آن را مالکیت ادبی و هنری نامید در همهٔ کشورهای مترقی امروز مورد توجه و حمایت قانونگذار واقع شده است و هدف از این حمایت حفظ منافع فردی از یک سو و رعایت مصالح اجتماعی از سوی دیگر است.

شک نیست که حمایت از حقوق مادی و معنوی مؤلف و هنرمند موجب تشویق این طبقه و گسترش فرهنگ و هنر خواهد بود. در کشور ما وضع قانون سال ۱۳۴۸ یکی از آرزوهای دیرینه جامعهٔ مؤلفان و مصنفان و هنرمندان را برآورد و کمبودی را که از این لحاظ در حقوق ایران وجود داشت رفع کرد. قبل از این قانون مقررات حمایت از حقوق پدیدآورنده بسیار ناقص بود و بهیچ وجه برای نیازمندیهای اجتماع جدید ما کافی نبود. لیکن امروز خوشبختانه ایران دارای قانون بالنسبه جامعی در این زمینه است که با قوانین کشورهای پیشرفته دنیا قابل مقایسه است. این قانون که از طرحها و لوایح قبلی که در زمینهٔ حق مؤلف و هنرمند تهیه شده[1] بسی کاملتر و جامعتر است شامل اصولی است که در همه کشورهای مترقی برای حمایت از مالکیت ادبی و هنری پذیرفته شده است. درواقع تصویب این قانون قدم بزرگی است که قانونگذار ایران در این راه برداشته است.

معهذا تعمق و پژوهش در قانون مذکور و مطالعات تطبیقی نشان می‌دهد که این قانون دارای نقائصی است. علاوه بر اشکالات جزئی مربوط به شکل که در پیش به آنها اشاره شد، نقائص زیر در این قانون به چشم می‌خورد:

---

*ـ در قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ نیز مجازات حبس از ۳ ماه تا یک سال برای تخلف از مقررات آن قانون پیش بینی شده است (ماده ۷). به علاوه راجع به تخلف شخص حقوقی و جبران خسارات از اموال شخص حقوقی و در صورت عدم کفایت اموال شخص حقوقی، جبران مابه‌التفاوت از اموال شخص حقیقی مسئول نیز مقرراتی در قانون یاد شده آمده است (ماده ۸).

۱ـ برای اطلاع از این طرحها و لوایح رجوع شود به: مشیریان، حق مؤلف و حقوق تطبیقی، ص ۱۹۰ به بعد.

۱ـ اصالت اثر به صورت یک شرط کلی حمایت ذکر نشده است، هرچند که می‌توان آن را از خلال عبارات مختلف قانون استنباط کرد.

۲ـ در بند ۹ از مادهٔ ۲ قانون «اثر فنی که جنبهٔ ابداع و ابتکار داشته باشد» جزو آثار مورد حمایت قانون آورده شده و بنظر می‌رسد که این قسمت زائد باشد زیرا اثر فنی اگر خارج از قلمرو ادب و هنر باشد مشمول این قانون نیست و از طرفی اثر ادبی یا هنری، خارج از اثرهای دیگری که قانون ذکر کرده نخواهد بود.

۳ـ حقوق معنوی پدیدآورنده تعریف نشده وانگهی بطور مطلق "غیرقابل انتقال" معرفی شده در حالی که باید قابل انتقال از طریق ارث یا وصیت باشد.

۴ـ قرارداد نشر یا عرضهٔ اثر در قانون تنظیم نشده و این قرارداد تابع قواعد عمومی معاملات است، با اینکه مناسب آن بود که قانون ایران مانند قانون فرانسه اینگونه قرارداد را تابع قواعد خاصی که متضمن حمایت کافی از مؤلف و هنرمند باشد قرار می‌داد.

۵ـ در مورد مدت حمایت از اثر، قانون ایران درباره اثرهائی که بدون نام مؤلف یا با نام مستعار منتشر می‌شود ساکت است، در حالی که بجا بود مدت خاصی برای حمایت از این آثار تعیین می‌کرد.

۶ـ در مادهٔ ۱۶ مدت حمایت از اثری که حق استفاده از آن به شخص حقوقی واگذار شده باشد سی سال از تاریخ نشر یا عرضه اثر قرار داده شده، با اینکه تفاوتی بین انتقال حق استفاده به شخص طبیعی یا شخص حقوقی نمی‌توان قائل شد و بجا بود که قاعدهٔ استثنائی مذکور برای این مورد مقررنمی‌شد و مورد، تحت شمول مواد ۱۴ و ۱۵ قانون (راجع به مدت استفادهٔ انتقال گیرنده از حق و حمایت از اثر بعد از پایان این مدت) باقی می‌ماند.

منابعی که در تهیهٔ این مقاله به آنها رجوع شده است

الف ـ به زبان فرانسه

1- CABBONNIER (J.), Droit civil, t. II, Paris 1967.

2- COLIN (A), CAPITANT (H.), et JULLIOT de la MORANDIERE (L .), Traité de Droit civil, t.II, Paris 1954.

3- DEBOIS (H.), Le Droit d'auteur en France, 2e édit. Paris 1966.

4- DEBOIS (H.), Le Droit d'auteur, Droit français, Convention de Berne revisée, Paris 1950.

5- Dictionnaire de Droit, t. II, Dalloz, Paris 1966, mise à jour 1969.

6- Encyclopédie DALLOZ, Répertoire de Droit civil, mise à jour 1969, t. IV, propriété littéraire et artistique.

7- Loi française du 11 mars 1957 sur la propriété litteraire et artistique.

8- Le Droit de propriété dans les pays de l'Est, Journées d'étude du 4 au 6 novembre 1963, Bruxelles 1964.

9- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) Droit civil t.II, 2e Vol., Paris 1965.

10- MAZEAUD (J.H.L.), Leçons de Droit civil, t. II, Paris 1962.

11- PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et PICARD (M.) Droit civil français, t. III, Paris 1953, mise à jour 1962.

12- Revue internationale de Droit comparé 1962 n.3, p. 618 et s.

13- Revue internationale du Droit d'auteur, n. specicl L.IV-LV, 1967 - 1968.

14- RIPERT (G.), BOULANGER (J.), Traité de Droit civil, t. II, Paris 1957.

15- SIDJBNSKE-CASTANOS, Droit d'auteur ou copyright, Lausanne 1954.

16- WEILL (A.), Droit civil (Precis Dalloz), t. I, Paris 1969.

ب ـ به زبان فارسی

۱ـ دکتر افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، تهران ۱۳۴۶.

۲ـ سنگلجی، محمد، کلیات عقود ایقاعات و قانون رضاع در اسلام، چاپ ششم.

۳ـ « « « ضوابط معاملات و کلیات عقود و ایقاعات، تهران ۱۳۴۱.

۴ـ دکتر سیدحسن صفائی، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم ۱۳۵۰.

۵ـ فرهنگ دهخدا، کلمهٔ تألیف

۶ـ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸

۷ـ مشیریان، محمد، حق مؤلف و حقوق تطبیقی، تهران ۱۳۳۹.

مقالهٔ پنجم

تصرف در طلب مشاع و اقامهٔ دعوی از سوی شریک در حقوق مدنی ایران[1]

۱ـ در برخی از پرونده‌هائی که در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده مطرح است شریک آمریکائی یک شرکت مدنی علیه دولت ایران یا یک سازمان ایرانی اقامه دعوی کرده است. مثلاً در پرونده شماره ۱۷۴ یک شرکت آمریکائی به نام .Haus International Inc که به اتفاق یک شرکت آلمانی به نام Meaplan قراردادی به اسم قرارداد معماری Architect's Agreement با شرکت سهامی نوسازی و عمران تهران منعقد کرده و نیز با همان شرکت آلمانی یک قرارداد مشارکت Joint Venture Agreement جهت اجرای تعهدات ناشی از قرارداد معماری داشته است علیه دولت ایران و شرکت سهامی مذکور طرح دعوی می‌نماید و خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را می‌خواهد. در این پرونده خواندگان دعوی ضمن ایراد عدم صلاحیت اعلام می‌دارند که شریک آمریکائی یک شرکت مدنی (که شریک دیگر آن یک شرکت آلمانی است) حق اقامه دعوی در دیوان داوری ایران ـ ایالات متحده ندارد.

۱ـ این مقاله در بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (شعبه لاهه) و جهت بهره‌برداری در پرونده‌های طرح شده در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده نگارش یافته و خانم فرشته ریاضی و آقای عیسی آقاجانی در تهیه منابع و مآخذ تحقیق با مؤلف همکاری داشته‌اند.

۲ـ از آنجا که در پرونده شماره ۱۷۴ قانون ایران حاکم است[1] و داشتن حق اقامه دعوی در دیوان داوری منوط به این است که خواهان برطبق حقوق حاکم دارای حق اقامه دعوی در یک دادگاه صلاحیتدار بوده باشد[2]، لذا از بخش تحقیقات دفتر لاهه خواسته شده است که موضوع را در حقوق ایران بررسی نماید. البته فایده این بررسی منحصر به پرونده مذکور نیست بلکه در پرونده‌های دیگر از جمله در پرونده‌های نفتی نیز می‌تواند سودمند باشد.

۳ـ مسأله اساسی که بررسی آن در اینجا مورد نظر است این است که آیا شریک یک شرکت مدنی برطبق حقوق ایران می‌تواند برای احقاق حق دینی مشاع و مشترک که متعلق به همه شرکاء است علیه مدیون اقامه دعوی کند یا نه. لیکن قبل از روشن کردن این مسأله باید دید آیا اشاعه در دیون و حقوق دینی قابل تصور است و آیا مقررات شرکت که در قانون مدنی آمده است در مورد دیون نیز قابل اجراست و آیا شریک یک مال، مشاع می‌تواند بدون رضایت سایر شرکاء در مال مشاع تصرف کند. برای پاسخگوئی به این سئوالات، نخست از اشاعه در طلب سخن می‌گوئیم (الف) و بعد از اینکه روشن شد که مطالبات وحقوق دینی هم می‌توانند مانند اموال عینی مشاع باشند و طلب مشاع نیز اصولاً تابع مقررات حاکم بر شرکت مدنی است، تصرف در مال مشاع را مورد بحث قرار می‌دهیم (ب) و بالاخره اقامه دعوی از سوی شریک راکه یک نوع تصرف در مال مشاع است مورد بررسی قرار می‌دهیم (ج).

ضمناً یادآور می‌شویم که این بررسی برای استفاده داخلی و طرفهای ایرانی است و طرف امریکائی حق استناد به آن را به هیچ وجه ندارد.

الف ـ اشاعه در طلب

۴ـ قانون مدنی ایران در مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ از شرکت و احکام آن و تقسیم اموال مشترک بحث کرده است. طبق ماده ۵۷۱: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.»

شرکت از نظر قانون مدنی با توجه به سبب ایجاد آن ممکن است اختیاری یا قهری باشد (ماده ۵۷۲). «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مال مشاعاً در ازاء عمل چندنفر و نحواینها» (ماده ۵۷۳). اما شرکت قهری در نتیجه یک واقعه غیرارادی مانند در آمیختن دو مال با یکدیگر و ارث بدست می‌آید (ماده ۵۷۴).

۱ـ رجوع شود به تحقیقی که در این پرونده به وسیله پروفسور ورهون انجام شده است، ش ۲ به بعد (شمارهٔ ثبت: ۴۳۶).

۲ـ همان مأخذ، ش ۱۰ به بعد.

بنابراین شرکت در قانون مدنی همان اشاعه است که ممکن است سبب ارادی یا غیرارادی داشته باشد. مواد قانونی مدنی در باب شرکت کلاً از فقه امامیه گرفته شده است و از اینرو برای تفسیر و رفع ابهامات آن مواد باید به فقه رجوع کرد.

۵ـ مقررات شرکت در قانون مدنی اصولاً ناظر به اموال عینی است و در مورد اشاعه در دیون و حقوق دینی نص صریحی در قانون مزبور دیده نمی‌شود. در فقه امامیه این ادریس بر آن است که وصف اشاعه بر دیون عارض نمی‌شود ولی عده‌ای از فقها عقیده دارند که اشاعه دین از نظر حقوقی درست است. مثلاً اگر بستانکار بمیرد و چند وارث داشته باشد طلب او و تعهد مدیون حالت اشاعه پیدا می‌کند[۱] همچنین اگر شرکاء یک ملک مشاع آن را بطور نسیه بفروشند، دینی که بر ذمه مشتری است دارای وصف اشاعه است.

در تحریرالوسیله در تعریف شرکت چنین آمده است: «شرکت عبارت از این است که یک چیز برای دو نفر یا بیشتر باشد و آن یا در عین یا در دین یا در منفعت یا در حق است.»[۲] از این تعریف به وضوح برمی‌آید که موضوع شرکت و اشاعه ممکن است دین باشد و شرکت مدنی اختصاص به اموال عینی ندارند. از پاره‌ای فروع که فقها در مبحث شرکت آورده‌اند (ش ۱۳ و ۱۴) نیز آشکار می‌شود که شرکت و اشاعه در دیون هم جاری است.

بهر حال از کتب فقهی چنین برمی‌آید که قول مشهور در فقه امامیه این است که دیون و مطالبات هم می‌توانند دارای وصف اشاعه باشند[۳] و قانون مدنی هم محمول بر نظر مشهور فقهای امامیه است.

۶ـ علاوه بر مدارک و دلائل فقهی، برای جریان وصف اشاعه و احکام شرکت در مورد دیون در حقوق مدنی ایران می‌توان به دلائل زیر استناد کرد:

اولاً تعریف ماده ۵۷۱ قانون مدنی از شرکت شامل دیون هم می‌شود. به تعبیر دقیقتر کلمه "شیء" که در ماده ۵۷۱ به کار رفته است، هم شامل اموال مادی می‌شود و هم دیون و حقوق دینی را دربرمی‌گیرد.

ثانیاً در حقوق مدنی ایران مال به مفروز و مشاع تقسیم شده است[۴] و مال اعم از اموال مادی و

۱ـ دکتر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران ۱۳۵۷ ص ۱۶۴ و ۱۶۵.

۲ـ «وهی کون شیء واحد لاثنین او ازید. و هی اما فی عین اودین اومنفعة اوحق» (امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۱، چاپ افست از روی چاپ دوم، نجف ۱۳۹۰ هجری قمری، ص ۶۲۲).

۳ـ دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها، صلح، عطایا)، چاپ تهران ۱۳۶۳، ش ۲۳، ص ۴۹. مؤلف در زیرنویس صفحه مذکور، در تأیید نظر مزبور به منابع متعددی از کتب معتبر فقهی ارجاع کرده است.

۴ـ دکتر جعفری لنگرودی، حقوق اموال، چاپ تهران ۱۳۵۶، ش ۹۰، ترمینولوژی حقوق، شماره‌های ۴۶۹۹ و

غیرمادی است.در ماده ۶۸۴ قانون مدنی کلمه مال برای دین به کار رفته است. به موجب این ماده «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی راکه بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.»

ثالثاً ماده ۶۰۶ قانون مدنی که آخرین ماده از فصل شرکت است از تقسیم دینی که بر ذمه میت بوده بین ورثه سخن گفته است و از آن برمی‌آید که اصولاً مفهوم شرکت و تقسیم مال مشترک (مشاع) در مورد دیون هم قابل اجراست. ماده ۸۷۰ قانون مدنی هم از تقسیم ترکه بین وراث سخن گفته که شامل همه اقلام ترکه از جمله دیون است. بنابراین اگر در ترکه فقط مطالبات وجود داشته باشد، پس ازموضوع‌کردن حقوق و دیون متعلق به ترکه، باقیمانده مطالبات بین ورثه تقسیم خواهد شد.[1]

۷ـ از دلائل فوق برمی‌آید که در حقوق مدنی ایران اشاعه در طلب هم قابل تصور است واصولاً طلب مشاع تابع مقررات شرکت مندرج در قانون مدنی است. مسأله‌ای که باقی می‌ماند این است که آیا در پرونده ۱۷۴ طلب مورد ادعا یک طلب مشاع است و به دیگر سخن آیا یک شرکت مدنی بین هاوس (خواهان) و میاپلان بوجود آمده است یا نه. با توجه به اینکه هاوس به اتفاق در قرارداد معماری طرف قرارداد با سازمان ایرانی بوده و به موجب همان قرارداد (سبب واحد) حقوق وتعهدات مشترکی برای آنها ایجاد شده اشاعه و شرکت در باب حقوق و دیون ادعائی صادق است. این مورد قابل مقایسه با موردی است که به علت یک قرارداد اجاره که مالکان ملک مشاع منعقد می کنند طلب مشاعی برای آنان بر ذمه مستأجر ایجاد می‌گردد. اما قرارداد مشارکت Joint Venture Agreement که بین هاوس و میاپلان به عنوان یک قرارداد تبعی و فرعی، جهت اجرای قرارداد اصلی معماری منعقد شده، با اینکه حالت شرکت و اشاعه در حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد معماری را تأیید می‌کند، تأثیر چندانی در بحث ندارد چه قرارداد منشأ دعوی قرارداد معماری است که یک طرف آن سازمان ایرانی و طرف دیگر آن شرکت آمریکائی هاوس و شرکت آلمانی میاپلان است و همین قرارداد حقوق و تعهدات مشترکی ایجاد کرده است که بر طبق حقوق حاکم (حقوق ایران) از مصادیق شرکت و اشاعه است و دراین صورت تفاوت نمی‌کند که قرارداد بین هاوس و میاپلان که Joint Venture Agreement نامیده شده یک نوع Parthnership به مفهوم حقوق انگلیس و آمریکا باشد یا نه. به دیگر سخن آنچه در این بحث مهم است توصیف حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد معماری بر طبق حقوق ایران است و با توضیحات فوق معلوم شد که این حقوق و تعهدات از جمله اموال مشاع و مشمول مفهوم و مقررات شرکت مدنی است.

حال باید دید آیا تصرف یکی از شرکاء در مال مشاع جایز است یا نه.

۴۷۰۲.

۱ـ دکتر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۲۳۷.

ب ـ تصرف در مال مشاع

قاعده کلی

۸ـ در قانون مدنی در مورد تصرف در مال مشاع از سوی یکی از شرکاء موادی دیده می‌شود که برخی از آنها کلی و برخی مربوط به موضوعات خاص است (رجوع شود به ویژه به مواد ۱۱۵ تا ۱۱۹ ـ ۱۲۵ ـ ۱۳۴ ـ ۵۸۱ ـ ۵۸۲ ـ ۵۸۵ قانون مدنی).

از آنجا که هر یک از شرکاء در جزء جزء مال مشاع ذیحق است قاعده کلی این است که هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند بدون اذن شریک یا شرکاء دیگر در مال مشاع تصرف کند و تصرف بدون اذن موجب مسئولیت شریک خواهد بود. این قواعد در مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ و ۵۸۵ قانون مدنی به شرح زیر آمده است:

ماده ۵۸۱: «تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.»

ماده ۵۸۲: «شریکی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.»

ماده ۵۸۵: «شریک غیرمأذون در مقابل اشخاصی که با آنها معامله کرده مسئول بوده و طلبکاران فقط حق رجوع به او دارند.»

۹ـ علاوه بر مواد فوق که کلی است قاعده عدم جواز تصرف در مال مشاع از سوی شریک بدون اجازه شرکاء دیگر در مواد راجع به دیوار مشترک هم به صراحت ذکر شده است. ماده ۱۱۸ قانون مدنی در این باب مقرر می‌دارد:

«هیچیک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد یا روی آن بنا یا سرتیر بگذارد و یا دریچه و رف باز کند یا هر نوع تصرفی نماید مگر به اذن شریک دیگر.»

با اینکه ماده ناظر به دیوار مشترک است قاعده مندرج در آن اختصاص به دیوار مشترک ندارد و در مورد هر مال مشاع قابل اجراست.

باید یادآور شد که چون شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت شرکاء نیست، قاعده تصمیم به اکثریت در این باب اجرا نمی‌شود بلکه کلیه تصمیمات راجع به اداره و تصرف در مال مشترک باید با موافقت همه شرکاء باشد. البته شرکاء می‌توانند با توافق یکدیگر اداره اموال مشترک را به یک شریک یا شخص دیگری واگذار کنند و به هر حال «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرره بین شرکاء خواهد بود» (ماده ۵۷۶).

۱۰ـ قاعده منع تصرف یکی از شرکاء در مال مشترک بدون رضایت شرکاء دیگر در فقه امامیه هم به صراحت مطرح شده است. عبارات زیر که از چند کتاب معروف فقهی به عنوان نمونه ترجمه شده است قاعده مذکور را صریحاً می‌رساند:

تحریرالوسیله: «جایز نیست که یکی از شرکاء در مال مشترک تصرف کند، مگر با رضایت

دیگران بلکه اگر یکی از دو شریک به شریک خود اذن در تصرف داد فقط مأذون مجاز به تصرف است نه اذن دهنده، مگر با اذن شریکش. و بر مأذون واجب است که از نظر کمیت و کیفیت به مقداری که اذن داده شده اکتفا کند.»[۱]

شرایع الاسلام: «هرگاه مال مشترک باشد جایز نیست که یکی از شرکاء در آن تصرف کند، مگر با اذن دیگران و اگر اذن در تصرف به یکی از آنان داده شد، فقط او تصرف می‌کند بدون دیگران و در تصرف، به آنچه اذن داده شده اکتفا می‌نماید.»[۲]

شرح لمعه: «هیچ یک از شرکاء نمی‌تواند در مال مشترک تصرف کند، جز به اذن همه، زیرا تصرف در مال غیر بدون اذن او عقلاً و شرعاً ممنوع است و در صورت حصول اذن، باید به مقداری که اذن داده شده است اکتفا شود. پس اگر مأذون از حدود اذن تجاوز نماید ضامن است.»[۳]

۱۱ـ از آنچه گفتیم آشکار شد که تصرف در مال مشاع اصولاً نیاز به موافقت همه شرکاء دارد و تصرف یکی از شرکاء در مال مشترک ممنوع و موجب مسئولیت او خواهد بود. فلسفه این قاعده چنانکه اشاره کردیم آن است که هر جزء از اجزاء مال مشاع متعلق به همه شرکاء است پس اگر یکی از شرکاء در آن بدون اذن شریک دیگر تصرف کند درواقع تصرف در مال غیر کرده است و شک نیست که تصرف در مال غیر بدون اجازه مالک ممنوع است و در صورتی که زیانی به آن به مالک وارد شود متصرف ضامن خواهد بود. حتی می‌توان گفت قاعده منع تصرف در مال غیر یک قاعده عقلی و از بدیهیات حقوقی است که در همه نظامهای حقوقی پذیرفته شده و نیازی به استدلال ندارد.

معهذا نباید تصور کرد که شریک مال مشاع نمی‌تواند بدون اذن شریک یا شرکاء دیگر هیچگونه تصرفی حتی در حصه مشاع خود انجام دهد. برخی از تصرفات حقوقی در سهم مشاع نیازی به اجازه شریک دیگر ندارد.

۱ـ «لایجوز لبعض الشرکاء التصرف فی مال المشترک الابرضا الباقین، بل لواذن احد الشریکین لشریکه فی التصرف جازللمأ ذون دون الآذن الاباذن صاحبه و یجب علی المأ ذون ان یقتصرعلی المقدارالمأذون کماو کیفا»... (تحریرالوسیله، ج ۱، کتاب شرکت، مسأله ۲، ص ۶۲۳).

۲ـ «اذااشترک المال لم یجز لاحدالشرکاء التصرف فیه الامع اذن الباقین. فان حصل الاذن لاحدهم، تصرف هودون الباقین و یقتصر من التصرف علی ما اذن فیه... » (شرایع الاسلام، ج ۲، چاپ نجف ۱۳۸۹ هجری قمری، ص ۱۳۰).

۳ـ «ولیس لاحدالشرکاء التصرف فی المال المشترک الاباذن الجمیع لقبح التصرف فی مال الغیر بغیراذنه عقلاً و شرعاً و یقتصر من التصرف علی المأ ذون علی تقدیر حصول الاذن. فان تعدی المأ ذون ضمن» (شرح لمعه، ج ۱، چاپ افست از روی چاپ سنگی عبدالرحیم، کتاب شرکت، ص ۴۳۶).

تصرفات حقوقی

۱۲ـ تصرفات حقوقی در سهم مشاع که زیانی برای شرکاء دیگر ندارد مجاز شناخته شده است. مثلاً به موجب ماده ۵۸۳ قانون مدنی «هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند. بنابراین انتقال سهم مشاع از سوی شریک از طریق بیع یا قرارداد دیگر مجاز است. این نوع تصرف در واقع تصرف در مال غیر محسوب نمی‌شود چه شریک حصه خود از مال مشاع را منتقل می‌کند نه سهم یا حق دیگران را و از این رو این گونه تصرف نیازی به اجازه شریک دیگر ندارد. همچنین شریک می‌تواند سهم مشاع خود را اجاره دهد و عقد اجاره بدون اذن شریک دیگر نافذ است لیکن تسلیم عین مستأجره از آنجا که مستلزم تصرف در مال غیر است «موقوف است به اذن شریک» (ماده ۴۷۵). بدین ترتیب وقف مال مشاع هم جایز است (ماده۵۸) ولی دادن آن به تصرف وقف باید با اذن سایر شرکاء باشد.

۱۳ـ بعضی از استادان حقوق در توضیح کلمه تصرف در ماده ۵۸۱ گفته‌اند «منظور از تصرف مذکور در ماده تصرف مادی از قبیل سکونت در خانه، تعمیر، تخریب و امثال ان می‌باشد ولی هرگاه تصرف غیرمادی باشد مانند فروش، اجاره، رهن، هبه و امثال آن موجب تصرف در سهام شرکاء دیگر نخواهد بود.»[۱]

بعضی دیگر از استادان در این خصوص چنین اظهار نظر کرده‌اند:

«اشاعه مانع از تصرف هر شریک در مال خود نمی‌شود، مگر اینکه تصرف او ملازمه با دخالت در حق دیگران داشته باشد. بنابراین تصرفی راکه شریک در حصه خود می‌کند نباید فضولی پنداشت.»[۲]

با توجه به این عبارات می‌توان ضابطه‌ای جهت تصرفات مجاز شریک در حصه مشاع خود به شرح زیر به دست داد:

تصرفات حقوقی و غیرمادی شریک (مانند بیع و اجاره) در حصه مشاع خود که موجب دخالت در حق شرکاء دیگر نباشد مجاز است و نیازی به اذن دیگران ندارد. اما اگر همین تصرفات ملازمه با دخالت در حقوق دیگران داشته باشد و به ویژه اگر موجب زیان شرکاء دیگر باشد ممنوع است.

وصول طلب مشاع

۱۴ـ از جمله تصرفات ممنوعه و غیرمجاز وصول طلب مشاع است. هیچیک از شرکاء نمی‌تواند طلب مشاع یا جزئی از آن را بدون اذن شریک دیگر وصول کند، چه این امر تصرف در مال

۱ـ دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ تهران ۱۳۶۲، ص ۱۳۲.

۲ـ دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها، صلح، عطایا)، ش ۲۲، ص ۴۸.

غیر و موجب زیان شریک دیگر است. بعضی از فقهای بزرگ امامیه به این قاعده تصریح کرده‌اند. در جامع الشتات در این باب سؤال و جواب جالبی به شرح زیر آمده است:

سؤال: «زید و عمرو شریک بودند و طلبی از بکر داشتند زید نصف حصه خود را حواله کرد که بکر به عمرو بدهد و مواجهه ثلثه شد و بکر تمام طلب زید را داد و به عمرو هیچ نداد. آیا عمرو بقدر حصه می‌تواند از زید مطالبه بکند از آنچه گرفته است؟»

جواب: «بدانکه اشهر و اظهر این است که هرگاه دو نفر یا بیشتر شریک باشند در مالی خواه قیمت مبیع باشد یا میراث و خواه مال الشراکه واحدی از شرکاء استیفای مساوی مجموع حق خود را یا بعض آن را بکند مختص او نخواهد بود و آن شریک دیگر را می‌رسد که بقدر الحصه مطالبه حق خود را بکند از آن مال و ادله بسیار از اخبار و اجماع منقول و دلیل عقلی دلالت بر آن دارد... »

از سؤال و جواب فوق به خوبی استنباط می‌شود که اولاً شرکت و اشاعه در دیون هم قابل تصور است ثانیاً مقررات شرکت برای اموال عینی و دینی اصولاً یکسان است ثالثاً استیفاء طلب مشاع جزئاً یا کلاً از سوی یکی از شرکاء بدون اذن شریک دیگر ممنوع و موجب مسئولیت اوست.

۱۵ـ در تذکرة الفقهاء تألیف علامه حلی که از بزرگان فقه امامیه است درباره این مسأله چنین آمده است:

«اگر برای دو نفر طلبی به سبب واحد مانند عقد یا میراث یا اتلاف یا غیر آن باشد پس یکی از آنان چیزی از آن را وصول کند دیگری در آن مشارکت خواهد داشت و این ظاهر نظریه ابن حنبل است زیرا روایت معاویه بن عمار از حضرت صادق علیه السلام که در مسأله پیشین ذکر شد مفید این معنی است و نیز تملیک مال وصول شده به قابض (دریافت کننده) مقتضی تقسیم دین در ذمه بدون رضایت شریک می‌باشد که باطل است پس باید آنچه اخذ شده برای هر دو و بقیه هم مشترک بین آنان باشد و شریک غیرقابض حق دارد برای نصف مال دریافت شده به قابض رجوع کند اعم از اینکه در دست او باقی یا از آن خارج شده باشد. همچنین شریک غیرقابض می‌تواند به مدیون رجوع کند زیرا حق در ذمه او برای هر دو شریک بطور مساوی ثابت بوده و او حق نداشته است حق یکی از آنان را به دیگری تسلیم کند... »

از عبارات فوق نیز به وضوح برمی‌آید که وصول طلب مشاع از سوی یکی از شرکاء بدون رضایت شریک دیگر تصرفی غیرمجاز و موجب ضمان دریافت کننده است.

بطور کلی از آنچه راجع به تصرف در مال مشاع گفته شد این نتیجه گرفته می‌شود که تصرفات شریک در مال مشاع که موجب دخالت در حق دیگران باشد و از جمله وصول طلب مشاع نیاز به رضایت شریک یا شرکاء دیگر دارد و تصرف بدون اذن ممنوع و موجب مسئولیت است. حال باید آیا اقامه دعوی از سوی شریک برای استیفاء حق مشاع جزء تصرفات ممنوعه است یا نه؟

ج ـ اقامه دعوی از سوی شریک

۱۶ـ در مورد اقامه دعوی از سوی شریک مال مشاع سه فرض قابل تصور است: ۱ـ شریک برای استیفاء حقوق همه شرکاء اقامه دعوی می‌کند ۲ـ شریک فقط برای استیفاء حصه مشاع خود اقامه دعوی می‌کند، بدون اینکه اقامه دعوی ملازمه با دخالت در حقوق دیگران داشته باشد ۳ـ شریک برای استیفاء حق مشاع خود اقامه دعوی می‌کند ولی قبول دعوی مستلزم دخالت در حق دیگران است. اینک هر یک از این سه فرض را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

فرض اول ـ اقامه دعوی برای استیفاء حقوق همه شرکاء

۱۷ـ در این فرض، مسأله این است که آیا یکی از شرکاء مال مشاع حق دارد برای استیفاء حقوق همه شرکاء اقامه دعوی کند. مثلاً آیا یکی از شرکاء طلب مشاع می‌تواند برای وصول همه طلب (نه فقط حصه مشاع خود) به دادگاه رجوع نماید؟

شک نیست که اقامه دعوی برای استیفاء حق دیگران یک نوع تصرف در مال غیر است که نیاز به اجازه آنان دارد. بنابراین شریکی که مأذون از سوی شرکاء دیگر نیست نمی‌تواند جهت استیفاء حقوق آنان اقدام کند و عمل او نسبت به سهم دیگران غیرنافذ است، هر چند که ممکن است نسبت به حصه مشاع خود نافذ باشد.

این قاعده هم با اصول مالکیت و هم با اصول آئین دادرسی قابل توجیه است. مطابق اصول آئین دادرسی از شرایط اقامه دعوی آن است که خواهان باید دارای نفع intérêt و سمت qualité باشد[1] و شریک مال مشاع جهت اقامه دعوی به منظور استیفاء حقوق سایر شرکاء نه ذینفع است و نه دارای سمت. اصولاً در دعوای مبتنی بر نقض یک حق فردی مانند حق مالکیت یا حق طلب فقط دارنده حق است که شایستگی قانونی برای اقامه دعوی دارد.[2]

۱۸ـ بنابراین شرکت آمریکائی هاوس که بر فرض ثبوت حق، دارای سهمی از طلب مشاع است نمی‌تواند کل دین را مطالبه کند و به تعبیر دیگر، برفرض اینکه دارای حق اقامه دعوی نسبت به حصه مشاع خود باشد نمی‌تواند سهم و حق شریک دیگر را مطالبه نماید. دعوی نسبت به سهم شریک دیگر هم از لحاظ اینکه دخالت و تصرف در حق غیر است و هم از لحاظ اینکه خواهان دارای نفع و سمت برای چنین دعوائی نیست غیرقابل استماع است. مضافاً بر ایکه قبول دعوی نسبت به سهم شریک دیگر دارای این تالی فاسد است که ممکن است شریک آلمانی (میاپلان) برای استیفاء حق خود در دادگاه صلاحیتدار دیگری اقامه دعوی کند و حکم به نفع او صادر و اجرا شود و در این

1- J. VINCENT,S. GUINCHARD, Procédure civile, 20e éd. Paris 1981, n.24 s., / pp. 46 s.

۲ـ همان کتاب، ش ۲۸، ص ۵۲.

صورت خوانده دعوی برای یک دین دوبار محکوم شده و ناچار است سهم خواهان از طلب را دوبار پرداخت کند و این غیرقابل قبول است.

باید اضافه کرد که اذن شریک آلمانی هم در این باب تأثیری ندارد، چه صلاحیت دیوان داوری ایران ـ ایالات متحده محدود به پاره‌ای دعاوی اتباع آمریکائی (یا ایرانی) است و دیوان صلاحیت ندارد به دعوی شرکاء غیرامریکائی آنان یا سهم ادعائی آن شرکاء از حق مشاع و مشترک رسیدگی کند.

فرض دوم ـ اقامه دعوی نسبت به حصه مشاع

۱۹ـ هرگاه شریک مال مشاع نسبت به حصه مشاع خود طرح دعوی کند و فقط احقاق حق خود را مطالبه نماید بدون اینکه تسلیم محکوم به را بخواهد، ظاهراً این گونه اقامه دعوی تصرف در حق دیگران محسوب نمی‌شود و اشکالی ندارد. وقتی که شریک مال مشاع می‌تواند نسبت به سهم خود عمل حقوقی ناقل انجام دهد (ماده ۵۸۳) به طریق اولی باید بتواند در مورد آن برای احقاق حق خود اقامه دعوی کند که یک عمل حقوقی تأمینی conservatoire یا اداری administratif است. مثلاً یکی از مالکین ملک مشاع علیه غاصب اقامه دعوی می‌کند و خلع ید او را از دادگاه می‌خواهد. در این صورت ممکن است دادگاه به نفع او حکم کند و چون خواهان در هر یک از اجزاء ملک ذیحق است خلع ید در مقام اجرای حکم نسبت به کلیه مال مشاع به عمل خواهد آمد، هر چند که نمی‌توان ملک را به تصرف محکوم له داد، مگراینکه سایر شرکاء بدان رضایت بدهند (ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مصوب آبانماه ۵۶).

همچنین اگر یکی از بستانکاران طلب مشاع نسبت به حصه خود اقامه دعوی کند، دادگاه به دعوی رسیدگی می‌کند و ممکن است به نفع خواهان حکم صادر کند ولی نمی‌توان محکوم به را به او تسلیم کرد چه محکوم به، بنابر مفروض، جزئی از مال مشاع است که همه شرکاء در آن ذیحقند و وضع ید و تصرف یکی از شرکاء در آن بدون اجازه شرکاء دیگر، تصرف در مال غیر محسوب و ممنوع است.

به طور خلاصه به نظر می‌رسد که اصولاً اقامه دعوی از سوی یک شریک نسبت به حصه مشاع خود مجاز است. لیکن دادگاه یا مأمور اجرا نمی‌تواند محکوم به را به او تسلیم کند، مگر اینکه سایر شرکاء بدان رضایت دهند. این یک قاعده کلی است که در دادگاههای داخلی مطرح می‌شود. اما در دیوان داوری طرح این گونه دعوی از سوی شریک اشکال دیگری دارد که ذیلاً آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

فرض سوم ـ اقامه دعوی که قبول آن مستلزم تصرف در حق دیگران باشد

۲۰ـ هرگاه قبول دعوی نسبت به سهم مشاع ملازمه با دخالت و تصرف در حق شریک دیگر

داشته باشد می‌توان گفت شریک دارای حق اقامه دعوی نیست. در یک دادگاه داخلی تصور چنین فرضی دشوار است اما در یک دادگاه بین المللی مانند دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده چنین فرضی قابل تصور است. در این دادگاه قبول دعوی و صدور حکم به نفع خواهان مستلزم پرداخت محکوم به، به اوست. به تعبیر دیگر، به محض اینکه دیوان حکمی به نفع خواهان صادر کند مبلغ محکوم به طبق دستور رئیس دادگاه از حساب تضمینی برداشت و به او پرداخت خواهد شد. اگر محکوم به سهمی از طلب مشاع باشد، وضع تفاوت نمی‌کند یعنی در این فرض نیز محکوم به تحویل محکوم له خواهد شد و بدینسان وضع ید او بر مال غیر مسلم خواهد گردید.

بنابراین از آنجا که اقامه دعوی هاوس در پرونده ۱۷۴ حتی نسبت سهم مشاع خود و قبول آن از سوی دادگاه به دخالت و تصرف در حق شریک دیگر (میاپلان) و اضرار او منتهی خواهد شد، می‌توان گفت خواهان دارای حق اقامه چنین دعوائی نیست و دادگاه نباید این دعوی را بپذیرد.

افرازدین

۲۱ـ ممکن است گفته شود: با قبول اینکه طلب مشاع مانند سایر اموال مشترک تابع مقررات شرکت مدنی است، پس یکی از شرکاء می‌تواند طبق ماده ۵۸۹ تقاضای تقسیم نماید و دادگاه باید به این تقاضا ترتیب اثر دهد.

در پاسخ می‌توان گفت:

اولاً بنا به قول مشهور فقهای امامیه که قانون مدنی محمول بر آن است افراز دین ممنوع و دعوی افراز دین در دادگاه شنیده نمی‌شود. مثلاً اگر بستانکار بمیرد و چند وارث داشته باشد طلب بین آنان مشاع است ولی یکی از آنان نمی‌تواند افراز طلب مشاع را از دادگاه بخواهد. «فرض کنید که بدهکاران آن طلب دو نفرند یکی از ورثه می‌خواهد حصه خود را از یکی از دو بدهکار بگیرد و کاری با بدهکار دیگر نداشته باشد» لذا دادخواست افراز می‌دهد. بنابر نظریه مذکور دادگاه نمی‌تواند دعوی را استماع کند. امامیه در این مورد احادیث صریح دارند و قول مشهور مبتنی بر این احادیث است.[۱]

علامه در این خصوص می‌گوید: «تقسیم دین از آنجا که تعین نیافته (یعنی مصداق خارجی آن مشخص و معلوم نشده است) درست نیست پس اگر دو شریک آنچه راکه در ذمه است تقسیم کنند قسمت صحیح نیست و حاصل برای هر دو و آنچه تلف شده از هر دو نفر است.»[۲]

۱ـ دکتر جعفری، دائرةالمعارف علوم اسلامی (قضائی)، ج ۲ چاپ تهران بدون تاریخ، ص ۶۷۸ و ۶۷۹. در صفحه ۶۸۰ کتاب، به منابع معتبر فقهی که این نظریه در آنها عنوان شده ارجاع گردیده است.

۲ـ «لاتصح قسمة الدین لعدم تعینه فلوا قتسم الشریکان ما فی الذمم لم تصح القسمة وکان الحاصل لهما و التالف منهما» (تذکره، ج ۲، ص ۴).

بنابراین نظر، طلب مشاع تا موقعی که استیفاء نشده، به علت عدم تعین و مشخص نبودن آن در خارج، از اموال غیرقابل تقسیم است. و این منافاتی با قانون مدنی ندارد چه قانون مزبور غیرقابل تقسیم بودن بعضی از اموال را پیش بینی کرده (بند آخر ماده ۵۸۹ و مواد ۵۹۴ ـ ۵۹۵ و ۵۹۷)، هرچند که تصریحی به غیرقابل تقسیم بودن دین نکرده است. البته هنگامی که دین استیفاء شد و مصداق خارجی آن مشخص و حق دینی به یک مال عینی تبدیل گردید بستانکار علی القاعده می‌تواند تقسیم آن را از دادگاه بخواهد.

ثانیاً بر فرض اینکه دین مشاع اصولاً قابل تقسیم باشد دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده صلاحیت رسیدگی به دعوای افراز را ندارد چه شک نیست که صلاحیت این دادگاه استثنائی و محدود به مواردی است که در بیانیه حل و فصل شده است و دعوی افراز از جمله دعاویی نیست که صلاحیت رسیدگی به آنها به دیوان اعطاء گردیده است.

ثالثاً دعوی افراز طبق اصول باید علیه شریک یا شرکاء دیگر اقامه شود و شک نیست که خواهان پرونده ۱۷۴ چنین دعوائی علیه شریک خود مطرح نکرده و نمی‌توانسته است مطرح کند.

۲۲ـ از آنچه گفته شد می‌توان در رابطه با پرونده شماره ۱۷۴ چنین نتیجه گیری کرد:

ـ از آنجا که طلب ادعائی خواهان از قرارداد بین سازمان ایرانی از یک سو و شرکت امریکائی هاوس و شرکت آلمانی میاپلان از سوی دیگر ناشی شده و دارای سبب واحد است یک مال مشاع و مشترک محسوب و اصولاً تابع مقررات شرکت مندرج در قانون مدنی ایران است.

ـ از آنجا که طبق اصل کلی شریک مال مشاع نمی‌تواند بدون موافقت شریک دیگر در آن مال تصرف کند و تصرف در مال مشترک بدون اذن شریک دیگر موجب مسئولیت است، شرکت آمریکائی خواهان نیز نمی‌تواند بدون اذن شریک آلمانی خود در طلب مشترک تصرف کند بویژه نمی‌تواند تمام یا سهمی از آن را وصول نماید.

ـ شرکت خواهان به هیچ وجه نمی‌تواند نسبت به حق شریک خود اقامه دعوی کند چه این عمل هم تصرف در مال غیرمحسوب و هم برخلاف اصول آئین دادرسی است و بدین لحاظ غیرنافذ است.

ـ همچنین شرکت آمریکائی خواهان نمی‌تواند در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده نسبت به حصه مشاع خود از طلب ادعائی اقامه دعوی کند زیرا قبول این دعوی با دخالت در حق غیر و اضرار به شریک از طریق وصول محکوم به ملازمه دارد و این گونه تصرف در مال مشترک ممنوع است.

ـ خواهان نمی‌تواند افراز و تقسیم سهم خود را از دیوان بخواهد زیرا افراز دین بر طبق نظر مشهور فقهای امامیه درست نیست و بر فرض اینکه درست باشد دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به این دعوی را ندارد.

مقاله ششم

شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی*

مقدمه

۱ـ به موجب مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴[1] قانونگذار سن ۱۸ سال

---

*ـ این مقاله در نشریهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره بیست و پنجم ۱۳۶۹، به چاپ رسیده است. قابل ذکر است که ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی که در این مقاله مورد بحث واقع شده به تصویب نرسیده و متن ماده ۱۲۱۰ اصلاحی که مصوب کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی بوده، به رغم اشکالات آن، عیناً در سال ۱۳۷۰، مورد تأیید مجلس قرار گرفته است.

۱ـ ماده ۱۲۰۹ پیشین قانون مدنی: «هر کس که دارای هجده سال تمام نباشد در حکم غیررشید است. معذالک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود.»

ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی: «هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به ۱۸ سال تمام به عنوان جنون یا عدم

تمام شمسی را برای اهلیت تصرف و استیفاء، در مورد پسر و دختر، تعیین کرده بود. در واقع نویسندگان قانون مدنی سن ۱۸ سال تمام را به عنوان اماره قانونی رشد درنظر گرفته بودند. لیکن این اماره تغییرپذیر بود. بدین معنی که هم رشد شخص پس از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و قبل از هجده سالگی قابل اثبات بود و هم عدم رشد او بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام. به دیگر سخن، قانون با توجه به عرف و اوضاع و احوال و مصلحت جامعه، شخصی را که به سن ۱۸ سال تمام رسیده بود رشید فرض می‌کرد و در معاملات و اعمال حقوقی به او آزادی و استقلال می‌داد، مگر اینکه جنون یا عدم رشد (سفه) او در دادگاه ثابت می‌شد. همچنین به فردی که به سن پانزده سال تمام رسیده بود اجازه می‌داد که با اثبات رشد در محکمه از حجر خارج گردد. نظر کلی حقوقدانان و فقهائی که دست اندر کار مسائل قضائی و قانونگذاری بودند بر این بود که مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ مباینتی با فقه امامیه ندارد، چه مواد مزبور سن بلوغ شرعی را تغییر نداده و فقط در راه مصلحت جامعه و بر اساس ظاهر و غلبه اماره‌ای برای رشد که یکی از شرایط اهلیت و خروج از حجر در فقه اسلامی است تعیین کرده است.

۲ـ بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، به سال ۱۳۶۱، ضمن اصلاحاتی که بوسیله کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی در قانون مدنی، به منظور انطباق کامل آن با فقه امامیه، به عمل آمد ـ اصلاحاتی که به طور آزمایشی به مدت پنج سال لازم الاجرا شناخته شد ـ ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی حذف و ماده ۱۲۱۰ به شرح زیر اصلاح گردید:

«هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱ـ سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲ـ اموال صغیری راکه بالغ شده است در صورتی می‌توان به او دادکه رشد او ثابت شده باشد.»

۳ـ قابل ذکر است که ماده ۱۲۰۹ در متن نخستین مواد اصلاحی منتشر در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی و مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱ [1] حذف نشده بود ولی به موجب نامهٔ شمارهٔ ۴۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۱ رئیس کمیسیون امور قضائی به عنوان شورای عالی قضائی اعلام گردید که «ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی در مصوبه کمیسیون امور قضائی حذف گردیده است و درج آن در مجموعه‌های چاپ شده اشتباه است.» [2]

رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.»

۱ـ مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱، نشریه سازمان روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۶۳ به بعد.

۲ـ مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲، نشریه همان سازمان، ص ۴۴۵.

بدیهی است که با اصلاح ماده ۱۲۱۰ به شرح فوق و لغو سن هجده سال به عنوان اماره رشد و سن اهلیت قانونی، ماده ۱۲۰۹ می‌بایست حذف گردد و آن ماده قابل جمع با ماده ۱۲۱۰ اصلاحی نبود.

۴ـ نظر به اهمیت موضوع، در این مقاله نخست ماده ۱۲۱۰ اصلاحی را که اشکالات علمی و عملی متعددی دارد مورد بحث قرار می‌دهیم و سپس از ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی، براساس متنی که به تصویب کمیسیون امور قضائی مجلس رسیده و طی گزارشی از کمیسیون به مجلس تقدیم شده است، سخن می‌گوئیم و بالاخره به نتیجه گیری از بحث می‌پردازیم.

بخش اول ـ مادهٔ ۱۲۱۰ اصلاحی

۵ـ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی، به شرحی که در فوق ذکر شد، مشتمل بر یک عبارت اصلی و دو تبصره است. در عبارت اصلی که قسمت اول ماده را تشکیل می‌دهد مقرر شده است که «هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.» ظاهر عبارت مفید این معنی است که انسان با رسیدن به سن بلوغ شرعی از حجر خارج شده، در معاملات و اعمال حقوقی خود استقلال پیدا می‌کند، مگر اینکه جنون یا عدم رشد او در دادگاه ثابت گردد. تفاوت این عبارت با مادهٔ ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی در این است که در مادهٔ پیشین رسیدن به سن هجده سال تمام، جز در صورت اثبات جنون یا سفه، موجب خروج از حجر شناخته شده بود، لیکن در مادهٔ اصلاحی رسیدن به سن بلوغ شرعی موجب رفع حجر است، مگر اینکه جنون یا عدم رشد در دادگاه ثابت گردد.

۶ـ در تبصره یک مادهٔ ۱۲۱۰ اصلاحی سن بلوغ بر اساس فقه امامیه تعیین شده است. این سن در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال قمری است. در قانون مدنی، قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۱، به سن بلوغ شرعی اشاره نشده بود. البته قانونگذار در پاره‌ای مواد از جمله مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مدنی کلمه بالغ را بکار برده ولی آن را تعریف نکرده بود. بنابراین تعیین سن بلوغ در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ بر اساس فقه امامیه از اضافات و الحاقات جدید است. باید اضافه کرد که سن پانزده سال در پسر و سن ۹ سال در دختر درواقع اماره بلوغ طبیعی و فیزیولوژیکی است که در حقوق اسلامی منشأ اثر حقوقی تلقی شده است ولی نشانه منحصر به فرد بلوغ نیست. چنانکه فقهای امامیه گفته‌اند، بلوغ دارای نشانه‌های دیگری نیز می‌باشد که با اثبات هر یک از آنها شخص بالغ محسوب می‌گردد.[۱]

۱ـ این نشانه‌ها عبارت از روئیدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی و بیرون آمدن نطفه از مخرج معتاد. حیض و بارداری بنابر فقه امامیه از نشانه‌های بلوغ به شمار نیامده، هرچند که کاشف از آن است که بلوغ قبلاً

۷ـ در تبصره دو مادهٔ ۱۲۱۰ قاعده‌ای آمده است که آن نیز مبتنی بر قرآن و فقه است. به موجب این تبصره تسلیم اموال صغیر به او پس از بلوغ مشروط به اثبات و احراز رشد شده است، یعنی اگر مالی از صغیر در دست ولی یا شخص دیگری باشد، پس از رسیدن صغیر به سن بلوغ، در صورتی مال مزبور به تصرف او داده خواهد شد که رشدش ثابت شده باشد. مبنای اصلی این قاعده آیه ۶ از سوره نساء است.[۱]

اشکالی که در بادی نظر در ماده ۱۲۱۰ اصلاحی به چشم می‌خورد تعارض قسمت اول ماده با تبصره ۲ آن است که تفسیرهائی در جهت حل آن ارائه شده است.

الف ـ تعارض قسمت اول ماده با تبصرهٔ ۲ آن

۸ـ چنانکه گفتیم، از ظاهر قسمت اول مادهٔ ۱۲۱۰ چنین برمی‌آید که صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ از حجر خارج می‌شود و دیگر نمی‌توان او را محجور تلقی کرد، مگر اینکه عدم رشد یا جنون او در دادگاه ثابت شده باشد، حال آنکه تبصره ۲ ماده دادن اموال صغیر را به او، حتی پس از رسیدن به سن بلوغ، منع می‌کند، مگر آنکه رشد او ثابت شده باشد. بنابراین، تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ با اصل ماده ظاهراً متعارض است. به موجب اصل ماده، صغیر با رسیدن به سن بلوغ اصولاً از حجر خارج می‌گردد و در اعمال حقوقی خود استقلال پیدا می‌کند و واجد اهلیت شناخته می‌شود، در حالی که طبق تبصره ۲ رسیدن به سن بلوغ برای خروج از حجر کافی نیست و برای تحقق اهلیت و رفع حجر، علاوه بر بلوغ، رشد هم لازم است. در اصل ماده، خروج از حجر یک شرط دارد که عبارت از بلوغ است؛ لیکن در تبصره ۲، برای خروج از حجر و دادن اموال به تصرف صغیر و استقلال مالی وی، دو شرط مقرر شده است: یکی بلوغ و دیگری رشد.

از آنجا که اصولاً قانونگذار قانون متعارض وضع نمی‌کند و نباید کار غیرمعقولی را به قانونگذار نسبت داد، کوششهائی از سوی حقوقدانان و مراجع قضائی، برای حل تعارض ظاهری، از طریق تفسیر مادهٔ ۱۲۱۰، به عمل آمده است که ذیلاً آنها را مورد بحث قرار می‌دهیم.

حاصل شده است (شرایع، چاپ عبدالرحیم، ص ۱۰۸؛ تحریرالوسیله، چاپ قم، جلد ۲، کتاب الحجر، مسألهٔ ۳، ص ۱۳).

۱ـ «وابتلواالیتامی حتی اذابلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» (یتیمان را آزمایش کنید پس اگر در آنان رشدی یافتید، اموالشان را به آنان بدهید).

ب ـ نظریه‌های مختلف در حل تعارض

سه نظریه در حل تعارض بین صدر و ذیل ماده ۱۲۱۰ ارائه شده که یکی از کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی و دومی از یکی از استادان حقوق و سومی از هیأت عمومی دیوانعالی کشور است.

۱ـ نظر کمیسیون استفتائات

۹ـ برای حل تعارض، کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی نظریه‌های متعددی در پاسخ به سئوالات مطروحه صادر کرده است که تفاوت اساسی با هم ندارند.

نخست در نظریه مورخ ۶۲/۷/۲۶ اعلام کرده است که: «ماده ۱۲۱۰ ناظر به حکم به حجر است در اموال وی و تبصره ۲ منضم به ماده ناظر است به اداره مال صغیر که در اختیار دیگری است که با احراز رشد پس از بلوغ به وی ادا می‌شود والا دراختیار وی باقی خواهد ماند».[۱]

سپس کمیسیون مزبور درنظریهٔ مورخ ۶۲/۱۲/۱۸ ضمن توضیح بیشتر درباره موضوع، اعلام داشته است که:

«... برابر ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، اصل بر رشد دختر و پسر پس از رسیدن به سن بلوغ است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. با وجود این با توجه به تبصره ۲ ماده مذکور، اموال دختر و پسری که به سن بلوغ رسیده‌اند نمی‌توان به تصرف آنها داد، مگر اینکه رشدشان ثابت شده باشد... »[۲]

بالاخره همان کمیسیون در نظریه مورخ ۱۳۶۳/۲/۸ که مشروحتر از نظریه‌های قبلی است باوضوح بیشتری اعلام داشته است که موضوع ماده ۱۲۱۰ اصلاحی غیر از موضوع تبصره ۲ ماده است: اصل ماده ۱۲۱۰ مربوط به اموالی است که در زمان بلوغ در تصرف صغیر است. نسبت به این اموال مجرد بلوغ کافی برای رفع حجر و استقلال صغیر در تصرف است. اما در مورد اموالی که قبل از بلوغ صغیر در تصرف دیگری بوده، به محض رسیدن مالک به سن بلوغ نمی‌توان آنها را تحویل صاحب آن داد و رفع حجر نسبت به این اموال منوط به احراز رشد است.[۳]

۱ـ مجموعه پاسخ وسؤالات از کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی، جلد اول، ۱۳۶۲، ص ۱۷.

۲ـ همان مأخذ، ص ۱۹.

۳ـ برای مزید اطلاع متن پاسخ کمیسیون استفتائات عیناً به شرح زیر نقل می‌شود:

«به موجب مفاد ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی و مفاد تبصره یک آن، هر کسی که به سن بلوغ رسیده است نسبت به اموال و املاکی که در ید او قرار دارد تسلط و حق تصرف را دارد و هیچ کس اعم از ولی قهری و قیم من قبله و حاکم شرع نمی‌تواند او را به دلیل عدم ثبوت رشد یا عقل از تقلب و تصرف در چنین اموال (اموالی که تحت ید بالغ است) محجور و ممنوع نماید، بلکه مجرد بلوغ کافی است در اینکه او مستقل در تمام

۱۰ـ این تفسیر با اینکه با ظاهر ماده وفق می‌دهد از جهات زیر قابل ایراد است:

اولاً از نظر منطقی درست نیست، چه اگر خروج از حجر متوقف به احراز رشد باشد، چه فرق می‌کند که اموال صغیر در زمان رسیدن به حد بلوغ در تصرف خود او باشد یا در تصرف شخص دیگر؟ اگر مصلحت صغیر در این است که به مجرد بلوغ در اداره اموال و تصرفات مالی خود استقلال پیدا نکند، بلکه اهلیت تصرف و استقلال مالی او مشروط به دو شرط بلوغ و رشد باشد، دیگر نباید در این زمینه بین اموالی که در ید خود او و اموالی که در ید دیگران است فرق گذاشت. صرف وجود مال در تصرف صغیردر زمان بلوغ که ممکن است با اذن ولی یا بدون اذن او باشد نباید سبب شود که مالک، بدون اینکه رشد و توانائی او در اداره اموال به نحو عقلائی احراز شود، حق تصرف و انجام اعمال حقوقی نسبت به آن را داشته باشد. بعلاوه وجود اموال در تصرف صغیر یک امر استثنائی است و این امر استثنائی نباید مبنای یک قاعده‌کلی و اصلی در تصرفات صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ باشد.

ثانیاً این راه حل برخلاف مصلحت صغیر است که مبنای حجر او را تشکیل می‌دهد، چه احتمال زیاد می‌رود دختر ۹ ساله یا پسر ۱۵ ساله‌ای که رشدش احراز نشده در صورت خروج از حجر نسبت به اموالی که در ید اوست تصرفات غیرعاقلانه انجام داده، به زیان خود اقدام نماید.

ثالثاً نظر یاد شده با فقه امامیه که باید مبنای اصلی تفسیر قانون در جمهوری اسلامی باشد وفق نمی‌دهد؛ چراکه طبق فتوای فقهای امامیه که حتی ادعای اجماع بر آن شده است، به طور کلی، رفع حجر از صغیر متوقف بر وجود دو صفت بلوغ و رشد است و تفاوتی بین اموالی که در تصرف صغیر

تصرفات باشد ولو به صورت خرید و فروش و نقل و انتقال. و همچنین به مجرد بلوغ نسبت به اقدام به حقوق و آثار متعلقه به چنین اموال استقلال پیدا می‌کند. لیکن دراین فرصت ثبوت و احراز عدم رشد مانع است و همچنین ولی و صی و غیره نمی‌تواند بدون اذن شخص بالغ (صاحب مال) در املاک و اموالی که در حین بلوغ در تحت ید و تصرف او بوده دخالت کرده و تصرف یا نقل وانتقال نماید. و اما در مورد اموالی که قبل از تحقق بلوغ تا زمان بلوغ صغیر در تصرف و تحت ید کس دیگر بوده، خواه به صورت امانت یا از راه وصایت یا از راه دیگری (ولو نامشروع باشد) بنا به مقتضای تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ نمی‌توان چنین اموال را به محض رسیدن به سن بلوغ تحویل و در تصرف صاحب مال قرار داد؛ بلکه در تحویل این گونه اموال و املاک، علاوه بر بلوغ، احراز رشد نیز لازم است. به طور خلاصه صغیری که به حد بلوغ رسیده ولیکن رشد آن مشکوک و یا معلوم العدم است نسبت به این قبیل اموال محجور است، یعنی حجر آن ادامه دارد و رفع حجر در این گونه موارد موقوف به احراز رشد شخص می‌باشد.» (مجموعه پاسخ و سؤالات ازکمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورایعالی قضائی، جلد دوم، ۱۳۶۳، ص ۳۹ و ۴۰).

است و اموالی که در ید اشخاص دیگر می‌باشد قائل نشده‌اند.

صاحب جواهر در این خصوص چنین می‌گوید:

«اما صغیر تا زمانی که دو صفت بلوغ و رشد برای او حاصل نشده محجور است و در آن اختلافی نیافته‌ام بلکه اجماع به هر دوگونه‌اش (منقول و محصل) بر آن است بلکه کتاب و سنت هم بر آن دلالت دارند... »[۱]

۱۱ـ بعضی از مؤلفان در توجیه تفسیر مذکور گفته‌اند: به نظر اکثر فقها رفع حجر به ثبوت دو شرط بلوغ و رشد محقق می‌شود ولی گروه دوم از فقها بلوغ را شرط اساسی برای امکان تصرفات مالی صغیر کرده‌اند و گروه سوم رشد را ملاک نهایت دوره حجر صغیر می‌دانند، سپس اظهار نظر کرده‌اند که: «ماده اصلاحی ۱۲۱۰ ق.م. ظاهراً جمع بین فتاوی دو گروه نخست از فقها... را مورد توجه قرار داده است، بدین ترتیب که قاعده کلی را فتوای گروه دوم قرار داده و در مورد خاص استرداد اموال صغیر فتوای گروه اول را انتخاب نموده است.»[۲]

مؤلف یاد شده درمورد نظر گروه دوم به تحریرالوسیله و جامع الشتات استناد کرده است[۳]، لیکن آنچه از تحریرالوسیله و جامع الشتات در تأیید قول دوم نقل شده وافی به مقصود نیست؛ بلکه

۱ـ «اما الصغیر محجورعلیه، مالم یحصل له و صفان: البلوغ والرشد، بلاخلاف اجده فیه، بل الاجماع، بقسمیه علیه، بل الکتاب والسنة دالان علیه ایضاً (جواهر، چاپ جدید، ج ۲۶، تهران ۱۳۹۴ هجری قمری، ص ۴). در صفحه ۴۸ همان کتاب نیز چنین آمده است: «الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر الرشد فی المال بلاخلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، بل الکتاب والسنةدالان علیه ایضاً». در تحریرالوسیله نیز همین مطلب یا عبارت زیر بیان شده است: «لایکفی البلوغ فی زوال الحجر عن الصبی بل لابد معه من الرشد و عدم السفه بالمعنی الذی سنبیّنه» (ج ۲، چاپ قم، کتاب حجر، مسأله ۴، ص ۱۳).

۲ـ دکتر سیدحسین عنایت، بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲ ، فصلنامه حق، دفتر یکم، ۱۳۶۴، ص ۷۵ و ۷۶.

۳ـ همان مأخذ، پاورقی شماره ۵۰، ص ۹۶. عین عبارتی که در این پاورقی آمده چنین است «تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۱۲ مسأله ۱: «الصغیر و هوالذی لم یبلغ حدالبلوغ محجور علیه شرعاً» معذلک در مسأله ۴ به لزوم رشد اشاره شده است، ولی گفته شده است که بلوغ باید همراه رشد و عدم سفاهت باشد. اما مؤلف جامع الشتات (کتاب الحجر، ص ۱۹۹) در پاسخ به این سؤال که هرگاه بلوغ جنسی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد تصرفاتش چگونه است؟ گفته است: «در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد، تصرفاتش باطل است و ظاهر این است که در صورت تشکیک در حصول رشد هم در حکم غیررشید است.»

برعکس از این کتابها، حتی از عباراتی که مؤلف محترم نقل کرده، چنین استنباط می‌شود که رفع حجر منوط به تحقق دو صفت بلوغ و رشد است. به هر حال تا آنجا که ما بررسی کردیم و عبارت صاحب جواهر هم آن را تأیید می‌کند، در فقه امامیه، کسی قائل به رفع حجر از صغیر به صرف رسیدن به سن بلوغ و بدون احراز رشد نمی‌باشد و استنباط چنین قولی از تحریرالوسیله و جامع الشتات درست نیست.

۲ـ نظریه دیگر در تفسیر ماده ۱۲۱۰

۱۲ـ نظریهٔ دیگری که برای رفع تعارض بین صدر و ذیل ماده ۱۲۱۰ اظهار شده این است که «ماده ۱۲۱۰ ناظر به موردی است که اموال صغیر پس از اثبات رشد به او داده شده است»[1] این نظر که کوششی علمی برای حل مسأله است تعارض بین صدر و تبصره ۲ ماده را از بین می‌برد و ماده مزبور را با فقه امامیه هماهنگ می‌کند، ولی با عبارت ماده و معنی عرفی آن چندان ناسازگار است که باید آن را اجتهاد در مقابل نص تلقی کرد. درواقع بر اساس این نظریه باید کلمات "و پس از اثبات رشد" بعد از کلمه بلوغ به ماده افزوده شود و چنین تعبیری با منطوق ماده و مقصود قانونگذار سازگار نیست. به نظر می‌رسد بهترین راه حلی که در تفسیر ماده ۱۲۱۰ ارائه شده نظر هیأت عمومی دیوانعالی کشور است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳ـ نظریه هیأت عمومی دیوانعالی کشور

۱۳ـ هیأت عمومی دیوانعالی کشور در یک رأی وحدت رویه به شماره ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳ تفسیری قابل قبول از ماده ۱۲۱۰ اصلاحی و تبصره ۲ آن به دست داده است و مسأله را در جهتی که با فقه امامیه منطبق بوده تا حدی حل کرده است.

بین دادگاههای عمومی فسا و جهرم در استنباط از ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اختلاف نظر وجود داشته است، بدین توضیح که در مورد پاره‌ای اشخاص که به سن بلوغ رسیده بودند ولی رشدشان محرز نبوده است دادگاه عمومی فسا، طبق درخواست دادسرا، اقدام به نصب قیم نموده ولی دادگاه عمومی جهرم پیشنهاد دادسرا را به لحاظ کبیر بودن اشخاص رد کرده است و بدین جهت برای ایجاد وحدت رویه از هیأت عمومی دیوانعالی کشور درخواست اتخاذ تصمیم شده است. نظر دادستان کل کشور در این مورد چنین بوده است:

«در رابطه با نصب قیم نسبت به فرزندان متوفی که به سن بلوغ شرعی رسیده‌اند با توجه به تحریرالوسیله، باب حجر، تا زمانی که رشد ثابت نشده است محجورند و باید برای آنان نصب قیم شود.»

۱ـ دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران ۱۳۶۶، ش ۳۰۴ ص ۳۰.

هیأت عمومی پس از بررسی موضوع بالا همین نظر را پذیرفته و چنین رأی داده است:

«ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دیماه ۱۳۶۱ که علی القاعده رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آن را محتاج به اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می‌باشد، مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است. به عبارت اخری صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است. بر این اساس، نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است. بنابراین، رأی دادگاه عمومی حقوقی فسا، قائم مقام دادگاه مدنی خاص، در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص می‌شود. این رأی برطبق ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.»[۱]

۱۴ـ از این رأی که در موارد مشابه لازم الاتباع است چنین برمی‌آید که:

اولاً طبق نظر هیأت عمومی، ماده ۱۲۱۰ که اصولاً رسیدن به سن بلوغ را نشانه رشد و موجب رفع حجر دانسته ناظر به کلیه امور صغیر به جز امور مالی است که به موجب تبصره ۲ از حکم ماده استثنا شده است.

ثانیاً برابر تبصره ۲ ماده مزبور، رفع حجر از صغیر و استقلال او در امور مالی مشروط به دو شرط بلوغ و رشد است و قبل از احراز رشد مداخله و تصرف او در اموالش ممنوع می‌باشد، اعم از اینکه اموال مزبور در تصرف خود او باشد یا در تصرف اشخاص دیگر.

بنابراین تفسیر، صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ در امور غیرمالی مانند حضانت ـ طلاق ـ اقرار به نسب ـ شهادت در یک امر غیرمالی، اقرار به جرمی که موجب قصاص است از حجر خارج شده، می‌تواند مستقلاً عمل نماید. اما در امور مالی، رسیدن به این سن کافی برای رفع حجر نیست و استقلال در تصرفات مالی و رفع حجر در این امور نیاز به اثبات و احراز رشد دارد.

۱۵ـ این نظر هر چند که تعارض بین صدر و ذیل ماده را رفع و ماده را با فقه امامیه تاحدی هماهنگ می‌سازد و با ظاهر ماده هم منافاتی ندارد، دارای این اشکال است که رفع حجر از صغیر به صرف رسیدن به سن بلوغ را به عنوان اصل می‌پذیرد و شرط رشد در امور مالی را استثنائی بر اصل مزبور تلقی می‌کند، در حالی که از متون فقهی ظاهراً چنین برمی‌آید که رفع حجر با دو شرط بلوغ و رشد اصل، و خروج از حجر و استقلال صغیر در امور غیرمالی به صرف رسیدن به حد بلوغ استثناء است.

به علاوه نظر و تفسیر یاد شده مشکل فقدان اماره رشد را حل نمی‌کند. چنانکه در رأی هیأت

۱ـ مجموعه قوانین سال ۱۳۶۴، چاپ سازمان روزنامه رسمی، ص ۵۹۱ تا ۵۹۳.

عمومی آمده است، استقلال صغیر در امور مالی پس از رسیدن به سن بلوغ متوقف بر اثبات رشد است و علی القاعده اثبات رشد باید در دادگاه صورت گیرد و احراز رشد بر عهده محکمه است. و بالنتیجه در هر مورد باید برای اثبات رشد و رفع حجر از صغیری که به سن بلوغ رسیده است به دادگاه مراجعه شود و این امر هم دستگاه قضائی را دچار تراکم شدید می‌کند و هم موجب عسر و حرج برای مردم است. حال ببینیم چه راه حلی برای این مشکل می‌توان یافت؟

۱۶ـ در عمل دادگاهها و دفاتر اسناد رسمی و بانکها و دیگر مؤسسات دولتی یا خصوصی، بنابر عادت و سنت قدیم، سن ۱۸ سال را نشانه رشد به شمار آورده و گواهی یا حکم دادگاه را مبنی بر احراز رشد و رفع حجر مطالبه نمی‌کنند، مگر در مواردی که شخصی که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده است بخواهد معامله یا عمل حقوقی دیگری انجام دهد و از این رو اشکال و خطر ناشی از لغو اماره رشد چندان محسوس نیست. با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و لغو سن ۱۸ سال به عنوان اماره رشد توجیه حقوقی این رویه و پیدا کردن مبنای حقوقی برای آن دشوار است. معهذا بعضی از حقوقدانان سعی دارند رویه مزبور را با اصول و موازین حقوقی توجیه کنند.

۱۷ـ بعضی از حقوقدانان برآنند که سن هجده سال به عنوان اماره رشد، طبق قانون (ماده واحده) راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳[1] همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است، چه این قانون هرگز نسخ نشده است. لیکن این نظر هرچند که با انگیزه پسندیده حل مشکل فقدان اماره رشد ابراز شده و از نظر اجتماعی قابل توجه است، از لحاظ حقوقی قابل ایراد به نظر می‌رسد؛ زیرا مفاد قانون راجع به رشد متعاملین در سال ۱۳۱۴، در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی منعکس گردید و درواقع مفاد هر دو قانون درخصوص امارهٔ رشد یکی است و با لغو اماره رشد و سن هجده سال در قانون مدنی، ماده واحد راجع به رشد متعاملین نیز در این قسمت باید منسوخ تلقی گردد. به تعبیر دیگر «درواقع یک حکم در دو قانون تکرار شده است نسخ قانون نیز حکم را برمی‌دارد و قالب به تبع نسخ حکم از بین می‌رود. پس اکنون که بنا به فرض، حکم مربوط به اماره رشد برداشته شده است، هر قالب که چنین حکمی را در خود دارد نسخ ضمنی می‌شود.»[2]

۱ـ «ماده واحده ـ از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیهٔ معاملات و عقود و ایقاعات به استثناء نکاح و طلاق، محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیررشید بشناسند، مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد و یا ایقاع به طرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند، در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب می‌شوند، مگر آنکه عدم رشد آنها به طرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت گردد. مناط سن اوراق هویت آنهاست، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.»

۲ـ دکتر کاتوزیان، کتاب یاد شده، پاورقی شماره ۶۵ ص ۳۱.

بنابراین، تنها راه حلی که باقی می‌ماند مداخله قانونگذار از طریق اصلاح قانون یا احیاء مقررات قبلی درمورد اماره رشد است. حال ببینیم آیا لایحه جدید اصلاح قانون مدنی این مشکل را حل می‌کند یا نه؟

بخش دوم ـ لایحه جدید اصلاح قانون مدنی

۱۸ـ در لایحه جدید اصلاح قانون مدنی که به تصویب کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی رسیده و طی گزارش شماره ۳۴۶ مورخ ۶۶/۱۰/۶ کمیسیون به مجلس تقدیم گردیده ماده ۱۲۰۹ کماکان حذف شده و ماده ۱۲۱۰ به شرح زیر اصلاح گردیده است:

«در رفع حجر بلوغ به تنهائی کفایت نمی‌کند، بلکه رشد او نیز باید ثابت شود. در صورتی که ولی طفل رشد او را پس از بلوغ احراز نماید، از طفل رفع حجر می‌شود و چنانچه پس از بلوغ ولی قهری نداشته باشد، تشخیص رشد با دادستان است.

تبصره ـ هرگاه طفل بعد از بلوغ ادعای رشد نماید و ولی او مدعی عدم رشد باشد، تشخیص رشد با دادستان است.»

این ماده دارای سه بند و یک تبصره است که هر یک مفید قاعده‌ای در خور بحث است.

الف ـ بند اول ماده: رفع حجر با تحقق بلوغ و رشد

۱۹ـ در بند اول ماده پیشنهادی چنین آمده است: «در رفع حجر از صغیر بلوغ به تنهائی کفایت نمی‌کند، بلکه رشد او نیز باید ثابت گردد.»

بنابراین، برای خروج صغیر از حجر دو شرط وجود دارد که عبارت از بلوغ و رشد است. این قاعده، چنانکه در پیش گفتیم، مبتنی بر فقه اسلامی است. در لایحه اصلاحی شرط رشد برای رفع حجر به صورت یک اصل کلی ذکر شده است نه به عنوان یک قاعده استثنائی، بدان گونه که در ماده ۱۲۱۰ فعلی بر اساس تفسیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور دیده می‌شود. از این رو ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید از لحاظ انطباق با فقه امامیه بهتر از متن فعلی است: در حالیکه ماده ۱۲۱۰ فعلی بنابر تفسیر کمیسیون استفتائات شورایعالی اصلاً با فقه سازگار نیست و بنابر تفسیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور، از آنجا که قاعده اصلی را به عنوان استثناء در تبصره ۲ آورده، با فقه هماهنگی کامل ندارد، بند اول ماده پیشنهادی جدید با فقه کاملاً منطبق است.

ممکن است ایراد شود به اینکه در ماده پیشنهادی اشاره‌ای به امور غیرمالی و کفایت بلوغ برای رفع حجر در آنها نشده است. در پاسخ می‌توان گفت اشاره به این استثناء در ماده ۱۲۱۰ که در مقام بیان قاعده کلی است ضرورت ندارد و شاید بهتر باشد این استثناء و تخصیص، در صورت لزوم، در فصول مربوط به امور غیرمالی آورده شود.

ب ـ بند دوم ماده: اختیار ولی در تشخیص و احراز رشد

۲۰ـ بند دوم ماده ۱۲۱۰ لایحه مقرر می‌دارد: «در صورتی که ولی طفل رشد او را پس از بلوغ احراز نماید، از طفل رفع حجر می‌شود.» طبق این بند احراز رشد اصولاً بر عهده ولی گذارده شده است و این هم مبتنی بر فقه سلامی است.

در فقه امامیه، در اینکه احراز رشد بر عهده ولی است یا نیاز به حکم دادگاه دارد دو قول است. ظاهراً قول مشهور بر این است که احراز رشد ور فع حجر از صغیر نیاز به حکم دادگاه ندارد[۱] و حتی شیخ طوسی قول به لزوم حکم حاکم را در این مورد، خلاف اجماع دانسته و استدلال کرده است که قبول این نظر ایجاب می‌کند که همه مردم محجور باشند زیرا در مورد هیچکس حاکم حکم به رفع حجر، پس از بلوغ نمی‌کند.[۲]

۲۱ـ احراز رشد، بنابر آنچه فقهای امامیه گفته‌اند، از طریق اختبار (آزمایش) انجام می‌گیرد که برحسب موارد و شرایط اجتماعی و خانوادگی اشخاص تفاوت می‌کند. مثلاً اگر صغیر از یک خانواده بازرگان باشد انجام پاره‌ای مذاکرات و معاملات بازرگانی را برای آزمایش به او واگذار می‌کنند. اگر از خانواده غیرتاجر باشد، به طریق دیگر او را مورد آزمایش قرار می‌دهند، چنانکه مبلغی برای مخارج صغیر در اختیارش می‌گذارند تاببینند آیا آن را عاقلانه هزینه می‌کند یا در راههای غیرعقلائی، مانند خرید خوراک و پوشاک لوکس و گرانبها و غیرمتناسب با وضع اجتماعی او، به مصرف می‌رساند. در مورد دختران آزمایش به طریق مناسب آنان انجام می‌گیرد، چنانکه کارهایی از قبیل خیاطی، بافندگی، خانه‌داری یا خرید اشیاء لازم برای این گونه کارها به آنان محول می‌نمایند تا رشد یا عدم رشد آنان آشکار گردد.[۳]

برای آزمایش نباید به یک عمل اکتفا کرد بلکه باید آزمایش را به اندازه‌ای تکرار کرد که از آن علم به رشد و توانائی اداره اموال حاصل گردد.[۴] بنابراین، همانطور که صاحب جواهر گفته است،

۱ـ علامهٔ حلی، تذکرةالفقهاء، چاپ سنگی، ج ۲، تهران ۱۳۴۹ هجری قمری، ص ۸۸؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۹۷؛ مامقانی، مناهج المتقین، چاپ سنگی نجف، ۱۳۴۴ هـ ق. ص ۱۷۳.

۲ـ «واما حجر الصبی فانه یزول ببلوغه رشیداً و لایحتاج الی حکم و فی الناس من قال: لابد فیه من حکم الحاکم و هو خلاف الاجماع. لانه کان یقتضی ان یکون الناس کلهم محجوراً علیهم لان احداً لایحکم بفک الحجر عنه اذا بلغ... » (المبسوط، ج ۲، چاپ تهران، با تصحیح و تعلیق سید محمدتقی کشفی، ص ۲۸۶).

۳ـ جواهر، چاپ جدید، ج ۲۶، ص ۵۱؛ تحریرالوسیله، ج ۲، مسأله ۱۰، ص ۱۷؛ مناهج المتقین، ص ۱۷۳.

۴ـ شرح لمعه، چاپ عبدالرحیم، ج ۱ ص ۳۱۹. در تحریرالوسیله برای بیان این معنی عبارت زیر بکار رفته است: «واذااشتبه حاله اختبربان یفوّض الیه مدة معتدّاً بها بعض الامور مماینا‌سب شأنه... » (ج ۲، ص ۱۷).

آزمایش طریقه حصول علم به رشد است ولی طریقهٔ منحصر به فرد نیست و ممکن است علم به رشد از طرق عرفی دیگر (مانند شهادت) حاصل گردد.[۱]

در مورد زمان آزمایش، فقهای امامیه برآنند که باید آزمایش قبل از بلوغ انجام گیرد و اختلافی در این خصوص بین فقهای امامیه دیده نشده است.[۲] در تأیید این نظر به آیهٔ ۶ از سورهٔ نساء [۳] استناد شده است، چه در این آیه امر به آزمایش "یتامی" (جمع یتیم) شده است و یتیم به کسی گفته می‌شود که به سن بلوغ نرسیده است. و نیز استدلال شده است به اینکه تأخیر آزمایش و انجام دادن آن پس از بلوغ باعث می‌شود که در پاره‌ای موارد شخص بالغ و رشید به طور ناروا در حجر باقی بماند، زیرا آزمایش قهراً مدتی به طول می‌انجامد و در این مدت شخص بالغ محجور به شمار آمده، از تصرف در اموالش منع می‌گردد.[۴]

۲۲ـ از آنچه گفتیم آشکار می‌گردد که بند ۲ ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید که احراز رشد را بـه ولی محول کرده مبتنی بر فقه اسلامی است. لیکن احراز رشد "پس از بلوغ" که در ماده آمده است با قول فقهای امامیه وفق نمی‌دهد، هر چند که از لحاظ پایین بودن سن بلوغ، به ویژه در دختران، شاید قابل توجیه باشد.

ج ـ بند سوم: تشخیص رشد به وسیله دادستان در صورت نبود ولی قهری

۲۳ـ بند سوم ماده پیشنهادی مقرر می‌دارد: «چنانچه پس از بلوغ ولی قـهری نـداشـته بـاشد، تشخیص رشد با دادستان است.» از این عبارت چنین برمی‌آید که مقصود از ولی در بند دوم ماده ولی قهری یعنی پدر و جد پدری است و بدین جهت در بند سوم مقرر گردیده است که اگر صغیر پس از بلوغ ولی قهری نداشته باشد (اعم از اینکه اداره امور او بر عهده وصی منصوب از سوی ولی قهری یا بر عهده قیم باشد یا صغیر تحت ولایت هیچکس نـباشد) تشخیص و احراز رشد بر عهده دادستان است.

به نظر می‌رسد که این قاعده با فقه اسلامی منطبق نیست چه در فقه فرقی بین ولی قهری و سایر اولیاء محجور در این باب قائل نشده‌اند و آنانکه اختیار آزمایش و تشخیص رشد را به ولی می‌دهند

۱ـ جواهر، ج ۲۶، ص ۵۱.

۲ـ یختبر الصبی لمعرفة رشده قبل بلوغه کماصرح به جماعة، بل لااجد فیه خـلافاً، بـل فـی المسـالک هـذا مالاخلاف فیه عندنا، انما خالف فیه بعض العامّة» (جواهر، همان جلد، ص ۱۰۸).

۳ـ رجوع شود به پاورقی شماره ۵.

۴ـ برای توضیح بیشتر در این زمینه و به طور کلی در باره مسائل مربوط به رشد رجوع شود به:

H.SAFAI, La protection des incapables, Paris 1965, p. 31 et s.

آن را به پدر و جد پدری اختصاص نداده‌اند. و کلمهٔ ولی در اصطلاح فقها مطلق است و سایر اولیاء را نیز دربرمی‌گیرد. به علاوه ولی ـ اعم از ولی قهری و وصی منصوب از طرف او وقیم ـ امین است و می‌توان در اختبار و احراز رشد به او اعتماد کرد و تفکیک بین آنان معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد. مضافاً بر اینکه رجوع به دادستان برای احراز رشد موجب تراکم کار دادستان شده، بر مشکلات دادسراها می‌افزاید. بدیهی است در صورتی که صغیر فاقد هر گونه ولی خاص یا قیم باشد، باید احراز رشد به یک مقام عمومی محول گردد.

۲۴ـ اشکال دیگری که به عبارت یاد شده وارد است دادن اختیار احراز رشد به "دادستان" است. به نظر می‌رسد که دادن این اختیار به دادگاه مناسب‌تر و با فقه اسلامی سازگارتر است. در فقه، گروهی اختیار تشخیص رشد را به حاکم داده‌اند ولی شک نیست که مقصود از حاکم قاضی محکمه است نه دادستان که یک نهاد حقوقی جدید است شاید دادن این اختیار به دادستان در لایحه برای تسریع در کار بوده است ولی تسریع در کار دادگاه نیز امکان پذیر است، چنانکه هم اکنون "گواهی رشد" با سرعت و در مدتی کوتاه از طرف دادگاه مدنی خاص صادر می‌شود، سرعتی که متأسفانه چه بسا همراه با دقت و بررسی کافی نیست.

د ـ تبصره ماده: حل اختلاف بین ولی و مولی علیه

۲۵ـ در تبصره ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید چنین آمده است: «هر گاه طفل بعد از بلوغ ادعای رشد نماید و ولی او مدعی عدم رشد باشد، تشخیص رشد با دادستان است.» در این بند نیز واگذار کردن تشخیص رشد به دادستان قابل ایراد است و بجاست این کار به دادگاه محول گردد، چه بنابر مبانی فقهی، حاکم ولی ممتنع و مرجع حل اختلاف است. پس در صورت وجود اختلاف بین ولی و مولی علیه در مسأله رشد نیز باید به حاکم (دادگاه) مراجعه شود نه دادستان. مرجع صالح برای احراز و اعلام رشد و رفع حجر از شخص بالغ، در صورت استنکاف ولی، باید دادگاه باشد نه دادستان.

نتیجه

۲۶ـ از آنچه در باره ماده ۱۲۱۰ فعلی قانون و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاحی گفته شد نتایج زیر را می‌توان بدست آورد:

۱ـ ماده ۱۲۱۰ فعلی دارای معایب و اشکالات متعدد است. بویژه صدر ماده با تبصره ۲ آن ظاهراً متعارض است و برای رفع تعارض کوشش‌هایی انجام شده که بهترین و آخرین آنها تفسیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور از ماده ۱۲۱۰ می‌باشد. طبق رأی وحدت رویه مورخ ۶۴/۱۰/۳ صغیر با رسیدن به سن بلوغ از حجر خارج و در امور خود استقلال می‌یابد، جز در امور مالی که نیاز به احراز رشد دارد. بنابر آنچه از این رأی برمی‌آید صدر ماده که حکم به رفع حجر به محض رسیدن به سن بلوغ کرده یک قاعده کلی را بیان می‌کند که مخصص آن تبصره ۲ ماده است: این تبصره ناظر به امور

مالی صغیر است که استقلال در آنها و رفع حجر نسبت به آنها نیاز به احراز رشد دارد و رسیدن به سن بلوغ برای مداخله مستقل در این امور کافی نیست. این تفسیر معایب ماده را تاحدی رفع می‌کند، بویژه آن را با فقه امامیه هماهنگ می‌سازد، جز آنکه به نظر می‌رسد که در فقه شرط رشد برای رفع حجر از صغیر به صورت یک اصل (قاعده عام) مطرح شده است نه به صورت یک استثناء. اشکال دیگری که باقی می‌ماند اشکال عملی ناشی از مراجعه به دادگاه برای احراز رشد است که راه‌حلی برای آن ارائه نشده است.

۲ـ ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید به نحو بهتری تنظیم شده و اشکالات آن کمتر است: در متن پیشنهادی رفع حجر از صغیر با دو شرط بلوغ و رشد صریحاً اعلام گردیده و به منظور رفع مشکل مراجعه به دادگاه و تراکم کار دستگاه قضائی، احراز رشد، بر اساس فقه اسلامی، به ولی محول گردیده است، هر چند که ماده از لحاظ دادن اختیار تشخیص رشد به دادستان، در صورت فقدان ولی قهری یا اختلاف بین او و مولی علیه، قابل ایراد است.

۳ـ ایراد مهمی که بر هر دو ماده وارد است عدم توجه به اماره رشد و لزوم جعل آن است. مراجعه به دادگاه و حتی دادستان، در هر مورد، برای احراز رشد و رفع حجر از صغیر، مشکلات زیادی برای مردم و دستگاه قضائی به بار می‌آورد و حتی می‌توان آن را موجب عسر و حرج دانست. محول کردن تشخیص و احراز رشد به ولی هم، هرچند که اشکال عملی کمتری دارد، راه حل مطلوبی به نظر نمی‌رسد، چه بسیاری از اولیاء جاهل و برخی از آنان فاقد امانتند و این خطر وجود دارد که اشخاص بالغ به ناحق در حجر باقی بمانند یا اشخاصی که در حقیقت فاقد رشد هستند رشید شناخته شوند و این برخلاف مصلحت محجورین و جامعه است. به علاوه احراز رشد از سوی ولی قهری به گونه‌ای مطمئن که جای هیچگونه شک و شبهه‌ای در آن نباشد باید یا به موجب سند رسمی یا با تأیید دادگاه صورت گیرد و این هم موجب کندی کارها و بروز مشکلاتی برا ی مردم است. اگر اماره‌ای کلی برای رشد وجود نداشته باشد اقتصاد مملکت نیز از آن زیان می‌بیند و به امنیت روابط اقتصادی لطمه وارد می‌شود، چه مردم جرأت نخواهند کرد با اشخاصی که رشد آنان به طور رسمی احراز و اعلام نشده معامله کنند و در صورتی که معاملاتی با این قبیل اشخاص انجام دهند این معاملات در معرض ابطال، قرار خواهد داشت. اگر سن خاصی اماره رشد نباشد بانکها و سازمانها و مؤسسات دولتی و خصوصی نباید با اشخاصی که رشدشان به طور رسمی احراز و اعلام نشده قرارداد ببندند یا اعمال حقوقی آنان را بپذیرند و دفاتر اسناد رسمی هم نباید معاملات آنان را ثبت کنند. اگر در حال حاضر خطر و ضرر فقدان اماره رشد محسوس نیست برای آن است که دفاتر اسناد رسمی و بانکها و ادارات و مؤسسات بنابر عادت پیشین سن هجده سال را نشانه رشد تلقی می‌کنند و از کسانی که به سن هجده سال شمسی رسیده‌اند دلیلی بر رشد مطالبه نمی‌کنند. مشکل هنگامی محسوس و آشکار می‌گردد که سازمانهای یاد شده بخواهند رفتار خود را دقیقاً با قانون منطبق سازند.

تنها راه حل مشکل، پذیرش سن معین به عنوان اماره رشد به وسیله قانونگذار است، همچنانکه

سالها در ایران و لااقل از سال ۱۳۱۳ این اماره وجود داشته و هیچگاه مورد بحث و انتقاد نبوده و با اشکالی مواجه نشده است.

۲۷ـ به نظر نمی‌رسد چنین راه‌حلی با فقه اسلامی مباینت داشته باشد، چه رشد همانطور که فقهای عظام گفته‌اند، یک مفهوم عرفی است و معنی شرعی خاصی ندارد.[۱] پس قانونگذار می‌تواند با توجه به عرف و بر اساس ظن و غلبه، سن معینی مثلاً هجده سال را به عنوان اماره رشد قبول کند. برفرض که قبول این نظر بر اساس احکام اولیه اسلامی ممکن نباشد، به عنوان ثانوی یا بر اساس مصلحت نظام امکان پذیر است و به هر حال قانونگذار می‌تواند آن را مانند صدها بلکه هزارها قاعده‌ای که در قوانین جمهوری اسلامی منعکس شده و در کتب و منابع سنتی فقه سابقه ندارد بپذیرد. اگراماره رشد بر خلاف حقوق اسلامی باشد عمل کنونی دادگاهها و ادارات و مؤسسات دولتی مبتنی بر ترتیب اثر دادن به سن هجده سال هم باید بر خلاف شرع باشد، در حالی که کسی آن را ادعا نکرده و این رویه عملاً تأیید شده است. پس آیا بهتر نیست که با پذیرش سن هجده سال به عنوان اماره رشد، در متن قانون مدنی، این خلأ قانونی رفع و مشکل به گونه‌ای صحیح و غیرقابل تردید حل شود؟ بدیهی است که اماره مزبور، چنانکه در قانون پیشین مقرر بوده، باید تغییرپذیر باشد، بدین معنی که بتوان با اثبات رشد قبل از سن مقرر یا اثبات عدم رشد بعد از رسیدن به آن سن، آن را دگرگون کرد.

در خاتمه یادآور می‌شود که در حقوق کشورهای دیگر، حتی کشورهای اسلامی، عموماً سن خاصی برای اهلیت تصرف که در واقع همان اماره رشد می‌باشد پذیرفته شده است. این سن در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه، شوروی، انگلیس، اسکاتلند، مصر، سوریه و عراق ۱۸ سال است.

۱ـ «الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر الرشد... والمرجع فیه العرف کمافی غیره من الالفاظ التی لاحقیقةشرعیة لها و لالغویة مخالفة للعرف» (جواهر ج ۲۶، ص ۴۸).

قسمت دوم

کلیات حقوق تطبیقی

اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی*

اول ـ توجیه موضوع

آموزش حقوق تطبیقی از جهات مختلف مورد بررسی چندین مجمع و کنگره بین المللی واقع شده است. از این رو بجاست که جنبه‌های اساسی آن که در گردهمائیهای بعد از پایان جنگ دوم جهانی بررسی شده مورد مطالعه‌ای، هر چند سطحی، قرار گیرد.

۲ـ در این زمینه باید یادآور شویم که سومین کنفرانس انجمن بین‌المللی وکلای دادگستری International Bar Association که در ژوئیه ۱۹۵۰، همزمان با کنفرانس کمیته بین‌المللی حقوق تطبیقی Comité international de Droit comparé در لندن تشکیل شد، توصیه‌هائی راکه پروفسور .C.J Hamson از دانشگاه کمبریج در گزارش کلی خود نموده بود به شرح زیر تصویب کرد(۱):

---

*ـ گزارش کلی از: Hector Fix-Zamudio مدیر و پژوهشگر مؤسسهٔ بررسیهای حقوقی دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو این گزارش کلی بر اساس ۱۲ گزارش ملی از کشورهای مختلف تهیه شده و به نهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی (تهران ـ مهرماه ۱۳۵۳) تقدیم گردیده است. مؤلف گزارش را به زبان اسپانیائی تهیه کرده و .Dra Moinique Lions پژوهشگر مؤسسه بررسیهای حقوقی دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو آن را به فرانسه برگردانده و این متن فرانسه است که برای ترجمه فارسی مورد استفاده واقع شده است. این ترجمه در شمارهٔ اول نشریهٔ مؤسسهٔ حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، به سال ۱۳۵۵ به چاپ رسیده است (مترجم).

الف ـ انجمن بین‌المللی وکلای دادگستری آنچه در توان خود دارد به کار خواهد برد تا وکلای یک کشور را برانگیزد که تسهیلاتی جهت کارآموزی دانشجویان کشورهای دیگر در دفاتر خویش به منظور ایجاد امکان مطالعه حقوق خود برای آنان فراهم آورند.

ب ـ انجمن، با پشتیبانی از قطعنامه‌هائی که در اجتماع لاهه صادر کرده بود، ایجاد یک «کمیته بین‌المللی حقوق تطبیقی» را زیر نظر یونسکو تأیید کرد و تصمیم گرفت که کارهای آن را تشویق نماید.(۲)

در مورد توصیه اخیر باید یادآور شویم که درست به علت اهمیتی که یونسکو برای آموزش حقوق تطبیقی قائل بود، کمیته بین‌المللی حقوق تطبیقی، طی اجتماعی که در کمبریج (انگلستان) از ۲۸ تا ۳۰ دسامبر ۱۹۴۹ تشکیل شد، تأسیس یافت که نخستین دبیرکل آن دانشمند برجسته حقوق تطبیقی، پروفسور رنه داوید، بود.

اساسنامه قطعی کمیته به تاریخ ۱۹ ژوئیه ۱۹۵۰ در گردهمائی لندن که در بالا از آن یاد شد به تصویب رسید. به موجب مواد ۳ و ۵ اساسنامه مذکور، این کمیته شناسائی و تفاهم متقابل ملتها را تسهیل خواهد کرد و اشاعه فرهنگ را از راه ترویج مطالعه حقوق خارجی و کاربرد روش تطبیقی در علم حقوق گسترش خواهد داد. به علاوه کمیته، گسترش مؤسساتی راکه به مطالعه حقوق خارجی و حقوق تطبیقی اختصاص یافته‌اند تشویق خواهد کرد و در راه بنیانگذاری این گونه مؤسسات، در کشورهائی که فاقد آنند، کوشش خواهد نمود. (۳)

۳ـ همچنین متذکر شویم که در جریان سومین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی که آن نیز در لندن، از ۱ تا ۷ اوت ۱۹۵۰، تشکیل گردید، موضوع حقوق تطبیقی مورد بررسی قرار گرفت ولی این بررسی فقط از نظر وحدت حقوق بود. (۴) به علاوه گزارشی از مؤلف مشهور: Hessel E. Yntema درباره مطالعات تطبیقی در ایالات متحده امریکا، و اساساً در دانشگاه میشیگان، به کنگره تقدیم شد (۵).

۴ـ موضوع خاص آموزش حقوق تطبیقی از نو در چهارمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی که از ۱ تا ۷ اوت ۱۹۵۴ در پاریس تشکیل شد با عنوان زیر مورد بررسی قرار گرفت: «وسائلی که از حقوق تطبیقی عاملی سودبخش برای تربیت حقوقی می‌سازد». توصیه‌های زیر در این کنگره پذیرفته شد:

الف ـ شرکت کنندگان در کنگره باید همه کوششهای خود را برای اشاعه هر چه بیشتر مطالعه حقوق تطبیقی در دانشگاههای خویش به کار برند.

ب ـ در برنامه تحصیلات عالی حقوق، درس حقوق تطبیقی باید به طور همیشگی در کلیه دانشکده‌های حقوق دائر گردد.

ج ـ کتابخانه‌ها باید به گردآوری و تهیه مدارکی که به قدر امکان کامل باشد دربارهٔ نظامهای حقوقی خارجی بپردازند و همواره این مدارک را مطابق با وضع روز نگاهدارند.

د ـ مطالعه حقوق تطبیقی باید مبنائی در تاریخ داشته و شامل یک بررسی جامعه شناسی و مردم شناسی باشد. دانشگاههای بزرگ باید درسها و سخنرانیهای ویژه‌ای درباره نظامهای مهم حقوقی خارجی دائر و مبادله استادان و دانشجویان را تسهیل نمایند (۶).

۵ـ در نخستین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی که از طرف مجمع بین المللی علوم قضائی در بارسلون از ۱۰ تا ۱۷ سپتامبر ۱۹۵۶ تشکیل گردید، آموزش حقوق تطبیقی یکی از موضوعات مورد بررسی بود. در نتیجه گزارشی که به وسیله یک متخصص به نام حقوق تطبیقی: پروفسور Felipe de Sola Canizares عرضه شد، شرکت کنندگان در کنگره توصیه‌های زیر راکه به وسیله او و پروفسور André Bertrand نوشته شده بود پذیرفتند:

الف ـ در دانشکده‌های حقوق کشورهای مختلف، حقوق تطبیقی و روش تطبیقی موضوع درسی حتی الامکان اجباری قرار گیرد و در مراحل مختلف آموزش تدریس شود.

ب ـ کرسیهای خاص آموزش مستقل حقوق تطبیقی در دانشکده‌هائی که این کرسیها هنوز در آنها وجود ندارد دائر شود.

ج ـ دروس مقدماتی درباره حقوق ملی برای دانشجویان بیگانه در کشورهائی که هنوز این گونه دروس در آنها دائر نشده است تدریس گردد (۷).

۶ـ هنگام تشکیل پنجمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی در بروکسل، از ۴ تا ۹ اوت ۱۹۵۸، موضوع «مطالعه و آموزش حقوق تطبیقی و ایجاد وحدت حقوقی» بار دیگر مورد بحث قرار گرفت و توصیه‌های زیر پذیرفته شد:

«این بخش، از گسترش وحدت و هماهنگی حقوق چه در سطح حقوق ملی و چه در سطح حقوق منطقه‌ای و بین‌المللی ـ که حقوق تطبیقی یک وسیلهٔ ضروری آن به شمار می‌آید ـ خوشوقت است و با تأکید بر هدفهای اصلی حقوق تطبیقی به شرح زیر:

۱ـ مطالعه حقوق خارجی برای درک بهتر این حقوق و تربیت بهتر حقوقدانان؛

۲ـ مطالعه مسائلی که در روابط بین المللی جدید مطرح می‌شود؛

اظهار علاقه می‌کند که موضوعات قابل وحدت در سطح بین المللی، از طریق بررسی پدیده‌های

وحدت حقوق ملی، منطقه‌ای و بین المللی و حتی مطالعه موارد پذیرش نهادهای حقوقی بیگانه، بطور دقیق تعیین گردد.(۸)

۷ـ در جریان کنگره‌های بین المللی حقوق تطبیقی به شرح زیر:

ـ کنگره ششم، هامبورک ۳۰ ژوئیه ـ ۴ اوت ۱۹۶۲ (۹)

ـ کنگره هفتم، اوپسالا ۶ ـ ۱۳ اوت ۱۹۶۶ (۱۰)

ـ کنگره هشتم، پسکارا ۲۹ اوت ـ ۵ سپتامبر ۱۹۷۰ ـ (۱۱)،

موضوع «مطالعه حقوق تطبیقی و روشهای آن و وحدت حقوقی» در دستور کار کنگره قرار داشت. ولی اهمیت خاصی برای ایجاد وحدت حقوقی و پذیرش حقوق بیگانه قائل شده بودند، بدون اینکه آموزش حقوق تطبیقی به معنی اخص دقیقاً مورد بررسی واقع شود.

۸ـ معهذا دو گردهمایی جدید را یادآور شویم که در آنها آموزش حقوق تطبیقی خصوصاً مورد بحث قرار گرفته است. در این باره نیز متذکر گردیم که طی ششمین گردهمایی بین المللی حقوق تطبیقی که به وسیله مرکز کانادائی حقوق تطبیقی از ۲۷ تا ۲۹ اوت ۱۹۶۹ در اتاوا تشکیل شد یکی از موضوعات مورد بحث عبارت بود از: «حقوق تطبیقی و آموزش آن در جامعه جدید» (۱۲).

۹ـ بالاخره، کنفرانسی که روزهای ۲۹ و ۳۰ ژانویه ۱۹۷۱ با پشتیبانی مدرسه حقوق خارجی و تطبیقی پارکر Parker School of Foreign and Comparative Law در نیویورک ترتیب یافت منحصراً آموزش حقوق تطبیقی را مورد بررسی قرار داد (۱۳).

۱۰ـ در امریکای لاتین، کوششهائی برای ایجاد و تشویق مطالعهٔ حقوق تطبیقی انجام گرفته است. تأسیس مؤسسه لاتینی ـ امریکائی حقوق تطبیقی نخستین گام مهمی است که در این راه برداشته شده است. این مؤسسه برابر توصیه‌ای که در نخستین کنفرانس دانشکده‌های امریکای لاتین منعقد در مکزیکو، از ۲۸ تا ۳۰ آوریل ۱۹۵۹ ، (۱۴) پذیرفته شد و در دو مرحله طی دومین و سومین کنفرانس متشکل در لیما Lima از ۹ تا ۱۵ آوریل ۱۹۶۱ و در سانتیاگو Santiago (شیلی) از ۲۱ تا ۲۸ آوریل ۱۹۶۳ تحقق پذیرفت، تأسیس گردید (۱۵).

این مؤسسه هنگام اجتماع شورای اداری آن در مکزیکو در روزهای ۲۶ و ۲۷ اوت ۱۹۶۶ (۱۶) تجدید سازمان یافت ولی تاکنون عملاً نتوانسته است فعالیتی داشته باشد. مرکز موقت آن در ونزوئلا قرار داده شده است.

۱۱ـ در کنفرانسهای یاد شدهٔ دانشکده‌ها و مدارس حقوق امریکای لاتین و نیز در چهارمین کنفرانس آنها، که در مونتویدئو Montevideo از ۲۱ تا ۲۷ آوریل ۱۹۶۵ (۱۷) تشکیل شد، شرکت

کنندگان بر ضرورت نوسازی و تجدیدنظر در آموزش حقوقی در مدارس و دانشکده‌های حقوق امریکای لاتین تأکید کردند و افزودن یا تکمیل دروس حقوق تطبیقی به ویژه در سطح منطقه‌ای را لازم شناختند. نویسندهٔ این گزارش کلی بر ضرورت افزودن رشته‌های مربوط به روش شناسی در برنامه‌های تحصیلی دانشکده‌های حقوق تأکید کرد، چنانکه نویسنده گزارش حاضر این نکته را از نو در گزارش کلی خود درباره «آموزش در دانشکده‌های حقوق» به مناسبت پنجمین کنفرانس ـ که بعد از دوبار تأخیر ناشی از قوه قاهره، قرار است در کردبا Cordoba (آرژانتین) از ۲۷ اکتبر تا اول نوامبر سال جاری تشکیل گردد ـ یادآور شده است. در میان این رشته‌های جدید، حقوق تطبیقی باید جای مقدمی داشته باشد.

۱۲ـ از اشاره به کار مجامع و کنفرانسهای یاد شده چنین برمی‌آید که آموزش حقوق تطبیقی همیشه مایهٔ اشتغال خاطر حقوقدانان به ویژه بعد از جنگ دوم جهانی بوده است. این اشتغال خاطر همواره طی کنگره‌ها و مجامع بین المللی مربوط به حقوق تطبیقی تجلی کرده و در آنها گسترش دروس حقوق تطبیقی و تکمیل آموزش آن مورد تأکید واقع شده است. ضرورت این امر در عصر ما که عصری آشفته، دستخوش دگرگونیهای انقلابی و تشنجهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی عمیقی است که به طور قاطع بر حقوق موضوعه تأثیر می‌گذارد، روزبروز بیشتر می‌شود.

به رغم این واقعیت ـ و با اینکه در سالهای اخیر تعداد موسسات، مراکز و گروههای دانشگاهی یا مستقل ویژهٔ آموزش و پژوهش حقوق تطبیقی افزایش یافته است ـ در اغلب کشورها، از نظر اهمیتی که به روش تطبیقی در آموزش حقوقی می‌دهند، وضع موجود، چنانکه از گزارشهای ملی ارسالی برای نویسندهٔ این گزارش کلی برمی‌آید، رضایت بخش نیست.

از آنچه گفته شد آشکار می‌گردد که قرار دادن مجدد این مسأله در دستور نهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی موجه بوده است. در واقع، با وجود کوششهای بکار رفته، هدفهای تعیین شده در کنگره‌های پیشین ـ که این موضوع مورد بحث آنها قرار گرفته ـ تحقق نیافته، هر چند که موضوع برای دانشمندان حقوق تطبیقی و به طور کلی برای کلیه کسانی که به پیشرفت علم حقوق علاقه دارند اساسی بوده است. از این رو بجاست یک بار دیگر عمیقاً بررسی شود که چرا مطالعات تطبیقی در آموزش حقوق ارزش و مقام خود را به دست نیاورده است.

دوم ـ خلاصه‌ای از گزارشهای ملی به ترتیب الفبائی نام نویسندگان

۱ـ Andrejew, Igor (لهستان). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوق:

الف ـ سنت آموزش حقوق تطبیقی در لهستان به آغاز قرن نوزدهم، یعنی قرن قانون نویسی Condification، می‌رسد. این سنت نظر به وضع جغرافیائی و سیاسی کشور با شدت و خشونت ظاهر شده است چه در آن موقع کشور تحت حکومت سه جانبه پروس، روسیه و اطریش قرار داشته و در این سرزمین سازمانهای دولتی گوناگون موجود بوده است، مانند دوک نشین ورشو که بعدها به کشور پادشاهی لهستان تبدیل شد و دوک نشین پوزنان Poznan و شهر آزاد کراکوی Cracovi.

هنگامی که لهستان در سال ۱۹۱۸ استقلال خود را بازیافت، نظامهای مختلف حقوقی که قبلاً در آن سرزمین ـ که میان سه قدرت تقسیم شده بود ـ اجرا می‌شد تا مدتی باقی ماند. بدیهی است که این مانعی برای یکنواخت کردن قوانین لهستان بود. معهذا قانون مجازات به سال ۱۹۳۲، قانون تعهدات به سال ۱۹۳۳ توشیح گردید و قانون مدنی بعد از جنگ جهانی دوم یکنواخت شد. آنچه گفته شد روشن می‌کند که چرا حقوقدانان لهستانی باید، نه تنها برحسب ذوق، بلکه به حکم اجبار، آگاه به حقوق تطبیقی (کمپاراتیست) باشند و چرا در دانشگاهها در آن واحد حقوق قابل اجرا در سه استان که سابقاً تحت حکومت پروس، اتریش و روسیه بودند تدریس می‌شد.

ب ـ وضع کنونی آموزش حقوق تطبیقی ـ این آموزش به سه شکل مختلف در دانشگاههای لهستان تأمین می‌شود:

اول ـ درسها و سمینارها و کارهای عملی ویژه مربوط به حقوق کشورهای خارجی با استفاده از روش تطبیقی در برنامه‌های دوره‌های درسی تخصصی Conservatorium ترتیب یافته است. این برنامه‌ها به استادان اجازه می‌دهد که روشهای تطبیقی را تدریس کنند. نویسنده گزارش به این گونه درسها که در دانشکده‌های مختلف داده می‌شود اشاره کرده و نیز کتابهائی را که دانشجویان علاقه‌مند به این مطالعات می‌توانند به آنها مراجعه کنند یادآور شده است.

دوم ـ نوع دوم آموزش حقوق تطبیقی مطالعه نهادهای یک حقوق بیگانه در چهارچوب کارهائی است که به حقوق لهستان اختصاص داده شده است. این مطالعه برحسب رشته حقوق مورد نظر عبارت است از تحلیل حقوق شوروی یا کشورهای دیگر سوسیالیستی، قوانین فرانسه، انگلیس و امریکا و غیرآن. سنت حقوق تطبیقی لهستان برای این گونه مطالعات ارزش بسیاری قائل است.

سوم ـ کاری که انجام آن دشوارتر است بررسی حقوق خارجی در کارها، رساله‌ها و مقاله‌های دانشجویان است. این کار مستلزم آگاهی گسترده از حقوق ملی است و در حقیقت جز در مراکز دانشگاهی که تدریس در آنها به عهده دانشمندان حقوق تطبیقی است انجام پذیر نیست.

ج ـ جنبه‌های کلی. نویسنده اهمیت حقوق تطبیقی را از دو دیدگاه خاطرنشان می‌کند:

اول ـ از دیدگاه عملی، با توجه به دگرگونیهای مداوم بین‌المللی، حقوقدانان باید شناخت عمیقتری از حقوق کشورهای دیگر پیدا کنند. این شناخت باید هم نظامهای کشورهائی را که از لحاظ اجتماعی و اقتصادی مختلفند و هم نظامهای ممالکی را که جزء یک گروه هستند دربرگیرد.

دوم ـ از دیدگاه نظری، می‌توان گفت که تنها شناسائی نظامهای دیگر حقوقی است که حسن درک حقوق ملی را ممکن می‌سازد.

سوم ـ نویسنده بار دیگر عقیده پیش گفتهٔ خود را درباره ضرورت مطالعات حقوقی تطبیقی در کشورهای در حال توسعه یادآور می‌شود. زیرا این مطالعات نشان می‌دهد آیا قوانینی که میراث رژیم استعماری است با نیازهای واقعی و سنتهای کشوری که استقلال یافته منطبق است یا نه.

۲ـ Glendon, Mary Ann , Ault, Hugh (ایالات متحده امریکا) اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در ایالات متحده. هدفها و روشهای حقوق تطبیقی:

الف ـ اگرچه بر حسب سنت حقوقی انگلیسی ـ امریکائی، در ایالات متحده، تحول اساسی در مطالعات حقوق تطبیقی دیده نمی‌شود، با وجود این، باید یادآور شد که در ظرف ده سال اخیر دگرگونیهای عمیقی در نظام آموزشی دیرین روی داده است.

بالاخره، از کوتاه زمانی به رشته‌های دیگر به ویژه به اقتصاد و علوم رفتاری در آموزش حقوق اهمیت زیادی می‌دهند. این امر سبب می‌شود که نظام حقوقی مورد مطالعه در مجموعه خود و به طور کامل شناخته شود. و بدین منظور درهای مدارس حقوق به روی متخصصان علوم اجتماعی باز شده است. تجربیاتی بدینسان به دست آمده که تربیت حقوقی بالینی (کلینیکی) نامیده شده است. مقصود این است که نظام سنتی مطالعه آراء و دعاوی، با خواندن نوشته‌ها و کارهای کتبی و کارهای عملی تکمیل می‌گردد.

از سوی دیگر، درسهای سازنده و پدیدآورنده قوهٔ استنباط Perspective courses مانند تاریخ حقوق و فلسفه حقوق، به منظور وصول به یک بعد تازه‌ای در تحلیل سنتی مسائل حقوقی، دائر شده است.

در این زمینه اعتقاد بر آن است که حقوق تطبیقی نیز دارای جنبه سازنده است زیرا در عصر ما هر نظام حقوقی تحت فشار دائم برای انطباق با دگرگونیهای سریع اقتصادی و اجتماعی است. دربارهٔ بررسی نمونه‌هائی از راه‌حلهای مسائل اجتماعی که جدید و متنوع است ـ پیداست که تنها از طریق مطالعات تطبیقی حقوق می‌توان بدانها دست یافت. از این رو می‌توان گفت که اگر حقوق تطبیقی وجود نمی‌داشت می‌بایست آن را ایجاد کرد.

با اینکه دروس حقوق تطبیقی ممکن است از زاویه‌های مختلف مورد نظر واقع شود، گرایش غالب در ایالات متحده بر این است که آموزش حقوق تطبیقی باید به عنوان فنی برای تأمین تربیت بهتر حقوقدانان تلقی گردد.

ب ـ سپس مؤلفان شیوهٔ تعلیم خود را در ظرف پنج سال در یک درس حقوق تطبیقی تحلیلی (Comparative Legal Analisis) در مدرسه حقوق کالج بوستون Boston College Law School توصیف می‌کنند. ایشان برآنند که این درس یک درس مستقل حقوق تطبیقی است که از درس سنتی مربوط به این رشته متمایز و جداست. درواقع، جنبه سازنده آن ناظر به آموزش مقدمه‌ای دربارهٔ روش تطبیقی به دانشجویان است تا به آنان امکان دهد که یک یا چند متن حقوق خارجی را از جمیع جهت بررسی کند و بدینسان به درک بهتر نظام حقوق ملی نائل آیند.

از یک سو، این درس ناقص است زیرا شناخت عمیقی از نظامهای دیگر حقوقی به دانشجو نمی‌دهد؛ لیکن از سوی دیگر، این درس می‌خواهد دانشجو را به تفکر درباره مسائل حقوقی کشور خویش به شیوه‌ای کاملاً تازه وادارد، زیرا به عنوان نمونه، مقایسه‌هائی را مطرح می‌کند که می‌تواند تضاد موجود در یک نظام حقوقی بین نیاز به قطعیت و ثبات، و ضرورت انطباق نظام حقوقی با شرایط جدید اجتماعی و سیاسی و اقتصادی را به ویژه در عصر ما که عصر تحول و انتقال است نشان دهد. برای وصول به این هدف است که تکنیکهای حقوقی متفاوت با آنچه در آموزش حقوق انگلیسی ـ امریکائی مأنوس است، با ذکر مثالهائی به ویژه از قوانین فرانسه و آلمان تشریح شده است. آوردن این نمونه‌ها نه تنها بدانجهت است که آنها سهل الوصولترند بلکه بدین منظور نیز می‌باشد که برای درک بهتر مسائل حقوقی امریکای شمالی سودمندند زیرا کلیه نظامها دارای مسائل اجتماعی مشترک هستند.

این درس با مقدمهٔ عمومی کوتاهی درباره نهادهای حقوقی فرانسه و آلمان آغاز می‌شود. سپس مسائلی چند که مشترک در سه نظام حقوقی است و عموماً راه حلهای حقوقی مشابه ولی تکنیکهای مختلف دارد بررسی شده است.

مسائل مطالعه شده مربوط به عقد قرارداد (Contract formation) مسائل نمایندگی (Agency problems) دارائی زوجین (Matrimonal property) و تشکیل شرکتها (corporate constituency) است.

۳ـ Bernard Dutoit (سویس). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی:

نویسنده بر آن است که انتخاب این موضوع به متخصصان حقوق تطبیقی فرصت جدیدی می‌دهد که بار دیگر دربارهٔ موضوعی که شایسته بررسی متناوب است ـ هر چند که تازه نیست ـ

ازخود پرسش کنند. درواقع، مسأله هنوز موضوع روز است و خوب است از نو، در پرتو تکامل فعلی جامعه و حقوق، مطرح گردد.

الف ـ پرفسور دوتوا در نخستین بخش گزارش خود که بسیار مستند است، چندین جنبه اهمیتی را که حقوق تطبیقی باید در آموزش حقوق داشته باشد بررسی می‌کند. وی خاطرنشان می‌سازد که حقوق تطبیقی بهترین مانع انجام یک مطالعه نظری و مجرد و جدا از ریشه‌های تاریخی نظام حقوقی است زیرا نمی‌توان یک مطالعه تطبیقی را بدون تحلیل پدیده حقوقی در محیط کلی خود تصور کرد.

جنبه جهانی که خصیصه اصلی حقوق تطبیقی است اجازه می‌دهد که گرایش جدید به بین المللی شدن پاره‌ای نهادها به عنوان وسیلهٔ حل اختلافات مورد توجه بیشتری قرار گیرد. این نکته در مورد دیون اروپائی حقوق بشر و همچنین دیوان دادگستری جامعه مشترک اروپائی صادق است. در واقع، عهدنامه رم به «اصول کلی مشترک در نظامهای حقوقی کشورهای عضو» ارجاع می‌کند و این اصول را جز بر اساس یک تحلیل تطبیقی از قوانین ملی که غالباً متفاوت هستند نمی‌توان تعیین کرد. وانگهی این تفاوتها از زمان ورود بریتانیای کبیر به بازار مشترک که متضمن تلفیق دو نظام بزرگ حقوقی: حقوق اروپای بری (حقوق نوشته) و حقوق انگلیسی ـ امریکائی (کامن لو) است تشدید شده است.

اول ـ یکی از فوائد مهم و ارزنده حقوق تطبیقی جلب دقت حقوقدانان در هر لحظه به معنی دقیق اصطلاحات حقوقی خارجی است که با آنها کار می‌کنند. جنبه‌های متغیر و نامطمئن اصطلاحات حقوقی مظهر واقعیتی ژرفتر یعنی نسبی بودن راه‌حلهای حقوقی است که در کشورهای مختلف پذیرفته شده است.

این نسبیت با وضوح بیشتر تجلی می‌کند، اگر نظام رومی ـ ژرمنی را که مبتنی بر تفوق منطق و اصول کلی است، با مفهوم شرقی حقوق بویژه با giri[1] در حقوق ژاپن و قواعد عرفی در چین و کشورهای عربی و افریقائی مقایسه کنیم. دراین صورت کشف خواهیم کرد که پاره‌ای نهادها که ویژه یک نظام حقوقی بشمار آمده‌اند، برخلاف انتظار، در یک مجموعه حقوقی خیلی متفاوت نیز دیده می‌شوند. مثلاً مفهوم مالکیت در حقوق انگلوساکسون، به نحوی در حقوق شوروی نیز وجود دارد و این شگفت می‌نماید.

۱ـ یک نوع قواعد عرفی که در ژاپن قدیم، قبل از آغاز دوره میجی Meiji (۱۸۶۹) وجود داشته است (مترجم).

دوم ـ در مورد کار عملی حقوقی، پرفسوردوتوا تأثیر مطالعات تطبیقی بر قانونگذار سویس راکه در برخی اصلاحات بسیار جدید قانون مدنی راجع به حقوق خانواده ظاهر شده تحلیل می‌کند و نیز اثر این مطالعات را در آراء دادگاه فدرال بویژه در زمینه حقوق خصوصی خاطرنشان می‌سازد.

سوم ـ در دومین بخش گزارش، وضع حقیقی آموزش حقوق تطبیقی در دانشگاههای سویس بررسی شده است: این آموزش به دو بخش تقسیم می‌شود. بخش اول مربوط به حقوق خارجی است و شامل درسهائی است درباره قوانین آلمان، فرانسه و انگلیس و تا حدی نظام حقوقی سوسیالیست که در دانشکده‌های حقوق دانشگاههای لوزان و ژنو داده می‌شود و حقوق آلمان که در فریبورگ تدریس می‌گردد.

اما حقوق تطبیقی به معنی خاص در برنامه دانشکده‌های حقوق ژنو، نوشاتل، زوریخ و لوزان دیده می‌شود لیکن در اکثر موارد یک درس اختیاری است. به علاوه نویسنده یادآور می‌شود که تنها در دانشکده حقوق لوزان یک مؤسسه حقوق تطبیقی وجود دارد که اکنون مشغول فعالیت است. معهذا احتمال می‌رود که یک مؤسسه سویسی حقوق تطبیقی نیز در آینده تأسیس گردد. طرح تشکیل این مؤسسه در دست مطالعه است.

پرفسور دوتوا بر این عقیده است که وضع کنونی آموزش حقوق تطبیقی در سویس هنوز رضایت بخش نیست و آرزو می‌کند که این آموزش در یک سطح بین المللی نیز داده شود. در این باره کوششهای انجام شده به وسیله دانشکده‌های استراسبورگ و لوگزامبورگ باید تعقیب شود وانگهی باید در دانشکده‌های ملی، چنانکه پرفسور Nemayer پیشنهاد کرده است، درسهائی به وسیله استادان کشورهای مختلف تدریس گردد.

۴ـ Fix Zamudio Hector (مکزیک). اهیمت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در مکزیک:

الف ـ در حال حاضر آموزش حقوق تطبیقی شامل سه بخش اساسی است:

اول ـ درسهائی دربارهٔ روش تطبیقی که باید شامل بررسی کلی نظامهای اصلی حقوق معاصر نیز باشد و سپس مطالعاتی عمیقتر درباره نهادها یا رشته‌های حقوقی که آموزش حقوق تطبیقی به معنی اخص را تشکیل می‌دهد.

دوم ـ آموزش حقوق خارجی با توجه به رابطه آن با نهادهای حقوق ملی یا نظامهای دیگر.

سوم ـ شناساندن نظام حقوق ملی به دانشجویان خارجی.

ب ـ با اینکه مکزیک یک کشور فدرال است و این وضع مطالعات تطبیقی داخلی را در

موضوعاتی که هم دولت فدرال و هم قوه مقننه کشورهای عضو، صلاحیت قانونگذاری در آنها را دارند ضروری می‌سازد، و با اینکه حقوقدانان مکزیکی بارها اهمیت آموزش حقوق تطبیقی را اعلام کرده‌اند، در این زمینه کمبود جدی در سه بخش فوق وجود دارد.

در واقع، با اینکه مکزیک دارای بیش از ۳۰ مدرسه و دانشکدهٔ حقوق است که اغلب عمومی (دولتی) و پاره‌ای هم خصوصی هستند، در هیچیک از آنها در حال حاضر، حقوق تطبیقی بطور منظم و دائم به هیچ صورت، نه در لیسانس و نه در دکتری، تدریس نمی‌شود.

درس مقدمه حقوق تطبیقی که چندین سال در دانشکدهٔ حقوق دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو (UNAM) در سطح لیسانس داده می‌شد به علت نبودن استادانی که تدریس آن را به عهده بگیرند تعطیل گردید.

ج ـ در مقابل کمبود آموزش حقوق تطبیقی، پژوهش در این زمینه در سالهای اخیر رونق یافته است؛ ولی، چنانکه باید، فراوان و گسترده نیست. پژوهش در حقوق تطبیقی مخصوصاً مدیون مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو است که در سال ۱۹۴۰ به وسیله حقوقدان برجسته اسپانیائی: Felioe Sanchez Roman تأسیس و در سال ۱۹۶۸ به «مؤسسه بررسیهای حقوقی» تبدیل شد. این مؤسسه مطالعات چندی در زمینه حقوق تطبیقی و حقوقی خارجی منتشر کرده و نیز از ۱۹۴۸ «بولتن مؤسسه حقوق تطبیقی مکزیکو» را (۶۰ شماره تا ۱۹۶۷) انتشار داده است. این بولتن از ۱۹۶۸ «بولتن مکزیکی حقوق تطبیقی» نامیده شده است.

د ـ این مؤسسه اساساً پژوهشی است معهذا کارهای مهمی در زمینه آموزش حقوق تطبیقی انجام داده است:

اول ـ درواقع، از ۱۹۶۰ تا ۱۹۶۵ در مؤسسه درسهای تابستانی برای خارجیان به طور منظم ترتیب داده می‌شد. این درسها نخست به انگلیسی بود و از ۱۹۶۱ به اسپانیائی نیز تدریس می‌شد و هدف آنها شناساندن نهادهای حقوقی مکزیکی به دانشجویان و صاحبان مشاغل حقوقی بود که اغلب از ایالات متحده و کشورهای دیگر امریکای لاتین می‌آمدند.

دوم ـ در سالهای ۱۹۶۳ و ۱۹۶۵ دانشکدهٔ حقوق دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو و دانشکده بین‌المللی آموزش حقوق تطبیقی استراسبورک درسهائی چند ترتیب دادند که استادان خارجی و داخلی بنام و از جمله چندین پژوهشگر مؤسسه حقوق تطبیقی آنها را تدریس کردند.

سوم ـ در سپتامبر ۱۹۶۴ «روزهای حقوقی فرانسه و آمریکای لاتین» با همکاری انجمن مقررات تطبیقی پاریس Société de Législation Comparée برگزار شد که حقوقدانان فرانسوی ـ که بعضی از

آنان از دانشکدهٔ بین المللی استراسبورگ بودند ـ و حقوقدانان مکزیکی در آن شرکت کردند.

چهارم ـ از ژانویه تا مارس ۱۹۶۹ در مکزیکو یک سمینار بین المللی برای بزرگداشت بیستمین سالگرد اعلامیه جهانی حقوق بشر به وسیله مؤسسه بررسیهای حقوقی دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو با پشتیبانی کمیسیون امریکائی حقوق بشر و وزارت امور خارجه مکزیک تشکیل گردید. گروه مهمی از حقوقدانان لاتینی ـ امریکائی در ان حضور یافتند و درسهای بنیادی مختلف و کنفرانسهائی که اغلب جنبه تطبیقی داشتند به وسیله استادان خارجی و داخلی مشهور ایراد شدند.

پنجم ـ وانگهی باید یادآور شد که درس حقوق تطبیقی دانشکده حقوق UNAM ـ در مدت کوتاهی که دائر بود ـ همواره به وسیله پژوهشگران مؤسسه ما: آقایان Javier Elola و Roberto Molina pasquel و خانم Elsa Bieler تدریس می‌شد.

ششم ـ با توجه به کارهای حقوق تطبیقی که در اختیار ماست، ضروری است که یک درس مقدمه حقوق تطبیقی و نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، در سطح تحصیلات لیسانس، در کلیه مدارس و دانشکده‌های حقوق مکزیک دائر یا دوباره برقرار شود. این درس می‌تواند در ابتدا ـ یعنی تا زمان آماده کردن استادان صلاحیتدار ـ اختیاری و بالاخره اجباری باشد. همچنین آرزو می‌شود که درسهای عمیق درباره نهادهای حقوقی خارجی در برنامه تحصیلات عالی حقوق پیش بینی گردد.

۵ـ Hanga Vladimir (رومانی). حقوق تطبیقی و آموزش حقوقی. دورنمای تاریخی:

الف ـ نویسنده، دورنمای تاریخ مطالعات حقوق تطبیقی را از زمان حقوق رم به بعد ترسیم می‌کند. به گفته نویسنده، این مطالعات نخست بیش از هر چیز جنبه عملی داشت و شامل قواعد عرفی حقوق پرگرن [1] Peregrin ـ که در سرزمین وسیع رومی متنوع و گوناگون بود ـ نیز می‌شد.

فکر مقایسه در کشورهای کوچکی که فاتحان ژرمنی تبار پس از سقوط امپراطوری رم بنیان نهادند از میان نرفت.

در این دورهٔ شخصی بودن قوانین، قاضی می‌بایست ترکیبی از قوانین ملی طرفین را اجراء کند. این سنت تطبیقی، هنگامی که رژیم ملوک الطوایفی (فئودالیته) اصل سرزمینی بودن قوانین را جایگزین اصل شخصی بودن کرد، محدود شد. به علاوه تأسیس نخستین دانشگاههای ایتالیائی، تجدید حیات واقعی مطالعه حقوق را باعث گشت که با پیدائی عرفهای بازرگانی که در پرتو حقوق

۱ـ حقوق پرگرن عبارتست از: حقوق رعایای رومی یعنی اقوام و مللی که تحت تسلط و حکومت رومیان قرار داشتند ولی شهروند رومی و از نژاد لاتینی نبودند (مترجم).

مشترک از نیازهای محلی فراتر می‌رفت همراه بود.

ب ـ قرن نوزدهم قرن قانون نویسی ملی بود که یک چهار چوب قانونی برای همکاری حقوقی میان کشورها از طریق اجرای اصل حل تعارض قوانین به موجب نظریه بارتل (که قوانین را به چند دسته تقسیم کرده بود) به وجود آورد. این نظریه در قرنهای بعد مورد قبول حقوق موضوعه واقع شد. بدینسان در آغاز قرن نوزدهم نخستین انجمنهای مطالعات حقوق تطبیقی پدید آمدند:

نخست در فرانسه به سال ۱۸۶۹، سپس در آلمان به سال ۱۸۹۳ و بالاخره در انگلستان به سال ۱۸۹۶. این انجمنها و اولین مجلات منتشره در این موضوع، زمینه را برای تشکیل کنگره بین المللی حقوق تطبیقی در پاریس به سال ۱۹۰۰ فراهم کردند.

ج ـ می‌توان گفت، این کنگره نخستین، دوره جدیدی برای حقوق تطبیقی به عنوان یک رشته مستقل گشود. حقوق تطبیقی تا جنگ دوم جهانی متمایل به ایجاد وحدت قوانین در سطح جهانی است؛ در ظرف نیم قرن، حقوق تطبیقی ادبیات قابل ملاحظه‌ای پدید آورده است که از جهات مختلف نمایشگر یک جریان رؤیائی است که درواقع مظهر تجدید حیات حقوق فطری بوده است.

د ـ پس از دومین جنگ جهانی اهمیت فزاینده حقوق تطبیقی در برنامه‌های جدید گسترش حقوقی دانشگاهها، به علت دگرگونیهای سریع مبادلات بازرگانی و گسترش روابط اقتصادی و فرهنگی بین اکثر کشورهای جهان، مورد توجه واقع شد.

هـ به علاوه، بعد از جنگ جهانی دوم کشورهای متعدد نظام حقوقی اتحاد شوروی را به عنوان نمونه و سرمشق انتخاب و بدینسان تحکیم و ترویج حقوق سوسیالیستی را تأمین کردند. از اینجا یک روش الزاماً جدلی (دیالکتیک) و مادی (ماتریالیست) در مورد نهادهای حقوقی و گسترش آنها در زمان و مکان پدید آمد: این روش از ملاحظات مربوط به شرایط مادی که پدیده حقوقی را به وجود آورده است سرچشمه می‌گیرد.

درواقع، درست است که قوانین سوسیالیستی دارای جهات مشترکی است، ولی اختلافات و ویژگیهائی نیز دارد که نتیجه تحول تاریخی هر یک از کشورهای سوسیالیستی می‌باشد. از اینرو اهمیت مطالعات حقوق تطبیقی به عنوان وسیله درک دیالکتیکی پدیده حقوقی در دانشگاههای سوسیالیستی کاملاً شناخته شده است. از لحاظ عملی، حقوق تطبیقی موجب بهبود مداوم جریان قانونگذاری که همیشه در حال تحول است خواهد شد. این بدان معنی نیز هست که حقوق تطبیقی برقراری روابط روزافزون همکاری بین کشورهای سوسیالیستی یا میان کشورهائی را که ساختهای اجتماعی متفاوت دارند تسهیل می‌کند.

۶ ـ Igarashi, Koyoshi (ژاپن): اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی. تجربه ژاپنی دیروز و امروز:

الف ـ از نظر تاریخی، آموزش حقوق جدید در ژاپن در زمان روی کار آمدن سلسله میجی Meiji به سال ۱۸۶۸ آغاز شد. امپراطور دو مؤسسه آموزش حقوق بنیان نهاد و حقوقدانان و استادان فرانسوی و انگلیسی ـ امریکائی را برای تدریس نظامهای حقوقیشان دعوت کرد. زیرا ویژگی اساسی آموزش حقوق در ژاپن این است که با مطالعه حقوق خارجی آغاز شده است.

در واقع، در سال ۱۸۸۷ این آموزش به استادان ژاپنی محول شد که به زبان ژاپنی تدریس می‌کردند.[1] ولی در دهه آخر قرن نوزدهم دانشجویان دانشگاه سلطنتی مجبور بودند دروس حقوق فرانسه، انگلیس و آلمان را نیز که به وسیله استادان خارجی یا ژاپنی تدریس می‌شد ببینند، زیرا یک دکترین و رویه قضائی ملی وجود نداشت.

از سالهای آخر قرن نوزدهم و تا نخستین جنگ جهانی، آموزش حقوق آلمان گسترش بزرگی پیدا کرد. این آموزش تأثیر زیادی بر تدوین قانون اساسی سلطنتی و قانون مدنی ژاپن داشت.

سپس به علت جنگ و از آنجا که ژاپن و آلمان به جبهه‌های مخالف هم تعلق داشتند این تأثیر به طور قابل ملاحظه‌ای کاهش یافت.

ب ـ در حال حاضر، و به تعبیر دیگر، از پایان دومین جنگ جهانی، در اکثر بخشهای حقوقی دانشگاههای ژاپن لااقل یک کرسی ویژه نظامهای حقوقی بیگانه وجود دارد. بیشتر درسها مربوط به حقوق انگلیس و امریکاست و پس از آن حقوق آلمان و حقوق فرانسه قرار دارند. درسهای جدیدی درباره حقوق تطبیقی و در حد کمتری حقوق کشورهای سوسیالیستی نیز دائر شده‌اند. بنابراین ژاپن یکی از کشورهای نادر جهان است که آموزش حقوق تطبیقی در آنها شیوع و عمومیت دارد.

ج ـ با وجود این، نویسنده به چندین مسأله کنونی که در سالهای اخیر موجب کاهش اهمیت آموزش حقوق تطبیقی شده است اشاره می‌کند، مانند کم کردن مدت درسها، حذف متون زبانهای بیگانه و جایگزینی آنها به وسیله کتابهای درسی ژاپنی که دارای جنبه مقدماتی است، اصلاح جدید برنامه تحصیلات که به درسهای حقوق تطبیقی و حقوق خارجی عنوان اختیاری داده است. وانگهی باید یادآور شد که امتحانات مربوط به شغل وکالت و مسابقات ورود به مشاغل عمومی شامل

۱ـ چون عبارت متن در اینجا چنانکه باید گویا و خالی از اشکال نبود، برای ترجمه از متن انگلیسی گزارش ملی ژاپن نیز کمک گرفته شد (مترجم)

آزمایش حقوق تطبیقی نیست.

د ـ پرفسور ایگاراشی بر آن است که اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی اکنون در ژاپن مورد بحث نیست. وی همچنین عقیده دارد که به علت وضع بحرانی ژاپن، دانشجویان ژاپنی بزرگترین استفاده را از مطالعه نظامهای حقوقی کشورهای توسعه یافته جهان غرب خواهند کرد. به علاوه این استاد طرفدار مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهائی است که دارای نظامهای مختلف هستند مانند کشورهای سوسیالیستی ـ مطالعه‌ای که هم اکنون در بعضی از دانشگاههای ژاپنی انجام می‌گیرد. ولی این درسها باید با مطالعه نظامهای حقوقی کشورهای آسیائی و افریقائی تکمیل گردد.

در مورد تربیت متخصصان، نویسنده آرزو می‌کند که یک درس مقدماتی برای شناساندن نظریه‌های اساسی مطالعه تطبیقی حقوق و تاریخ آن و دادن یک شناخت کلی و مجموعی ازنظامهای اساسی حقوق زمان حاضر به دانشجو دائر گردد و این علاوه بر درسهای سنتی درباره نظامهای حقوقی خارجی است که جدا از یکدیگر بررسی می‌شود.

۷ـ Matheson, Joan M.(بریتانیای کبیر) اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی با توجه خاص به بریتانیای کبیر:

الف ـ فرانسیس بیکن نخستین کسی است که در سالهای اول قرن هفدهم به حقوق تطبیقی به معنی جدید کلمه اشاره کرده است که و این هنگامی بود که ژاک اول پادشاه انگلستان با او در مورد امکان یکنواخت کردن حقوق انگلستان و اسکاتلند مشورت کرد. و نیز از این دوره است که می‌توان گرایش حقوقدانان انگلیسی را به نزدیک شدن به نظامهای حقوق خارجی مشاهده کرد، هر چند که این جنبش کند و تدریجی بوده است. درواقع، مطالعه حقوق تطبیقی در سال ۱۸۶۹، همزمان با انتصاب Maine به سمت استاد نخستین کرسی «حقوق تاریخی و تطبیقی» دانشگاه آکسفورد، وارد برنامه آموزش حقوقی شده است. و با اینکه توجه به مطالعات تطبیقی کم کم در سالهای آخر قرن نوزدهم بیشتر شد، اهمیت حقوق تطبیقی در انگلستان، لااقل تا دوره جدید، کمتر ازآن در اروپای بری بوده است.

بتازگی حقوق تطبیقی یک رشته حقوقی روز و مورد پسند شده است و حتی گاهی در آن مبالغه می‌کنند؛ عدهٔ فزاینده‌ای از استادان دانشگاه، حقوق تطبیقی تدریس می‌نمایند یا مطالعات تطبیقی را در درسهای مربوط به رشته‌های دیگر به کار می‌برند.

در اسکاتلند که نظام حقوقی آن نزدیک به نظام حقوقی اروپای بری است، فکر مطالعات حقوق تطبیقی همواره نیرومندتر بوده است: دانشجویان اسکاتلندی فکرها و نهادهای حقوقی اروپای بری

را بهتر از دانشجویان دانشگاههای انگلیسی درک می‌کنند.

ب ـ دو قانون: یکی قانون کمیسیون حقوقی Law Commssion Act مصوب ۱۹۶۵ و دیگری قانون جامعه مشترک اروپائی (بازار مشترک) European Communities Act مصوب ۱۹۷۲ در سراسر بریتانیای کبیر علاقه جدیدی برای مطالعه نظامهای حقوقی بیگانه پدید آورده است.

اول ـ قانون نخست از قوانین یاد شده دو کمیسیون ایجاد کرده است: یکی برای انگلستان و دیگری برای اسکاتلند که وظیفه آنها پیشنهاد اصلاحات قانونی و گردآوری اطلاعاتی درباره نظامهای حقوقی کشورهای دیگر است.

بنابراین اسناد و مدارک کار و گزارشهای قطعی این کمیسیونها از نظر دانشمند حقوق تطبیقی منابع بسیار سودمندی را تشکیل می‌دهد.

دوم ـ دومین قانون، واجد اهمیت بیشتری است، از این جهت که در کشور پادشاهی انگلستان، حقوق جامعه مشترک اروپائی را، هنگام ورود بریتانیای کبیر به بازار مشترک، لازم الاجراء قرار داده است. با توجه به اینکه نظامهای حقوقی سایر کشورهای عضو جامعه مشترک اروپائی نظام حقوق نوشته است و به علاوه، آراء قضائی فراوانی از دیوان دادگستری جامعه مشترک وجود دارد، بدیهی است که چنین وضعی مطالعات حقوق تطبیقی را محرکی نیرومند خواهد بود.

ج ـ بالنتیجه، موضع کنونی بریتانیای کبیر به غایت مساعد برای گسترش مطالعات حقوق تطبیقی است. تنها مسأله موجود، شکلی است که این آموزش باید داشته باشد.

در این زمینه، باید از اشتباهاتی که در آموزش حقوق تطبیقی به آسانی قابل ارتکاب است اجتناب کرد. این اشتباهات ناشی از شباهت ظاهری پاره‌ای نهادها یا توهم امکان استفاده از آنها در کشور دیگر بطور یکسان است. ولی این گونه اشتباهات قابل پرهیز است، اگر نه تنها شباهتها و اختلافاتی که در نظامهای دیگر حقوقی دیده می‌شود، بلکه وضع سیاسی ـ اجتماعی و فرهنگی کشورهای مربوط نیز با دقت برای دانشجویان بازگو شود.

آموزش حقوق تطبیقی، اگر به طور صحیح در دانشگاههای انگلیس داده شود، می‌تواند سود بزرگی داشته باشد. دانشجویان خواهند توانست طبیعت نظام حقوقی را درک نمایند و به یک یا چند حقوق خاص بسنده نکنند. اگرچه امروزه این آموزش هنوز در مرحله آزمایشی است، ولی تحرکی که در سالهای اخیر پیدا کرده از پیشرفتهای حتمی در آینده نزدیک خبر می‌دهد.

۸ـ Meinertzhagen-Limpens, Anne (بلژیک). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی:

الف ـ مؤلف بعد از یادآوری مجامع بین المللی مختلفی که از سال ۱۹۴۸ به بعد به مسأله خاص

آموزش حقوق تطبیقی پرداخته‌اند، تصریح می‌کند که گزارش او صرفاً شامل بررسی درسهای مربوط به حقوق تطبیقی به معنی اخص است، بدون توجه به دروس راجع به نظامهای حقوقی بیگانه و بدون اشاره به کارهای مؤسسات خارج دانشگاه مانند مؤسسه بلژیکی حقوق تطبیقی یا مرکز دانشگاهی حقوق تطبیقی که بتازگی تأسیس شده است.

ب ـ تصویب نامه سلطنتی مورخ اول اوت ۱۹۶۹ تأثیر قابل ملاحظه‌ای بر گسترش مطالعات حقوق تطبیقی داشته است. درواقع این تصویب نامه مقرر می‌دارد که داوطلب احراز لیسانس حقوق باید چهار ماده را که لااقل یکی از آنها دارای جنبه تطبیقی است امتحان دهد.

ج ـ آموزش حقوق تطبیقی به سال ۱۸۹۲، هنگامی که مدرسه علوم سیاسی واجتماعی به ابتکار Jules van den Heuvel تأسیس گردید، وارد برنامه شد و موضوع آن مطالعه حقوق تطبیقی و حقوق خارجی بود. در نخستین سالهای قرن ما، دانشکده‌های حقوق درهای خود را به روی این رشته‌ها گشودند: در ۱۹۱۰ دانشگاه کاتولیک لوون Louvian سپس در ۱۹۲۰، دانشگاه آزاد بروکسل و بالاخره دیگر دانشگاههای بلژیک این درسها را دائر کردند.

د ـ موفقیت آموزش حقوق تطبیقی با تحولات تاریخی و سیاسی بلژیک قابل توجیه است. درواقع، هنگامی که بلژیک به سال ۱۸۳۰ استقلال یافت، قوانین فرانسه را به عنوان اساس مقررات خود نگاهداشت؛ و با اینکه حقوق بلژیک راههای ویژه خود را پیموده است حقوقدانان این کشور اعم از اهل نظر و عمل باید عقاید علماء و رویه قضائی فرانسه را بشناسند. از سوی دیگر، به علت موقع جغرافیائی بلژیک و روابط بازرگانی آن و تعلق این کشور به سازمانهای متعدد بین المللی، آموزش حقوق تطبیقی در آن ضرورت مطلق پیدا کرده است. این آموزش دارای دو چهره اساسی است:

اول ـ مقدمه حقوق تطبیقی که در سالهای نخستین لیسانس به عنوان یک درس اختیاری یا اجباری در ۴ دانشگاه از ۷ دانشگاه بلژیک یعنی دانشگاه کاتولیک لوون (بخش فرانسوی) دانشگاه گان، دانشگاه کاتولیک لوون (بخش فلاماند) و دانشگاه آنورس تدریس می‌گردد. در دانشگاه لیژ Liège یک درس مقدمه نظامهای اصلی حقوقی معاصر وجود دارد و همین موضوع در درس حقوق مدنی تطبیقی در دانشگاه آزاد بروکسل و در دانشگاه معروف به Vrije Universitet که آن نیز در بروکسل واقع است مطالعه می‌شود.

دوم ـ درسهای تخصصی متعدد و متنوع که دارای جنبه تطبیقی است در آخرین سالهای لیسانس و دکتری داده می‌شود. این درسها عموماً محدود به اروپای غربی و ایالات متحده است. دروس

مربوط به حقوق شوروی به علت اشکال دسترسی به منابع، فراوان نیست. بتدریج درسهای اجباری دربارهٔ اصطلاحات حقوقی خارجی نیز دائر شده است.

به علت گسترش قابل توجه آموزش حقوق تطبیقی در دو بخشی که یاد کردیم، در کنفرانس رؤسای دانشکده‌های حقوق که به وسیله شورای اروپا در سال ۱۹۶۸ تشکیل گردید، بلژیک یک کشور نمونه در زمینه آموزش حقوق تطبیقی شناخته شد.

هـ نویسنده بر آن است که حقوقدان بلژیکی برای مطالعات خود، اگر به یک شناخت عمیق از محتوای یک یا چند حقوق خارجی نیاز نداشته باشد، لااقل باید دیدی بقدر کفایت گسترده از آن داشته باشد، تا بتواند روح حقوق خارجی را درک کند و آگاه شود که چگونه یک حقوقدان بیگانه مسائل حقوقی نظام خاص خود را بررسی و حل می‌نماید.

همچنین خانم Meinertzhagen-Limpens آرزو می‌کند که همانند بعضی از دانشگاهها، یک درس اجباری مقدمه حقوق تطبیقی در کلیه دانشگاهها دائر شود که علاوه بر تعریف، موضوع و روش حقوق تطبیقی، شامل بررسی نظامهای اصلی حقوق معاصر باشد.

نویسنده به عنوان ضمیمه، نموداری جامع و کامل و بسیار سودمند از کلیه درسهای تطبیقی که هم اکنون در هفت دانشگاه بلژیک داده می‌شود به دست می‌دهد.

۹ـ Mugliese, Givoanni (ایتالیا). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در ایتالیا:

الف ـ پرفسور Pugliese بدرستی خاطرنشان می‌کند که ایتالیا یکی از کشورهای نادری است که دکترین حقوقی آن، در طول تاریخ خود، وابسته به تجربه‌ها، تکنیک‌ها و افکار کشورهای دیگر بوده است. درواقع ایتالیا مهد حقوق مشترک Jus communex بوده که پایه و اساس حقوق اروپای بری از قرن سیزدهم تا زمان تدوین قوانین قرن نوزدهم بشمار می‌آید. و بالعکس در قرن نوزدهم تأثیر قوانین و عقاید علمای حقوق فرانسه، آلمان و اتریش در ایتالیا محسوس است.

ب ـ آموزش حقوق تطبیقی دارای دو جنبه اساسی است:

اول ـ از لحاظ نظری و صرفنظر از سوابق تاریخی که از عهد باستان کلاسیک سرچشمه می‌گیرد، در سالهای آخر قرن نوزدهم و سالهای نخستین قرن بیستم درایتالیا، همانند فرانسه و آلمان، مطالعه مقررات تطبیقی وسیله‌ای برای تکمیل نظام حقوقی و وصول به وحدت قوانین کشورهای متمدن تلقی می‌شد.

در این دوره آموزش حقوق تطبیقی به شکل درس اختیاری در چندین دانشکده حقوق دائر شد و مخصوصاً حقوقدانان برجسته ایتالیا: ماریوسارفاتی Mario Sarfatti و ماریورتوندی Mario Rotondi

اهمیت حقوق تطبیقی را که قبلاً در فرانسه و آلمان مقامی درجه اول احراز کرده بود نشان دادند.

در اواخر این دوره، کوشش قابل ملاحظه‌ای در راه تحقق بخشیدن به یکی از هدفهای سنتی حقوق تطبیقی ـ یعنی وحدت قانونی ـ از طریق تدوین طرح قانون یکنواخت ایتالیا و فرانسه راجع به حقوق تعهدات، به سال ۱۹۲۷، انجام گرفت ولی این طرح مورد تصویب واقع نشد.

دوم ـ پس از جنگ جهانی دوم، اثر حقوق انگلیسی ـ امریکائی بویژه حقوق ایالات متحده امریکا را ـ که تطبیقی دانان اروپائی بزرگی به آن روی آورده بودند ـ می‌توان یادداشت کرد. همچنین در این دوره بازار مشترک اروپائی تولد می‌یابد و حقوق سوسیالیست گسترش پیدا می‌کند. همه اینها علاقه به مطالعات حقوق تطبیقی را حیات تازه‌ای می‌بخشد. این مطالعات در بیست سال اخیر به بالاترین سطح خود در ایتالیا، همانند کشورهای عمده اروپا، رسیده است.

سوم ـ از لحاظ عملی، یعنی از دیدگاه جایگاه واقعی آموزش حقوق تطبیقی در دانشگاههای ایتالیا، رشته‌ای که در ایتالیا بزرگترین رواج و اشاعه را در فاصله دو جنگ جهانی داشته حقوق مدنی تطبیقی است. این جنبش مخصوصاً مدیون کوششها و فعالیت خستگی ناپذیر ماریورتوندی یکی از برجسته‌ترین استادان حقوق تطبیقی است که در عین حال تدریس حقوق مدنی ملی را به عهده داشت.

پس از جنگ دوم جهانی، با تأسیس کرسیهای ویژه حقوق تطبیقی، وضع باز هم بهتر می‌شود. در این زمینه باید مخصوصاً از فعالیت Tullio Ascarelli بنیانگذار مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه رم و معاون اوپرفسور Gino Gorla و Mauro Cappelletti مدیر کنونی مؤسسه حقوق تطبیقی فلورانس یاد کنیم. کار ماریورتوندی نخست در پاوی و امروزه در میلان دنبال شده است و در پیز هم پروفسور Verrucoli استاد کرسی حقوق تطبیقی است.

چهارم ـ در سالهای اخیر تحولی که کمتر مثبت بوده در آموزش حقوق تطبیقی پدید آمده و آن حذف کرسیهای خاص حقوق خصوصی تطبیقی و دائر کردن دروس دیگری بجای آنهاست. به علاوه با اینکه عدهٔ دانشجویان سه برابر یا چهاربرابر شده است آمار کسانی که در دروس حقوق تطبیقی ثبت نام می‌کنند افزایشی نشان نمی‌دهد.

پنجم ـ وضع حقوق عمومی تطبیقی از این هم نامساعدتر است، زیرا درسهای حقوق اساسی تطبیقی در دانشکده‌های علوم سیاسی داده می‌شود، نه در دانشکده‌های حقوق. به علاوه در این دانشکده‌ها در حال حاضر فقط دو استاد حقوق اساسی ایتالیا و تطبیقی وجود دارند و بقیه، مدرسانی هستند که در درسشان بیشتر آموزش حقوق ملی دیده می‌شود.

ششم ـ با وجود این، آموزش حقوق تطبیقی غیرمستقیم تا حدی پیشرفت کرده است، زیرا حقوق تطبیقی در دروس رشته‌های مختلف برای درک بهتر عناصر اساسی نهادهای ملی تدریس می‌شود و این شیوه جدیدی است در آموزش که نسل جدید استادان برگزیده‌اند، یعنی استادانی که خود، درسها و سمینارهای حقوق تطبیقی راکه حدود سال ۱۹۶۰ چندبرابر شده است دیده‌اند.

بالاخره، در ده سال اخیر چندین لایحه اصلاح برنامه‌های درسی به منظور ایجاد دروس دکتری به پارلمان داده شده که چند درس اجباری مربوط به حقوق خصوصی یا حقوق عمومی که مندرج در آنهاست دارای جنبه تطبیقی است.

۱۰ـ Tencelin Maurice (کبک کانادا). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در کبک:

الف ـ Baudin حقوق ایالت کانادائی کبک را به عنوان نمونه زندهٔ حقوق تطبیقی توصیف کرده است. در حقیقت، این نظام حقوقی که در اصل فرانسوی است و تحت تأثیر نخست کامن لو انگلیس و سپس حقوق امریکای شمالی قرار گرفته است مساعد برای مطالعات تطبیقی است.

معهذا درواقع، وضعی دگرگونه در کبک پدید آمده است: مثلاً در درس حقوق تطبیقی که در دانشگاه لاوال Laval داده می‌شود، در سال ۱۹۷۳، فقط یک درصد دانشجویان ثبت نام کرده‌اند.

ب ـ این تناقض دارای علل بسیار مختلف است. نویسنده بر این اعتقاد است که دو جامعه کانادائی نتوانسته‌اند یک حقوق براستی ملی تدوین کنند زیرا یکی از آن دو وفادار به سنت فرانسوی و دیگری وابسته به سنت انگلیسی است. وانگهی خصوصیت وضع کنونی کبک فقدان آشنائی کلی با مؤلفان جدید است. در آنجا به عقاید مؤلفان قدیمی و نظریه‌های کهنه فرانسوی بویژه در احکام دادگاهها استناد می‌کنند.

ج ـ نقش حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در کبک دو پهلو و مبهم است زیرا حقوق تطبیقی تاحد زیادی یک وسیله برای تأمین بقاء سنت فرانسوی جامعه کبکی، در برابر کوششهائی که برای الحاق آن به گروه دیگر به کار می‌رود، بشمار می‌آید. اگر این اعتقاد وصول به هدفهای سیاسی را آسان کند با واقعیت علمی سازگار نیست. زیرا اثر حقوق انگلیسی ـ امریکائی در حقوق خصوصی بیشتر از آن است که وجود قانون مدنی کبک امکان تصورش را به ما می‌دهد.

د ـ از لحاظ عملی صرف و بی‌تأکید بر فایده نظری مطالعات حقوقی تطبیقی، نقص آموزش حقوق تطبیقی به معنی خاص در ایالت کبک ممکن است ادامه اشتباهات گذشته والحاق کامل این ایالت به نظام کامن‌لو کانادائی را سبب شود. این نکته‌ای است که Walton مؤلف امریکای شمالی در

آغاز این قرن یادآور شده است.

هـ مؤلف بر آن است که حقوق تطبیقی در حال حاضر نقشی راکه باید در کبک داشته باشد ایفا نمی‌کند چه غالباً آن را با مطالعه وجوه شباهت حقوق کبک با حقوق فرانسه اشتباه می‌کنند. این کوتاه بینی که عیبی بزرگ است مانع گسترش یک حقوق یکنواخت است.

۱۱ـ Van Camelbelke Micheline , André Tunc (فرانسه). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی:

الف ـ نخست مؤلفان تصریح می‌کنند که به علت استقلال نسبی دانشگاههای فرانسه ترسیم دورنمای کلی مطالعات تطبیقی در آموزش حقوقی آسان نیست. از اینرو برای پرهیز از کلی گوئی بیش از حد، گزارش آنان محدود به بررسی درسهائی است که در این زمینه در دانشگاه پاریس شماره ۱ و در مؤسسه حقوق تطبیقی پاریس (وابسته به دانشگاه پاریس شماره ۲) که با وجود وابستگی به دانشگاه اخیر به روی همه دانشجویان پاریسی باز است، داده می‌شود.

درسهای اساساً تطبیقی در عمل در دانشگاه پاریس شماره ۱ برای دانشجویان دورهٔ اول مهم تلقی نمی‌شوند و برعکس برای دانشجویان دوره دوم و دکتری اهمیت پیدا می‌کنند.

ب ـ در دوره دوم نقطه آغاز مطالعات تطبیقی درس «حقوق تطبیقی» است که اکنون بنا به توصیه عالم برجسته حقوق تطبیقی، رنه داوید، «نظامهای بزرگ حقوقی معاصر» نامیده می‌شود. کتاب او که دارای همین عنوان است و به چند زبان خارجی ترجمه شده است نمونه‌ای است از شکلی که این درس باید داشته باشد، هر چند که بعضی از استادان بر حقوق انگلیس، حقوق ایالات متحده یا حتی حقوق کشورهای سوسیالیستی تأکید دارند.

این درس در همه دانشگاههای فرانسه وجود دارد. در دانشگاه پاریس شماره ۱ یک سال زودتر از دانشگاههای دیگر تدریس می‌شود تا دانشجویان بتوانند بر اساس مطالعات تطبیقی، کارهای تحقیقی هدایت شده خود را انجام دهند.

در برنامه سالهای آخر لیسانس درسهای اجباری یا اختیاری که دارای جنبه تطبیقی می‌باشد پیش‌بینی شده است که یکی از آنها درس اصطلاحات حقوقی خارجی است. این درسها به تناسب بین ۵ واحد آموزش و پژوهش (دانشکده) که تحصیلات آنها به شرح زیر می‌باشد تقسیم شده است: مطالعات و کارهای اجتماعی، اداره عمومی و حقوق عمومی داخلی، مطالعات بین المللی و اروپائی و تطبیقی، حقوق بازرگانی و علوم سیاسی.

ج ـ برای نیل به درجه دکتری، پس از بدست آوردن یک دیپلم تحصیلات عالی (D.E.S) که بعد از

یک سال تحصیل و گذراندن امتحانات مربوط داده می‌شود، باید یک پایان‌نامه تحصیلی تهیه و از آن دفاع کرد. دیپلم تحصیلات عالی دارای سه بخش است: «علوم سیاسی» ، «حقوق عمومی» و «حقوق خصوصی». برنامه‌های تحصیلی حضور در درسهای اجباری حقوق تطبیقی را مقرر می‌دارد.

بنابراین روشن است که مخصوصاً دانشگاه پاریس شماره ۱ در راه دادن یک تربیت تطبیقی کوشش کرده و می‌کند. در دانشگاههای استانها نیز همین گرایش، برحسب امکانات هر یک از آنها، دیده می‌شود. پاره‌ای از آنها دارای مؤسسات حقوق تطبیقی هستند هر چند که مهمترین این گونه سازمانها مؤسسه حقوق تطبیقی پاریس است.

د ـ مؤسسه حقوق تطبیقی پاریس به عنوان یک سازمان دانشگاهی ایجاد شده است. این مؤسسه که در سال ۱۹۶۷ وابسته به دانشکده حقوق و علوم اقتصادی پاریس بود، اکنون، لااقل به طور موقت، وابسته به دانشگاه پاریس شماره ۲ می‌باشد که به موجب قانون راهنمائی آموزش عالی مصوب ۱۹۶۸ جایگزین دانشکدهٔ حقوق و علوم اقتصادی پاریس شده است.

این مؤسسه ویژهٔ آموزش و پژوهش است، درسهائی دائر می‌کند و دیپلمهائی می‌دهد. از سال ۱۹۷۱ با همکاری مرکز ملی پژوهش علمی، آزمایشگاهی در آن ایجاد شده است. یک گروه ۱۵ نفری از مدرسان شامل استادان، قضات، وکلای دادگستری و استادیاران با مدیریت پروفسور R.Rodière در مؤسسه گردآمده و درخور صلاحیت خود فعالیت می‌کنند.

چندین درس حقوق تطبیقی در آنجا داده می‌شود که دو نوع مدرک تحصیلی برای آنها درنظر گرفته شده است: یکی دیپلم حقوق تطبیقی به معنی اخص و دیگر گواهینامه اصطلاحات حقوقی Certificat de terminologie juridique. مدرک نخست به دانشجویان حقوق و نیز به کسانی داده می‌شود که به احراز درجه لیسانس در حقوق دست یافته باشند. دومین مدرک ممکن است به هر کسی که دارنده یک دانشنامه آموزش عالی باشد تسلیم گردد. عده این اشخاص بتازگی افزایش یافته است زیرا مدارس ادبیات برای تربیت مترجم مایل به استفاده دانشجویان خود از دروس اصطلاحات حقوقی هستند.

۱۲ـ Zweigert Konrad , Puttfarken Hans Jurgen (جمهوری فدرال آلمان). اهمیت حقوق تطبیقی در آموزش حقوقی در جمهوری فدرال آلمان:

الف ـ صرفنظر از اهمیتی که حقوق تطبیقی برای علم حقوق دارد، آموزش آن ضرورتاً باید در برنامه تحصیلات حقوق در جمهوری فدرال آلمان نظر به دلائل عملی چندی به شرح زیر، منظور گردد:

اول ـ سه میلیون بیگانه در آلمان غربی اقامت همیشگی دارند و تعداد دعاوی مربوط به آنان که به دادگاههای دادگستری یا مراجع اداری ارجاع می‌شود قابل ملاحظه است.

دوم ـ در زمینه روابط خارجی، منافع آلمان در سرمایه‌گذاری، بازرگانی و جهانگردی اقتضا می‌کند که نظامهای حقوقی خارجی شناخته شوند.

سوم ـ نظر به دلائل فوق، مسائل حقوق بین الملل خصوصی اهمیت بیشتری پیدا کرده است. تعارضهائی که پیش می‌آید تنها از طریق شناسائی معقول اختلافات موجود بین حقوق آلمان و نظامهای حقوقی بیگانه قابل حل است.

چهارم ـ همچنین مطالعه حقوق تطبیقی در زمینه حقوق بازار مشترک اروپائی که در بخشهای وسیعی از اقتصاد آلمان لازم الاجرا است اجتناب ناپذیر است.

ب ـ از آنچه گفته شد، چنین برمی‌آید که موقع کنونی حقوق تطبیقی در آموزش حقوق آلمان، به رغم اصلاحات جدیدی که در برنامه‌های تحصیلی دانشگاههای مختلف جمهوری فدرال آلمان انجام شده، عموماً نامناسب است. پیش از این اصلاحات، حتی هنگامی که مطالعات حقوق تطبیقی در برنامه‌ها منظور شد، این مطالعات در نخستین امتحان به حساب نمی‌آمد. امروز نیز برای دومین امتحان که دارای جنبه عملی است شناخت حقوق تطبیقی لازم نیست.

بنابراین، امروزه اگرچه در اغلب دانشگاههای جمهوری فدرال، حقوق تطبیقی به عنوان یک درس اختیاری پذیرفته شده است، معذلک شک است که آموزش تطبیقی بتواند در برابر سایر رشته‌ها که از نظر شغلی مهمتر تلقی می‌شوند، مانند حقوق شرکتها، حقوق مالیاتی و حقوق بازرگانی، علاقه دانشجویان را برانگیزد. به علاوه، برابر نخستین آماری که از زمان اصلاح یاد شده تاکنون بدست آمده است عده دانشجویانی که در دروس اختیاری حقوق تطبیقی ثبت نام کرده‌اند بسیار محدود است.

مؤلفان سپس به درسهای تطبیقی که در پاره‌ای دانشگاهها، مانند دانشگاه آزاد برلین، دانشگاههای فرانکفورت، فریبورگ، هیدلبرگ، کلونی، مونیخ، هامبورگ و ساروبروک Sarrebruck داده می‌شود اشاره می‌کنند. درس کلی مقدمه حقوق تطبیقی فقط در دو دانشگاه اخیر تدریس می‌گردد.

ج ـ با توجه به این وضع، دائر کردن درسهای اجباری مقدمه حقوق تطبیقی در کلیه دانشگاههای آلمان لازم به نظر می‌رسد. این درسها تنها وسیله‌ای است که افقهایی گسترده‌تر از مرزهای نظام حقوق ملی به آموزش حقوقی می‌دهد. در حال حاضر، درسهائی از اینگونه عدهٔ کمی دانشجو دارند و این مرحله آزمایشی بیش نیست.

د ـ وانگهی انجمن آلمانی حقوق تطبیقی پیشنهادهائی به منظور تکمیل آموزش حقوق تطبیقی داده است. ولی مؤلفان برآنند که تنها یک اصلاح کوچک می‌تواند به موفقیت فوری نائل آید: اصلاحی که برابر آن، دروس حقوق تطبیقی به عنوان اختیاری در کلیه دانشگاههائی که هنوز این درسها را در برنامه ندارند دائر و مواد اختیاری به حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق تطبیقی محدود گردد؛ زیرا در آینده نزدیک امکان تأسیس دروس اجباری حقوق تطبیقی برای همه دانشجویان حقوق وجود ندارد.

سوم ـ اهمیت نظری آموزش حقوق تطبیقی

۱ـ طرح موضوع

باید تصریح کنیم که زیر این عنوان، مسأله آموزش نظری مقایسه حقوق یعنی مسأله روش‌شناسی را که بعداً (در شماره هفتم) مطالعه خواهد شد بررسی نخواهیم کرد. ما تنها بر ضرورت علمی آموزش حقوق تطبیقی تأکید خواهیم کرد. به این ضرورت در چند گزارش ملی که خلاصه آنها را بدست دادیم اشاره شده است.

در واقع، متعددند مؤلفانی که ضرروت مطالعات تطبیقی را برای تربیت حقوقدان واقعی خاطر نشان می‌کنند. تنها این مطالعات است که مانع از آن می‌شود که مدارس حقوق در عصر ما که نیازمند به متخصصانی با دید وسیع اجتماعی است تکنیسینهائی ترتیب کنند که فقط قادر به انجام ماشین‌وار شغل خود باشند (۲۰).

۲ـ هدفهای اساسی حقوق تطبیقی در آموزش نظری حقوق

این هدفها از تاریخ نخستین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی که به سال ۱۹۰۰ در پاریس تشکیل گردید بتدریج مشخص شده است (۲۱):

الف ـ رساندن مطالعات حقوقی به یک سطح علمی حقیقی:

چنانکه رنه داوید گفته است، وظیفه اساسی حقوق تطبیقی این است که به حقوق مانند هر علم دیگر جنبه جهانی دهد ـ زیرا در میان کلیه رشته‌های علمی تنها حقوق است که به غلط تصور می‌شود که می‌تواند صرفاً ملی باشد (۲۲).

بر حسب امکانات فعلی ما و بی آنکه وصول به یک علم جهانی حقوق تطبیقی که آرزوی دل وکیو Giorgio del Vecchio بوده است ما را دستخوش رؤیا و تخیل سازد (۲۳)، حقوقدانانی که

گرایشهای بسیار مختلف دارند برآنند که بدون استفاده از روش تطبیقی، رسیدن به یک سطح واقعاً علمی در مطالعات حقوقی غیرممکن است. درواقع این روش کم کم نظامهای مختلف حقوقی را از راه تعدیل افکار و آماده کردن زمینه تفاهم بین حقوقدانانی که وابسته به نظامهای متفاوت ملی هستند، به هم نزدیک می‌کند (۲۴).

گزارشهای مکزیک (Flx-Zamudio) و کبک (Tancelin) یادآور می‌شوند که فقر مطالعات حقوق تطبیقی همراه با گرایش ملی در آموزش حقوقی است. در این صورت نتایج حاصله غیر از چیزی است که در جستجوی آن هستند یعنی مغایر ایجاد یک نظام حقوقی که پاسخگوی نیازهای رژیم سیاسی، اجتماعی و اقتصادی این کشورها باشد.

ب ـ شناخت بهتری از حقوق ملی:

تقریباً کلیه گزارشهای ملی بر این جنبه اساسی اهمیت علمی آموزش حقوق تطبیقی تأکید می‌کنند و درواقع، برجسته‌ترین علمای حقوق تطبیقی برآنند که شناخت و ارزیابی صحیح حقوق ملی بدون استمداد از حقوق تطبیقی بسیار دشوار است (۲۵).

زیرا در حقیقت، بدون برخورداری از سرمایه فکری مطالعات حقوق تطبیقی، دانشجو فکر می‌کند که راه حلهای قانونی، عقاید علماء و آراء قضائی کشورش تنها راه حلهای ممکن هستند و بدینسان بینشی کوتاه و محدود از نظام حقوقی ملی پیدا می‌کند. اگر برعکس، دانشجو حقوق کشور خود را در پرتو نظامهای مختلف بررسی کند می‌تواند افق دید خود راگسترده‌تر نماید، با دقت بیشتر دامنه مسائل حقوقی را درک و با بکار بردن تجربه و اطلاعات حقوقی خارجی این مسائل را به نحو مؤثری حل کند (۲۶).

پروفسور Bernard Dutoit (سویس) بر جنبه سازندهٔ formateur حقوق تطبیقی تأکید می‌کند، هنگامی که خاطر نشان می‌سازد که مطالعات تطبیقی بهترین مانع حصول یک دید نظری و مجرد از حقوق و مقطوع از ریشه‌های خود است.

ج ـ تکمیل زبان حقوقی

همچنین پروفسور Dutoit اهمیت آموزش حقوق تطبیقی را از این نظر که استادان و دانشجویان را در هر لحظه به دقت درباره معنی دقیق اصطلاحات خارجی که در تحلیل نظامهای مختلف حقوقی با آن مواجه می‌شوند وامی‌دارد نشان می‌دهد. اصطلاحات حقوقی که هنور دچار نابسامانی است ـ که باید از میان برد ـ (۲۷) کم کم تکامل می‌یابد.

بدینسان به کندی ولی بدون بازگشت به عقب به ایجاد یک زبان حقوقی بین المللی که هنوز در

نخستین مرحله تکون خود ولی ضروری است نائل می‌شویم. درواقع چنین زبانی در رشته‌های دیگر وجود دارد، در حالی که در علم حقوق هنوز بوجود نیامده و از این رو درک و شناخت آن دشوار است (۲۸).

د ـ یک جنبه اساسی فایده آموزش حقوق تطبیقی که به آن نیز علمای حقوق تطبیقی اشاره کرده‌اند ممکن ساختن تفاهم بین المللی حقوقی در جهان معاصر است، جهانی که در آن نزدیکی کشورها به یکدیگر در زمینه اجتماعی، سیاسی و اقتصادی هر روز بیش از پیش محسوس است و از این رو جدائی نظامهای مختلف حقوقی که در یکدیگر تأثیر متقابل دارند خلاف اصل می‌نماید.

بالنتیجه، چنانکه رنه داوید آروز می‌کند، ضروری است که استادان و دانشجویان برای درک نظرهای مخالف و تفهیم افکار و نظرهای حقوقی خود به دیگران بکوشند. تنها از این طریق است که می‌توان در زمینه علم حقوق به همان چیزی دست یافت که در زمینه‌های دیگر دانش بدست آمده است، یعنی به همزیستی مسالمت آمیز، و در صورت امکان هماهنگ، که برای پیشرفت تمدن ما اجتناب ناپذیر است (۲۹).

هـ و نیز به درستی یادآوری شده است که تنها به وسیله مطالعات تطبیقی است که می‌توان به یک شناخت پویا dynamique از نظامهای حقوقی دست یافت. این شناخت، چنانکه پیش گفتیم، در عصر ما ـ عصر دگرگونیهای مداوم و کمی حیرت انگیز، چه در زمینه علم و تکنیک و چه در قلمرو ساختهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ـ ضروری است.

تنها حقوقدانانی که یک تربیت تطبیقی داشته باشند دارای حساسیت و درک لازم برای انجام مشاغل مختلف حقوقی (دادرسی ـ قانونگذاری ـ کار در دادسرا ـ وکالت ـ آموزش و پژوهش) هستند و می‌توانند در جهت نوسازی شایستهٔ حقوق ملی خود گام بردارند. در غیر این صورت بزرگ است خطر مواجه شدن با یک نظام حقوقی ایستا statique، غیرقابل انعطاف و کهنه که مانع ترقی و تکامل اجتماعی است که علم حقوق باید آن را تسهیل کند (۳۰)، بویژه در کشورهای در حال توسعه که در آنها نقش حقوقدانان باید یک نقش پیشرو باشد، نه مرتجع، چنانکه غالباً آنان را بدین عنوان سرزنش می‌کنند (۳۱).

چهارم ـ جنبه‌های تاریخی

۱ـ سوابق مقایسهٔ حقوق

گزارشی چند و بویژه گزارش پروفسور Vladimir Hanga (رومانی) جنبه تاریخی مطالعات تطبیقی راکه به عهد باستان و مخصوصاً حقوق رم می‌رسد یادآور شده‌اند.

حقوق رم از طریق دادگاههای مخصوص رعایای رومی که پدیدآورنده یک حقوق بین المللی واقعی Jus gentium بودند تحت تأثیر عرفهای ملل دیگر، از جمله سنتهای یونانی، قرار گرفته بود.

با سقوط امپراطوری رم مقایسه حقوق کاملاً از میان نرفت، هرچند که با پیدائی نظام بزرگ مالکی (فئودالی) لطمه‌ای موقت به آن وارد آمد. این گونه مطالعه هنگام تأسیس نخستین دانشگاههای ایتالیائی که تجدید حیات مطالعات حقوق رم را سبب شدند اقتدار خود را بازیافت (۲۳).

مکتبهای شارحان متون حقوق رم Glossateurs و شارحان متأخر Post-glossateurs و پیدائی یک حقوق مشترک در نتیجه توسعه بازرگانی شهرهای ایتالیا و جمع‌آوری عرفها در کشورهای جدید و قانون نویسی بزرگ ناپلئونی در سالهای اول قرن نوزدهم کار مقایسه حقوق را تسهیل و ترغیب کرده‌اند (۳۳).

۲ـ ظهور حقوق تطبیقی به عنوان یک رشته علمی

چنانکه از چندین گزارش ملی که تحلیل کردیم برمی‌آید، دانشمندان حقوق تطبیقی در این نکته اتفاق نظر دارند که در نیمه دوم قرن نوزدهم مطالعه تطبیقی حقوق نظم و سامانی یافته و اصطلاح حقوق تطبیقی رواج گرفته است. این پیشرفت کند علمی در اصل، کار پیشگامانی چون Leibnitz-Selden.Bacon.Grotius-Vico و Montesquieu بوده است (۳۴).

درست در سالهای آخر قرن نوزدهم بود که نخستین انجمنهای علمی برای مطالعات تطبیقی حقوق تأسیس شد، مانند انجمن مقررات تطبیقی Société de Législation comparée در فرانسه (۱۸۶۹) و Recht und Staatswissenschaft Gesslschafr fur Vergleichende در آلمان (۱۸۹۳) و Society of Comparative Legislation در انگلستان (۱۸۹۰) و در همین سالهاست که نخستین مجلات علمی حقوق تطبیقی آغاز به انتشار می‌کند و اولین کرسیهای درس مقایسه حقوق تأسیس می‌گردد(۳۵).

در سال ۱۹۰۰ نخستین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی در پاریس با ابتکار حقوقدانان آلمان: Kholer و Zitelmann و تطبیقی‌دانان بزرگ فرانسوی: Lambert, Levy-Ullmann و Saleilles برگزار می‌شود (۳۶).

از تاریخ تشکیل این کنگره، مطالعه تطبیقی حقوق یک کار علمی به شمار آمده و گسترش فزاینده‌ای داشته است.

پس از جنگ جهانی اول، مؤسسات حقوق تطبیقی تشکیل می‌شوند که کار پژوهش با روش تطبیقی را سامان می‌بخشند و این کار امروزه بوضوح گسترشی بیش از توسعه آموزش حقوق تطبیقی نشان می‌دهد (رجوع شود به شماره‌های ششم و هفتم) (۳۷).

با اینکه حقوق تطبیقی بتازگی عنوان یک رشته علمی پیدا کرده است، نمی‌توان سوابق تاریخی را که زمینه را برای رسیدن حقوق تطبیقی به این پایه فراهم آوردند نادیده گرفت. درواقع، بدیهی است که از لحاظ ضرورت شناسائی و کاربرد تجربه نظامهای دیگر حقوقی، مقایسه حقوق همواره مورد استفاده بوده است. این نیاز در عصر ما که همبستگی کلیه نظامهای حقوقی به رغم اختلافات ظاهری آنها آشکار است بیش از پیش احساس می‌شود.

پنجم ـ اهمیت عملی آموزش حقوق تطبیقی

چندین گزارش از گزارشهای ملی تحلیل شده اهمیت عملی آموزش حقوق تطبیقی را نخست در تاریخ و سپس، به طریق اولی، در عصر حاضر خاطرنشان می‌کنند.

۱ـ اهمیت عملی حقوق تطبیقی از نظر تاریخی

الف ـ پروفسور Igarashi برای ما شرح می‌دهد که آموزش جدید حقوق در قرن نوزدهم وارد ژاپن شده و به شکل درسهای حقوق خارجی: نخست حقوق فرانسه، آلمان و انگلیس و سپس در دوره جدیدتر، حقوق ایالات متحده ظاهر گردیده است. از این رو شناخت نظامهای مختلف برای دانشجویان ژاپنی ضرورت قاطع پیدا کرده است (۳۸).

ب ـ در لهستان، الزام حقوقدانان به شناسائی حقوق سه کشور (پروس، اتریش و روسیه) که در گذشته سرزمین لهستان را بین خود تقسیم کرده بودند بدیهی بود. حتی بعد از اینکه لهستان استقلال خود را در سال ۱۹۱۸ بازیافت، چنانکه پروفسور Andrejew می‌نویسد، وحدت حقوقی فوراً عملی نشد: می‌بایست در مورد حقوق جزا تا ۱۹۳۲، در مورد تعهدات تا ۱۹۳۳ و در مورد حقوق مدنی تا

بعد از جنگ دوم جهانی انتظار کشید. بنابراین حقوقدانان لهستانی ناچار بودند قبل از هر چیز عالم حقوق تطبیقی باشند واین اگر برحسب ذوق ایشان نبود، لااقل ضرورت آن را ایجاب می‌کرد.

۲ـ جنبه‌های کنونی اهمیت عملی مطالعات حقوق تطبیقی

الف ـ گزارش دهندگان آلمانی: آقایان Zwegert و Puttfarken علل پذیرش آموزش حقوق تطبیقی در جمهوری فدرال آلمان را تجزیه و تحلیل می‌کنند. بطور کلی، اینها همان عللی است که در غالب کشورهای اروپای غربی وجود دارد، چنانکه گزارشهای پروفسور Pugliese و پرفسور Matheson (بریتانیای کبیر) آن را تأیید می‌کند. این علل عبارتند از:

اول ـ سرمایه گذاریها، بازرگانی خارجی و جهانگردی

دوم ـ اقامت دائم کارگران خارجی

سوم ـ حجم قابل توجه مسائل حقوق بین الملل خصوصی که ناشی از دو پدیده پیشین است.

چهارم ـ وجود حقوق بازار مشترک اروپائی که مقتضی شناخت نه حقوق مختلف از جمله نظام حقوقی بریتانیای کبیر است و مستلزم مطالعه پاره‌ای مسائل مربوط به دو سیستم حقوقی (حقوق نوشته و کامن لو) است (۳۹).

ب ـ یکی از آرزوهای بزرگ حقوق تطبیقی یکنواخت کردن حقوق است، یعنی «ایجاد یک حقوق مشترک قانونی» که نخست، به گونه‌ای رؤیائی و شاعرانه، جهانی پنداشته شده بود (۴۰) سپس خیالات واهی از میان رفت و تنها وحدت یا هماهنگی منطقه‌ای حقوق مورد توجه قرار گرفت. پروفسور Limpens مطالعه عمیقی را به این مسأله اختصاص داده است (۴۱).

اول ـ در اروپا پروفسور Mario Rotondi حرکت قابل ملاحظه‌ای به وحدت حقوقی داد که تنها در سال ۱۹۲۷ به نتیجه‌ای نه چندان بزرگ که عبارت از تهیه طرح قانون تعهدات فرانسه و ایتالیا بود نائل آمد. معهذا، این جریان فکری، شکفتگی پاره‌ای مطالعات تطبیقی را تسهیل کرد (۴۲). به علاوه، ایجاد بازار مشترک اروپایی و بویژه دیوان اروپایی (۴۳) به تدوین یک حقوق واقعی بازار مشترک منتهی شده که در راه هماهنگ کردن قوانین کشورهای عضو کوشش کرده است (۴۴).

دوم ـ در امریکای لاتین، کوششهائی، اگر نه برای وحدت حقوق، لااقل به منظور هماهنگ کردن آن انجام شده که بعد از تأسیس «انجمن لاتینی ـ امریکائی مبادله آزاد و بازار مشترک امریکای مرکزی» متمایل به ایجاد یک حقوق مشترک است. همچنین باید از مطالعاتی که کمیته حقوقی بین کشورهای امریکائی وابسته به سازمان کشورهای امریکائی و چند سازمان خصوصی یا غیررسمی

در راه هماهنگ کردن حقوق انجام داده‌اند یاد کرد (۴۵).

سوم ـ در مکزیک ـ که به صورت یک کشور فدرال با قوانین به ظاهر متنوع (حدود ۳۰ قانون مدنی، کیفری و آئین دادرسی) اداره می‌شود ـ تلاشهائی در راه وحدت حقوقی صورت گرفته است. در اینجا باید یادآور شویم که اکثر این قوانین از قوانین فدرال یا قوانین ناحیه فدرال (ایالت مقر دولت فدرال) سرمشق گرفته‌اند (۴۶).

ششم ـ جایگاه کنونی آموزش حقوق تطبیقی

۱ـ بلژیک، چنانکه خانم Meinertzhagen-Limpens در گزارش خود خاطرنشان می‌کند، یک کشور نمونه در زمینه آموزش حقوق تطبیقی بشمار آمده است. در این خصوص فرانسه، در نتیجه کوشش پروفسور رنه داوید (۴۷) با افتخار، در درجه دوم قرار می‌گیرد. در مقابل، دیگر گزارشهای ملی همگی ـ البته به درجات مختلف ـ می‌پذیرند که موقعیت آموزش حقوق تطبیقی، چه در سطح لیسانس و چه در سطح دکتری، رضایت بخش نیست.

چنانکه از این گزارشها برمی‌آید، دروس حقوق تطبیقی پس از جنگ جهانی در همه کشورها، از جمله کشورهای سوسیالیست، گسترش تازه‌ای یافته است. لیکن در سالهای اخیر این گسترش متوقف شده و حتی سیر نزولی داشته است: درسهای حقوق تطبیقی و عدهٔ دانشجویانی که در آن شرکت می‌کنند کاهش یافته‌اند، با اینکه آمار دانشجویان دانشکده‌های حقوق به طور قابل ملاحظه‌ای زیاد شده است.

به علاوه، در ایتالیا و در جمهوری فدرال آلمان ـ که دارای سنت حقوقی تثبیت شده هستند ـ اهمیتی که به درسهای حقوق تطبیقی و حقوق خارجی می‌دهند، چنانکه باید نیست: درواقع کلیه این دروس در برنامه‌ها عنوان دروس اختیاری دارند. در همهٔ دانشگاهها کرسی مقدمه کلی حقوق تطبیقی تأسیس نشده و امتحانات پایان تحصیلات شامل آزمایش مربوط به حقوق تطبیقی نیست. از این رو علاقه دانشجویان و حتی استادان به مطالعات حقوق تطبیقی بسیار محدود است (۴۸).

۲ـ در امریکای لاتین جای حقوق تطبیقی از این هم تنگتر است. هنگام تشکیل چند کنفرانس لاتینی ـ امریکائی از طرف دانشکده‌های حقوق، تأسیس کرسیهای حقوق تطبیقی در لیسانس و دکتری (۴۹) مؤکداً توصیه شده است. ولی در حال حاضر، نتایج حاصل، بسیار جزئی و بیشتر مأیوس کننده است.

در این باره یادآور شویم که دانشکده حقوق دانشگاه ملی و مستقل مکزیکو یک درس مقدمه

حقوق تطبیقی به عنوان اختیاری دائر کرده است. ولی این درس، با اینکه کماکان در برنامه دیده می‌شود، امروزه دیگر تدریس نمی‌گردد.

۳ـ در مقابل، وضع پژوهش حقوق تطبیقی به‌کلی با آموزش آن متفاوت است. این گونه پژوهش نخست در فردای نخستین جنگ جهانی اهمیت یافت و آنگاه بعد از جنگ دوم گسترش تازه‌ای پیدا کرد. در واقع، در این دوره است که مؤسسات حقوق تطبیقی یا پژوهش حقوقی ـ چه دانشگاهی چه مستقل (۵۰) ـ چند برابر شدند و شمار مجلات ویژه مطالعات تطبیقی بتدریج افزایش یافت (۵۱). و نیز باید از انتشار بسیاری کتابها، تک نگاریها، مدارک و منابع کار، ترجمه‌ها و غیر آن که به پژوهش حقوق تطبیقی به گونه‌های مختلف اختصاص داده شده است یاد کرد.

در زمینه حقوق اساسی تطبیقی ـ که در ایتالیا در دانشکده‌های علوم سیاسی تدریس می‌شود نه در دانشکده‌های حقوق ـ منابع فراوانی برای پژوهش وجود دارد چنانکه فهرست تفصیلی پروفسور Biscaretti di Ruffia آن را ثابت می‌کند (۵۳).

از آنچه گفته شد برمی‌آید که اختلاف بیّنی میان آموزش و پژوهش حقوق تطبیقی وجود دارد. این اختلاف با عوامل منفی که بر آموزش اثر گذاشته و در گزارشهای ملی که در پیش تلخیص شد از آنها یاد شده است توجیه می‌شود.

هفتم ـ روشهای آموزش و پژوهش حقوق تطبیقی

۱ـ مسائل روش شناسی یک رشته مربوط به شناخت روش

الف ـ بدون اظهارنظر درباره اختلاف راجع به ماهیت حقوق تطبیقی ـ که آن را بعضی یک روش مطالعه و برخی یک رشته مستقل علمی تلقی کرده‌اند (۵۴) ـ اعتقاد ما بر این است که یکی از موانع گسترش آموزش حقوق تطبیقی دقیقاً شکلی است که این آموزش باید داشته باشد.

حقوق تطبیقی یک نوع روش مطالعه است. با وجود این، و به گونه‌ای متضاد، این رشته به نوبهٔ خود دارای پاره‌ای مسائل جدی مربوط به روش شناسی است.

ما کاملاً با پروفسور John Henry Merryman همعقیده‌ایم، در آنجا که در مقالهٔ جدیدی می‌نویسد: ابهام بزرگی در جنبه‌های متعدد حقوق تطبیقی و بویژه دربارهٔ تکنیکهای خاصی که برای بهره‌برداری از این مطالعات پیش بینی شده وجود دارد (۵۵).

چگونه باید حقوق تطبیقی را تدریس کرد؟ این سئوال فکر کلیه دانشمندان حقوق تطبیقی و به

طریق اولی، دانشجویان سطح متوسط را به خود مشغول داشته است. درواقع اینان به مطالعه‌ای رشته‌ای که در بادی نظر بسیار تخصصی، پیچیده، دشوار و تاریک می‌نماید، رشته‌ای که بی‌شک به کوششهائی فوق امکانات ایشان نیازمند است، کمتر احساس علاقه می‌کنند. ما یقین داریم که این سؤال تنها یک پاسخ ندارد زیرا تکنیکهای آموزش ممکن است برحسب هدفهای دنبال شده بسیار متنوع باشد.

ب ـ ما توانستیم اشتغال فکری و دل واپسی راجع به تکنیکهای آموزش را در چند گزارش ملی یادداشت کنیم، اگرچه درپاره‌ای از آنها این امر به صراحت اعلام نشده است.

اول ـ بجاست در این باره یادآور شویم که خانم Meinertzhagen Limpens دروس مقدماتی را از دروس تخصصی با توجه به هدفهای آنها تفکیک می‌کند. او یادآور می‌شود که همه این دروس شامل کنفرانسهائی است، هرچند که در مورد درسهای تخصصی، با پیش بینی بحثها، سخنرانیها و بررسیهای هدایت شده، خواسته‌اند شرکت فعالتر دانشجویان را تأمین نمایند.

دوم ـ استاد Ault و استاد Glendon، به سهم خود، تجربهٔ خویش را از دروسی که در مدت ۵ سال در مدرسه حقوق کالج بستون Boston College Law School داده‌اند گزارش می‌کنند. به اعتقاد ایشان این یک درس سازنده است که نهادهای خاصی را مطالعه می‌کند، نهادهائی که حل مشکلات اجتماعی مشترک را با کاربرد تکنیکهائی بجز آنچه در ایالات متحده مورد استفاد است میسر می‌سازند.

سوم ـ استاد Hanga بر آن است که مطالعه تطبیقی حقوق در دانشگاههای سوسیالیستی وسیله‌ای موثر برای درک دیالکتیک پدیده حقوقی است زیرا این مطالعه متضمن ارزشیابی شایسته‌ای است از نظامهای دیگر حقوقی، با توجه به نیازهای اجتماعی کشورهای مورد نظر و در پرتو روابط اقتصادی، سیاسی و فرهنگی هر کشور با کشورهای دیگر سوسیالیستی یا با کشورهائی که دارای ساخت اجتماعی متفاوت هستند (۵۶).

چهارم ـ خانم Matheson به مسائل مشترک درسهای مختلف حقوق تطبیقی مانند اصطلاحات حقوقی خارجی، انتخاب موضوعات خاص، وسائل آموزشی اشاره می‌کند و نیز یادآور می‌شود که نه تنها شباهتها و اختلافهای موجود میان نظامهای حقوقی بلکه انطباق آنها با فضای سیاسی، اجتماعی و فرهنگی هر کشور نیز باید ذکر شود (۵۷).

ج ـ آنچه گذشت گویای دشواریهائی است که آموزش حقوق تطبیقی با آن مواجه است. درواقع، مکتبهای علمی مختلف تعلیم می‌دهند که نه تنها قواعد حقوق موضوعه، برابر سنت علم حقوق در

اروپای بری Europe cointinental، باید مورد توجه واقع شود، بلکه جنبه‌های اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی نظامی که تحلیل می‌کنیم نیز باید مطمح نظر باشد (۵۹). همچنین باید مطالعات تطبیقی را با استفاده از وسائلی که علم معنی شناسی عمومی Sémantique générale، فلسفه، زبانشناسی و فلسفه تجربی در اختیار ما می‌گذارد تجدید و به روز نمائیم (۶۰). بالاخره باید به نقش فائق جامعه شناسی حقوقی برای حسن درک نظامهای حقوقی (۶۱) و نیز لزوم توسل به پژوهش تجربی و عملی (۶۲) و جز اینها... اشاره کرد.

و اگر به تمام این جهات در یک درس حقوق تطبیقی ـ تفاوت نمی‌کند که در چه سطحی داده شود ـ توجه نمائیم جز خسته کردن و از راه بدر کردن دانشجویان، با این کار غیرممکن، نتیجه‌ای نخواهیم گرفت. همهٔ اینها خودداری گروهی را از حضور در این گونه درسها و برخی را از تعلیم آنها تا حد زیادی توجیه می‌کند؛ زیرا با این دید، حقوق تطبیقی به منزله یک دائرةالمعارف خواهد بود.

۲ـ سطوح مختلف درسهای حقوق تطبیقی

الف ـ مسائل روش شناسی مطالعات حقوق تطبیقی باید مورد بررسی عمیق واقع و حل شود. و ابهام و تاریکی که در حال حاضر در این زمینه وجود دارد نباید مانع از آن شود که حقوق تطبیقی به عدهٔ فزاینده‌ای از دانشجویان تدریس گردد. در این باره بجاست سطوح مختلفی که این درسها در آنها باید تدریس شود، مورد بررسی قرار گیرد. اعتقاد ما بر این است که درس اجباری مقدمه مطالعه حقوق تطبیقی باید ضرورتاً دائر شود. در این درس، برابر نمونه‌ای که استاد رنه داوید پیشنهاد کرده است، دانشجویان علاوه بر آشنائی با مسائل مربوط به روش شناسی باید دیدی کلی و مجموعی از نظامهای اصلی حقوقی بدست آورند (۶۳).

البته این درس مقدمه به تنهائی از دانشجویانی که در آن حاضر می‌شوند دانشمندان کامل حقوق تطبیقی نمی‌سازد. این درس باید کم‌کم، به سوی آموزش اصطلاحات حقوقی خارجی گرایش یابد: مطالعه منابع و مدارک راجع به نظامهای دیگر حقوقی، قرائت بررسیهای جامعه شناسی، اقتصادی و سیاسی در باره قوانینی که به عنوان نمونه انتخاب شده‌اند باید در این درس مورد توجه باشد. بی‌شک در اینجا تنها به یک درس نمی‌توان اکتفا کرد بلکه باید چندین درس وجود داشته باشد که مجموع آنها پایه مطالعات حقوق تطبیقی خواهد بود (۶۴).

ب ـ همین که این دید کلی و مجموعی از نظامهای بزرگ حقوقی تحصیل شد و وسائل ضروری برای یک مطالعه عمیقتر از دیگر نظامهای حقوقی به دست آمد، در این هنگام باید جنبه‌های خاص

حقوق تطبیقی را بررسی کرد. انتخاب موضوع ممکن است با توجه به رشته‌ها یا نهادهای حقوقی و با مراجعه به علوم اجتماعی دیگر به عمل آید. این علوم به دانشجویان امکان می‌دهد که شناختهای حقوق تطبیقی خود را در یک مجموعهٔ اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جای دهند.

از اینرو، مهم آن است که روش مورد استفاده به تناسب هدفهای درس که می‌تواند مقدماتی، عام یا خاص باشد انتخاب گردد. تکنیکها بتدریج و کم کم به کار خواهند رفت و اینها زمینه را برای رسیدن به مطالعات عالی که دانشمندان حقوق تطبیقی (کمپاراتیستها) را تربیت می‌کند فراهم می‌آورند ـ دانشمندانی که گسترش علم جدید حقوق به آنان نیاز شدید دارد (۶۵).

۳ـ آموزش و پژوهش مقایسه حقوق

الف ـ آموزش و پژوهش حقوقی کاملاً به هم پیوسته‌اند (۶۶). این پیوستگی در زمینه مطالعات تطبیقی که دشواریهای فراوانی دارد بیشتر است. در واقع بی‌استمداد از متون قانونی، کتابها، اسناد و مدارک کار و اطلاعاتی که مراکز پژوهشی فراهم می‌آورند، آموزش حقوق تطبیقی غیرممکن است. و این بیشتر بدانجهت است که پژوهش در حقوق تطبیقی به حجمی بزرگتر و بالاتر از حجم آموزش رسیده است.

ولی پژوهش موضوع این گزارش نیست. بنابراین ما به ذکر این نکته اکتفا خواهیم کرد که باید یک همکاری گسترده‌تری میان مؤسسات پژوهشی مخصوصاً مؤسساتی که ویژه حقوق تطبیقی هستند و آموزش برقرار شود. این مؤسسات باید نه تنها استادان ـ بویژه برای درسهای دکتری ـ بلکه وسائل آموزشی لازم راکه بدون آنها آموزش عملاً بی‌اثر است فراهم آورند (۶۷).

ب ـ به علاوه، مسائل مربوط به روش در زمینه پژوهش تطبیقی نیز مطرح می‌شود. این مسائل غالباً دانشجویان علاقمند به مقایسه را دلسرد می‌کند: آنان به عدم قطعیتی که زائیدهٔ گرایشها و تکنیکهای ناهماهنگ است و با وجود این، مکتبهای مختلف فقط آنها را مناسب یا لااقل مناسبتر برای این گونه پژوهش حقوقی می‌دانند برخورد می‌کنند (۶۸).

اعتقاد ما در این زمینه هم بر آن است که تکنیکهای مختلف باید با توجه به پژوهش مورد نظر بکار گرفته شود و کلیه شیوه‌ها اعم از مقایسه ساده قوانین و پیچیده‌ترین مطالعات تجربی سودمند است. به علاوه ما معتقدیم که یک کار گروهی چند رشته‌ای در کلیهٔ رشته‌های علوم اجتماعی که مطالعات تطبیقی در آنها امکان پذیر است ضروری می‌باشد و این برای از میان بردن تصویر وحشت‌انگیز از یک حقوقدان با دانش دائرةالمعارفی با یک ابر استاد است که بسیاری از دانشجویان

سطح متوسط از مدرسان حقوق تطبیقی برای خود می‌سازند (۶۹).

هشتم ـ اصلاحات ممکن

اگر طرحهای اصلاحی برنامه‌های تحصیلی مدارس حقوق غالباً در پاره‌ای زمینه‌ها جاه‌طلبانه بوده‌اند، این طرحها همواره در مورد مطالعات تطبیقی حقوق کوتاه آمده‌اند.

۱ـ در بلژیک، چنانکه خانم Meinertzhagen Limpens گزارش می‌دهد، تصویب نامه مورخ اوت ۱۹۶۹ که به موجب آن آزمایش پایان تحصیلات باید شامل سؤالی درباره حقوق تطبیقی باشد موفقیت آمیز بوده است.

۲ـ در فرانسه، قانون راهنمائی آموزش عالی مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۶۸ که واحدهای آموزش و پژوهش ایجاد کرده (۷۰) دائر کردن درسهای حقوق تطبیقی را در بعضی از این واحدها، هم در لیسانس و هم در دکتری، اجازه داده است. بویژه درس مقدمه نظامهای بزرگ حقوقی معاصر به پیشنهاد حقوقدان برجسته رنه داوید، چنانکه چندین بار یادآور شدیم، پیش‌بینی شده است (VI).

۳ـ لیکن به طور کلی، در اکثریت بزرگ دانشگاههائی که گزارش دهندگان ملی از آنها یاد کرده‌اند، دروس حقوق تطبیقی فقط مواد اختیاری هستند. پدیده‌ای که استاد Pugliese یادآوری کرده پرمعنی است: در ایتالیا سالهای ۷۰ ـ ۱۹۶۸ همراه با اغتشاشهای دانشگاهی احیاناً شدید بوده و شگفت است که در این دوره دانشجویانی که خواستار ایجاد دروسی مناسب با مقتضیات عصر ما بودند درسهای حقوق تطبیقی را انتخاب نکرده بودند، با اینکه این درسها می‌توانست آرزوهای آنان را تا حد زیادی برآورده کند.

۴ـ با توجه به این وضع است که بنا به گزارش استاد Zweigert و استاد Puttfarken، درسهای مقدمه مطالعهٔ حقوق تطبیقی در آلمان فدرال ـ فقط به عنوان یک مرحله آزمایشی ـ دائر شده‌اند؛ زیرا مؤلفان با اینکه خاطر نشان می‌کنند که چنین درسهائی باید در کلیه دانشگاهها ایجاد و اجباری اعلام شود، بر این اعتقادند که امکان توفیق چنین اصلاحی در حال حاضر اندک است.

نهم ـ امکانات آینده

۱ـ در کوتاه مدت

الف ـ وضع فعلی آموزش حقوق تطبیقی ـ که برخی از گزارشها آن را بحرانی توصیف کرده‌اند ـ به

نظر نمی‌رسد که در مدت کوتاه قابل اصلاح باشد.

ب ـ استاد Dutoit مطابق طرحهای پروفسور Neumayer (۷۲) پیشنهاد می‌کند که در دانشگاههای ملی درسهای حقوق تطبیقی در سطح بسیار عالی دائر شود که استادان کشورهای مختلف آنها را تدریس نمایند. در زمینه بین المللی هم باید گسترش بیشتری به آموزش حقوق تطبیقی که دانشکده‌های استراسبورگ و لوگزامبورگ اشاعه می‌دهند داده شود.

ج ـ استاد Pugliese برآن است که اگر پاره‌ای طرحهای اصلاحی که به پارلمان ایتالیا تسلیم شده به تصویب برسد ـ طرحهائی که هدف آنها ایجاد درسهای دکتری است ـ مطالعات حقوق تطبیقی بهبود خواهد یافت؛ چه این اصلاحات درسهای اجباری حقوق تطبیقی را در رشته‌های مختلف پیش‌بینی می‌کند.

۲ـ دراز مدت

الف ـ دورنمای گسترش اساسی مطالعات حقوق تطبیقی هنوز به روشنی قابل ترسیم نیست. معهذا باید یک بار دیگر ضرورت قاطع گسترش کمی و کیفی درسهای تطبیقی را تأکید کرد و درست به خاطر این هدف است که مسأله را در نهمین کنگره بین المللی بررسی می‌نمائیم.

ب ـ بدین منظور، چنانکه پیش گفتیم، فعالیت مؤسسات پژوهش حقوقی و بویژه مؤسسات حقوق تطبیقی باید بیش از پیش به آموزش نزدیک شود و عناصر لازم برای اشاعه آموزش حقوق تطبیقی را در اختیار آن بگذارد.

ج ـ ما با استاد Dutoit همعقیده‌ایم، در آنجا که پیشنهاد می‌کند که گسترش بین المللی بیشتری به مطالعات تطبیقی داده شود، چنانکه دانشکده‌های استراسبورگ و لوکزامبورگ از سالها پیش در این راه می‌کوشند (۷۳).

د ـ در این زمینه، طرحی که هدف آن ایجاد یک بخش حقوقی در دانشگاه در شرف تأسیس اروپائی است ـ که مرکز آن در فلورانس تعیین شده ـ ممکن است پیشرفت قابل ملاحظه‌ای باشد. درواقع، آموزشی که مؤسسه‌ای از این گونه می‌دهد، چنانکه یک حقوقدان برجسته ایتالیائی خاطر نشان می‌کند، قابل توجیه نیست مگر اینکه جنبه تطبیقی داشته باشد (۷۴).

بین المللی شدن مطالعات تطبیقی باز هم کاملتر خواهد بود، هرگاه طرح جاه طلبانه تأسیس یک دانشگاه ملل متحد به موقع اجرا گذارده شود؛ زیرا اگر این دانشگاه وظیفه آموزش حقوقی را به عهده بگیرد، این آموزش به ناچار باید جنبه تطبیقی داشته و در سطحی بسیار عالی با دانشجویانی براستی

جهانی (از کشورهای مختلف جهان) باشد (۷۵).

هـ در امریکای لاتین، امکان بین المللی کردن مطالعات حقوقی در سطح منطقه‌ای هنوز باید دور از دسترس تلقی شود. معهذا نباید این طرح را تحقق ناپذیر دانست. برای کامیابی در این راه باید مبادلات و روابط بین مؤسسات پژوهش حقوقی راگسترش داد. این مؤسسات می‌توانند زمینه را به نوبه خود برای تهیه طرحی که اروپا در حال تحقق بخشیدن به آن است فراهم سازند، هرچند که این کار مدتی دراز به طول انجامد. از این رو امید است که مؤسسه لاتینی ـ امریکائی حقوق تطبیقی ـ سازمانی که هنوز جنبه نظری و ذهنی دارد ـ براستی لباس هستی بپوشد (۷۶).

دهم ـ نتایج

نتایجی که از گزارشهای ملی تسلیم شده و اندیشه‌ها و ملاحظات مذکور در این گزارش بدست می‌آید به شرح زیر است:

اولاً، با اینکه بارها بر نکات زیر:

ـ اهمیت نظری و عملی حقوق تطبیقی در تربیت حقوقدانان واقعی؛

ـ حسن درک حقوق ملی؛

ـ احساس روشن بینی که اجازه می‌دهد حقوق موضوعه را با تحولات شناخته شده در عصر ما هماهنگ نمایند؛

ـ جنبهٔ جهانی حقوق؛

ـ امکان یکنواخت و هماهنگ کردن نظامهای حقوقی؛

تأکید شده است؛ معهذا در سالهای اخیر کند شدن آهنگ گسترش آموزش حقوق تطبیقی بوضوح مشهود است، هر چند که این کندی تنها در پاره‌ای بخشها ظاهر شده است.

ثانیاً، چنانکه در گزارشهای ملی آمده است، بجز در بلژیک و فرانسه، دروس اجباری حقوق تطبیقی نه در لیسانس و نه در دکتری وجود ندارد.* گرایش غالب این است که به این درسها عنوان اختیاری بدهند. به علاوه این حقیقت که دروس تطبیقی در برنامه‌های امتحانات دولتی که برای

---

*. در دانشگاه ترانت Trente ایتالیا نیز درس «نظامهای تطبیقی حقوق» برای دانشجویان کارشناسی حقوق اجباری است. رجوع شود به: R. SACCO, L'italie en tête (A propos de l'enseignement de droit comparé), Revue internationale de droit comparé, No1, 1995, P.131 ets.

ورود به مشاغل حقوقی پیش بینی شده است دیده نمی‌شود بی‌علاقگی دانشجویان متوسط را به گونه درسها تشدید می‌کند و تنها عدهٔ بسیار محدودی از دانشجویان متوسط را به این گونه درسها تشدید می‌کند و تنها عدهٔ بسیار محدودی از دانشجویان خوب به آن اظهار علاقه می‌کنند.

ثالثاً، طرحهائی که به منظور بهسازی این وضع تهیه شده‌اند تا اندازه‌ای محدودند. این طرحها نه امکان فوری ایجاد درسهای مقدمه حقوق تطبیقی و درسهای پایه را پیش بینی می‌کنند و نه اجباری قرار دادن آنها را. این نقص موجب بروز بحران کرسیهای دروس مربوط به نهادها و موضوعات خاص حقوق تطبیقی شده است.

رابعاً، آنچه گفته شد ما را بر آن می‌دارد که توصیه‌های پذیرفته شده بوسیله چهارمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی منعقد در پاریس، در اوت ۱۹۵۴، و نخستین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی مربوط به مجمع بین المللی علوم قضائی متشکل در بارسلون، در سپتامبر ۱۹۵۶، را خاطر نشان سازیم. به موجب این توصیه‌ها، آرزو می‌شود که درسهای پایه و مستقل حقوق تطبیقی، حتی‌الامکان به صورت اجباری، در مدارس حقوقی که هنوز فاقد این گونه دروس هستند دائر گردد. و نیز آرزو می‌شود که آموزش حقوق تطبیقی در دوره‌های مختلف تعلیمات گسترش یابد.

خامساً، ما باید بر ضرروت آموزش حقوق تطبیقی به نحو خستگی ناپذیری اصرار ورزیم، چنانکه دو کنگره‌ای که هم اکنون از آنها یاد کردیم و جدیدتر از آنها کنگره‌ای که در اتاوا در اوت ۱۹۶۹ تشکیل شد آن را روشن کرده‌اند. ما باید بر ضرورت گردآوری منابع و مدارکی هر چه کاملتر در باره حقوق خارجی، و به روز نگاهداشتن آنها تأکید کنیم. ما باید در مورد ضرورت یک بررسی جدید از مسائل مربوط به روش حقوق تطبیقی اصرار ورزیم. و بالاخره باید بر ضرورت نشر و اشاعه شناختهای حقوقی که مقتضای عصر زندگی ماست تأکید نمائیم.

سادساً، وسائل و لوازم فنی ویژه آموزش حقوق تطبیقی باید متدرجاً و به تناسب سطوح آموزشی که داده می‌شود مورد استفاده قرارگیرد.

یادداشتها

1- Le dorit comparé et l'enseignement du droit, in "Revue Intenationale de Droit Comparé" Paris, octobre-décembre 1950 p. 671-681.

2- Cf. International Bar Association, Third Conference Report, London, July, 1950, La Haye 1952 p. 167.

3- Cf. note d'information, L'UNESCO et le droit comparé, in "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, avril-juin 1950, p. 328-333; Id. juillet-septembre 1950, p. 526-530.

4- Cf. Istituto Italiano di studi Legislativi, Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, tome III, Rome, 1953, p. CXVIII et CXIX.

5- Comparative Legal Studies in the U.S. Research in Interamerican Law at the University of Michigan, dans L'ouvrage cité à la note précédente, p. 101-110.

6- Note d'information in "Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico" No 23 mai-août 1955 p. 344.

7- Note d'information in "Boletin del Instituto de Dercho Comparado de Mexico" No 28 janvier-avril 1957 p. 350-451.

8- Note d'information in "Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico" No 33 september - decembre 1958 p. 266.

9- Note d'information in "Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico" No 40 Janvier-avril 1961, p. 266.

10- Note d'information in "Boletin del Instituto de Derecho Comparado de Mexico" No 50 mai-août 1964, p. 534-536.

11- Note d'information in "Boletin del Instituto de Derecho Comparado No 4, janvier - avril 1969, P. 268; No 9 septembre -décember 1970, p. 797-810, rédigee par le professeur Guillermo Floris Margadant.

12- Centre Canadien de Droit Comparé, Travaux du Septième Colloque International de Droit Comparé, Ottawa, Ontario, Canada, 1970.

13- Cf. Jerome A. Cohen et autres, The teaching of comparative law, in the American Journal of Comparative Law", Vol. 19, No 4, automne 1971, Berkeley, Californie.

۱۴ـ اسناد این کنفرانس در مجله دانشکدهٔ حقوق مکزیک Revista de la Facultad Derecho de Mexico شماره ۳۴ ـ ۳۳ ، ژانویه ـ ژوئن ۱۹۵۹، منتشر شده است. در مورد اعلامیه‌های اصولی و توصیه‌ها رجوع شود به صفحات ۴۵۵ ـ ۴۴۷ و در مورد ایجاد مؤسسه لاتینی ـ امریکائی حقوق تطبیقی رجوع شود به صفحه ۴۵۴.

15- Voir note d'information sur ces deux Conférences in "Boletin del Insstituto de Derecho Comparado de Mexico" No 41, mai-août 1961, p. 567; et No 47, mai-août 1963, p. 527, Cf, Javier Elola Fernandez, Creacion del Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado, in le "Boletin", No 41, p. 596-570.

16- Cf. la brochure, Instiutto Latinoamericano de Derecho Comparado. Reunion de Mexico: 26 y 27 de agosto de 1966, Antecedentes, Acta General, Estatutos, Reglamento, Acuerdos, Mexico, 1967.

17- Cf. Hector Fix-Zamudio, Docencia en las Facultades de Derecho, Mexico, 1973, p. 44-45 du tiré-à-part.

18- op.ult. cit., p. 44-45 et 60-61.

19- Cf. Catalogos de Centros de Derecho Comparado en el Mundo, in "Recista del Instituto de Dercho Comparado" No 6-7, Barcelone, decembre 1956, p. 167-488.

20- Cf. entre autres, Jacques Lambert, L'idée d'une science universelle du droit comparé, (Droit comparé et culture générale), in "Etudes de Droit Contemporain, Contributions française aux IIIe et IVe Congrès Internationaux de Droit Comparé", tome I, Paris, 1959, p.279-288.

21- Cf. H.C. Gutteridge, Le droit comparé, trad. française sous la direction de René David, Paris, 1953, P. 38-39.

22- Prologue de l'édition française de son Tratado de derecho civil comparado, trad. de Javier Osset, Madrid, 1953 p. 93-94.

23- La unidad del espiritu humano como base de la comparacion juridica, trad. de Julio Auasta Gonzalez, in "Revista Juridica del Peru", Lima, janvier-avril 1951, p. 6-7 Id. Le basi del Diritto Comparato e i privicpi generali del Diritto; Otto Brusiin, Scienza Universale, ces deux dernières études dans le volume édité par Mario Rotondi, Buts et methodes du droit comparé, Padoue NewYork, 1973, p. 113-122 et 41-54.

24- Cf. Hector Fix-Zamudio, Derecho comparado y derecho de amparo in "Boletin Mexicano de Derecho Comparado" , No 8, mai-août 1970, p. 346.

25- Cf. Hector Fix-Zamudio, op.ult. cit.

"Boletin Mexicano de Derechon Comparado", No 8, maiaout 1970, p. 395-432.

۷۱ـ رجوع شود به یادداشت شماره ۴۷.

72- Cf. Karl H. Neumayer. The nature and teaching of comparative law, dans le volume "Travaux du Septième Colloque Intenational de Droit Comparé", cit., p. 49-63.

73- Cf. René David, Les grands systèmes de droit contemporains, cit., p. 602-603.

74- Cf. Mauro Cappelletti, Universita Europea: il diapartamento giuridico, in "il Mulino", Bologen, mars-avril 1982, p. 225-238.

75- Resolution de l'Assemblée Générale des Nations-Unies du 11 décembre 1970; Cf. Mauro Cappelletti, op.ult. cit., p. 228-229.

۷۶ـ رجوع شود به یادداشتهای شماره ۱۵ و ۱۶.

Société de Législation comparée", tome II, Agen, 1971, p. 411-461.

39- Cfr. Valerio Grementieri, Profili processuali dell'adesione della Gran Bretagna alla comunita economica europea, in Rivista trimestrale di Drititto e prpcedura Civile", Milano, marz, 1968, pp. 135-152.

40- Cfr. Mario Rotondi, Dirtto Comparato, cit., pp. 824-825.

41- La evolucion de la unificacion del derecho, in "Revista de Derecho COmparado", Barcelone, janvier-décember, 1960, pp. 9-18; Id. Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel, in "Revue internationale de Droit Comparé", Paris, Janvier-mars, 1964, pp. 13-31.

42- Cf. René David, Tratado de Derecho civil comparado, cit., p. 402-404 et 419.

43- Cf. Maurice Legrange, The court of justice as a factor in European integration, in "The American Journal of Comparative Law", Ann Arbor, Michigan, 1966-1967, p. 709-725.

44- Cf. Pierre Pescatore, Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe; Leon Goffin, Vingt ans de jurisprudence européenne; Johannes Barmann, Catégories et autonomie du droit communautaire, et Lord Mackenzie Stauart, La Cour de justice des Communautés européeénnes et le contrôle du pouvoir discrétionnaire; tous ces articles parus dans la "Revue Intenationale de Droit Comparé" Paris janvier-mars 1974,P. 4-72.

45- Cf. Hector, Fix- Zamudio et Hector Cuadra Problèmes actuels de l'harmonisation et de l'unification des droits nationaux en Amérique Latine, in "Nordisk Tidsskrift for International Ret" Suppl. 1 No 41 Copenhague, 1971 p. 1045; ces articles ont été publiés postérieurement et mis à jour en espagnol avec le titre de Problemas actuales de armonizacion y unification de los derechos nacionales en Latinomaerica, in "Anuario Juridico" Mexico 1974 P. 93-158.

46- Cf. en ce qui concerne les codes de procédure, Niceto Alcala- Zamora y Csstillo, Unificacion de los codigos procesales mexicanos, tato civiles como penales, in "Recista de la Facultad de Derecho de Mexico" Nos. 37-40 javier-decembre 1960, p. 265-309; en ce qui concerne le droit civil, Antonio Augilar Gutierrez, Bases para un anteproyecto de codigo civil uniforme para toda la Republica (Parte general, derecho de la personalidad, derechos de familia),

Mexico 1967.

47- Cf. Mauro Cappelletti, Estudion del derecho y tirocinio profesional en Italia y en Alemania, trad. de Santiago Sentis Melendo et Marino Ayerra Redin, Buenos Aires, 1959.

49- Cf. Hector Fix-Zamudio, Docencia en las Facultades de Derecho, cit. p. 60-61.

۵۰ـ رجوع شود به یادداشت شماره ۱۹.

51- Cf. René David, Tratado de derecho civil comparado, cit., p. 445-451.

52- Cf. René David, op. ult.cit. p. 428-445; John Henry Merryman, La tradicion juridica romano-canonica, trad. de Carlos Sierra, Mexico, 1971, p. 253-256. De ce dernier ouvrage dont la version originale est en anglais, The civil law traditon, Stanford, Californie, 1959, il existe aussi une traduction en italien de A. de Vita, La tradizione di civil law nell' analisi du un giurista di connon law, Milan 1973.

53- Cf. paolo Biscaretti di Ruffia, Introduzione al diritto costituzionale comparato, 2e edit., Milan, 1970 p. 37-47.

54- Cf. Konrad Zweigert, Methodological problems in comparative law, in"Israel Law Review" Jerusalem octobre 1972,p. 465-474.

55- The objectives, matter and methods of comparative law, en cours de publication, en anglais et dans sa traduction en espagnol.

56- Cf. Viktor Knapp, Science Juridique, UNESCO, Paris, 1972, p. 73-83 (édition polycopiée); Borislav.T. Blagojevic, La méthode comparative juridique; Gyula Eorsi, On the problem of the division of legal systems; Ionasco Trajan, Quelques consdérations sur le droit comparé et les systèmes socio-politiques, dans l'ouvrage cité à plusieurs reprises, "Buts et méthodes du droit comparé", p. 36-37, 196-209, 443-451, respectivement.

57- Cf. Mauro Cappelletti, Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne, dans l'ouvrage cité à la note précédente, p. 71-75.

58- Cf. John Henry Merryman, La tradicion juridica romano-canonica, cit. p. 110-120.

59- Cf. Karl H, Neymayer, Law in the books, Law in action et les méthodes du droit comparé, dans le même ouvrage, "Buts et méthodes du droit comparé", p. 505-521.

آنسل برخلاف گوتریچ و داوید که حقوق تطبیقی را روشی برای مطالعه می‌دانند و آن را یک علم تلقی نمی‌کنند بر آن است که حقوق تطبیقی علم است. آنسل در انتقاد از نظریهٔ مخالف می‌گوید: در این نظریه تناقض وجود دارد؛ زیرا نتیجهٔ منطقی آن این است که حقوق تطبیقی و متخصص در حقوق تطبیقی (کمپاراتیست) وجود ندارند، در حالی که طرفداران این نظریه برآنند که بکار بردن روش تطبیقی مستلزم مقدمات و نیازمند به تخصص است و بررسی تطبیقی نوع خاصی از پژوهش است که در درجهٔ نخست متوجه شناسائی درست از نظامهای حقوقی بیگانه است. آیا قبول این امر شناسائی حقوق تطبیقی و متخصص در این رشته که وجود آنها را می‌خواهند نادیده بگیرند نیست؟ (ص ۳۵).

یکی از دلائل اصلی طرفدران نظریهٔ انتقادی (نظریه‌ای که حقوق تطبیقی را علم نمی‌داند) آن است که حقوق تطبیقی موضوع خاصی مانند رشته‌های مختلف حقوقی ندارد. روش تطبیقی در موضوعات گوناگون که مربوط به رشته‌های دیگر حقوق است (حقوق مدنی، حقوق جزا و غیر آن) اعمال می‌شود. آنسل در رد این انتقاد می‌گوید: اگر نداشتن موضوع خاص دلیل علم نبودن رشته‌ای باشد، فلسفهٔ حقوق هم نباید علم تلقی شود، چه فلسفهٔ حقوق نیز از موضوعات مختلفی که مربوط به رشته‌های دیگر حقوق است سخن می‌گوید (ص ۳۶).

آنگاه آنسل در تأیید نظر خود مبنی بر علم بودن حقوق تطبیقی دو دلیل به شرح زیر می‌آورد:

۱ـ حقوق تطبیقی هنگامی که به شکل مطالعهٔ نظامهای بزرگ حقوقی جلوه می‌کند یک جغرافیای حقوقی را تشکیل می‌دهد که شبیه و به عبارت درست‌تر، موازی «تاریخ نهادهای [1] حقوقی» است: همانطور که تحول تاریخی یک نظام حقوقی مورد مطالعه قرار می‌گیرد، وضع جغرافیائی آن نیز می‌تواند بررسی شود تا آشکار گردد که چه رابطه‌ای با نظامهای دیگر حقوقی دارد و آیا در کنار یا در مقابل نظامهای دیگر قرار می‌گیرد. این بعد جغرافیائی بررسی تطبیقی بی‌شک مربوط به علم است.

۲ـ اگر کاربرد اتفاقی مقایسه را از بکار بردن منظم روش تطبیقی تفکیک کنیم، به آسانی خواهیم دید که روش تطبیقی در صورتی که بطور منظم اعمال شود روش یک علم است که سرانجام به نتیجه‌ای منتهی می‌شود که همان نتیجه، موضوع علم خاصی خواهد بود و با نتیجه‌ای که از مطالعهٔ مسأله در نظام داخلی بدست می‌آید تفاوت خواهد داشت. مثلاً مطالعه و مقایسهٔ شرایط ازدواج یا

1- Institutions

26- Cf. René David, Tratado de derecho civil comparado, cit, p. 78-111.

27- Cf. Isaac Kisch, Droit comparé et terminologie juridique, dans le volume cité, "Buts et méthodes du droit comparé", p. 407-423.

28- Cf. Tllio Ascarelli, Premesse allo studion del diritto comparato, in l'ouvrage "Studi di dirtto comparato e in terma di interpretazione", Milan, 1952, p. 5 et suivantes.

29- Les grands systèms de droit contemporains, Paris, 1964, p. 9-10.

30- Cf. Maure Cappelletti, Le droit comparé et son ensignement face à la société morderne, dans l'ouvrage "Travaux du Septième Colloque International de Droit Comparé", Ottawa, Canada, 1970, p. 85-104; étude publiée par la suite dans l'ouvrage déja cité "Buts et méthodes du droit comparé" p. 55-75.

31- Cf. les communications présentées à ls Conférence sobre la ensenaza del derch y de desarrollo (Valparaiso del 5 al 9 de abril de 1971), Santiago du Chili 1973.

32- Cf. entre autres Mario Rotondi Diritto Comparato, in "Novissimo Digesto Italiano" tome V, Turin 1964 p. 823-824.

33- Entre autres Erich Genzmer, Uber historische Rechtsvergleichung, (Sur la comparaison juridique de caractère historique) dans l'ouvrage déjà cité "Buts et méhtodes du driot comparé" p. 233-234.

34- Cf. Albertp Tripiccione, La comparazione giuridica, Padoue 1961, p. 12-31.

35- Cf. Mario Sarfatti, Introduccion al estudio del derecho comparado. trad. espagnole de l' "Instituto de Derecho Comparado de Mexico" Mexico, 1945- p. 36-47.

۳۶- Maine به سال ۱۸۶۹ به سمت استاد نخستین کرسی حقوق تطبیقی دانشگاه آکسفورد منصوب شد و در سال ۱۸۹۴ اولین کرسی حقوق تطبیقی به وسیله Sir Richard Quain در کالج دانشگاهی University College لندن ایجاد گردید. رجوع شود به کتاب یاد شده: H.C. Gtteridge, Le droit comparé, p. 36

37- Cf. Alberto Tripiccione, La comparazione giuridica, cit., p. 52.

38- Cf. Yosiyuki Noda, Le développement du droit comparé depuis 1868 et la situation actuelle des études comparatives du droit au japon in l'ouvrage "Livre du Centenaire de la

مقالهٔ دوم

فایده و روش‌های حقوق تطبیقی*

بررسی کتاب: Utilité et Méthodes du droit comparé

اثر: Marc Ancel **چاپ نوشاتل ۱۹۷۱**

مارک آنسل مؤلف این کتاب از بزرگترین علمای حقوق فرانسه، رئیس افتخاری شعبهٔ دیوان تمیز این کشور، عضو انستیتو فرانسه، رئیس مکتب دفاع اجتماعی و مدیر مجله بین المللی حقوق تطبیقی است. مارک آنسل نه تنها از دانشمندان و صاحب نظران به نام حقوق جزاست بلکه در حقوق تطبیقی نیز سابقه‌ای ممتد و شهرتی بسزا و تألیفاتی ارزنده دارد که از جملهٔ آنها کتاب «فایده و روشهای حقوق تطبیقی» است. متن کتاب شامل سخنرانیهائی است که این دانشمند در سال ۱۹۷۱ در دانشکدهٔ حقوق و علوم اقتصادی نوشاتل (سویس) ایراد کرده و در واقع مقدمه‌ای کلی بر مطالعهٔ تطبیقی حقوق است.

---

*- این مقاله قبلاً در نشریه دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شمارهٔ دوازدهم ۱۳۵۱، به چاپ رسیده است.

تعریف و فایده و روش حقوق تطبیقی یک مسألهٔ تازه نیست و علمای حقوق تطبیقی در کتابها و مقالات گوناگون از آن سخن گفته‌اند.[1] اهمیت کتاب آنسل در این است که چکیده این مباحث را با عباراتی شیوا و رسا گرد آورده و در ضمن، نکات و نظریاتی جالب و تازه بدان افزوده است.

بخش اول کتاب به مقدمه اختصاص داده شده و در بخش دوم، مؤلف «گسترش حقوق تطبیقی در قرن بیستم» را بررسی کرده است. آنسل در این بخش، مانند مؤلفان دیگر یادآور شده است که سال ۱۹۰۰ را می‌توان سال تولد حقوق تطبیقی دانست. در این سال کنگره‌ای در پاریس از علمای برجستهٔ حقوق تشکیل و مسائل مربوط به حقوق تطبیقی مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. کارهای کنگره در دو جلد به چاپ رسیده و مطالعهٔ آن برای یک بررسی کلی در بارهٔ حقوق تطبیقی ضروری است (ص ۱۸). از این تاریخ حقوق تطبیقی توجه حقوقدانان کشورهای مختلف را به خود جلب می‌کند و روزبروز بر اهمیت آن در جهان افزوده می‌شود. بعد از جنگ جهانی دوم مطالعات تطبیقی چهرهٔ جدیدی به خود می‌گیرد. در حالی که در سال ۱۹۰۰ مقایسهٔ نظامهای حقوقی ژرمنی و لاتینی مورد توجه است و در سال ۱۹۲۵ مقابله و مقایسه حقوق اروپای بری[2] با حقوق انگلیس و آمریکا (کامن لو) به میان می‌آید، بعد از جنگ جهانی دوم اختلاف بین حقوق غربی و حقوق سوسیالیست توجه حقوقدانان را جلب می‌کند و حقوقدانان بناچار وجود یک نظام حقوقی مستقل (حقوق سوسیالیست) را در کنار حقوق رومانیست (حقوق نوشته) و نظام کامن لو می‌شناسند. به علاوه با استقلال و تأسیس کشورهای جهان سوم مسألهٔ دیگری مطرح می‌شود: حقوق این کشورها جزو کدامیک از نظامهای بزرگ حقوقی است؟ (ص ۲۷).

در بخش سوم تحت عنوان «مسائل روش شناسی از لحاظ علمی و نظری» تعریف حقوق تطبیقی و بویژه این مسأله که آیا حقوق تطبیقی یک نوع روش مطالعه یا یک علم است بررسی شده است.

۱ـ رجوع شود به: کلیات حقوق تطبیقی تألیف استاد دکتر حسن افشار و نیز به:

DAVID, René, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris 1950; Les grands systèmse de droit contemporains, 5e édit, Paris 1973.

کتاب اخیر به فارسی نیز ترجمه شده و چاپ دوم آن به سال ۱۳۶۹، از سوی مرکز نشر دانشگاهی،منتشر گردیده است.

2- Continentale

60- Cf. Jaro Mayda, Algunas reflexiones criticas sobre el derecho comparado contemporaneo, in "Boletin Mexicano de Derecho Comparado", No 9, septembre-décembre 1970, p. 647-650.

61- Cf. Luis Recasens Siches, Los metodos de investigacion sosiologica en derecho comparado, dans l'ouvrage "Comunicaiones Mexicanas al VIII Congreso Interncional de Derecho Comparado", Mexico, 1971, p. 75-91, reproduit dans l'ouvrage maintes fois cité "Buts et méthodes du droit comparé", p. 523-544.

62- Cf. John Henry Merryman, The objectives, matter and methods of comparative law, p. 22-26, de l'exemplaire polycopié.

63- Les grands systèmes de droit contemporains, 4e édition, Paris, 1971.

64- Cf. Rudolph B. Schlesinger, The role of the "Basic course" in the teaching of forieign and comparative law, in "The American Journal of Comparative Law", automne 1971, Berkeley, Californie, p. 616-623.

65- Cf. Herman Frans de Croo, Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne, dans l'ouvrage "Travaux du VIIe Colloque International de Droit Comparé", Ottawa, 1970, p. 11-48.

66- Cf. Hector Fix-Zamudio, Reflexiones sobre la investigacion juridica, dans le volume "Conferencia sobre la ensenaza del derechoy el desarrollo", cit., p. 195-223.

۶۷- بجاست به عنوان نمونه از کتاب عالی استاد Rudolf B. Schesinger تحت عنوان: Comparative Law: Cases-text-materials 3e ed., Brooklyn 1970 و کتاب عالی استاد Arthur Taylor زیر عنوان: Von Mehren The Civil Law System: Cases and Materials for the comparative Study of law, Boston 1957. که کتابهای درسی برای دانشجویان انگلیسی و امریکائی هستند با تجدیدنظر و منطبق ساختن آنها با وضع دانشجویان نظام حقوق نوشته استفاده شود.

68- Cf. entre beaucoup d'autres, l'excellente étude de Marc Ancel, Quelques considérations sur les buts et les méthodes de la recherche juridique comparative, dans l'ouvrage cité un grand nombre de fois, "Buts et methodés du droit comparé". p.1-13.

69- Cf. Hector Fix-Zamudio, Reflexiones sobre la investigacion juridica, cit., p.210-214.

70- Cf. Monique Lions Signoret, Ley francesa de orientacion de la ensenanza superior , in

متخصصان چندی را ایجاب می‌کند، مشکلات مربوط به زبان و ضرروت کسب اطلاع از خصوصیات فنی و از واقعیت کلی و مجموعی نظامهایی که مبنای بررسی قرار داده شده‌اند بیش از پیش شرکت عده‌ای کم و بیش بزرگ از پژوهشگران را اقتضا می‌کند. این گونه گروهها احتمالاً ممکن است به ابتکار یک شخص که باید وسائل مادی لازم را برای به ثمر رسانیدن کار داشته باشد گرد آیند. لیکن واضح است که این کار آسان خواهد شد، هرگاه مؤسسه‌ای مجهز به وسائل و کارمندان صلاحیتدار و مرکز مدارک و اسناد، با همکارانی که عادت به کار جمعی دارند و نمایندگانی در خارج، آن را به عهده بگیرد (ص ۱۱۱ و ۱۱۲).

سپس مؤلف به استفاده از وسائل جدید مخصوصاً ماشینهای الکترونیک برای جمع آوری مدارک و اسناد و برخورداری از آنها در مطالعات تطبیقی و مشکلات این کار اشاره می‌کند و نتیجه می‌گیرد که: «بررسی تطبیقی که از چنین تسهیلاتی برخوردار است امروزه بهتر از گذشته می‌تواند نتایج مثبتی به بار آورد. هرگز مطالعات تطبیقی فعالتر از امروز و اندیشه ناکتر به واقعیت‌های عینی زندگی حقوقی نبوده است» (ص ۱۱۲).

در این بخش آنسل از فعالیتهای برخی از مؤسسات حقوق تطبیقی از جمله اقدام مؤسسهٔ ماکس پلانک[1]، واقع در مونیخ، در تهیه و نشر دائرةالمعارف حقوق تطبیقی به زبان انگلیسی، در ۱۶ جلد، یاد می‌کند. این کار بزرگ به ابتکار کمیتهٔ بین المللی حقوق تطبیقی (رکن اداره کننده مجمع بین‌المللی علوم قضائی) آغاز شده و هدفش بدست دادن دورنمائی از موضوعات مهم حقوق خصوصی در کشورهای مختلف و مسائل کلی حقوق تطبیقی است.

سرانجام مؤلف از گرایش حقوق تطبیقی معاصر سخن می‌گوید و ضمن این بحث سه خط سیر اصلی برای آن ترسیم می‌کند:

نخست آنکه حقوق تطبیقی سیاست حقوقی کشورهای مختلف را روشن و تفهیم می‌کند. حقوق تطبیقی به ما می‌آموزد که یک نظام حقوقی زنده همواره در حال حرکت است و خود را با تحولات زندگی اقتصادی و اجتماعی هماهنگ می‌کند. از این رو حقوق زنده و مورد اجرا از مرز قواعد نوشته فراتر می‌رود و چیزی پیچیده است (ص ۱۱۶).

دوم آنکه حقوق تطبیقی به ما امکان می‌دهد که جریانهای بزرگ قانونگذاری و به عبارت دقیقتر، جریانهای بزرگ اصلاح قوانین در سطح بین المللی را مشاهده کنیم. مثلاً با مطالعات تطبیقی

1- Max-Plank Institut

ـ یکنواخت کردن قواعد حقوقی امروز دیگر موضوع اصلی حقوق تطبیقی و اندیشهٔ اساسی عالم حقوق تطبیقی نیست.

ـ هماهنگ کردن نظامهای حقوقی در موضوعاتی که وصول به وحدت در آنها دشوار است امکان پذیر است.

ـ بنابراین فکر قدیم وحدت حقوقی جای خود را به فکر جدید هماهنگی حقوق می‌دهد (ص ۸۵ و ۸۶).

بخش هفتم کتاب به بحث از «روشهای عینی بررسی تطبیقی» اختصاص داده شده است. در این بخش، آنسل نخست فرق بین حقوق تطبیقی و حقوق خارجی را بررسی می‌کند. در عین حال که تفکیک بین این دو را منطقی می‌داند می‌گوید: این تفکیک امروز دیگر کمی از رونق افتاده است؛ زیرا حقوقدانی که در یک نظام حقوقی تربیت شده است وقتی می‌خواهد یک حقوق خارجی را مطالعه کند مانند حقوقدان وابسته به آن نظام حقوقی مطالعه نخواهد کرد. روش او به علت تربیت حقوقی ویژه‌ای که دارد الزاماً تطبیقی خواهد بود.

به علاوه برای هر مطالعه تطبیقی یک مطالعهٔ جدی و بقدر امکان کامل از حقوق خارجی ضروری است. در غیر این صورت مطالعه کننده دچار اشتباهات و نتیجه‌گیریهای نادرست خواهد شد. این مطالعهٔ مقدماتی از نظام حقوق خارجی مخصوصاً در تهیهٔ قراردادهای بین‌المللی و در جریان داوری خصوصی بین المللی و نیز در اقداماتی که برای وحدت حقوق صورت می‌گیرد حائز کمال اهمیت است (ص ۸۹ و ۹۰).

آنسل سپس به درستی اظهار نظر می‌کند که در حقوق تطبیقی روشهای مختلف به کار می‌رود و هر دسته از مسائل تطبیقی اعمال روش خاصی را ایجاب می‌نماید و در عین حال به کار بردن یک روش با منابعی که در دسترس هست بستگی دارد (ص ۹۵).

به اعتقاد آنسل، مطالعهٔ تطبیقی باید همیشه با توجه به واقعیتهای حقوقی صورت گیرد و نباید تنها بر آنچه در متون قانون یا در کتابهای حقوقی منعکس است مبتنی باشد. برای آگاهی از واقعیتهای حقوقی در یک کشور خارجی روشهای گوناگونی را می‌توان به کار برد، از قبیل استفاده از پرسشنامه یا کسب اطلاع درباره یک مسألهٔ حقوقی از طریق مکاتبه با اشخاص صلاحیتدار، و باارزشتر از همه، تماس مستقیم با حقوق بیگانه، در صورت امکان با کمک و راهنمائی اهل خبره. از این لحاظ آنسل «ملاقات‌های دوجانبه» بین حقوقدانان دو کشور را بسیار سودمند می‌داند (ص ۹۸).

آنسل اضافه می‌کند که روش مطالعه برحسب سطح مقایسه تفاوت می‌کند: مقایسه گاهی در

سطح قاعدهٔ حقوقی است مانند بررسی امارهٔ فراش در کشورهای مختلف؛ و گاهی در سطح نهاد حقوقی است مانند مقایسه نهاد طلاق یا فرزندخواندگی در دو کشور؛ و گاهی نیز مقایسه در سطح نظام (سیستم) حقوقی صورت می‌گیرد (ص ۹۹). در این صورت هر اندازه نظام خارجی مورد مقایسه از نظام حقوق داخلی دورتر باشد آگاهی کلی و مجموعی از آن طبیعی‌تر و ضروری‌تر خواهد بود. چنین است اگر یک حقوقدان غربی بخواهد حقوق سوسیالیست را بررسی نماید یا حقوقدانان غربی یا سوسیالیست بخواهند نظامهای حقوقی کشورهای جهان سوم را مورد مطالعه و مقایسه قرار دهند.

هر گاه مقایسه‌ای در سطح قاعدهٔ حقوقی منظور باشد روش اخباری یا توصیفی[1] بیش از هر روش دیگر مورد استفاده خواهد بود؛ یعنی کافی است که اطلاعاتی از قاعدهٔ حقوقی خارجی داشته باشیم تا بتوانیم مطالعهٔ تطبیقی انجام دهیم. این گونه مطالعه همیشه ممکن و نسبتاً آسان است. اما اگر بخواهیم مقایسه‌ای در سطح سیستم حقوقی انجام دهیم مطالعه پیچیده و دشوار خواهد بود. در این صورت، مطالعه یک یا چند قاعدهٔ حقوقی کافی نیست بلکه باید سیستم حقوقی را در مجموعهٔ خود بشناسیم، یعنی از ریشه، اصول اساسی، منابع، طرق اجرای حقوق، روح و نظام کلی ارزشهای آن سیستم آگاه باشیم و به بیان دیگر در این گونه مقایسه روش مورد استفاده اساساً روش ساختاری[2] خواهد بود.

لیکن اگر بخواهیم مقایسه در سطح نهاد حقوقی ـ واسطه بین سطوح فوق ـ انجام دهیم روش مورد استفاده اصولاً روش فنی خواهد بود؛ مانند مطالعه تراست در حقوق انگلیس و امریکا، آنچنان مطالعه‌ای که مکانیسم این نهاد و موارد استفاده از آن را نشان دهد (ص ۱۰۰).

روش دیگری که در مطالعات تطبیقی می‌توان بکار برد آن است که به جای بررسی قاعدهٔ حقوقی یا نهاد یا سیستم، مطالعه را از یک مورد عملی (مانند یک حادثه اتومبیل یا آلودگی آب به وسیلهٔ بعضی از مؤسسات) آغاز کنیم یعنی یک مسألهٔ انسانی یا اجتماعی را درنظر بگیریم و راه حلی را که در کشورهای مختلف برای آن مسأله پذیرفته شده بررسی و مقایسه نمائیم. در این بررسی مبدأ مطالعه، قاعده، نهاد یا نظام حقوقی نیست لیکن در جریان بررسی به اینها برخواهیم خورد و پس از بدست آوردن راه حلهای پذیرفته شده، علت قبول این راه حلها را با یک بررسی اجتماعی ـ حقوقی

1- Méthode informative et descriptive

2- Méthode structurale

امید به همکاری بیشتر آنان در کارهای حقوق تطبیقی، بویژه در سطح جهانی، شایسته است که اطلاعاتی در این باره در اختیار آنان گذارده شود.

الف ـ آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی[۱]

آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال ۱۹۳۴ در لاهه تأسیس شد. این تاریخ مصادف است با جنبش عظیم حقوقی یا تجدید حیات حقوق در جهان، بعد از جنگ جهانی اول. آکادمی انجمنی است از استادان و حقوقدانان برجسته کشورهای مختلف که اهمیت حقوق تطبیقی را دریافته‌اند و علاقه‌مند به مطالعات تطبیقی حقوق و گسترش آن در سطح داخلی و بین‌المللی هستند. استادان حقوق، از سال ۱۹۰۰ که نخستین کنگرهٔ بین المللی حقوق تطبیقی در پاریس با کوشش دو استاد فرانسوی به نام ادوارد لامبر[۲] و رمون سالی[۳] و زیر نظر انجمن مقررات تطبیقی[۴] فرانسه برگزار شد، توجه بیشتری به حقوق تطبیقی مبذول داشتند و به تشکیل مجمعی جهانی برای پژوهشهای تطبیقی احساس نیاز کردند. سازمانهای علمی مشابه در آن زمان، در ایالات متحده، آلمان و ایتالیا وجود داشت. جنبش حقوقی که بعد از جنگ جهانی اول پدید آمد، تشکیل اتحادی از متخصصان حقوق تطبیقی در سطح جهانی را ایجاب می‌کرد. بدینسان آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی از بهترین حقوقدانان زمان که معتقد به همکاری حقوقدانان کشورهای مختلف و بهره‌برداری از حقوق تطبیقی برای تنظیم بهتر روابط بین المللی بودند، بنیان نهاده شد.

معمار این اتحاد یک حقوقدان مجارستانی به نام المربالوگ[۵] بود که تحت تأثیر مصایبی که در اثر جنگ دامنگیر کشورش شده بود بعد از جنگ به طرفداری شدید از اتحاد ملتها برخاست و بر این عقیده بود که حقوقدانان می‌توانند نقش رابط و پیوند دهنده ملتها را ایفا کنند. بالوگ حدود ۴۰ سال و حتی در دوره جنگ جهانی دوم (۱۹۴۵ ـ ۱۹۳۹)، به رغم مصیبتها و گرفتاریهای ناشی از جنگ،

۱ـ مطالب مربوط به این بخش از راهنمای آکادمی تحت عنوان Académie Internationale de droit comparée- International Academy of Comparative Law مورخ ۱۹۹۳ ترجمه و اقتباس شده است.

2- Edouard Lambert

3- Raymond Saleilles

4- Société de Législation comparé

5- Elemer Balogh

طلاق در دو کشور یک بررسی راجع به حقوق تطبیقی است و این بررسی به یک نتیجه علمی جدیدی منتهی می‌گردد. می‌توان گفت که علم حقوق تطبیقی موضوع نهائی خود را می‌سازد و به این ساخته است که به طور مشروع نام حقوق تطبیقی می‌نهند. بدینسان حقوق تطبیقی شامل مجموعه‌ای منظم و سازمان یافته از شناختهاست، آیا این خصیصهٔ اساسی یک علم نیست؟

آنسل اضافه می‌کند: حقوق تطبیقی شاید غالباً هنری برای نزدیک کردن، توحید یا تکمیل نهادهای حقوقی موجود باشد... لیکن به نظر ما دشوار می‌نماید که آن را یک رشتهٔ علمی نشناسیم زیرا دقیقاً خارج از محدودهٔ قواعد داخلی و بکار بردن تکنیک نظام حقوق داخلی است (ص ۳۸).

بخش چهارم کتاب از «حقوق تطبیقی به عنوان طریقهٔ بررسی علمی نظامهای حقوقی» سخن می‌گوید. آنسل در این بخش پس از تعریف سیستم (نظام) حقوقی و تقسیم سیستمهای حقوقی موجود به سه گروه اصلی (نظام رومی ـ نظام کامن‌لو و نظام سوسیالیست) و گروههای تکمیلی (نظامهای مذهبی و حقوق کشورهای جهان سوم) این مسأله مهم راکه چگونه باید نظامهای مختلف حقوقی را بررسی کرد مورد بحث قرار می‌دهد و در این جا تأکید می‌کند که برای مطالعه در یک نظام حقوقی، آگاهی کلی از آن ضروری است، یعنی کسی که می‌خواهد مسأله‌ای را در یک حقوق خارجی مطالعه و آن را با حقوق خود یا حقوق دیگری مقایسه کند باید نخست اطلاعاتی کلی دربارهٔ نهادهای اساسی، منابع و ساخت حقوق، روش استدلال و تفسیر قانون در آن حقوق داشته باشد. حتی باید از تاریخ و شرایط اجتماعی و اقتصادی اجرای قواعد حقوقی و رویهٔ قضائی آگاه باشد، تا بتواند یک مطالعهٔ تطبیقی ثمربخش و مطمئن انجام دهد و شناختی درست و دقیق از مسائل حقوق خارجی داشته باشد.

آنسل در این باره می‌گوید: «این نخستین شرط اعمال واقعاً علمی روش تطبیقی است. دکترین جدید حقوق تطبیقی به درستی در این نکته به گونه‌ای همگانی اصرار می‌ورزد» (ص ۵۳).

«نزدیکی یا مباینت نظامها» عنوان بخش پنجم از کتاب آنسل را تشکیل می‌دهد. مؤلف در این بخش با ظرافت و مهارت تحولی راکه در ربع قرن اخیر در روابط کشورهای غربی و کشورهای سوسیالیست پدید آمده شرح داده است.

بخش ششم کتاب دارای عنوان «حقوق تطبیقی و وحدت حقوق» است و در این بخش مؤلف اذعان می‌کند که تجربه وحدت حقوق چندان رضایت بخش نبوده و فقط در سطح منطقه‌ای و در پاره‌ای از موضوعات، کوششهائی که در این زمینه انجام شده به نتیجه رسیده است (ص ۸۴). و پس از بحث از تحول این مسأله نتیجه می‌گیرد که:

می‌بینیم که نهضت افزایش حقوق و رفع حجر از یک زن یک جریان جهانی است. حقوق تطبیقی به ما نشان می‌دهد کشورهائی که از نظر توسعهٔ صنعتی و اقتصادی و اجتماعی در سطح مشابهی هستند می‌توانند از تجربیات یکدیگر در اصلاح قوانین و حل مشکلات موجود استفاده کنند.

بالاخره حقوق تطبیقی یک وسیله و یک مظهر همکاری و تفاهم بین المللی در زمینهٔ حقوقی است. از طریق بررسی تطبیقی به شیوهٔ جمعی است که حقوقدانان کشورهای مختلف حتی حقوقدانان نظامهائی که اختلافات بنیادی با هم دارند به همکاری با یکدیگر نائل می‌شوند. این همکاری به ویژه برای حل مسائل جدید یا پاسخگوئی به نیازمندیهائی که قواعد یا نهادهای قدیم نمی‌توانند راه حلی برای آن ارائه کنند چشم گیر است. در اینجا علاوه بر مسائل حقوق کار و تأمین اجتماعی، می‌توان از مسائل مربوط به محیط زیست، عبور و مرور وسائط نقلیه و حمایت از زندگی خصوصی افراد یاد کرد که همکاری قابل ملاحظه‌ای در آنها بین حقوقدانان نظامهای مختلف، در پرتو حقوق تطبیقی، دیده می‌شود (ص ۱۱۷).

«بی‌جهت نیست که اساسنامهٔ یونسکو تسهیل شناسائی و تفاهم متقابل ملتها با استفاده از روش تطبیقی را به عنوان موضوع این هدف معرفی می‌کند». و نیز مجمع بین المللی علوم قضائی، طبق اساسنامه، وظیفهٔ خود را عبارت از «گسترش علوم حقوقی جهان از طریق مطالعهٔ نظامهای حقوقی بیگانه و کاربرد روش تطبیقی به منظور تسهیل شناسائی و تفاهم ملتها» می‌داند. بنابراین می‌توان گفت شناسائی و تفاهم دو مفهوم اساسی حقوق تطبیقی جدید است (۱۱۸).

* * *

این بود یک بررسی اجمالی از کتاب ارزنده و جالب آنسل دربارهٔ «فایده و روشهای حقوق تطبیقی». مطالعهٔ این کتاب که ارزش و نقش حقوق تطبیقی و گسترش و اهمیت روزافزون آن را در جهان کنونی نشان می‌دهد برای حقوقدانان بویژه آنانکه هنوز به اهمیت این رشته به خوبی پی نبرده‌اند بسیار سودمند است. ارزش کتاب و شخصیت مؤلف و اظهارنظرهای جالب و آموزندهٔ او که به پاره‌ای از آنها در این بررسی اشاره شد در سطحی است که دانشمندان بزرگی مانند پرفسور داوید آن را ستوده و مطالعه کتاب را به حقوقدانان توصیه کرده‌اند.[1]

۱ـ رجوع شود به مجله بین المللی حقوقی تطبیقی، ۱۹۷۱، شماره ۴، ص ۹۳۳ به بعد.

آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی و چهاردهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی*

حقوق تطبیقی، که فوایدی انکارناپذیر دارد، جای خود را در جهان امروز باز کرده است و نهادها، انجمنها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی گوناگون در سراسر جهان دراین زمینه فعالیت دارند. در دانشکده‌های حقوق معتبر دنیا این رشته به صورت درس اجباری یا اختیاری تدریس می‌شود و مؤسسات حقوق تطبیقی در کشورهای مختلف به آموزش و پژوهش یا تنها پژوهش در این رشته می‌پردازند. کتابها و مجله‌های فراوانی در حقوق تطبیقی انتشار می‌یابد، کنگره‌ها و سمینارهای متعددی به منظور مطالعات تطبیقی برگزار می‌گردد و این مطالعات برای مقاصد مختلف، از جمله اصلاح و تکمیل قوانین ملی، به کار گرفته می‌شود. یکی از نهادهای بنام که حدود هفتاد سال در راه گسترش حقوق تطبیقی فعالیت داشته و کنگره‌های بزرگ و پرآوازه‌ای در این زمینه تشکیل داده است، آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی است که برگزاری چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی را در تابستان امسال تدارک می‌بیند. برای آشنایی حقوقدانان ایرانی با کار آکادمی و کنگره یاد شده و با

---

*- این گزارش در شماره سی و دوم، تیرماه ۱۳۷۳، مجله دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی تهران به چاپ رسیده است.

جستجو خواهیم کرد. این روش را می‌توان روش کاربردی نامید[1] (ص ۱۰۱).

بخش هشتم کتاب حاوی مطالبی جالب تحت عنوان «مفهوم کنونی حقوق تطبیقی» است. آنسل در این بخش ضرورت حقوق تطبیقی را در عصر حاضر تشریح و علل و نتایج آن را بررسی می‌کند. در بحث از علل به این نکته اشاره می‌نماید که در دنیای امروز کشورها نمی‌توانند جدا از یکدیگر زندگی کنند و ناگزیر باید روابطی با هم داشته باشند و همدیگر را بشناسند و این گسترش روابط، مطالعات تطبیقی را ایجاب می‌کند «بدیسنان حقوق تطبیقی یعنی مقایسه حقوقها به صورت یک واقعیت زنده درمی‌آید».

آنگاه مؤلف به نقش سازمانهای بین‌المللی مانند شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل، سازمان بین‌المللی کار، سازمان جهانی بهداشت، یونسکو و بویژه بازار مشترک اروپا در استفاده از حقوق تطبیقی و گسترش آن اشاره می‌کند و در آخر از وسائل و نتایج جدید بررسیهای تطبیقی سخن می‌گوید.

آنسل در این قسمت می‌گوید: امروزه برای مطالعات تطبیقی تسهیلاتی در جهان فراهم شده است که در گذشته وجود نداشته است. امکاناتی که امروز برای مطالعات تطبیقی وجود دارد در دو جهت گسترش می‌یابد:

نخست در جهت آموزش حقوق تطبیقی. این آموزش در همهٔ کشورهای توسعه یافته جای خود را باز کرده است، اگرچه در کمیت و کیفیت آن بین کشورها و گاهی بین دانشگاههای یک کشور اختلافاتی دیده می‌شود. به هر حال آموزش حقوق تطبیقی بویژه بعد از جنگ دوم جهانی گسترش قابل توجهی پیدا کرده است.

دوم در جهت افزایش مؤسسات تخصصی حقوق تطبیقی. اغلب این مؤسسات دارای سه گونه فعالیت هستند. گردآوری منابع و مدارک راجع به حقوق تطبیقی، پژوهش و آموزش (ص ۱۱۰). یکی از مزایای بزرگ مؤسسات حقوق تطبیقی یا سازمانهای بسیار مجهزی که ویژه بررسیهای حقوق تطبیقی هستند دقیقاً آن است که علاوه بر مطالعات فردی که می‌توانند آن را تسهیل کنند مطالعات گروهی را ممکن می‌سازند.

گروههای کار و مطالعه هستند که امروزه سودمندترین همکاریها را در زمینهٔ علم حقوق تطبیقی انجام می‌دهند. پیچیدگی منابعی که باید به آنها رجوع کرد، وسعت و تنوع مدارک که همکاری

1- Méthode fonctionnelle

در سمت دبیرکل آکادمی انجام وظیفه کرد و زندگی خود را وقف موفقیت و پیشرفت این سازمان نمود. پس از او فیلیپ دوسولاکانیزارس[1] اسپانیایی و گابریل مارتی[2] فرانسوی عهده‌دار این سمت شدند که از بزرگترین استادان حقوق تطبیقی بودند و در موفقیت آکادمی سهم بسزایی داشتند. پس از آنان و از سالها پیش، دبیر کلی آکادمی برعهده استاد برجسته فرانسوی به نام رولان دراگو[3] گذارده شده است.

آکادمی طبق اساسنامه (مواد ۶، ۷ و ۸) دارای اعضای اصلی و پیوسته است. اعضای اصلی ۵۰ نفرند که از میان استادان و دانشمندان برجسته حقوق وابسته به نظامها و گروههای مختلف حقوقی انتخاب شده‌اند. در داخل آکادمی ۶ گروه حقوقی وجود دارند: گروه لاتینی، گروه کامن لو، گروه اروپای شمالی و مرکزی، گروه اروپای شرقی، گروه خاورمیانه و افریقا و گروه آسیا. اعضای پیوسته آکادمی تعدادشان محدود نیست، ولی امروزه عده آنان ۱۲۵ نفر است که به وسیله اعضای اصلی با اکثریت دو سوم آراء برگزیده شده‌اند. اکثر اعضای آکادمی از استادان حقوق هستند، ولی برخی از قضات عالی رتبهٔ دادگاههای داخلی و بین المللی نیز به عضویت آکادمی پذیرفته شده‌اند چرا که آکادمی علاوه بر مسائل علمی و نظری به جنبه‌های عملی هم توجه دارد و درواقع فعالیت آکادمی بر سه محور آموزش، پژوهش و عمل دور می‌زند. قابل ذکر است که برخی از استادان ایرانی نیز به عضویت آکادمی نایل آمده‌اند.

آکادمی برای جلب همکاری حقوقدانان نظامهای مختلف، کمیته‌های ملی، که درواقع نمایندگان آکادمی هستند، در بیش از ۵۰ کشور تشکیل داده است. البته آکادمی حقوقدانان ذیصلاح را فقط به لحاظ ارزش علمی آنان به عضویت می‌پذیرد و هیچگونه ملاحظات ملی یا سیاسی را در گزینش افراد دخالت نمی‌دهد. مع هذا آکادمی به لحاظ خصلت بین المللی خود باید رابطی بین مراکز ملی حقوق تطبیقی باشد. به دیگر سخن، آکادمی یک شبکه جهانی به وجود آورده که ایجاد روابط همکاری و دوستی بین علمای حقوق تطبیقی کشورها را ممکن می‌سازد.

در عصر ما آکادمی بدان گونه نیست که در آغاز تأسیس بود. در ۱۹۲۴ دشواریهای سفر زیاد بود و فقط گردهماییهای آکادمی، فرصتی برای دیدار حقوقدانان در سطح جهانی فراهم می‌آورد. امروزه

1- Felipe de Sola Canizares

2- Gabriel Marty

3- Roland Drago

وضع دست کم از دو جهت دگرگون شده است: یکی آنکه استادان حقوق بیش از پیش دعوت می‌شوند که در خارج از کشور خود تدریس کنند یا در دیدارهای دو جانبه شرکت نمایند؛ دیگر آنکه سازمانهای بین المللی متخصص در پاره‌ای از رشته‌های حقوقی زیاد شده‌اند و از این لحاظ رسالت جهانی آکادمی تاحدی کاهش یافته است. در برخی از زمینه‌ها مانند حقوق بین الملل، حقوق مالیاتی و حقوق کار نهادهای جدیدی پدید آمده‌اند و این پدیده دامنه فعالیت آکادمی را محدود کرده است. مع هذا آکادمی به اصول نخستین خود وفادار مانده و به پژوهشهای خویش در همه رشته‌های حقوق ادامه می‌دهد.

آکادمی در آغاز فعالیت خود هر سال گردهماییهایی برای مطالعات تطبیقی تشکیل می‌داد و برنامه‌ای برای انتشار کارهای خود داشت، ولی مشکلات مالی سبب شد که فعالیت اصلی آکادمی، یعنی تشکیل کنگره‌های جهانی حقوق تطبیقی، به چهار سال یک بار محدود گردد.

آکادمی منبع درآمدی بجز حق عضویت سالانه اعضای خود ندارد، از هیچ دولتی کمک مالی دریافت نمی‌کند و فقط در زمانی که کنگره‌ای تشکیل می‌دهد، میزبانان کنگره بخشی از حق ثبت نام دریافتی را به آکادمی می‌پردازند.

نخستین کنگرهٔ بین المللی حقوق تطبیقی به سال ۱۹۳۲ در لاهه برگزار شد و بیست موضوع در آن، مورد بررسی قرار گرفت که به پنج بخش تقسیم شده بود (روش شناسی، منابع و تاریخ حقوق، حقوق مدنی و آیین دادرسی مدنی، حقوق بازرگانی و حقوق مالیکت فکری، حقوق عمومی و کیفری و حقوق بین الملل). دومین کنگره آکادمی نیز در لاهه، به سال ۱۹۳۷ تشکیل گردید. با آغاز جنگ جهانی دوم کار آکادمی متوقف و پس از آن در سال ۱۹۵۰ از سرگرفته شد. کنگره‌هایی که از آن پس تشکیل شدند، به شرح زیرند: لندن (۱۹۵۰)، پاریس (۱۹۵۴)، بروکسل (۱۹۵۸)، هامبورگ (۱۹۶۲)، اوپسالا (۱۹۶۶)، پسکارا (۱۹۷۰)، تهران (۱۹۷۴)، بوداپست (۱۹۷۸)، کاراکاس (۱۹۸۲)، سیدنی (۱۹۸۶)، مونرئال (۱۹۹۰)، کنگره چهاردهم آکادمی در تابستان سال جاری در آتن تشکیل خواهد شد.

کنگره تهران که کنگره نهم آکادمی به شمار می‌آید و در مؤسسه حقوق تطبیقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران برگزار شد، از بهترین و موفق‌ترین کنگره‌های آکادمی محسوب می‌شود. حدود ۲۵۰ نفر از استادان و علمای حقوق در آن شرکت داشتند و حدود ۴۰ موضوع که از موضوعات حقوقی روز بودند، در آن، مورد بررسی تطبیقی واقع شدند. گزارشهای کلی کنگره و بسیاری از گزارشهای ملی آن به چاپ رسیده که از منابع مهم حقوق تطبیقی به شمار می‌آید.

موضوعاتی که در هر یک از کنگره‌ها مورد بررسی واقع می‌شوند، مربوط به همه رشته‌های بزرگ حقوق خصوصی و حقوق عمومی هستند و نیز به روش شناسی، قوم شناسی، انفورماتیک و کتابشناسی (مدارک ومنابع علمی) ارتباط دارند. آخرین بخش، به موضوعی که از سوی انجمن دانشجویان و دانش آموختگان دانشکدهٔ بین المللی آموزش حقوق تطبیقی[1] انتخاب می‌شود، اختصاص دارد. این انجمن در سال ۱۹۶۱ تأسیس شده است. دانشکدهٔ مذکور که مرکز آن در استراسبورگ است، روابط نزدیکی با آکادمی دارد و درواقع فعالیت آکادمی را با آموزش حقوق تطبیقی در دوره‌های کوتاه مدت که در آن شماری از اعضای آکادمی و حقوقدانان برجسته دیگر، به عنوان استاد شرکت می‌کنند، تکمیل می‌کند. گوتریج[2] که از برجسته‌ترین استادان حقوق تطبیقی بوده است، در مقاله‌ای مشهور مندرج در مجموعه مقالاتی که به افتخار لامبر استاد برجسته فرانسوی و متخصص در حقوق تطبیقی منتشر شده، سه ویژگی برای حقوق تطبیقی ذکر کرده است: نقش آن در حسن روابط بین دولتها، فایده آن برای اصلاح حقوق و جایگاه آن در تربیت حقوقی. آکادمی بین المللی تطبیقی هر سه هدف را مدنظر داشته، برای وصول به آنها تلاش می‌کند.

ب ـ چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی[3]

چنانکه اشاره شد، آکادمی هر چهار سال یک بار، یک کنگره بزرگ حقوق تطبیقی در یکی از کشورها تشکیل می‌دهد که طی آن موضوعات متعددی مورد بحث و بررسی تطبیقی قرار می‌گیرند. موضوعات هر کنگره، دو سال پیش از تشکیل آن، پس از نظرخواهی از محافل علمی و کمیته‌های ملی حقوق تطبیقی، مورد بررسی و تصویب کمیته کارشناسان واقع می‌شود و برای کمیته‌های ملی و اعضای آکادمی و مؤسسات حقوق تطبیقی ارسال می‌گردد. سپس برای هر موضوع یک مخبر کل[4] تعیین می‌شود که وظیفه او بررسی و جمع بندی گزارشهای ملی راجع به آن موضوع و تهیه یک گزارش کلی مقایسه‌ای درباره آن و تقدیم آن به آکادمی است. گزارشهای ملی به وسیله استادان و

1- Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé

2- Gutteridge

۳ـ مأخذ: مکاتبات آکادمی و برنامه چهاردهمین حقوق تطبیقی که از سوی میزبانان یونانی به چاپ رسیده است.

4- Rapporteur général - General reporter

صاحب نظران حقوق در کشورهای مختلف تهیه می‌شود. هر گزارش دهندهٔ ملی، حقوق کشور خود را در باره موضوع تعیین شده در برنامه کنگره بررسی و گزارش ملی خود را به آکادمی و مخبر کل موضوع تقدیم می‌کند. گزارشهای ملی و کلی راجع به موضوعات، قبل از تشکیل کنگره آماده و تکثیر می‌شوند. در دورهٔ برگزاری کنگره، گزارشهای کلی در کمیسیونهای مختلف، با حضور گزارش دهندگان ملی و دیگر صاحب نظران، ارائه و مورد بحث و نقد و بررسی قرار می‌گیرند و بعد از پایان کنگره، گزارشهای کلی در مجموعه‌ای به وسیله مؤسسه میزبان به چاپ می‌رسند. گزارشهای ملی نیز چه بسا به وسیله مؤسسات علمی یا انتشاراتی کشورهای ذیربط قبل یا بعد از برگزاری کنگره به زیور طبع آراسته می‌شوند.

چهاردهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی که از چند سال پیش تدارک برگزاری آن دیده شده است، از ۳۱ ژوئیه تا ۶ اوت ۱۹۹۴ (۹ تا ۱۵ مرداد ۱۳۷۳) در آتن با همکاری وزارت دادگستری، وزارت فرهنگ یونان، مؤسسه یونانی حقوق بین المللی و حقوق خارجی، کمیته یونانی حقوق تطبیقی و دانشکده‌های حقوق یونان برگزار خواهد شد و همه استادان حقوق و حقوقدانان علاقمند ـ اعم از اینکه گزارشی راجع به یکی از موضوعات کنگره داده یا نداده باشند ـ می‌توانند به هزینه خود یا هزینه دانشگاه یا سازمان متبوع خود در کنگره شرکت کنند.

موضوعاتی که برای کنگره چهاردهم درنظر گرفته شده است، مشتمل بر ۸ بخش و ۳۴ موضوع به شرح زیر است:

I. الف ـ تاریخ حقوق و قوم شناسی حقوقی

۱ـ تداوم یا عدم تداوم حقوق در دوره انقلابهای اجتماعی

۲ـ ریشه‌های نهادی نظامهای حقوق غربی در حقوق کلیسایی

I. ب ـ نظریه عمومی حقوق و فلسفه حقوق

شیوه نگارش قانون: قواعد تفسیری و قواعد امری

I. ج ـ حقوق تطبیقی و وحدت حقوق

کاربرد حقوق تطبیقی به وسیله دادگاهها

II. الف ـ حقوق مدنی

۱ـ گرایشهای جدید در مرور زمان مسقط حق

۲ـ جرائم (مدنی) در سطح گسترده

۳ـ وضع اموال و نفقه در طلاق بدون تقصیر

۴ـ فنون نوین قراردادهای مالی و تأثیر آنها بر پول

II. ب ـ حقوق بین الملل خصوصی

وضع اموال فرهنگی در حقوق بین الملل خصوصی

II. ج ـ آیین دادرسی مدنی

۱ـ رژیمهای راجع به خودداری از اعمال صلاحیت قضایی در زمینه مدنی و بازرگانی ـ دادگاه نامناسب و مطرح بودن دعوی در دادگاه دیگر Forum non conveniens, Lis pendens

۲ـ ارزش شهادت در حقوق مدنی

II. د ـ حقوق کشاورزی

کشاورزی و محیط زیست

III. الف ـ حقوق بازرگانی

۱ـ خرید سهام اکثریت شرکتهای سهامی از طریق پیشنهاد عمومی خرید و فروش در بورس

۲ـ اسرار بانکی و کنترل دولت بر معاملات ارزی و فعالیتهای محرمانه مربوط به آن

III. ب ـ حقوق فکری (معنوی)

ضوابط کیفی حمایت از آثار ادبی و هنری

III. ج ـ حقوق کار

حقوق جمعی کارگران در بخش عمومی

III. د ـ حقوق هوایی و دریایی

۱ـ تحول کنونی شکل بارنامه

۲ـ مسائل حقوقی و اداری نقض مقررات در حمل و نقل هوایی

IV. الف ـ حقوق بین‌الملل عمومی

حقوق اساسی و حقوق بین‌الملل

IV. ب ـ حقوق اساسی

۱ـ مشروعیت قاضی قانون اساسی و نظریه تفسیر

۲ـ اصل تبعیت به عنوان اصل حقوق اساسی

۳ـ تحولات جدید رژیم پارلمانی

IV. ج ـ آزادیهای عمومی

۱ـ وضعیت حقوقی پناهندگان

۲ـ آزادی مذهبی

IV. د ـ حقوق اداری

۱ـ تدابیر تأمینی و اثر تعلیقی آن در آیین دادرسی اداری

۲ـ دعاوی اداری غیرتشریفاتی

IV. هـ حقوق مالیاتی

ضوابط رابطه بین عمل مشمول مالیات و مؤدّی (تابعیت ـ اقامتگاه یا محل سکونت یا منبع مالیات)

V. الف ـ حقوق کیفری

۱ـ جرم شناختن رفتار دسته‌جمعی

۲ـ مجازاتهای کیفری تخییری

۳- تروریسم

V. ب ـ آیین دادرسی کیفری

آیین دادرسی اختصاری در امور کیفری

VI. کتابشناسی (مدارک و منابع علمی)

برای یک نظام یکنواخت بین‌المللی ارجاعات

VII. انفورماتیک حقوقی

کاربرد «سیستم کارشناسی» در حقوق تطبیقی

VIII. دانشکدهٔ بین‌المللی آموزش حقوق تطبیقی

شروط استثناء در تعارض قوانین و تعارض دادگاهها یا اصل مجاورت

قابل ذکر است که برخی از موضوعات یاد شده، به وسیله کمیته ایرانی حقوق تطبیقی پیشنهاد شده و مورد قبول قرار گرفته است.

گزارشی از
چهاردهمین کنگرهٔ بین‌المللی حقوق تطبیقی

چهاردهمین کنگرهٔ بین المللی حقوق تطبیقی از ۹ تا ۱۵ مرداد ماه ۱۳۷۳ (۳۱ ژوئیه تا ۶ اوت ۱۹۹۴) در شهر آتن (یونان) تشکیل گردید و ۳۴ موضوع حقوقی که از پیش در دستور کار کنگره قرار گرفته بود،[۱] در بخشها و جلسه‌های مختلف کنگره مورد بررسی قرار گرفت. این کنگره مانند سایر کنگره‌های بین المللی حقوق تطبیقی، زیرنظر «آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی»[۲] برگزار شد و در تشکیل آن، «مؤسسه یونانی حقوق بین المللی و خارجی[۳]» و «کمیته یونانی حقوق تطبیقی»[۴] همکاری داشتند. حدود ۶۵۰ نفر از استادان و حقوقدانان کشورهای مختلف در آن شرکت کردند که از

۱ـ برای آگاهی از برنامه کنگره و فهرست موضوعات، رجوع شود به: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۲ (تیرماه ۱۳۷۳)، بخش گزارشهای علمی، ص ۳۱۴ به بعد.

۲ـ همان، ص ۳۱۰ به بعد.

3- Institut hellénique de droit international et étranger

4- Comité hellénique de droit comparé

جمهوری اسلامی ایران نیز چهار نفر از اعضای هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران[1] در کنگره حضور فعال داشتند. جالب آنکه عده‌ای از دانشجویان ممتاز و سطح بالای کشورهای مختلف هم در کنگره شرکت کرده بودند و در هر یک از جلسات بحث، یک دانشجو سمت دبیر جلسه را بر عهده داشت.

شیوه کار کنگره آن است که برای هر موضوع قبلاً یک مخبر کل از طرف آکادمی تعیین می‌شود و استادان و حقوقدانان برجسته نظامهای گوناگون حقوقی، گزارش ملی (که معرف حقوق کشور خودشان می‌باشد) تهیه و تقدیم می‌کنند که یک نسخه از آن برای مخبر کل فرستاده می‌شود. وظیفه مخبر کل، بررسی تطبیقی و جمع بندی و نگارش گزارش کلی مربوط به موضوع است. این گزارش باید لااقل یک ماه قبل از تشکیل کنگره برای دبیرخانه کنگره ارسال گردد. گزارشهای کلی قبلاً تکثیر شده، در اختیار شرکت کنندگان در کنگره قرار می‌گیرد.

گزارش کلی در روز و ساعت معین به طور شفاهی نیز به کنگره ارائه می‌شود و سپس مخبرین ملی و برخی دیگر از استادان حاضر در جلسه، به اختصار راجع به حقوق ملی خود سخن می‌گویند یا راجع به موضوع و مطالب ارائه شده به وسیله مخبر کل، اظهار نظر می‌کنند. مخبر کل با بهره‌گیری از این مباحثات می‌تواند گزارش کلی را اصلاح و تکمیل و آماده چاپ نماید. متن نهایی گزارشهای کلی معمولاً با کمک مالی کشور میزبان و زیرنظر آکادمی در مجموعه‌ای به چاپ می‌رسد؛ چنانکه گزارشهای کلی نهمین کنگره بین المللی حقوق تطبیقی (تهران ۱۳۵۳) به چاپ رسیده و از اهم منابع حقوق تطبیقی به شمار می‌آید.

زبان کنگره، فرانسه و انگلیسی است. گزارشها باید به یکی از دو زبان تهیه شود و بحث و گفتگو در جلسه‌های کنگره هم به یکی از این دو زبان انجام می‌گیرد.

یکی از موضوعات برگزیده برای کنگره چهاردهم، «ارزش شهادت درحقوق مدنی» بود و اینجانب به عنوان مخبر کل موضوع از سوی آکادمی انتخاب شده بودم. ۱۴ گزارش ملی از کشورهای مختلف[2] راجع به موضوع، دریافت کرده، گزارش کلی خود را به زبان فرانسه، براساس گزارشهای دریافتی و مطالعات شخصی تهیه کردم. این گزارش قبل از تشکیل کنگره، تکثیر شده و در اختیار

۱ـ دکتر سید حسین صفایی، دکتر محمود عرفانی، دکتر ایرج گلدوزیان و دکتر محسن صدرزاده افشار.

۲ـ کشورهای مزبور عبارتند از: آلمان، بلژیک، امریکا، فنلاند و سوئد، انگلیس، یونان، مجارستان، ایران، هلند، رومانی، استرالیا، کانادا (کبک)، فرانسه و ایتالیا.

شرکت کنندگان قرار گرفته بود. روز ۱۱ مرداد ماه برای بحث درباره این موضع تعیین شده بود که در جلسه مربوط شرکت و ضمن ایراد سخنرانی، گزارش خود را شفاهاً نیز ارائه نمودم. عده قابل ملاحظه‌ای از استادان کشورهای مختلف در جلسه شرکت داشتند و ریاست جلسه طبق برنامه با پروفسور جولوویچ، استاد بنام دانشگاه کمبریج بود. پس از ارائه گزارش کلی که برای آن ۴۵ دقیقه وقت منظور شده بود، رئیس جلسه به هر یک از مخبرین ملی ۵ دقیقه وقت داد که راجع به گزارش خود سخن بگویند و در مورد موضوع اظهار نظر کنند. برخی از شرکت کنندگان دیگر، از جمله رئیس جلسه هم اظهار نظرهایی کردند. در پایان نیز به اینجانب فرصت داده شد که ده دقیقه دیگر سخن بگویم و جمع بندی و نتیجه‌گیری نمایم. روی هم رفته بحثها و اظهارنظرها حاکی از تأیید گزارش کلی و نتیجه‌گیریها و ملاحظات مخبر کل بود.

شهادت در حقوق مدنی که موضوع گزارش اینجانب و مباحثات جلسه یاد شده بود، یکی از موضوعات مهم حقوقی است که در کشورهای مختلف مورد توجه خاص واقع شده و تحول جالبی داشته است. از مطالعات انجام شده چنین برمی‌آید که در این زمینه اختلاف بین نظام حقوقی رومی ـ ژرمنی و نظام کامن لو در گذشته چشمگیر و قابل ملاحظه بوده است؛ در حالی که در کشورهای وابسته به نظام رومی ـ ژرمنی، شهادت در امور مدنی ارزش چندانی نداشته و محدودیتهای بسیاری برای آن قائل شده بودند، در کشورهای کامن لو (انگلیس و سایر کشورهای وابسته به کامن لو) شهادت مهمترین دلیل به شمار می‌آمده و به طور گسترده از آن بهره می‌گرفتند. مع هذا تحول حقوق در کشورهای مختلف نشان می‌دهد که از اختلاف بین دو خانواده حقوقی در مورد شهادت، کاسته شده و به ویژه حقوق کشورهای رومی ـ ژرمنی در جهت کم کردن محدودیتها و شناسایی ارزش بیشتری برای شهادت اصلاح گردیده است.

قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، در حقوق ایران به پیروی از حقوق فرانسه، ارزش شهادت بسیار محدود شده بود، خصوصاً طبق ماده ۱۳۰۶ پیشین قانون مدنی در مورد عقود و ایقاعات و تعهدات، اگر ارزش موضوع آن بیش از پانصد ریال بود، شهادت برای اثبات دعوی پذیرفته نمی‌شد؛ لیکن به موجب اصلاحات قانون مدنی در سالهای ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، و بر اساس حقوق اسلامی، از محدودیتهای قانونی شهادت کاسته شد و امروزه در ایران ارزش شهادت به مراتب بیش از گذشته است و از این لحاظ تحول حقوق ایران با تحول حقوق ادله در کشورهای دیگر هماهنگ است. قابل ذکر است که در حقوق اسلام نیز شهادت از مهمترین ادله اثبات دعوی است و از این جهت نظام کامن لو قابل مقایسه با حقوق اسلام است.

برای روشن شدن ارزش شهادت در حقوق تطبیقی و تحول حقوق کشورها دراین زمینه، شایسته است خلاصه‌ای از نتیجه‌گیری مخبر کل در اینجا آورده شود:

۱ـ شهادت در جهان امروز یک طریقهٔ مهم اثبات دعوی به شمار می‌آید؛ برخلاف سنت رومانیستی که در آن برای شهادت ارزش چندانی قایل نبودند. با توجه به اینکه سیستم دلیل قانونی (سیستمی که به موجب آن ادله اثبات دعوی و ارزش هر یک از آنها به موجب قانون دقیقاً مشخص شده است) امروزه در حال افول است، شهادت می‌تواند نقشی بیشتر از گذشته در کشف حقیقت ایفا کند.

۲ـ شکل عادی و متعارف شهادت، شکل شفاهی است. شهادت شفاهی در برابر قاضی است که به او و طرفین دعوی امکان می‌دهد که از شاهد سؤالاتی بکنند و همین امر به طور محسوس در کشف حقیقت مؤثر است و به شهادت چهره یک دلیل زنده می‌دهد. مع هذا بنا به دلایل عملی، شهادت کتبی در اغلب کشورهای مورد نظر، با پاره‌ای شرایط و محدودیتها، پذیرفته شده است. بویژه قوانین جدید در این خصوص مساعدتر هستند.

۳ـ موضوع شهادت اصولاً چیزی است که شاهد شخصاً دیده یا شنیده است. مع هذا شهادت غیرمستقیم کمابیش در همه کشورهای موردنظر قبول شده است، خصوصاً در مواردی که شهادت مستقیم (مثلاً به علت فوت یا بیماری شاهد اصلی) ممکن نباشد. تحول حقوق ادله حاکی از آن است که نظامهای حقوق ملی به مرور سختگیری کمتری در این زمینه نشان می‌دهند.

۴ـ درمورد شخص شاهد، گرایش کلی بر پذیرش شهادت هر شخصی است که قوه تمیز و توانایی ادای شهادت داشته باشد. بدین سان محجوریتها و ممنوعیتهای ناشی از سن و وضعیت شخصی و اجتماعی شاهد و روابط خانوادگی و خادم و مخدومی که در قوانین قدیمی وجود داشته، در عصر حاضر کمتر شده است. درواقع، از آنجا که سیستم دلیل آزاد در اغلب کشورها پذیرفته شده است، تحدید اختیارات قاضی با قواعد محدودکننده شهادت ضروری شناخته نشده است.

۵ـ در زمینه اعمال و وقایع حقوقی قابل اثبات با شهادت، محدودیتهایی که از حقوق فرانسه ریشه گرفته است (مانند ماده ۱۳۰۶ پیشین قانون مدنی ایران) گرایش به زوال دارد. اغلب نظامهای حقوقی موردنظر، حتی درکشورهای رومانیستی، شهادت را برای اثبات کلیه دعاوی، بدون تفکیک بین اعمال حقوقی و وقایع حقوقی، می‌پذیرند. بنابراین، شهادت در اغلب کشورها، حتی برای اثبات قراردادهای غیربازرگانی و دارای ارزش مالی بالا، مسموع است.

۶ـ شهادت باید مربوط به دعوی و مفید برای اثبات امور مورد نزاع باشد. این مسئله محل تردید

و اختلاف نیست و همه کشورها این اصل را پذیرفته‌اند، هر چند که اختلافات جزئی در این خصوص دیده می‌شود.

۷ـ ارزش اثباتی شهادت بستگی به نظر قاضی دارد؛ قوانین جدید گرایش به آن دارند که در این زمینه قلمرو اختیارات قاضی را گسترش داده، به او اعتماد بیشتری نمایند. بدین سان از قواعد محدود کننده اختیارات قاضی به تدریج کاسته شده است. اصولاً تشخیص قاضی در مورد ارزش شهادت حجت و قاطع است، مشروط بر آنکه برخلاف عقل و منطق نباشد. این تحول با سیستم دلیل آزاد یا دلیل معنوی ـ که در جهان امروز در حال پیشرفت می‌باشد ـ نیز هماهنگ است.

۸ـ بنابراین، نظریه سنتی در کشورهای رومانیستی، مبنی بر تفوق دلیل کتبی بر شهادت و ادعای تضاد بین کامن لو و نظام رومی ـ ژرمنی در این خصوص، با توجه به تحول حقوق ادله از قرن هفدهم به بعد، امروزه باید تعدیل گردد. درواقع تحول حقوق در این سیستمها موجب نزدیکی حقوق در مورد شهادت شده است. در هر دو نظام برحسب مورد از دلیل کتبی یا شهادت (هر کدام بیشتر قابل اعتماد باشد) بهره می‌گیرند و آنچه مسلم است، امروزه در کشورهای رومی ـ ژرمنی برای شهادت ارزش بیشتری نسبت به گذشته قایل هستند. حقوق ایران هم، برمبنای حقوق اسلامی، در همین جهت تحول یافته است.

در خاتمه اضافه می‌نماید که اینجانب در جلسات بحث راجع به برخی دیگر از موضوعات کنگره، از جمله ریشه‌های نهادی نظامهای حقوق غربی در حقوق کلیسایی (آزادی مذهبی)، آیین دادرسی اختصاری در امور کیفری و تروریسم و نیز در جلسه عمومی اعضای آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی (به عنوان عضو آکادمی) شرکت کردم و از آنها بهره بردم.

یادی از استاد رنه داوید*

رنه داوید[1] استاد بنام حقوق تطبیقی و مؤلف کتابهای متعدد از جمله «نظامهای بزرگ حقوقی معاصر» در ۲۶ مه ۱۹۹۰ در سن ۸۴ سالگی درگذشت.

این استاد بزرگ فرانسوی که شهرتی جهانی داشت از هوش و ذکاوت و استعداد فوق‌العاده برخوردار بود. در سال ۱۹۰۶ میلادی در یک خانواده مسیحی دیده به جهان گشود. پس از اخذ درجه دکتری در حقوق خصوصی، در سال ۱۹۲۹، در سن ۲۳ سالگی در کنکور استادی حقوق[2] که از دشوارترین آزمونهای حقوقی است و فقط افراد برجسته می‌توانند آن را بگذرانند شرکت کرد و پذیرفته شد. مدیر آموزش عالی که از پذیرش این نوجوان شگفت‌زده شده بود و از طرفی او را در سنی مناسب برای تدریس در دانشگاه نمی‌دید وی را برای کسب تجربه به «موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی»[3] که مرکز آن در رم است اعزام داشت. این مسافرت فرصت خوبی برای او فراهم آورد که زبان ایتالیائی را فراگیرد و بعدها در کارهای علمی خود از آن بهره‌مند شود.

---

*- منتشر شده در نشریهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره بیست و پنجم، ۱۳۶۹.

1- René David

2- Concours d'agrégation

3- Institut international pour l'unification du droit privé

همچنین به لطف یکی از همکاران آلمانی خود زبان آلمانی را آموخت که آن نیز عاملی در گسترش مطالعات و تحقیقات او بود.

مسافرت به خارج کشور موجب آشنائی داوید با پروفسور گوتریج[1] استاد بنام دانشگاه کمبریج گردید. پروفسور گوتریج که سخت تحت تأثیر ذکاوت و تیزهوشی داوید قرار گرفته بود او را به منظور بررسی و مطالعه حقوق انگلیس به دانشگاه کمبریج دعوت کرد و داوید حدود دو سال از دوران جوانی خود را در آنجا گذراند و به اخذ درجه دکتری از آن دانشگاه نائل آمد. داوید بعدها می‌گوید که «این دو سال زیبای دوره جوانی»، «خاطره‌ای فراموش نشدنی» برای او باقی گذاشته است.

داوید سالها بعد در دوره‌ای که استاد دانشکده حقوق دانشگاه پاریس بود کتاب حقوق تطبیقی[2] گوتریج را با همکاری چند تن از شاگردان خود به فرانسه ترجمه و چاپ کرد که از آثار ارزنده حقوق تطبیقی به شمار می‌آید.

داوید در جوانی با دختری به نام هلن لابه ازدواج کرد که همیشه یار و مددکار و رفیق سفرها و مشوق کارهای او بود و داوید همواره مراتب تحسین و حق شناسی عمیق خود را نسبت به او ابراز می‌داشت. ثمره این ازدواج چهار فرزند برومند است که همواره موجب مسرت و شادی عمیق او و گهگاه باعث تشویش خاطر او بودند.

داوید طی مسافرتهای طولانی خود به شوروی نیز سفر کرد و مدتی در آنجا اقامت گزید و زبان روسی را فراگرفت و با حقوق شوروی آشنا شد و آن را در برخی از آثار و تألیفات خود به حقوقدانان غرب معرفی کرد.

از حوادث دردناک زندگی او اسارت در دوران جنگ جهانی دوم بود. اشتیاق او به آزادی موجب شد که در زندان نقشه فرار را طرح‌ریزی کند و در این باره توفیق یابد. پس از آزادی از زندان به شهر گرونوبل ـ شهری که پس از ازدواج برای سکونت خود برگزیده بود ـ بازگشت و به تدریس در دانشگاه پرداخت. در ضمن به منظور مشارکت فعالانه در عملیات رهائی بخش با گروههای مقاومت ملی فرانسه ارتباط برقرار کرد و سپس به منظور پیوستن به آنها با عبور از اسپانیا عازم شمال افریقا شد. با ورود به افریقا فعالیت او در گروه ضربت آغاز گردید. داوید ضمن عملیاتی در جزیره کورس مجروح

1- Gutteridge

2- Comparative law

گردید، جراحتی که معلولیت او را در تمام عمر سبب شد. از آن پس داوید ناچار بود همیشه از عصا کمک بگیرد و برای نشستن از کوسن بادی که با خود حمل می‌کرد استفاده کند.

داوید بعد از مدتی به پاریس آمد و به تدریس در دانشکده حقوق دانشگاه پاریس پرداخت و کارهای علمی خود را به رغم معلولیت و ناتوانی جسمی با جدیت هر چه تمامتر پی گرفت. او استادی مهربان و دلسوز بود و هیچگاه از راهنمایی و کمک به دانشجویان خود دریغ نمی‌ورزید. او در طول تدریس در دانشگاه دانشجویان بسیاری از کشورهای مختلف تربیت کرد. درس اصلی او حقوق تطبیقی بود. حقوق مدنی و داوری بازرگانی بین‌المللی نیز تدریس می‌کرد. دانشجویان همواره چه در خانه، چه در دانشکده، بویژه در کتابخانه حقوق تطبیقی دانشکده که خود تأسیس کرده بود، می‌توانستند او را ببینند و از رهنمودها و مساعدتهای بی‌دریغ او برخوردار گردند. او یک استاد واقعی و شایسته این مقام بود. دانشجویانش از صمیم قلب او را دوست داشتند و به او احترام می‌گذاشتند و بسیاری از آنان بعد از فراغ از تحصیل نیز رابطهٔ دوستانه خود را با او حفظ می‌کردند و دوستان خوبی برای او بودند.

داوید به جهان سوم علاقه‌مند بود و از این رو به دانشجویانی که از جهان سوم می‌آمدند توجه می‌کرد، راهنمائی پایان‌نامه‌های آنان را بر عهده می‌گرفت و در ارشاد و مساعدت آنان کوشش می‌کرد.

داوید دارای آثار و تألیفات متعددی است که نام او را در جهان بلند آوازه کرده‌اند. اولین تألیف او کتابی تحت عنوان «مقدمه‌ای بر حقوق خصوصی انگلیس»[1] است که در سال ۱۹۴۸ به عنوان اولین جلد از مجموعه «نظامهای حقوقی معاصر»[2] که خود بنیانگذار آن بود انتشار یافت. سپس دو جلد دیگر از همان مجموعه را یکی تحت عنوان حقوق شوروی،[3] جلد اول، و دیگری تحت عنوان «حقوق فرانسه»[4] نوشت؛ جلد دوم حقوق شوروی نوشته دوست او پروفسور جان هازار[5] است.

1- Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre.

2- Les systèmes de Droit contemporains.

3- Le droit soviétique.

4- Le Droit Français.

5- John Hazard.

یک جلد دیگر از این مجموعه تحت عنوان «مقدمه حقوق اسکاتلند»[1] به وسیله همسر او به رشته تحریر درآمده است. هدف از انتشار این مجموعه که ۲۴ جلد از آن انتشار یافت آشنا کردن حقوقدانان با نظامهای حقوقی معاصر بود که به اعتقاد داوید، نخستین گام و شرط لازم در مطالعات تطبیقی است.

داوید در سال ۱۹۵۰ «کتاب مقدماتی حقوق مدنی تطبیقی»[2] را منتشر کرد. سپس در سال ۱۹۶۴ کتاب معروف و بی‌نظیر «نظامهای بزرگ حقوقی معاصر» را انتشار داد که به عنوان یک کتاب درسی و مقدماتی در حقوق تطبیقی شهرتی بسزا در جهان یافت. ۹ چاپ از آن تا سال ۱۹۸۸ در فرانسه منتشر گردید و به هشت زبان ترجمه و چاپ شد که یکی از آنها زبان فارسی است.[3] مؤلف تداوم و بهنگام درآوردن و انتشار کتاب به زبان اصلی را به کامی ژوفره اسپینوزی[4] استاد دانشکده حقوق دانشگاه پاریس واگذار کرد که نام او نیز به دنبال نام استاد فقید در چاپهای هشتم و نهم کتاب دیده می‌شود.

داوید مدتی در اتیوپی اقامت کرد و به مطالعه در حقوق آن کشور پرداخت و طرح قانون مدنی اتیوپی را تهیه کرد که از زیباترین و جالبترین کارهای حقوق مدنی و متن فرانسه آن زینت‌بخش کتابخانه‌های حقوق تطبیقی است.

از آثار دیگر او مطالعه در منابع حقوق است که در «دائرةالمعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی» انتشار یافته است.

کتابهای دیگری نیز از داوید منتشر شده که از جمله آنها «حقوق انگلیس و فرانسه، مقایسه‌ای بنیادی»[5] ـ «قراردادها در حقوق انگلیس»[6] ـ «داوری در بازرگانی بین‌المللی»[7] ـ «دگرگونی‌های زندگی

1- Introduction au droit écossais.

2- Traité élémentaire de Droit civil comparé.

۳ـ این کتاب به وسیله دکتر سیدحسین صفائی، دکتر عزت‌اله عراقی و دکتر محمد آشوری به فارسی برگردانده شده و به وسیله مرکز نشر دانشگاهی در سال ۱۳۶۴ به چاپ رسیده است. چاپ سوم این ترجمه در دست انجام است و به زودی منتشر خواهد شد. چاپ دهم اصل کتاب به سال ۱۹۹۲ منتشر شده است.

4- Camille Jauffret-Spinosi.

5- English law and French Law, A Comparison in Substance.

6- Les contrats en Droit anglais.

یک متخصص حقوق تطبیقی»[8] ـ «حقوق تطبیقی، حقوق دیروز و حقوق فردا»[9] و «حقوق تجارت بین‌الملل»[10] منتشر در سال ۱۹۸۸ می‌باشد.

رنه داوید استادی ایدئالیست و نوآور بود. او مایل بود که حقوق‌دانان بینشی فراتر از افق کوتاه مرزهای ملی خود داشته باشند. او در ماورای تکنیک‌های حقوق که ناشی از داده‌های تاریخی و اجتماعی است به مشترکات فکری ملتها و وحدت آرمانها و اهداف عنایتی خاص داشت. وی همچنین به اینکه مطالعه و بررسی حقوق کشورها موجب پیدائی ذهن انتقادی و بالمآل مایهٔ پیشرفت و غنی ساختن حقوق داخلی است بی‌اندازه حساس بود.

داوید در راه ایجاد تفاهم بیشتر بین جوامع مختلف بشری و وحدت یا لااقل هماهنگی حقوقی در سطح بین‌المللی فعالیت و مبارزه می‌کرد. در واقع پیام داوید یک پیام روز در جهان کنونی است.

داوید همواره متبسم، آرام، ساده و بی‌آلایش بود؛ ساده زندگی می‌کرد و سادگی را دوست داشت. بعضی از دوستان داوید این زندگی ساده را در خور مقام و مرتبت والای او نمی‌دانستند و به او خرده می‌گرفتند ولی داوید خود بدان خشنود و از تجمل و تکلف گریزان بود.

داوید در سالهای آخر عمر خود پاریس را ترک‌کرد ودر محل کوچک و با صفائی به نام تولونه[11] نزدیک شهر اکس آن پروانس[12] سکنی گزید و در دانشکده حقوق آن شهر به تدریس پرداخت. گوئی تجزیه دانشکده حقوق پاریس به دانشکده‌های مختلف عاملی مؤثر در این تصمیم‌گیری بود.

داوید انسانی باصفا و محبت و سرشار از عشق و دوستی بود، به زن و فرزندانش عشق می‌ورزید، به دوستانش نیز سخت دلبسته بود. او همه جهانیان را دوست می‌داشت.

داوید به ایران و ایرانیان نیز علاقه‌مند بود. سه بار به ایران سفرکرده بود. یک بار در سال ۱۳۴۳ به دعوت دانشکده حقوق دانشگاه تهران به تهران آمد و درسی در دوره دکتری راجع به داوری در حقوق تطبیقی گفت که متن آن به فرانسه به صورت پلی کپی در کتابخانه دانشکده حقوق موجود است.

7- L'arbitrage dans le commerce international.

8- Les avatars d'un comparatiste.

9- Le Droit comparé, Droit d'hier, Droit de demain.

10- Le Droit du commerce international.

11- Tholonet.

12- Aix-en-provence.

سپس همین متن با اصلاحات و تغییراتی در فرانسه با عنوان «داوری در بازرگانی بین‌المللی» انتشار یافت.

بار دوم در سال ۱۳۵۳ در نهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی که در موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران برگزار شد شرکت کرد. و بار سوم در سال ۱۳۵۴ برای شرکت در دوره آموزشی کوتاه مدت حقوق تطبیقی که با همکاری دانشکده بین‌المللی حقوق تطبیقی (استراسبورگ) در مؤسسه حقوق تطبیقی تشکیل شد به ایران آمد و تدریس «منابع حقوق از دیدگاه حقوق تطبیقی» را در این دوره برعهده داشت.

داوید به خدا و ارزشهای مذهبی و اخلاقی اعتقاد داشت. او می‌گفت: «وجود بشر و جهان هستی به خاطر تحقق یک آرمان است که آن اجرای برنامه الهی است»[1].

۱ـ رجوع شود به مقاله پروفسور تنک تحت عنوان رنه داوید که در مجله بین‌المللی حقوق تطبیقی Revue internationale de Droit comparé شماره سوم سال ۱۹۹۰ منتشر شده است.

قسمت سوم

حقوق مدنی تطبیقی

مقالهٔ اول

قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه*

حمایت از صغار و وضع قوانین مناسبی برای مواظبت و تعلیم و تربیت شخص و ادارهٔ اموال آنان امروزه مورد توجه قانونگذاران و حقوقدانان است.

اطفال امروز گردانندگان چرخهای اجتماع فردایند و نباید از سرنوشت آنان غفلت کرد. پیشرفت هر اجتماعی منوط به این است که در راه تعلیم وتربیت و تأمین خیر و صلاح کودکان و نوجوانان خود بکوشد و بدین طریق افرادی با ایمان، شایسته و کاردان برای ادارهٔ امور اجتماع درآیند. ببار آورد.

عدم توجه به وضع کودکان و نوجوانان و سهل انگاری در تأمین منافع مادی و معنوی آنان مایهٔ ضعف و انحطاط اجتماعی خواهد بود. پس حمایت از صغار و اخذ تدابیر لازم جهت تأمین منافع آنان از وظائف مهم رهبران اجتماع است.

حقوق می‌تواند در زمینهٔ حمایت از صغار نقش مهمی ایفاء نماید. قوانین و مقرراتی که وضع اطفال را درخانواده و خارج از آن مشخص می‌کنند و مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغیر را موافق مصلحت وی و اجتماع تأمین می‌نمایند در این باب اهمیتی بسزا دارند.

اهمیت موضوع و فایدهٔ حقوق تطبیقی در این باب نویسنده را بر آن داشت که حمایت از صغار

---

*- این مقاله در کتاب تحولات حقوق خصوصی به سال ۱۳۴۹، منتشر شده ولی با حقوق فعلی فرانسه هماهنگ گردیده و با پاره‌ای توضیحات که در پاورقی نوشته شده به روز درآمده است. پاورقیهایی که با علامت ستاره (*) مشخص شده جدید است و در مقالهٔ نخستین نبوده است. چاپ دوم کتاب تحولات حقوق خصوصی، به سال ۱۳۷۱، از سوی مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران منتشر گردیده است.

در حقوق فرانسه را مورد مطالعه قرار دهد، باشد که قانونگذار ایران را در راه اصلاح قوانین راجع به این موضوع و توجه بیشتر به وضع صغار به کار آید.

نخست در نظر بود که موضوع از جهت مختلف بررسی شود و کلیهٔ تأسیسات حقوق فرانسه که هدف آنها حمایت از صغار است مورد بحث قرار گیرد، لیکن توجه به وسعت موضوع و مناسب نبودن تفصیل زیاد در این مقاله موجب شد که به بررسی قسمتی از این موضوع یعنی قیمومت بر صغار اکتفا شود.

مطالعهٔ این مسأله در حقوق فرانسه مخصوصاً از آن جهت سودمند است که قانونی در این کشور به تاریخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴ به تصویب رسیده و در ۱۵ ژوئین ۱۹۶۵ به موقع اجرا گذاشته شده است. این قانون مواد ۳۸۹ تا ۴۸۲ و بعضی مواد دیگر قانون مدنی فرانسه را عمیقاً اصلاح و پاره‌ای را نیز حذف کرده است. قانون مزبور که به قلم دواین ژان کاربنیه[1] استاد بزرگ حقوق مدنی و جامعه شناسی حقوقی در دانشکدهٔ حقوق پاریس نوشته شده علاوه بر اینکه اصلاحات اساسی و عمیقی در حقوق راجع به حجر و قیمومت فرانسه به عمل آورده است دارای عباراتی شیوا و رساست و از سبک قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) که اثری بس فصیح و بلیغ بشمار می‌آید پیروی کرده است. سبک و جنبهٔ ادبی قانون ۱۹۶۴ قطع نظر از ماهیت و قواعد مندرج در آن مورد ستایش حقوقدانان واقع شده است.

در این مقاله نخست مفهوم صغیر و حدود حجر او در حقوق فرانسه بررسی می‌شود سپس قواعد راجع به قیمومت بر صغار در این حقوق مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

بخش اول

مفهوم صغیر و حدود حجر او

در حقوق فرانسه، صغیر کسی است که به سن بیست و یکسال تمام نرسیده باشد (مادهٔ ۳۸۸ قانون مدنی فرانسه*).

صغیر در حقوق فرانسه، مانند حقوق ایران، محجور شناخته شده و اصولاً از ادارهٔ امور مالی و

1- Doyen Jean Carbonnier

*- به موجب ماده ۳۸۸ اصلاحی ۱۹۷۴ صغیر کسی است که به سن هجده سال تمام نرسیده باشد. بنابراین در همه جای این مقاله سن ۲۱ سال باید به هجده سال تبدیل گردد.

غیرمالی خود و انجام اعمال حقوقی بدون دخالت نمایندهٔ قانونی خویش ممنوع است.

هدف حجر صغیر حمایت ازاوست: چون قوای جسمی و روحی صغیر به علت کمی سن، رشد کافی نیافته، آزاد گذاردن وی در ادارهٔ امور خود به ضرر او تمام خواهد شد. قانونگذار فرض می‌کند که قوای انسان در سن معینی (۲۱ سال در حقوق فرانسه و ۱۸ سال در حقوق ایران) به رشد کافی می‌رسد. لذا این سن را سن کبر تلقی می‌کند و شخص را به محض رسیدن به این سن از حجر خارج می‌نماید و در ادارهٔ امور خویش آزاد می‌گذارد. در حقیقت، حجر صغیر در درجهٔ اول برای تأمین منافع او و تا حد زیادی طبیعی است.

معهذا هدف حجر فقط حمایت از شخص صغیر نیست بلکه حمایت از خانواده و تأمین وحدت در ادارهٔ آن نیز از مبانی حجر صغیر بشمار می‌آید: حجر صغیر او را در چهار چوب نظام خانواده محصور می‌کند و به رئیس خانواده اختیار می‌دهد که امور خانواده را با رعایت مصلحت اداره کند.[۱]

بدین ترتیب صغیر در حقوق فرانسه، مانند حقوق ایران، محجور شناخته می‌شود. با وجود این، در حقوق فرانسه باید بین صغیر رشید شناخته نشده[۲] و صغیر رشید شناخته شده[۳] فرق گذاشت.

فقط صغیر رشید شناخته نشده محجور محسوب می‌شود و صغیر رشید شناخته شده دارای اهلیت کامل است.

بند اول ـ صغیر رشید شناخته نشده[۴]

صغیر رشید شناخته نشده کسی است که به سن بیست و یک سال تمام نرسیده و به علت ازدواج یا به حکم دادگاه نیز از حجر خارج نشده است.

حجر صغیر رشید شناخته نشده عام است و بدین جهت وی از انجام کلیهٔ اعمال حقوقی ممنوع می‌باشد، مگر آنچه قانون صریحاً استثناء کرده باشد. در اینجا باید بین صغیر غیرممیز و صغیر ممیز تفکیک قائل شد.

حجر صغیر غیرممیز[۵] یعنی صغیری که به سن تمیز نرسیده، خوب را از بد تشخیص نمی‌دهد و مفهوم و اهمیت اعمال خود را درک نمی‌کند مطلق و کامل است. در حقیقت صغیر غیرممیز، در حقوق فرانسه مانند حقوق ایران، به علت فقدان قوهٔ درک و تشخیص نمی‌تواند ارادهٔ حقوقی معتبر

۱ـ کاربنیه، حقوق مدنی، جلد اول، ش ۲۱۳ و ۲۳۳.

2- Mineur non émancipé

3- Mineur émancipé

۴ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۲۵۴ به بعد؛ کاربینه: حقوق مدنی، جلد اول، ش ۲۳۳؛ ابری ورو Aubry et Rau جلد اول، چاپ هفتم ۱۹۶۴، صفحه ۷۱۰ به بعد، ش ۱۰۹.

5- Infans

داشته باشد و از این رو از انجام هر عمل حقوقی ممنوع و تابع رژیم نمایندگی[1] است: نمایندهٔ قانونی صغیر اعمال حقوقی لازم را به نام او انجام می دهد و بدین طریق امور را اداره می‌کند.

لیکن حجر صغیر ممیز که از اهلیت طبیعی تا حدی برخوردار است و خوب و بد و نفع و ضرر را تمیز می‌دهد و معنی معامله و عمل حقوقی خود را درک می‌کند دارای استثنائاتی به شرح زیر است:

۱ـ صغیر ممیز می‌تواند اعمال شخصی[2] یعنی اعمال حقوقی غیرمالی راکه بستگی به شخص و ارادهٔ شخصی او دارد انجام دهد، بی‌آنکه در این امور تابع رژیم نمایندگی باشد، مانند شناسائی یک طفل طبیعی (نامشروع)، اقامهٔ دعوی برای اثبات نسب مادری یا پدری (حتی مادری که صغیر است می‌تواند برای اثبات نسب طبیعی فرزندش علیه پدر او اقامه دعوی کند)، ازدواج از ۱۸ سالگی به بعد برای پسر و از ۱۵ سالگی به بعد برای دختر و قرارداد ازدواج[3] بعلاوه صغیر از سن شانزده سالگی می‌تواند با فرزند خواندگی خود موافقت کند و نیز می‌تواند بعد از رسیدن به این سن وصیت نماید یا عضویت یک سندیکای حرفه‌ای را شخصاً بپذیرد و نیز از ۱۸ سالگی به بعد می‌تواند انجام خدمت نظام وظیفه را تعهد کند.

البته در پاره‌ای موارد رضایت ولی صغیر نیز برای انجام عمل حقوقی لازم است، مانند ازدواج، قرارداد مالی ازدواج، فرزندخواندگی، خدمت نظام وظیفه در این موارد قواعد عمومی حجر اجرا نمی‌شود و با وجود این، خانواده اعمال صغیر را کنترل می‌نماید. در موارد دیگر مانند وصیت و شناسائی طفل طبیعی دخالت ولی قانونی به هیچ وجه لازم نیست، چه این اعمال، چنانکه حقوقدانان فرانسه می‌گویند، کاملاً شخصی و آنچنان وابسته به شخصیت فرد هستند که دخالت دیگری را به هیچ وجه نمی‌توان در آنها پذیرفت.

۲ـ صغیر از ممیز می‌تواند اعمال تأمینی[4] انجام دهد، یعنی اعمالی که حقوق ومنافع او را حفظ می‌کند و دارای جنبهٔ فوریت است، بدون اینکه احتمال ضرر داشته باشد، مانند ثبت رهن غیرمنقول[5] و قطع مرور زمان و غیره.

1- Régime de représentation

2- Actes personnels

۳ـ Contrat de mariage منظور قراردادی است که زوجین برای تنظیم روابط مالی خود منعقد می‌کنند و می‌توان آن را قرارداد مالی ازدواج نامید. این قرارداد، با اینکه یک عمل حقوقی مالی است، وابسته به ازدواج و عمیقاً شخصی و بسته به ارادهٔ شخص طرف معامله تلقی می‌شود.

4- Actes conservatoires

5- Inscription d' hypothèque

۳ـ صغیر ممیز می‌تواند به تنهائی اعمال مربوط به زندگی جاری[1] را انجام دهد، یعنی اعمالی را که عادتاً یک صغیر همسال او به تنهائی انجام می‌دهد (مادهٔ ۳۸۱ بند ۳ و مادهٔ ۴۵۰ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۱۹۶۴). قانونگذار ۱۹۶۴ رویهٔ قضائی پیشین را در این باب تأیید کرده است.

۴ـ صغیر ممیز مسئول خساراتی است که از جرم و شبه جرم او به غیر وارد آید: هر گاه صغیر ممیز در نتیجهٔ تقصیر[2] اعم از تقصیر عمدی یا بی‌احتیاطی، زیانی به دیگری برساند مکلف به جبران خسارات است. به عبارت دیگر حجر صغیر ممیز شامل وقایع حقوقی، نخواهد شد.

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که عدم اهلیت صغیر ممیز مطلق و کامل نیست. چون این گونه صغیر از نیروی درک و تشخیص تاحدی برخوردار است، قانونگذار فرانسه بعضی از اعمال حقوقی او را که جنبهٔ کاملاً شخصی دارد یا مقتضایات زندگی امروز ایجاب می‌کند که صغیر بتواند شخصاً آنها را انجام دهد معتبر می‌شناسد. در حقیقت نمی‌توان اهلیت طبیعی نسبی صغیر ممیز را نادیده گرفت و او را از دخالت در امور خود به کلی ممنوع داشت.

درحقوق ایران نیز، با توجه به همین نکات، به صغیر ممیز اجازه داده شده است که تملک بلاعوض کند، مثل قبل هبه و صلح بلاعوض، و حیازت مباحات (مادهٔ ۱۲۱۲ قانون مدنی) یا با اجازهٔ ولی یا قیم خود اعمال حقوقی دیگر انجام دهد (مستبط از مادهٔ ۱۲۱۴ قانون مدنی و مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی)[3].

به هرحال، در مواردی که صغیر از ادارهٔ امور خود و انجام اعمال حقوقی ممنوع و به اصطلاح محجور است، قانونگذار برای جلوگیری از ضرر و انجام کارهای صغیر شخصی را بنام ولی یا قیم به حمایت از او می‌گمارد و به مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغیر مکلفش می‌دارد.

بند دوم ـ صغیر رشید شناخته شده[4]

سابقهٔ تاریخی ـ تأسیس "صغیر رشید شناخته شده" در حقوق فرانسه دارای سابقه‌ای بسیار قدیم است. ریشهٔ این تأسیس را باید در حقوق رم جستجو کرد. در حقوق رم کسی که به سن ۲۵ سال نرسیده بود صغیر و محجور شناخته می‌شد. لیکن امپراطور می‌توانست پسری را که به سن ۲۰ سال و دختری را که به سن ۱۸ سال رسیده بود، در صورتیکه شرافت و توانائی وی برای ادارهٔ اموال خود

1- Actes de la vie courante

2- faute

۳ـ رجوع کنید به کتاب مذکور تألیف نگارنده ص ۸۴ به بعد.

۴ـ شوالیه: درس حقوق مدنی، سال تحصیلی ۱۹۶۴ ـ ۱۹۶۵، ص ۵۱۲ به بعد؛ مازو: رژیم جدید حجر بر صغار: چاپ ۱۹۶۵ ش ۱۳۳۸ به بعد؛ کاربنیه: حقوق مدنی، جلد اول، ش ۲۳۶.

ثابت می‌شد، از حجر خارج کند. این تأسیس که درحقوق رم venia aetatis نامیده می‌شد اهلیت کامل به صغیر اعطاء نمی‌کرد: صغیر رشید شناخته شده نمی‌توانست اموال غیرمنقول خود را به دیگری منتقل کند یا به رهن بگذارد و نیز نمی‌توانست مال خود را هبه نماید. معهذا رشید شناختن صغیر در حقوق رم سلطهٔ پدری[1] را از بین می‌برد و روابط خانوادگی را تغییر می‌داد. صغیر با برخورداری از این تأسیس اصولاً از حجر خارج می‌شد.

قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ (معروف به کد ناپلئون) با الهام گرفتن از حقوق رم "رشید شناختن" émancipation را به عنوان یک تأسیس حقوقی پذیرفت. لیکن در سیستم قانون مدنی فرانسه، برخلاف حقوق رم، این تأسیس حجر صغیر را سبک می‌کرد، بدون اینکه آن را حذف نماید. اما نسیپاسیون درحقیقت یک نیمه اهلیت[2] (اهلیت ناقص) به صغیر اعطا می‌کرد؛ بدین ترتیب دورهٔ امانسیپاسیون یک دورهٔ برزخی بین دورهٔ حجر کامل صغیر و اهلیت کامل کبیر تلقی می‌شد.

در این دوره، صغیر تابع رژیم امدادی[3] بود. صغیر رشید شناخته شده می‌توانست شخصاً امورش را اداره کند. لیکن برای اعمال حقوقی مهم، مانند دعاوی راجع به غیرمنقول، سرمایه‌گذاری به قصد انتفاع، انتقال اوراق بهادار، مساعدت شخصی بنام curateur (مددکار) که به وسیلهٔ دادگاه تعیین می‌شد لازم بود. حتی در اعمال بسیار مهم، مانند قرض گرفتن و فروش غیرمنقول، اجازهٔ شورای خانواده[4] و تأیید دادگاه نیز لازم شمرده می‌شد.

اما نسیپاسیون ممکن بود ناشی از ازدواج یا ارادهٔ والدین یا شورای خانواده باشد: هرگاه صغیر به سن ۱۵ سال رسیده بود پدر و در صورت فقدان او مادر می‌توانست رشد او را اعلام کند. هرگاه صغیر نه پدر و نه مادر داشت، شورای خانواده، در صورتی که طفل به سن هجده سال رسیده بود، می‌توانست رشد او را اعلام دارد. در هر حال اعلام رشد می‌بایست در محضر دادگاه باشد.

قانون اصلاحی ۱۹۶۴ ـ قانون اصلاحی ۱۹۶۴ دورهٔ برزخی بین حجر کامل و اهلیت را با اصلاح مقررات راجع به امانسیپاسیون از بین برده است. طبق این قانون صغیر با استفاده از این تأسیس اهلیت کامل پیدا می‌کند، همانطور که در حقوق ایران بعد از رسیدن صغیر به سن ۱۵ سال تمام و ثبات رشد او در دادگاه، آثار حجر کلی مرتفع و اهلیت کامل حاصل می‌گردد.* قانونگذار

1- Patria potestas

2- Demi-capacité

3- Assistance-Curatelle

4- Coneil de famille

*ـ در حقوق کنونی ایران، با حذف ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی، قاعده یاد شده فقط در مورد پسر لازم الاجرا است و در مورد دختر، بعد از رسیدن او به سن بلوغ (۹ سال تمام قمری) اثبات رشد و خروج از حجر امکان‌پذیر

فرانسه در این خصوص از قوانین بیگانه، مانند قوانین آلمان و سویس، الهام گرفته و به علاوه با این اصلاح به تقاضای کسانی که طرفدار پایین آوردن سن کبر هستند پاسخی مطلوب داده است.

بررسیهای جامعه شناسی نشان می‌دهد که تا چه حد جوانان امروز مایلند زودتر از جوانان گذشته استقلال پیدا کنند و یک قانونگذار واقع‌بین نباید این تمایل را به کلی نادیده بگیرد. جوانان امروز شکایت دارند که با آنان مانند اشیاء رفتار می‌شود و اراده و احساسات آنان در ادارهٔ شخص و اموالشان محترم شمرده نمی‌شود. قانونگذار باید به این گونه شکایات توجه نماید و راه حلهای مناسبی که از هر جهت منافع جوانان و جامعه را تأمین کند بپذیرد. قانونگذار جدید فرانسه به دو طریق به این تمایلات و در خواستها توجه کرده است: اولاً صغیر ممیز نزدیک به کبر را تاحدی در امور خود دخالت داده است (مثلاً از ۱۸ سالگی* به بعد صغیر می‌تواند تقاضا کند که شورای خانواده برای رسیدگی به مشکلاتی که وی مطرح می‌کند دعوت شود و در این صورت خود صغیر نیز می‌تواند در جلسهٔ شورای خانواده شرکت کند، البته بدون اینکه حق رأی داشته باشد). ثانیاً قانونگذار فرانسه با اصلاح مقررات راجع به امانسیپاسیون گام مهمی به سوی استقلال صغیر برداشته است.

قبل از ۱۹۶۴، امانسیپاسیون به صغیر فقط در آنچه راجع به شخص و اعمال شخصی وی می‌شد استقلال می‌داد، اما اموال او همچنان تحت قیمومت باقی می‌ماند و صغیر در ادارهٔ اموال خود استقلال نمی‌یافت. گوئی حمایت از اموال در قانون سابق فرانسه مهمتر از حمایت شخص تلقی شده بود. لیکن قانون ۱۹۶۴ از طریق امانسیپانسیون اهلیت کامل، هم در امور مالی و هم در امور غیرمالی، برای صغیر می‌شناسد. به طور خلاصه، امانسیپاسیون در قانون ۱۹۶۴، چنانکه در گزارشی که به مجلس ملی فرانسه داده شده اعلام گردیده است، در حقیقت "عرضهٔ یک نوع کبر از سن ۱۸ سالگی** است"[۱].

معهذا بعضی از حقوقدانان با این رژیم مخالفند. کمیسیون اصلاح قانون مدنی فرانسه نیز جرأت نکرده بود که به اندازهٔ قانونگذار ۱۹۶۴ پیش‌روی کند. در طرح پیشنهادی کمیسیون اهلیت صغیر

است.

*ـ این سن به موجب قانون مصوب ۵ ژوئیه ۱۹۷۴ به «۱۶ سال» تقلیل یافته است (ماده ۴۱۰ اصلاحی قانون مدنی فرانسه).

**ـ سن رشید شناختن (امانسیپاسیون)، طبق قانون مصوب ۵ ژوئیه ۱۹۷۴، به ۱۶ سال تمام تقلیل یافته است (ماده ۴۷۷ اصلاحی قانون مدنی فرانسه).

۱ـ Offre d' une majorité dès l' âge de 18 ans رجوع کنید به: ساواتیه: اصلاح قیمومت صغار در فرانسه، دالوز ـ سیره ۱۹۶۵، ص ۵۵ به بعد.

رشید شناخته شده توسعه داده شده بود، بدون اینکه اهلیت کامل برای وی شناخته شود: صغیر مزبور برای انجام بعضی از اعمال حقوقی مهم محتاج به کمک کوراتور (مددکار) بود. البته ازدواج طبق این طرح اهلیت کامل به صغیر اعطاء می‌کرد.

بعضی از بزرگترین حقوقدانان فرانسه ساده کردن رژیم امدادی[1] سابق را عاقلانه‌تر و بهتر از رفع حجر کامل از صغیر دانسته‌اند.[2]

حال ببینیم رشید شناختن صغیر در حقوق فعلی فرانسه به چه صورت تحقق می‌یابد و آثار آن چیست.

الف ـ صور رشید شناختن

رشید شناختن صغیر ممکن است ضمنی یا صریح باشد: هرگاه رشید شناختن ناشی از ازدواج باشد ضمنی و هرگاه ناشی از عمل ارادی باشد صریح است.

رشید شناختن ضمنی نتیجهٔ قهری ازدواج است (مادهٔ ۴۶۷ قانون مدنی فرانسه). به محض اینکه صغیر ازدواج کند از حجر خارج و رشید شناخته می‌شود. این نوع رشید شناختن دارای هیچ شرطی جز شرایط مقرر برای ازدواج نیست و قطعی می‌باشد، بدین معنی که پس از انحلال ازدواج نیز باقی می‌ماند. تحصیل اهلیت در نتیجهٔ ازدواج یک سنت قدیمی فرانسه است که نظیر آن را در حقوق ایران نمی‌توان یافت.

طبق نظر حقوقدانان فرانسه ولایت پدری[3] و حجر با تشکیل خانواده ناسازگارند: شوهر باوجود حجر نمی‌تواند رئیس خانواده باشد. و زن نیز نمی‌تواند بدون استقلال و اهلیت در ادارهٔ خانواده به طور مؤثر دخالت کند. بنابراین هیچ یک از زوجین نباید به علت صغر سن از یک قدرت خارج از کانون خانواده پیروی کنند، هر چند که این قدرت مربوط به والدین زوج یا زوجه باشد.

رشید شناختن صریح از ارادهٔ والدین یا شورای خانواده ناشی می‌شود و صغیری که به سن ۱۸ سال رسیده باشد می‌تواند از آن برخوردار گردد.

1- Régime de curatelle

۲ـ هانری، لئون، ژان مازو: کتاب مذکور، ش ۱۳۴۰.

۳ـ Puissance paternelle ولایت پدری در حقوق فرانسه اقتداری است که قانون به پدر و مادر داده است. هدف ولایت پدری حمایت شخص صغیر در مقابل خطرات مربوط به خردسالی است. تأسیس ولایت پدری برای مواظبت و ادارهٔ شخص صغیر است. اما برای ادارهٔ اموال صغیر در دوران حیات پدر و مادر تأسیس دیگری به نام "ادارهٔ قانونی administration légale" پیش بینی شده است. ادارهٔ قانونی اموال صغیر اصولاً بنا دارندهٔ ولایت پدری است (رجوع کنید به: کاربنیه: کتاب مذکور، ش ۲۱۵؛ ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۲۵۸).

اعلام رشد به وسیلهٔ والدین اصولاً هنگامی معتبر است که آنان در این زمینه توافق نمایند (مادهٔ ۴۷۷ اصلاحی*). اگر یکی از والدین فوت کرده یا در وضعی باشد که نتواند ارادهٔ خود را صحیحاً اظهار کند (چنانکه دیوانه باشد) اعلام رشد یکی از آنان کافی است. اعلام رشد باید در محضر قاضی قیمومت[1] واقع گردد و قاضی در این باب وظیفه‌ای جز دریافت و احراز آن ندارد و تصمیم والدین در این باره قاطع است. لیکن در صورت اختلاف بین والدین، پدر یا مادری که دارای حق حضانت است می‌تواند رشید شناختن صغیر را تقاضا کند و قاضی قیمومت در قبول یا رد این تقاضا آزاد است. قاضی صلاحیتدار در مورد اعلام رشد قاضی قیمومت اقامتگاه صغیر است.

اگر طفل نه پدر و نه مادر داشته باشد، شورای خانواده می‌تواند اعلام رشد کند. در این صورت رئیس شورای خانواده باید به نمایندگی از شورا در حضور قاضی قیمومت رشد صغیر را اعلام نماید.

ب ـ آثار رشید شناختن

رشید شناختن دارای دو نتیجه است: اولاً به ولایت پدری و ثانیاً به حجر صغیر پایان می‌بخشد.

ولایت پدری نسبت به صغیر با امانسیپاسیون پایان می‌یابد: سلطهٔ پدر و مادر نسبت به طفل، به استثنای لزوم رضایت ایشان برای ازدواج و فرزندخواندگی صغیر، زائل می‌گردد.

حجر صغیر نیز مرتفع می‌شود. مادهٔ ۴۸۱ اصلاحی قانون مدنی فرانسه در این زمینه مقرر می‌دارد: «صغیر رشید شناخته شده مانند شخص کبیر دارای اهلیت برای کلیهٔ اعمال زندگی مدنی است». این اصل دارای یک استثناء است: صغیر رشید شناخته شده نمی‌تواند بدون اجازهٔ خاص پدر یا مادر خود یا شورای خانواده تجارت کند**.

بنابراین، صغیر رشید شناخته شده در ادارهٔ امور مالی و غیرمالی خود اصولاً آزاد است و شخصی برای ادارهٔ امور یا مساعدت او درنظر گرفته نمی‌شود. پس آنچه در بخش قیمومت دربارهٔ مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغیر خواهیم گفت مربوط به صغیر رشید شناخته نشده است.

---

*ـ برابر ماده ۴۷۷ ق.م.ف. اصلاحی ۱۹۷۴، صغیری که به سن ۱۶ سال تمام رسیده باشد ممکن است رشید شناخته شود و رشید شناختن ارادی بستگی به تصمیم قاضی قیمومت دارد که به درخواست والدین یا یکی از آنها تصمیم می‌گیرد.

۱ـ Juge des tutelles قاضی قیمومت از ابداعات قانون ۱۹۶۴ فرانسه است و چنانکه خواهیم دید، دارای اختیارات وسیع جهت حمایت از صغار می‌باشد.

**ـ برابر ماده ۴۸۷ قانون مدنی فرانسه، اصلاحی ۱۹۷۴ صغیر رشید شناخته شده به هیچ وجه نمی‌تواند تاجر باشد.

بخش دوم

رژیم قیمومت[۱]

معنی قیمومت ـ کلمهٔ قیمومت در اینجا به معنی tutelle به کار رفته است و باید از هم اکنون یادآور شد که منظور از آن معنایی غیر از معنای قیمومت در حقوق ایران است. در حقوق ایران قیمومت سمتی است که در صورت فقدان ولی قهری (پدر و جد پدری) و وصی منصوب از طرف ایشان، به وسیلهٔ قاضی، برای مواظبت شخص و ادارهٔ اموال محجور به کسی واگذار می‌گردد. لیکن tutelle در حقوق فرانسه اصولاً هنگامی آغاز می‌شود که پدر و مادر صغیر در قید حیات نباشند یا صغیر پدر و مادر قانونی نداشته باشد. ممکن است پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری کسی را به سمت قیم tuteur تعیین کند و نیز ممکن است به حکم قانون یا طبق تصمیم شورای خانواده یا دادگاه این سمت به کسی داده شود. بنابراین کلمهٔ tutelle در حقوق فرانسه که ما آن را به علت نیافتن اصطلاحی بهتر به قیمومت ترجمه می‌کنیم با قیمومت مصطلح در قانون مدنی ما تفاوت دارد واعم از آن است. می‌توان گفت قیمومت در اینجا به معنی لغوی آن به کار رفته است که عبارت از تسلط و حفظ و حمایت چیزی یا شخصی می‌باشد.[۲]

هدف از قیمومت ـ هدف از تأسیس قیمومت صغار در حقوق فرانسه حمایت از اطفالی است که از سرپرستی پدر و مادر محرومند. مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغار در زمان حیات پدر و مادر اصولاً به عهدهٔ آنان است و نظر به علاقهٔ طبیعی پدر و مادر به اطفال خود و حمایت طبیعی که از آن ناشی می‌شود، قانونگذار کمتر در این امر دخالت می‌کند. برای حمایت از طفلی که دارای پدر و مادر است اصولاً می‌توان به آنان اعتماد کرد.

دخالت بیش از حد قانونگذار در کار سرپرستی پدر و مادر از اطفال خود ناراحت کننده واحیاناً زننده است.

لیکن طفلی که پدر و مادر خود را از دست داده یا پدر و مادر قانونی نداشته باشد به حمایت بیشتری نیازمند است. لذا قانونگذار فرانسه قیمومت را بیش از ولایت پدری و ادارهٔ قانونی اموال[۳]

۱ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۲۸۰ به بعد؛ ـ شوالیه: کتاب مذکور، ص ۴۸۰ به بعد؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، جلد اصلاحی ۱۹۶۷، ص ۶۰۳ به بعد؛ ـ مواد اصلاحی قانون مدنی فرانسه از ۳۸۹ به بعد.

۲ـ در مجمع البحرین در معنی قیم چنین آمده است: «القیم علی الشیء المتولی علیه و منه قیم الخان و الحمام و منه انت قیم السمٰوات و الارض و من فیهن ای الذی تقوم بحفظها و حفظ من احاطت به و اشتملت علیه».

۳ـ ولایت پدری که قبلاً به طور اجمال تعریف شد (زیرنویس ۴ ص ۱۳۹) سمتی است که برای مواظبت شخص صغیر به پدر و مادر واگذار شده است. اما تأسیس ادارهٔ قانونی اموال administration légale که به ادارهٔ

تنظیم کرده و قواعد مفصلی درباب قیمومت آورده است.

آغاز قیمومت ـ چنانکه اشاره شد، قیمومت، طبق قانون ۱۹۶۴ فرانسه، اصولاً هنگامی آغاز می‌گردد که هیچیک از پدر و مادر زنده نباشند یا قانوناً پدر و مادری وجود نداشته باشند: طفل نامشروعی که هیچیک از پدر و مادر او را نشناخته باشد دارای این وضع است. (مادهٔ ۳۹۰ اصلاحی ق. م.ف.). معهذا استثنائاً ممکن است قیمومت در زمان حیات یکی از والدین یا هر دو آغاز گردد: هر گاه هیچیک از پدر و مادر دارای سمت ولایت پدری نباشد (هر دو از ولایت معزول یا محجور یا محکوم به ترک خانواده باشند یا اختیارات مربوط به ولایت پدری به حکم دادگاه از آنان سلب و به دیگری واگذار شده باشد) قیمومت آغاز می‌شود (مادهٔ ۳۹۰ اصلاحی قانون مدنی فرانسه بند ۱). همچنین است اگر به موجب تصمیم قاضی قیمومت رژیم ادارهٔ قانونی به قیمومت که متضمن حمایت بیشتری می‌باشد تبدیل گردد.

اینک که مفهوم و هدف قیمومت و موارد آغاز آن معلوم شد سازمان قیمومت، طرز کار آن و ضمانت اجرای قواعد قیمومت در حقوق فرانسه را مورد بحث قرار می‌دهیم. لیکن قبلاً یادآور می‌شویم که آنچه در اینجا مورد بررسی واقع می‌شود رژیم عمومی قیمومت است و قیمومتهای ویژه (قیمومت اطفال یاری شده یا اطفال دولت[1] که به "سازمان کمک اجتماعی به اطفال[2]" واگذار شده و قیمومت اطفال ملت[3] و اطفال تبعید شدگان زمان جنگ[4]) که دارای مقررات خاصی می‌باشد مورد بحث ما نخواهد بود.

قانونی ساده pure et simple و ادارهٔ قانونی تحت نظارت قضائی sous contrôle judicialtre تقسیم می‌شود برای ادارهٔ اموال صغیر به وسیلهٔ پدر یا مادر است. ادارهٔ قانونی ساده برای ادارهٔ اموال صغاری است که پدر و مادرشان زنده هستند و مشترکاً ولایت قانونی را اعمال می‌نمایند (ماده ۱ ـ ۳۸۹ ق.م.ف. اصلاحی ۱۹۸۵). لیکن ادارهٔ قانونی تحت نظارت قضائی برای حمایت از صغاری است که یکی از ابوین خود را از دست داده باشند یا ازدواج آنان به طلاق یا تفریق منجر شده باشد، مگر اینکه آنان ولایت قانونی مشترک نسبت به طفل داشته باشند. همچنین اطفال طبیعی تابع رژیم اداره قانونی تحت نظارت قضائی هستند (ماده ۲ ـ ۳۸۹ ق.م.ف. اصلاحی ۱۹۸۵).

1- Enfants assistés ou pupilles de l' Etat

2- Aide sociale à l' Enfance

3- Pupilles de la Nation

4- Enfants de déportés

بند اول ـ سازمان قیمومت

در رژیم قیمومت، شخصی به نام قیم عهده‌دار مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغیر است. به علاوه در این رژیم ارکانی برای نظارت بر اعمال قیم پیش‌بینی شده است. در قیمومت، برخلاف رژیم ولایت پدری و ادارهٔ قانونی اموال، ارکان نظارت متعدد است. اعمال قیم نه فقط به وسیلهٔ قاضی قیمومت واستثنائاً به وسیلهٔ قاضی دادگاه شهرستان کنترل می‌شود بلکه شخص دیگری به نام ناظر[1] و نیز شورای خانواده بر اعمال او نظارت می‌نمایند.

الف ـ قیم

چنانکه اشاره کردیم، رژیم قیمومت برای حمایت از صغاری است که از سرپرستی پدر و مادر محرومند. در این صورت چه کسی را باید برای حمایت از آنان تعیین کرد؟

قانون مدنی ۱۸۰۴ به سوی اعضای خانوادهٔ صغیر روی آورده و قیمومت را به عنوان یک نهاد خانوادگی[2] تلقی کرده بود. لیکن قانون ۱۹۶۴ جنبهٔ خانوادگی قیمومت را تخفیف داده، هر چند که به کلی آن را حذف نکرده است.

وظیفهٔ قیمومت اصولاً به عهدهٔ خویشان صغیر است. معهذا ممکن است یک بیگانه که از خانواده صغیر نیست عهده‌دار قیمومت گردد.

انواع قیم در حقوق فرانسه، برحسب مقامی که آن را تعیین می‌کند، چهار است.

۱ـ قیم وصایتی (وصی)[3] هر یک از پدر و مادر بعد از فوت دیگری می‌تواند به موجب وصیت یا اعلام خاص در مقابل سردفتر اسناد رسمی شخصی را به عنوان قیم (یا وصی طبق اصطلاح متداول در حقوق ایران) بر فرزندان صغیر خود تعیین کند مشروط بر اینکه تا هنگام فوت عنوان مدیر قانونی یا قیم را برای خود حفظ کرده باشد (مواد ۳۹۷ و ۳۹۸ اصلاحی قانون مدنی). موصی در انتخاب خود آزاد است و می‌تواند کسی را که عضو خانواده نیست بدین سمت تعیین نماید.

۲ـ قیم قانونی[4] ـ هرگاه صغیر قیم وصایتی (وصی) نداشته و یکی از اجداد یا جدات او در قید حیات باشد، قانون او را به سمت قیم تعیین می‌کند: نزدیکترین جد یا جده صغیر قیم قانونی محسوب می‌شود. هرگاه اجداد یا جدات متعدد و دارای درجهٔ قرابت واحدی باشند، شورای خانواده یکی از آنان را به عنوان قیم تعیین می‌کند (مادهٔ ۴۰۳ اصلاحی قانون مدنی).

1- Subrogé tuteur

2- Institution familiale

3- Tuteur testamentaire

4- Tuteur légal

۳ـ قیم انتخابی[1] ـ هرگاه صغیر نه وصی و نه قیم قانونی داشته باشد (وضعی که همواره در مورد اطفال نامشروع شناخته نشده پیش می‌آید) قیم به وسیلهٔ شورای خانواده تعیین می‌شود (مادهٔ ۴۰۴ قانون مدنی). همچنین هرگاه وصی یا قیم قانونی سمت خود را از دست بدهد، قیم انتخابی به وسیلهٔ شورای خانواده تعیین خواهد شد. قیم انتخابی ممکن است یک عضو خانواده یا بیگانه باشد.

۴ـ قیم قضائی[2] ـ هرگاه پدر عنوان ولایت پدری را کلاً از دست داده یا همهٔ حقوق او نسبت به یکی از فرزندانش از وی سلب شده باشد، دادگاه در صورتی که با اعمال این سمت به وسیلهٔ مادر موافق نباشد، می‌تواند حکم به اجرای رژیم عمومی قیمومت دربارهٔ صغیر کند و کسی را به عنوان قیم تعیین نماید (مادهٔ ۱۰ قانون ۲۴ ژوئیه ۱۸۸۹). ولی چون هیچکس مجبور به قبول این قیمومت نیست، دادگاه در بسیاری از موارد به علت نبودن شخصی که قیمومت را بپذیرد نخواهد توانست قیمومت قضائی برقرار کند و بناچار قیمومت خاص اطفال دولت دربارهٔ صغیر اجرا خواهد شد، یعنی دادگاه سمت قیمومت را به دولت واگذار خواهد کرد و دولت از طریق مؤسساتی که دارد حمایت از صغیر را عهده‌دار خواهد شد (مادهٔ ۴۳۳ اصلاحی قانون مدنی*).

خصوصیات سمت قیمومت ـ در حقوق فرانسه قیمومت یک سمت اجباری، شخصی و مجانی است.

۱ـ قیمومت یک سمت اجباری است ـ قیمومت برای اقرباء نسبی و سببی صغیر (جز در مورد قیمومت قضائی) یک تکلیف به شمار می‌آید ولی کسی که هیچگونه قرابت نسبی یا سببی با صغیر نداشته باشد مجبور به پذیرفتن این سمت نیست (مادهٔ ۴۳۲ اصلاحی). قیمومت فقط برای خویشانی الزامی است که نتوانند به یکی از معاذیر[3] قانونی متوسل شوند.

طبق مادهٔ ۴۲۸ اصلاحی قانون مدنی فرانسه، به استثنای پدر و مادری که ادارهٔ قانونی آنان طبق تصمیم قاضی قیمومت به قیمومت تبدیل شده باشد، اشخاصی که به علت بیماری، دوری محل اقامت، گرفتاریهای شغلی یا خانوادگی، یا به عهده داشتن یک قیمومت دیگر تکلیف جدید برایشان بسیار سنگین باشد از قیمومت معاف خواهند بود. تشخیص اینکه آیا عذر قیم یا ناظر موجه است یا نه با شورای خانواده می‌باشد (مادهٔ ۴۳۷ ق. م. ف.). از پدر و مادر، چنانکه اشاره شد، هیچ عذری پذیرفته نخواهد شد.

1- Tuteur datif

2- Tuteur judiciaire (رجوع کنید به: مازو، ش ۱۲۸۵)

*ـ به موجب اصلاح ماده ۴۳۳ مورخ ۱۹۸۶ در این گونه موارد، قیمومت صغیر به سازمان کمک اجتماعی به اطفال Service de l'aide sociale à l'enfance واگذار خواهد شد.

3- Excuses

معاذیر قیمومت را نباید با علل حجر یا رد (مواد ۴۴۲ تا ۴۴۸ قانون مدنی فرانسه) اشتباه کرد. صغار (به استثنای پدر و مادر) و مجانین و سفهاء فاقد اهلیت برای قیمومت هستند (مادهٔ ۴۴۲). کسانی که به یک مجازات ترهیبی یا ترذیلی[1] محکوم یا به حکم دادگاه جنحه از داشتن سمت قیمومت منع شده باشند (مگر در مورد اطفال خود آنها در صورتی که شورای خانواده با تصدی آنان به قیمومت موافق باشد) و نیز کسانی که تمام یا بعضی از حقوق مربوط به ولایت پدری از آنان سلب شده باشد، نمی‌توانند به سمت قیمومت تعیین گردند.

کسانی که شهرت به فساد اخلاق[2] داشته باشند، کسانی که عدم امانت یا عدم لیاقت ایشان برای ادارهٔ امور صغیر به تشخیص شورای خانواده محرز باشد از تصدی به قیمومت طرد می‌شوند.

بالاخره شورای خانواده می‌تواند کسانی را که خود یا پدر و مادرشان دعوائی با صغیر دارند که مربوط به امور غیرمالی یا قسمت قابل توجهی از اموال صغیر است از قیمومت طرد کند (مادهٔ ۴۴۵ قانون مدنی).

هرگاه علل مذکور در طول مدت قیمومت پدید آید ممکن است عزل یا انعزال قیم را سبب شود.

۲ـ قیمومت یک تکلیف شخصی است ـ قیمومت یک تکلیف شخصی است که برای دورهٔ قیمومت به کسی واگذار می‌گردد، مگر اینکه به یکی از علل مذکور ساقط گردد.

در صورت فوت قیم این تکلیف به وراث او منتقل نخواهد شد (مادهٔ ۴۱۹). فقط وراث قیم، اگر کبیر باشند، باید تصدی او را تا تعیین قیم جدید ادامه دهند.

۳ـ قیمومت مجانی است ـ وظائف قیم اصولاً مجانی است. قیم دارای حق تمتع از اموال صغیر نیست، مگر در موارد استثنائی که یکی از پدر و مادر دارای سمت قیمومت باشد. حق تمتع قانونی[3] از اموال صغیر که از تأسیسات مهم و قابل انتقاد حقوق فرانسه است مخصوص کسی است که دارای عنوان ولایت پدری باشد: این حق از آثار و لوازم ولایت پدری است.

مع‌الوصف، قانون ۱۹۶۴ (بند اول مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی) صریحاً به شورای خانواده اجازه داده است که در صورت لزوم مبلغی به عنوان حق‌الزحمه برای قیم معین کند.

ب ـ ناظر[4]

در قیمومت یک یا چند نفر به عنوان ناظر به وسیلهٔ شورای خانواده تعیین می‌گردند. دو قاعده انتخاب شورای خانواده را محدود می‌کند: یکی آنکه شورای مزبور باید ناظر را از میان اعضای خود

1- Peine afflictive ou infamante

2- Inconduite notoire

3- Droit de jouissance légale

4- Subrogé-tuteur

انتخاب کند (بند ۱ مادهٔ ۴۲۰ قانون مدنی). دیگر آنکه شورای خانواده حتی الامکان نباید ناظر را از اقرباء خطی انتخاب نماید که قیم نیز جزء آن است. مثلاً هنگامی که قیم جدمادری صغیر است، شورای خانواده باید ناظر را از میان اقربای پدری صغیر انتخاب کند. منظور از این محدودیت آن است که کنترل اعمال قیم به طور مؤثرتری انجام شود و از تبانی ناظر و قیم جلوگیری به عمل آید. این قاعده درباره برداران و خواهران ابوینی (تنی) اجرا نخواهد شد، زیرا آنان به هر دو خط تعلق دارند (مادهٔ ۴۲۳ قانون مدنی). بنابراین دو برادر یا خواهر ابوینی می‌توانند قیم و ناظر باشند.

معاذیر و علل عدم اهلیت و رد در مورد نظارت همان است که دربارهٔ قیمومت گفته شد (مواد ۴۳۴ ـ ۴۳۷ و ۴۴۲ به بعد اصلاحی قانون مدنی فرانسه).

ج ـ شورای خانواده

شورای خانواده که یکی دیگر از ارکان قیمومت است مجمعی از اقربای نسبی و سببی صغیر یا همسایگان و دوستان خانواده اوست که به ریاست قاضی قیمومت تشکیل می‌گردد. زنان نیز می‌توانند به عضویت این شورا انتخاب شوند، همانطور که می‌توانند قیم یا ناظر باشند.

شورای خانواده یک نهاد قدیمی حقوق فرانسه است. ولی کار آن قبل از اصلاح ۱۹۶۴ رضایت بخش نبود و عده‌ای از حقوقدانان از آن سخت انتقاد می‌کردند.

از مهمترین انتقادات وارد بر تأسیس مزبور این بود که اعضای شورای خانواده معمولاً نسبت به سرنوشت یتیم بی‌اعتنا هستند یا در شهر دیگری سکونت دارند و از طی مسافت برای شرکت در جلسات شورا خودداری می‌کنند یا اگر هم در این جلسات شرکت جویند به حفظ منافع صغیر علاقه‌ای نشان نمی‌دهند. در واقع، قبل از اصلاح اخیر چه بسا شورای خانواده به جای آنکه از خویشان صغیر تشکیل گردد از منشیان وابستگان دادگستری[1] که سمت نمایندگی اقرابای صغیر را داشتند تشکیل می‌شد. فقدان تعاون و همدردی خانوادگی تأسیس شورای خانواده را عقیم گذاشته بود.

قانونگذار ۱۹۶۴ کوشش کرده است که عیوب و نقائص تأسیس شورای خانواده را رفع کند:

اولاً به قاضی قیمومت برای تعیین اعضای شورای خانواده اختیار تام داده است. اصل این است که قاضی باید از بین اقرباء نسبی یا سببی پدر و مادر صغیر کسانی راکه شایسته و آمادهٔ انجام این وظیفه باشند انتخاب کند و باید هم از اقرباء پدری و هم از اقرباء مادری بدین منظور دعوت نماید. معهذا قاضی در صورت لزوم می‌تواند اقرباء یکی از دو خط یا هر دو را طرد و به جای آنها دوستان، همسایگان یا اشخاص دیگری را که به سرنوشت صغیر ذیعلاقه باشند انتخاب کند (مواد ۴۰۸ و ۴۰۹ قانون مدنی). در مورد اطفال نامشروع که به وسیلهٔ پدر و مادر شناخته نشده باشند قاضی قیمومت ناچار است اشخاص نیکوکاری را که با صغیر قرابت قانونی ندارند به عضویت شورای

1- Clercs d' officers ministériels

خانواده برگزیند، مگر اینکه رژیم خاص قیمومت بر اطفال دولت[1] دربارهٔ طفل نامشروع اجراء گردد و غالباً وضع چنین است.

برای اینکه قاضی بتواند به آسانی اعضای فعال و شایسته‌ای برای عضویت شورای خانواده پیدا کند، قانون ۱۹۶۴ تعداد اعضای شورا را تقلیل داده است: شورای خانواده دارای حداقل ۴ و حداکثر ۶ عضو است که یکی از آنها ناظر است و قیم نیز بر این عده افزوده می‌شود (ماده ۴۰۷).

وظائف اعضای شورای خانواده الزامی است، حتی برای آنانکه از خویشان نسبی یا سببی صغیر نیستند. لیکن آنان می‌توانند به یکی از معاذیر قانونی، همان معاذیری که برای قیم و ناظر ذکر شد، برای اسقاط تکلیف متوسط گردند (مادهٔ ۴۳۴ قانون مدنی فرانسه). تشخیص موجه بودن عذر با قاضی قیمومت است نه شورای خانواده (مادهٔ ۴۳۷ قانون مدنی). به علاوه علل حجر و رد قیم و ناظر برای اعضای شورای خانواده نیز پذیرفته شده است. و در اینجا نیز تشخیص و اخذ تصمیم با قاضی قیمومت است (مادهٔ ۴۴۶ قانون مدنی).

ثانیاً قانون ۱۹۶۴ اعضای شورای خانواده را مکلف کرده است که جز در مواردی که عذر موجهی داشته باشند شخصاً در جلسات شورا شرکت کنند (مادهٔ ۴۱۲ ق .م.). مع‌ذالک قانون مزبور به اعضای شورا اجازه می‌دهد که فقط به یکی از اقرباء صغیر که عضو شورا نیست برای شرکت در شورا نمایندگی دهند. کسانی که بدون تعیین نماینده غایب باشند به جریمه نقدی محکوم خواهند شد.

وانگهی قاضی قیمومت برای اجتناب از جابجا شدن اعضای شورای خانواده می‌تواند به آنان اجازه دهد که با مکاتبه رأی دهند.

ثالثاً طبق قانون ۱۹۶۴ ، برخلاف قانون سابق، شورای خانواده یک سازمان دائمی است و اعضای آن اصولاً برای مدت قیمومت تعیین می‌شوند (مادهٔ ۴۰۷ بند ۲ قانون مدنی). لیکن قاضی می‌تواند اعضای شورا را، در صورتی که مصلحت صغیر ایجاب کند، تغییر دهد.

دعوت شورای خانواده و تصمیمات آن ـ شورای خانواده به دعوت قاضی قیمومت تشکیل می‌گردد. دعوت باید لااقل ۸ روز قبل از تاریخ جلسه به عمل آید. قاضی ممکن است رأساً یا به تقاضای یک شخص ذینفع در این زمینه اقدام کند.

۱ـ Pupiles de l'Etat ـ قیمومت بر اطفال دولت یک قیمومت ویژه است. اطفال یافته شده ـ اطفال متروک ـ یتیمان فقیر ـ اطفالی که ولایت ابوین آنان ساقط و یک قیمومت عادی به وسیلهٔ دادگاه برای آنان مقرر نشده است و همچنین اطفالی که کسی حاضر به پذیرفتن قیمومت آنها نیست اطفال دولت محسوب می‌شوند و تحت قیمومت سازمان کمک اجتماعی به اطفال Aide sociale à l'enfance قرار می‌گیرند. این یک نوع قیمومت اداری است که تابع رژیم و شرایط خاصی می‌باشد (رجوع کنید به: مازو: کتاب مذکور، ش ۱۳۳۵).

در صورت تقاضای قیم، ناظر، دو عضو شورای خانواده، صغیر، هر گاه به سن ۱۸ سال تمام* رسیده باشد، قاضی مکلف به دعوت شورای خانواده است.

شورای خانواده هنگامی می‌تواند به شور و مذاکره بپردازد که لااقل نصف اعضای آن حاضر باشند (مادهٔ ۴۱۴ قانون مدنی) وتصمیمات باید با اکثریت مطلق (نصف به علاوه یک) اعضای حاضر اخذ گردد و در صورت دو دستگی رأی قاضی قیمومت قاطع است. قاضی قیمومت در مواقع فوری می‌تواند شخصاً تصمیمات لازم را اتخاذ کند.

جلسات شورای خانواده به ریاست قاضی قیمومت تشکیل می‌گردد (مادهٔ ۴۱۶ قانون مدنی).

قیم با اینکه عضو شورای خانواده است و باید در جلسات آن شرکت کند حق رأی ندارد (مادهٔ ۴۱۵ بند ۲ قانون مدنی).

ناظر عضو شوراست و در رأی شرکت می‌کند، مگر درمواردی که جایگزین قیم باشد.

صغیر از شانزده سالگی به بعد ممکن است برای حضور در جلسات شورای خانواده دعوت شود، ولی فقط دارای رأی مشورتی است (ماده ۴۱۵ قانون مدنی فرانسه).

د ـ قاضی قیمومت

قاضی قیمومت قاضی دادگاه بخش اقامتگاه صغیر است (مادهٔ ۳۹۳ ق. م. ف.). هنگامی که اقامتگاه صغیر تغییر می‌کند، قیم باید قاضی قیمومت اقامتگاه سابق او را از آن آگاه سازد تا وی پرونده صغیر را نزد قاضی اقامتگاه جدید او بفرستد. دربارهٔ وظائف و اختیارات این قاضی بعداً سخن خواهیم گفت.

هـ ـ قاضی دادگاه شهرستان

قاضی دادگاه شهرستان که می‌توان او را از ارکان قیمومت محسوب داشت قاضی دادگاه شهرستان اقامتگاه صغیر است. قانون ۱۹۶۴ نقش این قاضی را در امر قیمومت محدود کرده و وظائف عمده و اساسی را به قاضی قیمومت واگذار نموده است. وظائف و اختیارات این قاضی نیز در قسمت مربوط به طرز کار قیمومت بررسی خواهد شد.

بند دوم ـ طرز کار قیمومت

با بررسی وظائف و اختیارات قیم و سایر ارکان قیمومت در حقوق فرانسه می‌توان به طرز کار و جریان قیمومت واقف شد.

الف ـ وظائف و اختیارات قیم

قیم دارای وظائف خاصی است که قانون مقرر داشته است و به علاوه دارای اختیاراتی راجع به

---

*ـ این سن طبق ماده ۴۱۰ اصلاحی ق.م.ف. به ۱۶ سال تقلیل یافته است.

مواظبت شخص و ادارهٔ اموال صغیر است.

۱ـ وظائف قیم

بعضی از وظائف قیم مربوط به آغاز قیمومت است و بعضی دیگر در جریان قیمومت و برخی نیز در پایان آن باید انجام گردد.

اول ـ وظائف قیم در آغاز قیمومت

قیم دارای وظائفی است که باید در آغاز دورهٔ تصدی خود انجام دهد. البته قبل از تعیین ناظر قیم نمی‌تواند در ادارهٔ اموال صغیر دخالت کند. لیکن پس از تعیین ناظر در مهلتی که قانون تعیین کرده است قیم مکلف به انجام کارهای ذیل است:

اولاً اگر ترکه‌ای که صغیر در آن سهیم است بعد از فوت مورث او مهروموم شده قیم باید مهروموم را در مدت ده روز بعد از انتصاب بردارد.

ثانیاً باید در همین مدت صورتی از اموال صغیر با حضور ناظر تهیه کند و نسخه‌ای از آن را نزد قاضی قیمومت بفرستد (مادهٔ ۴۵۱ بند ۲ قانون مدنی). این صورت، اموال صغیر و وضع آنها را مشخص می‌کند و هنگام دادن صورت حساب[1] به عنوان دلیل به کار می‌آید. هرگاه قیم صورت اموال تنظیم نکرده باشد، صغیر می‌تواند دعوای راجع به اموال خود را از طریق "شیاع[2]" اثبات کند (در این نوع دلیل آنچه شایع است مطابق حقیقت فرض می‌شود و دلیل مزبور به دلیل "می‌گویند"[3] معروف شده است). به علاوه عدم تنظیم سیاههٔ اموال ممکن است موجب مسئولیت مدنی قیم گردد. ناظر نیز ممکن است در این مورد مسئول شناخته شود، چه وی، در صورت عدم تنظیم سیاهه اموال، مکلف است قاضی قیمومت را آگاه سازد و تخلف از انجام این وظیفه موجب مسئولیت او خواهد شد. قبل از قانون ۱۹۶۴ چنین تکلیفی برای ناظر پیش‌بینی نشده بود و بسیاری از قیمها از تنظیم سیاههٔ اموال عملاً خودداری می‌کردند. قانونگذار ۱۹۶۴ با تعیین تکلیف مزبور برای ناظر خواسته است وضع سابق را تغییر دهد و بدینوسیله از تضرر صغیر جلوگیری کند.

هرگاه قیم از صغیر طلبی داشته باشد، باید آن را در سیاهه اموال قید کند. در غیر این صورت حق او ساقط خواهد شد (مادهٔ ۴۵۱ بند ۴ قانون مدنی).

ثالثاً قیم باید در مدت سه ماه اسناد بی‌نام صغیر را به با نام تبدیل نماید یا اسناد مزبور را در مؤسسه‌ای که دولت برای نگهداری وجوه و اوراق صغار معتبر شناخته است امانت بگذارد (مادهٔ ۴۵۲ قانون مدنی فرانسه).

1- Réddition de comptes

2- Commune renommée

3- On dit

دوم ـ وظائف قیم در جریان قیمومت

وظیفهٔ اساسی و کلی قیم علاوه بر مواظبت شخص صغیر آن است که اموال او را با رعایت امانت، همچون "پدر خوب خانواده[1]" اداره کند (مادهٔ ۴۵۰ قانون مدنی فرانسه).

قانونگذار فرانسه، مانند قانونگذار ایران، به ذکر این وظیفهٔ کلی اکتفا نکرده بلکه وظائف خاصی برای قیم در جریان قیمومت معین نموده است که در حقیقت موارد اجرای همان وظیفهٔ کلی هستند.

اولاً قیم باید در ظرف شش ماه وجوه زائد بر احتیاج محجور را مورد بهره‌برداری قرار دهد، مگر اینکه شورای خانواده مدت را تمدید کند. هرگاه قیم وجوه مزبور را بدون سود بگذارد، بعد از انقضاء مدت به حکم قانون مسئول پرداخت خسارت خواهد بود (مادهٔ ۴۵۵ قانون مدنی فرانسه قابل مقایسه با مادهٔ ۹۰ قانون امور حسبی ایران).

ثانیاً قیم مکلف است با وجوه حاصل از معاملاتی که نسبت به اموال صغیر با اجازهٔ شورای خانواده انجام می‌دهد اموال دیگری خریداری کند. شورای خانواده می‌تواند هنگام اجازه، شرایط و تشریفاتی برای انجام معامله، از جمله طریقه بکار بردن وجوه حاصله، معین کند.

رعایت دستورات و تشریفات مقرر به وسیلهٔ شورای مزبور الزامی است (مادهٔ ۴۵۸ ق. م. ف.).

ثالثاً قیم باید هر ساله صورت حساب اعمال خود را به ناظر تسلیم کند و او مکلف است آن را به قاضی قیمومت تقدیم دارد (مادهٔ ۴۷۰ قانون مدنی). قبل از ۱۹۶۴، دادن صورت حساب سالانه فقط هنگامی الزامی بود که شورای خانواده آن را می‌خواست و در عمل شورای مزبور ندرتاً چنین چیزی مطالبه می‌کرد. قانون ۱۹۶۴ برای حفظ منافع صغیر، مانند قانون مدنی ایران (مادهٔ ۱۲۴۴)، دادن حساب سالانه را لازم شمرده است. اگر چنین تکلیفی نباشد عملاً قیم حساب اعمال خود را نگاه نمی‌دارد و دادن حساب قطعی تصدی به طور صحیح برای او دشوار و حتی غیر ممکن خواهد بود.

سوم ـ وظائف قیم در پایان قیمومت

قیمومت با رسیدن صغیر به سن کبر (۲۱ سالگی*) یا رشید شناخته شدن (امانسیپاسیون) یا فوت او پایان می‌یابد. قیمومت طفل نامشروع ممکن است با تصمیم قاضی قیمومت مبنی بر تبدیل قیمومت به ادارهٔ قانونی تحت نظارت قضائی نیز پایان یابد، در صورتی که بعد از برقراری

۱ـ En bon père de famile این فرمول دارای یک معنای فنی است: معنی آن این است که قیم مسئول هر تقصیر، هر بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی، اعم از سنگین و سبک، است که در ادارهٔ اموال صغیر مرتکب گردد.

این مسئولیت وسیعتر و شدیدتر از مسئولیت وکیل تبرعی است که مسئول تقصیر سبک خود نمی‌باشد (مادهٔ ۱۹۹۲ بند ۲ ق.م.ف.)، با اینکه قیمومت نیز یک نوع نمایندگی تبرعی محسوب می‌شود (کاربنیه: حقوق مدنی، جلد ۱ ش ۲۲۸).

*ـ در حقوق فعلی فرانسه سن کبر هجده سال تمام است (ماده ۳۸۸ ق.م.ف. اصلاحی ۱۹۷۴).

رژیم قیمومت یکی از والدین طفل اقدام به شناسائی او کند (مادهٔ ۳۹۲ ق. م. ف.).

ممکن است وظیفهٔ قیم در نتیجهٔ فوت یا عزل او پایان یابد. در این فرض در حقیقت قیمومت پایان نمی‌یابد بلکه قیم تغییر می‌کند.

دادن صورت حساب نهائی ـ پس از پایان قیمومت، قیم موظف است در ظرف سه ماه یک صورت حساب نهائی به مولی علیه سابق خود یا ورثه یا نمایندهٔ قانونی وی تسلیم کند (مادهٔ ۴۷۱ بند ۱ و ۳ ق. م. ف.). در زمینهٔ صورت حساب نهائی، قانونگذار فرانسه یک سلسله تدابیر احتیاطی اتخاذ کرده است تا قیم نتواند به آسانی از مولی علیه سابق خود رسید اخذ کند.

صورت حساب نهائی باید تفصیلی و شامل کلیهٔ وجوهی باشد که قیم به صغیر یا صغیر به قیم بدهکار است. کلیهٔ مخارجی که مفید و به اندازهٔ کافی قابل توجیه باشد ممکن است به حساب صغیر گذاشته شود (مادهٔ ۴۷۱ بند ۲ ق. م. ف.). صورت حساب باید همراه اسناد و مدارک مربوط به هزینه‌های انجام شده باشد.

صورت حساب به یکی از اشخاص ذیل باید تسلیم گردد:

۱ـ هرگاه قیمومت در اثر رفع حجر از صغیر (با رسیدن به سن کبر یا رشید شناختن او) پایان یابد، صورت حساب باید به خود صغیر که از او رفع حجر شده است تسلیم گردد. بهتر بود که ناظر را نیز در این کار دخالت می‌دادند، به ویژه هنگامی که رفع حجر ناشی از رشید شناختن باشد نه رسیدن صغیر به سن کبر، چه ممکن است صغیر هنوز تجربهٔ کافی نداشته باشد و روابط وی با قیمش مانع شود که به صورت حساب قیمومت اعتراض کند. لیکن قانونگذار فرانسه ناظر را در این کار دخالت نداده است.

۲ـ هر گاه قیمومت در اثر فوت مولی علیه سابق پایان یابد، صورت حساب باید به وراث او تسلیم گردد.

۳ـ در صورت تغییر قیم، صورت حساب باید به قیم جدید داده شود. در این صورت قیم جدید جز با اجازهٔ شورای خانواده نمی‌تواند صورت حساب را قبول کند و شورای خانواده با توجه به گزارش ناظر در این زمینه اظهار نظر خواهد کرد.

علاوه بر مقررات فوق، حقوق فرانسه شامل مقرراتی راجع به قراردادهای مربوط به صورت حساب ـ عطایای صغیر سابق به قیم ـ بهرهٔ وجوه صغیر ـ رهن قانونی صغیر نسبت به اموال قیم می‌باشد. چون این مسائل از جهتی مربوط به وظایف قیم در پایان قیمومت است، ما در اینجا از آنها سخن می‌گوئیم.

قراردادهای راجع به حساب قیمومت ـ قانونگذار فرانسه برای اینکه به صغیر سابق وقت لازم برای وارسی جدی حسابها بدهد مقرر داشته است که صغیر کبیر یا رشید شناخته شده نمی‌تواند صورت حساب قیمومت را قبل از انقضاء یک ماه از تاریخ تسلیم آن تأیید کند (مادهٔ ۴۷۲ بند ۱ ق. م. ف.). از طرف دیگر قیم نمی‌تواند هیچ قراردادی مبنی بر معافیت وی از دادن صورت حساب

قیمومت با مولی علیه سابق خود منعقد کند (مادهٔ ۴۷۲ بند ۲ ق. م. ف.). این مقررات در مورد تغییر قیم اجرا نخواهد شد. تأیید صورت حساب، ولو اینکه صحیحاً انجام شده باشد، سند برائت ذمه[1] قیم تلقی نمی‌شود: صغیر سابق می‌تواند، علیرغم تأیید صورت حساب، علیه قیم اقامهٔ دعوای مسئولیت کند (مادهٔ ۴۷۲ بند ۳ ق. م. ف.).

تملیکات بلاعوض به قیم سابق ـ صغیر نمی‌تواند به قیم سابق خود تملیک بلاعوض (اعم از هبه و وصیت) کند، مگر بعد از اینکه حساب قیمومت داده و تصفیه شده باشد (مادهٔ ۹۰۷ ق.م.ف.).

بهرهٔ ماندهٔ حساب ـ در حقوق فرانسه، طبق قواعد عمومی، دین حال از تاریخ مطالبه به وسیلهٔ اظهارنامهٔ رسمی مشمول خسارت تأخیر تأدیه خواهد بود و بهرهٔ قانونی به آن تعلق خواهد گرفت (مواد ۱۱۴۶ و ۱۵۳ ق. م. ف.). اما اجرای این قاعده در مورد صغیر خالی از اشکال نیست. مطالبه ماندهٔ حساب قیمومت به وسیلهٔ صغیر از طریق اظهارنامهٔ رسمی ممکن است دشوار و زننده باشد، لذا مادهٔ ۴۷۴ (بند اول) قانون مدنی فرانسه مقرر می‌داد که به طلب صغیر از قیم از بابت ماندهٔ حساب قیمومت از تاریخ تأیید حساب به وسیلهٔ صغیر سابق و منتهی سه ماه بعد از انقطاع قیمومت خود به خود بهره تعلق خواهد گرفت. برعکس، اگر به موجب صورت حساب، صغیر به قیم مبلغی بدهکار باشد، خسارات تأخیر تأدیه (بهره) از تاریخ مطالبهٔ آن به وسیلهٔ قیم سابق بعد از پایان قیمومت احتساب خواهد شد (مادهٔ ۴۷۴ بند ۲ ق. م. ف.).

رهن قانونی به نفع صغیر ـ برای تضمین مطالبات صغیر نسبت به قیم ـ مطالباتی که ناشی از قیمومت باشد ـ بویژه پرداخت ماندهٔ حساب و خسارات ناشی از اعمال قیم، مواد ۲۱۲۱ و ۲۱۳۵ قانون مدنی فرانسه یک حق رهن قانونی[2] نسبت به کلیهٔ اموال غیرمنقول قیم به نفع صغیر شناخته بود. این رهن که حق تقدم و رجحان برای صغیر نسبت به اموال غیرمنقول قیم ایجاد می‌کند، با اینکه برای صغیر بسیار مطلوب و سودبخش است، برای قیم سخت ناراحت کننده و زیان بخش می‌باشد. این رهن به اعتبار قیم لطمه می‌زند: هیچکس حاضر نمی‌شود به قیم وام بدهد یا اموال غیرمنقول او را خریداری کند، چه وجود حق رهن بنفع صغیر که برای تضمین طلبی است که مبلغ آن را قبل از پایان قیمومت نمی‌توان تعیین کرد ممکن است موجب شود که طرف معامله نتواند حق خود را استیفاء کند. البته قانون سابق فرانسه به شورای خانواده اجازه داده بود که حق رهن مزبور را با ثبت بعضی از اموال غیرمنقول قیم به عنوان رهن محدود کند.

تصویب نامهٔ ۷ ژانویه ۱۹۵۹ و فرمان ۷ ژانویه ۱۹۵۹ برای تعدیل رهن قانونی صغیر اصلاحاتی در مواد ۲۱۴۳ تا ۲۱۴۵ قانون مدنی فرانسه به عمل آوردند و بالاخره قانون ۱۹۶۴ از نو مواد ۲۱۴۳

1- Quitus

2- Hypothèque légale

و ۲۱۶۴ را مورد اصلاح قرار داد. طبق قانون اخیر، شورای خانواده اختیار دارد که پس از استماع نظر قیم، دربارهٔ لزوم یا عدم لزوم ثبت رهن و اینکه آیا کلیهٔ اموال قیم یا بعضی از آنها به عنوان رهن به ثبت برسد و برای چه مبلغ ثبت عملی شود تصمیم بگیرد. به علاوه در جریان قیمومت شورای خانواده می‌تواند دربارهٔ تشدید رهن (ثبت مال جدید به عنوان رهن یا افزایش مبلغ رهن) یا تخفیف رهن و یا فک کامل رهن اخذ تصمیم کند. نکتهٔ مهم در اصلاح اخیر این است که از طرفی رهن قهری به نفع صغیر را لغو کرده است: رهن مزبور فقط به وسیلهٔ ثبت تحقق پیدا می‌کند و از تاریخ ثبت معتبر شناخته می‌شود؛ از طرف دیگر شورای خانواده را مکلف داشته که مبلغی را که به وسیلهٔ رهن تضمین شده معین نماید.

به علاوه قانون ۱۹۶۴ امکان ایجاد رهن نسبت به اموال منقول[1] صغیر را نیز پیش بینی کرده است، با همان شرایطی که برای رهن اموال غیرمنقول مقرر است.

هر گاه قیم به حکم دادگاه تعیین شده باشد سیستم مشابهی در مورد رهن اموال غیرمنقول در حقوق فرانسه مقرر شده است و اخذ تصمیم در این باب با دادگاه است (مادهٔ ۱۰ قانون ۲۴ ژوئیهٔ ۱۸۸۹ اصلاح شده به موجب مادهٔ ۱۴ فرمان ۷ ژانویه ۱۹۵۹).

اموال ناظر موضوع رهن قانونی به نفع صغیر نخواهد بود.

۲ـ اختیارات قیم

قیم دارای اختیاراتی نسبت به شخص صغیر و اختیاراتی نسبت به اموال اوست.

اختیارات قیم نسبت به شخص صغیر ـ طبق مادهٔ ۴۵۰ قانون مدنی فرانسه "مواظبت شخص صغیر بر عهدهٔ قیم است".

اصولاً قیم نسبت به شخص صغیر دارای همان اختیاراتی است که قانون برای اعمال کنندهٔ ولایت پدری شناخته است که از مهمترین آنها حق حضانت[2] است. صغیر باید نزد قیم اقامت کند (مادهٔ ۱۰۸ قانون مدنی فرانسه). قیم که حضانت طفل را به عهده دارد می‌تواند از قاضی اطفال[3]

1- Gage

2- Droit de garde

۳ـ Juge des enfants قاضی اطفال تأسیسی است که قانون ۳۳ دسامبر ۱۹۵۸ فرانسه پدید آورده است. وظیفهٔ این قاضی حمایت از شخص صغیر و مراقبت در تعلیم و تربیت اوست. قاضی اطفال به تقاضای هر کس که دارای حق حضانت باشد دربارهٔ اعمال تدابیر تربیتی نسبت به صغیری که سلامت، امنیت، اخلاق یا تربیت او در خطر باشد تصمیم خواهد گرفت. تدابیر تربیتی که قاضی اطفال می‌تواند اخذ کند مختلف و متعدد است و تا آنجا ممکن است برسد که توقیف و نگاهداری صغیر را در یک مؤسسه تربیتی ایجاب کند. این رژیم به رژیم

اعمال یک تدبیر تربیتی را دربارهٔ مولی علیه خود تقاضا کند.

لیکن موافقت با ازدواج، فرزند خواندگی، رشید شناختن (امانسیپاسیون) صغیر از اختیارات قیم نیست بلکه در صلاحیت شورای خانواده است. در حقیقت، هرگاه این اختیار به قیم داده شود، بیم آن می‌رود که مشارالیه برای رهائی از یک قیمومت رنج‌افزا از اختیار خود سوءاستفاده کند یا برعکس، رفع حجر از صغیر را به نفع خود به تأخیر بیندازد.

اختیار تعلیم و تربیت صغیر با قیم است، لیکن شورای خانواده شرایط کلی تعلیم و تربیت طفل را معین می‌کند (مادهٔ ۴۴۹). به علاوه شورای خانواده می‌تواند کنترل غیرمستقیم ولی مؤثری از راه تعیین بودجهٔ نگاهداری و تعلیم و تربیت صغیر، در این باب اعمال کند (مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی فرانسه).

اختیارات قیم نسبت به اموال صغیر ـ قیم علاوه بر مواظبت شخص دارای اختیاراتی نسبت به اموال صغیر است. البته ممکن است مواظبت شخص صغیر به یک نفر و ادارهٔ اموال او به شخص دیگری واگذار گردد و به عبارت دیگر قیمی برای شخص و قیمی برای مال تعیین شود. ولی معمولاً شخص واحدی عهده‌دار امور غیرمالی و مالی صغیر خواهد بود.

به طور کلی قیم در حقوق فرانسه، مانند حقوق ایران، نمایندهٔ قانونی صغیر است و کلیهٔ اعمال لازم برای زندگی حقوقی را به نمایندگی از او انجام می‌دهد (مادهٔ ۴۵۰ قانون مدنی فرانسه)، مگر اعمالی که صغیر طبق قانون می‌تواند به تنهائی انجام دهد (مانند اعمال حقوقی مربوط به زندگی جاری). بنابراین ادارهٔ کلیهٔ امور صغیر به عهدهٔ قیم است و صغیر جز در موارد استثنائی که قبلاً گفته شد در آن دخالت نمی‌کند.

اختیارات قیم در ادارهٔ اموال صغیر عام است، بدین معنی که قیم جز در موارد استثنائی برای ادارهٔ اموال و انجام اعمال حقوقی احتیاج به اجازهٔ شخص یا مقام دیگری ندارد. بنابراین قیم اصولاً اموال

مددکاری تربیتی assistance éducative معروف است. (رجوع کنید به: کاربنیه: حقوق مدنی جلد اول، ش ۲۱۸ ـ قانون مدنی فرانسه، مواد ۳۷۵ تا ۳۸۲ اصلاحی ۱۹۵۸).

به هرحال معلوم نیست که قاضی اطفال و قاضی قیمومت که در قانون ۱۹۶۴ پیش بینی شده است و وظیفه‌اش بیشتر حمایت از اموال صغار است چگونه همکاری خواهند کرد. شاید بهتر بود که قانونگذار فرانسه به جای قاضی اطفال و قاضی قیمومت که حدود صلاحیت و کیفیت همکاری آنها مشخص نیست یک قاضی خانواده (متخصص در مسائل خانوادگی) درنظر می‌گرفت و او را به کلیهٔ وسائل مادی و معنوی لازم مجهز می‌ساخت و حمایت از صغار را از هر جهت (هم از جهت مواظبت شخص و هم از جهت ادارهٔ اموال) به او محول می‌کرد (ساواتیه: اصلاح قیمومت صغار در حقوق فرانسه، مجلهٔ دالوز ـ سیره ۱۹۶۵ ص ۶۰ ـ ۶۱).

صغیر را مانند اموال خود اداره خواهد کرد.

لیکن استثنائاتی که قانون پیش بینی کرده متعدد است: برای بعضی از اعمال اجازهٔ شورای خانواده لازم است و در پاره‌ای موارد اجازهٔ قاضی جای اجازهٔ شورای خانواده را می‌گیرد. در یک مورد (افراز بتراضی) قیم باید، علاوه بر اجازهٔ شورای خانواده، موافقت دادگاه شهرستان را نیز جلب کند. بالاخره انجام بعضی از اعمال به کلی ممنوع است.

در قانون سابق فرانسه اعمالی که بایستی با اجازهٔ شورای خانواده و احیاناً تأیید دادگاه انجام شود فراوان بود و تشریفات و سخت گیریهای بیش از حد قانون ادارهٔ اموال صغیر را عملاً با اشکال مواجه می‌کرد. قانون ۱۹۶۴ برای مصلحت صغیر و تسهیل ادارهٔ اموال او تعداد اعمال مزبور را تقلیل داد و اجازهٔ دادگاه شهرستان را جز در مورد افرازبتراضی حذف کرد. با وجود این، دادگاه شهرستان نظارت خود را در این باب تا حدی حفظ کرده است زیرا از تصمیمات قاضی قیمومت و شورای خانواده می‌توان به دادگاه شهرستان شکایت کرد.

اول ـ اعمالی که قیم می‌تواند به تنهایی انجام دهد ـ قیم می‌تواند به تنهائی کلیهٔ "اعمال اداره"[1] را انجام دهد. منظور اعمالی است که برای بهره‌برداری عادی از اموال انجام می‌شود، بدون اینکه در ترکیب و عناصر دارائی تغییری ایجاد کند. برای این گونه اعمال اجارهٔ کمتر از ۹ سال را مثال می‌آورند. اصطلاح اعمال اداره در مقابل اعمال ناقله[2] به کار می‌رود، یعنی اعمالی که موجب نقل و انتقال اموال و دگرگونی در ترکیب دارائی است. برای انجام این اعمال اجازهٔ شورای خانواده لازم است.

باید یادآور شد که اصطلاح اعمال اداره که در حقوق فرانسه به کار می‌رود و قانونگذار ۱۹۶۴ نیز به کار برده است، چنانکه حقوقدانان فرانسه می‌گویند، رسا و روشن نیست. بدین جهت قانونگذار برای رفع شبهه توضیحاتی داده و حدود آن را مشخص کرده است (مادهٔ ۴۵۶ ق.م.ف.).

معاملهٔ معوض نسبت به اموال منقولی که مورد استفادهٔ عادی[3] هستند و ثمرات اموال صغیر به طور کلی از اعمال اداره محسوب می‌شود.

اجاره اگر از ۹ سال تجاوز نکند یک عمل اداره به شمار می‌آید و قیم بدون اجازهٔ شورای خانواده می‌تواند آن را منعقد کند. لیکن در پایان مدت اجاره هر گاه صغیر کبیر شده باشد، مستأجر نمی‌تواند در مقابل او حق تقدم در اجاره یا ادامهٔ اشغال ملک مورد اجاره را ادعا کند.

انتقال اوراق بهادار یک عمل اداره محسوب نمی‌شود و در سایر اعمال مربوط به این اوراق

1- Actes d' administration

2- Actes de disposition

3- Meubles d' usage courant

(مانند رهن) تشخیص اینکه عمل یک عمل اداره است یا نه به شورای دولتی[1] واگذار شده است (مادهٔ ۴۵۶ ق.م.ف.).

باید اضافه کرد که عقد قرارداد با شخص ثالث برای ادارهٔ اوراق بهادار صغیر، طبق بند ۳ از مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی فرانسه، محتاج به اجازهٔ شورای خانواده است. دریافت وجوه صغیر بدون نظارت ناظر مجاز نیست: رسید وجه که قیم به نمایندگی صغیر می‌دهد باید به امضای ناظر نیز برسد و وجوه دریافتی در محلی که دولت برای نگاهداری وجوه و اسناد صغیر معتبر شناخته است تودیع گردد (مادهٔ ۴۵۳ ق. م. ف.).

قیم می‌تواند بدون اجازهٔ شورای خانواده ارثی راکه مطابق صورت تحریر ترکه[2] به مولی علیه او می‌رسد قبول کند (مادهٔ ۴۶۱ ق. م. ف.). همچنین می‌تواند هبه یا وصیت غیرمعوض را قبول نماید. بلکه قیم حق ندارد از قبول هبه یا وصیتی که به نفع صغیر است خودداری کند. لذا مادهٔ ۹۳۵ اصلاحی قانون مدنی به هر یک از اجداد و جدات صغیر اجازه می‌دهد که در صورت امتناع قیم آن را قبول نماید.

قیم می‌تواند به نام صغیر اقامهٔ دعوی کند یا از دعوایی که علیه او اقامه شده است دفاع نماید، مشروط بر اینکه دعوی جنبهٔ مالی داشته باشد. لیکن سازش درمورد دعوایی که علیه صغیر اقامه شده است محتاج به موافقت شورای خانواده است (مادهٔ ۴۶۴).

دوم ـ اعمالی که قیم با اجازهٔ شورای خانواده می‌تواند انجام دهد ـ این دسته اعمالی هستند که مهمتر و برای صغیر خطرناکترند و از این رو قانونگذار اجازهٔ شورای خانواده را ضروری دانسته است. مادهٔ ۴۵۷ قانون مدنی فرانسه از این اعمال به اعمال ناقله تعبیر می‌کند.

این ماده و مواد بعدی بعضی از اعمال ناقله را به شرح زیر می‌شمارند لیکن این شمارش حصری نیست، و در توصیف بسیاری از موارد می‌توان شک کرد.

۱ـ انتقال مال منقول یا غیرمنقول ـ قانون ۱۹۶۴ فرانسه، برخلاف قانون سابق آن و قانون ایران، بین مال منقول و غیرمنقول فرق نگذاشته است. البته دربارهٔ انتقال اموال کم اهمیت (اموال مصرفی

1- Conseil d' Etat

۲ـ Sous bénéfice d' inventaire قانون امور حسبی این اصطلاح را "مطابق صورت تحریر ترکه" ترجمه کرده است (مادهٔ ۲۵۵ به بعد). منظور این است که ارث به شرط تحریرترکه و پرداخت دیون متوفی از آن قبول شود. این گونه قبول مانع اختلاط دارائی وارث به دارائی متوفی می‌گردد و دارای این مزیت است که وارث را فقط مکلف به پرداخت دیون متوفی از ترکه می‌نماید و خطری از این طریق متوجه اموال شخصی وارث نمی‌گردد. بعد از این قبول وارث باید برای تحریرترکه اقدام لازم به عمل آورد (دیکسیونر حقوقی دالوز کلمهٔ Successions ش ۳۶).

عادی و ثمرات اموال محجور) چنانکه گفتیم اجازهٔ شورای خانواده لازم نیست. اما برای انتقال حقوق غیرمادی[1] (مخصوصاً سرقفلی و اوراق بهادار) و اموال منقول گرانبها یا اموالی که قسمت مهمی از دارائی صغیر را تشکیل می‌دهد، همچون انتقال مال غیرمنقول، اجازهٔ شورای خانواده لازم است (مادهٔ ۴۵۷). تفکیک بین اموال منقول و غیرمنقول برای دوره‌ای مناسب بود که مال غیرمنقول اهمیت فوق العاده‌ای داشت و مال منقول بی‌اهیمت تلقی می‌شد. اما امروز که با توسعهٔ حقوق و مالکیتهای معنوی، بویژه اوراق بهادار، اموال منقول اهمیتی بسزا و حتی بیشتر از اموال غیرمنقول پیدا کرده‌اند فرق گذاشتن بین منقول و غیرمنقول از لحاظ اختیارات قیم مناسب بنظر نمی‌رسد.

کلمهٔ انتقال[2] در اینجا شامل کلیهٔ معاملات تملیکی، مانند فروش، معاوضه و آوردن به شرکت[3] است ولی شامل معاملات غیرمعوض نمی‌گردد.

لزوم اجازهٔ شورای خانواده در قراردادهای تملیکی دارای یک استثناء است که نیازی به توجیه ندارد: هر گاه فروش به حکم دادگاه برای پایان دادن به اشاعه و به منظور تقسیم مال مشاع باشد، اجازهٔ شورای خانواده لازم نیست.

فروش مال غیرمنقول و انتقال سرقفلی[4] اصولاً باید به طریق مزایده در حضور ناظر انجام گیرد. لیکن شورای خانواده می‌تواند فروش به طریق عادی را اجازه دهد (مادهٔ ۴۵۹). و نیز شورای خانواده می‌تواند به قیم تکلیف کند که بهای مال فروخته شده را برای خرید مال دیگری مصرف کند (مادهٔ ۴۵۸).

آوردن یک مال غیرمنقول یا سرقفلی به شرکت در صورتی به وسیلهٔ شورای خانواده مجاز شناخته می‌شود که یک کارشناس گزارش موافقی در این باب داده باشد (مادهٔ ۴۵۹ بند ۳ ق. م. ف.).

اوراق بهادار پذیرفته شده در بورس رسمی باید به وسیلهٔ یک دلال اوراق بهادار[5] فروخته شود. اوراق دیگر باید از طریق مزایده به فروش برسد، مگر اینکه شورای خانواده با فروش آنها به طریق عادی موافقت کند. در این صورت فروش باید طبق نظر یک کارشناس و با شرایطی که وی معین کرده است انجام گردد (مادهٔ ۴۵۹ بند ۴ و ۵ ق. م. ف.).

۲ـ اجاره به مدت بیشتر از ۹ سال ـ در این معامله نیز اجازهٔ شورای خانواده لازم است (مواد ۱۴۲۹ و ۱۷۱۸ ق. م. ف.). هر گاه مدت اجاره ۹ سال یا کمتر باشد، اجازهٔ شورای خانواده لازم

1- Droits incorporels

2- Aliénation

3- Apport en société

4- Fonds de commerce

5- Agent de change

نیست، زیرا چنانک گفتیم، قرارداد مزبور یک عمل اداره محسوب می‌گردد.

۳ـ وام گرفتن ـ وام گرفتن یک عمل حقوقی مهم وخطرناک به شمار می‌آید و چه بسا از این طریق افراد از هستی ساقط می‌شوند. لذا قانونگذار فرانسه اجازهٔ شورای خانواده را برای انجام این معامله لازم دانسته است. قانونگذار سابق فرانسه سخت گیری بیشتری کرده و تأیید دادگاه شهرستان را نیز ضروری تلقی کرده بود لیکن طبق قانون اخیر اجازهٔ شورای خانواده، برای اینکه قیم بـه نـام صغیر وام بگیرد، کافی است.

۴ـ قبول بدون شرط یا رد یک ارث ـ قبول بدون قید و شرط یک ارث برای صغیر خطرناک است زیرا هر گاه ارث بدون شرط قبول شود، وارث مکلف به پرداخت دیون مورث است، حتی اگر ترکه کافی نباشد. بدین جهت این قبول اصولاً بر قیم ممنوع است. قبل از قانون ۱۹۶۴ این اصل هیچ استثنائی نداشت. لیکن امروزه مادهٔ ۴۶۱ اصلاحی قانون مدنی فرانسه به قیم اجازه می‌دهد که بـا موافقت شورای خانواده ارث را بدون قید و شرط قبول کند. بدین ترتیب از تشریفات قبول مطابق صورت تحریر ترکه، در صورتی که دارائی به طور قطعی بیشتر از بدهی باشد، احتراز خواهد شد.

علاوه بر قبول بدون شرط دو راه برای وارث وجود دارد: قبول مطابق صورت تحریرترکه و رد. قبول مطابق صورت تحریر ترکه، چنانکه گفتیم، نیازی به اجازهٔ شورای خانواده ندارد و قیم می‌تواند به تنهائی آن را انجام دهد، چه ضرری از آن به صغیر نخواهد رسید. لیکن رد ترکه احتیاج به موافقت شورای خانواده دارد (مادهٔ ۴۶۱). لزوم اجازهٔ شورای خانواده مانع از آن است که قیم، برای رهائی خود از زحمات مربوط به ارث و ادارهٔ اموال ناشی از آن، ترکه را رد نماید.

این قواعد نه فقط درباره ارث بلکه درباره وصیت عام[1] یا وصیت به سهم مشاعی از اموال[2] نیز لازم الاجراست (مادهٔ ۴۶۳ ق. م. ف.).

۵ـ افراز[3] ـ قیم برای تقاضای افراز محتاج به اجازهٔ شورای خانواده است، مگر اینکه به تقاضای دسته جمعی مالکین مال مشاع ملحق گردد (مادهٔ ۴۶۵ قانون مدنی فرانسه). در حقیقت ممکن است مصلحت صغیر در آن باشد که در حال اشاعه، لااقل تا رسیدن به سن کبر، باقی بماند.

اصولاً افراز مال مشاعی که صغیر در آن شریک است باید به حکـم دادگـاه بـاشد (مـادهٔ ۴۶۶ ق.م.ف.). لیکن این طریقه دارای معایب بزرگی است: شرکاء نمی‌توانند دربارهٔ ترکیب سهام و نـه دربارهٔ تخصیص آنها به افراد توافق کنند. سهم هر یک از شرکاء به قرعه تعیین می‌گردد و اغلب باید اموال را از طریق مزایده بفروشند تا سهام مساوی فراهم آورند. لذا قانون ۱۹۶۴ برای احتراز از این

1- Legs universel

2- Legs à titre universel

3- Partage

اشکالات به قیم اختیار داده است که با اجازهٔ شورای خانواده برای افراز بتراضی[1] اقدام کند. معهذا برای حمایت بیشتر از صغیر تأیید دادگاه شهرستان را لازم شمرده است و این تنها موردی است که این دادگاه مستقیماً در امر قیمومت دخالت می‌کند (مادهٔ ۴۶۶ بند دوم).

در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، محدودیتی برای قیم در این باب پیش بینی نشده است و به جاست که قانونگذار برای مصلحت صغیر اجازهٔ مقام قضائی را در این مورد لازم بشمارد همانطور که در موارد مهم دیگر لازم شمرده است.

۶ـ اقامهٔ دعوی ـ در این مورد قانونگذار ۱۹۶۴ بین دعاوی غیرمالی و دعاوی مالی فرق گذاشته است. برای اقامهٔ دعوای غیرمالی اجازهٔ شورای خانواده همیشه لازم است. اما برای اقامهٔ دعوای مالی این اجازه لازم نیست، مگر در موارد افراز که اقامهٔ دعوی[2] بدون اجازهٔ شورای خانواده، چنانکه گفته شد، مجاز نیست (مادهٔ ۴۶۴ ق.م.ف).

قیم می‌تواند از دعوایی که علیه صغیر اقامه شده دفاع کند و اجازهٔ شورای خانواده در این مورد لازم نیست. لیکن ولی نمی‌تواند بدون اجازه شورای خانواده در مقابل دعوای اقامه شده علیه صغیر تسلیم شود یا از توسل به وسائل قانونی برای دفاع از حق وی خودداری نماید (ترک دعوی)[3]. به علاوه شورای خانواده می‌تواند به قیم دستور دهد که به نام صغیر اقامهٔ دعوی کند و قیم مکلف به رعایت دستور مزبور است (مادهٔ ۴۶۴ قانون مدنی فرانسه).

۷ـ صلح[4] ـ قانون مدنی فرانسه دربارهٔ خاتمه دادن دعوای صغیر به صلح سخت گیری بسیار کرده بود، زیرا حل وفصل دعوی اصولاً وظیفهٔ قاضی است نه اصحاب دعوی. در سیستم قانون مدنی برای خاتمه دادن دعوای صغیر به صلح اجازهٔ شورای خانواده و تأیید دادگاه شهرستان لازم بود. به علاوه در صورتی شورای خانواده می‌توانست با این امر موافقت کند که سه حقوقدان در آن مورد، نظر موافق داده باشند.

قانونگذار ۱۹۶۴، با اعتقاد به اینکه «یک صلح بد بهتر از یک دعوای خوب است»[5] اجازهٔ شورای خانواده را کافی می‌شمارد. (مادهٔ ۴۶۷ قانون مدنی فرانسه که با مادهٔ ۱۲۴۲ قانون مدنی ایران قابل مقایسه است). بعضی از حقوقدانان حذف شرط اظهارنظر موافق حقوقدانان را در باب صلح به مصلحت صغیر نمی‌دانند و ترجیح می‌دهند که لااقل اظهار نظر موافق یک حقوقدان در این زمینه

1- Partage à l' amiable

2- Action en justice

3- Acquiescement

4- Transaction

5- Une mauvaise transaction vaut mieux qu' un bon procès

لازم تلقی شود.[۱]

۸ـ اجاره مال غیرمنقول صغیر به قیم ـ قیم می‌تواند مال غیرمنقول صغیر را برای خود اجاره کند. ولی چون بیم آن می‌رود که اجاره بهای نازلی به نفع خود تعیین کند، لذا قانونگذار علاوه بر دخالت ناظر در انجام معامله از طرف صغیر، اجازهٔ شورای خانواده را شرط کرده است (مادهٔ ۴۵۰ بند ۳ قانون مدنی فرانسه).

سوم ـ اعمال ممنوع ـ علاوه بر اعمال شخصی که قیم نمی‌تواند به نام صغیر انجام دهد و دخالت صغیر با رعایت شرایطی که ذکر شد در آنها لازم است، اعمال زیر ممنوع شناخته شده و قیم به هیچ وجه مجاز به انجام آنها نیست، چه این اعمال معمولاً برای صغیر زیان بخش و خطرناکند.

۱ـ هبهٔ اموال صغیر ـ قیم وظیفه‌اش حفظ و ادارهٔ اموال صغیر است، بدین جهت نمی‌تواند اموال صغیر را هبه کند. اصولاً تملیک بلاعوض به نمایندگی از صغیر به هر عنوان که باشد ممنوع و باطل است. معهذا قیم می‌تواند از طرف صغیر در حدود معمول و متعارف مالی را هدیه[۲] کند. صغیر نیز، در صورتی که ممیز باشد، دارای چنین حقی می‌باشد.

۲ـ قرارداد ارجاع به داوری[۳] ـ منظور قراردادی است که به موجب آن اشخاص توافق می‌کنند حل اختلاف خود را به یک یا چند داور خصوصی ارجاع کنند. قرارداد رجوع به داوری از صلح دعوی خطرناکتر است، چه هنگام انعقاد صلح آنچه طرفین متقابلاً بدست می‌آورند و آنچه از دست می‌دهند معلوم است و طرفین با علم و اطلاع گذشتهای متقابلی می‌کنند، در حالی که در ارجاع به داوری طرفین قرارداد از تصمیمی که داور اتخاذ خواهد کرد بی‌اطلاعند. قانونگذار فرانسه با توجه به این مخاطرات و برای جلوگیری از تضرر صغیر ارجاع اختلاف مربوط به صغیر را به داوری منع کرده و رجوع به محاکم را برای احقاق حق وی ترجیح داده است. به جاست که قانونگذار ایران نیز این ممنوعیت را صریحاً بپذیرد یا لااقل انعقاد این قرارداد را موکول به اجازهٔ مقام قضائی کند.

۳ـ خرید مال صغیر ـ قیم نمی‌تواند مال صغیر را برای خود خریداری کند چه ممکن است قیم و ناظر در این زمینه تبانی نمایند و قراردادی بر ضرر محجور منعقد سازند (مادهٔ ۴۵۰ بند ۳ ق.م.ف.).

۴ـ قبول انتقال حقی که کسی بر صغیر دارد (مادهٔ ۴۵۰ بند ۳ ق.م.ف.) ـ قیم نمی‌تواند به موجب قرارداد منتقل الیه حقی که مدیون آن صغیر است قرار گیرد. مثلاً قیم نمی‌تواند انتقال طلبی را که بر ذمهٔ صغیر است قبول کند، به استثنای حق اجاره که با دخالت ناظر و اجازه شورای خانواده قابل انتقال به قیم است. قانونگذار خواسته است بدین طریق جلو سوء استفادهٔ احتمالی قیم را بگیرد.

۱ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۲۹۸.

2- Cadeaux d' usage

3- Compromis

۵ـ ضمان ـ قیم نمی‌تواند به نمایندگی از صغیر پرداخت دینی را ضمانت کند (مادهٔ ۲۰۱۸ ق.م.ف.). یک مثال قدیمی فرانسه خطر این عمل حقوقی را بدین بیان نشان می‌دهد: «هر که ضمانت کند، می‌پردازد».[1]

۶ـ به طور کلی هر قراردادی که صغیر را برای بعد از رسیدن به سن کبر متعهد کند ممنوع است.[2] اختیارات قیم محدود به دورهٔ صغر است و بدین جهت نمی‌تواند عملی انجام دهد که اثر ان بعد از رسیدن صغیر به سن کبر آشکار گردد.

۷ـ اعمال تجارتی ـ قیم نمی‌تواند هیچ عمل تجارتی به نام صغیر انجام دهد. لیکن هر گاه به صغیر به سن ۱۸ سال تمام رسیده و رشید شناخته شده و به علاوه اجازهٔ خاص برای انجام اعمال تجارتی از پدر یا مادر یا شورای خانواده داشته باشد می‌تواند خود مستقلاً اعمال تجارتی انجام دهد (مادهٔ ۴۸۷ اصلاحی قانون مدنی* و مواد ۲ و ۳ قانون تجارت فرانسه). بنابراین هر گاه صغیر وارث یک سرقفلی تجارتی[3] باشد و بخواهند این ثروت خانوادگی را برای او حفظ کنند چاره‌ای نیست جز آنکه تا حصول اهلیت برای صغیر تجارتخانه را به نام وی برای اداره اجاره[4] دهند.

ب ـ وظائف و اختیارات ناظر

ناظر عضو شورای خانواده و دارای حق رأی است و از این رو دارای کلیهٔ وظائفی است که برای اعضای شورای خانواده مقرر شده است.

به علاوه ناظر دارای دو وظیفهٔ جانشینی و مراقبت است.

۱ـ جانشینی[5] ـ ناظر در کلیهٔ اعمالی که متضمن تعارض منافع بین قیم و صغیر است جایگزین او می‌شود. مثلاً هر گاه قیم با موافقت شورای خانواده مال صغیر را برای خود اجاره کند، ناظر به نمایندگی از صغیر در معامله دخالت خواهد کرد. هنگام فوت یا حجر قیم، ناظر خودبخود قائم مقام او نمی‌شود، بلکه باید جریان را به قاضی اطلاع دهد، تا اقدام مقتضی برای تعیین قیم جدید به عمل آورد. در غیراین صورت، مسئول خساراتی خواهد بود که احیاناً به صغیر وارد شده است (مادهٔ ۴۲۴ ق. م. ف.).

1- Oui cautionne paie

۲ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۳۰۰

*ـ برابر ماده ۴۸۷ ق.م.ف. اصلاحی ۱۹۷۴ صغیر رشید شناخته شده نمی‌تواند بازرگان باشد.

3- Fonds de commerce

4- Location- gérance

5- Suppléance

۲ـ **مراقبت**[1] ـ ناظر بر اعمال قیم مراقبت و نظارت کلی دارد (مادهٔ ۴۲۰ ق. م. ف.). نظارت وی اطلاعی است، یعنی ناظر مکلف است هر گونه تعدی یا تفریط قیم را به قاضی قیمومت گزارش دهد. بررسی صورت حساب سالانه به وی اجازه می‌دهد که تقصیر قیم را کشف نماید.

قانونگذار این وظیفه ناظر را با مقررات زیر تصریح و روشن کرده است: ناظر می‌تواند شورای خانواده را دعوت به تشکیل کند. ناظر باید قاضی قیمومت را از عدم تنظیم سیاههٔ اموال آگاه نماید. صورت حساب سالانه را به او تسلیم دارد. در صورت زوال قیمومت، قاضی قیمومت را در جریان بگذارد و لزوم تعیین قیم جدید را یادآور شود. ناظر باید در تنظیم سیاههٔ اموال و فروش اموال صغیر از طریق مزایده حاضر گردد.

انجام وظائف مذکور ممکن است اختلافاتی بین ناظر و قیم پدید آورد. از این رو قانون به قیم اجازه نمی‌دهد که عزل ناظر را از شورای خانواده بخواهد (مادهٔ ۴۲۶ ق. م. ف.).

ج ـ وظائف و اختیارات شورای خانواده

قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به شورای خانواده اختیارات بسیار داده و آن را به عنوان مهمترین رکن قیمومت تلقی کرده بود. در سیستم قانون مدنی، شورای خانواده در حقیقت هیئت مدیره قیمومت تلقی می‌شد وادارهٔ کلی[2] قیمومت را، لااقل در زمینهٔ ادارهٔ اموال صغیر، به عهده داشت و قیم مجری تصمیمات و دستورات شورای خانواده بود. لیکن در عمل وضع چنین نبود. شورای خانواده بندرت برای اخذ تصمیم دعوت می‌شد. و هنگامی که از شورای مزبور برای تشکیل جلسه دعوت به عمل می‌آمد، اعضای آن به سرنوشت و ادارهٔ امور صغیر علاقه‌ای نشان نمی‌دادند یا در اثر نداشتن اطلاعات لازم قادر به رسیدگی و اظهار نظر نبودند.

قانونگذار ۱۹۶۴ فرانسه برای تغییر این وضع قواعدی مقرر داشته است: علاوه بر اینکه وظائف شورای خانواده را محدود کرده، به قاضی قیمومت مأموریت داده است که بر اجرای وظائف شورای خانواده نظارت و مراقبت نماید. حال ببینیم وظائف و اختیارات شورای خانواده چیست؟

۱ـ شورای خانواده در تعیین ارکان دیگر قیمومت دخالت می‌کند: هرگاه نه قیم قانونی و نه وصی وجود داشته باشد، شورای خانواده قیم را تعیین می‌کند. تعیین ناظر نیز به عهده شورای مزبور است. همین شوراست که دربارهٔ قبول یا رد معاذیری که مورد استناد قیم یا ناظر قرار گرفته تصمیم می‌گیرد (مادهٔ ۴۳۷ ق. م. ف.).

۲ـ شورای خانواده در ادارهٔ اموال صغیر عالیترین مرجع اخذ تصمیم است: از طرفی بودجهٔ

1- Surveillance

2- Direction générale

قیمومت را تعیین می‌کند. راجع به اینکه آیا قیم می‌تواند همکاران مزدبگیری داشته باشد، آیا وی می‌تواند قراردادی برای ادارهٔ اوراق بهادار صغیر با دیگری منعقد کند تصمیم می‌گیرد (مادهٔ ۴۵۴). همچنین شورای خانواده اظهارنظر می‌کند که آیا قیم موظف است وجوه نقد صغیر را به کار بیندازد و تعیین می‌کند که از چه مبلغی این تکلیف آغاز می‌گردد و چه اموالی را قیم می‌تواند با پول صغیر خریداری کند (مادهٔ ۴۵۵). از طرف دیگر برای انجام کلیهٔ اعمال مهم، چنانکه گفتیم، اجازهٔ شورای خانواده لازم است. برای تسهیل ادارهٔ اموال صغیر قانون ۱۹۶۴ تعداد این اعمال را تقلیل داده است.

۳ـ در آغاز یا اثناء قیمومت، شورای خانواده بعد از استماع توضیحات قیم تصمیم می‌گیرد که آیا لازم است رهن قانونی صغیر نسبت به اموال غیرمنقول قیم به ثبت برسد و در صورتی که ثبت رهن را لازم بشناسد، اموال موضوع رهن و مبلغ آن را تعیین خواهد کرد (مادهٔ ۲۱۴۳ قانون مدنی فرانسه). لیکن هرگاه قیم به حکم دادگاه تعیین شده باشد (قیم قضائی) اخذ تصمیم درمورد ثبت رهن نیز با دادگاه است.

۴ـ در مورد مواظبت و ادارهٔ شخص صغیر نیز شورای خانواده دارای اختیاراتی است: با ازدواج صغیر درصورت فقدان اقرباء نسبی در خط صعودی موافقت می‌نماید. دربارهٔ فرزند خواندگی یا امانسیپاسیون صغیر نظر می‌دهد. به علاوه شورای خانواده شرایط کلی حضانت و تعلیم و تربیت صغیر را تعیین می‌کند (مادهٔ ۴۴۹). قانون تصریح می‌کند که شورای خانواده باید در این باب ارادهٔ پدر و مادر طفل را درنظر بگیرد. و نیز شورای خانواده مبلغی را که باید صرف تعلیم و تربیت صغیر شود تعیین می‌نماید (مادهٔ ۴۵۴) و از این راه نقش عمده‌ای در تعلیم و تربیت صغیر ایفاء می‌کند.

د ـ وظائف و اختیارات قاضی قیمومت

چنانکه اشاره کردیم، قاضی قیمومت مولود قانون ۱۹۶۴ است و نقشی که قانون مزبور برای او قائل شده اهمیتی بسزا دارد. البته اخذ تصمیمات مهم با شورای خانواده است. لیکن این شورا تحت نظارت قاضی قیمومت انجام وظیفه می‌کند به علاوه این قاضی بر اعمال قیم نظارت [1] کلی دارد.

قاضی قیمومت اعضای شورای خانواده را تعیین می‌کند و در خصوص معاذیر آنها تصمیم می‌گیرد. و همین قاضی است که شورای خانواده را به تشکیل دعوت می‌کند. ریاست شورا با قاضی قیمومت است و در صورت اختلاف بین اعضاء رأی او قاطع می‌باشد. حتی وی در موارد فوری می‌تواند قائم مقام شورای خانواده شود. و نیز وی می‌تواند از تصمیمات شورای خانواده به دادگاه شهرستان شکایت کند. وظیفهٔ نظارت کلی به وی اجازه می‌دهد که قیم، ناظر و اعضای شورای خانواده را فراخواند، توضیحاتی از آنان بخواهد، نظرات خود را به اطلاعشان برساند، دستوراتی به آنان بدهد و اگر از دستورش پیروی نکردند به پرداخت جریمه‌ای که قانون آئین دارسی مدنی پیش

1- Surveillance générale

بینی کرده است محکومشان کند (مادهٔ ۳۹۵ ق. م. ف.).

قاضی قیمومت وسائل لازم برای کنترل و نظارت مؤثر را در اختیار دارد، چه وی باید هر ساله صورت حساب اعمال قیم را دریافت کند. ولی آیا در عمل خواهد توانست وظیفهٔ خود را، چنانکه باید، انجام دهد؟ بعضی از حقوقدانان در این باره شک کرده‌اند. به هر حال موفقیت سیستم فرانسوی قیمومت منوط به طرز کار قاضی قیمومت است. هنگام طرح این قانون در پارلمان وزیر دادگستری فرانسه وعده داد که قضات شایسته‌ای را بدین منظور تعیین و اقدامات لازم برای حسن اجرای این نهاد به عمل آورد.[1]

اختیارات قاضی قیمومت هر چه باشد این قاضی حاکم مطلق نیست و از تصمیماتش می‌توان به دادگاه شهرستان شکایت کرد.

هـ ـ وظائف و اختیارات دادگاه شهرستان

قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه کراراً تأیید تصمیمات شورای خانواده را به وسیلهٔ دادگاه شهرستان پیش بینی کرده بود. لیکن قانونگذار ۱۹۶۴ کار این دادگاه را در امر نظارت بر قیمومت سبک کرده و این کار را به قاضی قیمومت که دادرس دادگاه بخش است واگذار نموده است. مع ذالک دخالت دادگاه شهرستان برای تأیید افراز بتراضی همچنان لازم است.

دادگاه شهرستان دارای وظیفهٔ دیگری نیز می‌باشد: این دادگاه صالح برای رسیدگی به دعاوی و شکایات علیه تصمیمات شورای خانواده است و به طور کلی قانون ۱۹۶۴ صلاحیت سابق این دادگاه را در امور ترافعی راجع به قیمومت حفظ کرده است.

بند سوم ـ ضمانت اجرای قواعد قیمومت

قواعد قیمومت در حقوق فرانسه دارای دو نوع ضمانت اجراست و دو نوع مجازات برای تخلف از این قواعد درنظر گرفته شده است. بعضی از مجازاتها متوجه شخص قیم و ارکان نظارت که از انجام وظیفه تخلف کرده‌اند می‌باشد، و بعضی دیگر متوجه اعمالی است که برخلاف قانون انجام شده است.

الف ـ مجازات ارکان قیمومت[2]

۱ـ مجازاتهایِ مقرر علیه قیم ـ مجازاتهای مقرر علیه قیمی که از انجام وظیفه تخلف کرده است

۱ـ ساواتیه: دالوز ـ سیره، شماره ۱۰ مارس ۱۹۶۵ ص ۵۴.

۲ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۳۰۹ به بعد ـ شوالیه: ص ۵۰۵ به بعد.

عبارتست از مسئولیت مدنی، مسئولیت جزائی و عزل

مسئولیت مدنی ـ به موجب مادهٔ ۴۵۰ ، بند ۲ قانون مدنی فرانسه، قیم باید اموال صغیر را مانند یک "پدر خوب خانواده" اداره کند و مسئول خساراتی است که از سوءاداره (تعدی و تفریط) وی به صغیر وارد آید. مسئولیت قیم در این باب مانند مسئولیت وکیل با اجرت[1] است. بدین ترتیب هر نوع تقصیری که قیم در ادارهٔ امور صغیر مرتکب شود، حتی اگر تقصیر سبک[2] باشد، موجب مسئولیت مدنی او خواهد بود.

مسئولیت جزائی ـ هرگاه قیم در اموال صغیر حیف و میل کند ممکن است مانند هر وکیل خائن به جرم خیانت در امانت تعقیب و محکوم گردد (مادهٔ ۴۰۸ قانون جزای فرانسه). پدر و مادر و اجداد صغیر از این جهت مصون از تعقیب هستند (مادهٔ ۳۸۰ قانون جزا).

عزل قیم ـ هرگاه قیم در اثناء قیمومت به علتی ممنوع از ادارهٔ امور صغیر گردد و یا ناشایستگی او برای قیمومت آشکار شود، منعزل و یا به وسیلهٔ شورای خانواده عزل خواهد شد:

قیم به حکم قانون از سمت قیمومت منعزل می‌شود، هرگاه به جنون یا سفه مبتلی گردد، هرگاه به موجب یک حکم جنحه‌ای از تصدی به امر قیمومت ممنوع گردد، هرگاه ولایت پدری او نسبت به اطفال خود ساقط یا حقوق مربوط به این ولایت کلاً یا بعضاً از او سلب شود.

قیم ممکن است، طبق تصمیم شورای خانواده، عزل شود و به عبارت دیگر قیم قابل عزل[3] می‌باشد، هرگاه شهرت به فساد اخلاق[4] داشته باشد یا اعمالش در ادارهٔ اموال صغیر حاکی از نادرستی[5] یا عدم توانائی در ادارهٔ امور مالی[6] باشد.

برای عزل قیم، قاضی قیمومت شورا خانواده را دعوت به تشکیل جلسه خواهد کرد. شورا پس از استماع توضیحات قیم ممکن است تصمیم به عزل او بگیرد و این تصمیم باید مستدل باشد. قانون به قیم معزول حق می‌دهد که از تصمیم شورا خانواده به دادگاه شهرستان شکایت کند (مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی فرانسه). در صورت عزل قیم، قاضی قیمومت می‌تواند، در صورت ضرورت، اقدامات موقت برای ادارهٔ امور صغیر به عمل آورد.

هرگاه قیم به حکم دادگاه تعیین شده باشد و قاضی قیمومت به جای شورای خانواده بر اعمال او

1- Mandataire salarié

2- Faute légère

3- Destituable

4- Inconduite notoire

5- Improbité

6- Inaptitude aux affaires

نظارت کند، عزل قیم نیز با قاضی مذکور خواهد بود.

باید یادآور شد که رویهٔ قضائی فرانسه در این باب قانون را به طور مضیق تفسیر کرده و عزل قیم را جز به علل مذکور و مصرح در قانون معتبر نشناخته است.

۲ـ مجازاتهای مقرر علیه ناظر ـ مجازاتهای مقرر علیه ناظر نیز شامل مسئولیت و عزل است.

مسئولیت ـ ناظر در کلیه مواردی که جایگزین قیم می‌شود دارای همان وظائف و مسئولیتهائی است که برای قیم مقرر شده است.

اما هنگامی که ناظر وظیفهٔ کنترل و نظارت را انجام می‌دهد دربارهٔ مسئولیت او باید بین دو مورد ذیل تفکیک کرد:

هر گاه ناظر از انجام عمل معینی که برعهدهٔ داشته است (مانند حضور هنگام تنظیم سیاههٔ اموال و حضور هنگام فروش مال از طریق مزایده) خودداری کند دارای مسئولیت تضامنی با قیم است.

بر عکس هر گاه ناظر در انجام وظیفهٔ کلی نظارت اهمال و تقصیر کند، چنانکه خطاهای قیم را به قاضی قیمومت اطلاع ندهد، دارای مسئولیت شخصی خواهد بود.

قبل از قانون ۱۹۶۴ رویهٔ قضائی فرانسه به این گونه تقصیر ناظر به دیدهٔ اغماض می‌نگریست و فقط در صورت تقصیر عمدی[1] یا تقصیر سنگین[2] او را مسئول می‌شناخت. در واقع، برای ناظر دشوار بود که اعمال قیم را کنترل کند، چه شورای خانواده به ندرت قیم را مکلف به دادن صورت حساب سالانه می‌کرد؛ و بدین ترتیب ناظر وسیله‌ای برای کنترل اعمال قیم دراختیار نداشت. ولی طبق قانون اصلاحی ۱۹۶۴، قیم مکلف است صورت حساب سالانه بدهد و ناظر موظف است آن را با اظهار نظر و ملاحظات خود به قاضی قیمومت تقدیم دارد. بدینسان ناظر امروز وسیله‌ای برای کنترل مؤثر قیم در اختیار دارد و ارفاق و اغماض رویهٔ قضائی نسبت به ناظر علت وجودی خود را از دست خواهد داد. لذا مادهٔ ۴۲۰ (بند ۳) اصلاحی قانون مدنی فرانسه که ناظر را به علت آگاه نکردن قاضی قیمومت از تقصیرات قیم، شخصاً مسئول معرفی می‌کند بین تقصیر سنگین و سبک ناظر فرق نمی‌گذارد.

عزل ناظر ـ ناظر نیز مانند قیم ممکن است در صورت از دست دادن شرایط لازم منعزل و یا به وسیلهٔ شورای خانواده عزل شود. قواعد راجع به انعزال و یا عزل ناظر همان است که برای قیم مقرر شده است (مواد ۴۴۳ و ۴۴۴ قانون مدنی). معهذا در حالی که ناظر می‌تواند عزل قیم را تقاضا کند و در شورای خانواده به آن رأی بدهد، قیم نمی‌تواند عزل ناظر را درخواست نماید و هیچگاه حق رأی در شورای خانواده ندارد (مادهٔ ۳۲۵ بند ۲ ق. م. ف.).

1- Dol

2- Faute lourde

۳ـ مجازاتهای مقرر علیه اعضای شورای خانواده ـ علل انعزال و عزل اعضای شورای خانواده همان است که برای قیم ذکر شد. لیکن مقام صلاحیتدار برای عزل اعضای شورای خانواده، در مواردی که سمت آنها خودبخود زائل نمی‌شود، قاضی قیمومت است نه خود شورای مذکور (مادهٔ ۴۴۶ ق. م. ف.).

اعضای شورای خانواده به علت آراء خود یا امتناع از رأی از نظر مدنی مسئول شناخته نمی‌شوند. لیکن قاضی قیمومت می‌تواند، در صورتی که اعضای شورا در جلسات آن حاضر نشوند و یکی از خویشان صغیر را نیز که عضو شورا نیست به نمایندگی خود نفرستند، آنان را به جریمهٔ نقدی که در آئین دادرسی مدنی پیش بینی شده است محکوم کند (مادهٔ ۴۱۲ ق .م .ف.).

۴ـ مجازات مقرر علیه قاضی قیمومت ـ مسئولیت دولت ـ طبق مادهٔ ۴۷۳ ، بند ۲ و ۳ قانون مدنی فرانسه، دولت مسئول کلیهٔ خساراتی است که از تقصیر قاضی قیمومت یا منشی[1] او در امر قیمومت به صغیر وارد آید. بدین ترتیب مسئولیت دولت جایگزین مسئولیت قاضی شده است و صغیر یا نمایندهٔ او نمی‌تواند علیه قاضی اقامهٔ دعوی کند. لیکن دولت در صورت لزوم می‌تواند برای دریافت وجهی که از بابت خسارت به صغیر پرداخته است به قاضی یا منشی او رجوع نماید.

حسن جریان قیمومت در حقوق فرانسه از سال ۱۹۶۴ منوط به کار قاضی قیمومت است و تقصیر او ممکن است زیانهائی به صغیر وارد آورد. از اینجاست که قانونگذار به منظور حمایت از صغیر جبران خسارات وارد به او در نتیجهٔ بی‌مبالاتی و سهل انگاری قاضی را به دولت واگذار کرده است.

دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به دعاوی خسارات علیه دولت دادگاه شهرستان است (مادهٔ ۴۷۳ بند ۳ قانون مدنی). صغیر می‌تواند، پس از رسیدن به سن کبر یا امانسیپاسیون، علیه دولت اقامهٔ دعوای خسارت کند، حتی اگر صورت حساب نهائی قیمومت را تصویب کرده باشد (مادهٔ ۴۷۳ ق. م. ف.). مرور زمان دعوای مزبور پنجسال از تاریخ رسیدن به سن کبر است (مادهٔ ۴۷۵ ق.م.ف.).

ب ـ سرنوشت اعمالی که بر خلاف قانون انجام شده است.

در اینجا باید بین اعمال قیم و سایر ارکان قیمومت که بدون رعایت شرایط و تشریفات قانونی انجام شده و اعمال نادرست صغیر فرق گذاشت.

۱ـ اعمال نادرست قیم ـ هرگاه قیم به تنهائی عملی انجام داده باشد که اجازهٔ شورای خانواده در آن لازم است عمل باطل تلقی می‌شود. اجازه شورای خانواده از تشریفات و شرایط صوری است که قانون لازم دانسته است و طبق قواعد عمومی راجع به اعمال حقوقی، عدم رعایت تشریفات و

1- Greffier

شرایط صوری مقرر در قانون اصولاً موجب بطلانِ مطلق[۱] عمل خواهد بود. لیکن هر گاه عمل برای صغیر سودبخش باشد، ممکن است بطلان قیمومت به زیان او تمام شود. در حقیقت درمورد بطلان مطلق هر ذینفع و بالنتیجه طرف دیگر قرارداد می‌تواند ابطال قرارداد را تقاضا کند. ولی هر گاه بطلان نسبی باشد فقط صغیر حق خواهد داشت بـه آن اسـتناد نـماید. از طـرف دیگـر درست است کـه تشریفات قانونی در فرض ما رعایت نشده است، لیکن لزوم تشریفات مزبور برای حمایت از صغیر بوده است و بطلانی که هدف آن حمایت از شخص است نسبی می‌باشد. بنابراین بـاید گـفت کـه اعمال قیم که بدون رعایت تشریفات قانونی انجام شده محکوم به بطلان نسبی است. به طور کلی، مجازات نقض قواعد صوری در موضوع حجر بطلان نسبی است. ولی به نظر نمی‌رسد که قیم بتواند عملی را که بدون رعایت تشریفات انجام داده است تنفیذ کند بلکه باید بعد از کسب اجازهٔ لازم عمل را از نو انجام دهد. فقط صغیر پس از رسیدن به سن کبر می‌تواند عمل را تنفیذ نماید.[۲]

۲ـ بطلان تصمیمات شورای خانواده که بدون رعایت تشریفات قانونی اخذ شـده و طـریق شکایت از تصمیماتی که با رعایت تشریفات گرفته شده است.

از تصمیمات شورای خانواده به دو طریق می‌توان شکایت کرد: دعوای بطلان برای عدم رعایت تشریفات و تقاضای پژوهش راجع به ماهیت.

اول ـ دعوای بطلان ـ ممکن است قواعد راجع به دعوت شورای خانواده کاملاً رعایت نشـده

۱ـ در حقوق فرانسه دو نوع بطلان شناخته شده است: بطلان مطلق nullité absolue و بطلان نسـبی nullité relative و یا قابلیت بطلان annulabilité . این دو نوع بطلان، هر گاه دادگاه به آنها حکم کند، دارای آثار واحدی هستند لیکن در شرایط آنها اختلافاتی به شرح زیر وجود دارد:

الف ـ هر ذینفع می‌تواند به بطلان مطلق استناد کند اما بطلان نسبی فقط به وسیلهٔ کسی که حمایت از او مورد نظر قانونگذار بوده است قابل استناد است (مانند محجور).

ب ـ در مورد بطلان مطلق، عمل قابل تنفید نیست (مانند قراردادی که جهت آن نامشروع باشد) اما در مورد بطلان نسبی کسی که حق استناد به بطلان دارد می‌تواند عمل را تنفیذ کند.

ج ـ بطلان مطلق غیرقابل مرور زمان است یا مدت مرور زمان آن درازتر از مرور زمان بطلان نسبی است (مرور زمان بطلان مطلق ۳۰ سال و مرور زمان بطلان نسبی ۱۰ سال). در بطلان مطلق هدف حمایت از منافع عمومی و در بطلان نسبی هدف حمایت از منافع خصوصی است. رجوع کنید به:

Julliot de la Morandière (L): Droit civil, Dalloz, T.I 1960 n.116; T.II 1961 n.394 et s.; Dictionnaire de Droit, Dalloz, Nullité.

۲ـ مازو: کتاب مذکور، ش ۱۳۱۷.

باشد. قبل از اصلاح سال ۱۹۶۴ رویهٔ قضائی فرانسه اظهارنظر کرده بود که عدم رعایت تشریفات مزبور موجب بطلان تصمیمات صادره نخواهد بود، مگر اینکه تصمیمات در نتیجهٔ تقلب[1] صادر شده (چنانکه هدف طرد یکی از خویشان صغیر از شورای خانواده باشد) یا ضرری از آنها به صغیر رسیده باشد. قانون ۱۹۶۴ فقط قسمتی از رویهٔ قضائی سابق را تأیید کرده است. به موجب مادهٔ ۴۱۶ اصلاحی قانون مدنی، تصمیمات شورا فقط در دو مورد باطل است: هنگامی که از طریق تدلیس یا تقلب به دست آمده و هنگامی که تشریفات اساسی[2] رعایت نشده باشد.

بطلان تصمیمات شورای خانواده بطلان نسبی است و ممکن است تصمیمات مزبور به وسیلهٔ تصمیمات جدیدی که صحیحاً اخذ شده است تنفیذ گردد (مادهٔ ۴۱۶ بند ۲ قانون مدنی). دعوای بطلان ممکن است به وسیلهٔ قیم، ناظر، اعضای شورای خانواده یا دادستان و نیز صغیر بعد از رسیدن به سن کبر در دادگاه شهرستان اقامه شود. مدت مرور زمان دعوای مزبور دو سال از تاریخ اخذ تصمیم یا رسیدن صغیر به سن کبر (هرگاه دعوی از طرف او اقامه شود) یا کشف تدلیس یا تقلب است.

ابطال تصمیمات شورای خانواده مستلزم بطلان اعمالی که برطبق آنها انجام شده است خواهد بود. لیکن ابطال اعمال مزبور نیز باید از دادگاه تقاضا شود. مدت مرور زمان بطلان این اعمال دو سال از تاریخ وقوع عمل یا رسیدن صغیر به سن کبر یا کشف تدلیس یا تقلب است.

دوم ـ تقاضای پژوهش ـ قانونگذار ۱۹۶۴ امکان تقاضای پژوهش از تصمیمات شورای خانواده را که با رعایت تشریفات قانونی صادر شده ولی از لحاظ ماهیت به زیان صغیر است پیش بینی کرده است.

تقاضای پژوهش باید در ظرف ۱۵ روز به دادگاه شهرستان تقدیم گردد. بنابراین دادگاه شهرستان مرجع رسیدگی پژوهشی به تصمیمات شورای خانواده است. آئین دادرسی مربوط به این رسیدگی پژوهشی سریع و ساده است (مادهٔ ۸۸۳ آئین دادرسی مدنی فرانسه) و جلسهٔ رسیدگی سری خواهد بود. تقاضای پژوهش ممکن است به وسیلهٔ قیم، ناظر و سایر اعضای شورای خانواده و حتی به وسیلهٔ قاضی قیمومت به عمل آید.

۳ـ اعمال نادرست صغیر ـ صغیری که رشید شناخته نشده، جز در موارد استثنائی، نمی‌تواند مستقلاً اعمال حقوقی انجام دهد. حال ببینیم اگر صغیر بر خلاف قواعد حجر اعمالی انجام دهد

۱ـ تقلب آن است که شخص حق یا اختیاری را که قانون به او داده است برای رسیدن به یک هدف نامشروع اعمال کند، چنانکه قیم، به منظور اینکه شورای خانواده بدون شرکت عضو معینی تشکیل شود، تشکیل آن را هنگامیکه حضور آن عضو در شورا ممکن نیست تقاضا کند.

2- Formalités substantielles

سرنوشت آنها چیست؟

طبق قواعد عمومی، اهلیت از شرایط اساسی معامله است و اعمالی که محجور بر خلاف مقررات انجام می‌دهد محکوم به بطلان نسبی است (مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه که مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی ایران از آن اقتباس شده است) چه این بطلان در حقیقت برای حمایت از محجور است و از این رو فقط محجور می‌تواند به آن استناد کند، نه طرف دیگر معامله. البته در طول مدت حجر نمایندهٔ قانونی محجور می‌تواند از طرف او اقامهٔ دعوای بطلان نماید.

مدت مرور زمان دعوای مزبور ده سال از تاریخ رفع حجر است.

تنفیذ معاملهٔ مزبور به وسیلهٔ صغیر، هنگامی که به سن کبر رسیده باشد، دعوای بطلان را ساقط می‌کند. لیکن به نظر می‌رسد که قیم نمی‌تواند در جریان قیمومت عملی را که صغیر بر خلاف مقررات انجام داده است تنفیذ کند بلکه قیم باید آن عمل را خود از نو انجام دهد و در صورت لزوم اجازهٔ شورای خانواده را کسب کند.[۱]

قواعد عمومی بطلان اعمال حقوقی به علت حجر مقتضی بطلان نسبی اعمال محجوری است که از قوهٔ تمیز برخوردار است. لیکن در مورد اعمال صغیر استثنائی بر قواعد مزبور وارد شده است: به موجب مادهٔ ۱۳۰۵ قانون مدنی فرانسه، مطلق غبن، در کلیهٔ معاملاتی که صغیر رشید شناخته نشده انجام داده است، موجب بطلان نسبی[۲] معامله به نفع صغیر خواهد بود.

معنی قاعدهٔ فوق این است که صغر به تنهائی علت بطلان معامله نیست بلکه برای بطلان معامله صغیر وجود غبن شرط است. به عبارت دیگر بطلان عمل حقوقی صغیر منوط به این است که عمل به حال او مضر باشد. بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که این قاعده حمایت از صغیر را تقویت نمی‌کند بلکه آن را تخفیف می‌دهد چه به صغیر یا نمایندهٔ او اجازه نمی‌دهد که بطلان عملی را که متضمن غبن نیست تقاضا کند. طبق فرمول دیوان کشور فرانسه مقصود این نیست که «صغیر هرگز نمی‌تواند معامله‌ای انجام دهد بلکه این است که هرگز نباید مغبون گردد.» (شعبهٔ مدنی ۱۸ ژوئن ۱۸۴۴ ـ شعبهٔ عرائض ۸ اوت ۱۹۵۹).[۳]

در حقیقت دیوان کشور فرانسه خواسته است بدین طریق به صغیر ممیز امکان دهد که اعمال مربوط به زندگی جاری را صحیحاً واقع سازد. لیکن فایده رویهٔ مزبور امروزه از میان رفته، چه قانون

۱ـ مازو: رژیم جدید حجر بر صغیر، ش ۱۳۲۰.

۲ـ Rescision این کلمه که در مورد غبن بکار می‌رود به همان معنی بطلان نسبی است (ژولیودولا موراندیر: کتاب مذکور، جلد ۲، ش ۳۴۴) و بنابراین با قابلیت فسخ در حقوق ایران که اثر قهقرائی ندارد تفاوت خواهد داشت.

۳ـ شوالیه، درس مقدمهٔ حقوق و حقوق مدنی، ص ۵۰۶.

۱۹۶۴ صریحاً به صغیر اجازه داده است که این گونه اعمال را شخصاً انجام دهد (مادهٔ ۴۵۰ بند ۱ قانون مدنی فرانسه). بنابراین مادهٔ ۱۳۰۵ قانون مدنی مخصوصاً با توجه به مقررات جدید قابل انتقاد است و به نظر می‌رسد که شناختن بطلان نسبی یا عدم نفوذ برای کلیهٔ اعمال غیرمجاز صغیر ممیز برای حمایت از او مناسب‌تر باشد.

در مورد اعمال صغیر، استثناء دیگری نیز بر قواعد عمومی بطلان پذیرفته شده است: طبق قواعد عمومی، در صورت ابطال قرارداد، هر یک از متعاملین باید آنچه را که دریافت کرده به طرف دیگر بازگرداند. لیکن مادهٔ ۱۳۱۲ قانون مدنی فرانسه درمورد اعمال صغیر قاعدهٔ دیگری را مقرر می‌داد: صغیر همواره می‌تواند استرداد چیزی را که به طرف دیگر داده است بخواهد ولی همیشه ملزم به رد آنچه از طرف دیگر دریافت کرده است نمی‌باشد. صغیر فقط ملزم به رد «چیزی است که به سود او تمام شده است»، یعنی چیزی که حیف و میل نشده و به دارائی صغیر افزوده است. این قاعده استثنائی را چنین توجیه می‌کنند: اگر صغیر را مجبور کنند که همه آنچه را که دریافت کرده است بدون استثناء مسترد دارد، در حقیقت او را از اقامه دعوای بطلان، هنگامی که مال دریافتی را بیهوده تلف کرده باشد، باز می‌دارند، چه صغیر در این مورد، مکلف به رد عوض مال تلف شده است. چون این تلف معمولاً نتیجهٔ تقصیر طرف دیگر معامله است، لذا ضرر به عهدهٔ او خواهد بود و او نمی‌تواند جز استرداد چیزی را که عین یا عوض آن در دست صغیر باقی است مطالبه کند.

نتیجه و مقایسه

از آنچه گفتیم معلوم شد که صغیر در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران، کسی است که به سن ۲۱ سال تمام نرسیده باشد. لیکن ممکن است صغیر در نتیجهٔ ازدواج رشید شناخته شود یا بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام رشد او در محضر دادگاه اعلام و از اهلیت کامل برخوردار گردد (امانسیپاسیون). در حقوق ایران نیز بعد از رسیدن صغیر به ۱۵ سال تمام ممکن است رشد او در دادگاه ثابت و از حجر خارج گردد (مادهٔ ۱۲۰۹ قانون مدنی).*

حمایت از صغیر در حقوق فرانسه در دوران حیات پدر و مادر اصولاً به عهدهٔ آنهاست و آنان دارای سمت "ولایت پدری" هستند. قانونگذار فرانسه برای اینکه از دخالت در امور داخلی خانواده که امری حساس است حتی الامکان احتراز جوید ولایت پدری را کمتر تحت قاعده و نظم حقوقی

---

*ـ چنانکه گفته شد، در حقوق کنونی فرانسه صغیر کسی است که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده باشد و رشید شناختن (امانسیپاسیون) برای صغیری است که به سن ۱۶ سال تمام رسیده باشد. در حقوق ایران نیز سن کبر عملاً ۱۸ سال است و صغیری که به سن بلوغ (۹ سال تمام قمری در دختر و ۱۵ سال تمام قمری در پسر) رسیده باشد ممکن است به حکم دادگاه رشید شناخته شود.

درآورده و در این باب بیشتر به حمایت طبیعی پدر و مادر اعتماد کرده است. معهذا برای ادارهٔ اموال صغیر به وسیلهٔ پدر و مادر قواعدی تحت عنوان "ادارهٔ قانونی" در قانون مدنی فرانسه آمده (مواد ۳۸۹ به بعد) و نیز برای حمایت از شخص و تعلیم و تربیت صغیر قواعدی در حقوق فرانسه پیش بینی شده است.

قیمومت اصولاً هنگامی آغاز می‌گردد که طفل از سرپرستی و حمایت پدر و مادر محروم باشد. قیمومت در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران، همیشه قضائی نیست: قیم گاهی به انتخاب پدر یا مادر تعیین می‌شود، گاهی به حکم مستقیم قانون (در مورد جد یا جده)، گاهی به تصمیم شورای خانواده و گاهی نیز به حکم دادگاه. بنابراین در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران، مقررات حاکم بر ولایت جد و وصایت و قیمومت به معنایی که در حقوق ایران به کار می‌رود (به معنی اخص) یکسان است.

قانون ۱۹۶۴ فرانسه مقررات راجع به قیمومت را عمیقاً اصلاح کرده است لیکن باید یادآور شد که این قانون بیشتر متوجه ادارهٔ اموال صغیر و گوئی بیشتر ناظر به حمایت اطفال ثروتمند بوده است و برای حمایت از شخص صغیر و تعلیم و تربیت او قوانینی دیگر در فرانسه وجود دارد که از مهمترین آنها قانون ۲۳ دسامبر ۱۹۵۸ (مواد ۳۷۵ تا ۳۸۲ اصلاحی قانون مدنی فرانسه) است. این قانون که کمک تربیتی و نظارت در تعلیم و تربیت طفل را مدنظر داشته است دربارهٔ کلیهٔ اطفال، اعم از اینکه تابع رژیم ولایت پدری یا قیمومت باشند، اجرا خواهد شد.

بحث از این مقررات از حوصلهٔ این مقال خارج و به بررسی جداگانه‌ای نیازمند است.

رژیم قیمومت در حقوق فرانسه دارای نکاتی جالب و آموزنده است و بطور کلی می‌توان گفت مقررات مربوط به قیمومت در حقوق فرانسه از حقوق ایران در این باب کامل‌تر و متضمن حمایت بیشتری است. از نکات و قواعد مهم قیمومت در حقوق فرانسه چند نکته مخصوصاً جالب توجه است:

در حقوق فرانسه نهادی به نام شورای خانواده وجود دارد که نظیر آن را در حقوق ایران نمی‌توان یافت. بدینسان قیمومت در حقوق فرانسه تا حد زیادی جنبهٔ خانوادگی دارد. البته قانونگذار ۱۹۶۴، با استفاده از تجربیات و انتقادات گذشته، اصلاحاتی در این سازمان به عمل آورده و اختیارات آن را محدود نموده واختیارات بیشتری به دادگاه داده و در مواردی نیز دادگاه را جایگزین آن کرده است. مع الوصف شورای خانواده در حقوق فرانسه هنوز یکی از ارکان مهم قیمومت محسوب می‌شود. در حقوق آلمان و سوئیس نیز شورای خانواده پیش‌بینی شده است اما یک رکن اختیاری است و بندرت تشکیل می‌شود و اختیاراتش محدود است.[1]

1- René Rodière: La tutelle des mineurs, Etude de droit comparé, Sirey p.20 et s.

در حقوق فرانسه طبق قانون ۱۹۶۴ نهادی به نام "قاضی قیمومت" با اختیارات وسیع به وجود آمده است که سنگ اصلی رژیم جدید به شمار می‌رود. موفقیت رژیم جدید قیمومت در فرانسه منوط به خوب کار کردن این نهاد است.

به نظر می‌رسد که قاضی، بویژه اگر متخصص در امور اطفال بوده و امکانات و وسائل کافی در اختیار داشته باشد، مطمئن‌ترین و مناسب‌ترین مقامی است که می‌توان حمایت از طفل و نظارت عالیه در امور قیمومت را به او واگذار کرد. در بسیاری از کشورهای متمدن قاضی بالاترین رکن قیمومت شناخته شده و نظارت عالیه در این امر به او واگذار گردیده است.

در حقوق آلمان، طبق قانون مدنی ۱۹۰۰، قیم با آزادی بیشتری امور صغیر را اداره می‌کند. لیکن نظارت دائم در کارهای او به عهدهٔ دادگاه قیمومت واگذار شده است و نقش شورای خانواده در این کشور بسیار محدود و تقریباً همیشه مشورتی است.

قانون مدنی سوییس سیستم مشابهی را پذیرفته است. طبق این قانون کنترل و نظارت عالیه در امر قیمومت به یک مقام دولتی به نام "مقام قیمومت"[1] واگذار شده است که در بعضی از کانتون‌ها یک مقام قضائی (قاضی دادگاه بخش) و در بعضی دیگر یک مقام اداری (مانند شورای شهرداری) است.

در حقوق ایتالیا قاضی قیمومت با اختیارات مشابهی انجام وظیفه می‌کند.

درکشورهای آنگلوساکسون که قیمومت دارای رژیم و قواعد خاصی می‌باشد دادگاهها بر این امر نظارت می‌کنند[2]

در حقوق اسلام نیز در صورت نبودن ولی قهری و وصی منصوب از طرف او ولایت بر صغیر با قاضی است که می‌تواند شخصاً یا به وسیلهٔ نماینده‌ای که تعیین می‌کند آن را اعمال کند. در صورت وجود ولی قهری یا وصی نیز در حقوق اسلام قاضی بر امر ولایت نظارت دارد.[3]

بنابراین قانونگذار فرانسه در تأسیس قاضی قیمومت و توسعهٔ اختیارات دادگاه در این خصوص از قوانین کشورهای دیگر الهام گرفته است.

ذکر این نکته نیز بجاست که در پاره‌ای از کشورها نظارت بر قیمومت بر عهدهٔ مقامات اداری است. مثلاً در روسیه قیم به وسیلهٔ کمیتهٔ اجرائی سویت (شورای) محلی تعیین می‌شود و تحت نظارت این مقام اداری انجام وظیفه می‌کند.[4]

1- Autorité tutélaire

۲ـ رودیر: کتاب مذکور، ص ۱۴ به بعد ـ مازو: کتاب مذکور ش ۱۳۵۱.

3- SAFAI (H): op. cit., p. 196 et s.

4- Principes du droit soviétique, Académie des Sciences de l'U.R.S.S. Moscou 1964 p. 424 et s.

حقوق ایران نظارت عالیه بر قیمومت و اجازهٔ انجام بعضی از اعمال مهم حقوقی را به دادستان* واگذار کرده و به دادگاه نیز درباره عزل و نصب قیم و سایر مور مربوط اختیاراتی داده است، به طوری که می‌توان گفت سیستم حقوقی ایران در این خصوص یک سیستم واسطه (نیمه قضائی و نیمه اداری) است.

نکته مهم دیگری که در رژیم قیمومت فرانسه به چشم می‌خورد مسئولیت دولت به علت اعمال قاضی قیمومت است. این قاعده از ابداعات قانون ۱۹۶۴ می‌باشد و کاملاً منطقی است. دولت عهده‌دار حمایت از صغار است و باید قیمومت را به نحو احسن تنظیم و در حفظ حقوق صغیر بکوشد. پس اگر قاضی قیمومت که نمایندهٔ دولت و مهمترین رکن قیمومت است در انجام وظائف خود اهمال و تقصیر کند و از این راه خساراتی به صغیر وارد آید دولت باید آن را جبران نماید. قبول مسئولیت دولت در این باب باعث می‌شود که در انتخاب قاضی قیمومت و فراهم آوردن وسائل و امکانات لازم برای او دقت و توجه بیشتری معمول گردد.

به هرحال، مقررات فرانسه دربارهٔ قیمومت، اگر هم نقائص و اشکالاتی داشته باشد یا اگر بعضی از نهادها و قواعد آن با مقتضیات اجتماعی ما سازگار و برای ما قابل قبول نباشد، بی‌شک از جدیدترین و آموزنده‌ترین قواعد حقوقی در این باب است.

منابع

مهمترین منابعی که در تهیهٔ این مقاله مورد استفاده قرار گرفته به شرح زیر است:

1) Mazeaud (H.L.J.): Le nauveux régime d' incapacité des mineurs, mise à jour de "Leçons de Droit Civil" T. I, Leçons 64 à 68.

2) Chevalier (J): Cours d' introduction àl' étude du droit et droit civil, Paris 1965, p. 480 et s.

3) Savatier (R): Le rajeunissement de la tutelle française des mineurs, Recueil Dalloz-Sirey, 10 mars 1965, P.51 et s.

4) Loi n.64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et àl' émancipation (art. 389 à 487), Recueil Dalloz-Sirey, 2e cahier, 13 janvier 1965, 3e partie p.4 et s.

5) Encyclopédie Juridique Dalloz, Droit civil, mise à jour 1967, tutelle,.

منابع دیگری نیز مورد استفاده قرار گرفته که ذیل صفحات به آنها اشاره شده است.

---

*ـ به موجب تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، رئیس دادگستری شهرستان جایگزین دادستان شده است.

مقالهٔ دوم

مسئولیت مدنی
ناشی از فعل زیان‌آور صغیر و مجنون
(مطالعهٔ تطبیقی)[1]

مسئولیت مدنی ناشی از افعال زیان‌آور محجورین همواره مورد توجه قانونگذاران و حقوقدانان بوده است؛ زیرا عدالت و انصاف و مصلحت اجتماعی اقتضا می‌کند که زیان وارد به وسیلهٔ محجور نیز جبران شود و هیچ زیانی بدون جبران نماند. در عصر جدید، بر اثر کم شدن قدرت خانواده و سستی نظارت والدین بر اعمال کودکان و نوجوانان و آزادی بیشتری که در جامعه امروز، بجا یا نابجا، به آنان می‌دهند و در نتیجهٔ استفاده روزافزون اطفال از دوچرخه و وسائل خطرناک بازی که چه بسا زیانهائی برای دیگران به بار می‌آورد، و نیز به علت افزایش بیماریهای روانی، جبران خسارات ناشی از افعال زیان‌آور محجورین بیش از پیش توجه قانونگذاران و صاحبنظران و علمای حقوق را به خود جلب کرده و بر اهمیت موضوع افزوده شده است.

بحث از مسئولیت مدنی سفیه در اینجا مورد نظر نیست، چه تفاوتی از این لحاظ بین سفیه و رشید نمی‌باشد. آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت مسئولیت مدنی ناشی از فعل صغیر و مجنون است. دو مسأله در اینجا مطرح می‌شود: یکی آنکه آیا مسئولیت افعال زیان‌آور

۱ـ این مقاله در شماره ۱۶ مجله حقوقی وزارت دادگستری، به سال ۱۳۵۶، به چاپ رسیده، ولی برای تجدید انتشار در این مجموعه، مورد تجدیدنظر واقع شده و به هنگام درآمده است.

صغیر یا مجنون به عهدهٔ سرپرست اوست؟ دیگر آنکه آیا صغیر و مجنون مسئول اعمال زیان‌آور خود هستند؟ هر یک از این دو مسأله در حقوق ایران بررسی خواهد شد و مقایسه‌ای هم با حقوق سوئیس و فرانسه و بعضی دیگر از کشورها در این زمینه انجام خواهد گرفت. در این مقاله مخصوصاً بررسی ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ موردنظر خواهد بود.

بخش اول ـ مسئولیت سرپرست صغیر و مجنون

مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران خسارت وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد.»

بند اول این ماده راجع به مسئولیت کسی است که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر به عهده اوست که ما، برای سهولت کار، از او به سرپرست تعبیر می‌کنیم.

این مسئولیت یک نوع مسئولیت ناشی از فعل غیر است که مبنای آن حمایت از زیان دیده از یک سو و وادار کردن سرپرست محجور به دقت و مراقبت در انجام وظیفه و بالنتیجه، حمایت از محجور، از سوی دیگر است.[1] فکر حمایت از زیان دیده مخصوصاً قابل توجه است زیرا محجور اغلب فقیر است و مالی از خود ندارد و اگر سرپرست صغیر مسئولیت افعال زیان‌آور او را به عهده نداشته باشد، چه بسا زیان بدون جبران خواهد ماند و این برخلاف عدالت و انصاف است.

اینک بجاست نخست شرایط مسئولیت سرپرست را مورد مطالعه قرار دهیم و سپس حقوق ایران را در این باب با حقوق کشورهای دیگر مقایسه کنیم و معایب و محاسن آن را از طریق مطالعه تطبیقی روشن سازیم.

الف ـ شرایط مسئولیت سرپرست در حقوق ایران

طبق قانون مسئولیت مدنی، شرایط عمومی مسئولیت در حقوق فعلی ایران عبارت است از: تحقق خسارت و تقصیر واردکننده زیان و وجود رابطه سببیت بین تقصیر و خسارت وارده. از این شرایط عمومی آنچه در اینجا قابل بحث به نظر می‌رسد تقصیر است. پاره‌ای شرایط اختصاصی نیز در مسئولیت سرپرست وجود دارد که ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱ـ تعهد به نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر ـ در بند اول ماده ۷ از «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهدهٔ او می‌باشد» سخن به میان آمده است که

1- J. Carbonnier, Droit civil, t.4, Paris 1972, No.100, p.358.

ما به جای این عبارت کلمهٔ سرپرست را بکار بردیم. بعضی از علمای حقوق برآنند که دو کلمهٔ "نگاهداری" و "مواظبت" در این ماده به طور مترادف و به یک معنی به کار رفته‌اند.

بعضی دیگر اظهار عقیده کرده‌اند که لفظ نگاهداری اعم از واژه مواظبت است «چه نگاهداری مشتمل بر مواظبت و هم تهیه تمام یا قسمتی از لوازم ضروری زندگی مجنون یا صغیر از قبیل خوراک و پوشاک و محل سکونت اوست».[۱]

به نظر می‌رسد که نگاهداری در این ماده به معنی خاص حقوقی که از آن به حضانت هم تعبیر می‌کنند بکار رفته است. این نگاهداری در درجه اول حق و تکلیف پدر و مادر است و تابع شرایط و احکام خاصی است که در موارد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی و مواد۱۲ تا ۱۴ قانون حمایت خانواده مقرر شده است. قوانین مذکور برای این مفهوم خاص حقوقی گاهی کلمه نگاهداری (یا نگهداری) و گاهی کلمه حضانت را بکار برده‌اند. اما کلمه مواظبت اعم است و دارای معنی خاص حقوقی نیست و به همان معنی لغوی استعمال شده که عبارتست از پیوسته مراقب کاری بودن و نگهبانی کردن[۲].

به هرحال، بند اول ماده ۷ دارای مفهومی گسترده است و شامل هر کسی می‌شود که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا برحسب قرارداد به عهده او می‌باشد. بنابراین هر یک از پدر، مادر، وصی و قیم، در صورتی که عهده‌دار حضانت محجور باشند؛ مدیر مدرسه و آموزگار که قانوناً موظف به مراقبت از دانش‌آموزان هستند؛ پرستاری که بر حسب قرارداد یا قانون، موظبت مجنون یا صغیر را به عهده گرفته است؛ کاسب یا پیشه‌ور یا صنعتگری که صغیر به او سپرده شده و نزد او کار می‌کند و هر شخص دیگری که به موجب قانون یا عرف و عادت یا قرارداد متصدی مواظبت و موظف به نگاهداری محجور باشد مشمول قاعده مندرج در بند اول ماده ۷ هستند. قراردادی که به موجب آن مواظبت محجور به شخصی واگذار می‌شود اعم است از اینکه معوض یا مجانی، کتبی و یا شفاهی باشد. تعهد به مواظبت ممکن است کوتاه مدت یا بلندمدت باشد.

البته بند اول ماده ۷ شامل شخص حقوقی نمی‌شود. کلمه "کس" که در این ماده به کار رفته فقط به شخص طبیعی اطلاق می‌گردد.[۳] درواقع قانونگذار خواسته است فقط اشخاص طبیعی را که عملاً و حقیقتاً مواظبت محجور را به عهده دارند مسئول اعمال آنان بشناسد. معهذا در صورتی که شخص طبیعی کارگر شخص حقوقی محسوب شود می‌توان کارفرما را نیز طبق ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی مسئول شناخت.

هرگاه دو یا چند نفر نگاهداری یامواظبت محجور را به عهده داشته باشند (مانند پدر و مادری که

۱ـ دکتر قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱ ، چاپ تهران ۱۳۴۷ ، ص ۳۶۵ و ۳۶۶.

۲ـ فرهنگ معین، واژه مواظبت.

۳ـ دکتر قائم مقامی، همان کتاب، ص ۳۶۴.

مشترکاً عهده‌دار حضانت هستند و یا اشخاصی که به موجب قرارداد مواظبت مشترک طفل را پذیرفته‌اند) و به علت تقصیر مشترک آنان زیانی از سوی محجور به دیگری وارد شود، همه آنان مسئول و مکلف به جبران خسارتند ولی مسئولیت آنان یک مسئولیت تضامنی نیست و هر یک فقط مسئول زیان ناشی از تقصیر خود است و دادرس باید به نسبت تأثیری که تقصیر هر یک از آنان در ایراد خسارات داشته است سهم او را در پرداخت خسارت معین کند زیرا مسئولیت تضامنی برخلاف اصل است و احتیاج به نص دارد که در این مورد دیده نمی‌شود. البته در موردی که تقصیر سرپرستان جرم کیفری تلقی شود، طبق تبصره ۲ ماده ۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۵۱، متضامناً مسئول پرداخت خسارات وارده خواهند بود.

۲ـ محجور تحت حضانت یا مواظبت ـ برابر ماده ۷ یاد شده، خسارات وارده باید ناشی از فعل مجنون یا صغیر باشد تا شخصی که نگاهداری یا مواظبت محجور به عهدهٔ اوست مسئول شناخته شود. به نظر می‌رسد که صغیر در اینجا اعم از ممیز و غیرممیز است و قاعده مذکور اختصاص به صغیر غیرممیز ندارد. معهذا بعضی از استادان حقوق قاعده مندرج در بند ۱ ماده ۷ را به مجنون و صغیر غیرممیز اختصاص داده و آن را بدین گونه توجیه کرده‌اند که اگر صغیر غیرممیز در اثر تقصیر سرپرست خود زیانی به دیگری وارد کند درواقع سرپرست سبب ایراد خسارت بوده و سبب اقوی از مباشر است؛ پس به موجب ماده ۳۳۲ قانون مدنی باید مسئولیت به عهده مسبب (سرپرست) باشد نه مباشر؛ به علاوه صغیر غیرممیز در حکم حیوان است و ملاک ماده ۳۳۴ قانون مدنی اقتضا می‌کند که مسئولیت ناشی از فعل او به عهده سرپرستش باشد؛ لیکن چون صغیر ممیز دارای قوه تشخیص و تمیز می‌باشد، کسانی را که عهده‌دار نگاهداری یا مواظبت او هستند نمی‌توان مسئول دانست، چه مباشر در اینجا اقوی از سبب است و برابر قانون مدنی باید مسئولیت به عهده مباشر باشد.

این نظر خالی از اشکال نیست زیرا:

اولاً ـ کلمهٔ صغیر در مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی مطلق است و شامل صغیر ممیز هم می‌شود و دلیلی بر تخصیص آن به صغیر غیرممیز نیست.

ثانیاً ـ این ماده مبتنی بر ضوابط قانون مدنی نیست بلکه مبنای آن، چنانکه گفته شد، حمایت از زیان دیده از یک سو و وادار کردن سرپرست مجنون و صغیر به دقت و مراقبت در انجام وظیفه از سوی دیگر است و این مبنی اقتضا می‌کند که در مورد خسارات وارده از ناحیه صغیر ممیز هم جبران زیان در درجه اول به عهده کسی باشد که موظف به نگاهداری یا مواظبت صغیر است.

ثالثاً ـ در حقوق سوئیس و فرانسه نیز که مأخذ ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی است فرقی بین صغیر و ممیز و غیرممیز در این مسأله گذارده نشده و مسئولیت سرپرست، چنانکه بعداً خواهیم دید، در هر دو مورد پذیرفته شده است.

بنابراین، در مورد صغیر ممیز بند اول ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی متضمن یک قاعده تازه و مخصص ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی است: در حالی که طبق این ماده مسئولیت اعمال صغیر ممیز به

عهده خود اوست و به علت اقوی بودن مباشر، نمی‌توان سرپرست صغیر ممیز را، حتی اگر در انجام وظیفه مقصر باشد، مسئول شناخت، برابر قانون مسئولیت مدنی، در صورت تقصیر سرپرست در نگاهداری یا مواظبت صغیر ممیز نیز مسئولیت، دردرجه اول، به عهده کسی است که نگاهداری یا مواظبت محجور به عهده او بوده است.

۳ـ تقصیر ـ یکی از شرایط مسئولیت مقرر در بند اول ماده ۷ تقصیر در نگاهداری یا مواظبت است و زیان دیده باید این تقصیر را ثابت کند تا دادگاه بتواند سرپرست محجور را محکوم به پرداخت خسارات نماید.[۱] مثلاً اگر بر اثر سهل انگاری و عدم مراقبت سرپرست، طفل شیشه خانه همسایه را با سنگ بشکند، یا با دوچرخه خود عابری را مجروح کند، یا وارد باغ دیگری شده، درختان آن را بشکند، سرپرست مسئول و مکلف به جبران خسارت است.

این قاعده مطابق اصل مسئولیت شخصی[۲] یا نظریه تقصیر[۳] است که در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به طور کلی پذیرفته شده و به نظر می‌رسد که نظام قانون مدنی را از نظر مبنای مسئولیت دگرگون کرده است.[۴]

آیا سرپرست پس از پرداخت خسارت می‌تواند، آنچه را که پرداخته است از مال محجور برداشت کند و به تعبیر دیگر آیا رجوع سرپرست به محجور در این مورد جایز است؟ اگر سرپرست دین محجور را پرداخته باشد، حق رجوع به او را، طبق اصول و قواعد حقوق مدنی، خواهد داشت. لیکن در فرض ما چون خسارت وارده ناشی از تقصیر سرپرست بوده و او درواقع دین خود را اداء کرده است، حق رجوع به محجور و برداشت خسارت از مال او را نخواهد داشت.

مسأله دیگری که دراینجا مطرح می‌شود آن است که آیا برای مسئولیت سرپرست تقصیر محجور وارد کننده زیان نیز شرط است.

ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی شرط تقصیر محجور را مقرر نداشته است و از طرفی اگر محجور صغیر غیرممیز یا مجنون باشد، طبق مفهوم سنتی و شخصی تقصیر،[۵] نمی‌توان تقصیر را به او

۱ـ برای مفهوم تقصیر رجوع شود به: دکتر صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ تهران ۱۳۵۱، ص ۵۵۲ به بعد.

2- Responsabilité subjective

3- Théorie de la faute

۴ـ برای توضیح بیشتر رجوع شود به همان کتاب، ص ۵۴ به بعد؛ و نیز رجوع شود به اثر دیگر مؤلف: مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، چاپ تهران، مرکز تحقیقات، ۱۳۵۵، ص ۲۳۸ و ۲۳۹.

۵ـ البته اگر مفهوم نوعی برای تقصیر قائل شویم و آن را عبارت از تجاوز از رفتار متعارف بدانیم، صغیر

نسبت داد، چه تقصیر مستلزم قوه تمیز و اراده آگاه و آزاد است[1]. پس تقصیر وارد کننده زیان شرط مسئولیت سرپرست او نیست. ولی عمل محجور باید نوعاً نامشروع بوده و به تعبیر دیگر، یک ضابطه اجتماعی را بدون دلیل موجه نقض کرده باشد. پس اگر عمل محجور نامشروع تلقی نشود، یا علتی برای عدم انتساب حقیقی زیان به او وجود داشته باشد، چنانکه قوه قاهره یا تقصیر زیان دیده باعث ایراد خسارات شده باشد، در این گونه موارد نمی‌توان سرپرست را مسئول شناخت.[2]

ب ـ حقوق تطبیقی

۱ـ **حقوق سوئیس** ـ در حقوق سوئیس، برابر بند اول ماده ۳۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۹۰۷، رئیس خانواده مسئول زیانهائی است که به وسیله صغار و مجانین و اشخاص ضعیف العقل تحت ولایت او وارد شده باشد، مگر اینکه ثابت کند که از آنان در حدود متعارف و به اقتضای اوضاع و احوال مراقبت کرده است. بنابراین رئیس خانواده مسئول اعمال زیان‌آور محجورین تحت ولایت خود است و این مبتنی بر عدم انجام وظیفه مراقبت است. البته عدم انجام وظیفه، به طوری که حقوقدانان سوئیس می‌گویند، مفروض است و به تعبیر دیگر، یک اماره تقصیر در این مورد مقرر شده است و نیازی به اثبات آن از طرف زیان دیده نیست؛ ولی رئیس خانواده می‌تواند ثابت کند که آنچه می‌بایست در مورد مراقبت محجور انجام دهد انجام داده و هیچگونه کوتاهی نکرده است. بنابراین می‌توان گفت در حقوق سوئیس مسئولیت رئیس خانواده مبتنی بر تقصیر اوست، اگرچه تقصیر مفروض است و نیازی به اثبات ندارد. معهذا بعضی از حقوقدانان سوئیس آن را یک مسئولیت عینی یا نوعی[3] به شمار آورده‌اند.[4]

قانون مدنی سوئیس فقط از مسئولیت رئیس خانواده سخن گفته و به مسئولیت اشخاص دیگری که ممکن است سرپرستی محجور را به عهده داشته باشند اشاره‌ای نکرده است؛ ولی رویه قضائی

غیرممیز و مجنون هم ممکن است مقصر محسوب شوند.

1- A. Colin, H. Capitant et L.Julliot de la Morandière, Traité de Droit civil, T.II, Paris 1959, nos 1117 et s.; Carbonnier, op. cit., no 94, p. 334.

2- H. Deschenaux, P. Tercier, la responabilité civile, Berne 1975, p. 101 et 110; J.Carbonnier, op. cit., no 98, p. 352.

3- Responsabilité objective

۴ـ دشنو وترسیه، مسئولیت مدنی، ص ۱۰۶؛ و نیز رجوع شود به:

P. Tuor, Le code civil suisse, Zurich 1950, p. 245

نقص قانون مدنی را رفع نموده و در مواردی که محجور به یک مؤسسه یا شخص طبیعی سپرده شده و در خارج خانواده زندگی می‌کند، شخصی راکه عملاً عهده‌دار مراقبت است به منزله رئیس خانواده و مسئول اعمال محجور تلقی کرده است، مانند مدیر بیمارستان یا شبانه‌روزی یا تفریحگاه کودکان در ایام تعطیل و غیراینها.

در حقوق سوئیس، برخلاف حقوق فرانسه، نصی در مورد مسئولیت افزارمندان (صاحبان صنایع دستی) و معلمان به علت اعمال زیان آور اشخاص زیر سرپرستی آنان دیده نمی‌شود، اگرچه رویه قضائی سوئیس ماده ۳۳۳ قانون مدنی را به این قبیل اشخاص نیز گسترش داده است.

همچنین رویه قضائی سوئیس اعلام کرده است که طفل ممکن است متوالیاً تحت سرپرستی چند رئیس خانواده قرار گیرد: مانند طفل کارآموزی که با کارفرمای خود زندگی می‌کند ولی اواخر هفته را با پدر و مادرش می‌گذراند. البته یک غیبت چند لحظه‌ای و کوتاه مدت کافی برای انتقال مسئولیت از شخصی به شخص دیگر نیست؛ زیرا با وجود چنین غیبتی اصولاً مراقبت قطع نمی‌شود.

طبق رویهٔ قضائی سوئیس هرگاه محجور در خانواده زندگی کند و پدر و مادر داشته باشد اصولاً پدر رئیس خانواده به شمار می‌آید.[1]

۲ـ حقوق فرانسه ـ در حقوق فرانسه، ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی سه مورد برای مسئولیت ناشی از اعمال صغار و نوجوانان پیش بینی کرده است: مسئولیت پدر و مادر، مسئولیت افزارمندان[2] و مسئولیت معلمان. از این موارد فقط مورد اول مستلزم آن است که وارد کننده زیان صغیر باشد ولی در دو مورد دیگر نیز معمولاً مسأله بر اثر زیانهای وارد به وسیله صغار مطرح می‌شود. در اینجا فقط از مسئولیت پدر و مادربه اختصار سخن می‌گوئیم.

بند ۴ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئن ۱۹۷۰ اصلاح شده است می‌گوید: «پدر و مادر به عنوان اینکه حق حضانت را اعمال می‌کنند متضامناً مسئول زیانهای ناشی از فرزندان صغیری که با آنان (در یک جا) سکونت دارند می‌باشند.» بنابراین مسئولیت پدر و مادر نتیجه ولایت آنهاست و تقصیر آنان، در صورتی که زیانی از طرف فرزندشان به دیگری وارد شود، مفروض است و نیازی به اثبات ندارد. درواقع فرض می‌شود که پدر و مادر فرزند خود را بد تربیت

۱ـ دشنو و ترسیه، همان کتاب، ص ۱۰۹.

2- G.Marty et P. Raynaud, Droit civil, T.II, Ier vol., Paris 1962, no 423, p. 430 et s; H.L.J. Mazeaud et M.Juglart, Leçons de Droit civil, T.II, Ier vol., Paris 1973, nos 488 et s.,p. 494 et s.; J. Carbonnier, op. cit., no 98, p.351 et s.; A. Weill, Droit civil, Les obligations, Paris 1971, no 645 et s., p. 654 et s.

کرده، یا از او مراقبت نکرده و در هر حال یکی از وظائف خود را انجام نداده‌اند.

شرایط اجرای بند ۴ ماده ۱۳۸۴ و فرض تقصیر پدر و مادر به شرح زیر است:

اولاً ـ پدر و مادر باید عهده‌دار ولایت ابوینی[1] و در نتیجه مکلف به مراقبت و مواظبت صغیر وارد کننده زیان باشند. صغیر در حقوق فرانسه (از سال ۱۹۷۴) کسی است که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده باشد (ماده ۴۴۸ اصلاحی قانون مدنی فرانسه) در حالی که در حقوق سوئیس سن کبر هنوز ۲۰ سال است. هرگاه صغیر رشید شناخته شده و از او رفع حجر شده باشد ـ که تنها بعد از رسیدن صغیر به سن ۱۶ سال تمام امکان‌پذیر است ـ فرض تقصیر پدر و مادر جاری نخواهد شد. البته طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی زیان دیده می‌تواند ثابت کند که پدر و مادر با دادن استقلال نابهنگام و پیش از موقع به فرزند خود مرتکب تقصیر شخصی شده‌اند (ماده ۴۸۲ قانون مدنی اصلاحی ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴).

فقط تقصیر پدر و مادر مفروض است. سایر خویشان یا وصی یا قیم طفل که عهده‌دار سرپرستی و ولایت او هستند مشمول این قاعده نخواهند بود. در صورت وقوع طلاق یا تفریق جسمانی یا جدائی مسکن بین پدر و مادر، فقط کسی که حضانت و نگاهداری طفل به عهده اوست مسئول شناخته می‌شود.

ثانیاً ـ اشتراک مسکن و به تعبیر دیگر، در یک جا زندگی کردن لازم است: هرگاه طفل با پدر و مادر خود زندگی نکند، تقصیر آنان مفروض نخواهد بود، مگر اینکه فقدان زندگی مشترک خود ناشی از عدم مراقبت طفل باشد، چنانکه پدر و مادر از هم جدا شده و طفل را رها کرده باشند، یا بدرفتاری پدر و مادر موجب فرار طفل از منزل شده باشد. اگر فقدان زندگی مشترک مشروع باشد، چنانکه پدر و مادر، طفل را برای تحصیل به مدرسه گذارده باشند و خسارت در اوقاتی که طفل تحت مراقبت دیگری است روی دهد، تقصیر پدر و مادر مفروض نخواهد بود. البته ممکن است تقصیر شخص دیگری که مکلف به مواظبت است، طبق قانون، مفروض باشد.(مانند موردی که طفلی به عنوان کارآموز نزد افزارمندی کار می‌کند و تحت مراقبت او قرار دارد که قانون تقصیر سرپرست را در این مورد فرض کرده است). ولی این امر ضروری و همیشگی نیست و ممکن است تقصیر شخص دیگری هم مفروض نباشد. مثلاً اگر دانش آموز در ساعات درس زیانی وارد کند، زیان دیده از فرض تقصیر برخوردار نخواهد بود.

ثالثاً ـ عملی که موجب زیان شده است باید نامشروع باشد، همانطور که در حقوق سوئیس گفته شد. بنابراین، اگر عمل نوعاً مشروع بوده یا یک علت خارجی مانند قوه قاهره یا تقصیر زیان دیده باعث ایراد خسارت شده باشد، پدر و مادر از آن استفاده خواهند کرد. اصولاً باید همه شرایط مسئولیت در مورد صغیر وجود داشته باشد، تا پدر و مادر او مسئول شناخته شوند. در مورد صغیر

1- Autorité parentale

غیر ممیز، با اینکه خود صغیر مسئولیتی ندارد، پدر و مادر مسئول اعمال او هستند و در این صورت، مسئولیت آنان ناشی از عملی است که صغیر مرتکب شده و نوعاً نامشروع است، اگرچه از لحاظ روانی و درونی تقصیر بشمار نمی‌آید.[1] به گفته بعضی از استادان حقوق فرانسه، تقصیر در این مورد یک تقصیر اجتماعی faute sociale است، یعنی عملی که برخلاف رفتار عادی و مورد انتظار مردم است. حتی اینان پیشنهاد کرده‌اند که تقصیر بدین معنی که دارای جنبه نوعی است و با قابل سرزنش بودن شخص از لحاظ روانی و اخلاقی ملازمه ندارد، مبنای مسئولیت مدنی تلقی شود[2].

۳ـ مقایسه ـ از آنچه گفتیم آشکار شد که در حقوق سوئیس و فرانسه برخلاف حقوق ایران تقصیر سرپرست صغیر مفروض است و زیان دیده مکلف به اثبات آن نیست و این از لحاظ حمایت بیشتر از زیان دیده است. تفاوت دیگری که در این زمینه بین حقوق ایران از یک سو و حقوق فرانسه و سوئیس از سوی دیگر دیده می‌شود آن است که در قانون ایران از «کسی که نگاهدای یا مواظبت به عهدهٔ او می‌باشد» سخن گفته شده است، در حالی که قانونگذار سوئیس از «رئیس خانواده» و قانونگذار فرانسه از «پدر و مادر» سخن گفته و آنان را مسئول اعمال زیان‌آور محجور شناخته‌اند. شک نیست که قانون ایران در این باره دارای عمومیت بیشتری است: اگرچه رویه قضائی سوئیس مفهوم رئیس خانواده را گسترش داده و به علاوه قانون سوئیس به مسئولیت آمران به علت افعال زیان‌آور مأموران و گماشتگان آنان تصریح کرده و قانون فرانسه هم علاوه بر مسئولیت پدر و مادر، مسئولیت افزارمندان را به علت اعمال کسانی که نزد آنان کارآموزی می‌کنند و نیز مسئولیت معلمان و آمران[3] را در اثر فعل دانش آموزان و گماشتگان که چه بسا محجور می‌باشند به صراحت ذکر کرده است و بدینسان مسئولیت ناشی از فعل غیر در حقوق فرانسه و سوئیس قلمروی گسترده دارد، معهذا نصی که در حقوق ایران راجع به مسئولیت ناشی از فعل محجورین دیده می‌شود اعم از نصوص مشابه آن در حقوق فرانسه و سوئیس است. این تفاوت شاید بدان جهت باشد که در حقوق ایران فرض تقصیر پذیرفته نشده و مسئولیت سرپرست یا نگاهدارنده محجور مبتنی بر قواعد عمومی و موافق اصل است؛ پس اشکالی در گسترش قلمرو آن نیست؛ لیکن در حقوق سوئیس و فرانسه در این مورد فرض تقصیر پذیرفته شده که برخلاف قواعد عمومی است و از این لحاظ قانونگذار از گسترش بیش از حد این مسئولیت بیم داشته است.

در حقوق ایران و سوئیس سرپرست یا رئیس خانواده هم مسئول اعمال صغیر و هم مسئول اعمال مجنون تحت سرپرستی خود است ولی در حقوق فرانسه، در مورد مجنون قانون ساکت است

۱ـ کاربنیه، همان کتاب، ش ۹۸، ص ۳۵۲.

۲ـ مارتی ورنو، کتاب مذکور، ش ۴۲۲، ص ۴۲۸ و ۴۲۹.

3- Commettants

و مسئولیت سرپرست او تابع قواعد عمومی مسئولیت خواهد بود و بدین ترتیب، اثبات تقصیر سرپرست به وسیله زیان دیده شرط دریافت خسارت است.

در مورد رجوع سرپرست به محجور برای وصول آنچه به عنوان خسارت پرداخته است، به نظر می‌رسد که تفاوتی بین حقوق فرانسه و سوئیس و ایران نیست و در هیچیک از این سه حقوق، به لحاظ اینکه مسئولیت سرپرست ناشی از تقصیر خود اوست، حق رجوع به محجور پذیرفته نشده است.

بخش دوم ـ مسئولیت صغیر و مجنون

الف ـ مسئولیت صغیر و مجنون در حقوق اسلامی و قانون مدنی

در فقه اسلامی و قانون مدنی، از آنجاکه اصولاً نظریه مسئولیت عینی[1] یا نظریه خطر[2] پذیرفته شده است، مسئولیت مدنی صغیر (اعم از ممیز و غیرممیز) و مجنون، بدون تفکیک بین اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب، مورد قبول قرارگرفته است. مخصوصاً فقهای اسلامی اعلام کرده‌اند که در احکام وضعی مانند مواریث و دیات و ضمان ناشی از غصب و اتلاف (به معنی عام که شامل تسبیب هم خواهد شد) بلوغ و عقل شرط نیست.[3] و به تعبیر دیگر گفته‌اند: حجر بر صبی در اسباب فعلیه مؤثر نیست و منحصر به اسباب قولیه یعنی عقود و ایقاعات است[4]. قانون مدنی هم به پیروی از فقه اسلامی صغیر و مجنون را مسئول اعمال زیان‌آور خود شناخته و در ماده ۱۲۱۶ چنین مقرر داشته است: «هر گاه صغیر یا مجنون یا غیررشید باعث ضرر غیر شود ضامن است». این ماده هم اتلاف به مباشرت و هم تسبیب را شامل و با مبنایی که در فقه اسلامی و قانون مدنی برای مسئولیت پذیرفته شده سازگار است.

البته اگر، همانطور که بعضی از استادان حقوق گفته‌اند، مبنای مسئولیت مدنی در مورد تسبیب از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی تقصیر باشد، ماده ۱۲۱۶ قابل ایراد خواهد بود؛ زیرا تقصیر (به مفهوم شخصی) فرع بر وجود ازاده و درک و تمیز است و صغیر غیرممیز و مجنون را نمی‌توان مقصر

1- Responabilite objective

2- Théorie de risque

۳ـ عبدالفتاح مراغی، عناوین، چاپ سنگی ۱۲۹۷ هجری قمری، عنوان ۸۲، ص ۳۸۰ و عنوان ۸۵، ص ۳۸۶؛ میرزاحسن الموسوی البجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، چاپ نجف، ۱۳۹۱ هجری قمری، ص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ شیخ انصاری، مکاسب، چاپ سنگی تهران، فصل شروط متعاقدین، ص ۱۱۴ و ۱۱۵.

۴ـ شهید اول، قواعد، چاپ سنگی ۱۳۰۸ هجری قمری، ص ۲۲۳.

محسوب داشت. بنابراین نظر، ۱۲۱۶ که صغیر غیرممیز و مجنون را هم مسئول شناخته است در مورد تسبیب برخلاف اصل و حتی غیرمنطقی و غیرعادلانه خواهد بود؛ زیرا در حالی که قانون مدنی درمورد زیانهای غیرمستقیم شخص کبیر و عاقل، ارتکاب تقصیر را شرط مسئولیت قرار داده، هنگامی که این گونه زیانها به وسیله صغیر غیرممیز یا مجنون وارد شده باشد، وارد کننده زیان را بدون تقصیر مسئول شناخته و به تعبیر دیگر درباره این محجورین سخت گیرتر شده است و این قابل توجیه و عادلانه نیست.

لیکن به نظر می‌رسد که مبنای مسئولیت در فقه اسلامی و قانون مدنی تقصیر نیست و فرقی بین اتلاف (به مباشرت) و تسبیب از این لحاظ وجود ندارد و به طور کلی مسئولیت بدون تقصیر (مسئولیت عینی یا نوعی) یا نظریه خطر در فقه اسلامی و قانون مدنی پذیرفته شده است. دلیل قاطعی بر اینکه در فقه و قانون مدنی از نظر مبنای مسئولیت، تفاوتی بین اتلاف و تسبیب وجود داشته باشد در دست نیست. در متون فقه اسلامی، تا آنجا که ما بررسی کردیم، تصریحی در این باب دیده نمی‌شود. در قانون مدنی هم در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ که دو ماده اصلی در این مبحث هستند شرط تقصیر ذکر نشده است. حتی گروهی از فقهاء اتلاف و تسبیب را جداگانه مورد بحث قرار نداده و فقط از قاعده اتلاف (به معنی عام) سخن گفته و آن را شامل اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب دانسته و مبنای واحدی برای آن ذکر کرده‌اند که همان صدق عرفی تلف است. عبدالفتاح مراغی در عناوین[۱] می‌گوید: «آنچه شایان ذکر است این است که تفاوتی بین مواردی که متلف مباشر یا سبب یا مانند آن باشد نیست. مباشر و سبب مرتبه خاصی ندارند. گاهی شخص سبب و گاهی سبب سبب است و گاهی اسباب متعدد و دور می‌شوند. و چون منشأ ضمان بنابرآنچه از نص و فتوی برمی‌آید، اتلاف است، مبنای امر صدق تلف برحسب عرف می‌باشد و محدودکردن فقها ضمان را به مباشر و سبب و مانند آن برای ضبط مصادیق عرفی تلف است وگرنه دلیلی بر مباشرت و تسبیب و تقدم یکی بر دیگری در صورت اجتماع آنها در دست نیست؛ پس شایسته است که صدق عرفی تلف معیار قرار داده شود. گاهی اتلاف بر مباشر صادق است نه سبب. گاه بر هر دو صدق می‌کند و گاه بر سبب صادق است نه مباشر... ».

باید اضافه کرد که در فقه و قانون مدنی، در مبحث تسبیب گاهی کلمات تفریط[۲] یا تقصیر[۳] به کار رفته یا با به مفهوم آن اشاره شده است. ولی این نه از باب آن است که تقصیر مبنای مسئولیت است

۱ـ عنوان ۵۸، ص ۳۲۲.

۲ـ شهید اول، مسالک، ج ۲، چاپ سنگی ۱۰۶۸ هجری قمری، کتاب الغصب، ص ۲۴۲ و ۲۴۳.

۳ـ مواد ۳۳۳ ـ ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی. در ماده اول فقط به مفهوم تقصیر اشاره شده و در دو ماده دیگر کلمهٔ تقصیر هم به کار رفته است.

بلکه از این رو است که بدون تقصیر رابطه سببیت عرفی بین عمل شخص و خسارت وارده تحقق پیدا نمی‌کند. مثلاً اگر شخصی به قدر حاجت آتشی بیفروزد، بدون علم یا ظن غالب به اینکه آتش به خانه همسایه سرایت خواهد کرد، ولی اتفاقاً بر اثر وزش باد آتش به خانه همسایه سرایت کند، آن شخص مسئول خسارات وارده نخواهد بود؛ زیرا تلف عرفاً مستند به عمل او نمی‌باشد.[1] بنابراین، اشاره به تقصیر درپاره‌ای فروع از باب لزوم آن در تحقق رابطه سببیت است نه به عنوان مبنی یا یک شرط مستقل در مسئولیت مدنی[2] و آنانکه تقصیر را به عنوان شرط و مبنای مسئولیت مدنی در زمینه تسبیب از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی به شمار آورده‌اند، درواقع خلط مبحث کرده‌اند. از نظر منطقی هم قابل توجیه نیست که تقصیر در اتلاف شرط مسئولیت نبوده و در تسبیب شرط باشد، مگر اینکه تحقق رابطه سببیت منوط به وجود تقصیر درمورد اخیر باشد.

بنابرآنچه گفته شد، در حقوق اسلامی و قانون مدنی اصولاً مسئولیت عینی (بدون تقصیر) یا نظریه خطر پذیرفته شده و قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» هم مؤید این نظر است و بر این مبنی، مسئولیت شخصی محجور اعم از ممیز و غیرممیز مورد قبول واقع شده و مطابق اصل است. حال ببینیم قانون مسئولیت مدنی چه تحولی در این زمینه ایجاد کرده و راه‌حل حقوق فعلی ایران و سوئیس و فرانسه در این خصوص چیست؟

ب ـ مسئولیت مدنی صغیر و مجنون در حقوق جدید

۱ـ حقوق جدید ایران ـ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، به طور کلی، تقصیر را مبنای مسئولیت قرارداده و این نظریه را به صراحت پذیرفته است (ماده ۱ قانون مذکور). معهذا در مورد اتلاف می‌توان طبق ماده ۳۲۸ قانون مدنی قائل به مسئولیت عینی (بدون تقصیر) شد. به دیگر سخن می‌توان گفت: ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی عام و قاعده راجع به اتلاف خاص است و عام نمی‌تواند ناسخ خاص باشد. به هر حال قانون مسئولیت مدنی، صغیر (اعم از ممیز و غیرممیز) و نیز مجنون را در درجه دوم مسئول زیانهای ناشی از اعمال خود تلقی کرده است. مادهٔ ۷ قانون مذکور پس از اعلام مسئولیت سرپرست صغیر و مجنون در بند دوم چنین مقرر داشته است: «و در صورتی که استطاعت جبران تمام و یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد... »

این قاعده، علاوه بر اینکه برخلاف اصل مسئولیت شخصی و نظریه تقصیر (به مفهوم شخصی) است، یک نوع مسئولیت تضامنی برقرار کرده که این خود خلاف اصل است؛ زیرا در برابر زیان دیده

۱ـ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۲، چاپ تهران بدون تاریخ، ص ۳۴؛ مسالک، ص ۲۴۲.

۲ـ سید علی‌حائری شاهباغ؛ شرح قانون مدنی، شرح مواد ۳۲۸ به بعد.

دو نفر مسئول معرفی شده‌اند: یکی سرپرست مجنون یا صغیر و دیگر خود محجور. نهایت، مسئولیت محجور به نحو تعلیق است و زیان دیده در صورتی می‌تواند از مال او جبران زیان را بخواهد که سرپرست او استطاعت جبران تمام یا قسمتی از خسارت وارده را نداشته باشد.

مخالفت این قاعده با اصل از آنرو است که در نظام حقوق اسلامی و قانون مدنی اصولاً مسئولیت جبران زیانی که یک نفر به دیگری وارد کرده است فقط به عهده خود اوست، هر چند که وارد کننده زیان محجور باشد، مگر اینکه شخص دیگری مسبب ایراد خسارت باشد و سبب عرفاً اقوی از مباشر تلقی شود که در این صورت، مسئولیت منحصراً به عهده آن شخص (مسبب) خواهد بود (ماده ۳۳۲ قانون مدنی).

چرا قانون مسئولیت مدنی، با اینکه تقصیر را مبنای مسئولیت تلقی کرده، در مورد مجنون یا صغیر غیرممیز از آن عدول نموده است؟ تنها دلیلی که در این مورد می‌توان ذکر کرد ملاحظات مربوط به انصاف و حمایت از زیان دیده است: انصاف و حمایت از زیان دیده اقتضا می‌کند که هیچ زیانی بدون جبران نماند، اگرچه جبران خسارت به قیمت مسئول شناختن مجنون یا صغیری که قوه درک و تمیز ندارد و نمی‌تواند مقصر بشمار آید تمام شود. ولی اگر این فکر مورد توجه باشد آیا بهتر نیست که نظریه خطر یا مسئولیت عینی (نوعی) به طور کلی مورد قبول واقع شود؟ بنابراین، روش قانونگذار ما که از یک سو تقصیر را مبنای مسئولیت قرار داده (براساس این فکر که شخصی که مرتکب هیچگونه تقصیری نشده وعمل او قابل سرزنش نبوده نباید مسئول شناخته شود) و از سوی دیگر در مورد محجورین غیرممیز که حمایت از آنان باید همواره مورد نظر باشد از این اصل عدول کرده است قابل ایراد است.[1] به هرحال بنظر می‌رسد که قانونگذار ما در این خصوص از حقوق سوئیس الهام گرفته است.

حال فرض کنیم که صغیر یا مجنون بی‌آنکه سرپرست او مرتکب تقصیری شده باشد، زیانی به دیگری وارد کند، چنانکه دیوانه از تیمارستان یا منزل، با اینکه مراقبت کافی از او می‌شده فرار کند و مال دیگری را تلف نماید، یا صغیری که پدر و مادرش در تربیت و مواظبت او نهایت کوشش را بکار برده و وظائف خود را درباره او به نحو احسن انجام داده‌اند، به گونه‌ای غیرقابل پیش‌بینی، با دوچرخه یا اسباب بازی خود شخصی را مجروح کند. در این گونه موارد، آیا خود محجور را می‌توان مسئول شناخت؟ همچنین در موردی که محجور سرپرست قانونی نداشته و شخصی که برحسب قانون یا قرارداد مکلف به نگاهداری او باشد وجود نداشته باشد، چنانکه ولی قهری، بدون تعیین

۱ـ اگر تقصیر را به معنی نوعی، یعنی تجاوز از رفتار متعارف ـ که مورد قبول برخی از استادان حقوق می‌باشد ـ بگیریم، مسئولیت صغیر غیرممیز یا مجنون نیز منافاتی با نظریه تقصیر نخواهد داشت، زیرا عمل او نیز ممکن است خلاف متعارف باشد.

وصی فوت کرده و برای محجور هنوز قیم تعیین نشده باشد، مسئولیت اعمال زیان‌آور محجور به عهده کیست؟

ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی نسبت به این موارد ساکت است. لیکن برابر مادهٔ ۱۲۱۶ قانون مدنی، می‌توان گفت مسئولیت برعهده خود محجور است و زیان دیده می‌تواند از مال او دریافت خسارت کند و اگر محجور مالی نداشته باشد، زیان دیده می‌تواند صبر کند و پس از توانگر شدن او جبران خسارات را مطالبه نماید.

معهذا با توجه به روح قانون مسئولیت مدنی و نظریه تقصیر که در آن پذیرفته شده باید گفت محجور در صورتی مسئول است که عمل او نامشروع باشد. این عدم مشروعیت در مورد صغیر غیرممیز و مجنون بدین معنی است که عمل ذاتاً و نوعاً نامشروع و قابل سرزنش باشد. درواقع نمی‌توان محجور را به علت ارتکاب عملی که نوعاً و ذاتاً نامشروع و قابل سرزنش نیست و حتی شخص کبیر و عاقل می‌تواند آن را انجام دهد، مسئول شناخت. مسئولیت محجور غیرممیز نباید شدیدتر از مسئولیت شخص کبیر و عاقل باشد. وانگهی درموردی که عمل مشروع است می‌توان گفت خسارت مستند به محجور نیست و رابطه سببیت عرفی وجود ندارد. مثلاً اگر صغیر غیرممیز که به طور متعارف دوچرخه‌سواری می‌کند به علت نامعلومی که قابل تشخیص و پیش بینی نبوده دوچرخه‌اش بشکند و بر اثر آن کنترل دوچرخه از دستش خارج شود و به دیگری اصابت کند و به او آسیب رساند، می‌توان گفت خسارت مستند به فعل صغیر نیست. بنابراین عمل زیان‌آور صغیر غیرممیز هنگامی موجب مسئولیت اوست که اگر از شخص غیرمحجوری سرزند تقصیر محسوب گردد.[۱]

بند آخر ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ـ بند آخر ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد». نظیر این قاعده نه در حقوق سوئیس دیده می‌شود و نه در حقوق فرانسه. قاعده مذکور ظاهراً از ابتکارات قانون ایران است.

اصولاً وارد کننده زیان باید تمام خسارت وارده را جبران کند و با جبران خسارت، باید زیان دیده در وضعی قرار گیرد که قبل از ورود خسارت داشته است. عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباید باعث شود که زیان یا قسمتی از آن بدون جبران بماند. معهذا اگر وارد کننده زیان معسر باشد، طبق قانون مدنی (ماده ۲۷۷) و قانون اعسار می‌توان دین او را تقسیط کرد، یا به او مهلت داد. حتی برابر قانون منع توقیف اشخاص درقبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی مصوب ۱۳۵۲ اگر بدهکار در ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه صورت جامع دارائی خود را به مسئول اجرا تسلیم نماید و صریحاً اعلام کند که مالی برای پرداخت دین ندارد و بستانکار هم نتواند مالی از او برای

۱ـ دشنو وترسیه، کتاب مذکور، ص ۱۳۷؛ دکترقائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۲۲۹ و ۲۶۹.

استیفاء طلب خود معرفی نماید، به بدهکار مهلت داده خواهد شد.

حال ببینیم آیا بند آخر ماده ۷ متضمن قاعده تازه‌ای است که استثناء برقواعد عمومی تلقی می‌شود یا مطابق قواعد عمومی مربوط به تقسیط و مهلت دادن به مدیون است. در اینجا چند نکته قابل ذکر است:

۱ـ شک نیست که برابر بند آخر ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۲۷۷ قانون مدنی، دادرس می‌تواند خسارت را تقسیط کند یا به جبران کننده مهلت مناسبی بدهد، مشروط بر اینکه عدم تسقیط یا امهال موجب عسرت و تنگدستی او باشد.

۲ـ بنظر می‌رسد که اگر سرپرست محجور استطاعت جبران خسارت را داشته باشد، لیکن جبران خسارت موجب عسرت و تنگدستی او گردد و در مقابل، محجور متمکن بوده و بتواند جبران زیان کند، بدون اینکه به سختی و تنگدستی بیفتد، دادگاه باید حکم به جبران خسارت از مال محجور نماید و این قاعده تازه‌ای است که می‌توان از بند آخر ماده ۷ استنتاج و آن را با ملاحظات مربوط به انصاف توجیه کرد.

۳ـ مسأله قابل بحث این است که آیا دادرس می‌تواند به استناد بند آخر ماده ۷ در میزان خسارت تخفیف دهد. ممکن است گفته شود اطلاق بند آخر ماده ۷ اقتضا می‌کند که دادگاه اختیار این امر را نیز داشته باشد[1]. لیکن این نظر قابل ایراد است زیرا:

اولاً ـ عبارت مذکور فقط از نحوه جبران خسارت سخن گفته است نه از تخفیف در میزان خسارت. پس اختیار دادگاه منحصر به نحوه جبران خسارت است و شامل تخفیف در میزان آن نمی‌باشد.

ثانیاً ـ تخفیف در میزان خسارت امری خلاف اصل است و نباید موارد آن راگسترش داد: چنانکه گفته شد، اصل این است که همه خسارت باید جبران شود و زیان دیده حتی الامکان باید در وضعی قرار گیرد که قبل از ورود خسارت داشته است. موارد تخفیف در میزان خسارت در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی ذکر شده و این موارد شامل مورد مذکور در ماده ۷ نیست و در مقام سکوت قانون نباید مورد دیگری را به آنها افزود. البته «هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی وارد کننده شود» برابر بند ۳ ماده ۴، دادگاه می‌تواند در میزان خسارت تخفیف دهد و این قاعده، مانند سایر قواعد مندرج در ماده ۴، مبتنی بر انصاف است.

ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی ـ ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی یک مورد برای عدم مسئولیت صغیر غیرممیز

۱ـ ما این نظر را در کتاب "مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی" صفحه ۲۴۱ پذیرفته بودیم ولی اکنون از آن عدول کرده‌ایم.

و مجنون به شرح زیر ذکر کرده است: «هرگاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیرممیز یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود». این ماده که مبتنیٰ بر فقه اسلامی است بدین گونه توجیه می‌شود که در اینجا کسی که مال را به تصرف صغیر غیرممیز یا مجنون داده سبب خسارت محسوب می‌شود، سببی که اقوی از مباشر است؛ و از این لحاظ مسئولیت طبق ضوابط قانون مدنی و فقه اسلامی به عهدهٔ مسبب خواهد بود نه مباشر.

لیکن اگر شخص مال را به تصرف صغیر ممیز بدهد، از آنجا که صغیر ممیز دارای قوه درک و تشخیص است و می‌تواند مال را نگاهداری کند، یا در حفظ آن مرتکب تقصیر شود، در این فرض، سبب اقوی از مباشر محسوب نمی‌شود و مسئولیت تلف یا نقص به عهدهٔ خود مباشر است.

این ماده تعارضی با ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ندارد زیرا ماده ۷ ناظر به موردی است که بر اثر تقصیر سرپرست صغیر یا مجنون، زیانی از جانب او به دیگری وارد شده باشد و در مواردی که زیان ناشی از تقصیر سرپرست نباشد و عرفاً به شخص دیگری که مالی را به تصرف محجور داده مستند گردد، ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی بدون معارض اجرا خواهد شد.

۲ـ حقوق سوئیس ـ در حقوق سوئیس، مسئولیت شخصی صغیر (اعم از ممیز و غیرممیز) و مجنون پذیرفته شده است. در مورد محجورین ممیز بند آخر ماده ۱۹ قانون مدنی سوئیس مقرر می‌دارد که: «آنان مسئول زیانهای ناشی از اعمال نامشروع خود هستند» و درباره محجورین غیرممیز بند اول ماده ۵۴ قانون تعهدات سوئیس مصوب ۱۹۱۱ می‌گوید: «هرگاه انصاف اقتضا کند، قاضی می‌تواند حتی شخصی را که غیرممیز است به جبران تمام یا قسمتی از زیانی که وارد کرده است محکوم نماید.» مسئولیت شخصی محجور تضامنی است و زیان دیده می‌تواند به هر یک از رئیس خانواده یا خود محجور تحت سرپرستی برای جبران خسارت رجوع کند، بدون اینکه مانند حقوق ایران، مسئولیت رئیس خانواده مقدم بر مسئولیت شخصی محجور باشد.[۱]

قبول مسئولیت محجور غیرممیز در حقوق سوئیس برخلاف اصل مسئولیت شخصی و نظریه تقصیر است که در حقوق این کشور پذیرفته شده است.[۲] و شاید به همین جهت قانونگذار سوئیس آن را به مواردی محدود کرده است که انصاف اقتضا می‌کند، در حالی که در حقوق ایران از انصاف در این باب سخنی به میان نیامده است. تفاوت دیگری که بین حقوق ایران و سوئیس در این زمینه وجود دارد آن است که در حقوق ایران مسئولیت تضامنی محجور به طور معلق است و فقط هنگامی که سرپرست او استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، خسارت از مال

۱ـ رجوع شود به: دشنو و ترسیه: مسئولیت مدنی، ص ۱۰۷.

۲ـ رجوع شود به: ماده ۴۱ قانون تعهدات سوئیس که شبیه ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و ظاهراً مأخذ این ماده است.

مجنون یا صغیر جبران خواهد شد. لیکن در حقوق سوئیس مسئولیت تضامنی به طور منجّز است و چنانکه گفتیم، زیان دیده می‌تواند جبران خسارت را از هر یک از رئیس خانواده و محجور بخواهد.

۳ـ حقوق فرانسه ـ در حقوق فرانسه، طبق نظریه تقصیر، فقط مسئولیت شخصی صغیر ممیز پذیرفته شده است؛ و این مسئولیت مانند حقوق سوئیس تضامنی خواهد بود، بدین معنی که زیان دیده می‌تواند هم به هر یک از اولیاء (پدر و مادر) صغیر و هم به خود او رجوع کند و همه خسارت را از هر یک از آنان بگیرد.[۱] اما صغیر غیرممیز مسئول اعمال زیان‌آور خود نیست و مسئولیت تنها به عهده پدر و مادر اوست.[۲]

در مورد مجنون قانون مصوب ۳ ژانویه ۱۹۶۸ راه حل پیشین را دگرگون کرده و برخلاف اصل تقصیر، که مبنای مسئولیت در حقوق فرانسه است، آنان را مسئول زیانهای ناشی از اعمال خویش شناخته است.[۳] ماده ۲ ـ ۴۸۹ اصلاحی قانون مدنی فرانسه تصریح می‌کند: «کسی که زیانی به دیگری وارد کرده، در حالی که مبتلا به اختلال قوای دماغی بوده است، مکلف به جبران خسارت است.» این مسئولیت تضامنی نیست، مگر اینکه طبق قواعد عمومی تقصیر سرپرست مجنون و رابطه سببیت بین آن تقصیر و خسارت وارده ثابت شود. در این فرض سرپرست نیز متضامناً مسئول خواهد بود. مثلاً رویه قضائی فرانسه مؤسساتی راکه مجانین در آنها نگاهداری می‌شوند، به علت تقصیر در مراقبت از آنها، مراقبتی که طبق رویه قضائی باید شدید باشد، مسئول شناخته[۴] و همچنین اجازه پزشک جهت خروج مجنون از تیمارستان را قبل از بهبود و افاقه او موجب مسئولیت پزشک تلقی کرده[۵] و نیز در موردی که مجنون در تیمارستان نبوده و تحت مراقبت شخصی قرار داشته است، او را مسئول اعمال زیان آور مجنون معرفی نموده است.[۶] البته در این گونه موارد

۱ـ کاربنیه، کتاب مذکور، ش ۹۸، ص ۳۵۲ و ۳۵۳؛ ویل، کتاب مذکور، ش ۶۴۷، ص ۶۵۷.

۲ـ برخی از آراء جدید صادر از دادگاههای فرانسه، به استناد ماده ۲-۴۸۹ اصلاحی قانون مدنی فرانسه که راجع به مجنون است و با تعمیم این ماده، مسئولیت صغیر غیرممیز را هم پذیرفته‌اند. رجوع شود به:

Ph. MALAURIE, L.AYNES, Droit civil, les obligations, Paris 1992, no 42,p.32

3- B. Starck, Droit Civil, obligations, Paris 1972, no 36, p. 25 et nos 332 et s.;p. 141 et s.; Carbonnier. op. cit., no 94, p. 335; Weill, op. cit., nos 636 et s., p. 648 et s.

۴ـ رأی دادگاه استیناف پاریس مورخ ۱ ژوئن ۱۹۳۵، سیره ۱۹۳۵، بخش ۲، ص ۲۱۳ (به نقل از استارک، همان کتاب، ش ۳۴۰).

۵ـ رأی دادگاه اکس، ۲۸ ژانویه ۱۹۶۲، مندرج در J.C.P بخش ۲، ش ۱۲۸۹ (استارک، ش ۳۴۰).

۶ـ دیوان تمیز، شعبه عرایض، ۳۰ ژوئیه ۱۹۰۶، دالوز، بخش ۱، ص ۳۱۵؛ دادگاه شهرستان نیس، ۱۸ مه

مسئولیت مبتنی بر تقصیر است که زیان دیده باید آن را ثابت کند.

فلسفه ماده ۲ ـ ۴۸۹ اصلاحی قانون مدنی فرانسه که برخلاف اصل مندرج در ماده ۱۳۸۲ آن قانون است حمایت از زیان دیده و جلوگیری از این است که زیانی به وسیله مجنون وارد شود که کسی مکلف به جبران آن نباشد. درواقع، ممکن است در این مورد شخصی مقصر نباشد یا زیان دیده نتواند تقصیر سرپرست را ثابت کند و از طرفی دیوانه استطاعت و توانائی مالی برای جبران خسارت وارده را داشته باشد. در این صورت، حکم به جبران خسارت از مال خود مجنون موافق عدالت و انصاف است. مسئول نشناختن مجنون اشکالش بیش از عدم مسئولیت صغیر غیرممیز است؛ زیرا معمولاً صغیر غیرممیز تحت سرپرستی پدر و مادر است و آنان مسئولیت اعمال او را به عهده دارند و زیان دیده می‌تواند از آنان خسارت بگیرد، بی‌آنکه مجبور به اثبات تقصیر ایشان باشد. اما عدم مسئولیت مجنون که چه بسا دارای مال و ثروت است و شخص دیگری مسئول زیانهای وارد به وسیله او نیست، یا لااقل اثبات تقصیر سرپرست او به عهده زیان دیده می‌باشد، اغلب به جبران نشدن زیان خواهد انجامید. این است توجیهی که در حقوق فرانسه برای عدول از اصل، در مورد مجنون کرده‌اند.[1]

۴ـ مقایسه ـ اختلاف بارزی که بین حقوق ایران و فرانسه درمورد مسئولیت محجورین دیده می‌شود این است که اولاً در حقوق ایران، مانند حقوق سوئیس، صغیر غیرممیز تا حدودی مسئول اعمال زیان‌آور خود شناخته شده است، در حالی در حقوق فرانسه صغیر غیرممیز مسئول نیست. ثانیاً در حقوق ایران، مانند حقوق سوئیس، از لحاظ مسئولیت تفاوتی بین صغیر غیرممیز و مجنون نیست، حال آنکه در حقوق فرانسه، مجنون، طبق اصلاحیه قانونی سال ۱۹۶۸، مسئول اعمال زیان‌آور خود به شمار آمده است. البته فرق گذاشتن بین صغیر غیرممیز و مجنون از لحاظ مسئولیت مدنی قابل ایراد است و توجیهی که در حقوق فرانسه از آن شده کاملاً قانع کننده به نظر نمی‌رسد و از این لحاظ راه حل حقوق ایران بیشتر قابل قبول است.

در مورد صغیر ممیز مسئولیت در هر سه حقوق پذیرفته شده، با این تفاوت که در حقوق ایران مسئولیت سرپرست مقدم بر مسئولیت خود صغیر است، حال آنکه در حقوق سوئیس و فرانسه، صغیر از این لحاظ در ردیف سرپرست خود است و زیان دیده می‌تواند از هر کدام از آنها جبران خسارت خود را بخواهد.

تفاوت دیگر آنکه مسئولیت تضامنی صغیر و مجنون در حقوق ایران به نحو معلق ولی در حقوق فرانسه و سوئیس به طور منجّز است.

۱۹۶۰، دالوز ۱۹۶۲، ص ۵۹۱، یادداشت Lombois (به نقل از استارک، ش ۳۴۰).

۱ـ ویل، کتاب مذکور، ش ۶۳۵، ص ۶۴۸.

حقوق مصر و سوریه در این مورد همانند حقوق سوئیس است؛ زیرا بعد از اینکه مقرر می‌دارد که اصولاً شخصی که فاقد قوه تمیز است مسئولیت ندارد می‌گوید: معهذا، هر گاه زیان به وسیله محجور غیرممیز وارد شده باشد، و شخص دیگری جوابگوی آن نباشد یا زیان دیده نتواند از او خسارت بگیرد، قاضی می‌تواند با توجه به وضع طرفین، محجور را محکوم به پرداخت خسارت عادلانه‌ای نماید[1].

از آنچه گفتیم این نتیجه به دست می‌آید که در مورد زیانهای وارد به وسیله صغیر و مجنون، در حقوق تطبیقی، علاوه بر اینکه سرپرست، با شرایطی، مسئول شناخته شده. خود محجور نیز، حتی درکشورهائی که اصولاً تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته‌اند، با حدود و قیودی مسئول به شمار آمده است. واین بیشتر از لحاظ حمایت از زیان دیده و تسهیل جبران خسارت وارده است که امروزه در درجه اول اهمیت قرار دارد.

شاید بجا باشد که قانونگذار ایران از لحاظ حمایت بیشتر از زیان دیده و وادار کردن سرپرستان محجورین به جدیت و مراقبت بیشتر در تربیت و مواظبت آنان فرض یا امارهٔ تقصیر را مانند قانونگذار سوئیس و فرانسه بپذیرد و نیز ابهامات و نارسائیهائی را که به آنها اشاره شد با توجه به نیازهای جامعهٔ امروز و با بهره‌گیری از حقوق تطبیقی رفع کند.

۱ـ مواد ۱۶۴ قانون مدنی مصر و ۱۶۵ قانون مدنی سوریه؛ و نیز رجوع شود به: احمد حشمت ابوستیت، نظریةالالتزام فی القانون المدنی الجدید، چاپ دوم، مصر ۱۹۵۴، ص ۴۴۲ به بعد.

مقالهٔ سوم

ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی

مقاله زیر در سال ۱۳۵۵ نگارش یافته و در شماره دوم نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی در همان سال به چاپ رسیده است و بدین جهت برخی از مطالب آن که مربوط به ولایت قهری مادر و مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ می‌باشد منطبق با حقوق امروز نیست؛ زیرا به موجب لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ۱۳۵۸ آنچه از ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده که با قانون مدنی تعارض داشته نسخ شده است. لیکن مطالب مبتنی بر قانون مدنی و فقه اسلامی و مطالعه تطبیقی که در مقاله آمده همچنان معتبر و قابل استفاده است. در بازنگری مقاله، پاره‌ای بحثها که با توجه به تحولات حقوقی بعد از انقلاب سودمند به نظر نمی‌رسیده حذف شده و در پاره‌ای موارد برای روشن شدن و به روز درآمدن مطلب، در پاورقی، به اصلاح قانون و قواعد لازم الاجرای کنونی با علامت * اشارت رفته است.

مقدمه

ولایت (به فتح و کسر واو) در لغت به معنی حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن،

یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است. قهری در لغت به معنی جبری و اضطراری است[۱]. در اصطلاح حقوق مدنی، ولایت، قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص صلاحیتدار برای اداره امور محجور واگذار شده است. این ولایت دارای اقسامی است: ممکن است به حکم مستقیم قانون به شخصی داده شده یا به موجب وصایت واگذار گردیده و یا به حکم دادگاه برقرار شده باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون واگذار شده باشد اصطلاحاً ولایت قهری نامیده می‌شود که قانون مدنی در مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ از آن سخن گفته است. وظیفه و سمت وصیی که از جانب پدر یا جد پدری برای سرپرستی محجور تعیین شده باشد (ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی) نیز یک نوع ولایت است که غیر از ولایت قهری است، هرچند که مشمول عنوان ولایت خاص می‌باشد. چه اصطلاح ولی خاص، برابر ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، شامل ولی قهری و وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است. هرگاه محجور ولی خاص نداشته و ولایت از طرف دادگاه به شخصی واگذار شده باشد، این ولایت را قیمومت گویند که دارای احکام ویژه‌ای است. گاهی نیز شخصی که بوسیله دادگاه برای ادارهٔ محجور تعیین شده است امین نامیده می‌شود (مادهٔ ۱۱۸۷ قانون مدنی و ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده).

بنابراین، ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می‌شود و سمت خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد و ولایت او یک وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر، اجباری است نه اختیاری و شاید به همین جهت آن را قهری نامیده‌اند. حتی بعضی از حقوقدانان ولایت قهری را به ولایت اجباری تعریف کرده‌اند.[۲] به نظر می‌رسد که قانون مدنی نخستین بار این اصطلاح را استعمال کرده است. معهذا فقهاء از انواع ولایت از جمله ولایت پدر و جد پری ـ ولایت وصی ـ ولایت حاکم ـ ولایت عدول مؤمنین، به تفصیل سخن گفته‌اند و گاهی تصریح کرده‌اند که ولایت پدر و جد پدری «ولایت اجباری» است.[۳]

ولایت قهری به مفهومی که گفته شد در همه کشورها وجود دارد و به تعبیر روشن‌تر، در همه کشورها شخص یا اشخاصی که به صغیر نزدیک هستند و به او دلبستگی و مهر فطری دارند برای سرپرستی و اداره امور صغیر به حکم مستقیم قانون تعیین شده‌اند، چه طبیعت و فطرت آدمی و مصلحت طفل و جامعه اقتضاء می‌کند که سرپرستی صغیر و اداره امور او حتی الامکان به پدر و اشخاص دیگری که قرابت نزدیک با او دارند و به سرنوشت و خوشبختی او علاقه‌مند هستند واگذار

۱ـ لغت نامه دهخدا، فرهنگ معین، المنجدومجمع البحرین.

۲ـ سیدعلی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۸، شرح ماده ۱۱۸۱.

۳ـ شهید اول، قواعد، چاپ سنگی مورخ ۱۳۰۸ هجری قمری، ص ۱۵۲؛ میرفتاح، عناوین، چاپ سنگی ۱۲۹۷، عنوان ۷۲، ص ۳۵۲ و ۳۵۳.

گردد. پس نهاد ولایت قهری یک نهاد حقوقی است که از طبیعت بشر و مقتضیات زندگی خانوادگی و اجتماعی سرچشمه می‌گیرد و از این لحاظ در همه کشورها پذیرفته شده است، اگرچه در تعیین اشخاصی که عهده‌دار این سمت هستند و چگونگی اعمال آن، قوانین یکسان نمی‌باشند.

اکنون که مفهوم ولایت و ولایت قهری روشن شد، به بحث درباره ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی می‌پردازیم. البته بحث از کلیه مسائل مربوط به ولایت قهری در این مقاله مورد نظر نیست، بلکه فقط به بررسی قواعد تازه‌ای که قانون حمایت خانواده در این زمینه مقرر کرده و مسائلی که ماده ۱۵ قانون مذکور پدید آورده و تحولی که حقوق ایران در این خصوص داشته و مقایسه آن با حقوق چند کشور دیگر اکتفا می‌کنیم.

بخش اول ـ تحول حقوق ایران در زمینه ولایت قهری و بررسی ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده

قانون مدنی در ولایت قهری قواعد فقه امامیه را اقتباس و تدوین کرده و ۱۵ ماده (مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴) به موضوع «ولایت قهری پدر و جد پدری» اختصاص داده است ولی قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۵۳/۱۱/۱۵ قواعد تازه‌ای در این باب آورده و تحولی چشمگیر ایجاد کرده است.

ماده ۱۵ قانون اخیر درباره ولایت پدر و جدپدری و مادر چنین مقرر داشته است: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در ادارهٔ امور صغیر، یا فوت پدر، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد، مگر اینکه عدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات اقدام به نصب قیم یا ضم امین خواهد شد. دادگاه، در صورت اقتضا، اداره امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد. در صورتی که مادر شوهر اختیار کند، حق ولایت او ساقط خواهد شد. در این صورت اگر صغیر جدپدری نداشته، یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان، حسب مورد، مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد. امین به تشخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد.*»

اینک قواعد جدید مندرج در این ماده و مشکلات ناشی از آن و تحول حقوق ایران در مورد ولایت قهری را در چند قسمت بررسی می‌نمائیم:

---

*ـ مقررات راجع به ولایت مادر و تقدم پدر بر جدپدری که در ماده فوق آمده به موجب لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ۱۳۵۸ نسخ شده است.

الف ـ ولایت پدر و جدپدری

در فقه امامیه و قانون مدنی، ولایت قهری بر صغیر و مجنون و سفیهی که جنون و سفه او متصل به زمان کودکی باشد فقط برای پدر و جد پدری شناخته شده است. ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی دراین باره می‌گوید: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جدپدری خود می‌باشد. و همچنین است طفل غیررشید یا مجنون، در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.» در فقه امامیه در مورد ولایت پدر و جد پدری نسبت به طفل و مجنونی که جنون او متصل به زمان کودکی باشد نفی خلاف و حتی ادعای اجماع شده است و مستند آن روایات و اخبار است. اما در مورد سفیهی که عدم رشد او متصل به زمان کودکی باشد، در فقه امامیه اختلاف نظر دیده می‌شود: بعضی گفته‌اند ولایت در این مورد از آن حاکم است و برخی اظهارعقیده کرده‌اند که ولایت کماکان برای پدر و جدپدری است. دلیل نظریه دوم استصحاب و پاره‌ای روایات و اخبار است.[۱]

این راه حل که مورد قبول قانون مدنی واقع شده با مصلحت طفل و خانواده هم سازگار است. وقتی که پدر و جد پدری شایستگی سرپرستی سفیه و اداره امور او را داشته باشند، نباید به علت رسیدن سفیه به سن کبر، ولایت به شخص دیگری واگذار شود و بدین ترتیب، بدون هیچ دلیل موجه، دگرگونی در وضع محجور پدید آید. ثبات و عدم تغییر وضع حقوقی محجور، مادام که حجر او باقی است، اصولاً مطلوب و به مصلحت محجور و خانواده است.

به هرحال، ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی از فقه امامیه گرفته شده و آن را با سنت خانواده پدرسالاری می‌توان توجیه کرد. در خانواده پدرسالاری که از قرنها پیش در ایران وجود داشته است، پدر و جد پدری بزرگ خانواده و دارای اختیارات گسترده نسبت به اعضای آن بوده‌اند و از اینرو قانون مدنی ولایت قهری را به آنان اختصاص داده و آنان را مکلف به سرپرستی و اداره امور اولاد محجور خود دانسته و هیچ شخص دیگر، حتی مادر را ولی قهری نشناخته بود.

لازم به یادآوری است که کلمات «طفل غیررشید» در ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی نادرست بنظر می‌رسد و می‌بایست «شخص غیررشید» یا «غیررشید» به کار رفته باشد، زیرا چنانکه از جمله آخر ماده برمی‌آید، مقصود سفیهی است که به سن ۱۸ سال تمام* رسیده و عدم رشد او متصل به زمان

۱ـ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرکلام، جلد تجارت، چاپ ۱۳۱۲ هجری قمری، کتاب الحجر، ص ۴۰۰؛ شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۱، چاپ سنگی بدون تاریخ، کتاب الحجر، ص ۱۹۴؛ مامقانی، مناهج المتقین، چاپ ۱۳۴۴ هجری قمری، کتاب الحجر، ص ۱۷۳.

*ـ در حقوق امروز، سن ۱۸ سال حذف شده و سفیه به کسی گفته می‌شود که به سن بلوغ رسیده ولی رشدش احراز نشده باشد، یا شخصی که بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد، مبتلا به سفه شده و دادگاه او را غیررشید شناخته باشد.

کودکی باشد، و چنین شخصی دیگر طفل و صغیر به شمار نمی‌آید و نباید کلمه طفل درباره او استعمال شود. همچنین درصدر ماده یکی از دو کلمه «طفل صغیر» حشو و زائد بنظر می‌رسد.

نکته دیگری که یادآوری آن بجاست این است که قانون مدنی، به پیروی از فقه امامیه، جدپدری را از لحاظ ولایت همطراز پدر قرار داده است: طبق نظام قانون مدنی، هر یک از آنان می‌تواند، به استقلال، امور محجور را اداره کند و اعمالی به نمایندگی از او انجام دهد و هیچیک را بردیگری حق تقدم نیست؛ تصرفات هر یک از آنان، در صورتی که به مصلحت صغیر باشد، نافذ است و نیازی به اذن دیگری ندارد.[1]

از آنچه گفتیم آشکار شد که قانون مدنی فقط پدر و جدپدری را ولی قهری شناخته و آنان را در عرض یکدیگر قرار داده است. حال ببینیم قانون حمایت خانواده چه تحولی در این خصوص ایجاد کرده است.

شک نیست که پدر امروزه کماکان ولی قهری بشمار می‌آید و حتی برابر قانون حمایت خانواده در صورتی که پدر در قید حیات بوده و اهلیت و شایستگی و توانائی اداره امور صغیر را داشته باشد، ولی قهری منحصر به شمار می‌آید و جدپدری یا مادر سمتی به عنوان ولی نخواهد داشت. در این صورت، اداره اموال محجور و سایر اموری که از وظائف ولی قهری است منحصراً به عهده پدر خواهد بود. جدپدری از لحاظ ولایت در درجه دوم و بعد از پدر و در ردیف مادر قرار می‌گیرد. این مطلبی است که از بند اول ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده استنباط می‌شود.*

ب ـ ولایت مادر

قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه سمت ولایت قهری را به پدر و جدپدری اختصاص داده و برای مادر نشناخته است، هرچند که اجازه داده است مادر به عنوان وصی یا قیم برای اداره امور

۱ـ محمدجوادعاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، کتاب الحجر، ص ۲۶۰؛ علامه حلی، تذکرةالفقهاء، چاپ تهران ۱۳۴۹ هجری قمری (ناقص)، کتاب الحجر، الفصل الخامس فی کیفیةالتصرف، ص ۹۲؛ عناوین میرفتاح، عنوان ۷۲، ص ۳۵۳. بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند: تصرفات هر یک از پدر و جد پدری در صورتی که متضمن مفسده‌ای نباشد بدون اجازهٔ دیگری نافذ است: مامقانی، مناهیج المتقین، ص ۲۷۴؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ سنگی تهران با ملحقات، ص ۱۵۲. قول اول در بین فقهای امامیه مشهور است و حتی ادعای اجماع بر آن شده است.

*ـ در حقوق امروز پدر و جدپدری از لحاظ ولایت قهری در یک ردیف هستند و پدر را بر جدپدری تقدم نیست و قانون حمایت خانواده از این لحاظ منسوخ است.

محجور تعیین شود. راه حل فقه امامیه و قانون مدنی، چنانکه پیش گفتیم، مبتنی بر نظام خانواده گسترده پدرسالاری است که از دیرباز در ایران معمول بوده است. اگر در چنین خانواده‌ای، مادر عنوان ولی قهری نداشته باشد، این امر قابل درک است.

لیکن در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده پدرسالاری و رواج روزافزون خانواده هسته‌ای، نظام قانون مدنی اشکالاتی پدید می‌آورد و مورد انتقاد بود. امروزه جدپدری چه بسا با نوهٔ خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نمی‌کند و به اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقمند نیست، تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری کند یا بعد از پدر، ولایت منحصراً به او تعلق داشته باشد. وانگهی با بالا رفتن سطح دانش و رشد فکری بانوان، چه بسا بعد از پدر، مصلحت طفل در آن است که سرپرستی و اداره امور شخصی و مالی او به مادر واگذر گردد، نه به جدپدری، بویژه آنکه مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود است.

با توجه به نکات فوق، قانونگذار جدید، علاوه بر اینکه جد پدری را از لحاظ ولایت بعد از پدر قرارداد و برابری او با پدر لغو کرد، به مادر نیز سمت ولایت اعطا نمود و او را در ردیف جدپدری قرار داد:

طبق ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده، در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر «به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به هر یک از جدپدری یا مادر تعلق می‌گیرد... »*

حال می‌توان این سؤال را مطرح کرد که ولایتی که به مادر، به موجب قانون حمایت خانواده، اعطا شده چه نوع ولایتی است؟ آیا ولایت قهری است یا نوع دیگری از ولایت؟ بعضی از حقوقدانان مادر را ولی قهری نشناخته‌اند، بدین استدلال که ولایت او منوط به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه است. شعبه ده دادگاه استان در یک رأی مورخ ۱۳۵۵/۸/۱۰ همین نظر را پذیرفته و اعلام کرده است که «ولایت مادر به فرزندش قهری نمی‌باشد»[1]

ما نظیر این بحث را در مورد جدپدری مطرح و با توجه به دلائل متعدد، اظهار عقیده کردیم که ولایت جدپدری می‌تواند کماکان ولایت قهری باشد و لزوم حکم دادگاه در این خصوص، از آنجا که حکم جنبه اعلامی و تنفیذی دارد یا برای تعیین اعمال کننده ولایت است، نه دارنده سمت ولایت، با عنوان ولایت قهری منافات نخواهد داشت. در مورد مادر نیز با همان دلائل می‌توان ولایت را قهری تلقی کرد. این نظر با ظاهر و روح قانون حمایت خانواده هم سازگارتر است، زیرا قانون مذکور

---

*ـ امروزه، در حقوق ایران، مادر دارای ولایت قهری نیست و جدپدری نیز از این لحاظ همعرض پدر می‌باشد. بنابراین ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده در قسمت مذکور منسوخ است.

۱ـ رجوع شود به: روزنامه اطلاعات شماره ۱۵۱۶۶ مورخ ۲۷ آبان ۲۵۳۵ صفحه ۵.

ظاهراً همان ولایتی راکه برای پدر شناخته بعد از پدر در درجه دوم، برای مادر یا جدپدری قائل شده و اختیارات مادر، در صورتی که ولی شناخته شود، عیناً همان اختیارات پدر است. هدف قانونگذار درواقع این بوده است که برای مادر ولایتی همانند ولایت پدر قائل شود، نه نوع دیگری از ولایت، هرچند که قانون جدید، برخلاف حقوق بعضی ازکشورها، مادر را همطراز و در ردیف پدر قرار نداده و فقط در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت پدر است که ممکن است مادر ولی قهری شناخته شود.

بنابراین، تصمیم دادگاه در مورد ولایت مادر، همانند ولایت جدپدری، جنبه اعلامی خواهد داشت نه تأسیسی، یعنی درواقع دادگاه احراز می‌کند که بعد از پدر، ولایت قهری به مادر تعلق گرفته است و در صورتی که مادر قبل از صدور حکم دادگاه اعمالی به نمایندگی از صغیر انجام داده باشد، این اعمال نافذ خواهد بود.

ج ـ تعدد جدپدری

ممکن است صغیری جدپدری متعدد داشته باشد و به تعبیر دیگر، ممکن است هم جد ادنی (نزدیکتر) و هم جد اعلی (دورتر) و به بیان ساده‌تر، هم پدربزرگ (پدری) و هم پدر او زنده باشند. در این صورت باید دید آیا می‌توان یکی را بردیگری مقدم شمرد. در فقه امامیه این مسأله مطرح و مورد اختلاف است. بعضی آنان را، از لحاظ اینکه کلمه جد بر هر دو صادق است، برابر دانسته و برخی جد ادنی را مقدم بر جد اعلی قرار داده و در تأیید نظر خود مخصوصاً به آیه شریفهٔ واولوالارحام بعضهم اولی ببعض (خویشاوندان بعضی بر بعض دیگر مقدمند) استناد کرده‌اند و بعضی نیز جد اعلی را مقدم شمرده‌اند[1]. در حقوق جدید نیز قبل از وضع قانون جدید حمایت خانواده، مسأله مطرح شده و بعضی از استادان حقوق اظهارنظر کرده‌اند که کلمه مذکور در ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی شامل اجداد هر چه بالا رود نیز می‌گردد و با بودن جدپدری پدرجد ولایت ندارد.[2] به هرحال، اگر در زمان حکومت قانون مدنی، از لحاظ اطلاق کلمه جد برپدر بزرگ و پدر او و مشترک بودن کلمه نسبت به هر دو ممکن بود ولایت پدر جد همزمان با جدپدری پذیرفته شود، و آنان در عرض یکدیگر قرار گیرند، امروزه با توجه به ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده، نمی‌توان این نظر را قبول کرد، زیرا این قانون پدر را بر جد مقدم داشته و از اینجا می‌توان استنباط کرد که درحقوق امروز نزدیکی درجه قرابت یک عامل اساسی در تعیین ولی قهری است و از این لحاظ جد

۱ـ شیخ انصاری، مکاسب، چاپ سنگی تهران، همراه با ملحقات، ص ۱۵۲؛ سیدمحمدجواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۵، کتاب الحجر، ص ۲۵۷؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، کتاب الحجر، ص ۴۰۰.

۲ـ استاد دکترحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۳۹، ص ۲۰۳.

ادنی باید مقدم بر جد اعلی باشد. به دیگر سخن، وقتی که قانون پدر را بر جد مقدم می‌دارد درواقع این فلسفه را پذیرفته است که در میان مردانی که ممکن است دارای سمت ولایت قهری باشند شخصی که به صغیر نزدیکتر است حق تقدم دارد. پس بر اساس همین فلسفه باید گفت جدپدری بر پدر او در امر ولایت مقدم خواهد شد و فقط در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت یا ناتوانی اولی است که دومی ممکن است ولی طفل شناخته شود. این راه حل از لحاظ مهر و محبت و دلسوزی بیشتری که معمولاً جد نزدیکتر به طفل دارد و حمایت بیشتری که از این جهت در آن نهفته است نیز مرجح می‌باشد.*

د ـ عزل یا انعزال ولی قهری

در فقه اسلامی اختیارات وسیعی به قاضی در امر ولایت تفویض شده است. ولایت حاکم ولایت عامه است و اصل این است که در هر مورد که ولی دیگری از طرف شارع تعیین نشده باشد حاکم به عنوان ولایت اقدام می‌کند و این معنی عموم ولایت حاکم است که فقها در مباحث بسیاری به آن اشاره کرده‌اند[1]. حتی در موردی که محجور ولی قهری داشته باشد، حاکم در صورت لزوم می‌تواند در راه مصلحت محجور دخالت کند و تصمیمات لازم اتخاذ نماید: می‌تواند دستوراتی در جهت حفظ منافع محجور صادر کند، می‌تواند ضم امین کند، یعنی شخص امین و مورد اعتمادی را برای همکاری با ولی تعیین نماید. در این صورت اختیارات ولی محدود خواهد شد و استقلال او در اداره امور محجور از میان خواهد رفت. حتی در حقوق اسلامی، به قاضی اجازه عزل ولی قهری در صورت ثبوت خیانت یا عدم لیاقت او داده شده است. صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «هرگاه برای حاکم حتی با قرائن و اوضاع و احوال آشکار گردد که پدر و جدپدری موجب ضرر طفل یا مجنون شده‌اند آنان را از باب حسبه عزل و از تصرف در امور مججور منع می‌کند... »[2]

قانون مدنی هم با استفاده از فقه اسلامی در زمینه ولایت قهری پاره‌ای اختیارات به دادگاه داده است: هرگاه ولی قهری منحصر طفل محجور شود، دادگاه به پیشنهاد دادستان برای طفل نصب قیم می‌کند (ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی). اگر ولی قهری منحصر به واسطه غیبت یا حبس یا به هر علتی نتواند به امور مولی علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر

---

*ـ به نظر می‌رسد که عقیدهٔ آن دسته از صاحب نظرانی که ولی نزدیک را مقدم بر ولی دور دانسته‌اند قوی‌تر و به صواب نزدیکتر است و در حقوق امروز نیز می‌توان آن را پذیرفت (رجوع شود به دکترسیدحسین صفائی و دکتر اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۱۴۹).

۱ـ عناوین میرفتاح، عنوان ۷۲، ص ۳۵۳.

۲ـ جواهر، جلد تجارت، کتاب الحجر، ص ۴۰۰.

امین به پیشنهاد دادستان برای تصدی و اداره امور محجور موقتاً معین خواهد کرد (ماده ۱۱۸۷). هرگاه ولی قهری طفل لیاقت اداره کردن اموال مولی علیه را نداشته یا در مورد اموال او مرتکب حیف و میل گردد، به تقاضای خویشان طفل یا به تقاضای دادستان، بعد از ثبوت عدم لیاقت یا خیانت او، دادگاه یک نفر امین به ولی منضم می‌کند. همین حکم در موردی نیز جاری است که ولی طفل به واسطه کبر سن یا مرض یا امثال آن قادر به اداره کردن اموال مولی علیه نباشد (ماده ۱۱۸۴).

این اختیاراتی است که قانون مدنی در مورد ولایت قهری به قاضی داده است لیکن قانون مذکور اختیار عزل ولی قهری را به دادگاه به صراحت نداده بود و این نیز مبتنی بر احترام بیش از حد به سنت پدرسالاری بود: در خانواده پدرسالاری عزل پدر یا جدپدری از ولایت و کوتاه کردن دست او از کار فرزندش امری خطیر و شاید از لحاظ احساسات جامعه غیرقابل تحمل می‌نمود. از اینرو در نظام قانون مدنی به ضم امین اکتفا شده بود و عزل ولی قهری مجوزی نداشت، در حالیکه گاهی مصلحت محجور اقتضا می‌کرد که ولی قهری خائن یا نالایق از کار محجور برکنار شود و شخص دیگری به جای او تعیین گردد. به هر تقدیر، قانون مدنی از این لحاظ قابل انتقاد بود، بویژه آنکه در این مورد پایگاهی در فقه اسلامی نداشت.

قانون جدید حمایت خانواده این نقصیه را رفع و علاوه بر تأیید ضم امین، عزل ولی قهری را تجویز کرد. این قاعده هم در مورد پدر و هم در مورد جدپدری و مادر قابل اجراست.* زیرا در مورد پدر ماده ۱۵ تصریح کرده است که در صورت ثبوت خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت او در اداره امور صغیر، ولایت به جدپدری یا مادر تعلق می‌گیرد حتی با توجه به لحن قانون حمایت خانواده می‌توان گفت در مورد ثبوت خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت، پدر از ولایت منعزل خواهد شد و حکم دادگاه در این مورد اعلامی خواهد بود.

در مورد عدم صلاحیت جدپدری و مادر هم قانون به دادگاه اجازه داده است که اقدام به ضم امین یا نصب قیم نماید. و نصب قیم درواقع مستلزم عزل یا انعزال جدپدری یا مادر است.

بخش دوم ـ مطالعهٔ تطبیقی

الف ـ اولیاء قهری در مکاتب فقهی و حقوق جدید کشورهای اسلامی

در همه مکاتب فقه اسلامی، اعم از خاصه و عامه، پدر دارای سمت ولایت قهری بر فرزند صغیر

---

*ـ امروزه در مورد مادر، به علت نداشتن ولایت قهری، مسأله عزل منتفی است ولی در مورد پدر و جدپدری می‌توان گفت: چون عزل مغایر با قانون مدنی نمی‌باشد، ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده در این خصوص به قوت و اعتبار خود باقی است (رجوع شود به: دکتر صفائی و دکترامامی، همان کتاب، ش ۱۵۸).

خود است. در مذهب مالکی و قوانین احوال شخصیه تونس[۱] و مراکش[۲] که مبتنی بر این مذهب می‌باشند پدر تنها ولی قهری به شمار می‌آید. در مذهب حنبلی نیز همین نظر پذیرفته شده است. درواقع بنابرعقیده مالکیان و حنبلیان، جدپدری به هیچ وجه دارای ولایت قهری بر شخص صغیر یا اموال او نیست و بعد از پدر ولایت به وصی او تعلق می‌گیرد و چنانچه وصی نباشد ولایت با حاکم شرع است[۳].

لیکن حنفیان و شافعیان و امامیان جدپدری را نیز دارای سمت ولایت قهری می‌شناسند. آنان به استناد بعضی از روایات و اخبار جدپدری را ملحق به پدر می‌دانند. گاهی نیز در این زمینه به مهر و علاقه جدپدری نسبت به نوه خود استدلال کرده‌اند. لیکن مهر و علاقه، اگر بتواند مبنای اعطای ولایت قرار گیرد، نزد جد مادری و جدات پدری یا مادری نیز وجود دارد. پس چرا آنان ولی قهری شناخته نشده‌اند؟ دلیلی که علاوه بر روایات می‌توان برای الحاق جدپدری به پدر ذکر کرد، و به نظر ما یک دلیل بنیادی است، همان نظام پدرسالاری است، نظامی که از دوره پیش از اسلام وجود داشته و هنوز در کشورهای اسلامی زنده است.

به هرحال، جدپدری در مذاهب امامی، حنفی و شافعی ولی قهری شناخته شده است. معهذا در همه این مذاهب درجهٔ او در مقام مقایسه با پدر و وصی او یکسان نیست.

شافعیان گفته‌اند: جدپدری از لحاظ سلسله مراتب بعد از پدر قرار می‌گیرد، لیکن بر وصی منصوب از جانب او مقدم می‌شود.

حنفیان برآنند که در اداره اموال، وصی پدر بر جد پدری مقدم است و جدپدری فقط در صورتی که وصی وجود نداشته باشد، دارای سمت ولایت خواهد بود[۴] و چنین استدلال می‌کنند که پدر کسی است که بیش از هر شخص دیگر به فرزند خود مهر دارد، پس اگر شخصی را به عنوان وصی تعیین کند، بدان جهت است که این کار را به مصلحت طفل می‌داند و از این لحاظ ارادهٔ او باید بعد از فوتش محترم شمرده شود، همانطور که در زمان حیاتش محترم است.[۵]

۱ـ مواد ۱۵۴ و ۱۵۵ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶.

۲ـ مواد ۱۴۸ و ۱۴۹ قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۸ ـ ۱۹۵۷.

۳ـ محمدجواد مغنیة، الاحوال الشخصیة علی المذاهب الخمسة، چاپ بیروت ۱۹۶۴، ص ۳۵۵؛ محمدابوزهره، الاحوال الشخصیة، چاپ سوم، قاهره ۱۹۵۷، ص ۴۶۸، شماره ۳۷۴.

۴ـ مجلةالاحکام العدلیة، ماده ۹۷۴؛ قانون احوال شخصیه مصر (قدری پاشا) ماده ۴۳۳. این قوانین امروزه قدرت اجرائی ندارند، هرچند که از منابع مهم فقه حنفی به شمار می‌آیند.

۵ـ ابوزهره، همان کتاب، شماره ۳۷۴، ص ۴۶۸.

نظریه حنفیان صریحاً مورد قبول قانونگذار مصر قرار گرفته است[۱] و می‌توان گفت: در حقوق سوریه نیز همین راه حل پذیرفته شده است[۲]، هرچند که مواد قانون احوال شخصیه سوریه درباره تقدم وصی پدر بر جدپدری صراحت ندارد.

باید یادآور شد که حنفیان در ولایت بر نفس، یعنی ولایتی که برای امور غیرمالی مانند مواظبت شخص و تعلیم و تربیت و نظارت در ازدواج صغیر است، برای وصی پدر سمتی قائل نیستند، و نیز بر این عقیده‌اند که در صورت فقدان پدر و جدپدری سایر خویشان ذکور پدری (عصبه) به ترتیب تقدم در ارث ولایت بر نفس خواهند داشت.[۳]

حقوق امامیه که قانون مدنی ایران از آن پیروی کرده است، چنانکه پیش گفتیم، دارای خصوصیتی در این زمینه است زیرا جدپدری را همطراز و در ردیف پدر قرار داده و برای هر یک از آنان ولایت قهری برای اداره امور مالی و غیرمالی صغیر و نمایندگی قانونی او چه در زمان حیات دیگری و چه پس از فوت او قائل شده است. این راه حل دارای این فایده است که یک نوع تعدد ولی که به سود محجور است مقرر می‌دارد، بدون اینکه اشکالی در اداره امور او ایجاد کند. زیرا پدر و جدپدری می‌توانند منفرداً و مشترکاً امور محجور را اداره کنند و اعمال حقوقی به نمایندگی او انجام دهند. هر یک از آنان مکلف است مصلحت محجور را رعایت کند و چنانچه اعمالی برخلاف مصلحت او از دیگری مشاهده کرد جلوی او را بگیرد و در صورت لزوم برای حفظ حقوق محجور به مقامات صالحه قانونی رجوع کند. درواقع درنظام مورد قبول فقه امامیه، پدر و جدپدری در اداره امور محجور با یکدیگر همکاری و اعمال یکدیگر را کنترل می‌کنند و در عین حال برای اینکه تأخیری در کارها به زیان محجور روی ندهد، هر یک می‌تواند به استقلال اقدام کند و در صورت حجر یا ناتوانی یا عزل یکی از آن دو، اداره امور صغیر به عهده دیگری خواهد بود.

در فقه امامیه و قانون مدنی، هر یک از پدر و جدپدری فقط بعد از فوت دیگری می‌تواند برای اداره امور فرزند تحت ولایت خود، وصی معین کند و هیچیک از آنان با حیات دیگری نمی‌تواند برای مولی علیه خود وصی تعیین نماید (مواد ۱۱۸۸ و ۱۱۸۹). به تعبیر دیگر، پدر یا جد پدری در زمانی که ولی قهری دیگری وجود دارد، نمی‌تواند اختیارات خود رابه شخص ثالثی به عنوان وصی تفویض کند.[۴]

۱ـ ماده ۱ قانون مصری شماره ۱۱۹ مصوب ۱۹۵۲ راجع به احکام ولایت برمال.

۲ـ مستنبط از مواد ۱۷۲ و ۱۷۶ (بند ۱) قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳.

۳ـ محمد ابوزهره، کتاب مذکور، ص ۵۳۶ و ۵۳۷؛ صبحی محمصانی، المبادیء الشرعیة و القانونیة، ج ۱، بیروت ۱۹۵۹، ص ۶۸ ـ ۶۷؛ مصطفی السباعی، شرح القانون الاحوال الشخصیة، ج ۱، دمشق ۱۹۵۸، ص ۳۰۷.

۴ـ محقق حلی، شرایع الاسلام، چاپ عبدالرحیم، ص ۱۴۵.

به هر تقدیر، راه حل مورد قبول در فقه امامیه راه حلی اصیل است که با آنچه در سایر مکاتب حقوق اسلامی پذیرفته شده متفاوت است. این راه حل، چنانکه اشاره کردیم، در قانون مدنی ایران پذیرفته شده ولی قانون جدید حمایت خانواده آن را دگرگون کرد، بدین معنی که جدپدری را بعد از پدر (در درجه دوم) قرار داد. بدینسان قاعده جدیدی که در حقوق ایران پذیرفته شده آن را به نظریه شافعیان نزدیک کرده است:

جد پدری بعد از پدر و مقدم بر وصی اوست.* البته با توجه به قانون حمایت خانواده باید گفت: پدر یا جدپدری، حتی بعد از وفات دیگری، در صورتی که مادر زنده و شایسته ولایت باشد، حق تعیین وصی را نخواهد داشت. و این قاعده‌ای است که در هیچیک از مکاتب حقوق اسلامی و قوانینی که بر پایه آنها تنظیم شده‌اند نظیر ندارد.

اعطای ولایت قهری به مادر نیز در فقه اسلامی و قوانین جدید کشورهای اسلامی نادر است. در فقه اسلامی بعضی از فقهای شافعیه قائل به آن شده و مادر را از لحاظ ولایت بر مال بعد از پدر و جدپدری و مقدم بر وصی آنها دانسته‌اند. ابوسعید اصطخری از فقهای شافعیه دارای این نظر است و به زیادت مهر مادر نسبت به فرزند استدلال کرده است.[1] بعضی از فقهای حنفیه هم در ولایت بر نفس گفته‌اند: در صورت نبودن اقرباء ذکور پدری، ولایت به مادر تعلق می‌گیرد و در صورت فقدان مادر، خویشان مادری با رعایت درجه قرابت، ولی بر نفس خواهند بود.[2]

در قوانین جدید، علاوه بر قانون حمایت قانون ایران، قانون الجزائر مصوب ۱۱ ژوئیه ۱۹۵۷ که مقررات راجع به ولایت و قیمومت و غایب مفقودالاثر را اصلاح کرده برای مادر در صورت فوت یا سقوط ولایت پدر و به شرطی که پدر وصی تعیین نکرده باشد، ولایت قانونی (قهری) قائل شده است. تفاوت این قانون با قانون ایران آن است که در حقوق ایران، بعد از پدر ولایت به یکی از مادر یا جدپدری تعلق می‌گیرد، در حالی که در حقوق الجزائر، به تبعیت از حقوق مالکی، ولایت قهری به جدپدری داده نشده است. وانگهی در حقوق این کشور وصی پدر بر مادر مقدم است، حال آنکه در حقوق ما، بنابر آنچه گفتیم، مادر بر وصی مقدم می‌باشد.

ب ـ عزل ولی قهری و نصب امین در قوانین کشورهای اسلامی

در بعضی از قوانین جدید کشورهای اسلامی از عزل ولی قهری و نصب امین موقت به جای او

---

*ـ چنانکه اشاره شد، در حقوق مدنی امروز پدر و جدپدری از لحاظ ولایت برابر هستند.

۱ـ علامه حلی، تذکرةالفقهاء، چاپ ۱۳۴۹ هجری قمری (ناقص) کتاب الحجر، الفصل الرابع، المتولی لمال الطفل و المجنون والسفیه، ص ۹۲؛ محمدجواد مغنیه، الاحوال الشخصیة علی المذاهب الخمسة، ص ۳۵۵.

۲ـ صبحی محمصانی، المبادیء الشرعیة والقانونیة، ج ۱، چاپ بیروت، ۱۹۵۹ ص ۶۷ و ۶۸؛ المصطفی الزرقاء، المدخل الفقهی العام، چاپ سوم، دمشق ۱۹۵۲ ، ص ۵۴۳ و ۵۴۴.

سخن گفته شده است. به طور کلی قوانین مصر و سوریه و عراق صریحاً به قاضی اجازه داده‌اند که اختیارات ولی قانونی را در صورت لزوم محدود و حتی او را برکنار نماید[۱]. به علاوه قوانین مصر و سوریه تعیین امین موقت را در صورت غیبت یا زندانی شدن ولی قهری یا وجود مانعی در راه انجام وظیفه او و نبودن ولی دیگر پیش بینی کرده‌اند.[۲] البته در این قوانین بجای امین موقت که اصطلاح حقوق ایران است وصی موقت بکار رفته است ولی مقصود در واقع یکی است. به علاوه در قانون مصر مقرر شده است که وظائف و اختیارات وصی موقت همان وظائف و اختیارات وصی منصوب از جانب ولی و وصی منصوب از طرف قاضی (قیم) است.[۳] در حقوق سوریه نیز با توجه به اینکه کلمه وصی دارای معنای گسترده‌ای است و وظائف و اختیاراتی برای وصی به طور کلی مقرر شده است ظاهراً همان راه حل مورد قبول قرار گرفته است.[۴] تفاوت قابل توجهی که قانون مصر و سوریه با قانون ایران در این خصوص دارد این است که در حقوق ایران وظائف و اختیارات امینی که بجای ولی قهری تعیین می‌شود روشن نیست و این مسأله قابل بحث است.

ج ـ حقوق فرانسه

آنچه تاکنون گفتیم مربوط به حقوق کشورهای اسلامی بود. اکنون بجاست به عنوان نمونه بارزی از حقوق غربی که در قواعد خانواده بر پایه حقوق مسیحی و فرهنگ و سنتهای متفاوتی نهاده شده است، از حقوق فرانسه در زمینه ولایت قهری سخن بگوئیم، هرچند که به علت اختلاف مبانی و مفاهیم حقوقی اختلاف در اینجا بسیار و مقایسه دشوار است.

در حقوق فرانسه اصطلاحی که نزدیک به ولایت قهری است اصطلاح autorité parentale (ولایت ابوینی) است که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئیه ۱۹۷۰ جایگزین اصطلاح قدیمی قدرت پدری puissance paternelle شده است. با بکار بردن اصطلاح اول به جای دوم قانونگذار فرانسه خواسته است اعلام کند که:

اولاً رابطه بین ابوین و اطفال دیگر یک رابطه ناشی از تسلط و قدرت شخصی آنان نیست و به تعبیر دیگر، اختیارات ابوین مخصوصاً پدر نسبت به اطفال در شمار حقوق و امتیازات فردی و مطلق نیست بلکه ولایتی است که برای حمایت از طفل به آنان واگذار شده است و درواقع مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف است. در قدیم رابطه پدر و فرزند را یک حق و قدرت مطلق نسبت

۱ـ مواد ۲۰ و ۲۳ قانون مصری مصوب ۱۹۵۲؛ ماده ۱۷۳ قانون احوال شخصیه سوریه و ماده ۱۰۳ قانون احوال شخصیه عراق.

۲ـ مواد ۲۱ و ۳۲ قانون مصری ۱۹۵۲ و ماده ۱۷۴ قانون احوال شخصیه سوریه.

۳ـ ماده ۳۴ قانون مصوب ۱۹۵۲.

۴ـ رجوع شود به مواد ۱۸۰ و تا ۱۸۸ قانون احوال شخصیه سوریه.

به شخص تلقی می‌کردند، هرچند که مفسران قانون و حقوقدانان فرانسوی آن را تعدیل کرده بودند.

ثانیاً این ولایت برخلاف گذشته اختصاص به پدر ندارد و مشترکاً برای پدر و مادر شناخته شده و آنان از این لحاظ برابر هستند. قبل از قانون ۱۹۷۰ ولایت و قدرت مذکور اساساً به پدر تعلق داشت و اگر هم مادر را بالقوه دارای این سمت می‌دانستند، حق اعمال آن را به شوهر به عنوان رئیس خانواده اختصاص می‌دادند.[1]

به موجب قانون ۱۹۷۰ که بعضی از مواد قانون مدنی فرانسه را اصلاح کرده است، هرگاه پدر و مادر مشروع زنده باشند و رابطه نکاح آنان منحل نشده و هر دو صلاحیت اعمال حقوق و تکالیف خود را داشته باشند، «ولایت ابوینی» به هر دو تعلق خواهد داشت و منحصر به پدر و مادر خواهد بود. البته اجداد و جدات (اعم از پدری و مادری) نیز داری پاره‌ای امتیازات نسبت به طفل، حتی در زمان حیات پدر و مادر، هستند، چنانکه می‌توانند با او مکاتبه کنند یا او را ملاقات نمایند و نمی‌توان آنان را جز با حکم دادگاه و دلائل موجه از این حق محروم کرد (ماده ۴ ـ ۳۷۱ بند ۱ قانون مدنی). همچنین اجداد می‌توانند از طرف صغیر حتی در زمان حیات پدر و مادر قبول هبه کنند. معهذا اختیارات اجداد در زمان حیات و در صورت اهلیت و شایستگی ابوین استثنائی است و اجداد و جدات دارای ولایت ابوینی autorité parentale نیستند و اصولاً نمی‌توانند درکار پدر و مادر مداخله کنند.[2]

ولایت ابوینی مشترکاً به وسیله پدر و مادر اعمال می‌شود و این اصل در قانون ۱۹۷۰ دوبار (در موارد ۲۱۳ و ۳۷۲ اصلاحی) اعلام شده است. البته در صورت بروز اختلاف بین پدر و مادر هر یک از آنان می‌توانند به قاضی قیمومت Juge des tulelles برای حل اختلاف رجوع کند.

در موارد استثنائی، مخصوصاً درمورد ازدواج، رضایت یکی از ابوین کافی است و وحدت نظر و توافق آنان لازم نمی‌باشد.

آنچه گفتیم در زمینه امور غیرمالی بود. اما در زمینه اداره اموال صغیر، با اینکه اصولاً پدر و مادر باید مشترکاً اقدام کنند و در این زمینه هم باید برابر باشند، قانونگذار فرانسه برای تسهیل کار و تسریع در اداره امور صغیر از این تساوی تا حدی عدول کرده و مقرر داشته است که اداره قانونی اموال administration légale به وسیله پدر و با همکاری مادر انجام خواهد شد (ماده ۳۸۳ قانون مدنی فرانسه). همکاری مادر در اعمال ناقله actes de disposition یعنی اعمال مهمی که قیم فقط با اجازهٔ شورای خانواده می‌تواند انجام دهد (مانند فروش اموال غیرمنقول و اوراق بهادار، صلح، رهن

1- J.CARBONNIER, Droit civil, T.2,9e édit., paris 1972, no 128.,p.383 et s.; A. WEILL, Droit civil, T.I, 2e vol. 3e édit., Paris 1972 no 710 p. 631 et 632.

۲ـ کاربنیه، همان کتاب، ش ۱۲۹، ص ۳۸۵ و ۳۸۶؛ ویل، همان کتاب، ش ۷۰۴، ص ۶۲۷ و ۶۲۸.

و اجاره به مدت زائد بر ۹ سال) لازم است و همکاری بدین معنی است که پدر بدون موافقت مادر نمی‌تواند این اعمال را به نمایندگی از محجور انجام دهد. اما در اعمال اداری actes d'administration یعنی اعمال کم اهمیتی که قیم به تنهائی و بدون اجازه مقام دیگر می‌تواند انجام دهد (مانند فروش اشیاء منقول مورد استفاده در زندگی عادی، اجاره به مدت ۹ سال یا کمتر و اقامه دعوای مالی) پدر می‌تواند مستقلاً اقدام کند و نیازی به همکاری و موافقت مادر ندارد.[۱]

هرگاه یکی از ابوین توانائی یا لیاقت اعمال ولایت را نداشته باشد، اعمال ولایت به موجب حکم دادگاه به دیگری واگذار می‌گردد (ماده ۳۷۳ قانون مدنی).

هرگاه طلاق یا تفریق جسمانی بین زوجین واقع شود، اعمال ولایت به طرفی محول می‌شود که دارای حق حضانت است. البته طرف دیگر حق ملاقات با طفل را خواهد داشت (ماده ۳۰۲ به بعد و ماده ۲ ـ ۳۷۳).

در صورت فوت یکی از ابوین، اعمال ولایت به آنکه زنده است تعلق خواهد یافت (ماده ۱ ـ ۳۷۳) با این تفاوت که اداره اموال محجور تحت نظارت دادگاه قرار خواهد گرفت.

هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند ولایت ابوینی اصولاً ساقط می‌شود (ماده ۴ـ ۳۷۳)، معهذا بعضی از آثار آن برای اجداد و جدات (پدری و مادری) باقی می‌ماند: اینان علاوه بر حق ملاقات و مکاتبه با طفل، حق موافقت با ازدواج صغیر را خواهند داشت (ماده ۱۵۰ بند ۱).[۲]

در قانون فرانسه عزل یا انعزال پدر و مادر از سمت ولایت و از دست دادن حقوق ناشی از ولایت جزئاً یا کلاً به طور موقت یا دائم در موارد خاصی پیش بینی شده است و قانون فرانسه در این زمینه دارای تفصیلی بیشتر از قوانین کشورهای اسلامی است. به طور کلی، در حقوق فرانسه، در موارد حجر، یا عدم لیاقت یا ناتوانی یا محکومیت به بعضی از جرائم یا تفویض حقوق به دیگری، ولایت ساقط خواهد شد.[۳]

علاوه بر ولایت ابوینی که ویژه پدر و مادر است در حقوق فرانسه یک نهاد حقوقی به نام ولایت قانونی tutelle légale وجود دارد که مخصوص اجداد و جدات است. هرگاه پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری، برای سرپرستی طفل، وصی معین نکرده باشد، ولایت بر محجور به حکم قانون به جد یا جده‌ای که از لحاظ درجه قرابت به طفل نزدیکتر است واگذار می‌گردد و چون ولایت ناشی از حکم مستقیم قانون است لذا آن را ولایت قانونی نامیده‌اند.

۱ـ ویل، همان کتاب، ش ۷۷۳، ص ۶۹۴ و ۶۹۵؛ کاربنیه، همان کتاب، ش ۱۳۸ ، ص ۴۲۲.

۲ـ ویل، همان کتاب، ش ۷۳ به بعد، ص ۶۵۱ به بعد؛ کاربنیه، ش ۱۲۹، ص ۳۸۵ به بعد.

۳ـ رجوع شود به ماده ۳۷۳ قانون مدنی فرانسه؛ ویل همان کتاب، ش ۷۳۲، ص ۶۵۴ و ۶۵۵؛ کاربنیه، ش ۱۲۹، ص ۳۸۹.

در صورتی که چند نفر جد و جده در درجه مساوی وجود داشته باشند، شورای خانواده[۱] می‌تواند ولایت را به یکی از آنان محول کند یا وظائف ولایت را تقسیم و نگاهداری طفل را به یکی از آنان و اداره اموال او را به دیگری واگذار نماید.[۲]

به هر حال اختیارات جد، در صورتی که ولی قانونی شناخته شود، محدودتر از اختیارات پدر و مادر است و مانند اختیاراتی است که به وصی tuteur testamentaire و قیم منتخب شورای خانواده tuteur datif واگذار شده است. این اشخاص زیر نظر شورای خانواده و قاضی قیمومت انجام وظیفه می‌نمایند. به طور کلی رژیم tutelle که به موجب قانون مصوب ۱۹۶۴ اصلاحات مهمی در آن انجام شده است شامل ولایت قانونی جد یا جده نیز می‌گردد.[۳]

مقایسهٔ کلی و نتیجه

از آنچه گفتیم آشکار شد که در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی، پدر و مادر از لحاظ ولایت قهری برابر هستند. این تحولی است که با قانون ۱۹۷۰ در فرانسه ایجاد شده است و قبلاً پدر در درجه اول قرار داشته و مقدم بر مادر بوده است. حتی امروز با اینکه اداره اموال صغیر که از آثار ولایت بشمار می‌آید اصولاً باید به عهده پدر و مادر باشد و آنان، طبق اصل برابری، باید متساویاً و مشترکاً در این زمینه اقدام کنند، اداره قانونی اموال صغیر در درجه اول به عهده پدر است که با همکاری مادر آن را اعمال می‌کند و حتی در اعمال اداری صرف، این همکاری لازم نیست و پدر می‌تواند مستقلاً اقدام کند.

بنابراین چیزی از نابرابری گذشته و تقدم پدر بر مادر در اداره امور صغیر هنوز در حقوق فرانسه دیده می‌شود و این نابرابری را بعضی چنین توجیه کرده‌اند که در زمینهٔ اداره اموال، اشخاص ثالث که با صغیر طرف معامله واقع می‌شوند، در واقع می‌خواهند یک نفر مسئول در برابر خود داشته باشند و مهم این است که طفل یک نماینده قانونی داشته باشد که مخصوصاً در صورت بروز اختلاف و

۱ـ شورائی است از خویشان نسبی و سببی پدر و مادر صغیر که به وسیله قاضی قیمومت انتخاب و به عضویت شورا منصوب می‌گردند. رجوع شود به مقاله مؤلف تحت عنوان قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه مندرج در کتاب تحولات حقوق خصوصی، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ص ۱۴۷ به بعد.

۲ـ مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ اصلاحی قانون مدنی فرانسه و نیز رجوع شود به ویل، کتاب مذکور، ش ۷۹۴، ص ۷۰۸؛ کاربنیه، همان کتاب، ش ۱۴۱، ص ۴۳۴.

۳ـ برای بحث تفصیلی از قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه رجوع شود به: دکتر صفائی، قیمومت بر صغار در حقوق فرانسه، کتاب مذکور، ص ۱۳۰ به بعد.

دعوی از منافع او دفاع کند.[۱]

به هر حال، اختلاف مهم و چشمگیری که حقوق فرانسه در مورد ولایت قهری با حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی دارد همان برابری پدر و مادر در حقوق فرانسه و تقدم پدر بر مادر در حقوق کشورهای اسلامی است. این اختلاف بارز بین حقوق فرانسه و حقوق بعضی دیگر از کشورهای غربی که جزء خانواده حقوق نوشته (رومی و ژرمنی) و دارای تمدن مشترک با فرانسه هستند نیز مشهود است: قانون مدنی سویس اعلام می‌دارد که اقتدار (ولایت) پدری puissance paternelle مشترکاً به وسیله پدر و مادر اعمال می‌شود. لیکن در صورت بروز اختلاف بین آنان، تصمیم پدر قاطع خواهد بود. قانون بلژیکی مصوب ۸ آوریل ۱۹۶۵ اختیار اخذ تصمیم را به پدر می‌دهد، در عین اینکه به مادر امکان می‌دهد که به دادگاه رجوع کند. قوانین اسپانیا، اتریش، هلند و ایتالیا به صراحت تفوق و تقدم پدر در اعمال ولایت را پذیرفته‌اند. لیکن در آلمان تساوی کامل پدر و مادر در این زمینه قبول شده است.[۲]

در پایان بحث بجاست نکته‌ای چند را به عنوان نتیجه یادآوری نمائیم:*

۱ـ حقوق ایران در زمینه ولایت قهری تحولی چشمگیر داشته و در جهت حمایت از حقوق طفل و مادر قواعد تازه‌ای را پذیرفته است.

۲ـ حقوق ایران با اصلاحاتی که در آن به عمل آمده به حقوق کشورهای دیگر به ویژه کشورهای اسلامی نزدیک شده است، از این لحاظ که قانونگذار جدید پدر را در زمینه ولایت قهری در درجه اول و مقدم بر جدپدری قرار داده و تا زمانی که پدر زنده و دارای اهلیت و شایستگی است، قانون او را منحصراً ولی قهری طفل شناخته است.

۳ـ حقوق ایران مانند حقوق فرانسه و بعضی دیگر از کشورها برای مادر نیز سمت ولی قهری قائل شده، هرچند که در حقوق ایران با توجه به سنتها و واضاع و احوال اجتماعی به ویژه تجربه و آمادگی بیشتری که معمولاً پدر برای انجام وظائف ولایت دارد، مادر از این لحاظ در ردیف پدر قرار داده نشده، بلکه بعد از پدر و در ردیف جدپدری جای گرفته است. لزوم سرعت و وحدت نظر در اعمال ولایت و جلوگیری از اینکه اختلاف نظر در اداره امور طفل موجب زیان او گردد می‌تواند مؤید این راه حل باشد.

۴ـ در حقوق ایران با وجود پیشرفتی که در این مسأله دیده می‌شود، نارسائیها و ابهاماتی وجود

۱ـ ویل، همان کتاب، ش ۷۷۳، ص ۶۹۴ و ۶۹۵.

۲ـ همان مأخذ، زیرنویس شماره ۴۰، صفحات ۶۳۱ و ۶۳۲.

*ـ این نتیجه گیری ناظر به مقررات قبل از پیروزی انقلاب است و حقوق امروز ایران با حقوق کشورهای دیگر، در زمینه ولایت قهری فاصله بیشتری دارد.

دارد: ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده از لحاظ فنی، خوب تنظیم نشده و از این رو مشکلاتی پدید آورده است که حل آنها با دخالت قانونگذار یا رویه قضائی امکان پذیر است. شک نیست که علمای حقوق نیز در این زمینه می‌توانند نقش سازنده‌ای داشته باشند.

مقالهٔ چهارم

مقایسهٔ قوانین و مقررات طلاق
با نگاهی به حقوق ایران[1]

طلاق پدیده‌ای است که از دیرباز در جوامع مختلف بشری شناخته شده و مورد توجه جامعه‌شناسان و متفکران و مصلحان اجتماعی و قانونگذاران و حقوقدانان بوده و لااقل به عنوان یک «بدضروری» پذیرفته شده است.

درگذشته در بعضی از کشورهای اروپائی وامریکائی بویژه درکشورهائی که مذهب کاتولیک در آنجا نفوذ و رواج بسیار داشت طلاق ممنوع بود. لیکن امروزه حتی در این دسته از کشورها، به استثنای بعضی از کشورهای امریکای لاتین (آرژانتین ـ برزیل ـ شیلی کلمبی و پاراگوئه) و اسپانیا و ایرلند جنوبی، طلاق پذیرفته شده است. در ایتالیا که به سرسختی در نپذیرفتن طلاق شهرت داشت، به موجب قانون ۱۹۷۰ و پس از بحثها و اختلافات زیاد و ارجاع امر به دادگاه قانون اساسی و همه پرسی، سرانجام انحلال نکاح به حکم دادگاه پذیرفته شد، هرچند که قانونگذار از بکار بردن کلمهٔ

۱ـ این مقاله که در نشریهٔ موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران (شماره چهارم ۱۳۵۷) منتشر گردیده مطالعه‌ای تطبیقی و یک نتیجه‌گیری کلی از گزارشهای تحقیقی است که خانم شهناز نیک‌انجام و آقایان دکتر پرویز انصاری، دکتر محمود عرفانی، دکتر هادی خراسانی و دکتراسدا... امامی در ارتباط با طلاق در نظامهای مختلف حقوقی به مؤسسه یاد شده داده‌اند. مقایسه با حقوق ایران از آن نویسنده مقاله است و در این قسمت، مقاله با پاورقیهایی که با علامت * مشخص شده به هنگام درآمده و با مقررات جدید طلاق هماهنگ شده است.

طلاق divorce خودداری کرده است. اتریش و پرتقال که تا چندی پیش برای کاتولیکها طلاق را ممنوع می‌داشتند، امروزه برای همه اتباع خود آن را مجاز شناخته‌اند.[1]

در عصر جدید، به علت تحول افکار و عقاید و از هم گسیختگی بسیاری از خانواده‌ها و افزایش آمار طلاق، این مسأله بیش از پیش مورد توجه واقع شده و در بسیاری از کشورها قوانین جدیدی در این زمینه به تصویب رسیده است که بررسی و مقایسه آنها جالب و آموزنده است. در کشور ما هم طلاق یک مسأله روز است و مطالعه تطبیقی در این باره می‌تواند حقوقدانان و قانونگذاران را سودمند باشد و در اصلاح حقوق ایران به کار آید. شک نیست که مسألهٔ طلاق به سایر نهادهای خانواده و عرف و عادت و سنتهای اجتماعی پیوسته است و از این رو هر کشور باید با توجه به این عوامل، راه‌حلهای مناسبی درباب طلاق بپذیرد و بهره‌گیری از حقوق تطبیقی باید با بصیرت و احتیاط و با درنظر گرفتن همه نهادهای خانوادگی و سنتهای ملی صورت گیرد.

به هر حال، در این مقاله، مقصود مقایسه‌ای مختصر بین قوانین و راه‌حلهای مختلف طلاق و نتیجه‌گیری کلی از مطالبی است که در مقالات ارائه شده از سوی همکاران مؤسسه حقوق تطبیقی آمده است. بررسی کوتاه راه‌حلهای حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق کشورهای دیگر نیز در این مقاله مورد نظر خواهد بود. در این مختصر ناگزیر به ذکر اصول و مقایسه‌های اساسی اکتفا خواهد شد و بحث از جزئیات موردی نخواهد داشت.

نخست علل طلاق و سپس تشریفات و آئین دادرسی و بالاخره آثار طلاق از دید حقوق تطبیقی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بخش اول. علل طلاق

در باب علل و موجبات طلاق یعنی اموری که مجوز طلاق است و به استناد آنها می‌توان اقدام به طلاق کرد در نظامهای حقوقی راه حلهای متفاوت دیده می‌شود. در اینجا به اختصار از نظامهای حقوقی که در مقالات ارائه شده مورد بحث قرار گرفته‌اند سخن می‌گوئیم و عندالاقتضاء آنها را با حقوق ایران مقایسه می‌کنیم.

الف ـ حقوق اسلام و بعضی از کشورهای اسلامی ـ دراین دسته ارادهٔ یک جانبه مرد از علل طلاق است. در مذاهب مختلف حقوق اسلامی این قاعده پذیرفته شده و در اغلب کشورهای اسلامی از جمله مصر ـ سوریه و مراکش نیز این قاعده همچنان معتبر و مورد قبول است. در قانون مدنی ایران

1- Marc ANCEL, Le divorce a l'étranger, Paris 1975, p. 15; A. WEILL, F. TERRE, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 4e édit., Paris 1978, no 356,p. 313 et s.; G.MARTY, P.RAYNAUD, Droit civil, les personnes, 3e édit. Paris 1976, no 264,p. 334 et s.

هم به پیروی از فقه اسلامی مقرر شده بود که «مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد» (ماده ۱۱۳۳). در میان کشورهائی که در حقوق خانواده اصولاً از حقوق اسلامی پیروی می‌کنند، در تونس و عراق و ایران، با توجه به مقتضیات جدید و سوء استفاده‌ای که مردها از این اختیار می‌کردند، اختیار مزبور به موجب قوانین جدید محدود شده است. برابر مواد ۳۰ و ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ طلاق باید به حکم دادگاه واقع شود و دادگاه فقط در موارد خاص پیش بینی شده در قانون به درخواست زوج یا زوجه یا تراضی زوجین حکم به طلاق خواهد کرد. برابر مادهٔ ۳۹ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹، کسی که می‌خواهد طلاق بدهد یا طلاق بگیرد باید در دادگاه شرع اقامه دعوای طلاق کند و حکم طلاق بدست آورد و هرگاه مراجعه به دادگاه متعذر باشد باید در خلال مدت عده، طلاق را در دفتر دادگاه به ثبت برساند. با وجود این، قانون مدنی عراق برای طلاق به تقاضای شوهر علل خاصی ذکر نکرده است.

در حقوق ایران قانون حمایت خانواده اختیار مطلق مرد را در مورد طلاق نسخ کرده* و طلاق را فقط در موارد خاص و با صدور گواهی عدم امکان سازش از طرف دادگاه مجاز شناخته است. بنابراین، حقوق ایران در این خصوص همانند حقوق تونس است، و با حقوق عراق نیز از این لحاظ شباهت دارد که در هر دو حقوق مرد هم برای طلاق باید به دادگاه رجوع کند، و پیداست که هر سه حقوق از این جهت از فقه اسلامی فاصله گرفته‌اند.

در نظام حقوق اسلام و بعضی از کشورهای اسلامی که در احوال شخصیه به آن کاملاً وفادار مانده‌اند، از جمله مصر و سوریه و مراکش، توافق زوجین با شرایطی از موجبات طلاق است. طلاق خلع در کشورهای اسلامی به تبعیت از فقه همچنان معتبر است. در بعضی از این کشورها قانونگذار جدید از آن پا فراتر گذارده و طلاق به تراضی را که اعم از خلع است معتبر شناخته است (بند ۲ ماده ۳۱ قانون احوال شخصیه تونس و بند ۱ ماده ۸ قانون جدید حمایت خانواده ایران مصوب ۱۳۵۳). نکتهٔ دیگر آن که فرقی بین طلاق خلع و مبارات در حقوق عامه و قوانین کشورهای عربی دیده نمی‌شود و تفکیک بین این دو نوع طلاق ظاهراً از ویژگیهای فقه امامیه است که در قانون مدنی ایران (مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷) نیز منعکس شده است. به هر حال، طلاق خلع و مبارات که طلاق در ازاء مالی است که زن به شوهر می‌دهد از اقسام طلاق با توافق زوجین به شمار می‌آید. و به نظر می‌رسد که در حقوق امروز ایران با توجه به بند ۱ ماده ۸ قانون حمایت خانواده طلاق با توافق می‌تواند بدون پرداخت مالی از طرف زن به شوهر واقع شود که در این صورت عنوان خلع یا مبارات نخواهد

---

*- در حقوق امروز ایران، برای طلاق مراجعه به دادگاه و گواهی عدم امکان سازش لازم است، هرچند که نمی‌توان ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی را منسوخ دانست.

داشت.* بدینسان حقوق ایران، همانند حقوق تونس، در این زمینه به حقوق فرانسه و بلژیک و کشورهای دیگری که طلاق با توافق را به طور کلی پذیرفته‌اند نزدیک شده است.

در حقوق اسلام و قوانین جدید کشورهای عربی که مبتنی بر فقه اسلامی است، علاوه بر اراده مرد و توافق زوجین (با شرایط خاص) علل دیگری برای طلاق به نفع زن پیش بینی شده است مانند غیبت زوج، امتناع یا عجز از انفاق، ضرر و شقاق (ناسازگاری و اختلاف) و بعضی از عیوب[1]. نظیر این امور را در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده ایران به عنوان علل طلاق یا فسخ نکاح می‌توان یافت. تفاوت قابل توجهی که از لحاظ غیبت بین حقوق ایران و حقوق این دسته از کشورهای اسلامی وجود دارد، این است که در حقوق ایران با توجه به آنچه از بند ۱۴ ماده ۸ ** و بند ۹ ماده ۱۶ و روح قانون حمایت خانواده برمی‌آید، غیبت زوجه نیز با شرایط و تشریفات مقرر می‌تواند علت طلاق برای زوج باشد، در حالی که در حقوق اسلامی و قوانین مبتنی بر آن، غیبت فقط از موجبات طلاق برای زن است. در واقع قانون حمایت خانواده خواسته و کوشش کرده است در این زمینه ـ و بطور کلی دربارهٔ طلاق ـ بین زن و مرد تساوی برقرار کند و از این لحاظ ۱۱ علت از ۱۴ علتی که در ماده ۸ این قانون برای طلاق ذکر شده مشترک بین زن و شوهر است. یعنی هر یک از این دو می‌تواند به استناد یکی از آنها درخواست گواهی عدم امکان سازش برای طلاق کند. فقط سه علت از علل طلاق به زن یا شوهر اختصاص دارد: بند ۱ مادهٔ ۸ که مربوط به استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم ایفاء سایر حقوق واجبه زن می‌باشد فقط مجوز طلاق برای زوجه است. در مقابل، بند ۳ مادهٔ مذکور «عدم تمکین زن از شوهر» را از علل طلاق به شمار آورده که فقط مجوز طلاق برای شوهر است. به علاوه بند ۱۰ مادهٔ یاد شده فقط به زن حق می‌دهد که «هر گاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید» درخواست گواهی عدم امکان سازش برای طلاق کند.*** بدینسان ملاحظه می‌شود که قانون ایران نظر به ایجاد

---

*ـ به نظر می‌رسد که در حقوق کنونی ایران با توجه به بازگشت به نظام قانون مدنی و فقه (تبصره ۲ ماده ۲ قانون دادگاههای مدنی خاص ۱۳۵۸) طلاق با توافق زوجین منحصر به خلع و مبارات است.

۱ـ رجوع شود به مواد ۱۰۵ تا ۱۰۸ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ و ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹.

**ـ مفاد این ماده امروزه به صورت شرط ضمن عقد به نفع زن در قباله‌های رسمی نکاح ذکر شده است که معمولاً زوجین آن را امضا می‌کنند و زن می‌تواند برای طلاق از آن بهره‌مند گردد.

***ـ با توجه به تبصره ۲ ماده ۳ قانون دادگاههای مدنی خاص، ماده ۸ قانون حمایت خانواده، تا آنجا که با قانون مدنی و احکام شرع مغایرت داشته نسخ ضمنی شده است.

تساوی بین زن و مرد در زمینهٔ طلاق داشته است هرچند که این تساوی در حقوق ما برخلاف حقوق اکثر کشورهای غربی و حقوق سوسیالیست مطلق نیست. در میان کشورهای اسلامی این تساوی را فقط در قانون احوال شخصیه تونس می‌توان یافت. اما در سایر کشورهای مسلمان که به حقوق اسلام بیشتر وفادار مانده‌اند هنوز تفاوت بین زن و مرد در این باب چشمگیر است.

ب ـ حقوق فرانسه و ایتالیا ـ فرانسه و ایتالیا هر دو از کشورهای حقوق نوشته یا رومانیست هستند و حقوق آنها عضو یک خانواده حقوقی محسوب می‌شود. معهذا در زمینهٔ طلاق تفاوت‌های مهمی بین آنها از دیرباز وجود داشته است. بویژه چنانکه می‌دانیم، تا سال ۱۹۷۰ طلاق درایتالیا ممنوع ولی در فرانسه مجاز بوده است. لیکن مقررات طلاق در هر دو کشور در سالهای اخیر اصلاح و از اختلاف بین دو حقوق دربارهٔ طلاق کاسته شده است. با وجود این هنوز اختلافات قابل توجهی بین حقوق فرانسه و ایتالیا در این باب دیده می‌شود. در هر دو کشور محکومیت به بعضی از مجازاتها از موجبات طلاق است. در هر دو کشور قطع زندگی مشترک علت طلاق محسوب می‌شود. در فرانسه به موجب قانون مصوب ۱۹۷۵ قطع زندگی مشترک در دو مورد مجوز طلاق است: یکی جدائی زوجین به مدت ۶ سال متوالی و دیگر اختلال قوای دماغی یکی از زوجین به مدت شش سال یا بیشتر (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ اصلاحی قانون مدنی). لیکن در ایتالیا قطع زندگی مشترک پس از احراز تفریق جسمانی و انقضاء مدتی از آن (لااقل ۵ سال) می‌تواند مجوز صدور حکم طلاق باشد. به علاوه تفاوتهای اساسی زیربین حقوق فرانسه و ایتالیا دیده می‌شود:

۱ـ توافق زوجین در فرانسه برابر قانون ۱۹۷۵ از موجبات طلاق به شمار آمده است، در حالی که در قانون ایتالیا توافق و تراضی زوجین به تنهائی نمی‌تواند مجوز طلاق باشد. البته زوجین می‌توانند به تفریق جسمانی توافق کنند و این تفریق در صورتی که مورد تأیید دادگاه واقع شده باشد، مقدمه طلاق محسوب می‌شود و پس از انقضاء مدتی یکی از زوجین یا هر دو با توافق یکدیگر می‌توانند براساس آن تقاضای طلاق کنند. بدینسان یک نوع طلاق با توافق در حقوق ایتالیا هم شناخته شده است. لازم به یادآوری است که در حقوق فرانسه طلاق با توافق یک نهاد حقوقی جدید است که تا سال ۱۹۷۵ مورد قبول نبوده و حتی به موجب آراء دادگاهها برخلاف نظم عمومی در روابط بین المللی تلقی می‌شده است. ولی قانون اخیر با توجه به تحول افکار و عقاید و اینکه عملاً بسیاری از طلاقها در فرانسه با توافق طرفین انجام می‌گرفته، هر چند که ظاهراً تقصیر یکی از زوجین یا هر دو مستند طلاق بوده، بالاخره به صراحت طلاق با توافق را پذیرفته و قواعدی برای تنظیم آن مقرر داشته که بسیار جالب و آموزنده است. این نکته نیز قابل ذکر است که در قانون فرانسه، درخواست طلاق با توافق در ظرف شش ماه اول زندگی زناشوئی پذیرفته نمی‌شود (ماده ۲۳۰ اصلاحی قانون مدنی).

۲ـ در ایتالیا منکوحه غیرمدخوله بودن علت طلاق به شمار آمده است و حال آنکه در قانون فرانسه چنین علتی برای طلاق پیش بینی نشده است. قاعده پذیرفته شده در حقوق ایتالیا از حقوق

مسیحی اقتباس شده و نشانگر این نکته است که حقوق ایتالیا هنوز بیش از حقوق فرانسه تحت تأثیر حقوق مسیحی قرار دارد.

۳ـ درحقوق ایتالیا، حکم به بطلان یا انحلال ازدواج یا وقوع نکاح جدید در خارج کشور، به شرط اینکه یکی از زوجین تبعه خارجی باشد، از موجبات طلاق است و این از نظر تسهیل روابط بین المللی و احترام گذاردن به احکام صادر در خارجه است. در فرانسه چنین علتی برای طلاق پیش‌بینی نشده و شاید نیازی هم بدان نبوده است زیرا احکام خارجی مبنی بر بطلان یا انحلال نکاح یا وقوع نکاح جدید واقع درخارج، با رعایت نظم عمومی فرانسه، همواره در این کشور معتبر بوده است.

۴ـ در حقوق فرانسه جنون یکی از زوجین، به شرط اینکه لااقل شش سال دوام داشته باشد، از موجبات طلاق محسوب شده، در حالی که در قانون ایتالیا چنین علتی برای طلاق دیده نمی‌شود. البته در فرانسه هم تا سال ۱۹۷۵ جنون از موجبات طلاق محسوب نمی‌شد و حتی دادگاهها قانون خارجی را در این زمینه به علت مباینت با نظم عمومی فرانسه قابل اجرا نمی‌دانستند. بنابراین قانون ۱۹۷۵ در این خصوص تحولی بزرگ درحقوق فرانسه ایجاد کرده است.

۵ـ با اینکه قانون جدید فرانسه طلاق به عنوان درمان را هم پذیرفته و تقصیر را مبنای منحصر طلاق قرار نداده است، یک قاعده کلی برای طلاق به سبب تقصیر آورده که نظیر آن در قانون ایتالیا دیده نمی‌شود. به موجب ماده ۲۴۲ اصلاحی قانون مدنی فرانسه تخطی شدید یا تکراری از تکالیف و الزامات ازدواج، به نحوی که بقاء زندگی زناشوئی را غیرقابل تحمل سازد، از موجبات طلاق بشمار آمده است. این یک علت کلی برای طلاق است که قانونگذار را از ذکر عللی از قبیل زنا و خشونت و آزار جسمی و اهانت شدید که در قانون پیشین فرانسه وجود داشته بی‌نیاز کرده است. مشابه این قاعده چیزی است که در بندهای ۲ و ۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده ایران آمده است زیرا از مجموع این دو بند (البته در صورتی که مقصود از تمکین در بند ۳ معنی عام آن باشد) چنین برمی‌آید که تخطی از تکالیف والزامات ازدواج و به تعبیر دیگر، عدم ایفاء وظایفی که یکی از زوجین نسبت به دیگری دارد، در صورتی که اجبار به ایفاء ممکن نباشد، مجوز طلاق برای همسر ذیحق است.

نکتهٔ دیگری که در مقام مقایسه حقوق ایران با حقوق فرانسه و ایتالیا می‌توان گفت این است که در حقوق ایران مانند حقوق فرانسه و برخلاف حقوق ایتالیا توافق زوجین (بند ۱ ماده ۸) و جنون (بند ۶ همان ماده) از موجبات طلاق به شمار آمده است. بنابراین حقوق ایران در این زمینه به حقوق فرانسه نزدیکتر و پیشرفته‌تر است. ولی متأسفانه نظیر محدودیتهائی که در حقوق فرانسه برای این نوع طلاق پیش بینی شده در حقوق ایران دیده نمی‌شود.

ج ـ نظام کامن لو ـ در این مجموعه به بررسی دو نمونه بارز از نظام کامن لو یعنی حقوق انگلیس و امریکا اکتفا شده است.

در حقوق انگلیس صدور حکم طلاق به وسیله دادگاه تا اواسط قرن نوزدهم ممنوع بود.اولین

قانونی که طلاق قضائی را در این کشور به رسمیت شناخت قانون امور زناشوئی مصوب ۱۸۵۷ بود که فقط زنا را علت طلاق محسوب داشت. سپس قوانین دیگری به تصویب رسید و علل دیگری را به علت یاد شده افزود و با قانون اصلاح طلاق مصوب ۱۹۶۹ که از سال ۱۹۷۱ به موقع اجرا گذاشته شد تحول حقوق انگلیس در این زمینه تکمیل گردید. در سال ۱۹۷۳ قانونگذار مقررات قانون ۱۹۶۹ و پاره‌ای دیگر از مقررات خانواده را در یک متن گردآوری کرد و به عنوان قانون امور زناشوئی به آن قدرت اجرائی داد. در نخستین قوانین طلاق، نظریه «طلاق مجازات» مبنی و اساس کار را تشکیل می‌داد ولی در سال ۱۹۳۷ قانونگذار طلاق به علت جنون غیرقابل علاج را پذیرفت که در واقع انحرافی از سیستم «طلاق مجازات» بود.[۱]

در قانون ۱۹۶۹ قانونگذار انگلیسی گرایش بیشتری به پذیرش «طلاق ـ درمان» یا طلاق مبتنی بر شکست زندگی زناشوئی نشان داده است زیرا قانون مصوب ۱۹۶۹ و پس از آن قانون ۱۹۷۳ یک علت کلی برای طلاق ذکر کرده که عبارتست از شکست زندگی زناشوئی به گونه‌ای که قابل جبران نباشد. ولی از آنجا که روحیه حقوقدانان و قانونگذاران کامن لو با اصول و قواعد کلی سازگار نیست، قانونگذار انگلیس پس از ذکر علت کلی یاد شده به ذکر علل خاصی برای طلاق پرداخته است که توضیحی بر علت کلی است و دادگاه در صورتی می‌تواند حکم به طلاق دهد که شکست ازدواج و زندگی زناشوئی با اثبات یکی از علل خاص مذکور در قانون احراز شود. درواقع قانونگذار انگلیسی خواسته است بدین وسیله از خود سری قاضی و تشتت آراء جلوگیری نماید.[۲] به هر حال علل خاص مذکور در قوانین ۱۹۶۹ و ۱۹۷۳ به شرح زیر است: ۱ـ ارتکاب زنا ۲ـ رفتار غیرمعقول که ادامه زندگی زناشوئی را غیرممکن سازد.

۳ـ ترک همسر به مدت دو سال مداوم ۴ـ جدائی زوجین از یکدیگر به مدت دو سال مداوم و توافق برای طلاق ۵ـ جدائی زوجین به مدت ۵ سال مداوم. دراین صورت هر یک از زوجین می‌تواند تقاضای طلاق کند و نیازی به توافق نیست.

بنابراین در حقوق انگلیس، برخلاف حقوق فرانسه و ایران، توافق طرفین یک علت مستقل برای طلاق به شمار نیامده، هرچند که در مورد جدائی به مدت دو سال مؤثر و جزء علت است.

جنون نیز در حقوق امروز انگلیس به عنوان یک علت جداگانه و مستقل طلاق ذکر نشده ولی به اعتقاد گروهی از حقوقدانان انگلیس و به موجب پاره‌ای از آراء اگر جنون یا بیماری روانی به گونه‌ای

1- S.M. CRENTNEY, Pricipies of Family Law, London 1974, P. 83 et s., BROMLEY'S Family Law, 5 th edit., London 1976,p. 237 et s.

۲ـ آنسل، همان کتاب، صفحه ۱۲۶؛ مارتی ورنو، کتاب یاد شده، ص ۳۳۶. و نیز رجوع شود به:

Brian GRANT, Family Law, London, 1977,p.97

باشد که ادامه زندگی زناشوئی را غیرقابل تحمل کند، مشمول دومین علت مذکور در قانون انگلیس است و دادگاه می‌تواند به استناد آن حکم طلاق صادر نماید.[۱]

به هر تقدیر، برای تقاضای طلاق به یکی از علل فوق باید لااقل سه سال از تاریخ انعقاد نکاح گذشته باشد و دادخواست طلاق قبل از انقضاء این مدت، جز در موارد استثنائی، پذیرفته نخواهد شد.[۲]

نکته دیگر آنکه بعضی از علل خاصی که در قانون انگلیس برای طلاق ذکر شده مبتنی بر تقصیر است و در واقع قانونگذار انگلیس مانند قانونگذار فرانسه و ایتالیا بین دو نظریه یاد شده تلفیق و از هر دو استفاده کرده است.

در حقوق امریکا، که بر اساس کامن لو انگلیسی ساخته شده است، قواعد یکسانی در زمینه طلاق وجود ندارد، زیرا تنظیم حقوق خانواده در صلاحیت قانونگذار ایالتی است و هر ایالت برحسب مقتضیات اجتماعی و گرایشهای محافظه کارانه یا اصلاح طلبانه خود قواعدی در این باب وضع کرده است. در گذشته طلاق در بعضی از ایالات امریکا همانند حقوق سابق انگلیس ممنوع و در برخی بسیار محدود بوده است. ولی بتدریج همه ایالات طلاق را پذیرفته‌اند و در بعضی از ایالات طلاق گسترش قابل ملاحظه‌ای یافته و بویژه تحولی در امریکا از «طلاق مجازات» به «طلاق درمان» و پذیرش موجباتی که تقصیر در آنها مطرح نیست دیده می‌شود. معهذا در بعضی از ایالات امریکا (۷ ایالت) هنوز علل مبتنی بر تقصیر تنها عللی است که قانونگذار برای طلاق شناخته است. البته تقصیرهای مجوز طلاق در همه این ایالات یکسان نیستند ولی معمولاً این تقصیرها علت طلاق محسوب می‌شوند: زنا ـ محکومیتهای بزرگ کیفری ـ خشونت و آزار روحی و ترک خانواده.

در بعضی دیگر از ایالات در کنار علل مبتنی بر تقصیر (طلاق مجازات) علل عینی و نوعی چندی نیز برای طلاق پذیرفته شده، مانند ناتوانی جنسی یا سردمزاجی ـ جنون ـ اعتیاد به الکل ـ ابتلاء به بعضی از بیماریهای آمیزشی ـ عدم توافق اخلاقی (در تعداد کمی از ایالات).

در دسته سومی از ایالات امریکا نظریه طلاق درمان بطور کامل مورد قبول واقع شده است. در این ایالات فقط یک علت کلی برای طلاق وجود دارد و آن از هم گسیختگی ازدواج است. این علت کلی با تفاوتهای مختصر در قوانین ۲۰ ایالت دیده می‌شود و جدیدترین قوانین امریکا از جمله قانون یکنواخت طلاق که مورد قبول تعدادی از ایالات واقع شده از همین نظریه پیروی کرده‌اند. در واقع با قبول این علت کلی به قاضی اختیار داده می‌شود در هر مورد که گسیختگی و شکست کامل ازدواج را احراز کرد، حکم به طلاق دهد، صرفنظر از اینکه تقصیری از جانب یکی از زوجین یا هر دو روی داده

۱ـ گرنت، همان کتاب، ص ۱۰۱؛ براملی، حقوق خانواده، ص ۲۴۹ و ۲۵۰.

۲ـ گرانت، همان کتاب، ص ۹۵؛ مارک آنسل، طلاق در خارجه، ص ۱۴۶.

باشد یا نه.

در قوانینی که این علت کلی را پذیرفته‌اند قید شده است که قاضی در صورتی می‌تواند حکم به طلاق دهد که ازدواج بطور غیرقابل علاجی از هم گسیخته شده یا هدفهای ازدواج از بین رفته و هیچگونه امید معقولی به آشتی و حفظ پیوند زناشوئی وجود نداشته باشد. در نیویورک و نیوجرسی از هم گسیختگی ازدواج هنگامی مجوز طلاق است که از طریق تفریق (قضائی یا با توافق کتبی) زوجین در مدتی معین (یک سال یا هجده ماه) به ثبوت رسیده باشد. شک نیست که کشوری می‌تواند چنین اختیار گسترده‌ای به دادگاههای خود دهد که اعتماد کافی به استقلال و بی‌نظری و شایستگی قضات خود داشته باشد، وگرنه خطر خودسری قاضی و تشتت آراء در این باب وجود دارد.

یک نکته قابل توجه در حقوق امریکا این است که تا آنجا که ما بررسی کرده‌ایم توافق زوجین در حقوق امریکا همانند حقوق انگلیس یک علت مستقل برای طلاق به شمار نیامده است و بطور کلی شناختن این علت برای طلاق در حقوق تطبیقی تاحدی جنبه استثنائی دارد و اغلب قوانین جدید آن را نپذیرفته‌اند.[1] زیرا بسیاری از دانشمندان برآنند که خانواده یک نهاد اجتماعی و حقوقی بسیار مهم است و انحلال آن نباید تابع اراده افراد و توافق زوجین باشد.

د ـ حقوق سوسیالیست ـ در حقوق کشورهای سوسیالیست طلاق جنبه مجازات ندارد بلکه به عنوان درمان پذیرفته شده است. به تعبیر دیگر آخرین نظریه‌ای که در کشورهای غربی مورد توجه و الهام بخش قانونگذار می‌باشد، یعنی نظریه «طلاق درمان» یا طلاق مبتنی بر شکست ازدواج در حقوق شوروی و سایر کشورهای سوسیالیستی هم مورد قبول است. در اکثر کشورهای سوسیالیستی علل خاص و متعددی برای طلاق ذکر نشده بلکه، مانند حقوق دسته سوم از ایالات امریکا، به ذکر یک علت کلی اکتفا گردیده است.

در شوروی کلیه قوانین راجع به طلاق از بدو انقلاب تاکنون از همین روش پیروی کرده‌اند. قانون خانواده ۱۹۶۸ شوروی عدم امکان زندگی مشترک و صیانت خانواده را علت طلاق دانسته است، بدون اینکه موجبات و علل خاصی را برای وقوع طلاق پیش‌بینی نماید. البته رویه قضائی به استناد اموری از قبیل عدم وفاداری ـ الکلیسم مزمن ـ رفتار توهین‌آمیز ـ رفتار خلاف زندگی جامعه سوسیالیستی ـ غیبت و ترک خانواده ـ ارتکاب جرم ـ حجر ـ ابتلاء به مرض صعب العلاج روحی و جسمی درخواست طلاق را پذیرفته است.

در حقوق چین ـ رومانی ـ چکسلواکی ـ مجارستان ـ لهستان و کوبا هم علل طلاق بطور حصری در قانون ذکر نشده و همان روش قانونگذار شوروی اتخاذ گردیده است. لیکن در بیشتر جمهوریهای یوگوسلاوی علاوه بر ذکر علت کلی (عدم امکان ادامه زندگی مشترک) موجبات خاصی هم برای

۱ـ مارک آنسل، طلاق در خارجه، ص ۴۴.

طلاق پیش بینی شده است که عبارتند از زنا ـ ترک خانواده ـ غیبت حداقل به مدت دو سال ـ (در زمان جنگ یک سال غیبت کافی است) سوء قصد به جان همسر دیگر ـ مرض روحی غیرقابل علاج یا از بین رفتن قوه تمیز و شعور ـ محکومیت به بعضی از جرائم ـ اهانت و فحاشی و داشتن زندگی غیرشرافتمندانه و نظائر آنها که زندگی مشترک را غیرقابل تحمل سازد.

در حقوق شوروی و بعضی دیگر از کشورهای سوسیالیستی توافق زوجین یکی از علل طلاق است. لیکن در چکسلواکی، مجارستان و لهستان طلاق توافقی پذیرفته نشده است.

هـ نتیجه ـ از آنچه درباره علل و موجبات طلاق در نظامهای مختلف حقوقی گفته شد نکاتی به شرح زیر می‌توان به دست آورد:

۱ـ در بعضی از کشورها نظریه قدیمی «طلاق مجازات» و به دیگر سخن، طلاق مبتنی بر تقصیر هنوز تنها نظریه مورد قبول است (مانند برخی از ایالات امریکا و سوئیس). در بعضی دیگر از کشورها فقط نظریه جدید طلاق درمان یا طلاق شکست، یعنی طلاقی که مبتنی بر شکست زندگی مشترک و از هم گسیختگی خانواده می‌باشد، پذیرفته شده است (مانند شوروی و بعضی دیگر از ایالات امریکا). دسته سومی از کشورها وجود دارند که از هر دو نظریه بهره گرفته و علل متفاوتی برای طلاق ذکر کرده‌اند که برخی مبتنی بر تقصیر و پاره‌ای بدون ارتباط با آن و دارای جنبه نوعی و عینی است (مانند فرانسه ـ ایتالیا ـ انگلیس ـ بعضی از ایالات امریکا و ایران). این روش در واقع تلفیقی از دو نظریه یاد شده و راه حلی میانه است که می‌تواند مزایای دو روش نخستین را دربرداشته باشد و طرفداران هر دو نظریه را تا حدی راضی کند.

۲ـ قبل از قرن بیستم طلاق در بعضی از کشورها ممنوع و در برخی بسیار محدود بوده است. در قرن حاضر، بویژه در سالهای اخیر، شاهد آزادی بیشتر در طلاق و گسترش علل و موارد آن هستیم. مثلاً در انگلستان و بعضی از ایالات امریکا و ایتالیا طلاق در گذشته ممنوع بود ولی در حال حاضر مجاز و علل آن متعدد است. در فرانسه به موجب قانون ۱۹۷۵ درواقع موجبات طلاق گسترش یافته است. در حقوق ایران هم با اینکه قانون حمایت خانواده اختیار مطلق مرد را از میان برده موجبات متعددی برای طلاق ذکر کرده و بویژه قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ چهارده علت برای طلاق ذکر کرده که بعضی از علل خود شامل دو علت یا دارای مفهومی گسترده است. بدینسان ملاحظه می‌شود که موجبات طلاق در قانون جدید به نحو قابل ملاحظه‌ای افزایش یافته است و این با هدف حمایت از خانواده و جلوگیری از انحلال آن سازگار نیست.

۳ـ در قانون جدید حمایت خانواده چند علت برای طلاق ذکر شده که نظیر آنها در کشورهای دیگر دیده نمی‌شود. یکی از آنها عبارتست از: «عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد» (بند ۷ ماده ۸). به نظر می‌رسد که عدم رعایت این دستور نباید مجوز طلاق باشد، مگر اینکه رفتاری محسوب شود که ادامه زندگی زناشوئی را غیرقابل تحمل سازد که در این صورت عمل مشمول بند ۴ ماده ۸ خواهد

بود. مورد دیگر، قاعده مندرج در بند ۱۰ ماده ۸ است که به موجب آن هر گاه زوج همسر دیگری اختیار کند، زن می‌تواند تقاضای طلاق نماید. ماده ۱۷ قانون مذکور نیز این مطلب را تأکید کرده است. در واقع قانونگذار ایران برای حمایت از زن اول به او امکان داده است که هر گاه نتواند وجود همسر دوم (هوو) را تحمل کند، خود را از قید زندگی زناشوئی رهائی بخشد، اعم از اینکه با ازدواج دوم شوهر موافقت کرده باشد یا نه. اگر دادن حق طلاق به زن در مورد عدم موافقت او با ازدواج مجدد شوهر قابل توجیه باشد، لااقل در موردی که زن به ازدواج مجدد شوهر رضایت داده است، راه حل حقوق ایران قابل انتقاد است. زندگی زناشوئی به میل و هوی و هوس زن بستگی ندارد که یک روز با ازدواج مجدد شوهرش موافقت کند و روز دیگر به استناد همین ازدواج که عملی مشروع بوده و تقصیری از جانب شوهر به شمار نمی‌آید طلاق بخواهد. این همه تسهیل در طلاق به زیان خانواده و اجتماع است. وانگهی ممکن است زن از این قاعده سوءاستفاده کند و در جائی که دلیل موجهی برای طلاق ندارد، شوهر را وادار به ازدواج مجدد کند و به این امر رضایت دهد و سپس به سبب همین ازدواج تقاضای طلاق نماید.*

۳ـ در حقوق ایران، «در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر» گواهی عدم امکان سازش برای طلاق صادر خواهد شد». همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند» (بند ۱۳ ماده ۸). این علت نیز در حقوق هیچ یک از کشورهائی که مورد مطالعه ما واقع شده است دیده نمی‌شود و قابل انتقاد می‌نماید، زیرا با قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب اسفند ۱۳۵۳ یک نوع فرزند خانوادگی در حقوق ما ـ مانند کشورهای غربی و سوسیالیست ـ پذیرفته شده که زوجین می‌توانند با استفاده از آن به کانون خانواده گرمی بخشند. وانگهی درمورد عقیم بودن زن حق ازدواج مجدد نیز به شوهر داده است و دادن حق طلاق به شوهر در این مورد شاید بیشتر قابل انتقاد باشد. البته اگر عقیم بودن یکی از

---

*ـ در حقوق امروز ایران، زن در موارد مذکور در قانون مدنی (استنکاف یا عجز شوهر از دادن نفقه، عسر و حرج و غیبت شوهر با رعایت ماده ۱۰۲۹ همان قانون) می‌تواند تقاضای طلاق کند. اما در سایر موارد یاد شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده، در صورتی حق طلاق دارد که به موجب شرط ضمن عقد نکاح، چنین حقی به او داده شده باشد. لیکن موارد طلاق برای شوهر محدود نیست. با وجود این، شوهر باید برای دریافت گواهی عدم امکان سازش به دادگاه مراجعه کند و دادگاه مستقیماً و از طریق ارجاع به داوری سعی در اصلاح و سازش بین زوجین می‌نماید و هر گاه سازش و آشتی حاصل نشود، باید گواهی عدم امکان سازش برای طلاق صادر کند. ر.ک. به: دکتر سیدحسین صفائی و دکتر اسدا... امامی، حقوق خانواده، چاپ چهارم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، اصلاحات و الحاقات، ص ۳۵۲ به بعد.

زوجین یا بچه‌دار نشدن آنان از یکدیگر از جهت عوارض و خصوصیات جسمی موجب گسیختگی ازدواج باشد، به گونه‌ای که ادامه زندگی زناشوئی غیرقابل تحمل شود، دراین صورت طلاق قابل توجیه است و علت کلی که بر اساس نظریه طلاق درمان یا طلاق شکست در بعضی از کشورها (مانند فرانسه و شوروی و بعضی از ایالات امریکا) ذکر شده می‌تواند آن را نیز شامل گردد.

بخش دوم. تشریفات و آئین دادرسی

در همه کشورها پاره‌ای شرایط صوری و تشریفات برای طلاق مقرر شده است و اگر طلاق به حکم دادگاه باشد، آئین دادرسی ویژه‌ای برای آن پیش‌بینی گردیده است. طلاق ممکن است قضائی، یعنی به حکم دادگاه باشد یا غیرقضائی، یعنی بدون دخالت دادگاه انجام پذیرد.

الف ـ طلاق قضائی. در اکثر کشورها مانند فرانسه ـ ایتالیا ـ انگلیس و امریکا طلاق فقط به حکم دادگاه امکان پذیر است. ایران را هم می‌توان جزء این دسته به شمار آورد، زیرا به موجب قانون حمایت خانواده طلاق فقط پس از صدور گواهی عدم امکان سازش به وسیله دادگاه واقع می‌شود. تفاوتی که بین حقوق ایران و حقوق کشورهای دیگری که طلاق قضائی را پذیرفته‌اند دیده می‌شود این است که در حقوق ایران تصمیم دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش سبب انحلال نکاح نیست بلکه فقط به یکی از زوجین یا هر دو حق می‌دهد در ظرف سه ماه به دفتر طلاق مراجعه و تقاضای اجرای صیغه طلاق را بنمایند (ماده ۲۱ ق ح خ) و اجرای صیغه طلاق است که باعث انحلال نکاح می‌گردد، و حال آنکه در کشورهای دیگر، حکم دادگاه موجب انحلال نکاح به شمار می‌آید و اجرای صیغه طلاق مطرح نیست. راه حلی که در حقوق ایران پذیرفته شده از لحاظ احترام به سنتهای مذهبی بوده است. درواقع قانونگذار نخواسته است ماهیت طلاق راکه در فقه اسلامی و قانون مدنی یک ایقاع بوده و به اراده مرد یا نماینده او واقع می‌شده تغییر دهد و بدین جهت اجرای صیغه طلاق را پس از صدور گواهی عدم امکان سازش لازم شناخته است. حتی در موردی که سردفتر برابر ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده حسب تقاضای زوجه و پس از اخطار به زوج و عدم حضور او در دفتر خانه صیغه طلاق را جاری می‌کند، می‌توان گفت به نمایندگی قانونی از شوهر این کار را انجام می‌دهد. *

ب ـ طلاق غیرقضائی ـ درآن دسته از کشورهای اسلامی که به فقه اسلامی در زمینه احوال شخصیه وفادار مانده‌اند، طلاق به اراده مرد و بدون دخالت دادگاه هنوز وجود دارد و این یک نوع

---

*ـ برای آگاهی از تحول حقوق ایران، در این زمینه رجوع شود به دکتر سیدحسین صفائی و دکتر اسدا... امامی حقوق خانواده، جلد اول از انتشارات سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۴، ص ۳۰۷ به بعد.

طلاق غیرقضائی است. مثلاً در مصر ـ سوریه و مراکش هنوز این گونه طلاق وجود دارد ولی در تونس طلاق فقط به حکم دادگاه انجام می‌پذیرد. در کشورهائی که طلاق غیرقضائی به اراده مرد را حفظ کرده‌اند، طلاق قضائی هم در پاره‌ای موارد به درخواست زن پذیرفته شده، همانطور که در فقه اسلامی وجود داشته است.

در میان کشورهای غیراسلامی نیز گاهی طلاق غیرقضائی دیده می‌شود: در شوروی، هرگاه زوجین برای طلاق توافق داشته باشند نیازی به دخالت دادگاه نیست و در این صورت می‌توانند درخواست طلاق را به دفتر ثبت احوال تسلیم کنند و این دفتر پس از انقضاء سه ماه از تاریخ وصول درخواست، درصورتیکه زوجین در تصمیم خود باقی باشند، گواهی طلاق صادر خواهد کرد. شرط اساسی طلاق با توافق این است که زوجین فرزند صغیر نداشته باشند.

در موارد زیر اعلام اراده یکی از زوجین برای طلاق غیرقضائی کافی است:

۱ـ هرگاه همسر درخواست کننده طلاق غایب مفقودالاثر بوده و حکم قطعی در این زمینه صادر شده باشد.

۲ـ هرگاه حکم قطعی بر جنون یکی از زوجین صادر شده و قیم حاضر به توافق نگردد.

۳ـ هرگاه یکی از همسرها به موجب حکم قطعی به حبس بیش از سه سال محکوم شده باشد.

باید یادآور شد که طلاق قضائی در شوروی اصل محسوب می‌شود و طلاق غیرقضائی جنبه استثنائی دارد.

در چین کمونیست نیز طلاق غیرقضائی با توافق زوجین پذیرفته شده است. لیکن در سایر کشورهای سوسیالیستی که حقوق آنها مورد مطالعه ما واقع شده است طلاق فقط به حکم دادگاه تحقق می‌یابد.

در کشورهای اسکاندیناوی هم طلاق با توافق بدون دخالت دادگاه و به شکل یک عمل اداری واقع می‌شود. فایده دخالت دادگاه در این مورد آن است که قاضی واقعی بودن توافق اراده را بررسی و احراز می‌نماید و در مواردی که اراده یکی از همسرها به علت اشتباه یا اکراه معیوب باشد حکم به طلاق نخواهد کرد.[1]

ج ـ داوری ـ در قوانین کشورهای اسلامی از جمله ایران به پیروی از فقه اسلامی به داوری در طلاق توجه خاصی شده و مقرراتی در این باب آمده و حتی در اکثر قوانین مزبور به تبعیت از آیه ۳۵ از سوره نساء از تعیین دو داور سخن گفته شده است و این یکی از ویژگیهای این دسته از نظامهای حقوقی در مقام مقایسه با نظامهای دیگر است. البته داور همانطور که فقهای اسلامی گفته‌اند قاضی تحکیم است و رای داوران در صورتی که کوشش آنان برای سازش به نتیجه نرسد باید لازم الاجراء باشد، مشروط به اینکه مغایر قوانین موجد حق و به اصطلاح فقهی مخالف شرع نباشد. این قاعده

۱ـ مارک آنسل، کتاب یاد شده، ص ۴۵ و ۴۶.

ظاهراً در قوانین کشورهای عربی پذیرفته شده است. ولی به موجب قانون حمایت خانواده ایران (ماده ۶)* اعتراض یکی از زوجین به رأی داور یا جواب ندادن او در موعد مقرر (ده روز از تاریخ ابلاغ) کافی است که رأی مزبور را از ارزش و اعتبار بیندازد و این راه حل قابل ایراد است. زیرا نه با حقوق اسلامی سازگار است نه با فلسفه ارجاع به داوری و نه با مصالح اجتماعی و بجاست که قانونگذار در آن تجدیدنظر کند.

د ـ سازش و دادن مهلت برای تفکر ـ از آنجا که طلاق در همه کشورها یک امر نامطلوب و به دیگر سخن یک بد ضروری تلقی گردیده، مقررات و تدابیری برای پیشگیری از آن در کشورهای مختلف وضع شده است. سعی در اصلاح و سازش بین زوجین در همه کشورها مورد توجه است. ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده ایران نیز به این نکته توجه کرده است. در بعضی از کشورها قاضی خود مکلف است در اصلاح بین زوجین کوشش کند. مثلاً در فرانسه قاضی امور زناشوئی که یک نهاد حقوقی جدید است و از میان قضات دادگاه شهرستان انتخاب می‌شود برای سازش اقدام می‌کند و هرگاه طلاق به تقاضای مشترک زوجین باشد، خود حکم طلاق صادر می‌نماید؛ اما در سایر موارد قبول تقاضای بدوی و احضار طرفین برای سازش با قاضی امور زناشوئی، ولی صدور حکم طلاق با دادگاه شهرستان است که از سه قاضی تشکیل شده است. درایتالیا رئیس دادگاه به قاضی تحقیق مأموریت می‌دهد که برای سازش زوجین تلاش نماید و اگر سازش ممکن نشد، دادگاه با قضات متعدد رسیدگی و حکم صادر می‌کند. درحقوق انگلیس و شوروی هم این وظیفه به قاضی محول شده است. اما در بعضی از کشورها اشخاص یا سازمانهای دیگری این کار را انجام می‌دهند. مثلاً در کشورهای اسلامی این وظیفه گاهی به داوران واگذار می‌شود. در حقوق ایران «دادگاه رأسا یا به وسیله داور یا داوران سعی در اصلاح بین زن و شوهر و جلوگیری از وقوع طلاق خواهد کرد» (ماده ۱۰ ق ح خ)** در بعضی از ایالات امریکا مشاور روابط خانوادگی یا مشاور ازدواج یا یک سازمان عمومی یا خصوصی سازش و در برخی از ایالات دادگاه ویژه سازش این کار را انجام می‌دهد.

علاوه بر سعی در اصلاح و سازش که همواره در حقوق تطبیقی مورد توجه است، در بعضی از کشورها مهلتی به زوجین برای تفکر و انصراف از طلاق داده می‌شود. مثلاً قانون احوال شخصیه سوریه (ماده ۱۱۲) مقرر داشته است که اگر زوجه درخواست طلاق کند و ضرر او ثابت نباشد،

---

*ـ به نظر می‌رسد که این ماده با قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۰) و آئین نامه اجرائی تبصره یک قانون مزبور (۱۳۷۱) نسخ ضمنی شده و طبق مقررات جدید، داوران نظر خود را به دادگاه می‌دهند و تشخیص ارزش آن و اخذ تصمیم با دادگاه است.

**ـ طبق قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰ و آئین‌نامه اجرائی آن مصوب ۱۳۷۱ هم خود دادگاه و هم داوران سعی در اصلاح و سازش می‌نمایند و ارجاع به داوری الزامی است.

قاضی محاکمه را برای مدتی که از یک ماه کمتر نخواهد بود به امید سازش و مصالحه به تأخیر می‌اندازد. به موجب قانون فرانسه، در مورد طلاق با رضایت متقابل، هرگاه سازش امکان نداشته باشد، قاضی امور زناشوئی به طرفین تذکر می‌دهد که تقاضای خود را پس از انقضاء سه ماه تجدید کنند (ماده ۲۳۱ اصلاحی قانون مدنی). در حقوق انگلیس حکم طلاق که بدواً صادر می‌شود، قطعی نیست و پس از انقضاء ۶ هفته از تاریخ صدور، ذینفع می‌تواند تبدیل آن را به حکم قطعی از دادگاه صادر کننده حکم بخواهد. البته اگر محکوم علیه از حکم طلاق استیناف بخواهد یا تجدیدنظر در حکم را از دادگاه بدوی به علت اشتباه یا بی‌عدالتی درخواست نماید، حکم در مدت مقرر قطعی و منجز نخواهد شد.[۱]

در حقوق شوروی مقرر شده است که دادگاه می‌تواند مهلتی که بیش از ۶ ماه نباشد برای رسیدگی به ماهیت دعوی درنظر بگیرد، در طلاق با توافق هم، چنانکه گفتیم، گواهی طلاق سه ماه پس از تاریخ وصول درخواست، صادر می‌شود.

در حقوق ایران دادن مهلت به وسیله قاضی صریحاً پیش بینی نشده است ولی اصل رجعی بودن طلاق و امکان رجوع در ایام عده که یک قاعدهٔ اسلامی است و در حقوق جدید نیز نسخ نشده درواقع برای دادن آخرین مهلت و فرصت تفکر برای انصراف از طلاق است.

هـ قابل پژوهش و فرجام بودن حکم طلاق ـ چون طلاق یک امر خطیر تلقی می‌شود، در اغلب کشورها حکم بدوی طلاق قطعی نیست بلکه قابل شکایت در دادگاه بالاتر است. در فرانسه و ایتالیا حکم طلاق قابل پژوهش و فرجام شناخته شده است. در انگلیس و شوروی (و اکثر کشورهای سوسیالیستی) حکم طلاق قابل رسیدگی پژوهشی است. لیکن در بعضی از کشورهای سوسیالیستی از جمله مجارستان این حکم قطعی تلقی می‌شود و قابل رسیدگی مجدد نیست.

در حقوق ایران نیز تصمیم دادگاه در مورد صدور گواهی عدم امکان سازش قطعی است (بند ۱ ماده ۱۹ ق ح خ*). و قابل پژوهش و فرجام نیست. درست است که کار دادگاهها متراکم و زیاد است و قابل پژوهش و فرجام بودن گواهی عدم امکان سازش ممکن است سالها کار طلاق را به تأخیر بیندازد ولی این دلیل کافی برای قطعی شناختن تصمیمی بدین اهمیت از نظر فردی و اجتماعی نیست. در حالی که حکمی که موضوع آن بیش از ۱۰۰۰۰۰ ریال ارزش داشته باشد قابل پژوهش و حکمی که موضوع آن بیش از ۲۰۰۰۰۰ ریال ارزش داشته باشد قابل فرجام است، چگونه می‌توان

۱ـ گرنت، حقوق خانواده، ص ۱۲۷.

*ـ به موجب ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، تصمیم دادگاه در مورد طلاق قابل درخواست تجدیدنظر است. مرجع تجدیدنظر نسبت به گواهی عدم امکان سازش دادگاه تجدیدنظر استان است (ماده ۲۱).

حکم انحلال نکاح را که می‌تواند پیامدهای وخیم فردی و اجتماعی داشته باشد قطعی تلقی کرد. قانونگذاران و مسئولان امر نباید بجای حل مشکلات از طریق صحیح، اصول حقوقی و منافع اجتماعی را نادیده گرفته و بر مشکلات و نابسامانی‌های موجود بیافزایند. بنابراین راه حل حقوق ایران هم از نظر حقوق تطبیقی و هم از نظر مصالح اجتماعی قابل انتقاد است.

بخش سوم ـ آثار طلاق

الف ـ آثار طلاق نسبت به زوجین ـ طلاق آثاری نسبت به زن و شوهری که ازدواج آنها منحل شده است به بار می‌آورد:

عده و رجوع و نفقه ایام عده و پرداخت مقرری و جبران خسارات ناشی از طلاق و سلب حق استفاده از نام خانوادگی همسر از آثاری است که در کشورهای مختلف برای طلاق پیش بینی شده است.

۱ـ عده ـ در حقوق همه کشورهای اسلامی مقرراتی راجع به عده طلاق بر اساس فقه دیده می‌شود و زن قبل از انقضاء عده نمی‌تواند مجدداً شوهر کند. این اصل مورد اتفاق همه مذاهب اسلامی است، هرچند که در جزئیات، اختلافاتی در مذاهب و قوانین جدید دیده می‌شود. مثلاً بنابر مذاهب عامه و قوانین کشورهای عربی عده زن یائسه سه ماه است، در حالی که بنابر فقه امامیه و قانون مدنی ایران (ماده ۱۱۵۵) زن یائسه عده ندارد؛ عده طلاق معمولاً سه طهر یا سه حیض است ولی در قانون احوال شخصیه تونس عده مذکور سه ماه کامل ذکر شده است و در توجیه آن گفته‌اند این مدت به احتیاط نزدیکتر است و از بروز اختلاف در مسألهٔ تعیین مدت طهر جلوگیری می‌کند.

باید یادآور شد که عده اختصاص به حقوق اسلام و کشورهای اسلامی ندارد و در برخی از کشورهای دیگر هم مقرر شده است. مثلاً در فرانسه زن باید بعد از طلاق عده نگاهدارد که مدت ان ۳۰۰ روز است. اگر زن پیش از انقضاء ۳۰۰ روز وضع حمل کند مدت عده پایان می‌یابد. در حقوق اسلام و ایران هم مدت عده طلاق زن حامل تا وضع حمل است (ماده ۱۱۵۳ قانون مدنی).

در کشورهای سوسیالیستی نهاد حقوقی عده پذیرفته نشده است. فقط در کوبا که از کشورهای سوسیالیستی است در مورد عده مقرراتی همانند آنچه در حقوق فرانسه آمده دیده می‌شود.

۲ـ رجوع در ایام عده ـ رجوع در ایام عده هم از نهادهای فقه اسلامی است که در قوانین جدید کشورهای اسلامی عیناً پذیرفته شده و می‌توان آن را از آثار طلاق دانست. البته رجوع در ایام عده مخصوص طلاق رجعی است و در طلاق بائن وجود ندارد. رجوع اصولاً حق مرد و با اراده یک جانبه او تحقق می‌یابد. فقط در حقوق ایران، برابر تبصره ماده ۸ قانون حمایت خانواده «طلاقی که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود فقط در صورت توافق کتبی

طرفین در زمان عده قابل رجوع است.»* این یک نوآوری است که نظیرش را در قوانین سایر کشورهای اسلامی نمی‌توان یافت. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا رجوع به کیفیتی که در تبصره مذکور آمده مخصوص طلاقی است که از نظر ماهیت و طبق ضوابط قانون مدنی رجعی باشد یا در همه طلاقها رجوع با توافق کتبی طرفین در زمان عده ممکن است و تفکیک بین طلاق رجعی و بائن در حقوق امروز ایران از میان رفته است؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: تفکیک بین طلاق رجعی و بائن که در قانون مدنی و فقه اسلامی آمده امروز هم معتبر است و دلیلی بر نسخ آن نیست و قانون حمایت خانواده فقط نحوه رجوع را دگرگون کرده است. بنابراین تبصره مذکور فقط در مواردی اجرا می‌شود که طلاق ذاتاً و ماهیتاً رجعی باشد و در طلاق بائن توافق کتبی طرفین نمی‌تواند اثر طلاق را از بین ببرد، مگر اینکه ازدواج جدیدی منعقد گردد. این راه حل هم با سنتهای مذهبی ما سازگار است و هم حقوق ایران را به حقوق سایر کشورهای اسلامی نزدیک می‌کند.

به هر حال، در حقوق اسلامی و کشورهای اسلامی اصل بر رجعی بودن طلاق است و طلاق بائن استثناء محسوب می‌شود.

در کشورهای غیراسلامی نهاد حقوقی رجوع دیده نمی‌شود ولی حق انصراف از طلاق در مدت مقرر بعد از صدور حکم که در حقوق انگلیس پذیرفته شده بی‌شباهت به رجوع نیست. درواقع، چنانکه گفتیم، حکم نخستین طلاق که در این کشور صادر می‌شود یک حکم معلق است که ممکن است پس از انقضاء ۶ هفته از تاریخ صدور به درخواست ذینفع به حکم منجز و قطعی تبدیل شود.

۳ـ نفقه ایام عده ـ یک قاعده دیگر که بر اساس فقه اسلامی در قوانین کشورهای مسلمان پذیرفته شده تعلق نفقه ایام عده به زن مطلقه است. حکم نفقه ایام عده در طلاق رجعی مورد اتفاق همه مذاهب و قوانین اسلامی است. درواقع، چون در عده رجعیه رابطه نکاح هنوز کاملاً قطع نشده است، زن مستحق نفقه خواهد بود. در طلاق بائن هم در پاره‌ای موارد و با بعضی شرایط، نفقه ایام عده به زن تعلق می‌گیرد، هرچند که بین مذاهب اسلامی در این زمینه اختلاف است. بنابرعقیده شافعیه و حنابله و امامیه و برابر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی ایران که مبتنی بر فقه امامیه است در طلاق بائن فقط در صورتی که زن حامله باشد مستحق نفقه است، به شرط اینکه از خانه‌ای که شوهر در اختیار او گذاشته خارج نشود. عقیده مالکیه بر این است که اگر معتده بائنه حامل نباشد فقط مستحق مسکن است. اما اگر حامل باشد مستحق تمام نفقه خواهد بود.

نظریه حنفیه در مصر و سوریه و عراق و عقیده مالکیه در مراکش و تونس ظاهراً لازم الاجراء

---

*ـ با توجه به تبصره ۲ ماده ۳ قانون دادگاههای مدنی خاص (۱۳۵۸) و بازگشت به نظام قانون مدنی و شرع، ماده ۸ قانون حمایت خانواده را باید منسوخ تلقی کرد.

است هرچند که در قوانین این کشورها فقط اشاره‌ای کوتاه به نفقه ایام عده شده است.[۱]

قانون حمایت خانواده ایران هم از نفقه ایام عده سخن گفته و دادگاه را مکلف کرده است که در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود، میزان نفقه ایام عده را تعیین کند (ماده ۱۲). بعضی تصور کرده‌اند برابر این ماده در هر نوع طلاق زن مستحق نفقه ایام عده است و رویه بعضی از دادگاهها هم مؤید این نظر است. لیکن این نظر خالی از اشکال نیست زیرا قانون حمایت خانواده را باید با توجه به ضوابط قانون مدنی تفسیر کرد و طبق این ضوابط که نسخ نشده فقط مطلقه رجعیه و مطلقه بائنه، در صورتی که حامل باشد، مستحق نفقه ایام عده‌اند و دادگاه باید فقط برای آنان میزان نفقه ایام عده را معین کند، یا لااقل در حکم خود قید نماید که زن در صورتی مستحق نفقه تعیین شده است که طلاق به صورت رجعی واقع شود یا زن حامل باشد.

۴ـ مقرری بعد از طلاق ـ صرفنظر از نفقه ایام عده که یک نهاد حقوق اسلامی است، در قوانین بسیاری از کشورها، از جمله فرانسه ـ ایتالیا ـ انگلیس ـ اکثر ایالات امریکا ـ شوروی و سایر کشورهای سوسیالیستی، پرداخت مقرری یا نفقه به یکی از زوجین به وسیله دیگری پس از طلاق پیش بینی شده است. در بعضی از قوانین تقصیر پرداخت کننده یا عدم تقصیر دریافت کننده شرط استحقاق مقرری یا نفقه بعد از طلاق است. مثلاً در قانون فرانسه مقرر شده است که همسری که به واسطه تقصیر انحصاری او طلاق واقع شده است حق دریافت مقرری مذکور را ندارد (ماده ۱ ـ ۲۸۰ اصلاحی قانون مدنی). در بعضی دیگر از کشورها که نظریه طلاق ـ درمان را پذیرفته‌اند تقصیر یا عدم تقصیر ملاک نیست: در تعیین مقرری احتیاجات دریافت کننده و درآمد و وضع مالی پرداخت کننده مورد توجه قرار می‌گیرد. مقرری ممکن است به صورت سرمایه و یکجا پرداخت شود یا به شکل مستمری یا به گونه‌ای دیگر و معمولاً با ازدواج مجدد همسر دریافت کننده قطع می‌شود. در اکثر کشورها در پرداخت مقرری فرقی بین زن و مرد وجود ندارد، یعنی با وجود شرایط، هر یک از زن یا شوهر می‌تواند از مقرری بعد از طلاق برخوردار گردد. ولی در بعضی از ایالات امریکا فقط زن می‌تواند از این مقرری استفاده کند. در تعداد کمی از ایالات امریکا (تگزاس ـ دلاوار و پنسیلوانیا) اعطای مقرری بعد ازطلاق پیش بینی نشده و برطبق کامن لو دادگاهها دارای چنین اختیاری نیستند.

در بعضی از کشورها مانند فرانسه و ایتالیا به دادگاه صریحاً اختیار داده شده است که برای پرداخت مقرری، هرگاه به شکل مستمری یا اقساط باشد، وثیقه شخصی یا عینی بگیرد.

در حقوق ایران قبل از قانون حمایت خانواده تعیین مقرری بعد از طلاق پیش‌بینی نشده بود ولی

۱ـ رجوع شود به قانون مصری ۱۹۲۰ ماده ۲؛ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ مواد ۸۴ و ۸۴؛ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ ماده ۹۵۰؛ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ مادهٔ ۳۸؛ قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۸ ـ ۱۹۵۷؛ ماده ۱۲۲.

قانون جدید حمایت خانواده (ماده ۱۱) این نقیصه را رفع و با استفاده از حقوق تطبیقی قواعدی در این زمینه مقرر داشت. درباره این ماده چند نکته قابل ذکر است:

اول ـ مقرری بعد از طلاق که در قانون حمایت خانواده پیش بینی شده یک مقرری ماهانه است، در حالی که در بعضی از کشورها از جمله فرانسه و ایتالیا و انگلیس قاضی در این مورد دارای اختیارات بیشتری است و می‌تواند مقرر دارد که بعد از طلاق یکی از همسرها مبلغی بکجا به همسر دیگر پرداخت کند یا مالی منقول یا غیرمنقول جهت استفاده از منافع آن در اختیار همسر پیشین خود بگذارد یا اوراق بهاداری را نزد شخص ثالث ودیعه گذارد، تا همسر دیگر از بهره یا سود آن برخوردار گردد. در قانون فرانسه به صور مختلف تعیین مقرری تصریح شده است. به هر حال دادن اختیارات بیشتر به قاضی دراین خصوص مناسب‌تر بنظر می‌رسد.

دوم ـ برابر ماده یازده تعیین مقرری گاهی مبتنی بر تقصیر پرداخت کننده است و درواقع یک نوع مجازاتی است که قانون برای همسری که طلاق مستند به تقصیر او بوده درنظر گرفته است و گاهی بدون تقصیر پرداخت‌کننده و به نفع همسری که طلاق به علت مرض صعب العلاج یا جنون او واقع شده مقرری ماهانه تعیین می‌گردد. راه حل مترقی‌تر که در بعضی از کشورها بویژه در تعدادی از ایالات امریکا دیده می‌شود این است که در کلیه مواردی که طلاق به علت قطع زندگی مشترک و به عنوان درمان واقع می‌شود مقرری با توجه به نیازها و وضع مالی طرفین تعیین گردد. در حقوق فرانسه مقرری مذکور اختصاص به مواردی دارد که طلاق به علت قطع زندگی مشترک نباشد. در این گونه طلاق که پس از شش سال جدائی یا اختلال قوای دماغی یکی از زوجین به مدت شش سال واقع می‌شود مقرری یاد شده برقرار نمی‌شود ولی تکلیف به کمک مالی که اصولاً خاص دوره ازدواج است بعد از طلاق بر عهده همسری که پیشقدم در طلاق شده است باقی می‌ماند. این کمک که درواقع یک نوع نفقه است به صورت تشکیل سرمایه یا مستمری خواهد بود و قابل تجدیدنظر است و در صورت ازدواج یا همخوابگی آشکار همسر دریافت کننده، قطع می‌شود و در صورت مرگ متعهد به ورثه او انتقال می‌یابد (مواد ۲۸۲ تا ۲۸۴ اصلاحی قانون مدنی).

سوم ـ در قانون ایران گرفتن تضمین از پرداخت کننده مقرری پیش بینی نشده، و حال آنکه در بعضی از کشورها از جمله فرانسه و ایتالیا دادگاه می‌تواند پرداخت کننده را مجبور به دادن وثیقه عینی یا شخصی کند و این قاعده متضمن حمایت بیشتری از بستانکار است.

چهارم ـ در قانون ایران برخلاف قانون فرانسه از قطع مقرری در صورت فوت محکوم علیه یا انتقال آن به ورثه سخنی به میان نیامده است و می‌توان گفت چون مقرری مذکور یک نوع نفقه و امری شخصی است با فوت محکوم علیه قطع می‌شود، همانطور که طبق نص قانون، در صورت فوت محکوم له قطع خواهد شد. در حقوق فرانسه قانون تصریح کرده است که با فوت بدهکار مقرری (مستمری) دین او به ورثه انتقال می‌یابد (ماده ۲ ـ ۲۷۶ اصلاحی). این راه حل نیز متضمن حمایت بیشتری از دریافت کننده مقرری است.

پنجم ـ حکم مربوط به مقرری به موجب قانون ایران قابل تجدیدنظر است و ممکن است در اثر کاهش درآمد یا عسرت محکوم علیه به حکم همان دادگاه تقلیل یابد. قانون ایران فقط از تقلیل مقرری سخن گفته و بنظر می‌رسد که مجوزی برای افزایش آن نباشد. شاید مناسب‌تر آن بود که به دادگاه اختیار افزایش مقرری به علت تغییر وضع مالی و اقتصادی طرفین نیز داده می‌شد. در حقوق شوروی حکم مقرری قابل تجدیدنظر شناخته شده است و این اعم از کاهش یا افزایش است. در حقوق پیشین فرانسه هم مقرری قابل کاهش یا افزایش بوده است ولی به موجب قانون ۱۹۷۵ مقرری بعد از طلاق غیرقابل تجدیدنظر است مگر اینکه عدم تجدیدنظر برای یکی از زوجین پیامدهای فوق العاده وخیمی داشته باشد (ماده ۲۷۳ اصلاحی قانون مدنی)[1]

ششم ـ در حقوق ایران مانند اکثر کشورها هر یک از زوجین می‌تواند با وجود شرایط مقرر از همسر دیگر مقرری بعد از طلاق بگیرد و این قاعده اختصاص به زن ندارد، هرچند که عملاً با توجه به وضع اقتصادی زن و مرد در ایران، در اغلب موارد فقط زنان از این قاعده استفاده خواهند کرد.

۵ـ جبران خسارات ـ در بعضی از کشورها علاوه بر مقرری که متناسب با نیازهای دریافت کننده و امکانات مالی پرداخت کننده و درواقع یک نوع نفقه است، جبران خسارت همسر زیان دیده از طلاق نیز به صراحت پیش بینی شده است. ماده ۲۶۶ اصلاحی قانون مدنی فرانسه در این باب می‌گوید: «هنگامی که حکم طلاق به علت تقصیر انحصاری یکی از زوجین صادر شده باشد، همسر مقصر ممکن است به جبران خسارت مادی یا معنی که انحلال نکاح به همسر دیگر وارد می‌کند محکوم گردد. همسر زیان دیده فقط ضمن دعوای طلاق می‌تواند مطالبه خسارت کند»[2] در حقوق ایران نصی دراین باره وجود ندارد ولی به موجب قواعد عمومی مسئولیت مدنی مطالبه خسارت مادی یا معنوی ناشی از تقصیر یکی از زوجین در انحلال نکاح ممکن است.

در حقوق سوریه جبران خسارت زن، در موردی که شوهر از حقوق خود در طلاق سوءاستفاده کرده و بدون دلیل موجه زن خود را طلاق داده باشد، تحت عنوان طلاق التعسف پیش بینی شده است. البته میزان این خسارت از نفقه یک سال زن بعد از انقضاء عده تجاوز نخواهد کرد (مادهٔ ۱۱۷ قانون احوال شخصیه).

۶ـ از دست دادن نام خانوادگی همسر ـ طلاق نه فقط دارای پاره‌ای آثار مالی در روابط زوجین است بلکه پیامدهای غیرمالی و شخصی نیز در روابط آن دارد. در حقوق تطبیقی زن پس از طلاق اصولاً حق استفاده از نام خانوادگی شوهر را از دست می‌دهد. در بعضی از کشورها مخصوصاً فرانسه

1- A. WELLI, F.TERRE, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités (Précis Dalloz) édit. Paris 1978, no 434,p.389.

۲ـ برای توضیح بیشتر رجوع شود به ویل، کتاب مذکور، ش ۴۷۳.

و شوروی بر اساس فکر تساوی بین زن و شوهر مقرر شده است که به دنبال طلاق، هر یک از زوجین حق به کار بردن نام خانوادگی خود را باز می‌یابد و حق استفاده از نام خانوادگی همسرش را از دست می‌دهد.[۱] معهذا به موجب حقوق فرانسه در مورد طلاق به سبب قطع زندگی مشترک، هنگامی که شوهر تقاضای طلاق کرده باشد، زن حق دارد همچنان نام خانوادگی شوهر را بکار برد. در سایر موارد موافقت شوهر یا اجازه دادگاه برای این امر لازم است و دادگاه هنگامی اجازه خواهد داد که مصلحت قابل ملاحظه‌ای در این کار برای زن یا اطفال وجود داشته باشد (ماده ۲۶۴ اصلاحی قانون مدنی فرانسه). در کشورهای دیگر هم استثنائات مشابهی در این زمینه دیده می‌شود. مثلاً در حقوق رومانی آمده است که زن نمی‌تواند از نام خانوادگی شوهر بعد از طلاق استفاده کند مگر با اجازه دادگاه و دادگاه در صورتی که طلاق در اثر تقصیر شوهر واقع شده یا زن با نام خانوادگی شوهر به شغلی اشتغال داشته باشد و بعد از طلاق همان شغل را ادامه دهد، چنین اجازه‌ای به زن خواهد داد.

در چکسلواکی و لهستان تغییر نام خانوادگی بعد از طلاق اختیاری است.

در حقوق ایران به موجب قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ زوجه می‌تواند با موافقت همسر خود تا زمانی که در قید زوجیت است از نام خانوادگی همسر خود بدون رعایت حق تقدم استفاده کند و در صورت طلاق ادامه استفاده از نام خانوادگی موکول به اجازه همسر خواهد بود» (ماده ۴۲)،

در اینجا دو نکته از لحاظ تطبیقی قابل ذکر است: یکی آنکه در قانون جدید استفاده زن از نام خانوادگی شوهر موکول به موافقت شوهر شده است و این راه حلی است که ظاهراً در شوروی و بعضی دیگر از کشورهای سوسیالیستی ـ البته بدون تبعیض بین زن و مرد ـ مورد قبول است. دیگر آنکه بعد از طلاق زن فقط با اجازه شوهر می‌تواند نام خانوادگی او را بکار برد و از اجازه دادگاه سخنی به میان نیامده است، در حالی که گاهی مصلحت زن و اطفال اقتضا می‌کند که دادگاه چنین اجازه‌ای به زن بدهد و ندادن چنین اختیاری به قاضی از نقائصی است که در قانون ما دیده می‌شود.

ب ـ آثار طلاق نسبت به اطفال ـ در حقوق تطبیقی طلاق نسبت به اطفال از لحاظ حضانت و ملاقات طفل و نظارت در تربیت او و نفقه مؤثر است.

۱ـ حضانت ـ در قوانین قدیم کشورهای غربی که اصولاً طلاق مبتنی بر تقصیر را پذیرفته بودند

۱ـ در حقوق فرانسه بر حسب معمول زن شوهردار با نام خانوادگی شوهر خوانده می‌شود و شوهر نیز می‌تواند نام خانوادگی زن را به نام خود بیفزاید (ویل، همان کتاب، ش ۴۵). درحقوق شوروی زن یا شوهر می‌تواند هنگام ازدواج نام خانوادگی همسرش را برای خود انتخاب کند و پس از طلاق حق استفاده از آن نام را از دست خواهد داد. در چین و کوبا هم این راه حل پذیرفته شده است (رجوع شود به بخش طلاق در حقوق سوسیالیست،نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ۴ ـ ۱۳۵۷، ص ۱۷۳).

حضانت اولاد صغیر بعد از طلاق به همسر بیگناه واگذار می‌شده است. امروز هم این راه حل در بعضی از کشورها به ویژه در برخی از ایالات امریکا دیده می‌شود. در قوانین جدید مسألهٔ تقصیر در این خصوص دیگر مطرح نیست، بلکه مصلحت اطفال در واگذاری حضانت به یکی از والدین یا شخص ثالث مورد نظر است. در فرانسه ـ ایتالیا ـ انگلیس ـ اکثر ایالات امریکا ـ شوروی و سایر کشورهای سوسیالیستی به این نکته تصریح شده است. قانون فرانسه مقرر داشته است که قاضی باید با توجه به مصلحت طفل نگهداری او را به پدر یا مادر واگذار کند و در موارد استثنائی حضانت به شخص ثالثی که مرجحاً از میان خویشان طفل انتخاب خواهد شد و در صورت عدم امکان، به یک مؤسسه تربیتی محول خواهد شد (ماده ۲۸۷ اصلاحی قانون مدنی). دادگاه باید در این باب به توافق زوجین، اطلاعات بدست آمده از تحقیقاتی که به دستور قاضی انجام شده و احساساتی که احتمالاً به وسیله طفل ابراز گردیده است توجه نماید. احترام گذاشتن به توافق پدر و مادر در امر حضانت در قوانین بسیاری از کشورها از جمله شوروی پیش بینی شده و این نیز از لحاظ مصلحت طفل است.

حقوق ایران هم در این باب در جهت تحول حقوق خانواده در کشورهای دیگر پیش رفته است. قانون حمایت خانواده مقرر داشته است که دادگاه در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند، باید ترتیب نگاهداری اطفال را بدهد و با توجه به مصلحت اطفال حضانت را به پدر یا مادر یا شخص ثالثی که مقتضی بداند محول نماید (ماده ۱۲). ولی در قانون ایران راجع به عواملی که دادگاه باید درواگذاری حضانت مدنظر قرار دهد تصریحی دیده نمی‌شود، هرچند که بر اساس مصلحت طفل دادگاه نمی‌تواند آنها را نادیده بگیرد.

به علاوه در قانون ایران یک نوع جریمه مدنی برای هر بار تخلف از انجام تکالیف مربوط به حضانت پیش بینی شده که از هزار تا ده هزار ریال است و در صورت تکرار، متخلف به حداکثر مبلغ مذکور محکوم خواهد شد. این جریمه به حکم دادگاه خانواده به صندوق حمایت خانواده که از طرف دولت باید تأسیس شود ـ و هنوز تأسیس نشده ـ پرداخت خواهد شد (ماده ۱۴ و تبصره ۲ آن). این نوآوری جالب در حقوق کشورهائی که مورد مطالعه ما قرار گرفته دیده نمی‌شود.

در حقوق تطبیقی پدر یا مادری که حضانت به او واگذار نشده حق ملاقات طفل و نظارت یا همکاری در تربیت او را خواهد داشت. در صورت بروز اختلاف اخذ تصمیم در این زمینه با دادگاه است. در شوروی رفع اختلاف درمورد ملاقات طفل یا همکاری در تربیت او با سازمان عمومی سرپرستی است که یک سازمان اداری به شمار می‌آید و هرگاه تصمیم این سازمان مورد قبول پدر یا مادر نباشد، سازمان پرونده را جهت تعیین تکلیف به دادگاه خواهد فرستاد.

در قانون مدنی (ماده ۱۱۷۴) و قانون حمایت خانواده ایران (ماده ۱۲) به حق ملاقات طفل برای پدر یا مادری که حضانت را به عهده ندارد تصریح شده است. حتی ماده ۱۴ این قانون برای مانع شدن از ملاقات طفل با اشخاص ذیحق پرداخت جریمه مدنی مذکور در فوق را درنظر گرفته است.

در قوانین جدید کشورهای عربی در فصل آثار طلاق به حضانت اشاره‌ای نشده است ولی از مواد

آنها و با توجه به فقه عامه که مأخذ قوانین مزبور بوده استنباط می‌شود که مادر بعد از طلاق در چند سال اول زندگی طفل در نگاهداری او حق تقدم دارد. در قوانین سوریه (ماده ۱۴۶ بند ۱) و تونس (ماده ۶۷) به تبعیت از فقه حنفی حق تقدم مادر اگر طفل پسر باشد تا هفت سالگی و اگر دختر باشد تا ۹ سالگی است. برابر قانون احوال شخصیه مراکش (ماده ۱۰۲) حضانت مادر و حق تقدم او در این باره در مورد پسر تا سن بلوغ و در مورد دختر تا هنگام نزدیکی بعد از عقد نکاح ادامه می‌یابد. این راه حل مبتنی بر فقه مالکی است.[1]

بدینسان ملاحظه می‌شود که قوانین کشورهای عربی بیشتر از قانون حمایت خانواده ایران به فقه اسلامی وفادار مانده‌اند زیرا به نظر می‌رسد که حق تقدم مادر یا پدر در امر حضانت که در قانون مدنی بر اساس فقه امامیه مقرر شده به موجب قانون حمایت خانواده از میان رفته و اختیار تعیین شخص مناسبی برای نگاهداری طفل به دادگاه واگذار شده است. بنابراین قانون ایران در این خصوص با حقوق کشورهای غربی و سوسیالیستی بیشتر هماهنگ است.*

۲ـ نفقه اولاد ـ در حقوق تطبیقی نفقه و هزینه زندگی اولاد به عنوان یکی از آثار طلاق مورد بحث قرار می‌گیرد و دادگاه مکلف است ضمن صدور حکم طلاق در این خصوص هم تصمیم بگیرد. در زمان حکومت نظام «طلاق ـ مجازات» وظیفه تأمین نیازمندیهای فرزند معمولاً به عهده پدر و استثنائاً به عهده مادر واگذار می‌شد. ولی امروزه در قوانین جدید اختیار کامل به دادگاه داده شده است که در این مورد با توجه به امکانات مالی همسران طلاق گرفته و مصلحت طفل تصمیم بگیرد و اغلب وظیفه پرداخت نفقه مشترکاً به عهده پدر و مادر است و تفاوتی بین پدر و مادر در این زمینه نیست.

در قانون فرانسه تصریح شده است که همسری که حضانت به او واگذار نشده مکلف است به تناسب امکانات مالی خود در هزینه نگاهداری و تربیت اولاد شرکت کند (ماده ۲۸۸ اصلاحی قانون مدنی). شرکت در این هزینه‌ها به صورت مستمری خواهد بود که به متصدی حضانت پرداخت می‌شود. نحوه پرداخت و تضمینات مربوط به آن به موجب تصمیم دادگاه و در طلاق با تقاضای مشترک، برحسب قرارداد زوجین که مورد تأیید دادگاه باشد، تعیین می‌گردد. (ماده ۲۹۴ اصلاحی). هرگاه وضع مالی بدهکار نفقه اقتضا کند، ممکن است به حکم دادگاه سرمایه‌ای در اختیار سازمان معتبری بگذارد تا بهره آن به مصرف نفقه فرزند برسد، یا اموالی را تخصیص دهد تا از منافع آن هزینه زندگی طفل تأمین شود (ماده ۲۹۴ اصلاحی). در قانون ۱۹۷۵ فرانسه برای حمایت از طفل، تأمین نفقه پرداخت نشده از طریق خزانه‌داری عمومی پیش بینی شده است. طلبکار باید در این زمینه

1- Hossein SAFAI, La protection des incapables, Paris 1966, p.99.

*ـ در حقوق فعلی ایران حضانت تابع مقررات قانون مدنی و هماهنگ با فقه امامیه است.

درخواستی به دادستان شهرستان تسلیم کند و او هرگاه تشخیص دهد که بدهکار قادر به پرداخت نفقه نیست، دستور پرداخت آن را به خزانه‌داری عمومی خواهد داد و خزانه‌داری قائم مقام طلبکار خواهد بود و بدهکار باید علاوه بر اصل بدهی ده درصد به عنوان غرامت به خزانه‌داری بپردازد.

در شوروی و بعضی دیگر از کشورهای سوسیالیستی توافق زوجین در این باره معتبر است و در صورت عدم توافق دادگاه تصمیم شایسته در مورد شرکت آنان در نفقه و چگونگی آن خواهد گرفت؛ در اکثر ایالات امریکا وظیفه نفقه اولاد بعد از طلاق به عهده والدین بدون درنظرگرفتن تقصیر یکی از آنها در طلاق گذارده شده است. این راه حل در قانون یکنواخت طلاق (قسمت ۳۰۹) به صراحت پذیرفته شده است.

قانون حمایت خانواده ایران از تحولی که در حقوق تطبیقی در زمینه نفقه اولاد بعد از طلاق دیده می‌شود پیروی کرده و مقرر داشته است که نفقه اولاد «از عوائد و دارائی مرد یا زن یا هر دو و حتی از حقوق بازنشستگی استیفا خواهد گردید. دادگاه مبلغی راکه باید از عوائد یا دارائی مرد یا زن یا هر دو برای هر فرزند استیفا گردد تعیین و طریقه اطمینان بخشی برای پرداخت آن مقرر می‌کند... » (ماده ۱۲) با توجه به قانون مدنی و عرف عادت ممکن است گفته شود که نفقه اولاد در درجه اول به عهده پدر است و در صورت فقر او از دارائی مادر استیفاء خواهد شد. لیکن با توجه به ظاهر ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده و روح این قانون که خواسته است حتی الامکان بین زن و مرد تساوی ایجاد کند، می‌توان گفت قانون اخیر تفاوتی در این خصوص بین پدر و مادر نگذارده و به قاضی اختیار داده است که در این مورد براساس مصلحت فرزند و امکانات مالی والدین تصمیم بگیرد.*

ماده ۱۲ آئین نامه قانون پیشین حمایت خانواده تصریح کرده بود که نفقه اولاد در درجه اول از درآمد پدر و در درجه دوم از درآمد مادر استیفاء خواهد شد. ولی در آئین نامه اجرائی قانون جدید چنین نصی دیده نمی‌شود و سکوت آئین نامه در این باره قرینه است براینکه نظر قانونگذار بر تساوی پدر و مادر در این زمینه بوده است.

به هر حال در قانون ایران با اینکه گرفتن تضمین از متعهد برای پرداخت نفقه مجاز است تأمین آن از طریق خزانه‌داری عمومی که یک نهاد جالب است مجوز قانونی ندارد.

در قوانین کشورهای عربی هیچگونه نوآوری در زمینه نفقه اولاد بعد از طلاق دیده نمی‌شود و مقررات فقهی و عمومی راجع به نفقه در این کشورها کماکان مجری است و اصولاً مسألهٔ اثر طلاق بر نفقه اولاد در این کشورها مطرح نیست.

---

*ـ از آنجا که امروزه تغییر قوانین باید هماهنگ با فقه و نکاح اسلامی باشد، می‌توان ماده ۱۲ ق.ح.خ. را با توجه به ماده ۱۱۹۹ ق.م. که مبتنی بر فقه امامیه است تفسیر کرد و در این صورت پرداخت نفقه اولاد در درجه اول برعهده پدر و مادر و در درجه دوم بر عهده جدپدری و در سومین مرحله برعهده مادر خواهد بود.

۳ـ تعیین وکیل برای دفاع از حقوق طفل ـ در بعضی از ایالات امریکا، قوانین جدید تعیین یک وکیل برای حمایت از منافع طفل در دادرسی طلاق را پیش بینی کرده‌اند و این یک راه حل جالب و قابل توجه است. مثلاً قانون یکنواخت طلاق (قسمت ۳۱۰) که در بعضی از ایالات امریکا پذیرفته شده به قاضی اختیار داده است که یک وکیل برای دفاع از حقوق طفل تعیین کند. در برخی دیگر از ایالات به تبعیت از نظر شعبه خانواده کانون وکلای دادگستری امریکا تعیین وکیل برای طفل یک وظیفه برای دادگاه تلقی شده است.

در بعضی از کشورها مانند فرانسه و بعضی از ایالات امریکا به جای تعیین وکیل به دادگاه اختیار داده شده است که شخص ذیصلاحی را برای تحقیق درباره وضع طفل و خانواده او تعیین کند. در فرانسه اگر یکی از زوجین به نتیجه این تحقیقات معترض باشد می‌تواند انجام تحقیقات متقابلی را درخواست نماید (ماده ۱ ـ ۲۸۷ اصلاحی قانون مدنی). در ایالت میشیگان حمایت از منافع طفل به شخصی که عنوان «دوست دادگاه» را دارد محول می‌گردد.

حقوق ایران را هم می‌توان جزء این دسته به شمار آورد زیرا قانون حمایت خانواده بـه دادگـاه اختیار داده است «که هر نوع اقدامی راکه برای روشن شدن موضوع دعوی و احقاق حق لازم بداند از قبیل تحقیق از گواهان و مطلعین و استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره به هر طریقی که مقتضی باشد انجام دهد» (ماده ۱۰).

بخش چهارم ـ نتیجه

در پایان این بحث بجاست گرایشهای طلاق در حقوق تطبیقی را روشن و نکاتی چند را در این زمینه به عنوان نتیجه یادآوری کنیم:

۱ـ امروز تقریباً در همه کشورها نهاد طلاق پذیرفته شده و غیرقابل انحلال بودن نکاح کـه در گذشته طرفداران بسیاری داشته امروز دیگر در حقوق تطبیقی مطرح نیست.

۲ـ در کشورهائی مانند فرانسه و ایتالیا و انگلیس که حقوق خانواده آنها ریشه‌هائی از حـقوق مسیحی دارد، علاوه بر طلاق، یک نهاد حقوقی به نام تفریق جسمانی دیده می‌شود که برخی آن را به عنوان طلاق کاتولیکها معرفی کرده‌اند. در تفریق جسمانی که به حکم دادگاه یا با تـوافـق زوجـین وتأیید دادگاه و با شرایط خاص واقع می‌شود، زن و شوهر جدا از هم زندگی می‌کنند و پاره‌ای از وظائف زوجیت ساقط می‌گردد، بدون اینکه رابطه نکاح منحل شده باشد وزن و مرد بتوانند ازدواج دیگری منعقد کنند. تفریق جسمانی معمولاً مقدمه طلاق است و زوجین می‌توانند بعد از مـدتی تبدیل آن را به طلاق درخواست نمایند.

چون تفریق جسمانی یک نهاد ناشی از حقوق مسیحی است، در حقوق اسـلام و کشـورهای اسلامی و همچنین در کشورهای سوسیالیستی پذیرفته نشده است.

۳ـ در اکثر کشورها طلاق چهره قضائی دارد یعنی به حکم دادگاه صورت مـی‌گیرد. مـعهذا در

بعضی از کشورها مانند شوروی و کشورهای اسکاندیناوی در پاره‌ای موارد مخصوصاً در مورد توافق زوجین طلاق جنبه قضائی ندارد و با یک عمل اداری انجام می‌شود. در اکثر کشورهای اسلامی هم طلاق مرد نیازی به دخالت دادگاه ندارد.

۴ـ طلاق با توافق و پذیرش اراده هماهنگ زوجین به عنوان یک علت مستقل طلاق در حقوق تطبیقی هنوز رایج نشده است و اکثر کشورها آن را نپذیرفته‌اند زیرا آن را مخالف هدف و ماهیت ازدواج و اهمیت و تثبیت خانواده می‌دانند. البته در اکثر کشورهای سوسیالیستی و نیز در کشورهای اسلامی با حدود و قیودی این گونه طلاق قبول شده است. در بعضی از کشورها مانند ایتالیا و انگلیس توافق زوجین به جدائی پس از انقضاء مدتی می‌تواند به طلاق منتهی شود. به هر حال مطالعات تطبیقی نشان می‌دهد که کشورهائی که توافق زوجین را به نحوی از انحاء در طلاق مؤثر می‌دانند رو به افزایشند.

۵ـ در اکثر قوانین قدیم، طلاق مبتنی بر تقصیر بوده و به عنوان مجازات تقصیر یکی از زوجین یا هر دو واقع می‌شده است و به دیگر سخن در قدیم نظریه «طلاق ـ مجازات» مبنای قانونگذاری در این زمینه بوده است. ولی در قوانین جدید نظریه «طلاق ـ درمان» جای خود را باز کرده است. امروزه عقیده بر این است که طلاق لااقل در پاره‌ای موارد باید به عنوان درمان علاج درد یک خانواده از هم گسیخته و ازدواج شکست خورده، و صرفنظر از تقصیر یکی از زوجین یا هردو، پذیرفته شود. این نظریه مبنای منحصر پاره‌ای از قوانین جدید است (مانند قانون خانواده شوروی مصوب ۱۹۶۸) و در بعضی از قوانین مانند قانون ۱۹۷۵ فرانسه و قانون حمایت خانواده ایران از هر دو نظریه بهره گرفته‌اند، یعنی در کنار علل مبتنی بر تقصیر، علت یا علل دیگری را که جنبه عینی و نوعی دارد برای طلاق ذکر کرده‌اند. بنابراین نظریه طلاق درمان در عصر جدید پیشرفت چشمگیری داشته است.

۶ـ تحول حقوق کشورهای مختلف حاکی از تسهیل طلاق و آئین دادرسی آن در عصر جدید است و این مقتضای دگرگونی افکار و عقاید مربوط به خانواده و زندگی جدید ماشینی است. قانون حمایت خانواده ایران هم در این جهت پیش رفته است.*

۷ـ در همه کشورها اصلاح و سازش دادن زوجین و جلوگیری از وقوع طلاق و تثبیت خانواده مورد توجه است و بدین منظور تدابیری از قبیل ارجاع به داوری، استمداد از اشخاص و سازمانهای خارج دادگاه و دادن مهلتهائی برای تفکر و انصراف از طلاق اتخاذ شده است. امروزه کشورهای سوسیالیستی هم از این قاعده مستثنی نیستند، هر چند که تا سال ۱۹۴۵ در شوروی این مسأله مورد توجه نبوده است.

---

*ـ لیکن قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰ حاکی از سخت گیری بیشتری در این مورد است.

۸ـ حقوق ایران در زمینه طلاق با تحول این مسأله در کشورهای دیگر هماهنگ است. استفاده از نظریه طلاق درمان ـ توجه به تساوی زن و مرد ـ سعی در سازش ـ حمایت از همسر بی‌گناه ـ حمایت از اطفال بعد از طلاق در قانون حمایت خانواده ایران به چشم می‌خورد. معهذا نقائص زیادی در این قانون هست که به برخی از آنها در صفحات پیشین اشاره شده است. شک نیست که با برخورداری از حقوق تطبیقی و با رعایت سنتها و عرف و عادت مردم می‌توان این نقائص را به گونه‌ای شایسته رفع کرد. بویژه موجبات طلاق در قانون ایران گسترش فوق العاده‌ای یافته و مواردی برای طلاق در قانون حمایت خانواده ذکر شده که نه در حقوق سنتی ما وجود داشته و نه درحقوق تطبیقی نظیر آنها را می‌توان یافت. شاید با کم کردن علل قانونی طلاق بتوان تاحدی از آمار طلاق کاست ولی تدابیر حقوقی و اصلاح قانون حمایت خانواده در این راه کافی نیست و تدابیر اقتصادی و اجتماعی نیز برای کاهش طلاق یا لااقل جلوگیری از افزایش بی‌رویه آن لازم است.

اشتباه در "خود موضوع" معامله در حقوق ایران و فرانسه*

قانون مدنی ایران، قبل از اینکه در مادهٔ ۲۰۰ حکم راجع به اشتباه در خود موضوع و در مادهٔ ۲۰۱ حکم اشتباه در شخص طرف معامله را بیان کند، در مادهٔ ۱۹۹ حکمی کلی راجع به اشتباه و اکراه آورده است، بدین شرح که: «رضای حاصل در نتیجهٔ اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست». این ماده از مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه گرفته شده که می‌گوید: «اراده در صورتی که در نتیجه اشتباه یا اکراه یا تدلیس حاصل شده باشد به هیچ وجه معتبر نیست». فرق اساسی بین مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه و مادهٔ ۱۹۹ قانون مدنی ایران آن است که در این ماده تدلیس از عیوب اراده و موجب عدم نفوذ بشمار نیامده است و قانونگذار ایران در این خصوص از فقه اسلامی پیروی کرده و تدلیس را فقط از علل فسخ شناخته است (مادهٔ ۴۳۹ قانون مدنی).

در مورد اشتباه، حکم کلی مندرج در مادهٔ ۱۱۰۹ قانون مدنی فرانسه و مادهٔ ۱۹۹ قانون مدنی ایران در مواد بعدی (ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه و مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی ایران) تفسیر گردیده و از این رو اشتباه مذکور در آن مواد به مواردی حمل می‌شود که در مواد بعدی بیان شده است.

---

*ـ این مقاله قبلاً در نشریه دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره سوم ۱۳۴۹، چاپ و منتشر شده ولی با حقوق امروز نیز هماهنگی دارد.

در مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه اشتباه فقط در دو مورد موجب بطلان نسبی (که مفهومی نزدیک به عدم نفوذ در حقوق ایران است) شناخته شده است: یکی اشتباه در خود موضوع معامله و دیگر اشتباه در شخص طرف معامله، در صورتی که تصور شخصیت او علت اصلی عقد باشد. همین دو مورد در ماد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی ایران مورد نظر قرار گرفته و اشتباه در آنها مؤثر در عقد دانسته شده است. در این مقاله به بحث درباره اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه و نظریات مختلفی که در تفسیر نصوص قانونی در این باب وجود دارد اکتفا می‌کنیم و چون قانون مدنی فرانسه در این خصوص منبع قانون مدنی ایران است نخست به بحث از اشتباه در خود موضوع در حقوق فرانسه می‌پردازیم.

بخش اول ـ اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق فرانسه(۱)

مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه در زمینهٔ اشتباه مقرر می‌دارد:

"L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu' elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet... "

که می‌توان آن را چنین ترجمه کرد: «اشتباه هنگامی موجب بطلان (نسبی) قرارداد است که مربوط به خود موضوع معامله باشد». راجع به کلمه substance که ما آن را به خود ترجمه کردیم و قانونگذار ایران نیز در ماده ۲۰۰ آن را به "خود"(۲) ترجمه کرده تفاسیر مختلفی شده است. سه نظریه در این باب وجود دارد: نظریهٔ نوعی، نظریه شخصی و نظریهٔ مختلط.

۱ـ رجوع شود به: مازو: حقوق مدنی، ج ۲، چاپ پاریس ۱۹۶۲، ش ۱۶۳ به بعد؛ ـ ریپر ـ بولانژه: حقوق مدنی، ج ۲، چاپ پاریس ۱۹۵۷ ، ش ۱۵۴ به بعد؛ ـ مارتی ورنو: حقوق مدنی ج ۲، بخش ۱، چاپ پاریس ۱۹۶۲، ش ۱۰۲ و ۱۰۵؛ ـ گندمه (اژن): نظریهٔ کلی تعهدات، چاپ پاریس ۱۹۶۵، ص ۵۷ به بعد؛ ـ ژولیودولاموراندیر: حقوق مدنی، (پرسی دالوز) ج ۲، چاپ پاریس ۱۹۶۱ ص ۳۲۶ به بعد؛ ـ پلانیول ـ ریپر: حقوق مدنی، ج ۶، چاپ پاریس ۱۹۵۲، ش ۱۸۳ به بعد.

۲ـ کلمهٔ "خود" علاوه بر اینکه به عنوان ضمیر مشترک به کار می‌رود به معنی شخص ـ ذات و وجود نیز آمده است (فرهنگ معین). در مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی، معنی ذات با توجه به تفسیری که از این ماده خواهیم کرد مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

الف ـ نظریهٔ نوعی[۱]

نخستین تفسیری که از کلمه substance شده است تفسیر نوعی و مادی است. طرفداران این نظریه می‌گویند: مقصود از سوبستانس ماده‌ای است که مورد معامله از آن ساخته شده است.

اشتباه در سوبستانس در حقوق رم دارای همین معنی بوده است. برای توضیح مطلب باید یادآور شد که در حقوق رم تا پایان قرن دوم میلادی فقط اشتباه در هویت موضوع معامله[۲] و شخص طرف معامله موجب بطلان تلقی می‌شد و اشتباه در "سوبستانس" مطرح نبود. در اوائل قرن سوم پل[۳] و اولپین[۴] اشتباه در سوبستانس[۵] را افزودند و برای آن معنایی بسیار محدود قائل بوده می‌گفتند: اشتباه در "سوبستانس" عبارت است از اشتباه در ماده‌ای که موضوع معامله از آن ساخته شده است. مثلاً اگر کسی چیزی را به تصور اینکه از طلاست می‌خرید، در حالی که از برنج ساخته شده بود، معامله باطل تلقی می‌شد. بنابراین در حقوق رم ضابطهٔ نوعی در این مورد پذیرفته شده بود. برای احراز اشتباه در خود موضوع (سوبستانس) به هیچ وجه به ارادهٔ متعاملین توجه نمی‌کردند، بلکه فقط اشتباه در ماده و جنس موضوع را موجب بطلان معامله می‌دانستند. معهذا برای اینکه تصور نادرستی از حقوق رم در زمینهٔ اشتباه نداشته باشیم باید یادآور شویم که در مورد فروش بردگان و حیوانات، در صورتی که پاره‌ای عیوب در موضوع معامله کشف می‌شد که مانع استفاده مورد نظر از آن بود، خریدار می‌توانست فسخ قرارداد یا تخفیف قیمت را بخواهد. این وسائل فنی که نخست در بیعهای خاصی برای حمایت از خریدار درنظر گفته شده بود بعدها به هر بیعی که موضوع آن منقول یا غیرمنقول بود تعمیم یافت. البته رومیان همیشه به نظریهٔ نوعی وفادار بودند و صورتی از عیوبی که مانع استفاده مطلوب از موضوع معامله به زعم آنان می‌شد تهیه کرده بودند. و فقط در صورت وجود یکی از عیوب مزبور حق فسخ یا تخفیف قیمت به خریدار می‌دادند. به عبارت دیگر در تأثیر اشتباه هیچگاه ارادهٔ طرفین را جستجو نمی‌کردند؛ بلکه تنها در صورتی که اشتباه مربوط به ماده (جنس) مورد معامله می‌شد یا عیوب خاصی در موضوع معامله وجود داشت که خریدار در زمان وقوع عقد از آن آگاه نبود، اشتباه در قرارداد مؤثر بود.

1- Théorie objective

۲ـ Erreur sur l'dentité de l'objet=error in corpore مقصود آن است که هر یک از طرفین موضوع خاصی را درنظر داشته و توافق اراده دربارهٔ موضوع وجود نداشته باشد چنانکه دو نفر بخواهند یک تابلوی نقاشی معامله کنند ولی نظر خریدار به یک تابلوی معین و نظر فروشنده به تابلوی دیگر باشد.

3- Paul

4- Ulpien

5- Error in substantio

نظریهٔ نوعی دارای این مزیت است که معیار ساده‌ای برای تشخیص اشتباه مؤثر در معامله به دست می‌دهد؛ لیکن این نظریه دارای نتایجی نامناسب و غیرعادلانه است. مثلاً اولپین اعلام می‌دارد که اگر تصور شود مورد معامله تماماً از طلاست در حالی که قسمت اعظم آن از مفرغ بوده و ضمناً کمی طلا داشته است معامله صحیح است، زیرا طلا در موضوع معامله وجود داشته است. آیا غیرعادلانه نیست که با وجود اندکی طلا در مالی که به تصور معامله کننده تمام طلا بوده است معامله را صحیح تلقی کنیم؟ همچنین بنابر این نظریه، اگر کسی تابلوئی را به تصور اینکه از نقاش معروفی است خریداری کند یا مالی را به تصور اینکه عتیقه است بخرد در حالی که تابلو از یک نقاش گمنام و مال مورد معامله جدید باشد، چون اشتباهی در جنس مورد معامله روی نداده، معامله صحیح است، با اینکه در این گونه موارد اشتباه به همان اندازه مهم و در ارادهٔ متعامل مؤثر است که اشتباه در جنس. بنابراین، نظریهٔ نوعی که در حقوق رم مورد قبول بوده کافی نیست و از این رو نظریهٔ شخصی که به ارادهٔ متعاملین توجه می‌کند پدید آمده است.

ب ـ نظریهٔ شخصی

در حقوق قدیم فرانسه مفهوم شخصی اشتباه در خود موضوع مورد توجه قرار گرفت. پوتیه[1] نخستین کسی است که مفهوم شخصی را در حقوق قدیم فرانسه وارد کرد. این حقوقدان بزرگ با اینکه مثالهائی از اشتباه در خود موضوع می‌آورد که همانند امثلهٔ حقوقدانان رومی است (من شمعدانهائی مسین می‌خرم در حالی که می‌خواهم شمعدان سیمین خریداری کنم) معهذا هنگامی که مسأله را توجیه می‌کند از نظریه رومیان دور شده اعلام می‌دارد که اشتباه در صورتی مربوط به "سوبستانس" است که «راجع به وصفی در موضوع معامله باشد که متعاملین اساساً درنظر داشته‌اند». در اینجاست که پوتیه معیاری که به کلی با معیار حقوق دانان رومی متفاوت است می‌پذیرد: در حالی که در حقوق رم به ارادهٔ متعاملین برای تحقق اشتباه در خود موضوع توجه نمی‌شد، در نظر پوتیه باید در این خصوص به ارادهٔ آنان توجه شود. اشتباه در خود موضوع هنگامی تحقق پیدا می‌کند که در وصف موضوع، وصفی که در نظر متعامل اساسی بوده و او را به انجام معامله واداشته است، اشتباه روی داده باشد. بنابراین اگر کسی مالی بخرد به تصور اینکه عتیقه است و بعد آشکار شود که جدید بوده است معامله به علت اشتباه در خود موضوع باطل است. بدینسان کلمه سوبستانس مفهوم شخصی پیدا می‌کند و به "وصف اساسی[2]" موضوع تعبیر می‌گردد.

نظریهٔ شخصی دارای نتایجی کاملاً مخالف با نتایج حاصل از نظریه نوعی است زیرا:

1- Pothier

2- Qualité substantielle

اولاً با قبول نظریهٔ شخصی در پاره‌ای موارد حکم به بطلان قرارداد می‌شود در حالی که در حقوق رم در این موارد قرارداد باطل تلقی نمی‌شد. مثلاً اگر کسی ظرفی مسین بخرد، به تصور اینکه عتیقه است، حال آنکه ظرف ساخت جدید باشد، بنا به نظریه نوعی، چون اشتباهی در جنس موضوع معامله روی نداده، معامله صحیح است اما بنا به نظریه شخصی می‌توان به بطلان قرارداد حکم کرد.

ثانیاً برعکس مورد فوق در پاره‌ای مواردکه بنا بر نظریهٔ حقوق رم بطلان پذیرفته می‌شد، با قبول نظریهٔ شخصی باید آن را رد کرد: هر گاه ماده و جنس موضوع درنظر متعاملین اساسی نباشد اشتباه در آن طبق نظریهٔ شخصی نباید موجب بطلان معامله تلقی شود. فرض کنید کسی می‌خواهد یک مبل قدیمی بخرد که از فلان هنرمند است و تصور می‌کند که از چوب گردوست، در حالی که از چوب دیگری است؛ این معامله صحیح است چه وصف اساسی در اینجا قدمت و انتساب به هنرمند معین است نه جنس معین[۱].

قانون مدنی فرانسه ـ با اینکه نویسندگان قانون مدنی فرانسه اصطلاح لاتینی اشتباه در سوبستانس را در مادهٔ ۱۱۱۰ به‌کار برده‌اند، کارهای مقدماتی این قانون نشان می‌دهد که آنان نظریهٔ حقوق رم را نپذیرفته و دید وسیعتری از اشتباه در "خود موضوع" داشته‌اند. در مورد عیوب مخفی مورد معامله، مادهٔ ۱۶۴۱ قانون مدنی فرانسه، صریحاً قصد خریدار را ملاک قرار داده و عیبی را منشأ اثر دانسته که اگر خریدار از آن آگاه می‌شد اقدام به خرید نمی‌کرد. درواقع نویسندگان قانون مدنی فرانسه نظریهٔ پوتیه یعنی نظریهٔ شخصی را در این باب در مد نظر داشته‌اند و این نکته از مذاکراتی که در مجالس قانونگذاری فرانسه در این زمینه روی داده است به خوبی نمایان می‌گردد. به طورکلی علمای حقوق و رویهٔ قضائی فرانسه با نظریهٔ شخصی موافقند، هر چندکه بعضی از علماء و پاره‌ای آراء آن را با حدود و قیودی پذیرفته‌اند.

انتقاد از نظریهٔ شخصی ـ نظریهٔ شخصی محض مورد انتقاد بعضی از حقوق دانان واقع شده است، چه منتهی به ناپایداری و عدم امنیت در معاملات خواهد شد. ممکن است یکی از متعاملین تصور خاص و کاملاً فردی و حتی بوالهوسانه از مورد معامله داشته باشد و اوصافی را اساسی بداند که درنظر عرف غیراساسی باشد. اگر نظریهٔ شخصی محض را بپذیریم باید بگوئیم هر جا که در وصفی که درنظر یکی از متعاملین اساسی بوده اشتباهی روی داده باشد معامله باطل است و این بطلان به طرف دیگر معامله تحمیل می‌شود، اگرچه از اشتباه طرف خود هیچگونه اطلاعی نداشته باشد. مثلاًکسی که کتابهای صحافی شده به وسیله فلان صحاف معروف قرن هجدهم را خریداری و جمع‌آوری می‌کند، به کتابی برمی‌خوردکه تصور می‌کند به وسیلهٔ همان هنرمند صحافی شده است و بعد معلوم می‌شود که صحافی از یک هنرمند معروف دیگر است که ارزش کارهایش کمتر نیست. بنابر نظریهٔ شخصی محض، اشتباه در اینجا مربوط به وصف اساسی موضوع معامله است و باید

۱ـ گدمه: نظریهٔ کلی تعهدات، ص ۵۹؛ ـ کاربنیه، ش ۱۰۲.

معامله قابل ابطال باشد، با اینکه عادلانه نیست که بطلان را به فروشنده‌ای که از تصور غلط خریدار اطلاع نداشته و کتابی را که ارزش آن در نظر عرف کمتر از کتاب مورد نظر خریدار نبوده فروخته است تحمیل کنیم.

با توجه به این اشکال بعضی از حقوقدانان فرانسه نظریهٔ ثالثی را که مختلط و واسطه بین نظریهٔ نوعی محض و نظریهٔ شخصی محض است پذیرفته‌اند.

ج ـ نظریهٔ مختلط

به موجب این نظریه سرنوشت قرارداد تابع فکر شخصی یکی از متعاملین نیست بلکه معیار اشتباه، فکر عمومی و عرف و عادت است. پاره‌ای اوصاف در موضوع معامله از نظر عرف اساسی است و اشتباه در این اوصاف است که موجب بطلان معامله می‌گردد. ابری و رو با قبول این راه حل میانه کلمهٔ substance را چنین تعریف کرده‌اند: «منظور از سوبستانس نه فقط عناصر مادی موضوع است، بلکه علاوه بر آن، خصوصیاتی است که اجتماع آنها طبیعت خاص موضوع را درنظر عرف تشکیل می‌دهد و آن را برحسب مفاهیم عمومی از اشیائی که از نوع دیگر هستند جدا می‌کند»[۱]. مقصود این است که اگر اشتباه در وصفی روی دهد که عرفاً اساسی است و عموماً معامله کننده را به انجام معامله وامی‌دارد این اشتباه موجب بطلان نسبی است.

اژن گدمه نیز با بیان دیگر همین نظریه را پذیرفته می‌گوید: «یک طبقه‌بندی از اشیائی که موضوع تجارت هستند در افکار عمومی (عرف) وجود دارد که تنها بر حسب طبیعت مادی آنها نیست بلکه بسیاری عوامل دیگر، مانند فایده، کمیابی و غیره در آن دخالت دارند و از اینجا انواعی از کالاهای تجارتی پدید آمده که مورد قبول همهٔ مردم است. وصف اساسی آن است که چیزی را در یکی از طبقات و انواع مورد قبول عرف قرار دهد[۲]».

قانون مدنی آلمان نیز از نظریهٔ مشابهی پیروی کرده است. به موجب بند ۲ از مادهٔ ۱۱۹ این قانون اشتباه در اوصافی که در روابط تجارتی اساسی محسوب می‌شود معامله را قابل ابطال می‌سازد.[۳]

نظریهٔ مختلط با نظریهٔ حقوق رم از این جهت متفاوت است که اشتباه مؤثر را به اشتباه در ماده و جنس مورد معامله محدود نمی‌کند، بلکه یک عامل فکری و ارادی را درنظر می‌گیرد. لیکن فکر و اراده‌ای که در اینجا مورد توجه واقع می‌شود فکر و ارادهٔ خاص متعاملین نیست بلکه فکر و ارادهٔ فرضی آنان بر حسب عرف و عادت است. بدینسان به موجب این نظریه، برخلاف نظریهٔ رومی،

۱ـ ابری و رو، Aubry-Rau حقوق مدنی فرانسه، ج ۴، چاپ ششم، پاراگراف ۳۴۳ مکرر ص ۴۳۳.

۲ـ گدمه: نظریهٔ کلی تعهدات، ص ۶۰.

۳ـ مازو: ش ۱۶۶؛ گدمه: ص ۶۳.

اعلام می‌شود که اشتباه در سوبستانس وجود دارد، هرگاه کسی یک شمش مفرغ که کمی طلا در آن به کار رفته، به تصور اینکه از طلای خالص است، خریداری کند؛ چه از نظر عرف تجارتی نوع موضوع معامله با آنچه مورد نظر خریدار بوده است تفاوت می‌کند. برعکس، بنابراین نظریه، اشتباه در نام صحاف کتاب، در مثالی که در فوق گفته شد، اساسی و موجب بطلان تلقی نمی‌شود، چه این وصف عرفاً کافی نیست که موضوع معامله را در یک طبقه و نوع تجارتی دیگر قرار دهد. به عبارت دیگر چیزی که در نظر معامله کننده اساسی بوده عرفاً اساسی و علت اصلی عقد تلقی نمی‌شود.

اجرای ضابطهٔ مذکور امری دقیق است و در پاره‌ای موارد ممکن است ایجاد اختلاف کند. مثلاً آیا اشتباه در مورد منشأ و قدمت مال باید اساسی تلقی شود. ابری ورو این گونه اشتباه را اساسی ندانسته‌اند؛ لیکن این نظر خالی از اشکال نیست و نمی‌توان بطور مطلق آن را پذیرفت. باید دید آیا موضوع معامله طوری است که اختلاف در منشأ و قدمت آن را در یک طبقهٔ دیگر تجارتی قرار می‌دهد یا نه. فرض کنید خریدار تصور می‌کند که تابلوئی که اثر فلان نقاش معروف است می‌خرد، در حالی که موضوع معامله تقلیدی از آن بیش نیست. این اشتباه اساسی است چه تابلوی اصیل و تابلوی تقلیدی یا عکس، از نظر تجارتی، در یک طبقه قرار نمی‌گیرند و از یک نوع نیستند. لیکن اگر کسی قصد خرید یک تابلوی تقلیدی که تصور می‌کند نقاش معینی آن راکشیده داشته باشد و بعد معلوم شود که نقاش دیگری آن راکشیده است، این اشتباه معمولاً اساسی نیست، چه شخصیت تقلید کننده در نظر عرف تعیین کننده و علت اصلی عقد محسوب نمی‌شود.(۱)

رویهٔ قضائی فرانسه

رویه قضائی فرانسه از دیرباز نظریهٔ شخصی را در تفسیر مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی پذیرفته و در موارد بسیاری که اشتباه مربوط به جنس مورد معامله نبوده، بلکه در وصف اساسی آن بوده است، این ماده را اعمال کرده است. البته در آغاز، رویهٔ قضائی فرانسه مردد بوده ولی در حدود سال ۱۸۷۰ این رویه تثبیت شده است. مثلاً اصالت یک اثر نقاشی وصف اساسی و اشتباه در آن اشتباه در خود موضوع تلقی شده است (دادگاه استیناف پاریس، رأی ۲۲ فوریه ۱۹۵۰، دالوز ۱۹۵۰، بخش رویه قضائی، ص ۲۶۹؛ رأی ۱۲ فوریه ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۴، بخش رویه قضائی، ۲۶۹؛ رأی ۱۲ فوریه ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۴، بخش رویهٔ قضائی، ص ۳۳۷)؛ همچنین وصف طبیعی بودن مروارید (شعبهٔ عرایض دیوان تمیز، رأی ۵ فوریه ۱۹۲۹، سیره ۱۹۳۱ ، بخش ۱، ص ۱۳۰)؛ قدمت مالی که به عنوان عتیقه خریداری شده (دادگاه لیون، رأی ۱۸ مارس ۱۹۳۱، دالوز ۱۹۳۳، بخش ۲، ص ۲۵)؛ توانائی حیوان برای کاری که مورد نظر خریدار بوده است (شعبهٔ عرایض دیوان تمیز، ۱ مارس ۱۸۹۹ سیره ۱۸۹۹، بخش ۱، ص ۲۲۱؛ شعبه مدنی، ۲۷ آوریل ۱۹۵۳، دالوز ۵۳، ص ۴۴۰) و ارزش

۱ـ گدمه: ص ۶۱.

زراعی زمینی که اجاره شده است (شعبه اجتماعی دیوان تمیز، ۴ مه ۱۹۵۶، ژوریس کلاسور ادواری ۵۷، بخش ۲، ش ۹۷۶۲). دادگاه استیناف رن در یک رأی مورخ ۱۷ ژوئن ۱۹۲۹ (گازت دوپاله ۱۹۲۹، بخش ۲، ص ۳۹۶) اعلام می‌دارد: «رویهٔ قضائی قطعی امروز بر آن است که منظور از "خودموضوع" ضرورتاً یک عنصر مادی نیست بلکه وصف مشخصی است که عامل اصلی اراده بوده است».

بدینسان ملاحظه می‌شود که رویه قضائی فرانسه نظریهٔ شخصی و روانی را پذیرفته و کلمهٔ substance را به وصف اساسی qualité substantielle [۱] تفسیر کرده است و علمای حقوق فرانسه نیز اصولاً با آن موافقند.

لیکن باید یادآور شد که رویهٔ قضائی فرانسه نیز نظریهٔ شخصی را به طور مطلق نپذیرفته بلکه حدود و قیودی برای آن قائل شده است و می‌توان گفت دادگاههای فرانسه نیز در این زمینه از یک نظریهٔ مختلط و معتدل پیروی می‌کنند. از آراء دادگاههای فرانسه چنین برمی‌آید که رویهٔ قضائی این کشور دو دسته از اوصاف را اساسی تلقی می‌کند:[۲]

۱ـ اوصافی که عرفاً و عادتاً باید در موضوع معامله وجود داشته باشد. مثلاً یک قطعه زمین، که در یک منطقه شهری واقع شده است، عادتاً و در نظر عرف باید قابلیت ساختمان داشته باشد، و این وصف اساسی تلقی می‌شود. بنابراین، آنچه به عقیدهٔ ابری ورو وصف اساسی تلقی می‌شود، به موجب رویهٔ قضائی فرانسه نیز از اوصاف اساسی است. لیکن اوصاف اساسی محدود به این گونه اوصاف نیست.

۲ـ رویهٔ قضائی فرانسه اوصافی را نیز که در نظر طرفین قرارداد اصلی بوده و فایده منظور طرفین از موضوع معامله به آن بستگی داشته باشد اساسی می‌داند. مثلاً زمین عادتاً برای تأسیس مدرسه به کار نمی‌رود لیکن اگر طرفین چنین منظوری از زمین مورد معامله داشته باشند و بعد معلوم شود که موضوع معامله بدین منظور به کار نمی‌آید معامله قابل ابطال است.

اوصاف غیراساسی

اوصاف زیر طبق پاره‌ای آراء قضائی فرانسه غیر اساسی است:

۱ـ هر گاه معامله بالذات برای استفاده منظور، قابلیت داشته و به عبارت دیگر دارای وصفی که اساسی است باشد، معامله صحیح است، اگرچه متعامل به علل خاص و شخصی که خارج از قلمرو قرارداد است نتواند آن طور که امید داشته از آن استفاده کند. مثلاً اگر آپارتمان مورد معامله قابل

۱ـ منظور از substantielle چنانکه حقوقدانان فرانسه گفته‌اند essentielle است.

۲ـ مازو: ش ۱۶۶، ص ۱۳۸.

سکونت است، مهم نیست که کارمندی که آن را خریده به علت انتقال به محل دیگر نتواند از آن بهره‌مند گردد. اگر خانه‌ای که کارمند خریده، برای اینکه در دورهٔ بازنشستگی خود از آن برخوردار شود، دارای وصف اساسی منظور است، فوت خریدار قبل از بازنشستگی به صحت قرارداد لطمه‌ای نمی‌زند. این گونه اشتباه در غرض وداعی است و اغراض و دواعی[۱] و به عبارت صحیح تر علل شخصی که مانع استفاده معامله کننده از موضوع معامله می‌شود، طبق رویهٔ قضائی فرانسه، در صحت قرارداد مؤثر نیست. برای اینکه داعی وارد قلمرو قرارداد شود و در آن مؤثر باشد لازم است به صورت شرط در قرارداد ذکر شده باشد، شرطی که حتی وجود قرارداد معلق بر آن باشد. در این صورت شک نیست که عدم تحقق معلق علیه اثر قرارداد را از میان خواهد بود.

۲ـ هنگامی که در موضوع معامله وصفی عادتاً منظور عرف نباشد و هر دو طرف قرارداد نیز آن را در نظر نداشته باشند بلکه فقط یکی از متعاملین به غلط تصور وجود آن را کرده باشد، این اشتباه طبق پاره‌ای آراء صادر از دادگاههای فرانسه در صحت معامله مؤثر نیست.

اگر نظریهٔ شخصی محض را بپذیریم این اشتباه باید مؤثر باشد، چه ارادهٔ متعامل به علت این اشتباه معلول شده است. لیکن امنیت و استحکام قرادادها موجب قبول این محدودیت گردیده است. بدینسان دادگاه مدنی سن از ابطال معاملهٔ تابلوئی از دلاکروا[۲] که خریدار به غلط تصور می‌کرده که زینت بخش اتاق این هنرمند بوده خودداری می‌کند (رأی ۸ دسامبر ۱۹۵۰، دالوز ۱۹۵۱، ص ۵۰) و نیز دادگاه بخش نانت تقاضای ابطال فروش یک تابلوی نقاشی را که از نقاش قابلی بوده ولی خریدار به اشتباه آن را تصویر سارابرنارد[۳] تصور می‌کرده رد می‌کند (رأی ۲۳ ژانویه ۱۹۴۷، گازت دوپاله، ۱۹۴۷ ، بخش ۱، ص ۱۲۹) و دادگاه استیناف امین[۴] حکم به صحت اجارهٔ شکارگاهی می‌دهد که مستأجر تقاضای ابطال آن را داشته، بدان جهت که فکر می‌کرده شکار بیشتری در آن موجود است (رأی ۳۰ نوامبر ۱۹۵۴، گازت دوپاله، ۱۹۵۵ ، بخش ۱، ص ۶۹).

۳ـ هرگاه فایدهٔ منظور در موضوع معامله احتمالی باشد، در صورتی که آن فایده حاصل نشود، نمی‌توان معامله را به علت اشتباه در وصف اساسی ابطال کرد (شعبهٔ مدنی دیوان تمیز، رأی ۱۶ مه ۱۹۳۹، سیره ۱۹۳۹، بخش ۱، ۲۶۰). بنابراین اگر کسی کالائی خریداری کند، به منظور اینکه آن را به خارجه صادر نماید، در دوره‌ای که صدور کالا به خارج جز در موارد استثنائی ممنوع است، و نتواند اجازهٔ صدور تحصیل کند، یا اگر کسی مالی را بخرد برای اینکه آن را به قیمت بیشتری بفروشد ولی

1- Mobiles

2- Delacroix

3- Sarah Bernard

4- Amiens

سودی از آن نبرد نمی‌تواند ابطال معامله را تقاضا کند، چه قرارداد از آغاز متضمن خطر بوده و فایده منظور از موضوع معامله احتمالی بوده است.

۴ـ اشتباه در قیمت موضوع معامله را نیز، در صورتی که عامل اصلی قرارداد باشد، می‌توان اشتباه در وصف اساسی موضوع آن تلقی کرد ولی این اشتباه جز در موارد استثنائی که در قانون آمده موجب ابطال معامله نمی‌شود (رأی شعبهٔ مدنی دیوان تمیز فرانسه، مورخ ۱۶ مه ۱۹۳۹، سیره ۱۹۳۹، بخش ۱، ص ۲۶۰). اصل استحکام و امنیت معاملات در اینجا نیز موجب تحدید نظریهٔ شخصی اشتباه شده است. درواقع مادهٔ ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه اصل غیرقابل ابطال بودن معامله به علت غبن را می‌پذیرد و فقط در موارد استثنائی غبن را از عیوب اراده معرفی می‌کند. ابطال معامله به علت اشتباه در قیمت جز در مواردی که قانونگذار صریحاً پذیرفته در حقیقت مخالف این ماده است.(۱)

اثر اشتباه در خود موضوع

اشتباه در خود موضوع معامله به معنائی که گفته شد در حقوق فرانسه موجب بطلان نسبی است که مفهومی نزدیک به عدم نفوذ در حقوق ایران است. برای روشن شدن موضوع بی‌مناسبت نیست انواع بطلان را در حقوق فرانسه به اختصار بررسی کنیم. در حقوق این کشور دو نوع بطلان شناخته شده است: بطلان مطلق و بطلان نسبی یا قابلیت بطلان. این دو نوع بطلان در صورتی که مورد حکم دادگاه واقع شوند، دارای آثار واحدی هستند لیکن در احکام آنها اختلافاتی به شرح زیر دیده می‌شود:

الف ـ در بطلان مطلق هر ذینفع می‌تواند به آن استناد کند اما بطلان نسبی فقط به وسیلهٔ کسی که حمایت از او مورد نظر قانونگذار بوده قابل استناد است (مانند مکره یا کسی که در نتیجهٔ اشتباه مؤثر در صحت، قرارداد بسته است).

ب ـ در مورد بطلان مطلق عمل قابل تنفیذ و رفع عیب نیست (مانند قراردادی که در حال مستی واقع شود یا جهت آن نامشروع باشد) اما در مورد بطلان نسبی کسی که حق استناد به بطلان دارد می‌تواند عمل را تنفیذ کند.

ج ـ بطلان مطلق غیرقابل مرور زمان است یا به قولی مدت مرور زمان آن درازتر از مرور زمان بطلان نسبی است: مرور زمان بطلان مطلق ۳۰ سال و مرور زمان بطلان نسبی ۵ سال است(۲) چه هدف در بطلان مطلق حمایت از منافع عمومی و در بطلان نسبی حمایت از منافع خصوصی

۱ـ ریپر ـ بولانژه: کتاب مذکور، ش ۱۶۰؛ ـ مارتی ورنو، ش ۱۲۳، ص ۱۱۴.

۲ـ مدت مرور زمان بطلان نسبی در گذشته ده سال بوده و به موجب قانون مورخ ۳ ژانویه ۱۹۶۸ به ۵ سال تقلیل یافته است (مادهٔ ۱۳۰۴ اصلاحی قانون مدنی فرانسه).

است.[۱]

حال که مفهوم بطلان نسبی و فرق آن با بطلان مطلق روشن شد باید بگوئیم که در حقوق فرانسه اموری که عیب اراده تلقی شده موجب بطلان نسبی است و اشتباه در خود موضوع نیز از این قبیل است. مادهٔ ۱۱۱۷ قانون مدنی فرانسه صریحاً اعلام می‌دارد که اشتباه موجب بطلان مطلق نمی‌شود بلکه فقط حق دعوای بطلان به اشتباه کننده می‌دهد. به عبارت دیگر معامله‌ای که در اثر اشتباه در درخود موضوع منعقد شده باشد قابل ابطال به تقاضای اشتباه کننده است.

بخش دوم ـ اشتباه درخود موضوع معامله در حقوق ایران

طبق مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد». این مادهٔ از مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه گرفته شده و چنانکه گفتیم قانونگذار کلمهٔ substance را به خود ترجمه کرده است. معهذا در تفسیر ماده ۲۰۰ نظرها یکسان نیست و سه نظریه در این باب می‌توان ارائه کرد.

نظریه اول

بعضی از حقوقدانان[۲] مادهٔ ۲۰۰ را ناظر به موردی دانسته‌اند که هر یک از طرفین معامله چیزی را درنظر داشته باشد که منظور دیگری نیست و توافق اراده در زمینهٔ موضوع وجود نداشته باشد، موردی که از آن در حقوق فرانسه به اشتباه در هویت موضوع تعبیر می‌کنند. «مثلاً هر گاه کسی به مغازه‌ای برود و قیمت پیراهنی را بپرسد و آن را بخرد بعد در موقع تسلیم معلوم گردد که فروشنده قیمت زیرپیراهنی را گفته و آن را فروخته است»[۳] این اشتباه مشمول مادهٔ ۲۰۰ است. همچنین است اگر کسی به شخص دیگر پیشنهاد کند که خانه‌ای را که در تهران دارد به قیمت معینی به او بفروشد و طرف مقابل به تصور آنکه بایع فروش خانهٔ تبریز خود را به او پیشنهاد می‌کند معامله را قبول نماید.

اینگونه اشتباه موجب بطلان معامله است زیرا مانع حصول توافق اراده می‌باشد که طبق مواد ۱۸۳ و ۱۹۴ و ۳۳۹ قانون مدنی شرط اساسی صحت معامله است. در هر قرارداد باید یکی از طرفین

۱- ژولیودولاموراندیر: حقوق مدنی (پرسی دالوز)، ج ۱، ش ۱۱۶، ج ۲، ش ۳۹۴ به بعد؛ ـ کاربنیه: ج ۲، ش ۱۳۱؛ ـ دیکسیونر حقوقی دالوز، کلمه Nullité

۲ـ دکتر امامی: حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۷؛ ـ منصور السلطنه (مصطفی) عدل: حقوق مدنی، چاپ هفتم، ش ۲۳۰، ص ۱۱۹؛ ـ حائری شاهباغ: شرح قانون مدنی ج ۲، شرح مادهٔ ۲۰۰.

۳ـ مثال از استاد دکتر امامی است.

همان چیزی را قبول کند که طرف دیگر ایجاب کرده است و اگر هر یک از متعاملین به موضوعی که غیر از موضوع مورد نظر دیگری است توجه داشته باشد به علت عدم توافق اراده و به تعبیر فقهای اسلامی به علت عدم مطابقت ایجاب و قبول قرارداد واقع نخواهد شد. این نوع اشتباه در حقوق فرانسه موجب بطلان مطلق شناخته شده و در فقه امامیه نیز در بطلان این گونه قرارداد تردیدی نیست و حتی بعضی از فقهاء بطلان قرارداد را در این مورد از بدیهیات حقوقی دانسته‌اند.(۱)

اگر مادهٔ ۲۰۰ را ناظر به اشتباه در مورد فوق بدانیم دیگر کلمهٔ عدم نفوذ مذکور در ماده را نمی‌توان به معنی عدم نفوذ اصطلاحی که ضمانت اجرائی خفیفتر از بطلان است و عیبی است که با تنفیذ بعدی قابل رفع می‌باشد گرفت، بلکه باید گفت منظور از عدم نفوذ بطلان به معنی مصطلح در حقوق ماست. ممکن است ایراد شود که بعید است قانونگذار که به اصطلاحات حقوقی واقف بوده عدم نفوذ را به معنی بطلان بکار برده باشد. پاسخ آن است که کلمات نفوذ و عدم نفوذ و همچنین نافذ و غیرنافذ در فقه اسلامی و قانون مدنی همیشه به یک معنی به کار نرفته است. قانونگذار در پاره‌ای مواد نافذ را به معنی الزام‌آور و مؤثر به کار برده است (مادهٔ ۱۰ قانون مدنی) و غیرنافذ را به معنی عملی که بر اثر فقدان پاره‌ای شرایط و تمام نبودن، الزام‌آور نیست.(۲) در این صورت غیرنافذ

۱ـ میرزای نائینی در این زمینه می‌گوید: «لایخفی ان اعتبار التطابق من القضا یا التی قیاسهاتها معهالان العقد عبارة عن امروحدانی متحصل عن الایجاب و القبول فلوانشأ احدهما البیع والاخر قبل بعنوان الهبة اواحدهما باع الجاریة والآخراشتری العبدلم یتحصل معنی واحد منهما لعدم ارتباط کلام احدهما بالآخر (منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۱۴). ونیز رجوع شود به: شیخ انصاری، مکاسب، ج ۱، ص ۱۰۱؛ حاج ملاهاشم خراسانی، رسالهٔ تجارت، ص ۶؛ سیدابوالحسن اصفهانی، وسیلةالنجاة ج ۱، ص ۳.

۲ـ مرحوم سیدابوالحسن اصفهانی در وسیلةالنجاة در مورد معامله‌ای که از جانب غیرمالک و محجور واقع شده باشد می‌گوید: «معنی عدم الوقوع من غیرالمالک کالفضولی اوالمحجور علیه عدم اللزوم والنفوذلاکونه لغوا». (ج ۲، ص ۱۶). چنانکه ملاحظه می‌شود کلمهٔ نفوذ در این عبارت به لزوم عطف شده و ظاهراً مترادف با آن تلقی گردیده است. حائزی شاهباغ در شرح قانون مدنی خود پس از اینکه اعلام می‌کند که اگر فروشنده قصد معاملهٔ خانه موروثی خود را داشته باشد و اشتباهاً خانه خریداری خود را مورد معامله قرار دهد معامله واقع نشده است، چنین استدلال می‌کند: «چون آنچه مقصود بوده واقع نشده است، برحسب قاعدهٔ مسلمهٔ ثابتهٔ العقود تابعة للقصود چنین معامله نافذ نیست، یعنی کسی که اشتباه کرده است ملزم به ترتیب اثر به آن معامله نمی‌باشد» (شرح قانون مدنی، ج ۲، شرح مادهٔ ۲۰۰). پیداست که شارح نامبرده که با کتب و اصطلاحات فقهی مأنوس بوده نافذ را به معنی الزام‌آور به کار برده است.

دارای معنایی اعم از باطل و غیرنافذ به معنی خاص است که فقهاء از آن عموماً به موقوف تعبیر کرده‌اند. مثلاً مادهٔ ۲۱۳ قانون مدنی می‌گوید: «معامله محجورین نافذ نیست»، در حالی که مادهٔ ۲۱۲ مقرر می‌دارد: «معامله با اشخاصی که بالغ و یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است». با توجه به اینکه معاملات محجورین نه به طور کلی باطل و نه به طور کلی غیرنافذ است، بلکه برحسب مورد گاهی باطل و گاهی غیرنافذ محسوب می‌شود (مادهٔ ۱۲۱۴ قانون مدنی) باید گفت که کلمهٔ باطل در مادهٔ ۲۱۲ و کلمهٔ غیرنافذ در ماده ۲۱۳ به معنایی اعم از باطل و غیرنافذ به معنی اخص به کار رفته و هر دو مفهوم را دربرمی‌گیرد. بنابراین می‌توان گفت کلمه عدم نفوذ در مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مدنی نیز به معنایی اعم از بطلان و عدم نفوذ به معنی اخص به کار رفته است. البته به کمک دلائل دیگر پی‌می‌بریم به اینکه اشتباه مذکور در مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی موجب بطلان معامله است.

انتقاد ـ نظریه فوق، علاوه بر اینکه با هیچیک از نظریاتی که در تفسیر ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه ابراز شده منطبق نیست دارای این عیب است که قلمرو مادهٔ ۲۰۰ را فقط به موردی که توافق اراده در موضوع وجود ندارد و به اصطلاح حقوق فرانسه به مورد اشتباه در هویت موضوع محدود می‌کند، در حالی که موارد دیگری هست که اشتباه مهم است و باید موجب بطلان معامله باشد. اگر کسی قاشق و چنگالی بخرد به تصور اینکه از نقره است و بعد معلوم شود که برنج و نقره نماست آیا این اشتباه نباید موجب بطلان معامله باشد. در مورد بیع مادهٔ ۳۵۳ قانون مدنی این اشتباه را موجب بطلان دانسته، مقرر می‌دارد: «هرگاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و درواقع از آن جنس نباشد بیع باطل است... » لیکن این قاعده در فصل بیع آمده است و در فصل قواعد عمومی معاملات یک قاعده کلی که این گونه اشتباه را موجب بطلان قرارداد تلقی کند دیده نمی‌شود و حال آنکه می‌بایست چنین قاعده‌ای در قانون مدنی وجود داشته باشد.

نظریه دوم

بعضی از حقوقدانان تعبیر فوق را قابل انتقاد دانسته و در تفسیر مادهٔ ۲۰۰ نظریهٔ شخصی را منطقی‌تر تلقی کرده و به پیروی از دکترین و رویه قضائی فرانسه «خودموضوع» را عبارت از اوصاف اساسی موضوع دانسته‌اند. بنابراین نظریه، اشتباه در وصفی که در نظر طرفین معامله اصلی و اساسی بوده اراده را معلول می‌کند و در صحت معامله مؤثر است.(۱)

حال ببینیم بنابراین نظریه، عدم نفوذ مذکور در ماده ۲۰۰ دارای چه معنایی خواهد بود. بعضی از

۱ـ دکتر کاتوزیان: دوره مقدماتی حقوق مدنی، ش ۲۷۸ و نیز رجوع شود به: دکتر جعفری لنگرودی: تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۵۵۶ به بعد.

حقوقدانان آن را به معنی عدم نفوذ اصطلاحی گرفته‌اند[۱] زیرا اشتباه در سوبستانس که در ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی ذکر شده موجب بطلان نسبی است که مفهومی نزدیک به عدم نفوذ در حقوق ایران است. بعضی دیگر از حقوقدانان، با اینکه حکم به بطلان عقد را، با توجه به مادهٔ ۷۶۲ قانون مدنی که اشتباه در مورد صلح را صریحاً موجب بطلان معرفی کرده، از نظر علمی و حقوقی قوی‌تر دانسته‌اند، قول به عدم نفوذ را از لحاظ مزایای عملی آن مورد توجه قرار داده‌اند، چه اگر عقد ناشی از اشتباه غیرنافذ باشد سرنوشت عقد فقط در دست کسی است که در اشتباه بوده است و او می‌تواند معامله را تنفیذ یا رد کند، در حالی که اگر نظریهٔ بطلان عقد پذیرفته شود طرفی هم که ارادهٔ کامل داشته است حق دارد از این بطلان استفاده کند و از اجرای تعهد خویش سرباززند.[۲]

انتقاد ـ اشکال مهمی که بر این نظریه وارد است این است که نظریهٔ مذکور با قواعد دیگری که از حقوق اسلامی گرفته شده است هماهنگ نیست. بنابراین نظریه، اشتباه در وصفی که در نظر متعاملین اساسی و تعیین کننده بوده باید موجب بطلان یا لااقل عدم نفوذ باشد، در حالی که طبق مواد ۲۳۵ و ۴۱۰ به بعد قانون مدنی، تخلف وصف موجب خیار فسخ است نه بطلان یا عدم نفوذ. به عبارت روشن‌تر هرگاه اوصافی برای مورد معامله ذکر شود یا حتی بدون ذکر در عقد مورد نظر طرفین و مقرر بین آنان باشد و به عبارت دیگر بنای عقد برآن باشد، اگر بعد معلوم شود که مورد معامله دارای اوصاف مقصود نبوده معامله قابل فسخ است. مثلاً اگر کسی یک تخته قالی بخرد به تصور اینکه کاشانی است و پس از معامله معلوم شود که قالی بافت تبریز است، در صورتی که وصف کاشانی در معامله صریحاً یا ضمناً شرط یا قید شده باشد، معامله قابل فسخ از جانب خریدار است، نه باطل یا غیرنافذ (مواد ۲۳۵ و ۴۱۰ قانون مدنی).

برای احتراز از اشکالات وارد به نظریه‌های اول و دوم می‌توان نظریهٔ ثالثی را در تفسیر ماده ۲۰۰ براساس آنچه بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند پیشنهاد کرد.

نظریهٔ سوم

می‌توان گفت خود موضوع در مادهٔ ۲۰۰ عبارت از صورت عرفیه موضوع معامله است، یعنی خصوصیاتی که عرفاً موجب تمیز موضوع معامله از اشیاء دیگر می‌گردد. مثلاً خرید کفش مردانه به جای زنانه و خرید باغ به جای زمین و خرید قاشق و چنگال نقره‌نما به جای نقره و خرید مال جدید به جای عتیقه از مصادیق اشتباه در صورت عرفیه موضوع است. به طور کلی اشتباه در صورت عرفیه هنگامی صدق می‌کند که آنچه مقصود طرف معامله بوده با آنچه مورد معامله واقع شده عرفاً متباین و متغایر باشد و به بیان ساده‌تر عرف آنها را دو چیز مختلف بداند اعم از اینکه آنها از دو

۱ـ دکتر جعفری: تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۵۵۶.

۲ـ دکتر کاتوزیان، همان کتاب، ش ۲۸۱.

جنس مختلف باشند یا نه. البته فرض این است که موضوع ایجاب وقبول یک مال معین است و فقط در صورت عرفیه آن یکی از طرفین معامله یا هر دو اشتباه کرده‌اند، نه آنکه موضوع ایجاب و قبول دو چیز مختلف باشد که در این صورت معامله به علت فقدان توافق اراده و عدم مطابقت ایجاب و قبول باطل است.

حال ببینیم اشتباه در خود موضوع به معنایی که گفته شد موجب بطلان عقد است یا عدم نفوذ. این اشتباه را همانطور که بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند باید موجب بطلان معامله دانست، زیرا مصداق بارز تخلف عقد از قصد است. میرزای نائینی در این زمینه می‌گوید: قاعدهٔ «العقود تابعةللقصود» محل استعمالش همین جا است، چه مثلاً آنچه بایع قصد کرده و در ازاء آن ثمن را پرداخته منتفی است و آنچه موجود است مقصود نبوده و در ازاء آن چیزی پرداخت نشده است».(۱)

بنابراین چون اشتباه در صورت عرفیه موضوع به یکی از ارکان عقد لطمه می‌زند باید موجب بطلان معامله باشد و کلمه عدم نفوذ در مادهٔ ۲۰۰ باید به معنی بطلان گرفته شود.

اما اگر اشتباه در اوصاف فرعی و عوارض مورد معامله روی داده باشد و آنچه درخارج وجود دارد عرفاً با چیزی که مقصود بوده مغایر نباشد معامله را نمی‌توان باطل تلقی کرد، اگرچه قید یا شرط آن در عقد، بطور صریح یا ضمنی، موجب خیار فسخ است (مانند اشتباه در وصف کاشانی بودن قالی یا بازده زراعی زمین یا قابلیت زمین برای ساختن مدرسه یا آمادگی حیوان برای استفاده موردنظر و امثال اینها).

میرزای نائینی بعد از اینکه اشتباه در صورت عرفیه موضوع را، اعم از اینکه به صورت شرط یاوصف یا قید باشد، موجب بطلان عقد معرفی می‌کند راجع به اشتباه در اوصاف فرعی موضوع چنین می‌گوید: «خصوصیتی که موضوع معامله فاقد آن است گاهی فرعی است، بدین معنی که انتفاء آن موجب اختلال در مبادلهٔ مالین نمی‌گردد، و چنان نیست که آنچه در خارج موجود است با چیزی که عقد بر آن واقع شده عقلا و عرفاً مباین باشد، اگرچه التزام به بودن یکی از دو مال عوض دیگری منوط به وجود خصوصیت مزبور باشد. در این صورت انتفاء خصوصیت مورد نظر موجب انتفاء التزام است نه انتفاء اصل مبادله».(۲)

بنابراین نظریه، منظور از مادهٔ ۲۰۰ اشتباه در صورت عرفیه موضوع است نه در عوارض آن. اشتباه در صورت عرفیه موجب بطلان عقد است اما اشتباه در عوارض و به عبارت دیگر اشتباه در اوصافی که صورت نوعیه موضوع معامله را تشکیل نمی‌دهد، در صورتی که وجود این اوصاف به

۱ـ منیةالطالب، ج ۲، ص ۱۳۵؛ و نیز رجوع شود به: شیخ انصاری، مکاسب ج ۲، ص ۲۵۰ (در خیار رؤیت)؛ میرزای قمی، جامع الشتات، کتاب التجارة، ص ۱۱۹؛ دکتر جعفری لنگرودی، کتاب مذکور، ش ۵۴۶ به بعد.

۲ـ منیة الطالب، ص ۱۳۵.

طور صریح یا ضمنی در قرارداد ذکر شده باشد، موجب خیار است. با قبول این نظریه در تفسیر مادهٔ ۲۰۰ هماهنگی بین قواعد مربوط به خیار تخلف وصف و خیار شرط و قاعدهٔ اشتباه در خود موضوع حاصل و اشکالی که در این خصوص به نظریه دوم وارد بود مرتفع خواهد شد. و نیز آنچه در مادهٔ ۲۰۰ آمده با حکم مندرج در ماده ۳۵۳ راجع به اشتباه در جنس مبیع و مادهٔ ۷۶۲ راجع به اشتباه در مورد صلح[۱] موافق خواهد بود.

مقایسه

اگر نظریهٔ اخیر را با نظریاتی که در تفسیر مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه ابراز شده مقایسه کنیم می‌بینیم که نظریهٔ مذکور با نظریهٔ ابری و رو و گدمه که نظریه‌ای مختلط بود قابل انطباق است. ابری و رو می‌گفتند: «منظور از سوبستانس نه فقط عنصر مادی موضوع است بلکه علاوه برآن، خصوصیاتی است که اجتماع آنها طبیعت خاص موضوع را درنظر عرف تشکیل می‌دهد». گدمه نیز اوصافی را اساسی می‌دانست که نوع و طبقهٔ تجارتی موضوع را برحسب عرف تعیین می‌کردند. درواقع خصوصیات موردنظر ابری و رو و گدمه همان خصوصیاتی است که به تعبیر بعضی از حقوقدانان اسلامی صورت عرفیه و به تعبیری دیگر صورت نوعیه موضوع را تشکیل می‌دهد.

تفاوت مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه، بنابر تفسیر ابری و رو و گدمه، با مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی ایران، بنا بر تفسیر اخیری که از آن کردیم، این خواهد بود که اشتباه در سوبستانس در حقوق فرانسه موجب بطلان نسبی شناخته شده، در حالی که اشتباه در صورت عرفیهٔ موضوع در حقوق ایران موجب بطلان مطلق است. به نظر می‌رسد که قول به بطلان مطلق در این مورد موجه‌تر است زیرا اشتباه در صورت عرفیه به قدری مهم است که به قصد معتبر در معامله لطمه می‌زند و موجب تخلف عقد از قصد می‌گردد.[۲] پس باید موجب بطلان مطلق باشد.

منابعی که در تهیهٔ این مقاله مورد استفاده واقع شده است:

الف ـ به زبان فرانسه

1- AUBRY (C) et RAU (C.), Cours de Droit civil français, t. 4 , 6e édit. par Bartin.

2- CARBONNIER (J), Droit civil, t. II, Paris 1962.

3- CODE CIVIL français, Dalloz 1968.

4- GAUDEMET (E.), Théorie générale des obligations, Paris 1965.

5- JULLIOT de la MORANDIERE (L.), Droit civil (Precis Dalloz), t.II, Paris 1961.

۱ـ ماده ۷۶۲ قانون مدنی: «اگر در طرف معامله و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است».

۲ـ ماقصدلم یقع و ما وقع لم یقصد.

6- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, t. II, Ier vol., Paris 1962.

7- MAZEAUD (J.H.L.), Leçons de Droit civil, t.II, Paris 1962.

6- PLANIOL (M.), RIPERT (G.) et ESMEIN (P.), Droit civil français, t.VI, Paris 1952.

9- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), Droit civil, t. II, Paris 1957.

ب ـ به زبان فارسی و عربی

۱ـ اصفهانی (سیدابوالحسن)، وسیلةالنجاة، چاپ هفتم، نجف ۱۳۶۳ قمری.

۲ـ امامی (دکتر سیدحسن)، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۳۵.

۳ـ شیخ انصاری، مکاسب، چاپ تبریز، ج ۱، ۱۳۷۴، ج ۲، ۱۳۷۵ قمری.

۴ـ دکتر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران ۱۳۴۰.

۵ـ حائری شاهباغ (سیدعلی)، شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ تهران.

۶ـ خراسانی (حاج ملاهاشم) رسالهٔ تجارت، چاپ سنگی ۱۳۴۹ قمری.

۷ـ عدل، منصورالسلطنه (مصطفی) حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران ۱۳۴۲.

۸ـ کاتوزیان (دکتر ناصر)، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دوم، ۱۳۴۶.

۹ـ میرزای نائینی، منیةالطالب فی حاشیة المکاسب، چاپ قم، ج ۱، ۱۳۷۳، ج ۲، ۱۳۷۶ قمری

مقالهٔ ششم

اشتباه در شخص طرف قرار داد در حقوق ایران و فرانسه*

چنانکه در مقالـهٔ پیشین اشاره شد، در حقوق فرانسه اشتباه در دو مورد موجب بطلان نسـبی قرارداد شناخته شده است: اشتباه در خود موضوع و اشتباه در شخص طرف قرارداد، در صورتی که تصور شخص علت اصلی عقد باشد. قانونگذار ایران نیز با توجه به حقوق فرانسه اشتباه در خـود موضوع و اشتباه در شخص طرف قرارداد را درمواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی موردنظر قرار داده و در معامله مؤثر دانسته است. اشتباه در خود موضوع در حقوق ایران و فرانسه و تفاوت این دو حقوق با یکدیگر در این زمینه در مقالهٔ پیشین بررسی شد. اینک دراین مقاله اشتباه در شخص طرف قرارداد را مورد مطالعه قرار می‌دهیم. چون قانون مدنی فرانسه دراین خصوص نیز الهام بخش قانونگذار ایران بوده و در واقع منبع حقوق ایران دراین زمینه هم حقوق فرانسه است، نخست حقوق فرانسه را در این باره بررسی می‌کنیم سپس به بحث راجع به حقوق ایران و جهت اختلاف این دو حقوق با یکدیگر می‌پردازیم.

بخش اول ـ اشتباه درشخص طرف قرارداد در حقوق فرانسه

بند دوم مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه درباره اشتباه در شخص طرف قرارداد می‌گوید: «اشتباه

---

*ـ این مقاله در نشریهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شمارهٔ چهارم ۱۳۴۹، چاپ شـده ولی ارزش خود را در حقوق امروز نیز حفظ کرده است.

هنگامی که فقط مربوط به شخص طرف قرارداد باشد علت بطلان نیست، مگر اینکه تصور این شخص علت اصلی عقد باشد». این یک قاعده کلی است که در فصل راجع به اراده آمده است. در فصل نکاح نیز در مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه قاعده‌ای به شرح زیر دیده می‌شود: «... هرگاه اشتباه روی داده باشد فقط همسری که اشتباه کرده است می‌تواند به ازدواج ایراد کند.» با اینکه می‌توان اشتباه در شخص طرف نکاح را از مصادیق اشتباه در شخص طرف قرارداد تلقی کرد و مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه را مانند بند دوم مادهٔ ۱۱۱۰ که متضمن حکم کلی در این باب است تفسیر نمود، معهذا تفسیر دادگاههای فرانسه از این دو ماده و بالنتیجه حکم اشتباه در شخص طرف قرارداد در مورد نکاح و سایر قراردادها در حقوق این کشور یکسان نیست. در اینجا نخست قاعدهٔ عمومی اشتباه در شخص طرف قرارداد و پس از آن، اشتباه در شخص زوج یا زوجه را مورد بحث قرار می‌دهیم.

الف ـ قاعدهٔ عمومی اشتباه در شخص طرف قرارداد [۱]

حقوق رم و حقوق قدیم فرانسه ـ در حقوق رم اشتباه در شخص[۲] در قرارداد مؤثر بود و علت بطلان مطلق شناخته می‌شد و منظور از اشتباه در شخص این بود که متعامل به غلط تصور کند که با شخص خاصی معامله می‌کند، در حالی که طرف او شخص دیگری است.

در حقوق قدیم فرانسه نیز اشتباه در شخص در معامله تأثیر داشت. پوتیه [۳] حقوقدان معروف رژیم قدیم فرانسه که نوشته‌های او همیشه موردنظر نویسندگان قانون مدنی فرانسه بوده است بین موردی که تصور شخص علت عمدهٔ عقد بود و موردی که تصور شخص چنین نقشی در قرارداد نداشت فرق می‌گذاشت. او می‌گفت: «هرگاه تصور شخصی که من می‌خواهم با او قرارداد ببندم به نحوی وارد قلمرو قراردادی که می‌خواهم منعقد کنم بشود اشتباه دربارهٔ شخص ارادهٔ مرا نابود و بالنتیجه قرارداد را باطل می‌کند. برعکس هرگاه تصور شخصی که فکر می‌کنم با او قرارداد می‌بندم دخالتی در قرارداد نداشته باشد و من با هر شخص دیگری نیز مایل به عقد قرارداد باشم، در این صورت قرارداد صحیح است». بدینسان ملاحظه می‌شود که پوتیه نیز اشتباه در شخص را در صورتی که شخصیت طرف علت اصلی عقد باشد، موجب از میان رفتن اراده و بطلان مطلق عقد می‌داند.

۱ـ کولن و کاپیتان و ژولیودولاموراندیر، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۶۴۷، ۶۴۸ و ۶۵۲؛ ـ مازو، ج ۲، ش ۱۶۷ و ۱۶۸؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، حقوق مدنی، ج ۲، اشتباه، ش ۲۵ به بعد؛ ـ پلانیول و ریپرواسمن، حقوق مدنی فرانسه، ج ۶، ش ۱۸۶؛ ـ کاربنیه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۰۲.

2- Error in persona

3- Pothier

باید یادآور شد که پوتیه مورد دیگری از اشتباه را نیز ذکر کرده که اشتباه در علت[۱] است و به عنوان مثال می‌گوید: اگر وارثی تعهد کند که مبلغی به اقساط مادام العمر به شخصی که به نفع او وصیت شده است بپردازد، غافل از اینکه موصی از وصیت عدول کرده، این اشتباه کافی برای تحصیل اجازه نامه ابطال[۲] قرارداد و استرداد وجوه پرداختی پس از آگاهی از فسخ وصیت است.

حقوق جدید فرانسه ـ حال ببینیم اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق جدید فرانسه دارای چه حکمی است. بند آخر مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه، چنانکه گفتیم، اشتباه راجع به شخص را فقط در صورتی که تصور شخص علت اصلی عقد باشد موجب بطلان می‌داند. به عبارت دیگر برابر قانون مدنی فرانسه، اشتباه در شخص هنگامی در قرارداد مؤثر است که قرارداد قائم به شخص یا به قول حقوقدانان رومی intuitu personae باشد.

در قراردادهای غیرمعوض معمولاً شخصیت طرف علت اصلی عقد است. البته پاره‌ای بخشش‌ها و خیرات و صدقات هست که جنبه عمومی دارد مانند بخششها و خیراتی که هنگام برگزاری پاره‌ای مراسم به عموم مردم می‌کنند، یا صدقاتی که همه فقرا می‌توانند از آن برخوردار گردند. لیکن در اینگونه موارد غالباً وجود وصف خاصی در شخص طرف قرارداد اساسی تلقی می‌شود، هر چند که هویت شخص متهب مورد نظر نیست.[۳]

در قراردادهای غیرمعوض نیز ممکن است تصور شخص علت اصلی عقد باشد. در مورد شرکتهای شخصی؛ در موردی که موضوع قرارداد خدمت شخصی است که مهارت یا صلاحیت اخلاقی او موردنظر است؛ همینطور در قرارداد اجاره، یا لااقل در اکثر موارد آن، و نیز معمولاً در وام و بیع نسیه، معامله به لحاظ شخصیت طرف منعقد می‌گردد و از این رو اشتباه راجع به شخص در اینگونه موارد در صحت معامله مؤثر است.

مسأله قابل بحث دربارهٔ بند آخر مادهٔ ۱۱۱۰ تعیین قلمرو و دامنهٔ شمول این قاعده است. به عبارت روشن‌تر باید دید اشتباه راجع به شخص در چه مواردی مشمول مادهٔ ۱۱۱۰ و موجب بطلان عقد است. در مورد نکاح، رویه قضائی فرانسه، چنانکه خواهد آمد، «اشتباه در شخص[۴]»

1- Erreur sur la cause

۲ـ در حقوق قدیم فرانسه در صورتی که بطلان قرارداد مستند به عرف و عادت یا فرمان شاه بود دادگاه فوراً حکم به ابطال می‌کرد. لیکن هرگاه مبتنی بر یک متن حقوق رم بود مدعی می‌بایست از شاه یا صداعظم او اجازه نامهٔ ابطال دریافت کند تا دادگاه بتواند قرارداد را باطل اعلام نماید. این اجازه نامه Lettre de rescision نامیده می‌شد (مازو، حقوق مدنی، ج ۲ ش ۳۵۸).

۳ـ پلانیول ـ رپیرواسمن، ج ۶، ش ۱۸۲، ص ۲۱۷.

4- Erreur dans la personne

مذکور در مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی را بطور مضیق و محدود تفسیر کرده و فقط شامل اشتباه در هویت جسمی شخص[۱] (طرف قرارداد شخصی را بجای دیگری گرفته و با او قرارداد بسته است) و هویت مدنی[۲] (شخصی با شناسنامهٔ جعلی یا با شناسنامهٔ متعلق به غیرخود را به نام دیگری معرفی کرده و بدین نام طرف قرارداد واقع شده) دانسته است. لیکن در قراردادهای مالی اشتباه راجع به شخص بطور موسع تفسیر شده و شامل اشتباه راجع به اوصاف اساسی شخص[۳] نیز می‌گردد، یعنی اوصافی که تصور آن تعیین کننده و انگیزهٔ اصلی قرارداد بوده است، به نحوی که اگر تصور آن صفت نبود، متعامل حاضر به عقد قرارداد نمی‌شد. بدینسان در پاره‌ای آراء ابطال قرارداد اجاره در موردی که مستأجر یک زن روسپی بوده[۴] و در مورد دیگری که مستأجران زن و مردی همخوابه بوده‌اند که موجر آنها را زن و شوهر قانونی تصور می‌کرده[۵] پذیرفته شده و نیز قرارداد انتقال یک تجارتخانه به شخصی که سابقهٔ محکومیت کیفری داشته ابطال گردیده است.[۶]

راه حلی که رویهٔ قضائی فرانسه راجع به اشتباه در شخص در قراردادهای مالی پذیرفته با آنچه درمورد اشتباه در «خود موضوع»[۷] قبول کرده هماهنگ است؛ زیرا همانطور که اشتباه در اوصاف اساسی موضوع موجب بطلان عقد تلقی می‌شود، اشتباه در اوصاف اساسی شخص طرف معامله نیز موجب بطلان است. مبنای قاعده در هر دو مورد یکی است. همانگونه که اشتباه در وصف اساسی موضوع اراده را معلول می‌کند اشتباه در وصف اساسی شخص نیز از عیوب اراده به شمار می‌آید و از این رو اشتباه در این یا آن مورد موجب بطلان نسبی است، در حالی که در حقوق رم و حقوق قدیم فرانسه این اشتباه موجب نابودی اراده و بطلان مطلق تلقی می‌شده است.[۸]

1- Identité physique

2- Identité civile

3- Qualités substantielles

۴ـ دادگاه مدنی نانت، رأی ۱۰ ژوئیه ۱۸۹۴، بخش ۲، ص ۱۷۶.

۵ـ دادگاه آنژر، رأی ۴ مه ۱۹۲۱ ، سیره ۱۹۲۲، بخش ۲ ص ۱۱؛ دالوز ۱۹۲۱، بخش ۲ ص ۱۲۵.

۶ـ دادگاه اکس، رأی ۲۱ دسامبر ۱۸۷۰، دالوز ادواری ۱۸۷۱، بخش ۲، ص ۷۹.

۷ـ رجوع شود به: مقاله نویسنده مندرج در شماره سوم نشریهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۸۷ به بعد.

۸ـ کلن ـ کاپیتان و ژولیودولاموراندیر، ج ۲، ش ۶۴۹.

ب ـ اشتباه در شخص زوج یا زوجه[۱]

در باب نکاح، تنها اشتباهی که عیب اراده و موجب بطلان نسبی محسوب می‌شود، طبق مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه، اشتباه در شخص زوج یا زوجه است. اشتباه در موضوع در این باب مطرح نمی‌شود، چه نکاح را موضوعی مستقل و جدا از شخص نیست. ولی باید دید مقصود از «اشتباه در شخص» در اینجا چیست. بجاست به عنوان مقدمه نظر پوتیه را در این خصوص بررسی کنیم.

پوتیه تصریح کرده بود که اشتباه تنها در صورتی مؤثر در نکاح است که در هویت همسر باشد نه در اوصاف او. پوتیه (قرارداد ازدواج، ج ۲، فصل ۱، ش ۳۰۷ به بعد) میان سه نوع اشتباه راجع به شخص تفکیک می‌کرد:

۱ـ اشتباه در هویت جسمی شخص: «مثلاً اگر من بخواهم با ماری ازدواج کنم و تصور کنم که با ماری قرارداد ازدواج می‌بندم ولی با ژن[۲] که خود را به جای ماری معرفی کرده عقد نکاح ببندم توافق اراده در این مورد حاصل نشده است زیرا اگر ژن خواسته است با من ازدواج کند من ازدواج با او را نخواسته‌ام». به عقیدهٔ پوتیه تنها موردی که اشتباه مؤثر در نکاح است همین مورد است و در این صورت اشتباه سبب نابودی کامل اراده و مانع انعقاد نکاح است و به عبارت دیگر اشتباه در این مورد بطلان مطلق نکاح را سبب می‌شود؛

۲ـ اشتباه در وضع مدنی[۳] که ناپلئون بناپارت آن را اشتباه راجع به خانواده نامیده است، مانند اشتباه در نام و نسب شخص.

۳ـ اشتباه در اوصاف، چنانکه «من با ماری به تصور اینکه از اشراف (نوبل) است ازدواج کرده‌ام، در حالی که از پست‌ترین طبقه مردم است، یا با او ازدواج کرده‌ام به گمان اینکه پاکدامن است، با اینکه روسپی بوده است، یا به تصور اینکه دارای حسن شهرت است، در حالی که دادگاه به فساد

۱ـ ویل، حقوق مدنی، ج ۱ بخش ۲، چاپ پاریس ۱۹۷۰ ، ش ۶۳۸؛ ـ مارتی ورنو، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۴۰۱ و ۴۰۳؛ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۷۳۶ و قرائت شمارهٔ ۲ مربوط به آن؛ ـ ژولیودولاموراندیر و ویل، آراء بزرگ مدنی، ص ۴۸ به بعد، رأی شماره ۱۷؛ ـ پلانیول و ریپر و رواست، حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، ش ۱۰۱ به بعد؛ ـکاربنیه، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۹۶ و ۹۹؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، حقوق مدنی ج ۳، نکاح، ش ۱۱۹ به بعد.

2- Jeanne

۳ـ Etat civil ـ بعضی از استادان حقوق کلمهٔ Etat را به وضعیت ترجمه کرده‌اند ولی چون کلمهٔ وضع از نظر فارسی صحیح‌تر است ما کلمهٔ مذکور را به وضع ترجمه کردیم.

اخلاق او حکم کرده است.»[۱] به عقیدهٔ پوتیه اشتباه در وضع مدنی و اشتباه در اوصاف شخص تأثیری در نکاح ندارد و بطلان آن را سبب نمی‌شود.

حال ببینیم «اشتباه در شخص» که در مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه آمده است چه مفهومی دارد. نویسندگان قانون مدنی فرانسه در این گونه مسائل به نوشته‌های پوتیه توجه داشته و معمولاً از آن الهام گرفته‌اند. معهذا در جریان قرن نوزدهم در مفهوم «اشتباه در شخص» سه نظریه ابراز شده است.

اول ـ بعضی از حقوقدانان نظریهٔ پوتیه را پذیرفته و گفته‌اند: منظور از اشتباه در شخص اشتباه در هویت جسمی شخص است: این اشتباه هنگامی وجود دارد که شخصی به جای شخص دیگر طرف نکاح واقع شده باشد. تفاوت این نظریه با نظریهٔ پوتیه در این است که پوتیه اینگونه اشتباه راموجب نابودی اراده و بطلان مطلق می‌دانست، در حالی که طبق مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه، اشتباه در شخص زوج یا زوجه موجب بطلان نسبی است. البته باید یادآور شد که اینگونه اشتباه به ندرت روی می‌دهد و حتی بعضی از حقوقدانان آن را یک فرض افسانه‌ای نامیده[۲] و بعضی دیگر آن را غیرقابل تحقق دانسته‌اند[۳] و به هر حال در آراء قضائی فرانسه هیچ موردی از آن دیده نشده است.

دوم ـ بعضی از علمای حقوق فرانسه اظهار عقیده کرده‌اند که اشتباه در شخص نه تنها شامل اشتباه در هویت جسمی طرف نکاح می‌گردد، بلکه اشتباه در هویت مدنی شخص را نیز دربرمی‌گیرد. دراینگونه اشتباه یکی از طرفین می‌خواسته است با طرف دیگر ازدواج کند، لیکن در وضع مدنی او تصور غلطی داشته و بر اساس همین تصور قرارداد نکاح بسته است. مثلاً شخصی با استفاده از شناسنامه جعلی یا شناسنامهٔ دیگری با نامی غیر از نام خود ازدواج می‌کند. در این مورد در هویت جسمی شخص اشتباهی نیست بلکه اشتباه در نام و نسب زوج یا زوجه است و از این رو آن را اشتباه در وضع مدنی، یا هویت مدنی، یا هویت حقوقی[۴] یا اشتباه راجع به خانواده نامیده‌اند. اکثر حقوقدانان جدید طرفدار این نظریه هستند.

سوم ـ برخی از علمای حقوق فرانسه مفهوم اشتباه در شخص را گسترش داده و اشتباه راجع به وصف اساسی شخص را نیز مشمول آن قرار داده‌اند. به موجب این نظریه هرگاه دادگاه احراز کند که در یک وصف مهم شخص طرف نکاح اشتباه روی داده، به نحوی که اگر این اشتباه نبود نکاح صورت نمی‌گرفت، می‌تواند بطلان نکاح را به درخواست اشتباه کننده اعلام کند. مثلاً اگر یک زن کاتولیک متعصب با یک کشیش دست از کلیسا کشیده ازدواج کند، بدون اینکه وضع او را هنگام

۱ـ این امثله و نیز مثال راجع به اشتباه در هویت جسمی شخص که بین گیمه گذارده شده از پوتیه است.

۲ـ مازو، ج ۱، ش ۷۳۶.

۳ـ پلانیول، ریپرورواست، ج ۲، ش ۱۰۱.

4- Identité juridique

ازدواج بداند، حق خواهد داشت ابطال ازدواج را به علت اشتباه در شخص تقاضا کند، مشروط بر اینکه این تصور انگیزه اصلی عقد باشد.

نظریهٔ سوم دارای این مزیت است که با قاعدهٔ کلی اشتباه در شخص طرف معامله (مادهٔ ۱۱۱۰) منطبق و با رویهٔ اتخاذ شده در مورد طلاق نیز که مبتنی بر تسهیل و تفسیر موسع از متون قانونی است هماهنگ است.

در حقوق آلمان و سویس نیز نظریهٔ مشابهی پذیرفته شده است (مادهٔ ۱۳۳۳ قانون مدنی آلمان و مادهٔ ۱۲۴، بند ۲، قانون مدنی سویس).

از مذاکرات مقدماتی قانون مدنی فرانسه نیز می‌توان استنباط کرد که نویسندگان این قانون نظریهٔ سوم را منظور داشته‌اند: تی بودو[۱] می‌گفت که در نظام اجتماعی، افراد دارای پاره‌ای اوصاف اساسی هستند که شخصیت آنان را تشکیل می‌دهد و اگر شخصی با دیگری ازدواج کند، به تصور اینکه دارای این اوصاف است، در حالیکه طرف در حقیقت فاقد آن است، به یقین اشتباه در شخص وجود دارد. ترونشه[۲] به نوبهٔ خود می‌گفت که اشتباه مربوط به اوضاع و احوالی بی‌حد و حصر است و قانونگذار نمی‌تواند همهٔ موارد آن را پیش بینی کند، بلکه باید اصلی را، بدون تعیین موارد مختلف اشتباه، وضع کند.[۳]

رویهٔ قضائی فرانسه

نظریهٔ نخستین که مورد قبول تعداد کمی از علمای حقوق واقع شده هرگز در آراء قضائی فرانسه پذیرفته نشده است. لیکن رویهٔ قضائی مدتی دراز میان پذیرش نظریهٔ دوم و سوم شک داشته و سرانجام با رأی هیئت عمومی دیوان تمیز مورخ ۲۴ آوریل ۱۸۶۲ [۴] در جهت پذیرش نظریهٔ دوم تثبیت شده است. این رأی مربوط است به زنی که با مردی که سابقهٔ محکومیت به زندان با اعمال شاقه داشته بدون اطلاع از سابقهٔ او ازدواج کرده است. گردش کار بدین قرار است که آقای ب در سن ۱۷ سالگی به عنوان شریک قتل به ۱۵ سال حبس با اعمال شاقه محکوم و، به علت رفتار پسندیده‌اش در زندان، چندین بار در نوع و مدت مجازاتش تخفیف داده می‌شود و بالأخره در ۲۹ سالگی از زندان آزاد می‌گردد و به شغل تجارت می‌پردازد و سپس با خانم H ازدواج می‌کند. زن که از سابقهٔ محکومیت شوهر خود آگاهی یافته دعوائی به خواستهٔ ابطال نکاح اقامه می‌کند و دادگاه

1- Thibaudeau

2- Tronchet

۳ـ پلانیول ـ ریپر و رو است، ج ۲، ش ۱۰۱ ص ۹۲.

۴ـ ژولیودولاموراندیر و ویل، آراء بزرگ مدنی، ص ۴۸ به بعد، ش ۱۷.

استیناف پاریس در رأی ۴ فوریه ۱۸۶۰ [۱] حکم به رد دعوی می‌دهد. خواهان از این رأی فرجام می‌خواهد و شعبهٔ مدنی دیوان تمیز در یک رأی مورخ ۱۱ فوریه ۱۸۶۱ [۲] رأی دادگاه استیناف پاریس را نقض و مسأله را به دادگاه استیناف اورلئان ارجاع می‌کند و این دادگاه مانند دادگاه استیناف پاریس نظر می‌دهد.[۳] از این رأی نیز زوجه فرجام می‌خواهد و این بار مسأله در هیئت عمومی دیوان تمیز مطرح می‌شود و نظر دادگاههای استیناف پاریس و اورلئان تأیید می‌گردد. هیئت عمومی دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۴ آوریل ۱۸۶۲ اظهارنظر می‌کند که اشتباه در شخص که به موجب مواد ۱۴۶ [۴] و ۱۸۰ قانون مدنی موجب بطلان نکاح است اشتباهی است که راجع به خود شخص باشد. این اشتباه منحصر به موردی که شخص بطور متقلبانه هنگام اجرای مراسم ازدواج خود را به جای دیگری گذارده و طرف عقد واقع شده باشد نیست، بلکه شامل موردی نیز می‌گردد که یکی از زوجین خود را عضو خانواده‌ای که مربوط به او نیست معرفی کرده و برای خود اصل و نسبی که از آن دیگری است قائل شده باشد. مع الوصف با توجه به لفظ و روح مادهٔ ۱۸۰ «بطلان نکاح به علت اشتباه در شخص را نمی‌توان به موارد اشتباه ساده در شرایط یا اوصاف شخص و اشتباه راجع به کیفرهائی که شخص تحمل کرده و بویژه اشتباه همسری که از سابقهٔ محکومیت همسر خود به مجازاتهای ترهیبی و ترذیلی و محرومیت از حقوق مدنی و اجتماعی که از آن ناشی شده آگاه نبوده است گسترش داد.»

بدینسان هیئت عمومی دیوان تمیز فرانسه نظریهٔ دوم را در مورد اشتباه در شخص می‌پذیرد و این رویه مورد قبول سایر دادگاهها واقع می‌شود.

شک نیست که صرف اشتباه در هویت مدنی شخص کافی برای بطلان نکاح نیست بلکه این اشتباه باید علت اصلی نکاح و به بیان دیگر تعیین کننده باشد تا بطلان نکاح را بدنبال آورد.[۵]

باید یادآور شد که هدف دیوان تمیز فرانسه از قبول راه حل مذکور و تفسیر مضیق از مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی تحکیم بنیاد نکاح و تثبیت خانواده بوده است. دیوان تمیز از آن بیم داشته است که با گسترش مفهوم اشتباه، راه به روی دعاوی بیشمار بطلان نکاح به بهانه‌های واهی و غیرموجه گشوده شود و زن و شوهر با توسل به این وسیله به همان نتیجه‌ای که از طلاق گرفته می‌شود نائل آیند. بجاست یادآور شویم که طلاق در فرانسه در سال ۱۸۶۲ ـ سالی که هیئت عمومی دیوان تمیز فرانسه

۱ـ دالوز اد واری ۱۸۶۰ ، بخش ۲، ص ۸۷؛ سیره ۱۸۶۰، بخش ۲، ص ۷۱.

۲ـ دالوز ادواری ۱۸۶۱، بخش ۱، ص ۴۹؛ سیره ۱۸۶۱، بخش ۱، ص ۲۴۱.

۳ـ رأی مورخ ۶ ژوئیه ۱۸۶۱، سیره ۱۸۶۱، بخش ۲، ص ۴۸۵.

۴ـ مادهٔ ۱۴۶ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «هرگاه اراده‌ای وجود نداشته باشد ازدواجی وجود ندارد.»

۵ـ رأی دادگاه استیناف پاریس مورخ ۱۲ ژانویه ۱۹۵۷، ژوریس کلاسور ادواری ۱۹۵۷، بخش ۲، ش ۱۰۱۱۰.

رأی خود را درباره اشتباه در نکاح صادر کرد ـ ممنوع بود و از نو به سال ۱۸۸۴ به موجب قانون مورخ ۲۷ ژوئیه ۱۸۸۴ پذیرفته شد.

انتقاد از رویهٔ قضائی فرانسه[۱]

رویهٔ قضائی فرانسه در این خصوص به شدت مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده است. مخالفان می‌گویند: این راه حل بسیار سخت گیر و با تسهیلاتی که دادگاهها در مورد طلاق قائل شده‌اند متعارض است، چه رویه قضائی مخفی داشتن زوج اموری را که اطلاع از آنها عادتاً شخص را از ازدواج منصرف می‌کند «اهانت شدید»[۲] تلقی کرده که از موجبات طلاق به شمار است. درست است که دیوان تمیز فرانسه در قبول راه حل مذکور تثبیت خانواده و تحکیم بنیاد نکاح را درنظر داشته و از افزایش دعاوی بطلان نکاح به علل واهی نگران بوده و این نگرانی در دوره‌ای که طلاق وجود نداشته بجا بوده است؛ لیکن عقیده‌ای که امروزه رواج دارد این است که حفظ پیوندی که از بن معیوب و معلول بوده خطرناک است و خانواده‌ای که بر پایهٔ صحیحی استوار نباشد نمی‌تواند خوشبخت باشد.

به علاوه راه حل مذکور به نتایج غیرمنصفانه‌ای منتهی می‌شود: مثلاً دختری که با یک محکوم به زندان با اعمال شاقه که آزاد شده یا با یک کشیش که از کلیسا روی گردانده بدون اطلاع از سابقهٔ او ازدواج می‌کند نمی‌تواند حکم ابطال نکاح را بدست آورد، در حالیکه اشتباه در وضع مدنی همسر می‌تواند بهانه‌ای برای ابطال نکاح باشد. اشتباه در اوصاف گاهی به اندازه اشتباه در وضع مدنی شخص و گاهی بیشتر از آن مهم و در ارادهٔ همسر مؤثر است.

مخالفان اضافه می‌کنند که قوانین جدید ابطال نکاح به علت اشتباه را بطور موسع پذیرفته‌اند (مادهٔ ۱۳۳۳ قانون مدنی آلمان و مادهٔ ۱۲۴ بند ۲ قانون مدنی سویس). حتی حقوق مسیحی که قانون مدنی فرانسه در این زمینه از آن الهام گرفته است، با اینکه اصولاً اشتباه در اوصاف را در صحت نکاح مؤثر نمی‌داند، دامنهٔ اشتباه مؤثر را به اندازهٔ رویه قضائی فرانسه محدود نمی‌کند و بر این عقیده است که اشتباه در وصف اشتباه در شخص تلقی می‌شود، هرگاه نتیجه‌اش این باشد که به فرد یک شخصیت اجتماعی غیر از آنچه دارد بدهد.

ایراد دیگری که بر رویه قضائی فرانسه وارد شده این است که راه حل مورد قبول آن، برخلاف آنچه از ظاهر برمی‌آید، دقیق و قطعی نیست: عناصری که هویت مدنی شخص را تشکیل می‌دهد

۱ـ پلانیول و ریپر و رواست ج ۲، ش ۱۰۳؛ ـ کاربنیه ج ۱، ش ۹۹؛ ـ مازو، ج ۱ ش ۷۳۶؛ ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، نکاح، ش ۱۳۳ به بعد.

کدام است؟ آیا نام کوچک و عنوان اشرافی که خارج از هویت مدنی تلقی شده است عناصر سازندهٔ هویت مدنی نیستند؟ آیا برعکس، ابطال نکاح به علت اینکه نام زوج بد نوشته شده و موجب اشتباه گردیده[۱] تصمیمی افراطی نیست؟ چرا بعضی از دادگاهها اشتباه در تابعیت را در نکاح مؤثر ندانسته‌اند[۲] با اینکه می‌توان آن را از عناصر هویت مدنی شخص تلقی کرد[۳]. خلاصه آنکه تفکیک بین هویت مدنی و اوصاف شخص خالی از اشکال و انتقاد نیست. ناپلئون از پیش با بیان زیر به آن اشاره کرده بود: «اشتباه جز راجع به اوصاف نتواند بود». نام جز یک وصف مشخص فرد نیست. همینطور است کلیهٔ عناصری که «وضع مدنی» شخص را تشکیل می‌دهد. چرا یک وصف در این باب منظور و اوصاف دیگر نادیده گرفته شود؟ بنابراین، رویهٔ قضائی فرانسه در این باره دقیق و قطعی و روشن نیست و اختلاف و تردیدی که دادگاهها در زمینه اشتباه در تابعیت دارند حاکی از این عدم دقت و قطعیت است.

گرایش جدید آراء قضائی فرانسه

شاید به علت این ایرادها او انتقادهاست که در رویهٔ قضائی فرانسه اندک تغییر و گرایش به سوی یک تفسیر موسع از مادهٔ ۱۸۰ دیده می‌شود. به عبارت روشن‌تر، بعضی از دادگاههای فرانسه در پاره‌ای موارد که اشتباه در واقع راجع به وصف اساسی شخص بوده بطلان را پذیرفته‌اند.[۴] مثلاً بطلان نکاح در موردی که زن نمی‌دانسته که شوهرش ازدواج کرده و طلاق گرفته و پدر یک طفل است در بعضی از آراء پذیرفته شده است[۵]؛ همچنین ازدواج دختری با مردی که چندروز قبل از ازدواج مرتکب جرم شروع به قتل و سپس سرقت شده بود به علت اشتباه در شخص ابطال گردیده

۱ـ رأی دادگاه سن مورخ ۹ مارس ۱۹۲۳، نامهٔ دادگاهها Gazette des Tribunaux ۱ آوریل ۱۹۲۳.

۲ـ دادگاه استیناف پاریس، رأی ۲۰ ژوئیه ۱۹۵۳، گازت دوپاله ۱۹۲۳، بخش ۲، ص ۱۷۶؛ آنژر Angers رأی ۶ دسامبر ۱۹۲۸، دالوز هفتگی ۱۹۲۹، ص ۱۵۴.

۳ـ بعضی از علمای حقوق فرانسه اشتباه در تابعیت را از مصادیق اشتباه در هویت مدنی شخص تلقی کرده‌اند (مارتی ورنو، ج ۱، ش ۲۰۳).

۴ـ دائرةالمعارف حقوقی دالوز، قسمت نکاح، ش ۱۳۸ به بعد؛ جلد اصلاحی ۱۹۶۷، ش ۱۳۱؛ ویل، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۶۳۸.

۵ـ دادگاه مدنی بوردو، رأی ۹ ژوئن ۱۹۲۴، گازت دوپاله ۱۹۲۴، بخش ۲، ص ۲۰۱. برای نظر مخالف رجوع شود به رأی دادگاه بوردو مورخ ۲۱ دسامبر ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۵، ص ۲۴۲ یادداشت اسمن.

است[۱].

گرایش رویه قضائی فرانسه به سوی یک تفسیر موسع‌تر و آزادمنشانه‌تر از مادهٔ ۱۸۰ در مورد اشتباه در تابعیت هم نمایان است: طبق تصمیم بعضی از دادگاهها، اگرچه تابعیت که یکی از عناصر شخصیت مدنی است، عموماً در فکر طرفین ازدواج دارای اهمیت ثانوی است، لیکن در پاره‌ای موارد، بویژه در زمان جنگ، چنین نیست و ممکن است تابعیت چندان مهم باشد که دروغ یکی از زوجین در این باره بطلان نکاح را ایجاب کند.[۲]

البته در صورتی اشتباه در تابعیت موجب بطلان نکاح محسوب می‌شود که اگر اشتباه کننده تابعیت واقعی همسر خود را می‌دانست به یقین حاضر به ازدواج نمی‌شد.

در مورد عنن مرد نیز بعضی از دادگاهها، برخلاف رویهٔ غالب، اظهارنظر کرده‌اند که سلامت زوج از عنن کامل و غیرقابل علاج یک وصف اساسی است که اشتباه در آن موجب بطلان نکاح است.[۳] و نیز دادگاه شهرستان لیل اعلام کرده که اگر مردی با دختری که نزدیکی با او ممکن نیست ازدواج کند باید فرض کرد که از این عدم امکان بی‌اطلاع بوده است و در این صورت اگر عدم امکان نزدیکی مطلق و قطعی باشد باید گفت اراده به علت اشتباه معلول و نکاح باطل است.[۴] به علاوه بعضی از آراء اشتباه در وضع روحی شخص[۵] را موجب بطلان نسبی نکاح شناخته‌اند و همهٔ اینها حاکی از آغاز تحول رویهٔ قضائی فرانسه در این باب و گرایش آن به سوی گسترش مفهوم اشتباه در شخص و تفسیر موسع از مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی است.

در خاتمه این بحث یادآور می‌شویم که در حقوق فرانسه تدلیس[۶] در نکاح، برخلاف قواعد عمومی معاملات، در صحت آن مؤثر نیست هرچند که تدلیس نیز در واقع ایجاد اشتباه می‌کند و

۱ـ دادگاه مدنی برسوئیر Bressuire، رأی ۲۶ ژوئیه ۱۹۴۴، دالوز ۱۹۴۵، ص ۵۴؛ مجلهٔ سه ماههٔ حقوق مدنی ۱۹۴۵، ص ۱۰۵.

۲ـ دادگاه مدنی سن، رأی ۴ فوریه ۱۹۱۸ و ۲ ژانویه. ۱۹۲۰، دالوز ادواری ۱۹۲۰، بخش ۲ ص ۷۸؛ سیره ۱۹۲۰، بخش ۲، ص ۱۲۹.

۳ـ دادگاه مدنی گرونبل، اراء ۱۳ مارس و ۲۰ نوامبر ۱۹۵۸، دالوز ۱۹۵۹، ص ۴۹۵؛ و نیز رجوع شود به رأی دادگاه شهرستان لومن Le Mans مورخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵، گازت دوپاله ۱۹۶۵، بخش ۲، ص ۱۲.

۴ـ رأی ۱۷ مه ۱۹۶۲، دالوز ۱۹۶۳، خلاصهٔ شماره ۱۰.

۵ـ دادگاه پاریس، رأی مورخ ۳۱ ژانویه ۱۹۶۷، دالوز ۱۹۶۷، خلاصهٔ شماره ۶۶؛ دادگاه مدنی گرونبل، آراء ۱۳ مارس و ۲۰ نوامبر ۱۹۴۸ مذکور در پیش.

ممکن است درنتیجهٔ آن، نکاح صورت گیرد. این سنتی است که از روزگاران پیشین بجای مانده است. لوازل در این زمینه گفته است: «در ازدواج هر که بتواند فریب می‌دهد»[۱] و این در فرانسه به صورت مثل درآمده است. حقوقدانان فرانسه این قاعدهٔ استثنائی را با ملاحظات مربوط به استحکام خانواده و جلوگیری از تزلزل و پاشیدگی آن توجیه می‌کنند.[۲]

بخش دوم ـ اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران، مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی اشتباه در شخص طرف قرارداد را پیش بینی کرده است. به موجب این ماده: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد، مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد.» مادهٔ ۲۰۱ به ظاهر از بند دوم مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه گرفته شده و مانند این ماده اشتباه در شخص را فقط در موردی که شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد باشد در صحت قرارداد مؤثر دانسته است. همانطور که در حقوق فرانسه گفتیم، اگر شخصیت طرف معامله، عامل اصلی عقد نباشد، در این صورت اشتباه در شخص به صحت معامله لطمه‌ای نمی‌زند. اما اگر شخصیت طرف، عامل اصلی قرارداد و به تعبیر قانون مدنی علت عمدهٔ عقد باشد، بدین معنی که معامله به لحاظ شخصیت طرف منعقد شده باشد، اشتباه در شخص به صحت معامله لطمه می‌زند. اصولاً در قراردادهای غیرمعوض و گاهی نیز در قراردادهای معوض، مانند بیع نسیه و نیز در عقد نکاح، شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد است و اشتباه درشخص در اینگونه قراردادها مؤثر است.

حال ببینیم اشتباه در شخص در موردی که شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد باشد چه اثری در قرارداد دارد و آیا موجب بطلان عقد است یا عدم نفوذ. با اینکه مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی، چنانکه گفتیم، از مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است، معهذا نمی‌توان ضمانت اجرای اشتباه در شخص را در دو حقوق یکسان دانست. در حقوق فرانسه اشتباه در شخص موجب بطلان نسبی[۳] است که مفهومی نزدیک به عدم نفوذ است. اما اگر در حقوق ایران اشتباه درشخص را بطور کلی اعم از اینکه اشتباه در هویت جسمی یا هویت مدنی یا اوصاف اساسی شخص باشد موجب عدم نفوذ بدانیم قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۲۰۱ با قواعدی که در مورد خیارات آمده است هماهنگ نخواهد بود، چه به موجب این قواعد که از فقه امامیه گرفته شده است اشتباه در وصف، اعم از اینکه وصفی باشد

1- En mariage, il trompe qui peut (Instintes coutumière . liv.II, tit. III, no 5).

۲ـ رجوع شود به: کاربنیه، ج ۱ ش ۹۶؛ ـ ویل، ج ۱، بخش ۲، ش ۶۳۶ مکرر.

۳ـ برای مفهوم بطلان نسبی و فرق آن با بطلان مطلق رجوع شود به مقالهٔ اشتباه در «خود موضوع» معامله در حقوق ایران و فرانسه مندرج در همین کتاب.

که در اصطلاح حقوق فرانسه جزء هویت مدنی است یا از این قبیل نباشد، در صورتی که آن وصف در معامله شرط شده یا بنای عقد بر آن باشد موجب خیار فسخ است و معامله را باطل یا غیرنافذ نمی‌کند.(۱)

برای روشن شدن موضوع و قبول راه حل مناسب در تفسیر مادهٔ ۲۰۱، اشتباه در شخص طرف قرارداد را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد: اشتباه در هویت جسمی شخص و اشتباه در اوصاف اساسی.

الف ـ اشتباه در هویت جسمی

اشتباه در هویت جسمی هنگامی صدق می‌کند که شخصی به جای دیگری گرفته شده باشد؛ مثلاً شخصی به دیگری وام می‌دهد به تصور اینکه وام‌گیرنده فلان تاجر معروف است، در حالیکه شخص دیگری است که با تاجر مورد نظر شباهت ظاهری دارد؛ یا مردی می‌خواهد با پری ازدواج کند ولی اشتباهاً قرارداد ازدواج را با پروانه منعقد می‌کند. اینگونه اشتباه اگر در فرانسه جنبهٔ نظری صرف داشته و موردی از آن در عمل دیده نشده باشد، در ایران گهگاه روی می‌دهد: گاهی اتفاق می‌افتد که برای ازدواج، دختری را به جای دختر دیگر به مرد نشان می‌دهند ولی در سند ازدواج نام دختر دیگر قید و ازدواج با او بدینسان منعقد می‌گردد.(۲) در اینجا درواقع اشتباه در هویت جسمی شخص روی داده است، چه مرد می‌خواسته با دختری ازدواج کند ولی قرارداد ازدواج را با دیگری بسته است.

اینگونه اشتباه باید موجب بطلان عقد باشد، زیرا:

اولاً، این مورد مصداق بارز تخلف عقد از قصد است: آنچه در خارج واقع شده منطبق با ارادهٔ حقیقی طرف قرارداد نیست؛

ثانیاً این اشتباه در حقیقت توافق ارادهٔ متعاملین را که اساس عقد است از میان می‌برد: الف می‌خواهد با "ب" ازدواج کند، در حالی که ب ازدواج با شخصی غیر از الف را منظور دارد؛

ثالثاً، چنانکه بعضی از استادان حقوق گفته‌اند،(۳) ایجاب کننده اثر عقد را به وجود اقتضائی در ظرف اعتبار بوجود می‌آورد و قبول کننده با قبول خود این موجود اقتضائی را به مرحله وجود نهائی

۱ـ برای فرق بین معامله باطل و غیرنافذ و قابل فسخ رجوع شود به: حقوق مدنی دکتر امامی، ج ۱، ص ۱۷۶ و ۱۷۷؛ جزوهٔ کلیات تعهدات، پلی کپی دانشکدهٔ حقوق، تألیف نگارنده، ص ۳۸.

۲ـ برای نمونه رجوع شود به شرح مندرج در روزنامهٔ کیهان شمارهٔ ۸۲۳۱ مورخ پنجشنبه ۳ دیماه ۴۹ تحت عنوان «زن مسن، زشت و لب شکری را به جای دختر جوان و زیبائی به حجله فرستادند.»

۳ـ دکتر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۱۱۱ و ۵۶۲.

می‌رساند. البتهٔ هر کسی نمی‌تواند این موجود اقتضائی را به مرحلهٔ وجود نهائی برساند، بلکه فقط کسی که ایجاب به نفع او شده است می‌تواند از راه اعلام قبول این کار را انجام دهد. بنابراین اگر کسی به حسن وام دهد به تصور اینکه حسین است و حسن هم قبول کند اساساً عقد واقع نمی‌شود، زیرا ایجاب به نفع حسین بوده و فقط او می‌توانسته موجود اقتضائی ناشی از ایجاب را به وجود نهائی برساند.

در تفسیر مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی می‌توان گفت این ماده اشتباه در هویت جسمی طرف معامله را درنظر داشته و از این رو اینگونه اشتباه را در صورتیکه شخصیت طرف معامله علت عمده عقد باشد موجب بطلان تلقی کرده است. بنابراین «خلل» در این ماده همانطور که بعضی از استادان حقوق گفته‌اند[۱] به معنی بطلان است. مؤید این نظر مادهٔ ۷۶۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «اگر در طرف مصالحه... اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». درواقع مادهٔ ۷۶۲ در آنچه راجع به اشتباه در شخص طرف صلح است از مصادیق مادهٔ ۲۰۱ است که شامل یک حکم کلی می‌باشد. بدینسان مادهٔ ۷۶۲ با مادهٔ ۲۰۱ هماهنگ خواهد بود.

بنابر نظریهٔ فوق، حکم مندرج در مادهٔ ۲۰۱ منطبق با حکم مذکور در مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه نیست، بلکه مطابق نظری است که پوتیه در مورد اشتباه در شخص داشته ولی قانونگذار و دادگاههای فرانسه از آن منحرف شده‌اند.

فقهای اسلامی نیز اشتباه در شخص را به مفهومی که گفته شد (اشتباه در هویت جسمی) در صورتی که شخصیت طرف رکن عقد بوده و دخالت تام درنظر طرف دیگر داشته باشد موجب بطلان عقد دانسته‌اند.[۲]

نظریهٔ دیگر در تفسیر مادهٔ ۲۰۱

بعضی از استادان حقوق[۳] با توجه به حقوق فرانسه اشتباه در شخص را در صورتی که شخصیت طرف علت عمدهٔ عقد باشد موجب عدم نفوذ دانسته‌اند، بدون اینکه تصریح کنند که منظور مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی از اشتباه در شخص چه نوع اشتباهی است و آیا فقط منظور اشتباه در

۱ـ دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۱ ص ۱۹۷، ج ۴ ص ۳۶۲؛ ـ دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، ش ۲۹۷؛ ـ دکتر جعفری لنگرودی، کتاب مذکور، ش ۵۵۲ و ۵۶۲.

۲ـ مکاسب شیخ انصاری، ص ۱۰۳ و ۱۲۳؛ ـ منیةالطالب (تقریرات نائینی) ج ۱، ص ۱۱۴، ۱۸۱ و ۱۸۲، ـ شرایع الاسلام، کتاب النکاح، ص ۱۶۳؛ ـ جواهر الکلام، کتاب النکاح، ص ۴۱ و ۴۲؛ ـ عروةالوثقی، کتاب النکاح، مسألهٔ ۱۷؛ ـ رسالهٔ تجارت حاج ملا هاشم خراسانی با حواشی مرحوم شیخ عبدالکریم حائری، ص ۱۶.

۳ـ منصور السلطنهٔ عدل، حقوق مدنی، ش ۲۳۲؛ ـ محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۱۱۶.

هویت جسمی طرف معامله است یا اشتباه در هویت مدنی و سایر اوصاف اساسی را نیز فرامی‌گیرد. البته از مثالی که بعضی از طرفداران این نظریه آورده‌اند برمی‌آید که اشتباه در هویت جسمی طرف معامله مورد نظر ایشان بوده است. محمد بروجردی عبده در کتاب حقوق مدنی خود (ص ۱۱۶) می‌گوید: «اما اگر شخصیت طرف مدخلیت در اقدام به معامله داشته باشد مثلاً به تصور اینکه طرف مقابل زید است مالی را به او هبه نماید یا قرض دهد و یا به نسیه بفروشد و بعد معلوم شود که عمرو بوده، در چنین صورتی شخصیت طرف مقابل ذیدخل در انشاء معامله بوده و اشتباه در آن موجب معلول بودن رضا و عدم نفوذ معامله است. معامله رأساً باطل نیست پس اگر بعدها آن را امضاء کرد و به آن رضایت داد معامله صحیح خواهد بود.»

قبول این نظریه که به راه حل پذیرفته شده در حقوق فرانسه نزدیک است در حقوق ایران خالی از اشکال نیست؛ چه اگر مادهٔ ۲۰۱ را فقط ناظر به اشتباه در هویت جسمی شخص بدانیم، این اشتباه نباید موجب عدم نفوذ باشد؛ این اشتباه به قدری مهم است که به ارکان عقد لطمه می‌زند و درواقع توافق اراده را که اساس عقد است از میان می‌برد، پس باید موجب بطلان باشد نه عدم نفوذ. اما اگر مادهٔ ۲۰۱ را مانند مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه تفسیر کنیم و آن را شامل هرگونه اشتباه اساسی در شخص طرف قرارداد بدانیم (اعم از اینکه اشتباه راجع به هویت جسمی شخص باشد یا هویت مدنی یا اوصاف اساسی به معنی اخص) در این صورت دو اشکال بر مادهٔ ۲۰۱ وارد خواهد بود: یکی آنکه اشتباهاتی که اهمیت آنها و تأثیر آنها در اراده یکسان نیست و بعضی از آنها توافق اراده را از میان می‌برد و بعضی دیگر فقط اراده را معلول می‌کند در یک ردیف قرار داده شده و برای همهٔ آنها ضمانت اجرای عدم نفوذ مقرر گردیده است. دیگر آنکه حکم مندرج در این ماده با آنچه در باب خیارات آمده است تطبیق نمی‌کند؛ چه اشتباه در وصف، چنانکه ذیلاً خواهد آمد، با شرایطی موجب خیار فسخ تلقی شده است نه عدم نفوذ.

ب ـ اشتباه در اوصاف اساسی شخص

اوصاف عمدهٔ شخص، اعم از اینکه مربوط به نام و نسب و خانواده باشد، و به اصطلاح حقوق فرانسه هویت مدنی شخص را تشکیل دهد، یا نه[1]، خارج از دو صورت نیست: یا اصلاً وارد قلمرو قرارداد و توافق اراده طرفین نشده ـ بدین معنی که نه صریحاً در قرارداد ذکر شده و نه مورد توافق ضمنی طرفین قرار گرفته است ـ و یا وارد قلمرو قرارداد و توافق اراده طرفین شده است. در صورت

۱ـ اوصاف اساسی بدین معنی اعم است از آنچه در حقوق فرانسه qalités substantielles نامیده‌اند و اوصافی که هویت مدنی شخص را تشکیل می‌دهد. برخی از علمای حقوق فرانسه نیز اصطلاح اوصاف اساسی را در این معنی اعم بکار برده‌اند (رجوع کنید به: ویل، حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، ش ۶۳۸ ص ۱۳۶).

اول اشتباه در وصف تأثیری در قرارداد ندارد. مثلاً اگر زن به غلط تصور کرده باشد که شوهرش مهندس یا دکتر یا فرزند شخص بزرگی است، بدون اینکه این اوصاف در قرارداد به صورت شرط ذکر شده، یا حتی بنای عقد بر آن باشد، نکاح صحیح و غیرقابل فسخ است. امنیت روابط حقوقی و استحکام معاملات ایجاب می‌کنند که اشتباه در وصفی که مورد توافق صریح یا ضمنی طرفین نبوده است و صرفاً جنبه شخصی و خصوصی برای یکی از طرفین دارد، نتواند به صحت یا لزوم عقد لطمه زند.

اما اگر وصف شخص وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، اشتباه در وصف موجب خیار است یعنی به اشتباه کننده حق می‌دهد که قرارداد را پس از کشف اشتباه فسخ کند (مستنبط از مواد ۲۳۰ و ۴۱۰ و ۱۱۲۸ قانون مدنی). ورود وصف اساسی شخص در قلمرو توافق طرفین به صور مختلف تحقق می‌یابد. ممکن است وصف اساسی شخص در قرارداد صریحاً به صورت قید (توصیفی) ذکر شده باشد، چنانکه شخصی با دیگری به تصور اینکه مهندس ساختمان است برای کشیدن نقشه یک ساختمان قرارداد ببندد و در قرارداد قید شود که طرف معامله مهندس ساختمان است. فرض دیگر این است که وصف اساسی در قرارداد شرط شده باشد، چنانکه شخصی به متقاضی وام بگوید این مبلغ را به تو وام دادم به شرط اینکه تاجر باشی یا فلان مقدار اموال غیرمنقول داشته باشی و طرف دیگر قبول کند. فرض سوم این است که وصف اساسی شخص صریحاً در قرارداد ذکر نشده ولی بنای عقد بر آن باشد، یا به اصطلاح قانون مدنی عقد متبانیاً برآن واقع شده باشد. مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی در زمینهٔ نکاح مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». مبنی بودن عقد بر وجود وصف خاصی در شخص طرف قرارداد به دو صورت قابل تصور است: گاهی از قرائن و اوضاع و احوال استنباط می‌شود که بنای عقد بر وجود وصف خاصی در شخص است. مثلاً جوانی به خواستگاری دختری می‌رود و خود را دکتر در حقوق معرفی می‌کند و دختر و خویشان او جوان را به نام دکتر می‌خوانند و برای این عنوان ارزش بسیار قائلند و جوان نیز در کلیهٔ نامه‌هائی که برای دختر و بستگان او می‌نویسد خود را دکتر می‌نامد. با اینهمه عنوان دکتر در سند ازدواج ذکر نمی‌شود و پس از عقد معلوم می‌شود که داماد دکتر نبوده است. در اینجا می‌توان گفت که عقد مبنی بر وجود وصف مذکور بوده و از اینرو پس از کشف حقیقت، زن می‌تواند عقد را فسخ کند.

گاهی عرف و عادت حاکی از آن است که بنای عقد بر وجود وصف خاصی در شخص طرف قرارداد بوده است. مثلاً اگر مردی با دختر جوانی که قبلاً شوهر نکرده و هنوز در خانه پدر زندگی می‌کند ازدواج کند، می‌توان گفت که بنای عقد برحسب عرف کنونی ما بر وجود وصف بکارت در دختر است. پس اگر بعد از عقد معلوم شود که زن باکره نبوده است حق فسخ برای شوهر خواهد بود،

هرچند که این وصف در سند نکاح ذکر نشده باشد.[۱]

اشتباه در وصف اساسی و تدلیس

اشتباه در وصف اساسی اغلب ناشی از تدلیس است، چه دراکثر موارد گفتار یا کردار متقلبانه یکی از طرفین یا خویشان او اشتباه را به وجود می‌آورد. تدلیس در مادهٔ ۴۳۸ قانون مدنی چنین تعریف شده است: «تدلیس عبارتست از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». بنابر تعریف بعضی از فقهای امامیه که کاملتر به نظر می‌رسد «تدلیس در مورد اوصاف شخص عبارتست از اینکه یکی از طرفین یا ولی او، به دنبال استعلام یا بدون استعلام، از سلامت شخص از نواقص یا وجود صفتی از صفات کمال در او خبر دهد و بر اساس آن، عقد جاری گردد و پس از عقد خلاف آن کشف شود».[۲] مثلاً اگر کسی به غلط خود را تاجر یا صاحبمنصب عالیرتبه دولت معرفی کند و از این راه از مؤسسه‌ای وام بگیرد یا پسری برای اینکه موافقت دختری را برای ازدواج جلب کند برخلاف واقع خود را لیسانسیه یا دکتر یا صاحب ثروت قلمداد کند و بدین طریق او را فریب داده، به نکاح وادار نماید تدلیس کرده است.

بحث تفصیلی از تدلیس از حوصلهٔ این مقاله خارج است.[۳] در اینجا کافی است بگوییم که اشتباه در وصف اساسی شخص طرف قرارداد، هرچند که در اکثر موارد ناشی از تدلیس است، ممکن است در پاره‌ای موارد با آن همراه نباشد. می‌توان فرض کرد که بدون وقوع رفتار یا کردار فریبکارانه و متقلبانه‌ای از جانب طرف قرارداد یا حتی شخص ثالث[۴] اشتباه در وصف اساسی شخص روی داده

۱ـ دکتر امامی، ج ۴، ص ۴۷۱ و ۴۷۲.

۲ـ مرحوم مامقانی در تعریف تدلیس در نکاح چنین گفته است: «و هویتحقق باخبار احدالزوجین اوولیه عقیب الاستعلام او بدونه بالسلامة من النواقص او بوجود صفة من صفات الکمال فیه ویجری العقد علی ذلک وینکشف بعد ذلک الخلاف» (مناهج المتقین، کتاب النکاح ص ۳۷۰). اگرچه این تعریف مربوط به تدلیس در نکاح است ولی می‌توان آن را در مورد سایر قراردادهائی که اوصاف شخص در آنها اساسی تلقی می‌شود نیز پذیرفت.

۳ـ برای بحث تفصیلی از تدلیس رجوع شود به مقالهٔ دکتر پرویز اوصیاء تحت عنوان تدلیس (مطالعهٔ تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران) مندرج در کتاب تحولات حقوق خصوصی ایران، ص ۲۹۷ به بعد.

۴ـ برای تدلیس شخص ثالث و بررسی عقاید مختلف در این باب رجوع شود به: دکتر اوصیاء، مقالهٔ مذکور، ص ۳۶۳ به بعد؛ ـ دکتر امامی ج ۴، ص ۴۶۹ ج ۱ ص ۵۱۵؛ ـ دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، کلیات، اموال و مالکیت ـ خانواده (پلی کپی دانشکده حقوق) ش ۲۴۹.

باشد. مثلاً شخصی که خود را فقیر می‌داند وضع خود را برای نیکوکاری شرح می‌دهد و بر اساس فقیر بودن او نیکوکار مالی را به او هبه می‌کند و بعد معلوم می‌شود که قبل از وقوع عقد یکی از خویشان متهب فوت کرده و ثروت هنگفتی به او به ارث رسیده و یا برنده یک جایزه مهم بوده است. مثال دیگر: شخصی به غلط خود را از نسل شخص بزرگی می‌داند و برای ازدواج با دختری خود را بدین وصف معرفی می‌کند و بر اساس آن دختر ازدواج با او را می‌پذیرد و پس از عقد آشکار می‌شود که مرد به آن شخص بزرگ انتسابی نداشته است. در اینگونه موارد تدلیس در میان نیست، چه بنابرمفروض، قصد فریب و عملیات متقلبانه وجود نداشته است؛ معهذا اشتباه در وصف اساسی شخص محرز است.

به هرحال اشتباه در وصف اساسی شخص، اعم از اینکه ناشی از تدلیس باشد یا نه، موجب خیار فسخ است و نکاح هم از این قاعده مستثنی نیست. در حقوق ایران، برخلاف حقوق فرانسه، تدلیس در نکاح نیز مانند تدلیس در عقود دیگر مؤثر است، هز چند که قانونگذار صریحاً آن را نگفته است. تأثیر تدلیس در نکاح و موجب فسخ بودن آن را از مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی می‌توان استنباط کرد و عقاید فقهای اسلامی و علمای حقوق جدید نیز مؤید آن است.

نتیجه و مقایسه

از آنچه گفتیم برمی‌آید که اشتباه در شخص در صورتیکه تصور شخص علت اصلی عقد باشد هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه در قرارداد مؤثر است لیکن تفاوتهائی به شرح زیر در حقوق این دو کشور دیده می‌شود.

۱ـ در حقوق فرانسه اشتباه در هویت جسمی شخص مشمول مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی و موجب بطلان نسبی شناخته شده است ولی در حقوق ایران طبق مادهٔ ۲۰۱ موجب بطلان مطلق است. راه حل حقوق ایران در این خصوص صحیح‌تر به نظر می‌رسد، زیرا اشتباه در هویت جسمی شخص به قدری مهم است که توافق اراده را که اساس عقد است از میان می‌برد، نه آنکه فقط موجب معلول شدن اراده باشد.

۲ـ درحقوق فرانسه بین نکاح و سایر قراردادهائی که به لحاظ شخصیت طرف منعقد می‌شود فرق می‌گذارند. رویهٔ قضائی فرانسه مادهٔ ۱۸۰ قانون مدنی راکه راجع به اشتباه درنکاح است بطور مضیق تفسیر کرده و اصولاً شامل اشتباه در اوصاف اساسی زوج یا زوجه ندانسته است، درحالیکه اشتباه در شخص در سایر قراردادها (مادهٔ ۱۱۱۰) بطور موسع تفسیر شده و هرگونه اشتباه در وصف اساسی شخص را فرامی‌گیرد. اما در حقوق ایران تفاوتی بین نکاح و سایر قراردادهای شخصی از نظر اشتباه نیست و اشتباه در هرگونه وصف اساسی، مشروط بر اینکه وارد قلمرو توافق اراده طرفین شده باشد، مؤثر است. تفکیک بین نکاح و سایر قراردادها در این باب، همانطور که علمای حقوق فرانسه گفته‌اند، خالی از اشکال نیست و دلیل کافی و قانع کننده‌ای در توجیه آن نمی‌توان آورد. بنابراین راه

حل حقوق ایران در این قسمت نیز مرجح است.

۳ـ ضمانت اجرای اشتباه در اوصاف اساسی شخص (به معنی اعم که شامل اشتباه در هویت مدنی نیز می‌گردد) در حقوق فرانسه و ایران یکسان نیست. در حقوق فرانسه این اشتباه موجب بطلان نسبی و در حقوق ایران موجب خیار فسخ است. فرق بین بطلان نسبی و قابلیت فسخ آن است که در مورد اول پس از صدور حکم به بطلان، معامله کان لم یکن تلقی خواهد شد و هیچگونه اثری بر آن بار نخواهد بود. اما معامله قابل فسخ صحیح تلقی می‌شود و آثار خود را تا روز فسخ به بار خواهد آورد و فقط از روز فسخ است که اثر قرارداد از میان می‌رود. بنابراین در بیع قابل فسخ منافع مبیع در فاصله بین عقد و فسخ از آن مشتری است و در نکاح قابل فسخ اگر فرزندی قبل از فسخ بدنیا آمده یا حتی نطفهٔ آن منعقد شده باشد فرزند مشروع زن و شوهر محسوب می‌شود و همچنین زن تا روز فسخ مستحق نفقه خواهد بود. تفاوت بین بطلان نسبی و قابلیت فسخ از این لحاظ مانند فرق بین عدم نفوذ و قابلیت فسخ در حقوق ماست.

به نظر می‌رسد که در مورد اشتباه در وصف اساسی طرف قرارداد، شناختن خیار فسخ برای اشتباه کننده که مجازاتی خفیفتر از بطلان نسبی و عدم نفوذ است برای حمایت از حقوق اشتباه کننده کافی و با اصل استواری معاملات سازگارتر است؛ چه اشتباه کننده با خیار فسخی که قانون برای او شناخته است می‌تواند خود را از قید یک قرارداد نامناسب برهاند و آنچه را که به موجب قرارداد به طرف دیگر پرداخته است بازپس گیرد. خیار فسخ بویژه در مورد نکاح از بطلان نسبی مناسب‌تر است، چه با بطلان نکاح اصولاً باید کلیهٔ آثار آن از میان برود و در اینصورت فرزندان ناشی از نکاح باطل نامشروع شناخته شده و دچار وضع رقت‌باری خواهند گردید.[1] ولی پس از فسخ نکاح آثاری که تا زمان فسخ به بار آمده محترم و بالنتیجه فرزندان ناشی از نکاح مشروع تلقی می‌شوند.

۱ـ مع الوصف قانونگذاران از نظر مصلحت اجتماعی و کاستن زیانهای ناشی از ابطال نکاح، پاره‌ای آثار برای نکاح باطل بویژه در صورت حسن نیت زوجین قائل شده‌اند. مثلاً اطفال ناشی از نکاح باطل در صورت جهل ابوین یا یکی از آنان به فساد عقد در حقوق ایران و فرانسه مشروع شناخته شده‌اند (مواد ۲۰۱ و ۲۰۲ قانون مدنی فرانسه و مادهٔ ۱۱۶۶ قانون مدنی ایران).

منابعی که در تهیه این مقاله مورد استفاده واقع شده است

الف ـ به زبان فرانسه

1- CARBONNIER (J.), Droit civil, t. I, Paris 1962; t.II, Paris 1967.

2- CODE CIVIL français, Dalloz 1968.

3- COLIN (A.). CAPITANT (H.) et JULLIOT de la MORANDIERE (L.) Traité de Droit civil, t. II, Paris 1959.

4- ENCYCLOPEDIE DALLOZ, Droit civil, t. I, Erreur; t.III, Mariage, mis à jour 1967.

5- JULLIOT de la MORANDIERE (L.) et WEIL (A.), Les grands arrêts de la Jurisprusdence civile, Paris 1964.

6- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), Droit civil, t. I, Paris 1961; t. II. Ier vol. Paris 1962.

7- MAZEAUD (J.H.L.), Leçons de Droit civil, t.I, Paris 1961; t.II, Paris 1962.

8- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), Droit civil français, t. II (Par Rouast), Paris 1952; t. VI (Par Esmein), Paris 1952.

9- WEILL (A.), Droit civil (Précis Dalloz), t. I, 2e vol, Paris 1970.

ب ـ به زبان فارسی و عربی

۱ـ امامی (دکتر سیدحسن)، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۳۵؛ ج ۴، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۳۸.

۲ـ انصاری (شیخ مرتضی)، مکاسب، چاپ سنگی ۱۳۰۰ قمری.

۳ـ بروجردی عبده (محمد)، حقوق مدنی، تهران ۱۳۲۹.

۴ـ تحولات حقوق خصوصی ایران، مجموعهٔ مقالات اهدائی به استاد سیدحسن امامی، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۴۹.

۵ـ جعفری لنگرودی (دکتر محمدجعفر)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران ۱۳۴۰.

۶ـ خراسانی (حاج ملاهاشم)، رسالهٔ تجارت، چاپ سنگی ۱۳۵۰ قمری.

۷ـ طباطبائی (سیدمحمدکاظم)، عروةالوثقی، چاپ بغداد ۱۳۳۰ قمری.

۸ـ عدل (منصورالسلطنه ـ مصطفی)، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران ۱۳۴۲.

۹ـ کاتوزیان (دکتر ناصر)، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۴۸.

۱۰ـ مامقانی، مناهج المتقین، چاپ نجف، ۱۳۴۴ قمری.

۱۱ـ محقق اول، شرایع الاسلام، چاپ گراوری عبدالرحیم.

۱۲ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، کتاب النکاح، چاپ تهران، ۱۳۲۵ قمری.

۱۳ـ نائینی (تقریرات)، منیةالطالب، ج ۱، چاپ نجف ۱۳۵۷ قمری.

مقالهٔ هفتم

نظریهٔ جهت در قراردادها*
مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و ایران و فرانسه

در حقوق خارجی، نظریهٔ جهت و ارزش آن در قرارداد و تأثیر جهت نامشروع در صحت معامله مورد بحث و گفتگوی بسیار واقع شده است. مسأله بویژه در حقوق فرانسه از لحاظ نظری و عملی دارای اهمیتی فراوان است و مطالعات جالب و ارزنده‌ای راجع به آن انجام گرفته است. در حقوق اسلام نیز با اینکه بحث نظری قابل توجهی در این باره دیده نمی‌شود اصل فکر از دیرباز وجود داشته و بر اساس آن فروعی ذکر شده است.

در قانون مدنی ایران مادهٔ ۱۹۰ مشروعیت جهت معامله را از شرایط اساسی صحت معامله به شمار آورده و مادهٔ ۲۱۷ در این باره چنین مقرر داشته است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است.» شک نیست که قانونگذار ایران در مورد جهت معامله از قانون مدنی فرانسه الهام گرفته است، لیکن نمی‌توان گفت که در این زمینه کاملاً از حقوق فرانسه پیرو ی کرده است. در واقع راه‌حلی که قانون مدنی ایران در این باب پذیرفته به قاعده پذیرفته شده در حقوق اسلام نزدیکتر است.

برای روشن شدن مطلب، نخست حقوق فرانسه را در این زمینه مورد بحث قرار می‌دهیم، سپس به مطالعهٔ حقوق اسلام در این باب می‌پردازیم و بالاخره نظریهٔ جهت در حقوق ایران را بررسی

---

*ـ این مقاله قبلاً در نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۸، سال ۱۳۵۰ و ۹ ، سال ۱۳۵۱، به چاپ رسیده است.

می‌نمائیم.

بخش اول ـ جهت در حقوق فرانسه[۱]

به موجب مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه که مأخذ مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی ایران است جهت تعهد چهارمین شرط صحت قرارداد تلقی شده است. مواد ۱۱۳۱ تا ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه نیز از جهت سخن می‌گویند. مادهٔ ۱۱۳۱ که مهمترین ماده در این زمینه است مقرر می‌دارد: «تعهد بدون جهت یا مبتنی بر جهت اشتباهی یا جهت نامشروع نمی‌تواند هیچگونه اثری داشته باشد.» و مادهٔ ۱۱۳۳ دربارهٔ جهت نامشروع می‌گوید: «جهت هنگامی نامشروع است که به وسیلهٔ قانون منع شده و مخالف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد.» قانونگذار فرانسه در تدوین این مواد از نوشته‌های دوما[۲] و پوتیه[۳] حقوقدانان رژیم قدیم فرانسه استفاده کرده است. لیکن دکترین جدید و رویهٔ قضائی فرانسه در تفسیر مواد قانون مدنی، نظریهٔ جهت cause را گسترش داده و مفهوم وسیعتری برای آن قائل شده‌اند. اینک بجاست نظریهٔ کلاسیک (قدیمی)،نظریه‌های جدید و رویهٔ قضائی فرانسه را در این خصوص بررسی نمائیم.

الف ـ نظریهٔ قدیمی جهت

در حقوق قدیم فرانسه و طبق نظریه‌ای که مورد قبول نویسندگان قانون مدنی ناپلئون (۱۸۰۴) واقع شده است، جهت cause عبارت است از مقصود مستقیم و بلاواسطه و تعیین کننده‌ای که به خاطر آن متعهد در برابر متعهدله قبول تعهد کرده است. بنابراین جهت که علت غائی[۴] تعهد است با اراده که می‌توان آن را علت فاعلی[۵] نامید و نیز با موضوع (مورد) معامله و دواعی motifs کم و بیش دور که طرف معامله را به تعهد واداشته است متفاوت است. برای روشن شدن مفهوم جهت در

۱ـ رجوع شود به: مازو، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۵۳ به بعد؛ ـ ویل تعهدات، ش ۲۵۲ به بعد؛ ـ ژولیودولاموراندیر، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۳۹۶ به بعد؛ مارتی ورنو، حقوق مدنی، ج ۲، بخش ۲، ش ۱۷۰ به بعد؛ ـ کاربنیه، حقوق مدنی ج ۲، ش ۱۰۹ به بعد؛ ـ گدمه، نظریهٔ کلی تعهدات، ص ۱۱ به بعد؛ ـ ریپر ـ بولانژه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۷۴ به بعد؛ ـ ریپر، قاعدهٔ حقوقی در تعهدات مدنی، ش ۳۱ به بعد.

2- Domat

3- Photier

4- Cause finale

5- Cause efficiente

نظریهٔ کلاسیک باید آن را در قراردادهای مختلف مورد بررسی قرار داد.

اول ـ جهت در قراردادهای معوض

در این زمینه باید جهت در قراردادهای دو تعهدی و جهت در قراردادهای یک تعهدی که قبض شرط صحت آنهاست و جهت در سایر قراردادهای یک تعهدی را بررسی کرد:

۱ـ جهت در قراردادهای دو تعهدی[۱] ـ در قراردادهای دو تعهدی یا ملزم طرفین یعنی در قراردادهائی که تعهدات متقابلی بر ذمهٔ طرفین ایجاد می‌کند تعهد یک طرف جهت تعهد طرف دیگر است. بدینسان در بیع، تعهد فروشنده جهت تعهد خریدار و برعکس، تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده است. چرا فروشنده تعهد می‌کند مبیع را به خریدار تسلیم کند؟ برای اینکه خریدار تعهد کرده ثمن معامله را به او بپردازد. چرا خریدار تعهد به پرداخت ثمن کرده است؟ برای اینکه فروشنده تعهد به تسلیم مبیع نموده است. در هر بیعی وضع به همین منوال است.

حال ببینیم چرا فروشنده می‌خواهد پولی در ازاء مال خود به دست آورد، به جای اینکه مبیع را برای خود نگاهدارد؟ شاید برای اینکه پول دریافتی را برای خرید مال دیگری صرف کند یا با آن دین خود را بپردازد، یا به خارج مسافرت کند، یا آن را به مصرف دیگری برساند. اینها اغراض و دواعی motifs کم و بیش دور هستند که بر حسب مورد تفاوت می‌کنند و نباید آنها را با جهت تعهد cause اشتباه کرد.

۲ـ جهت در قراردادهای یک تعهدی که قبض شرط صحت آنهاست[۲] ـ در قراردادهای یک تعهدی که قبض شرط صحت آنها است مانند رهن منقول و قرض و ودیعه (در حقوق فرانسه) فقط یک تعهد بر ذمهٔ متعهد (مرتهن، وام‌گیرنده و ودیعه‌گیرنده) ایجاد می‌شود که به موجب آن باید عین یا مثل مورد معامله را به متعهدله بازگرداند.[۳] در این قراردادها جهت تعهد تسلیم مادی شیء است: متعهد بدان جهت قبول تعهد کرده که مالی را از متعهدله دریافت داشته است. مثلاً اگر وام‌گیرنده تعهد کرده است مبلغ موضوع وام را با بهرهٔ آن به وام دهنده مسترد دارد برای آن است که مبلغی به عنوان وام به دست آورده است. البته در اینجا نیز اغراض و دواعی متعهد بر حسب مورد تفاوت می‌کند: یکی وام می‌گیرد، برای اینکه با آن خانه بخرد؛ دیگری وام می‌گیرد برای اینکه با آن مسافرت

1- Contrats synalagmatiques

۲ـ Contarts unilatéraux réels این اصطلاح را به «قراردادهای یک تعهدی عینی» نیز می‌توان ترجمه کرد.

۳ـ در حقوق فرانسه وام و ودیعه قرارداد یک تعهدی به شمار می‌آیند، چه قبض شرط صحت آنهاست و پس از تحقق قبض و کمال عقد فقط یک تعهد بر ذمهٔ وام‌گیرنده و ودیعه‌گیرنده وجود دارد (برای توضیح بیشتر رجوع شود به دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تألیف نویسنده، ص ۳۱).

کند؛ سومی وام می‌گیرد برای اینکه با آن زن بگیرد و امثال اینها.

۳ـ جهت در سایر قراردادهای یک تعهدی ـ ممکن است کسی تعهد کند مبلغی وجه به دیگری بدهد، بدون اینکه طرف دیگر در ازاء آن چیزی به عهده بگیرد این عمل در اصطلاح حقوق فرانسه وعدهٔ یک جانبه وجه نقد[۱] نامیده می‌شود. در این صورت جهت تعهد وجود یک دین قبلی است. مثلاً وارثی که به موجب وصیت نامهٔ مورث مالی را باید به موصی‌له بدهد تعهد می‌کند مبلغی در فلان تاریخ به او بپردازد و یا کسی که به دیگری خسارتی وارد کرده است متعهد می‌شود که مبلغی برای جبران خسارت به متضرر بدهد. در این موارد یک قرارداد یک تعهدی وجود دارد و جهت تعهد دینی است که از پیش بر ذمه متعهد بوده است.

دوم ـ جهت در قراردادهای غیرمعوض (مجانی)

به موجب نظریهٔ کلاسیک، جهت در قراردادهای غیرمعوض عبارت از قصد بخشش[۲] است که در همهٔ قراردادهای غیرمعوض وجود دارد. در این قراردادها نیز نباید جهت بدین معنی را با داعی که ممکن است تقرب به خدا یا حق شناسی یا جلب محبت متهب و امثال آن باشد اشتباه کرد.

خصوصیات جهت به معنای مذکور

جهت به معنائی که گفته شد دارای خصوصیات زیر است:

اولاً جهت از آن تعهد است نه معامله. ثانیاً، جهت رابطهٔ بلاواسطه و مستقیم با تعهد دارد، به عبارت دیگر علت مستقیم و هدف فوری و اساسی تعهد است. ثالثاً جهت جزء لاینفک قرارداد و از عناصر تشکیل دهندهٔ آن است. بدینسان بیع بدون تعهد به تسلیم مبیع و تعهد به ایفاء ثمن تحقق پیدا نخواهد کرد. همچنین قرض بدون تسلیم پول به وام گیرنده و هبه بدون قصد بخشش پدید نخواهد آمد. از این نکته نتایجی به شرح زیر بدست می‌آید:

ـ جهت همیشه در یک نوع قرارداد یکسان است: در مورد بیع، جهت تعهد فروشنده همواره تعهد خریدار است و بالعکس. در مورد رهن مال منقول[۳] جهت تعهد رهن گیرنده همیشه تسلیم مال مورد رهن است و در هبه همواره جهت تعهد واهب قصد بخشش است. برعکس، داعی که این جهت را توجیه می‌کند امری شخصی و در هر مورد متفاوت است. مثلاً داعی در خرید خانه ممکن است سکونت، اجاره، فروش برای سود یا غیر اینها باشد، در حالی که جهت آن همیشه تعهد فروشنده است.

1- Promesse unilatérale de somme d' argent

2- Intention libérale

3- Gage

جهت که هدف فوری و مستقیم متعهد است در قرارداد مهم و از ارکان صحت آن محسوب می‌شود در حالی که داعی در صحت معامله بی‌تأثیر است.

این فکر ناشی از تمایل به محدود کردن اختیارات قاضی در بازرسی صحت و اعتبار قرارداد است: قاضی می‌تواند عناصر و ارکان قرارداد را درنظر بگیرد و هدف معامله کننده را بر حسب آنچه وارد قلمرو قرارداد شده است کنترل کند، لیکن نمی‌تواند در اعماق وجدان طرف معامله به جستجو بپردازد و اغراض و دواعی را که جنبهٔ شخصی و خصوصی دارد و وارد حوزهٔ قرارداد نشده است منشأ اثر قرار دهد.

ـ چون جهت تعهد یکی از عناصر تشکیل دهنده قرارداد و همواره در یک نوع قرارداد یکسان است و به عبارت دیگر چون جهت مربوط به ماهیت عقد است ضرورتاً متعاملین از آن آگاهی دارند. برعکس، داعی یکی از طرفین قرارداد ممکن است برای طرف دیگر مجهول باشد. از این روست که طبق نظریهٔ کلاسیک، حقوق می‌تواند جهت cause را درنظر بگیرد نه داعی motif را.

ـ قراردادی که تعهد ناشی از آن بدون جهت باشد باطل است، چه فاقد یکی از ارکان تشکیل دهنده عقد است. لذا مادهٔ ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد که تعهد بدون جهت هیچگونه اثری نمی‌تواند به بار آورد.

انتقاد از نظریهٔ جهت تعهد[۱]

نظریهٔ قدیمی (کلاسیک) جهت مورد انتقاد شدید بعضی از علمای حقوق واقع شده است. نخستین کسی که از این نظریه انتقاد کرده ارنست[۲] استاد دانشکده حقوق لیژ[۳] بوده که به سال ۱۸۲۶ ضمن مقاله‌ای آن را محکوم کرده است. سپس در بلژیک، لوران[۴] مخالفت خود را با این نظریه ابراز داشته است. در فرانسه نیز در نیمهٔ دوم قرن نوزدهم بعضی از علمای حقوق به این نظریه سخت تاخته‌اند. این دسته که سرآمد آنان پلانیول[۵] حقوقدان معروف بوده است anticausalistes (مخالفان نظریهٔ جهت) نامیده شده‌اند. آنان اظهار عقیده کرده‌اند که نظریهٔ جهت غلط و بی‌فایده است:

۱ـ نظریهٔ جهت تعهد غلط است، زیرا اولاً در قراردادهای دوتعهدی تعهد یک طرف نمی‌تواند

۱ـ مارتی ورنو، ش ۱۷۴؛ ـ مازو، ش ۲۶۴؛ ـ گدمه، ص ۱۱۴ به بعد؛ ـ ویل، ش ۲۶۴.

2- Eenest

3- Liege

4- Laurent

5- Planiol

جهت (علت) تعهد طرف دیگر باشد، چه علت باید سابق بر معلول باشد در حالی که تعهدات طرفین در آن واحد پدید می‌آیند. پس اگر بگوئیم تعهد هر یک از طرفین جهت (علت) برای تعهد طرف دیگر است سخنی غیرمنطقی و نادرست بر زبان آورده‌ایم؛ به بیان دیگر این سخن مستلزم دور است.

ثانیاً در قراردادهای عینی یعنی قراردادهائی که قبض شرط صحت آن است تسلیم شیء جهت یعنی هدف و مقصود مستقیم تعهد نیست بلکه علت پدیدآورنده (علت فاعلی) آن است. در اینجا طرفداران نظریهٔ جهت علت غائی را با علت فاعلی اشتباه کرده‌اند.

ثالثاً در قراردادهای غیرمعوض نظریهٔ کلاسیک بی‌معنی است. شک نیست که قصد بخشش موجب توصیف قرارداد و تفکیک عقد غیرمعوض از معوض است لیکن در زمینهٔ شرایط اساسی قرارداد این نظریه مفهومی ندارد. به عبارت دیگر، این سخن که در قراردادهای غیرمعوض جهت قصد بخشش است منشأ هیچگونه اثر حقوقی نیست. صرف قصد بخشش را نمی‌توان نامشروع یا خلاف اخلاق تلقی کرد و قرارداد را بدان سبب باطل اعلام داشت. پس اگر بخواهند یک قرارداد مجانی را برای داشتن جهت نامشروع باطل اعلام کنند باید به اغراض و دواعی توجه نمایند، مثلاً قرارداد را بدین سبب که منظور از آن پاداش دادن به روابط نامشروع جنسی بوده است ابطال کنند. بنابراین نمی‌توان جهت را در این قراردادها از اغراض و دواعی جدا دانست.

۲ـ نظریهٔ جهت تعهد بی‌فایده است و نظریه‌های دیگری که در حقوق هست ما را از آن بی‌نیاز می‌کند؛ زیرا: اولاً، در قراردادهای عینی، چه فایده دارد که بگوئیم در صورتی که شیء مورد معامله تسلیم نشده باشد قرارداد فاقد جهت تعهد است، در حالی که این تسلیم شرط صحت و انعقاد قرارداد است. پس همین که قبض را شرط صحت قرارداد بدانیم کافی است و دیگر نیازی به نظریه جهت نخواهد بود.

ثانیاً، در قراردادهای مجانی فقدان قصد بخشش مستلزم فقدان اراده است و فقدان اراده کافی برای بطلان قرارداد است.

ثالثاً در قراردادهای دو تعهدی، چون موضوع تعهد یک طرف جهت تعهد طرف دیگر است، پس اگر تعهد یکی از طرفین فاقد جهت باشد تعهد طرف دیگر فاقد موضوع است و بدین سبب قرارداد را باید باطل دانست. مثلاً اگر کسی تعهد کرده باشد مال معینی را که موجود نیست در ازاء مبلغی وجه نقد به دیگری تحویل دهد، تعهد به مال بدون موضوع و تعهد به پول بدون جهت است و چون قرارداد را می‌توان به علت فقدان موضوع باطل اعلام کرد توسل به فقدان جهت زائد و بی‌فایده است.

همچنین به اعتقاد پلانیول، اگر جنبهٔ نامشروع بودن جهت را درنظر بگیریم باز هم این نظریه بی‌فایده است، چه نامشروع بودن جهت همراه با نامشروع بودن موضوع است: اگر شخص نمی‌تواند تعهد کند که مبلغی برای انجام عملی که مخالف مقررات کیفری یا مالیاتی یا گمرکی است به دیگری بدهد، برای آن است که موضوع تعهد طرف دیگر نامشروع است. انجام عمل نامشروع که موضوع

تعهد یک طرف است جهت برای تعهد طرف دیگر محسوب می‌شود و به لحاظ نامشروع بودن موضوع نمی‌توان قرارداد را صحیح تلقی کرد.

پاسخ به انتقادات مخالفان نظریهٔ جهت تعهد[۱]

در پاسخ به انتقادات پلانیول و سایر مخالفان نظریهٔ جهت تعهد، در کتب حقوقی فرانسه به تفصیل سخن گفته شده است. و امروزه اکثریت قریب به اتفاق علمای حقوق مدنی فرانسه با نظریهٔ جهت تعهد موافقند. در رد انتقادات مذکور گفته‌اند:

۱ـ **نظریهٔ جهت تعهد غلط نیست**؛ زیرا اولاً، در قراردادهای دو تعهدی اشکال دورهنگامی وارد است که منظور از جهت، علت فاعلی باشد. بدیهی است که دو چیز که در یک زمان پدید می‌آید یکی نمی‌تواند علت پدید آورندهٔ دیگری باشد چه علت باید سابق بر معلول باشد. لیکن اگر جهت را به معنی علت غائی بگیریم اشکال وارد نخواهد بود؛ زیرا مانعی نیست که هر یک از طرفین تعهدی بپذیرد، برای اینکه به امتیازاتی از ناحیهٔ طرف دیگر دست یابد.

ثانیاً، در مورد قراردادهای عینی، اظهار نظر مخالفان نظریه جهت، مبنی بر اختلاط علت غائی و علت فاعلی، درست است؛ مثلاً در رهن منقول علت پدیدآورنده تعهد مرتهن، تسلیم عین مرهونه به اوست ولی چه مانعی دارد که این امر جهت و علت غائی تعهد مرتهن نیز باشد. یک چیز ممکن است هم علت فاعلی و هم علت غائی باشد.

ثالثاً، در مورد عقود مجانی، درست نیست که قصد بخشش را امری بیهوده و فاقد ارزش حقوقی بدانیم زیرا همین قصد عامل مهمی در توصیف قراردادهاست: با رجوع به مفهوم جهت است که می‌توانیم قراردادهای غیرمعوض را از قراردادهای معوض تفکیک کنیم؛ بدون قصد بخشش قرارداد مجانی وجود نخواهد داشت.

۲ـ **نظریهٔ جهت تعهد مفید است**، زیرا اولاً این نظریه همبستگی تعهدات را در قراردادهای دوتعهدی توجیه می‌کند. بدون قبول نظریهٔ مذکور تعهدات متقابل ناشی از قرارداد بدون همبستگی و رابطه خواهد بود، چنانکه در حقوق رم استقلال داشته است. بی‌فایده نیست که می‌گوئیم تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده است و بالعکس، زیرا به همین سبب است که اگر تعهد یکی از طرفین به علتی مانند نامقدور یا نامشروع بودن موضوع باطل باشد تعهد طرف دیگر نیز نظر به فقدان یا نامشروع بودن جهت وجود پیدا نمی‌کند.

پلانیول می‌گوید: اگر تعهد یک طرف جهت برای تعهد طرف دیگر باشد باید در صورت فقدان جهت برای تعهد یک طرف تعهد طرف دیگر فاقد موضوع باشد پس می‌توان قرارداد را به استناد فقدان موضوع باطل اعلام کرد. این دریافت درست است ولی پلانیول توجیه نمی‌کند که چرا بطلان

۱ـ مازو، ش ۲۶۵ و ۲۶۶؛ گدمه، ص ۱۱۵ به بعد؛ ـ مارتی ورنو، ش ۱۷۵: ویل، ش ۲۶۸ به بعد.

یک تعهد به علت فقدان موضوع مستلزم بطلان تعهد دیگر است. توجیه این امر فقط با نظریهٔ جهت امکان‌پذیر است. اگر تعهدات متقابل جهت یکدیگر نبودند بطلان یک تعهد نمی‌بایست بطلان تعهد دیگر را سبب شود. این تناقض نیست اگر گفته شود که بداهت امر باعث شده که مخالفان نظریهٔ جهت این نکته را از نظر دور دارند.

ثانیاً نظریه جهت اجازه می‌دهد که قراردادهای رضائی یک تعهدی[۱] در صورتی که فاقد جهت باشند باطل اعلام شوند. مثلاً کسی که خود را مدیون دیگری می‌پنداشته است تعهد می‌کند که مبلغی به او بپردازد. در این صورت هرگاه معلوم شود که در حال انعقاد قرارداد دینی وجود نداشته و تعهد بدون جهت بوده است قرارداد باطل تلقی می‌شود. بدون قبول نظریهٔ جهت تعهد، بطلان این گونه قرارداد را نمی‌توان توجیه کرد.

پس نظریهٔ جهت تعهد در قراردادهای دوتعهدی و قراردادهای رضائی یک تعهدی مفید است و اعمال فراوان آن به وسیلهٔ رویهٔ قضائی فرانسه نیز حاکی از فایدهٔ آن است. در کشورهائی مانند سویس و آلمان که جهت را به عنوان شرط صحت قرارداد نپذیرفته‌اند به ناچار اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای دو تعهدی را قبول کرده‌اند؛ به علاوه به جای مفهوم قراردادی جهت، مفهوم غیرقراردادی استفاده بلاجهت[۲] را مورد استفاده قرار داده‌اند. در واقع کسانی که فایدهٔ نظریهٔ جهت را انکار می‌کنند نتیجهٔ حاصل از آن را می‌پذیرند بدون اینکه از نظریهٔ مذکور نام ببرند.

معهذا انتقاد مخالفان نظریهٔ جهت را در مورد بی‌فایده بودن آن در قراردادهای غیرمعوض و قراردادهای عینی باید قبول کرد. در قراردادهای غیرمعوض اعلام اینکه قصد بخشش جهت تعهد است سودی ندارد زیرا فقدان این قصد مساوی با فقدان ارادهٔ عقد قرارداد است. پس نظریهٔ اراده در اینجا می‌تواند جای نظریهٔ جهت را بگیرد. از سوی دیگر قصد بخشش صرف، جدا از اغراض و دواعی، نمی‌تواند نامشروع یا مخالف اخلاق باشد، تا جهت نامشروع یا خلاف اخلاق[۳] در اینجا مصداق پیدا کند.

در قراردادهای عینی هم، همانطور که مخالفان نظریهٔ جهت گفته‌اند، تسلیم مال شرط صحت عقد است پس چه فایده دارد که قرارداد را برای فقدان جهت باطل اعلام کنیم، در حالی که به علت عدم تسلیم مال قرارداد منعقد نشده است.[۴]

1- Contrats consensuels unilatéraux

2- Enrichissement sans cause

3- Cause illicite ou immorale

۴ـ مازو، ش ۲۶۶.

ب ـ نظریه‌های جدید درباره جهت[۱]

انتقادهای مخالفان نظریهٔ جهت، چنانکه اشاره کردیم، دکترین فرانسه را قانع نکرد، لیکن علمای حقوق این کشور را بر آن داشت که مسأله را عمیقاً بررسی و تجزیه و تحلیل کنند و با مطالعات ارزندهٔ خود نظریهٔ کلاسیک را روشن و احیاناً جرح و تعدیل نمایند. دکترین جدید فرانسه در بررسیهای خود همواره رویهٔ قضائی را مورد توجه قرار داده است. اشکال اساسی که بر تعریف جهت طبق نظریهٔ کلاسیک (قدیم) شده بود مربوط به اختلاط و اشتباه آن با موضوع قرارداد از یک سو و با اراده از سوی دیگر بود.

برای رفع این اشکال بعضی از مؤلفان روی اختلاف جهت با اراده تکیه کرده و در تفکیک بین جهت و داعی کوشیده‌اند. اینان طرفدار نظریهٔ نوعی[۲] جهت هستند برخی دیگر از مؤلفان، برعکس، بیشتر روی جنبهٔ روانی جهت و تفکیک آن از موضوع تکیه کرده‌اند که می‌توان نظریهٔ آنها را نظریهٔ شخصی[۳] نامید. بعضی نیز هر دو جنبهٔ جهت (نوعی و شخصی یا مادی و روانی) را مورد نظر قرار داده و از نظریه‌ای مختلط و مرکب که دوگانگی مفهوم جهت را در نظر می‌گیرد جانبداری کرده‌اند.

۱ ـ نظریهٔ نوعی ـ طرفداران نظریهٔ نوعی یا موضوعی یا مادی، جهت تعهد را اساساً با توجه به جنبهٔ اقتصادی آن توجیه می‌کنند. طبق این نظریه، جهت، علت اقتصادی وجود تعهد است. بنابراین، تعهد که مالی را از دارائی متعهد خارج می‌کند جز با ورد مالی به دارائی او قابل توجیه نیست و این دارا شدن به طور نوعی و موضوعی بدون درنظر گرفتن جنبه‌های شخصی و درونی متعهد بررسی می‌شود. پس چنانکه طرفداران این نظریه گفته‌اند، جهت «یک عنصر مادی» قرارداد است.

به موجب این نظریه، جهت از اراده به کلی جداست. نقش جهت متمایز از نقش اراده است و اهمیت این دو عنصر متفاوت است ارزش جهت در همهٔ تعهدات یکسان نیست. هر قدر اهمیت جهت بیشتر باشد ارزش اراده کمتر است. بدینسان جهت که در مسألهٔ استفاده بلاجهت بسیار مهم است در قراردادهای معوض مهم تلقی می‌شود و بالاخره در قراردادهای غیرمعوض ارزش خود را از دست می‌دهد و در این قراردادها فقط اراده معتبر است.[۴]

ایرادی که بر این نظریه وارد است آن است که همه راه‌حلهای حقوق موضوعه را توجیه نمی‌کند. معلوم نیست چگونه یک جهت صرفاً مادی و نوعی می‌تواند نامشروع یا مخالف اخلاق باشد. این

۱ـ مارتی ورنو، ج ۲، بخش ۲، ش ۱۷۶ به بعد؛ ـ کاربنیه، ج ۲، ش ۱۱۳؛ ـ ریپروبولانژه، ج ۲، ش ۲۹۰ به بعد.

2- Théorie objective

3- Théorie subjective

۴ـ لوئی لوکاس، اراده و جهت (به نقل از مارتی ورنو، ش ۱۷۷).

خصوصیت را فقط در عناصر شخصی قرارداد، یعنی در دواعی طرفین، می‌توان جستجو کرد.

۲ـ نظریهٔ شخصی ـ از بزرگترین طرفداران این نظریه هانری کاپیتان است که در کتاب معروف خود تحت عنوان «جهت تعهدات»[1] که به سال ۱۹۲۳ انتشار یافته نظر خود را ابراز داشته است.

کاپیتان به وضوح از نظریه کلاسیک الهام می‌گیرد، لیکن آن را تعدیل و اصلاح می‌کند و نظریه‌ای می‌سازد که بعضی آن را نئوکلاسیک نامیده‌اند. کاپیتان راه‌گشای نظریه‌های شخصی جهت است.

به اعتقاد کاپیتان جهت قرارداد عبارت از هدف مورد نظر متعهد است. اگر اساس تعهد قراردادی در اراده است باید توجه داشت که انسان، جز آن که دیوانه باشد، بدون غایت و هدف اراده نمی‌کند. پس تعهد ارادی نمی‌تواند پدید آید و دوام یابد، مگر اینکه غایت و جهتی که تعهد به خاطر آن پذیرفته شده است موجود و مشروع باشد.

پس از اعلام اصل فوق، کاپیتان کوشش می‌کند نظریهٔ کلاسیک را توضیح و احیاناً تعدیل کند و نیز به انتقادات مخالفان نظریهٔ جهت پاسخ گوید. کاپیتان در تعریف جهت و تفکیک آن از داعی بیشتر از علمای کلاسیک جنبه‌های شخصی و درونی را دخالت می‌دهد. وی هم می‌خواهد آن را از موضوع تفکیک کند و هم دواعی شخصی و فردی و لااقل پاره‌ای از آنها را داخل درمفهوم جهت می‌داند.

جهت و موضوع ـ به عقیده کاپیتان جهت که همان هدف مورد نظر متعهد است غیر از موضوع است. در قراردادهای دوتعهدی هدف یکی از طرفین تعهد طرف دیگر نیست بلکه اجرای تعهد آن طرف است. کاپیتان از این توضیح نتیجه می‌گیرد که فقدان جهت نه فقط در موردی که تعهد طرف دیگر به وجود نیامده صدق می‌کند، بلکه در موردی نیز که تعهد اجرا نشده صادق است. انحلال قراردادهای دو تعهدی به علت عدم اجرای یکی از تعهدات متقابل و قاعده exceptio non adimpleti contractus که به موجب آن متعهد می‌تواند از اجرای تعهد خود به استناد عدم ایفای تعهد از جانب طرف دیگر خودداری کند (حق حبس) از موارد اجرای نظریهٔ جهت است.

جهت و داعی ـ کاپیتان سعی می‌کند جهت راکه برای آن جنبهٔ شخصی قائل شده از داعی motif تفکیک کند و در این باره چنین می‌گوید: اموری که شخص را به عقد قرارداد وامیدارد در هر مورد بر حسب معامله و معامله کننده تفاوت می‌کند. اصولاً این اغراض و دواعی که خارج از قلمرو قرارداد هستند نباید منشأ اثر حقوقی باشند. داعی اصولاً جزو قرارداد و توافق اراده نیست ولی گاهی ممکن است وارد قلمرو توافق طرفین شده به جهت تبدیل گردد. بدینسان داعی خلاف اخلاق که مشترک و مورد توافق طرفین معامله بوده و «هر دو را به سوی یک هدف سوق داده است» جهت محسوب و

1- Capitant, Henri, De la cause des obligations, Paris 1923.

موجب بطلان قرارداد است[۱].

کوشش کاپیتان برای اینکه جنبهٔ شخصی بیشتری به نظریهٔ کلاسیک بدهد عموماً مورد تأیید واقع شده لیکن بعضی از مؤلفان نظریهٔ کاپیتان را، از لحاظ اینکه جهت تعهد شرط انعقاد قرارداد است و اوضاع و احوال لاحق بر انعقاد قرارداد که گاهی موجب سقوط تعهد می‌شود مربوط به جهت تیست، مورد انتقاد قرار داده[۲] و نیز آن را برای توجیه راه‌حلهای رویهٔ قضائی به ویژه دربارهٔ جهت نامشروع یا خلاف اخلاق در قراردادهای غیرمعوض کافی ندانسته‌اند[۳]. از این رو گروهی از علمای حقوق مانند ژوسران[۴] و ریپر[۵] پیشنهاد کرده‌اند که برای داعی نقش مهمتری در مفهوم جهت در نظر گرفته شود و بدین منظور جنبه‌های مختلف برای جهت قائل شده‌اند و از این رو نظریه‌های مختلط یامرکب پدید آمده است.

۳ـ نظریهٔ مختلط ـ مفهوم نوعی جهت اجازه نمی‌دهد که جنبه‌های اخلاقی در قراداد منظور و قراردادهای مخالف اخلاق ابطال شود، چه تجاوز به نظم عمومی و اخلاق حسنه غالباً با جستجوی دواعی متعاملین آشکار می‌گردد. نظریهٔ شخصی معتدل کاپیتان هم چنانکه گفتیم کافی برای توجیه رویهٔ قضائی فرانسه راجع به جهت نامشروع نیست. از سوی دیگر اگر مفهوم شخصی به طور مطلق پذیرفته شود به امنیت روابط حقوقی لطمه می‌خورد چه در این صورت، فقدان یا نامشروع بودن داعی باید همیشه موجب بطلان معامله باشد. از این رو گرایش دکترین معاصر فرانسه به سوی پذیرش یک مفهوم دوگانه از جهت است: بسیاری از حقوقدانان معاصر فرانسه بین جنبهٔ نوعی و شخصی جهت فرق گذاشته و برای هر یک از این دو جنبه ارزش و اثر خاصی قائل شده‌اند. برای تفکیک میان این دو جنبه عبارات و اصطلاحات مختلف به‌کار رفته است: اسمن[۶] پیشنهاد می‌کند که نظریهٔ جهت نامشروع از نظریه فقدان جهت تفکیک گردد تا در هر مورد معنی جداگانه‌ای برای جهت پذیرفته شود. ریپر و بولانژه بین جهتی که یک «عنصر نوعی» قرارداد است یا داعی تعیین کننده‌ای motif déterminant که از اقتصاد قرارداد به دست آمده و جهتی که «داعی فردی و شخصی» است[۷] فرق گذارده‌اندمازوها در کتاب ارزندهٔ «دروس حقوق مدنی» برای تفکیک بین دو جنبه

۱ـ مارتی ورنو، ش ۱۷۸.

۲ـ مازو، ش ۲۶۶.

۳ـ مارتی ورنو، ش ۱۷۸.

4- Josserand

5- Ripert

6- Esmein

۷ـ ریپر ـ بولانژه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۹۲ و ۲۹۳.

نوعی و شخصی جهت اصطلاح جهت تعهد cause de l'obligation را برای اولی و جهت معامله cause du contrat را برای دومی بکار برده‌اند. کمسیون اصلاح قانون مدنی فرانسه نیز برای جهت دو وجهه قائل شده و با اعتقاد به سودمندی نظریهٔ جهت قبول تفکیک بین جهت نوعی و دواعی را پیشنهاد کرده است.(۱)

جهت تعهد یا جنبه نوعی جهت تقریباً همان جهت در نظریه کلاسیک است. جهت بدین معنی همیشه در یک نوع قرارداد یکسان است. تعهد طرف دیگر یا تصور عوضی که طرف دیگر به عهده گرفته است در قراردادهای دو تعهدی و عوضی که متعهد دریافت داشته در قراردادهای عینی و قصد بخشش جدا از دواعی و اغراض مختلف در قراردادهای مجانی جهت تعهد به شمار می‌آید. فقدان این جهت مانع عقد قرارداد است.

جهت معامله یا جنبهٔ شخصی جهت آن را به داعی نزدیک می‌کند. جهت بدین معنی در واقع داعی اصلی و تعیین کننده و امری روانی و متغیر است. جهت معامله ممکن است مشترک بین طرفین باشد چنانکه خانه‌ای به منظور تأسیس قمارخانه مورد معامله واقع شود و فروشنده نیز از این منظور آگاهی داشته و این یک هدف مشترک برای متعاملین باشد. کاپیتان فقط این داعی و هدف مشترک را جهت تلقی می‌کند. لیکن ژوسران از این مرحله پا فراتر گذاشته پیشنهاد می‌کند که داعی که وارد قلمرو ارادهٔ مشترک نشده و ویژهٔ شخص یکی از متعاملین است لااقل در پاره‌ای موارد در نظر گرفته شود: به اعتقاد ژوسران این داعی در صورتی که بر خلاف اخلاق یا نامشروع باشد باید موجب بطلان قراردادهای غیرمعوض شناخته شود.(۲)

رپیر دارای نظریهٔ مشابهی است. این دانشمند جهت را به داعی تعیین کننده تعریف کرده می‌گوید: اگر یک مفهوم نوعی از جهت هنگامی که مقصود جستجوی وجود آن است کفایت می‌کند، هرگاه تشخیص مشروعیت یا موافق اخلاق بودن جهت منظور باشد، باید یک مفهوم شخصی از آن پذیرفته شود. در این صورت هر داعی فردی و شخصی به شرط آنکه تعیین کننده باشد می‌تواند جهت تلقی شود و نامشروع یا مخالف اخلاق بودن آن موجب بطلان قرارداد باشد. ریپر بین جهت نامشروعی که وارد قلمرو قرارداد شده و آنچه وارد قلمرو ارادهٔ مشترک نشده و نیز بین قراردادهای معوض و غیرمعوض در این زمینه فرق نمی‌گذارد(۳).

۱ـ کاربنیه، ش ۱۱۲.

۲ـ مارتی ورنو، ش ۱۸۳.

۳ـ ریپر، قاعدهٔ اخلاقی در تعهدات مدنی، ش ۳۳ به بعد؛ ـ ریپر ـ بولانژه، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۹۲ و ۲۹۳

ج ـ رویهٔ قضائی فرانسه ـ موارد اعمال نظریهٔ جهت[۱]

رویهٔ قضائی فرانسه در موارد متعدد نظریهٔ جهت را به کار برده است و بررسی آراء قضائی این کشور فایدهٔ عملی این نظریه را به خوبی نشان می‌دهد. نظریهٔ کلاسیک (قدیمی) جهت در خطوط اصلی آن مورد قبول دادگاههای فرانسه واقع شده است. لیکن دادگاهها نظریهٔ جهت را گسترش داده و بر خلاف مکتب قدیم برای قاضی اختیار بررسی اغراض و دواعی متعاملین را شناخته و بدینسان علاوه بر جهت تعهد جهت معامله را نیز منشأ اثر تلقی کرده‌اند و این نمونه‌ای از نفوذ افکار اجتماعی و اخلاقی در حقوق است.

۱ـ اجرای نظریهٔ قدیمی ـ رویهٔ قضائی فرانسه در موارد بسیاری نظریهٔ قدیمی جهت یعنی جهت تعهد را اعمال کرده است. این نظریه تقریباً همیشه در زمینه قراردادهای معوض به کار رفته است. در مورد قراردادهای دوتعهدی دادگاهها می‌پذیرند که جهت تعهد یک طرف تعهد متقابل طرف دیگر است. نتیجه آنکه اگر یکی از تعهدات به علت نامقدور یا نامشروع بودن موضوع پدید نیاید تعهد دیگر نیز به سبب فقدان جهت ایجاد نمی‌شود، اگر چه موضوع آن مقدور و مشروع باشد. بدینسان اگر شخصی تعهد به فروش مالی کند که قبلاً تلف شده است تعهد طرف دیگر باطل محسوب می‌شود. و نیز رویهٔ قضائی فرانسه قرارداد بیمه را در موردی که خطر اصلاً وجود نداشته، چنانکه کشتی حامل کالای بیمه شده قبل از عقد قرارداد به مقصد رسیده بوده، به علت فقدان جهت باطل اعلام کرده است[۲]؛ همچنین قرارداد حق العمل کاری را در موردی که حق العمل کار هیچگونه خدمتی انجام نداده، قراردادی راکه موضوع آن جلوگیری از وقوع امری بوده که قبلاً واقع شده[۳] یا مورد آن انجام امری نامشروع بوده باطل شناخته است.[۴] و نیز طبق رویهٔ قضائی فرانسه اگر وارثی تعهد کند مبلغی به دیگری برای کشف ماترک مورثش بدهد، هر گاه چنان باشد که وجود ترکه به طور عادی بدون دخالت متعهدله به آگاهی وارث برسد، تعهد مزبور به سبب نداشتن جهت باطل است.

در وام که در حقوق فرانسه یک قرارداد یک تعهدی عینی است، به موجب آراء قضائی، جهت تعهد وام گیرنده به پرداخت مبلغ مورد تعهد، دریافت وجه از وام دهنده است. از این رو اگر وام گیرنده تعهد کند که فلان مبلغ را به وام دهنده تأدیه کند بدون اینکه در واقع وجوه موضوع وام به او

۱ـ کاربنیه، ش ۱۱۴؛ ـ ویل، ش ۲۷۵ به بعد؛ مازو، ش ۲۶۷ و ۲۸۰؛ گدمه، ص ۱۲۲ به بعد؛ ـ ریپر ـ بولانژه، ش ۲۹۶ به بعد.

۲ـ دیوان تمیز فرانسه شعبهٔ مدنی، رأی ۲۲ نوامبر ۱۹۰۹، دالوز ادواری ۱۹۱۹، بخش ۱ ص ۴۰۷.

۳ـ دادگاه روان، رأی ۱۵ ژوئیه ۱۸۸۱، سیره ۱۸۸۱، بخش ۲ ص ۲۴۳.

۴ـ دادگاه پاریس، رأی ۲۱ مه ۱۹۲۰، گازت دوپاله ۱۹۲۰، بخش ۲ ص ۱۰۰ (تعهد وکالت از شاکی در برابر دادگاهی که فقط وکلای دادگستری در مقابل آن حق طرح دعوی و دفاع داشتند).

پرداخت شده باشد، این تعهد به علت فقدان جهت باطل است.(۱)

و نیز به موجب رویهٔ قضائی وعده پرداخت وجه باطل وکان لم یکن است، هرگاه ثابت شود که دین قبلی یا قصد تبرع وجود نداشته یا این دین نامشروع بوده است.

۲ـ گسترش نظریه جهت به وسیلهٔ رویهٔ قضائی ـ لیکن رویه قضائی فرانسه به تبعیت از نظریهٔ قدیمی جهت اکتفا نکرد بلکه با گسترش این نظریه در موارد دیگری نیز آن را به کار برده است. رویهٔ قضائی مانند بعضی از علمای حقوق برای جهت دو جنبه: یکی نوعی و مادی (جهت تعهد) و دیگر شخصی و روانی (جهت معامله) قائل شده و از هر یک استفادهٔ موسع کرده است.

گسترش جنبه مادی جهت (جهت تعهد) ـ قانون مدنی فرانسه وجود جهت را هنگام عقد قرارداد ضروری می‌داند و آن را یک شرط اساسی صحت معامله تلقی می‌کند. آنچه مورد نظر قانون مدنی فرانسه (مادهٔ ۱۱۳۱) است فقدان کلی جهت تعهد است. لیکن رویهٔ قضائی فقدان جزئی جهت را نیز در قرارداد مؤثر شناخته اعلام می‌دارد: هرگاه تعهد یک طرف مابازاء منصفانه‌ای نداشته باشد ـ لااقل در قراردادهائی که بر حسب ماهیت معوض هستند ـ به علت فقدان کلی یا جزئی جهت قرارداد باطل یا تعهدات طرف متضرر قابل تخفیف است. رویهٔ قضائی به استناد پاره‌ای مواد قانون مدنی (مانند مادهٔ ۱۶۱۷) غالباً می‌پذیرد که اگر در قرارداد دو تعهدی یکی از طرفین تعهد خود را جزئاً اجرا کند طرف دیگر حق درخواست تخفیف نسبت به تعهد خویش را خواهد داشت. بدینسان رویه قضائی به دادگاهها اجازه می‌دهد که حق الزحمه وکیل، نمایندهٔ تجارتی و پزشک را کسر کنند، در صورتی که خدمت انجام شده با پیش بینی‌های طرفین مطابقت نداشته و با مبلغ مورد تعهد نامتناسب باشد.(۲)

به علاوه رویهٔ قضائی نه تنها جهت را به عنوان یکی از شرایط اساسی عقد قرارداد تلقی می‌کند بلکه در طول حیات قرارداد و در مرحله اجرای آن نیز این نظریه را اعمال می‌کند و در حقیقت نظر کاپیتان را در این خصوص می‌پذیرد. طبق رویهٔ قضائی غایت منظور هر یک از متعاملین تنها تعهد طرف دیگر نیست بلکه بیشتر اجرای تعهد به وسیلهٔ اوست. پس نه فقط هنگامی که یکی از تعهدات متقابل پدید نیاید قرارداد به علت فقدان جهت باطل است بلکه بعد از عقد قرارداد نیز اگر تعهد یک طرف اجرا نشود طرف دیگر از ایفاء تعهد معاف خواهد بود. حق حبس که برای یکی از متعاملین به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر شناخته شده است؛ فسخ قرارداد در صورت عدم اجرای تعهد به وسیله یکی از متعاملین؛ سقوط تعهد در موردی که اجرای تعهد طرف دیگر به علت قوهٔ قاهره

۱ـ دیوان تمیز، شعبه مدنی، رأی آوریل ۱۹۵۳، دالوز ۱۹۵۳، ص ۴۰۳.

۲ـ دیوان تمیز، شعبهٔ مدنی، رأی ۲۹ ژانویه ۱۸۶۷، دالوز ادواری ۱۸۶۷، بخش ۱، ص ۵۳؛ سیره ۱۸۶۷، بخش ۱، ص ۲۴۵ (به نقل از ویل، تعهدات، زیرنویس صفحهٔ ۲۹۸).

(فورس ماژور) غیرممکن گردد؛ همه این قواعد طبق رویهٔ قضائی فرانسه مبتنی بر نظریه جهت تعهد است.[۱]

استفاده موسع از جنبهٔ روانی جهت (جهت معامله) ـ برخلاف نظریهٔ کلاسیک که اختیار قاضی را در مورد کنترل اغراض و دواعی متعاملین محدود می‌کرد و جهت تعهد را فقط هنگامی نامشروع می‌دانست که موضوع تعهد طرف دیگر نامشروع بود (مانند کشتن انسان یا توهین به او) رویهٔ قضائی فرانسه به قاضی اجازه می‌دهد که اغراض و دواعی متعاملین را بازرسی کند و معامله‌ای را که داعی اصلی آن نامشروع یا مخالف اخلاق باشد ابطال نماید. بدینسان رویهٔ قضائی به پیروی از علمای مسیحی برای اغراض و دواعی طرفین یا جهت معامله اهمیت خاصی قائل است.

اغراض و دواعی که شخص را به عقد قرارداد وامی‌دارد غالباً متعدد است. مثلاً ممکن است شخصی آپارتمانی برای سکونت خانواده‌اش خریداری کند و در عین حال نزدیکی به محل کار یا جلوگیری از زیان ناشی از تنزل ارزش پول یا کسب درآمد از محل فروش آن در آینده نیز مورد نظرش باشد. تنها آن داعی که تعیین کننده بوده و بدون آن قرارداد منعقد نمی‌شده است در اینجا مورد نظر و منشأ اثر است. این گونه داعی است که جهت معامله محسوب و نامشروع بودنش موجب بطلان معامله تلقی شده است. رویهٔ قضائی گاهی از این داعی به «جهت محرک و تعیین کننده»[۲] تعبیر کرده است.

هر گاه آراء قضائی فرانسه را بررسی کنیم می‌بینیم که مفهوم جهت محرک و تعیین کننده (جهت معامله) در قراردادهای غیرمعوض فراوان به کار رفته است. جهت در اینجا برخلاف آنچه علمای کلاسیک گفته‌اند قصد بخشش محض نیست چه این قصد را نمی‌توان نامشروع یا مخالف اخلاق تلقی کرد. بلکه جهت داعی تعیین کننده است که این قصد را توجیه می‌کند. به موجب رویهٔ قضائی فرانسه قاضی می‌تواند قرارداد را به استناد مواد ۱۱۳۱ و ۱۱۳۳ قانون مدنی ابطال کند، هر گاه احراز کند که این جهت نامشروع یا مخالف اخلاق بوده است.

بدینسان رویهٔ قضائی هبه به همخوابه راکه جهت آن گسترش یا حفظ روابط نامشروع بوده باطل اعلام می‌کند[۳]؛ لیکن اگر جهت جبران خسارت ناشی از قطع رابطهٔ همخوابگی یا ممکن ساختن نگاهداری و تربیت اطفال مشترک باشد، قرارداد را ابطال نمی‌کند.[۴]

۱ـ ویل، ص ۲۷۹.

2- Cause impulsive et déterminante

۳ـ دیوان تمیز، شعبهٔ مدنی، رأی ۲۶ مارس ۱۸۶۰؛ دالوز ادواری ۱۸۶۰؛ بخش ۱ ص ۲۵۵؛ رأی ۸ اکتبر ۱۹۵۷، دالوز ۱۹۵۸ ص ۳۱۷.

۴ـ دیوان تمیز، شعبهٔ مدنی، رأی ۱۱ مارس ۱۹۱۸، سیره ۱۹۱۸، بخش ۱، ص ۱۱۰؛ رأی ۶ اکتبر ۱۹۵۹، دالوز

همچنین رویهٔ قضائی تعهدات یکی از زوجین را در برابر زوج دیگر به منظور ایجاد توافق برای تفریق جسمانی یا طلاق به استناد داشتن جهت نامشروع باطل تلقی می‌کند.(۱)

در قراردادهای معوض نیز دادگاههای فرانسه بر خلاف دکترین کلاسیک به داعی توجه کرده‌اند. بدینسان رویه قضائی با توسل به نظریهٔ جهت، قراردادهائی را که هدف آنها بهره‌برداری از مراکز فحشاء یا قمار بوده، مانند قراردادهای اجارهٔ خانه برای دائر کردن این گونه مراکز، قراردادهای کار با خدمتکاران این منازل، قراردادهای خرید لوازم یا مشروبات برای آنها، باطل شناخته است، و نیز قرارداد وام به منظور قماربازی را ابطال کرده است.(۲)

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا داعی نامشروع برای اینکه جهت معامله و موجب بطلان آن محسوب شود باید وارد قلمرو قرارداد شده و لااقل برای طرف دیگر معلوم باشد، یا اینکه داعی نامشروع یک طرف، حتی اگر طرف دیگر از آن آگاهی نداشته باشد، کافی برای ابطال قرارداد است؟ رویه قضائی فرانسه در این باره بین قراردادهای معوض و قراردادهای غیرمعوض فرق گذاشته است. در قراردادهای معوض آرائی که قرارداد را به استناد داشتن جهت نامشروع یا خلاف اخلاق ابطال کرده‌اند پاره‌ای از آنها آگاهی یک طرف از هدف نامشروع یا خلاف اخلاق طرف دیگر را شرط دانسته و پاره‌ای نیز قصد مشترک طرفین به تجاوز به نظم عمومی یا اخلاق حسنه را برای بطلان قرارداد ضروری شناخته‌اند. دیوان تمیز فرانسه در یک رأی اصولی مورخ ۴ دسامبر ۱۹۵۶ تصریح کرده است که غایت نامشروع باید مورد توافق واقع شده باشد تا بتوان قرارداد را باستناد آن ابطال کرد.(۳) این رأی مربوط است به یک قرارداد اجاره که مستأجر آن بدون آگاهی موجر قصد داشته است مورد اجاره را به یک فاحشه‌خانه تبدیل کند. در این رأی دیوان تمیز فرانسه اعلام می‌کند که چون جهت خلاف اخلاق برای طرفین مشترک نیست نمی‌توان ابطال قرارداد را بر اساس مادهٔ ۱۱۳۱ قانون مدنی درخواست کرد. به هر حال جهت نامشروع یکی از طرفین در صورتی که مخفی نگاهداشته شده و طرف دیگر از آن آگاهی نداشته باشد هیچگونه تأثیری در قرارداد معوض ندارد. دلیل قبول این راه‌حل حمایت از معامله‌کننده با حسن نیت و ایجاد حداقل امنیت در روابط حقوقی

۱۹۶۰، ص ۵۱۵.

۱ـ دیوان تمیز شعبهٔ مدنی، رأی ۲ ژانویه ۱۹۰۷، سیره ۱۹۱۱، بخش ۱ ص ۵۸۵؛ آراء بزرگ مدنی ش ۲۵۷؛ رأی ۲۱ ژانویه ۱۹۵۴، دالوز ۱۹۵۴ ص ۲۵۴. این آراء مربوط به زمانی است که طلاق با توافق زوجین در فرانسه ممنوع بوده است. این گونه طلاق به موجب ماده ۲۳۰ جدید قانون مدنی، اصلاحی ۱۹۷۵، تجویز شده است.

۲ـ کاربنیه، ش ۱۱۴، ص ۳۸۳؛ ـ مازو، آراء مذکور در قسمت ۲ قرائت، ص ۲۲۲ به بعد؛ ـ ویل، ش ۲۸۲؛ ـ مارتی ورنو، ش ۱۹۱.

۳ـ شعبهٔ مدنی، رأی مورخ ۴ دسامبر ۱۹۵۶، هفته حقوقی ۱۹۵۷، بخش ۲، ش ۱۰۰۰۸.

است: اگر جهت نامشروع که برای طرف دیگر مجهول بوده موجب بطلان باشد چه بسا طرف دیگر از آن متضرر خواهد شد و بدینسان امنیت روابط حقوقی به خطر خواهد افتاد.

اما در قراردادهای غیرمعوض وارد شدن داعی نامشروع در قلمرو توافق طرفین و حتی آگاهی طرف دیگر به آن لازم نیست. کافی است جهتی که صرفاً جنبهٔ شخصی و درونی دارد و از عالم ذهن واهب بیرون نیامده نامشروع باشد، تا بطلان قرارداد را سبب شود. در توجیه این راه‌حل دلائل مختلف آورده شده است:

ـ چون در صورت ابطال قرارداد غیرمعوض مالی از دارائی متهب خارج نمی‌شود بلکه متهب فقط از نفعی که در نتیجهٔ قرارداد می‌بایست به او عاید شود محروم می‌ماند، لذا نسبت به او با خشونت بیشتری رفتار می‌شود و قرارداد حتی در صورت جهل او به جهت نامشروع بخشنده باطل به شمار می‌آید.

ـ عدم امنیت در روابط حقوقی در قراردادهای غیرمعوض کمتر خطرناک است تا در قراردادهای معوض.

ـ اگر در قراردادهای معوض ارادهٔ طرفین دارای ارزش مساوی است برعکس در قراردادهای غیرمعوض، با اینکه ارادهٔ متهب نیز لازم است، ارادهٔ واهب نقش مهمتری را ایفاء می‌کند. از این رو نامشروع بودن جهت معامله از جانب او کافی برای ابطال قرارداد است.

این راه‌حلی است که اکثر علمای حقوق پذیرفته‌اند، ولی رویهٔ قضائی فرانسه در آن متفق نیست. معهذا به ندرت پیش می‌آید که جهت نامشروع واهب برای متهب مجهول باشد.[۱]

بخش دوم ـ جهت در حقوق اسلام

در حقوق اسلام جهت تعهد به عنوان یکی از ارکان و شرایط اساسی عقد به شمار نیامده است هر چند که نتایجی که در حقوق فرانسه از نظریهٔ جهت تعهد گرفته‌اند در حقوق اسلام نیز کمابیش پذیرفته شده است: اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای ملزم طرفین در حقوق اسلام غیرقابل انکار است. از این رو هرگاه موضوع تعهد یک طرف نامقدور یا نامشروع یا مجهول باشد قرارداد به کلی باطل تلقی می‌شود. تلف مبیع قبل از قبض به عهده بایع و موجب انفساخ بیع است با اینکه مالکیت به مجرد بیع به مشتری منتقل می‌گردد.[۲] حق حبس برای بایع و مشتری شناخته شده

۱ـ ویل، ش ۲۸۳؛ ـ مازو، ش ۲۶۹؛ ـ مارتی ورنو، ش ۱۹۱.

۲ـ رجوع شود به مقالهٔ آقای دکتر ابوالحسن محمدی تحت عنوان «بحث مختصری در اطراف مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی ایران» مندرج در مجلهٔ دانشکده حقوق و علوم سیاسی شمارهٔ ۳، ص ۱۶۸.

است. و نیز به عقیده فقها در صورت عدم اجرای تعهد به وسیلهٔ یکی از طرفین، طرف دیگر به طور مطلق یا به شرط عدم امکان اجبار متعهد و عدم امکان انجام تعهد به وسیلهٔ شخص دیگر حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. به علاوه استفادهٔ بلاجهت از نظر اسلام اکل مال به باطل تلقی می‌شود که به موجب آیهٔ ۳۴ از سورهٔ نساء ممنوع است. پس اصل فکر جهت تعهد در حقوق اسلام وجود دارد اگر چه فقهاء از آن به صراحت یاد نکرده‌اند.

اما جهت معامله یا جنبهٔ روانی و شخصی جهت با وضوح بیشتر مورد نظر فقهای اسلامی واقع شده و گاهی از آن تحت عنوان قصد غیرمشروع و حرام یا غایت محرمه یاد کرده‌اند. چنانکه از نوشته‌های فقهای اسلامی برمی‌آید، جهت نامشروع، در صورتی که وارد قلمرو قرارداد شده باشد، به صحت معامله لطمه می‌زند. برای روشن شدن نظر فقهای اسلامی در این باب باید بین موردی که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده و موردی که فقط طرف دیگر علم به آن داشته و موردی که جهت نامشروع صرفاً جنبه شخصی و درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد تفکیک کرد:

۱ـ جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد ـ هر گاه جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، اعم از اینکه در قرارداد به صورت شرط آمده یا بدون تصریح در عقد، بر آن اتفاق شده و به عبارت دیگر بنای متعاملین بر آن بوده است، قرارداد در فقه اسلامی باطل تلقی می‌شود. در شرح لمعه در مورد بیع انگور و خرما چنین آمده است: «بیع انگور و خرما و غیر آنها برای اینکه از آن مسکر بسازند (حرام است) اعم از اینکه آن را در عقد شرط کنند یا اتفاق بر آن حاصل شده باشد. همین طور است بیع چوب برای اینکه بت یا آلات محرمهٔ دیگر بسازند.»[۱]

در مفتاح الکرامه نیز نظیر این عبارت را می‌توان یافت.[۲] و نیز نائینی در منیةالطالب دربارهٔ این مسأله چنین اظهار کرده است: «سومین مسأله آن است که غایت مقصود در معامله حرام باشد، چنانکه انگور را به شرط ساختن شراب و چوب را به شرط صلیب یا بت ساختن بفروشند و اشکالی در حرمت و فساد این معامله نیست زیرا دریافت عوض در مقابل آن اکل مال به باطل است و

۱ـ «... و بیع العنب والتمروغیرهما ممایعمل منه المسکر لیعمل‌مسکرا سواء شرط فی العقدام حصل الاتفاق علیه اوالخشب لیصنع صنما اوغیره من الآلات المحرمة» (شرح لمعه، چاپ عبدالرحیم ج.۱، مکاسب محرمه، ص ۲۲۵.

۲ـ «... و وبیع العنب لیعمل خمرا والخشب لیعمل صنما کما فهم منه جماعة انه لابدان یکون البیع لاجل ذلک ای الغایةالمحرمة و هوصریح جماعة و ظاهر آخرین فی باب الاجارة... سواء شرطها فی متن العقد اوحصل الاتفاق علیها و حکی عن المنتهی دعوی الاجماع علی ذلک... » (مفتاح الکرامة، جلد متأجر، ص ۳۷).

دسته‌ای از اخبار بر آن دلالت دارد.»[۱]

محقق در شرایع راجع به این مسأله چنین گفته است: «آنچه به مساعدت به حرام منتهی شود (حرام است) مانند بیع اسلحه برای دشمنان دین و اجارهٔ مساکن و کشتی‌ها برای محرمات و فروش انگور برای اینکه شراب اندازند و فروش چوب برای اینکه بت بسازند... »[۲] و صاحب جواهر در تفسیر این عبارت تصریح می‌کند که عقد در این مورد باطل است و اختلافی در این مسأله نیافته است و حتی برخی ادعای اجماع بر آن کرده‌اند.

آنچه در فوق نقل شد از فقهای امامیه است و از آن به وضوح برمی‌آید که جهت نامشروع اگر وارد قلمرو قرارداد و توافق طرفین شده باشد، اعم از اینکه در قرارداد شرط شده یا بنای متعاملین بر آن باشد، موجب بطلان معامله است. از آنچه بعضی از فقهای عامه گفته‌اند نیز همین معنی را می‌توان استنباط کرد.[۳]

۲ـ جهت نامشروع مورد توافق طرفین واقع نشده لیکن طرف دیگر به آن علم داشته است.

ممکن است یکی از متعاملین جهت و غایت نامشروع در معامله داشته باشد و بدون اینکه این جهت مورد شرط یا توافق ضمنی طرفین واقع شود طرف دیگر معامله از آن آگاهی داشته باشد؛ چنانکه در اجارهٔ خانه برای کار نامشروع اجاره دهنده به این غرض و جهت نامشروع عالم باشد. در این مسأله بین فقهای اسلامی اعم از شیعه و سنی اختلاف است.

فقهای حنفی و شافعی و زیدی بر آنند که قصد نامشروع در صورتی که در عقد ذکر نشده و به صورت جزئی از آن در نیامده باشد منشأ اثر نیست. بنابراین صرف علم یکی از متعاملین به قصد نامشروع طرف دیگر نمی‌تواند معامله را باطل کند. به عبارت دیگر آنان ارادهٔ ظاهری را مناط اعتبار قرار داده و داعی و جهتی را که در قرارداد ظاهر نشده، ولو با علم طرف دیگر به آن، موجب بطلان ندانسته‌اند. شافعی در کتاب الام صریحاً اعلام می‌کند که اگر شخصی شمشیر به دیگری بفروشد، با اطلاع از اینکه خریدار می‌خواهد با آن کسی را به ستم به قتل رساند، این بیع برای بایع حرام نیست و باطل هم به شمار نمی‌آید؛ همین طور اگر کسی انگور را به کسی که شراب می‌سازد بفروشد و از

۱ـ «الثالثة ماذا قصد فی المعاملة غایة محرمة کبیع العنب بشرط ان یعمله خمرا و بیع الخشب بشرط ان یعمله صلیبا او صنما ولااشکال فی حرمة هذه المعاملة و فسادها لکون الاکل فی مقابلها اکلا للمال بالباطل و یدل علیه عدة من الاخبار... » (منیةالطالب، ج ۱، ص ۱۰).

۲ـ «... و مایفضی الی المساعدة علی محرم کبیع السلاح لاعداءالدین و اجارة المساکن والسفن للمحرمات و کبیع العنب لیعمل خمرا و بیع الخشب لیعمل صنما... » (شرایع، چاپ عبدالرحیم، ص ۹۶ و ۹۷).

۳ـ رجوع شود به: عبدالمجید الحکیم، نظریة العقد، ص ۶۵۳ به بعد.

قصد خریدار نیز آگاهی داشته باشد این بیع فاسد نیست.[۱] کاشانی که از فقهای بنام حنفی است نیز در البدایع همین نظر را پذیرفته و گفته است: اگر یک کافر ذمی از مسلمانی خانه‌ای را اجاره کند برای اینکه کلیسائی از آن بسازد بدون اینکه قصد خود را در عقد اظهار کند اجاره صحیح است.[۲]

در فقه زیدی نیز آمده است که اگر مالی که دارای نفع مشروع است به کسی که آن را در معصیت به کار می‌برد فروخته شود، چنانکه انگور را به کسی که شراب می‌سازد بفروشند، بیع جایز است، در صورتی که بایع قصد فروش برای معصیت را نداشته باشد.[۳]

استنباطی که از این عبارات می‌توان کرد آن است که اگر جهت نامشروع در معامله اظهار نشده باشد، حتی در صورت علم طرف دیگر به آن، معامله صحیح است.

در بین فقهای امامیه نیز قول مشهور این است که در صورت علم بایع به جهت نامشروع مشتری، عقد صحیح ولیکن مکروه است.[۴] نائینی در این زمینه گوید: «مسأله چهارم آن است که معامله کننده قصد غایت نامشروع نداشته باشد لیکن بداند که غایت نامشروعی بر معامله مترتب خواهد شد، مانند فروش انگور به کسی که شراب می‌اندازد و فروش چوب به کسی که بت می‌سازد. مقتضای قواعد معاوضه عدم حرمت این معامله است زیرا در هیچ یک از عناوین محرمه داخل نیست و مجرد ترتب حرامی بر معامله به اختیار مشتری موجب حرمت آن نیست... پس اقوی جواز این معامله به عنوان حکم تکلیفی و صحت آن به عنوان حکم وضعی است. آری گاهی از جهت اینکه معامله اعانت بر اثم (گناه) است قائل به حرمت آن شده‌اند. لیکن اقوی آن است که این معامله داخل در موضوع اعانت بر اثم نیست.»[۵]

لیکن فقهای حنبلی و مالکی قائل به بطلان معامله در مورد فوق شده‌اند. صاحب مغنی که از

۱ـ الام، ج ۳، ص ۶۵ به نقل از عبدالمجید الحکیم، ش ۶۶۰، ص ۴۵۵.

۲ـ البدایع، ج ۴، ص ۱۷۶ به نقل از عبدالمجید الحکیم، ش ۶۶۰، ص ۴۵۶.

۳ـ المنتزع المختار. ج ۳، ص ۱۹ ـ ۲۰، به نقل از عبدالمجید الحکیم، ش ۶۶۰ ص ۴۵۸.

۴ـ جواهرالکلام، چاپ جدید، جلد ۲۲، مکاسب محرمه، ص ۲۱ :«... بل المشهور انه یکره بیع ذلک لمن یعلم انه یعملهما خمراوصلیبا... » و نیز رجوع شود به ریاض المسائل ج ۱، کتاب التجاره، مکاسب محرمه.

۵ـ «والرابعة ماذالم یقصد المعاملة لغایة محرمة ولکنه یعلم ترتب الغایة المحرمة علیها کبیع العنب ممن یعمله خمر اوبیع الخشب ممن یعمله صنما اوصلیبا و مقتضی قواعد المعاوضة عدم حرمتها لعدم دخولها فی احد العناوین المحّرمة و مجّرد ترتّب محّرم علیها مع و قوعها عن اختیار المشتری لایوجب حرمتها... فالاقوی جوازهذه المعامله تکلیفا و صحتها و ضعائم قدیقال بحرمتها من جهة کونها اعانة علی الاثم ولکن الاقوی عدم دخولها فی موضوع الاعانة علی الاثم... » (منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۰ و ۱۱).

امهات کتب فقه حنبلی است درباره فروش آب انگور به کسی که قصد او بر تبدیل آن به شراب معلوم است گوید: «بی‌شک بیع حرام و باطل است، هرگاه بایع قصد مشتری به حرام را از قول او یا قرائن خاص که بر آن دلالت کند بداند. اما اگر امر محتمل باشد، چنانکه آب انگور را به کسی بفروشد که حال او را نمی‌داند یا به کسی که هم سرکه و هم شراب می‌سازد و چیزی که دلالت بر ارادهٔ شراب ساختن کند بر زبان نیاورده است در این صورت بیع جایز است... »[۱] در کتاب الحطاب نیز که از کتب فقه مالکی است علم بایع به قصد نامشروع مشتری موجب بطلان بیع تلقی شده است.[۲]

۳ـ جهت نامشروع صرفاً جنبهٔ شخصی و درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد. ممکن است جهت و غایت یکی از متعاملین بر انجام معامله امری نامشروع باشد، لیکن جهت نامشروع نه مورد توافق طرفین قرار گرفته و وارد قلمرو قرارداد شده و نه آنکه طرف دیگر از آن آگاهی داشته باشد. این غایت نامشروع که صرفاً جنبه شخصی و درونی برای یکی از متعاملین دارد منشأ اثر نیست و بطلان معامله را ایجاب نمی‌کند. این نکته‌ای است که از گفته‌های فقهای اسلامی می‌توان استنتاج کرد و حتی بعضی به آن تصریح کرده‌اند. صاحب جواهر بعد از اشاره به سیرهٔ مسلمانان در معامله با سلاطین و امراء راجع به آنچه می‌دانند که در تقویت سپاه ظلم و باطل صرف خواهد شد و اجاره خانه‌ها و مرکب‌ها به ایشان و فروش خوردنی و آشامیدنی به کفار در روز ماه رمضان با علم به اینکه در روز آن مصرف خواهند کرد و فروش انگور به آنان با آگاهی از اینکه از آن شراب خواهند ساخت و فروش کاغذ به آنان با علم به اینکه از آن برای نوشتن کتب ضلال استفاده خواهند کرد می‌گوید: «از آنچه گفته شد آشکار می‌شود که قصد جهت نامشروع از جانب مشتری مانع صحت عقد نیست چه بدیهی است که در مثالهای مذکور قصد جهت نامشروع وجود دارد و اگر این قصد مانع بود می‌بایست مقتضی فساد بیع باشد زیرا فساد معامله از جانب یکی از متعاملین فساد از هر دو طرف است... ».[۳] از این سخن با قیاس اولویت به خوبی برمی‌آید که جهت نامشروع یکی از متعاملین که به هیچ وجه وارد قلمرو قرارداد نشده و فقط به یکی از متعاملین اختصاص دارد و طرف دیگر هم از آن آگاهی نداشته موجب بطلان و فساد معامله نیست.

از آنچه گفتیم این نتیجه به دست می‌آید که نظریهٔ جهت معامله در حقوق اسلام، بر خلاف تصور بعضی از حقوقدانان،[۴] ناشناخته نیست؛ حقوق اسلام جهت نامشروع را هنگامی موجب بطلان

۱ـ ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۳۸۳ ـ ۲۸۴ به نقل از عبدالمجید الحکیم، ش ۶۶۱، ص ۴۵۹.

۲ـ الحطاب، ج ۴، ص ۲۶۷، به نقل از عبدالمجید الحکیم، ص ۴۶۰.

۳ـ «... و من ذلک یظهر ان قصد العلیة من طرف المشتری غیرقادح ضرورة حصوله فیما عرفت فلوکان قادحا لاقتضی فساد البیع لان فساده من جانب فساد من جانبین... » (جواهر، چاپ جدید، جلد ۲۳، ص ۳۳).

۴ـ شحاته، شفیق، نظریهٔ عمومی تعهد در حقوق اسلامی حنفی (به زبان فرانسه) ص ۷۰ و نیز رجوع شود به

معامله می‌داند که یا صریحاً در قرارداد ذکر شده یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا لااقل طرف دیگر معامله به آن آگاهی داشته است. اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی مردم اقتضا می‌کند که جهت نامشروعی صرفاً مربوط به یکی از متعاملین است و جنبه شخصی و خصوصی برای او دارد نتواند قرارداد را باطل کند. حکم به بطلان قرارداد در این مورد چه بسا موجب زیان طرفی خواهد شد که جهت و غایت او مشروع بوده است.

بخش سوم ـ جهت در حقوق ایران

با اینکه مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی ما از مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است معذلک قانونگذار ایران در آن ماده به جای جهت تعهد، از «جهت معامله» سخن گفته و مشروعیت جهت معامله را از شرایط اساسی صحت عقد قرار داده است. به علاوه در قانون مدنی ایران ماده‌ای نظیر مادهٔ ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه که تعهد بدون جهت یا مبتنی بر جهت اشتباهی را بلااثر تلقی کرده دیده نمی‌شود.

پس از این مقدمه حال ببینیم جهت تعهد (جهت از نظر نوعی و مادی) و جهت معامله (جهت از نظر شخصی و روانی یا داعی) در حقوق ایران چه حکمی دارد.

الف ـ جهت تعهد

در حقوق ایران جهت تعهد به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد ذکر نشده است. در این باره قانون مدنی ایران از قانون مدنی فرانسه پیروی نکرده بلکه همانند قوانین مدنی آلمان و سویس و لهستان است. لیکن نباید تصور کرد که نتایجی که در حقوق فرانسه از نظریهٔ جهت تعهد گرفته شده در حقوق ما ناشناخته است.

مهمترین فایده جهت تعهد، چنانکه هنگام بحث از حقوق فرانسه گفته شد، توجیه اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای دوتعهدی است، اصلی که در حقوق ما نیز وجود دارد: در این گونه قراردادها هرگاه تعهد یک طرف به علتی مانند نامقدور یا نامشروع یا مجهول بودن موضوع باطل باشد، شک نیست که تعهد طرف دیگر نیز باطل و کان لم یکن محسوب است، چه قانونگذار در این گونه موارد قرارداد را بالکل باطل شناخته است (مواد ۲۱۵ ـ ۲۱۶ ـ ۳۴۸ و ۳۶۱ قانون مدنی).

لیکن برای توجیه این همبستگی می‌توان به نظریهٔ اراده یا قصد و رضا نیز که در حقوق ما به صراحت پذیرفته شده است متوسل شد: اگر تعهد یکی از متعاملین به علت بطلان تعهد طرف دیگر کان‌لم یکن شناخته می‌شود برای آن است که متعاملین چنین خواسته‌اند و ارادهٔ مشترک متعاملین بر

آنچه از همین مؤلف در کتاب عبدالمجید الحکیم، زیرنویس شمارهٔ ۱، ص ۴۶۱، نقل شده است.

همبستگی تعهدات بوده است.

فایدهٔ دیگر نظریهٔ جهت تعهد در مورد قرارداد رضائی یک تعهدی مانند وعده یک جانبه پرداخت وجه نقد ظاهر می‌شود: هرگاه شخصی تعهد کرده باشد مبلغی وجه نقد به دیگری بدهد به جهت اینکه خود را در ایراد خسارت به طرف دیگر مسئول یا به علت وصیت مدیون می‌دانسته است، در صورتی که معلوم شود دین قبلی وجود نداشته است، تعهد به علت فقدان جهت باطل است. در بطلان این گونه قرارداد در حقوق ایران نمی‌توان شک کرد؛ ولی در توجیه آن هم توسل به نظریهٔ جهت تعهد ضرورت ندارد و می‌توان مسأله را با نظریهٔ اراده توجیه کرد: در واقع اشتباه در این گونه موارد اراده را که رکن اساسی عقد است نابود می‌کند و از این رو نمی‌توان قرارداد را درست دانست. و نیز شاید بتوان برای این بطلان به مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون مدنی استناد کرد.

هرگاه به پیروی از کاپیتان و رویهٔ قضائی فرانسه نظریهٔ جهت تعهد را پس از انعقاد عقد و در طول حیات و مرحلهٔ اجرای آن نیز قابل اعمال بدانیم، باز هم می‌توان موارد اعمال آن را در حقوق ایران پیدا کرد: تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع است (مادهٔ ۳۷۷ قانون مدنی). هر یک از طرفین معامله حق دارد از ایفاء تعهد خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به ایفاء گردد (حق حبس ـ مادهٔ ۳۷۷). هرگاه یکی از متعاملین به علت قوهٔ قاهره نتواند تعهد خود را ایفاء کند تعهد طرف دیگر نیز ساقط می‌شود (مستنبط از مادهٔ ۲۲۹ قانون مدنی). و نیز در صورت عدم اجرای تعهد به وسیلهٔ یکی از متعاملین، طرف دیگر با شرایطی حق فسخ قرارداد را خواهد داشت (مادهٔ ۲۳۹). حتی فکر فقدان جزئی جهت که رویهٔ قضائی فرانسه به‌کار بسته در حقوق ما نیز وجود دارد، چنانکه مادهٔ ۳۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر نسبت به بعض مبیع بایع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعض دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بعض که قدرت بر تسلیم داشته صحیح است و نسبت به‌بعض‌دیگر باطل است.» کلیهٔ این قواعد را می‌توان مبتنی بر فکر جهت تعهد در قراردادها دانست.

به علاوه در تعهدات خارج از قرارداد یا به تعبیر قانون مدنی «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» نیز فکر جهت در حقوق ایران مورد استفاده واقع شده است. استفاده بلاجهت در حقوق ما از مبانی ضمان قهری است (مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی).

بنابراین، در حقوق ایران فکر جهت تعهد وجود دارد و در موارد متعددی به کار رفته است، هر چند که قانونگذار آن را به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد ذکر نکرده است. می‌توان گفت در این زمینه قانونگذار ایران از حقوق اسلام پیروی کرده است.

به نظر نمی‌رسد که عدم ذکر جهت تعهد به عنوان یک شرط اساسی صحت معامله و عدم تصریح به این نظریه به صورت یک اصل کلی در حقوق ما نقص مهمی باشد، همانطور که در حقوق آلمان و سویس مهم تلقی نشده است. در واقع، چنانکه اشاره کردیم، قواعدی که بر اساس نظریهٔ جهت تعهد پذیرفته شده یا نظریه‌های دیگری که در حقوق ایران هست کافی برای تنظیم روابط حقوقی و رفع نیازمندیهای عملی است و نیازی به قبول قاعده‌ای نظیر آنچه در مادهٔ ۱۱۳۱ قانون

مدنی فرانسه مندرج است دیده نمی‌شود.

ب ـ جهت معامله

جهت معامله یا جهت از نظر روانی و شخصی در حقوق ایران مورد توجه بیشتری واقع شده است. مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والامعامله باطل است.»

ممکن است طرفین قرارداد جهت معامله را به هیچ وجه ذکر نکنند. کسی که خانه‌ای می‌خرد مجبور نیست بگوید برای چه منظوری آن را خریداری می‌کند. لیکن اگر جهت در قرارداد تصریح شد باید مشروع باشد. پس اگر کسی به منظور تأسیس قمارخانه یا مرکز فحشاء خانه‌ای بخرد یا اجاره کند و در قرارداد جهت به صراحت ذکر شود، معامله باطل خواهد بود. اگر چه مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی به ظاهر جهت نامشروع را فقط هنگامی موجب بطلان معامله معرفی کرده که جهت صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد، لیکن می‌توان گفت هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافق شده باشد، به عبارت دیگر اگر اوضاع و احوال بر حسب عرف حاکی از این باشد که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق اراده شده است، در این صورت نیز قرارداد باطل است (مستنبط از مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ قانون مدنی). مثلاً اگر کسی در قمارخانه‌ای به شخصی که پول خود را باخته و برای ادامهٔ بازی از او وام می‌خواهد وام بدهد نمی‌تواند صحت معامله را به علت عدم تصریح به جهت ادعا کند چه اوضاع و احوال عرفا از وجود جهت نامشروع و توافق بر آن حکایت می‌کند.[۱] در فقه امامیه نیز چنانکه گفتیم همین نظر پذیرفته شده است چه فقهاء گفته‌اند: اگر طرفین معامله بر جهت نامشروع اتفاق کرده باشند معامله باطل است، اگر چه جهت نامشروع به صورت شرط در قرارداد نیامده باشد.

معنی کلمه نامشروع ـ اصطلاح نامشروع در موارد مختلف قانون مدنی، از جمله مادهٔ ۲۱۷، به کار رفته است. در گذشته گفته می‌شد که مراد از این کلمه مخالف شرع و مذهب نیست، زیرا حقوق ایران یک حقوق مذهبی به شمار نمی‌آید و قانونگذار مقید به پیروی کامل از مذهب نیست؛ ممکن است چیزی خلاف مذهب باشد و با وجود این، از نظر حقوقی قانونی و مشروع تلقی شود. حتی هیئت عمومی دیوان عالی کشور در یک رأی مورخ ۳۸/۱۱/۱۰ از این نظر تبعیت کرده بود.[۲]

۱ـ ویل، ش ۲۸۳؛ ـ دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، ش ۳۱۷.

۲ـ این رأی مربوط به یک کارخانه نوشابه سازی است که بعضی از شرکاء آن برای دریافت سود سهام خود اقامه دعوی کرده بودند. شعبه دوم و پنجم دادگاه استان پنجم، به استناد نامشروع بودن معامله و مخالفت آن با مواد ۱۹۰ و ۲۱۵ و ۲۱۷ قانون مدنی، به بطلان دعوای خواهان حکم کردند ولی هیئت عمومی دیوان عالی کشور با این نظر موافقت نکرد و ضمن نقض حکم صادر از دادگاه تالی چنین رأی داد: «اصولاً چون شرکت

لیکن امروزه با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نمی‌توان این نظر را پذیرفت. امروز باید گفت نامشروع چیزی است که مخالف قواعد آمره است اعم از اینکه قواعد مزبور مبتنی بر قانون مدون یا فقه باشد. اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را مکلف کرده است که در صورت سکوت قانون مدون به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقها مراجعه نماید. بنابراین پاره‌ای قواعد آمره از فقه و حقوق اسلامی به دست می‌آید و هرگاه جهت معامله مغایر با آنها باشد نامشروع تلقی می‌شود.

با این توضیح شک نیست که کلیهٔ اموری که به موجب قانون مدون منع شده است نامشروع محسوب می‌شود. لیکن لازم نیست هر امر نامشروعی متکی به یک منع صریح قانونی باشد. به عبارت دیگر برای اینکه چیزی نامشروع تلقی شود لزومی ندارد که نص خاصی آن را صریحاً منع کند؛ بلکه کافی است که عمل بر طبق حقوق اسلامی ممنوع باشد؛ حتی می‌توان گفت عملی که عرفا بر خلاف اخلاق حسنه باشد نامشروع است.(۱) مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی به قاضی اختیار داده است که قراردادهائی را که مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه تشخیص می‌دهد ابطال کند و وجود نص امری خاصی را در این باره ضروری ندانسته است. علیهذا قاضی می‌تواند قراردادی را که جهت آن عرفا بر خلاف اخلاق حسنه است، به شرط اینکه جهت وارد قلمرو قرارداد شده باشد، به استناد مواد ۲۱۷ و ۹۷۵ قانون مدنی ابطال کند، اگرچه قرارداد ناقض یکی از نصوص آمره قانونی نباشد. مادهٔ ۳ قانون آئین دادرسی مدنی هم که عرف و عادت مسلم را منبع درجهٔ دوم حقوق به شمار آورده و در مقام سکوت یا ابهام یا تناقض قانون قاضی را به آن ارجاع کرده است نظر فوق را تأیید می‌کند.

در حقوق فرانسه نیز برای ابطال قرارداد به علت مباینت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه وجود یک نص خاص قانونی مبنی بر منع عمل را لازم ندانسته‌اند.(۲)

توجیه مادهٔ ۲۱۷ ـ پذیرش نظریهٔ جهت معامله و ابطال قرارداد به علت داشتن جهت نامشروع برای حمایت از نظم عمومی و اخلاق حسنه است. قواعد امری یعنی مقرراتی که مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه است برای تأمین و حفظ منافع اجتماعی وضع شده است و افراد حق ندارند در قراردادهای خود هدفی مغایر آنها داشته باشند. قراردادی که دارای جهت نامشروع است به منافع جامعه لطمه می‌زند و از این رو باید باطل و کان لم یکن اعلام گردد. پس مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی برای

نسبت به موضوعی تشکیل شده که نزد شرکاء مالیت داشته و انعقاد چنین شرکتی خارج از حدود قانون نبوده و مورد مشمول مواد استنادیه نمی‌باشد، لذا استدلال دادگاه صحیح نیست...» (مجموعه رویهٔ قضائی، آرشیو کیهان، آراء سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ج ۲، ص ۳۲۵).

۱ـ منصورالسلطنه عدل، حقوق مدنی، ش ۲۵۴.

۲ـ کاربنیه ج ۲، ش ۱۱۵.

برای حمایت از منافع جامعه و مجازات تجاوز به نظم عمومی و اخلاق حسنه از طریق جهت معامله است و از مظاهر نفوذ افکار اجتماعی و آرمانهای اخلاقی در حقوق به شمار می‌آید. مادهٔ ۲۱۷ اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را محدود می‌کند.

ممکن است سؤال کنند چرا برای بطلان معامله به علت داشتن جهت نامشروع تصریح به آن در قرارداد یا توافق طرفین بر آن به نحوی که عرفا به منزلهٔ تصریح باشد لازم است؟ در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: قانونگذار اصولاً کاری به اغراض و دواعی متعاملین که امری شخصی و مربوط به نفسانیات آنهاست ندارد. امنیت و استواری معاملات که مورد توجه همهٔ قانونگذاران است اقتضا می‌کند که به این گونه اغراض و دواعی ترتیب اثر داده نشود، مگر اینکه وارد قلمرو توافق و تراضی طرفین شده باشد. تا وقتی که جهت معامله صرفاً جنبهٔ شخصی و خصوصی دارد نباید نامشروع بودن آن را سبب بطلان معامله دانست، چه ممکن است طرف دیگر اصلاً از آن آگاهی نداشته باشد و حکم به بطلان معامله موجب زیان وی گردد. اما همین که جهت نامشروع در قرارداد تصریح شد یا حتی بدون تصریح مورد توافق طرفین بود دیگر جنبهٔ شخصی و خصوصی خود را از دست می‌دهد و از عناصر قرارداد تلقی می‌شود و در اینجاست که قاضی باید برای حفظ منافع جامعه و به مقتضای نظم عمومی و اخلاق حسنه دخالت کند و قرارداد را باطل اعلام دارد.

نتیجه و مقایسه

در حقوق فرانسه برای جهت دو جنبه: یکی مادی و نوعی، و دیگر روانی و شخصی قائل شده و از این رو بین جهت تعهد و جهت معامله فرق گذاشته‌اند. از نظریهٔ جهت تعهد بیشتر در مورد فقدان جهت و از نظریهٔ جهت معامله در مورد نامشروع بودن آن استفاده می‌کنند. فقدان جهت تعهد در حقوق فرانسه موجب بطلان قرارداد است، همان طور که نامشروع بودن جهت معامله طبق رویهٔ قضائی این کشور قرارداد را باطل می‌کند.

در حقوق اسپانیا (مواد ۱۲۸۴ تا ۱۲۷۷ قانون مدنی) و ایتالیا (مواد ۱۳۲۵ به بعد قانون مدنی ۱۹۴۲) در زمینه جهت از حقوق فرانسه پیروی شده و قواعد مندرج در قوانین مدنی این دو کشور مشابه موادی است که در قانون مدنی فرانسه آمده است.[۱] لیکن در قانون مدنی ایران مانند قوانین مدنی آلمان و سویس از جهت تعهد (جهت از نظر نوعی) به عنوان شرط صحت قرارداد سخنی به میان نیامده است. قوانین مدنی آلمان و سویس شاید تحت تأثیر انتقادات مخالفان نظریهٔ جهت در اواخر قرن نوزدهم اصلاً خود را با نظریهٔ جهت در قراردادها آشنا نکرده‌اند، اگر چه در این قوانین اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای دوتعهدی و نیز مفهوم غیرقراردادی «استفادهٔ بلاجهت» قبول شده

۱ـ گدمه ص، ۱۳۵؛ ـ کاربنیه، ش ۱۱۲.

است (مواد ۸۱۲ تا ۸۱۲ قانون مدنی آلمان و مادهٔ ۶۲ قانون مدنی سویس).[۱] قانونگذار ایران نیز در برابر بحثها و انتقادها و اظهارنظرهای موافق و مخالف سکوت را دربارهٔ جهت تعهد ترجیح داده است.

آنچه از مباحث گذشته و حقوق تطبیقی برمی‌آید این است که اعلام و پذیرش جهت تعهد به عنوان یک شرط اساسی عقد قرارداد از جانب قانونگذار امری ضروری نیست و عدم تصریح به آن در قانون نقص مهمی به شمار نمی‌آید. کشورهائی که در قانون خود از اعلام جهت تعهد به عنوان شرط اساسی قرارداد خودداری کرده‌اند در عمل چیزی از دست نداده و با اشکال مهمی مواجه نشده‌اند. نظریه‌های دیگری که در حقوق هست مانند نظریهٔ اراده و موضوع معامله و نیز قواعدی که مبتنی بر اصل همبستگی تعهدات است برای تنظیم روابط حقوقی و رفع نیازمندیهای عملی کافی است.

ولی آنچه در حقوق اهمیت بیشتری دارد و سبب می‌شود که اخلاق حسنه و نظم عمومی بر قراردادها حکومت کند و افراد نتوانند با داشتن هدف نامشروع در قراردادهای خود قواعد آمره کشور را نقض و به حریم مصالح اجتماعی تجاوز کنند همانا نظریهٔ جهت نامشروع معامله است. اکثر قراردادهائی که ناقض قواعد آمره ومخالف منافع اجتماعی هستند از نظر اراده و مورد معامله اشکالی ندارند بلکه فقط غایت و هدف اصلی آنها امری ممنوع و غیرقانونی است. با نظریهٔ جهت نامشروع می‌توان این گونه قراردادها را ابطال کرد. در واقع نظریهٔ مذکور از موارد اعمال اصل نظم عمومی و اخلاق حسنه است که در همه کشورهای مترقی پذیرفته شده است.

به هر تقدیر، نظریهٔ جهت نامشروع هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق اسلام و ایران به صراحت قبول شده است. اصل فکر در هر سه حقوق یکی است: جهت و غایت قرارداد نباید امری نامشروع باشد و قراردادی که جهت آن نامشروع باشد از درجهٔ اعتبار ساقط است. اما در فروع، راه‌حلهای پذیرفته شده در سه حقوق مورد نظر یکسان نیست.

در حقوق فرانسه بین قراردادهای غیرمعوض و معوض فرق می‌گذارند: در نوع اول غالباً جهت نامشروع را گواینکه وارد قلمرو قرارداد نشده و کاملاً شخصی و درونی برای بخشنده باشد موجب بطلان می‌دانند، در حالی که در قراردادهای معوض جهت نامشروع را در صورتی موجب بطلان تلقی می‌کنند که مشترک بین متعاملین بوده و یا لااقل طرف دیگر از آن آگاهی داشته باشد. اما در حقوق اسلام و ایران در این باب تفاوتی بین قراردادهای مختلف نگذارده‌اند.

در حقوق ایران مانند حقوق اسلام جهت نامشروع اگر وارد قلمرو قرارداد و توافق اراده شده باشد موجب بطلان است اعم از اینکه جهت نامشروع در قرارداد تصریح شده یا طرفین بر آن توافق ضمنی کرده باشند. قانونگذار ایران به منظور رعایت امنیت در معاملات و روابط حقوقی مردم و به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه جهت نامشروعی راکه فقط به یکی از متعاملین مربوط است و وارد مرز

۱ـ مازو، ش ۲۶۶.

توافق اراده نشده است منشأ اثر قرار نمی‌دهد، هر چند که طرف دیگر از آن آگاهی داشته باشد؛ در حالی که بعضی از فقهاء جهت نامشروع را در صورت اخیر نیز موجب معامله دانسته‌اند. راه‌حل اخیر اجتماعی‌تر و از نظر مصلحت جامعه برتر است: هر گاه معامله کننده از جهت نامشروع طرف دیگر آگاهی داشته باشد نباید اقدام به عقد قرارداد کند و اگر با وجود این آگاهی، قرارداد ببندد به زیان خود اقدام کرده و باید زیان ناشی از بطلان قرارداد را تحمل کند. در اینجا مصلحت جامعه بر مصلحت فردی که حسن نیت کامل نداشته باید مقدم شود.

اما اگر جهت نامشروع از جهان ذهن و درون یکی از طرفین به هیچ وجه تجاوز نکرده و طرف دیگر از آن بی‌خبر بوده و کاملاً حسن نیت داشته باشد منصفانه نیست که از بطلان قرارداد زیان ببیند. در اینجا اصل امنیت و استواری معاملات و جلوگیری از زیان معامله کننده با حسن نیت مقدم می‌شود. پس مصلحت آن است که این جهت نامشروع همان طور که فقهای اسلامی گفته‌اند در صحت معامله تأثیر نداشته باشد.

از آنچه گفته شد، می‌توان این نکته را به دست آورد که قانونگذار ایران در زمینه جهت از نظریهٔ مشهور فقهای امامیه پیروی کرده و از دو لحاظ از حقوق فرانسه دور افتاده است: یکی آنکه بر خلاف قانون مدنی فرانسه به جهت تعهد اشاره‌ای نکرده است: دیگر آنکه در مورد جهت نامشروع بین قراردادهای معوض و غیرمعوض فرق نگذاشته است.

کتبی که در تهیهٔ این مقاله به آنها رجوع شده است:

1- Chafik Chehata, Théorie générale de l'obligation en Droit musulman hanéfite, Paris 1996.

2- Carbonnier (J.), Droit civil, t. II, Paris 1962.

3- Code civil français, Dalloz 1986-1969.

4- Gaudemet (E.). Théorie générale des obligations, Paris 1965.

5- Julliot de la Morandière (L.), Droit (précis Dalloz) t.II, Paris 1961.

6- Marty (G.) et Raynaud (P.), Droit civil, t. II, Ier vol. Paris 1962.

7- Mazeaud (J.H.L.), Leçons de Droit civil, t. II, Paris 1962.

8- Ripert (G.), La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949.

9- Ripert (G.) et Boulanger (J.), Droit civil, t, II, Paris 1975.

10- Wiill (A.), Droit civil, les obligations, Paris 1971.

۱ـ دکتر امامی (سیدحسن)، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ دانشگاه تهران ۱۳۳۶.

۲ـ دکتر جعفری لنگرودی (محمدجعفر)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ابن سینا ۱۳۴۶.

۳ـ شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ عبدالرحیم، ج ۱.

۴ـ عاملی (سیدمحمدجواد)، مفتاح الکرامه، جلد متاجر، چاپ مصر ۱۳۲۳ قمری.

۵ـ عبدالمجید الحکیم، الوسیط فی نظریةالعقد، الجزءالاول فی انعقادالعقد، چاپ بغداد ۱۳۸۷ قمری.
۶ـ عدل (مصطفی ـ منصورالسلطنه)، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران ۱۳۴۲.
۷ـ سیدعلی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱، چاپ سنگی بدون تاریخ و شمارهٔ صفحه.
۸ـ دکتر کاتوزیان (ناصر)، حقوق مدنی، چاپ سوم، دانشگاه تهران ۱۳۴۸.
۹ـ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، چاپ جدید، نجف ج ۲۲.
۱۰ـ محقق اول، شرایع الاسلام، چاپ عبدالرحیم.
۱۱ـ نائینی، منیةالطالب، ج ۱، چاپ قم ۱۳۷۳ قمری.

استناد به استفادهٔ بلاجهت
با وجود رابطهٔ قراردادی[1]

برای روشن شدن بحث، نخست به تعریف اصطلاحات مربوط و ذکر برخی از نکات کلی که در این زمینه لازم به نظر می‌رسد، می‌پردازیم (بخش اول)؛ سپس عدم امکان استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت وجود قرارداد صحیح را براساس حقوق داخلی و آرای بین‌المللی مورد بحث قرار می‌دهیم (بخش دوم)؛ و سرانجام استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت ادعای بطلان قرارداد از سوی خواندهٔ دعوی را بررسی می‌نمائیم (بخش سوم).

بخش اول
تعاریف و ملاحظات کلی

۱ . استفادهٔ بلاجهت unjust enrichment که در فارسی گاهی از آن به دارا شدن غیر عادلانه

۱- این مقاله در سال ۱۳۶۲، در دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شعبه لاهه، در زمانی که مؤلف مسئولیت بخش تحقیقات آن شعبه را بر عهده داشته، و در ارتباط با پرونده‌های طرح شده در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده، نگارش یافته و سپس در مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره دوم، بهار ۱۳۶۴، با تغییرات جزئی به چاپ رسیده است. خانم فرشته ریاضی، به عنوان دستیار تحقیق، در تهیه منابع و مآخذ، با نویسنده همکاری داشته است.

تعبیر شده است چیست؟ استفادهٔ بلاجهت آن است که شخصی بدون یک علت قانونی یا قراردادی به زیان دیگری دارا شود. به تعبیر دیگر استفادهٔ بلاجهت آن است که بر دارائی شخصی بطور غیر عادلانه و بدون اینکه یک مبنای قانونی یا قراردادی وجود داشته باشد، به زیان دیگری افزوده شود که در این صورت بر طبق عدالت و انصاف و بر اساس قاعده‌ای که در اکثر کشورها پذیرفته شده است، استفاده کننده باید عین مالی راکه از این طریق بدست آورده یا بدل آن را به زیان دیده برگرداند.

برای روشن شدن این مفهوم بجاست مثالی از حقوق فرانسه ذکر کنیم: نخستین رأیی که از دیوان تمیز فرانسه در این زمینه صادر شد به رأی بودیه[1] معروف است که در تاریخ ۱۸۹۲ صادر شده است. فروشنده‌ای به نام بودیه مقداری کود به یک مزرعه‌دار می‌فروشد. سپس مزرعه‌دار طبق قانون بوسیلهٔ مالک، اخراج و رفع ید می‌شود و چون مزرعه‌دار معسر بوده و نمی‌توانسته است دین خود را تأدیه کند، فروشندهٔ کود علیه مالک برای وصول طلب خود اقامهٔ دعوی می‌کند به استناد اینکه استفاده از کود باعث افزایش قیمت ملک گردیده و مالک از این طریق بدون جهت قانونی به زیان فروشنده دارا شده است. دیوان کشور فرانسه این دعوی را موجه تشخیص می‌دهد و حکم به نفع خواهان صادر می‌کند.[2]

ریشهٔ این اصل را باید در حقوق رم جستجو کرد. پومپونیوس[3] حقوقدان رومی در این باب می‌گوید: «این طبیعتاً غیر منصفانه است که کسی از طریق زیان دیگری دارا شود».[4]

در قرآن و فقه اسلامی استفادهٔ بلاجهت بعنوان اکل مال به باطل مطرح و منع شده است.[5]

۲ . در بلاکس لودیکشنری در تعریف نظریهٔ استفادهٔ بلاجهت چنین آمده است: «اصل کلی که به موجب آن یک شخص نباید مجاز باشد که بطور غیر عادلانه به زیان شخص دیگر دارا شود؛ بلکه باید مال یا منافعی راکه تحصیل کرده است در مواردی که عدالت وانصاف اقتضا می‌کند و هنگامی که چنین عملی مستلزم نقض یا نفی حقوق یا مخالفت با نظم عمومی بطور مستقیم یا غیر مستقیم نباشد، مسترد دارد... استفادهٔ بلاجهت هنگامی تحقق می‌یابد که شخصی پول یا منافعی راکه بر حسب عدالت و انصاف، متعلق به دیگری است کسب و حفظ می‌کند... بنابراین شخصی که مالی را به علت اشتباه در هویت شخص دیگری به او می‌دهد، حق دارد به موجب نظریهٔ مذکور آن را پس

---

1 - Baudier

۲ ـ رجوع شود به: دکتر صفائی،دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ تهران ۱۳۵۱، ص ۵۰۲.

CARBONNEIR (J), Droit Civil, T.4, 2e éd. Paris 1982, nos 120-121.

3 - Pomponius

4 - DAWSON (J.), Unjust Enrichment, A Comparative Analysis. Boston, 1951, p.3.

۵ ـ سورهٔ نساء، آیهٔ ۲۸.

بگیرد».[۱]

۳ . اصطلاح دیگری که در این باب در حقوق انگلیس و آمریکا بکار می‌رود quantum meruit است. این اصطلاح در لغت به معنی «تا اندازه‌ای که سزاوار است» آمده و در اصطلاح حقوقی، در موارد استفادهٔ بلاجهت بکار می‌رود و بعضی آن را به اجرت المثل ترجمه کرده‌اند. بر طبق تعریف بلاکس لودیکشنری quantum meruit «اصطلاحی است که مقدار مسئولیت به موجب شبه عقد را توصیف می‌کند... یک نظریه مبتنی بر انصاف است که بر اساس آن کسی که از کار یا مال دیگری استفاده می‌کند، نباید از این راه بطور غیر عادلانه دارا شود. در این شرایط، حقوق، تعهدی به پرداخت یک مبلغ معقول در ازای کار یا مال دریافت شده ایجاد می‌کند، حتی اگر قرارداد خاصی در این زمینه وجود نداشته باشد». سپس در همان کتاب عناصر اصلی quantum meruit به اختصار ذکر شده است.[۲]

---

1 - Unjust enrichment, doctrine of General principle that one person should not be permitted unjustly to enrich himself at expense of another, but should be required to make restitution of or for property or benefits received, retained or appropriated, where it is just and equitable that such restitution be made, and where such action involves no violation or frustration of law or opposition to public policy, either directly or indirectly. Tulaip Shores, Inc. v. Mortland, 9 Wash. App. 271, 511 p. 2d 1402, 1404. Unjust enrichment of a person occurs when he has and retains money or benefits which in justice and equity belong to another . Hummel v. Hummel, 133 Ohio St. 520, 14 N.E. 2d 923, 927. Thus one who has conferred a benefit upon another solely because of a basic mistake of fact induced by a nondisclosure is entitled to restitution on above doctrine. Conkling's Estate v.Champlin, 193 Estate v.Champlin. 193 Okl. 79, 141 p. 2d 569, 570. Oki. 79, 141 p. 2d 569, 570. Conkling's

2 - Quantum meruit/kwontamehruwat/. Expression «quantum meruit» means «as much as he deserves» and it is an expression that describes the extent of liability on a contract implied by law. Nardi & Co., Inc. v. Allabastro, 20 III. App. 3d 323, 314 N.E. 2d 367, 370. An equitable doctrine, based on the concept that no one who benifits by the labor and materials of another should be unjustly enriched thereby; under those circumstances, the law implies a promise to pay a reasonable amount for the labor and materials frunished,

در واقع دعوی براساس quantum meruit همان دعوی بر مبنای استفادهٔ بلاجهت است که به موجب آن خواهان عین یا عوض مالی راکه طرف دیگر بطور غیر عادلانه یا بدون مجوز قانونی یا قراردادی دریافت کرده است، مطالبه می‌کند.

۴ . استفادهٔ بلاجهت، از موارد شبه عقد[1] و بنا به تعریفی مترادف آن است. شبه عقدواقعه‌ای است مشروع که موجب تعهد می‌شود بدون اینکه توافق اراده یا حتی ارادهٔ یکجانبهٔ ایجاد تعهد در میان باشد؛ مانند ایفای ناروا (مادهٔ ۳۰۱ قانون مدنی ایران)، ادارهٔ مال غیر (مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی)، استیفای از مال (مادهٔ ۳۳۷ قانون مدنی)، یا عمل غیر (مادهٔ ۳۳۶ قانون مدنی) که تمامی از مصادیق استفادهٔ بلاجهت به معنی عام است.

بنابر آن چه در فرهنگ حقوقی بلاک آمده، شبه عقد عبارت است از «تعهدی که حقوق، در صورت نبودن قرارداد، ایجاد می‌نماید و دادگاهها هنگامی به آن استناد می‌کنند که دارا شدن غیر عادلانه وجود داشته باشد... وظیفهٔ شبه عقد ایجاد تعهد قانونی به هنگامی است که در واقع طرفین وعده‌ای نداده باشند و تعهد، مبتنی بر ارادهٔ آشکار طرفین نباشد».[2]

---

even absent a specific contract therefore. Swiftships, inc. v. Burdin, La. App., 338 So. 2 1193, 1195.Essential elements of recovery under quantum meruit are: (1) valuable services were rendered or materials furnished, (2) for person sought to be charged, (3) which services and materials were accepted by person sought to be charged, used and enjoyed by him, and (4) under such circumtances as reasonably notified person sought to be charged that plaintiff, in performing such services, was expected to be paid by person sought to be charged. Montes v. Naismith & Trevino Const. Co., Tex. Civ. App., 456 S. W.2d 691, 694. (BLACK'S LAW DICTIONARY, 5th ed.)

و نیز رجوع شود به:

JOWITT'S Dictionary of English Law, vol. 2, London 1977.

1 - Quasi contract

2 - Quasi contract. An obligation which law creates in absence of agreement, it is invoked by courts where there is unjust enrichment. Andrews V. O'Grady, 44 Misc. 2d 28, 252 N.Y.S. 2d 814, 817. Function of «quasi contract» is to raise obligation in law where in fact the parties made no promise, and it is not based on apparent intention of the parties. Fink

شبه عقد د رکامن‌لو contract implied in law نیز نامیده می‌شود که اصطلاحی گمراه کننده است؛ ولی در حقیقت تفاوتی با شبه عقد ندارد و می‌توان آن را به قرارداد حکمی (چیزی که از لحاظ ایجاد تعهد در حکم قرارداد است) ترجمه کرد. اصطلاح دیگری که در کشورهای انگلیس و آمریکا برای شبه عقد بکار می‌رود constructive contract است که می‌توان آن را بـه قـرارداد فـرضی ترجمه کرد. به هر حال قراردادهای حکمی یا فرضی یا شبه عقود «دسته‌ای از تعهدات هستند کـه حقوق، آنها را بدون توجه به ارادهٔ طرفین و به اقتضای عقل و عدالت و بلحاظ اینکه باید با دعوائی خارج از قرارداد قابل اجراگردند، تحمیل یا ایجاد می‌کند. آنها فقط مبتنی بر فرض قانون هستند و در حقیقت به هیچ وجه تعهدات قراردادی بشمار نمی‌آیند...»[۱]

به گفتهٔ برخی از مؤلفان با این که هر نظام حقوقی تعریف خاصی از شبه عقد دارد، امّا هسـتهٔ اصلی آن از دو نهاد حقوقی تشکیل شده است: یکی دارا شدن غیر عادلانه و دیگر ادارهٔ مال غـیر (negotiorum gestio-gestion d'affaire) که با گسترش ایـن هسـته، نـهادهای دیگـری نـیز بوجود آمده‌اند.[۲]

۵ . استفادهٔ بلاجهت، متمایز از مسئولیت مدنی است. مسئولیت مدنی که مقوله‌ای جداگـانه است، در اکثرنظامهای حقوقی مبتنی بر تقصیر است. در حالیکه در استفادهٔ بلاجهت چنین شرطی مطرح نیست، نه از سوی متعهد و نه از سوی متعهد له. وانگهی در مسئولیت مدنی تمامی خسارات باید جبران شود، در حالیکه در استفادهٔ بلاجهت، استفاده کننده فقط تا حدی که به دارائی او افزوده شده ضامن است.[۳] معهذا گاهی مسامحتاً یا با استعمال کلمهٔ مسئولیت[۴] در معنی عام، این اصطلاح را در مورد استفادهٔ بلاجهت نیز بکار می‌برند. به هرحال استفادهٔ بلاجهت از موارد ضمان قهری به معنی عام یا الزامات خارج از قرارداد است که در قـانون مـدنی ایـران، مـواد ۳۰۱ تـا ۳۳۷ بـه آن

See also v. Goodson-Todman Enterprises, Limited, 9 C.A. 3d 996, 88 Cal. Rptr. 679, 690.

See also Contract.

۱ ـ Corpus Juris Secondum, vol. 17 § 6, p. 566-568. و نیز رجوع شود به همان کتاب ، پارگراف ۴، ص ۵۵۴ ببعد.

2 - ZWEIGERT (C.), Quasi-Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, chap. 30 no 1,p.3.

3 - MAZEAUD (H.L.J.), et JUGLLART (M.) Leçons de Droit civil, T.II, ler vol. 6e éd., Paris 1978, no 715.

4 - responsability

اختصاص یافته و همین اصل مبنای برخی از مواد مندرج در این باب است (مواد ۳۰۱ ـ ۳۰۲ ـ ۳۳۶ ـ ۳۳۷)؛ هر چند که قانون مدنی به اصل مزبور تصریح نکرده است. اصطلاح استفادهٔ بلاجهت درمادهٔ ۳۱۹ قانون تجارت ایران بکار رفته است.

بخش دوم
عدم امکان استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت وجود قرارداد صحیح

۶ . از تعاریف و توضیحات مذکور بخوبی برمی‌آید که اصل استفادهٔ بلاجهت هنگامی قابل استناد است که قراردادی بین طرفین وجود نداشته باشد. هرگاه شخصی به موجب قرارداد، عین یا منفعت یا حقی را از طرف دیگر بدست آورده و بدین طریق بر دارائی او افزوده شده باشد، استفادهٔ او بدون جهت نیست و نیز دارا شدن او غیر عادلانه تلقی نمی‌شود و از اینرو موردی برای دعوای in rem verso که دعوای خاص مبتنی بر استفادهٔ بلاجهت است، وجود نخواهد داشت.

برای روشن شدن موضوع بجاست دربارهٔ فقدان جهت که شرط اعمال اصل مذکور است (الف) و فرعی بودن دعوای یاد شده (ب) بیشتر سخن بگوئیم. در این دو مطلب، مأخذ عمدهٔ ما دکترین و رویهٔ قضائی فرانسه است؛ ولی قواعد مورد بحث، اختصاص به حقوق فرانسه ندارد و در کشورهای دیگر از جمله آمریکا (ج) و نیز در آرای بین‌المللی (د) پذیرفته شده است.

الف ـ فقدان جهت

۷ . یکی از شرایط تحقق استفادهٔ بلاجهت و اقامهٔ دعوی بدین عنوان، فقدان جهت برای دارا شدن است. شک نیست که هرگونه دارا شدن و استفاده، موجب ضمان دارا شونده نیست. مثلاً یک بازرگان درستکار در معاملات خود سود می‌برد، ولی استفادهٔ او بلاجهت نیست و از اینرو مشتریان و رقبائی که از مهارت و تسلط او در بازرگانی زیان دیده‌اند، نمی‌توانند بدین عنوان علیه او اقامهٔ دعوی کنند.

برای محدود کردن قلمرو استفادهٔ بلاجهت گفته‌اند که دارا شدن باید غیر عادلانه [1] باشد. ولی باید در معنی این کلمه دقت کرد. ممکن است تصور شود که دعوی هنگامی قابل طرح است که دارا شدن بر خلاف انصاف باشد. ولی این تصور درست نیست و مقصود از غیر عادلانه بودن، این نیست که

---

۱ ـ unjust (انگلیسی)، injuste (فرانسوی)

استفاده خلاف انصاف باشد. فروشنده‌ای که چیزی را با قیمت گزاف می‌فروشد عملی انجام می‌دهد که خلاف انصاف است و در این صورت ممکن است مشتری خیار فسخ به علت غبن یا تدلیس یا به جهت دیگر داشته باشد. ولی به هر حال نمی‌توان علیه او بعنوان دارا شدن غیر عادلانه اقامهٔ دعوی کرد. غیر عادلانه در اینجا به معنی مخالف حقوق یا غیر قانونی است. وقتیکه حقوقدانان رومی می‌گفتند هیچ کس نباید بطور غیر عادلانه[1] به زیان دیگری دارا شود، مقصودشان این بود که هیچ کس نمی‌تواند بر خلاف موازین حقوقی و بطور غیر قانونی[2] مالی را بدست آورد. پس دارا شدن هنگامی غیر عادلانه بشمار می‌آید که خلاف موازین حقوقی باشد. اکنون این مسئله مطرح می‌شود که دارا شدن در چه موقع خلاف موازین حقوقی است؟ در پاسخ باید گفت: هنگامی که جهت (علت) مشروعی نداشته باشد. مقصود از جهت در اینجا همان منشأ و منبع مشروع و قانونی دارا شدن است که ممکن است یک عمل حقوقی صحیح (مانند قرارداد) باشد یا یک قاعدهٔ قانونی یا عرفی.[3]

قرارداد، جهتی برای دارا شدن است

۸ . بنابراین دارا شدن هنگامی که ناشی از یک عمل حقوقی مانند قرارداد باشد، دارای جهت است نه بلاجهت. به محض اینکه قراردادی بین دو طرف منعقد شده باشد، قواعد استفادهٔ بلاجهت قابل اجرا نخواهد بود، بلکه قواعد قراردادها را باید اجرا کرد. دیوان تمیز فرانسه به این نکته در آرای متعدد با عبارت زیر تصریح کرده است: «نظر به اینکه در صورتیکه استفاده ناشی از یک عمل حقوقی باشد که آن را مشروع قلمداد می‌کند، استفادهٔ بلاجهت تحقق پیدا نمی‌کند...».[4]

نه تنها قراردادی که بین دارا شونده و شخصی که دارا شدن به زیان او بوده است یک جهت قانونی برای دارا شدن تلقی می‌شود و جائی برای استناد به اصل استفادهٔ بلاجهت باقی نمی‌گذارد، بلکه به موجب رویهٔ قضائی جدید فرانسه قرارداد منعقد بین دارا شونده و شخص ثالث هم یک جهت مشروع برای استفاده بشمار می‌آید. دیوان تمیز فرانسه در یک رأی مورخ ۱۹۳۹ صریحاً این نکته را اعلام و رویهٔ پیشین خود را (رأی بودیه، رجوع شود به مطلب شمارهٔ ۱) دگرگون کرده است. جریان از این قرار است: شرکتی که مستأجر یک کشتی بوده برای تعمیر و تجهیز کشتی با شخصی قرارداد

---

1 - injuria

2 - injure

۳ ـ مازوو‌ژوگلار، همان کتاب، ش ۷۰۲.

4 - Civ, 28 fev. 1939 D. 1940. 1.5 et note Ripert, Gaz. Pal. 1939. 1.813; civ. 21 fev. 1944, Sem. jur.Gaz. Pal. 1944. 1.249; Civ, 17 mai 1944, Gaz. Pal. 1944, 2.71; Civ. 12 mai 1964, 1964. II. 13946 et not M.F.P. (cf. MAZEAUD, op. cit. no 703).

می‌بندد و چون این شخص نمی‌تواند طلب خود را از مستأجر که طرف قرارداد بوده است وصول کند، علیه مالک کشتی بعنوان استفادهٔ بلاجهت اقامهٔ دعوی می‌کند و در آخرین مرحله، دیوان تمیز این دعوی را به علت اینکه قراردادی بین دارا شونده (مالک کشتی) و شخص ثالث (مستأجر کشتی) وجود داشته است، غیر موجه تشخیص می‌دهد.[۱]

ب ـ فرعی بودن دعوی استفادهٔ بلاجهت

۹ . شرط دیگری که برای دعوای استفادهٔ بلاجهت وجود دارد آن است که دعوای دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد و این معنای فرعی بودن[۲] دعوای استفادهٔ بلاجهت است. اگر خواهان بتواند بعنوان دیگری دعوای خود را طرح کند و به تعبیر دیگر بتواند مبنای دیگری برای دعوای خود معرفی نماید، نمی‌تواند استفادهٔ بلاجهت را مبنا و مستند دعوای خود قرار دهد.

شرط فرعی بودن دعوای مذکور را نباید با شرط فقدان جهت که شرطی علیحده است اشتباه کرد؛ البته این دو مفهوم بهم نزدیک‌اند. در هر مورد که دارا شدن، جهت مشروعی داشته باشد، دعوای استفادهٔ بلاجهت بلحاظ فقدان هر یک از دو شرط، قابل رد است؛ ولی ممکن است دارا شدن جهت مشروعی نداشته و در عین حال دعوای استفادهٔ بلاجهت بلحاظ اینکه مبنای دیگری برای دعوی وجود دارد، غیر قابل استماع باشد. هنگامی که شخص زیان دیده دعوای دیگری در اختیار دارد، نمی‌تواند به دعوای in rem verso متوسل گردد و مخیر نیست که یکی از دو دعوی را انتخاب کند. دیوان تمیز فرانسه در یک رأی مورخ ۲۹ آوریل ۱۹۷۱ بدین شرط با عبارت زیر تصریح کرده است:

«دعوای مبتنی بر استفادهٔ بلاجهت را نمی‌توان پذیرفت مگر در موردی که دعوای دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد، بویژه دعوای استفادهٔ بلاجهت نمی‌تواند جانشین دعوای دیگری شود که خواهان نمی‌تواند بر اثر مرور ز مان، یا مهلت ثابت اِعمالِ حق[۳]، یا در نتیجهٔ اعتبار قضیهٔ محکومٌ بها، یا بعلت اینکه نمی‌تواند دلایل لازم برای دعوی را بیاورد، یا بلحاظ هر مانع حقوقی دیگر اقامه کند».

این رأی مربوط به پرونده‌ای است که در آن مقاطعه کاری که دلیل کتبی برای قرارداد خود تحصیل نکرده بعنوان استفادهٔ بلاجهت علیه مالک ساختمانی که در آن کارهائی انجام داده است، اقامهٔ دعوی می‌کند و دیوان تمیز فرانسه با نقض حکم دادگاه تالی، دعوای استفادهٔ بلاجهت را غیر موجه تشخیص می‌دهد بلحاظ اینکه بجای یک دعوای مبتنی بر قرارداد که بعلت عدم وجود دلیل کتبی

---

۱ ـ مازووژوگلار، همان کتاب، ش ۷۰۴، ص ۸۱۴ و ۸۱۵.

2 - Subsidiarité

3 - Forclusion

قابل استماع نبوده اقامه شده است.[۱]

پروفسور ژان کاربنیه در این باب می‌گوید: «دعوای in rem verso نباید پذیرفته شود جز درمواردی که زیان دیده برای بدست آوردن آنچه طرف دیگر به او مدیون است از هیچ گونه دعوای ناشی از عقد، شبه عقد، جرم یا شبه جرم برخوردار نباشد. و نیز این دعوی به منظور فرار از قواعدی که قانون به موجب آنها آثار قرارداد خاصی را معین کرده است، قابل اقامه نیست...».[۲]

به تعبیر دیگر «دعوای استفادهٔ بلاجهت نباید به منظور نقض شرایطی که قانون برای اقامهٔ دعوی دیگری مقرر داشته است، مورد استفاده قرار گیرد».[۳]

قاعدهٔ فرعی بودن دعوای استفادهٔ بلاجهت و بویژه عدم امکان استناد به آن در صورت وجود قرارداد، منحصر به حقوق فرانسه نیست، بلکه در کشورهای دیگر[۴] از جمله آمریکا و در برخی از آرای بین‌المللی نیز بصراحت پذیرفته شده است.

ج ـ حقوق آمریکا

۱۰ . در حقوق آمریکا، بر خلاف حقوق انگلیس، اصل استفادهٔ بلاجهت بعنوان یک نهاد حقوقی مستقل که می‌تواند مبنای دعوی در پاره‌ای موارد باشد، مورد قبول است و نیز رویهٔ قضائی آمریکا اعلام کرده است که در صورت وجود قرارداد نمی‌توان به اصل استفادهٔ بلاجهت استناد کرد.

در کتاب Corpus Juris Secundum که یک دائرةالمعارف حقوق آمریکا است (ج ۱۷، ص ۵۷۴) در این باب عباراتی بشرح زیر براساس آرای قضائی آمده است:

«عموماً پذیرفته شده است که وقتی قرارداد صریحی وجود دارد، از نظر حقوقی توسل به شبه عقد موردی ندارد.

دادگاه هنگامی که یک قرارداد ضمنی باید اثبات شود به شبه عقد یا قرارداد فرضی متوسل نمی‌شود و یک متعهد یا مدیون را جانشین دیگری نمی‌کند (یعنی تعهد براساس استفادهٔ بلاجهت را بجای تعهد قراردادی نمی‌پذیرد).[۵]

اصل شبه عقدیِ دارا شدن غیر عادلانه در مورد قراردادی که با توافق

---

۱ ـ همان کتاب، ش ۷۱۰ و ص ۸۱۵ و ۸۱۶.

2 - CARBONNIER (J.), Droit civil, Vol. 4, 2e éd. Paris 1982, no 121, p. 508.

3 - WEILL (A.) et TERRE (F.) Droit civil, les obligations, 3e éd. Paris 1980, no 823.

۴ ـ برای مثال رجوع شود به مادهٔ ۲۰۴۲ قانون مدنی ایتالیا.

۵ ـ عبارت بین پرانتز از مترجم است.

طرفین منعقد شده است ـ هر چند که مقررات چنین قراردادی در اثر حوداث بعدی سخت جلوه کند ـ اجرا نمی‌شود.»

برای هر یک از عبارات سه گانهٔ فوق در زیرنویس صفحهٔ ۵۷۴ جلد ۱۷ کتاب، مآخذ و مستنداتی از آرای قضائی آمریکا ذکر شده است.[1]

---

1 - It is generally held that where there is an express contract the law will not imply a quasi or constructive cotract. The courts will not indulge in the fiction of a quasi or constructive contract where contracts implied in fact must be established, and will not substitute one promisor or debtor for another. A quasi-contractual principle of unjust enrichment does not apply to an agreement deliberately entered into by the parties, however harsh the provisions of such contract may seem in the light of subsequent happenings.

16.20 U.S.-Shedd-Bartush Foods of Illinois v. Commodity Credit Corp., D.C.Ill., 135 F.Supp. 78. affirmed, C.A. 231 F. 2d 555.

Ohio.-Ullmann v. May, 72 N.E. 2d 63, 147 Ohio St. 468.

16.25 Mich.-Buell v. Orion State Bank. 41 N.W.2d 472, 327 Mich. 43.

Oki.-McBride v. Bridges, 215 p. 2d 830. 202 Oki. 508.

17. U.S.-Corpus Juris Secundum cited in Schwob v. International Water Corporation, D.C Del., 135 F. Supp. 310, 314.

Ill.-Goodman v.Motor Products Corp., 161 N.E. 2d 31, 22, Ill. App. 2d 378.

Minn.-Schimmelpfennig v. Gaedke 27 N.W. sd 416, 223 Minn. 452.

Ohio.-Corpus Juris Secundum cited in Williams v. Goodyear Aircraft Corp., 85 N.E. 2d 601, 604, 84 Ohio App. 113.

Wis.-Schneider v. Allis-Chalmers Mfg. Co., 219 N.W. 370, 373, 196 Wis. 56. Other Statements.

(1) The Claim of Quasi-contractual libility presupposes the absence of a contract in fact, express or implied.

Minn.-Independent School Dist. of White Bear Lake v. City of White Bear Lake, 292

۱۱ . در برخی از آرای بین‌المللی هم اصل فرعی بودن دعوای استفادهٔ بلاجهت و عدم امکان استناد به آن در صورت وجود قرارداد، اعلام شده است:

در دعوای آمباتیلوس[1] کمیسیون داوری بین یونان و انگلیس به موجب موافقتنامهٔ مورخ ۱۹۵۵ در سال ۱۹۶۵ به دعوای یونان مبنی بر اینکه دولت بریتانیا مبلغ ۵۰۰٫۰۰۰ پوند راکه آمباتیلوس

N.W. 777, 208 Minn. 29.

(2) Where the actual contract between the parties has been clearly and plainly expressed in writing, no quasi contractual obligation will be imposed.

U.S.-Shanks v. Wilson, D.C.W. Va., 86 F. Supp. 789. In New York.

(1) it has been held that no contract will be implied in law where an express and enforceable contract exists between same parties as to same subject matter and where a conflict would result.

N.Y.-Abinet v. Medlavilla, 169 N.Y.S. 2d 231, 5 A.D. 2d 679.

(2) Doctrine of unjust enrichment has no application to knowledgeable breach of reasonable terms of existing written agreement within dictates of established and performance.

N.Y.-Jones v. Crawford, 148 N.Y.S. 2d 335, reversed on other grounds 162 N.Y.S.2d 41, 3 A.D. 2d 479, reargument and appeal denied 164 N.Y.S. 2d 988, 4 A.D.2d 826.

(3) It has also been held, however ,that while existence of an express contract covering the subject matter bars recovery on an inconsistent contract implied in fact, it does not bar recovery on a quasi contract which is implied in law.

N.Y.-Polley v. Plainshun Corp., 186 N.Y.S. 2d 295, 8 A.D. 2d 638.

17.5 Mich.-Moll v. Wayne County, 50 N.W. 2d 881, 332 Mich 274-City of Detroit v. City of Highland Park, 39 N.W. 2d 325, 326 Mich. 78-Cascaden v. Magryta, 225 N.W. 511, 247 Mich. 267.

17.10 Pa.,-Durham Terrace. Inc. v. Hellertown Borough Authority, 148 A.2d 899, 394 Pa.623.

1 - Ambatielos

بعنوان تضمین پرداخته تصاحب کرده و بطور غیر عادلانه دارا شده است، رسیدگی نمود و این ادعا را به دلیل اینکه مبلغ مورد اختلاف جزئی از بهای کشتیها بوده است که خواهان به موجب قرارداد می‌بایست پرداخت کند و استناد به شبه عقد موردی ندارد، رد کرد.[1]

۱۲ . در دعـــــوای Dickson car wehll company v. United Mexican States کمیسیون دعاوی کلی ایالات متحده و مکزیک توضیح بیشتری در این باره داده است. دعوی مربوط است به تحویل تعدادی چرخ بوسیلهٔ مؤسسهٔ آمریکائی دیکسن به شرکت راه‌آهن مکزیک به موجب قرارداد. بعد از مدت کوتاهی شرکت تحت کنترل دولت درمی‌آیدو از پرداخت پول عاجز می‌ماند. کمیسیون، دعوای خواهان به استناد دارا شدن غیر عادلانه را به دلایل مختلف رد و ضمناً

---

1 - The Greek Government claims this sum on the ground of «unjust enrichment», together with all damages, interest and costs resulting therefrom.

This claim has not been before an English Court.

This Greek Government contends that it would have been futile to submit such a claim to an English Court, on the ground that English law does not recognise unjust enrichment as a valid basis for a claim.

The Commission is of opinion that it must first examine whether the claim as defined by the Greek Government can be said to constitute a claim for unjust enrichment.

The Commission finds that this is not the case. Claim B is not, as the Greek Government contends, a «quasi contractual» claim. The claimed sum of £ 500,000 was only part of the price which Mr. Ambatielos was to pay for the ships (together with advantages of position and «free charter-parties») in accordance with the contract. Furthermore the full purchase price was not received by the United Kingdom Government. If however Claim B had been based on unjust enrichment, and has thus been independent of and alternative to claim A. the Commission is of opinion that Claim B would have failed in so far as remedies were available in English law, on the ground that such remedies had not been tried-much less exhausted. The Commission has already decided that the Treaty of 1886 did not secure, for Greek subjects, remedies not available in English law.

اعلام می‌کند که برای اینکه چنین دعوائی مسموع باشد، باید مبنای قراردادی وجود نداشته باشد. کمیسیون در این خصوص چنین می‌گوید:

«تفسیر نظریهٔ دارا شدن غیر عادلانه در مقام اجرای عملی آن در حقوق داخلی با دشواریهای جدی مواجه شده است. شک نیست که در زمان حاضر، این نظریه عموماً در کشورهای جهان حتی با فقدان قانون خاص پذیرفته و اجرا شده است؛ ولی در تعیین محدوده‌ای که نظریهٔ مذکور می‌تواند و باید در آن اجرا شود، مشکل باقی است.

برای اینکه دعوای in rem verso در حقوق داخلی مسموع باشد وجود عناصر زیر ضروری است:

۱ ـ خواندهٔ دعوی دارا شده باشد.

۲ ـ این دارا شدن نتیجهٔ مستقیم زیان مالی رسیده به خواهان باشد.

۳ ـ دارا شدن خوانده غیر عادلانه باشد.

۴ ـ شخص زیان دیده یک حق قراردادی که قابل اعمال برای جبران خسارت وارد به او باشد، نداشته باشد».

سپس کمیسیون اضافه می‌کند:

«واضح است که نظریهٔ دارا شدن غیر عادلانه هنوز در زمینهٔ حقوق بین‌الملل که یک نظام حقوقی متمایز از حقوق محلی و خصوصی است، جا نیفتاده است. چنانکه بعداً نشان داده خواهد شد باید اثبات شود عمل زیان آور، از نظر بین‌المللی غیر قانونی و زیان وارد به تبعهٔ دولت خواهان، نتیجهٔ آن عمل بوده است. معهذا حتی با صرف نظر کردن از این وضع، نظریهٔ دارا شدن غیر عادلانه در این مورد قابل اجرا نیست».[1]

---

1 - The interpretation of the theory of unjust enrichment has encountered serious difficulties in its practical application in municipal law. There is no doubt that at the present time that theory is accepted and applied generally by the countries of the world, even in the absence of a specific law, but the difficulty rests in fixing the limits within it can and must be applied.

In order that an action in rem verso may lie in municipal law it is necessary that the following elements coexist:

بالاخره کمیسیون در توضیح قابل اجرا نبودن نظریهٔ استفادهٔ بلاجهت بعلت وجود قرارداد می‌گوید:

«سرانجام چنانکه گفته شد، این شرکت (دیکسن) همواره یک راه حل سریع با اقامهٔ دعوی قراردادی علیه شرکت راه‌آهن در اختیار داشته است و بدین جهت دعوای in rem verso قابل اجرا نیست».[1]

۱۳ . در مورد اینکه دعوای استفادهٔ بلاجهت در حقوق بین‌الملل هنوز جا نیفتاده است، همهٔ مؤلفان نظر موافق ندارند. برخی از نویسندگان به این قسمت از رأی کمیسیون انتقاد کرده و گفته‌اند که استقرار و جا افتادن در حقوق بین‌الملل جز از طریق پذیرش این نظریه در آرای قضائی بین‌المللی میسر نیست.[2] و پس از ذکر آرای متعدد، نتیجه گرفته‌اند که دعوای استفادهٔ بلاجهت در وضع فعلی

---

1. That there be an enrichment of the defendant.

2. That this enrichment be the direct consequence of a patrimonial injury suffered by the plaintiff. That is, that the same causative act create simultaneously the enrichment and the detriment.

3. That the enrichment of the defendant be unjust.

4. That the injured person have in his favor no contractual right which he could exercise to compensate him for the damage. (See Bonnecase. Sup. de Baudry. T. III, Pages 216 to 372.)

It is obvious that the theory of unjust enrichment as such has not yet been transplanted to the field of international law as this is of a juridical order distinct from local or private law. As will be shown further on it is necessary to establish the international illegality of the causative act, and that the injury suffered by the national of the claimant country be the result of that act. However even omitting that circumstance, the tehory of unjust enrichment is inapplicable to this case. (cf. 4R. I.A.A., p.676).

1 - Finally, as has been said, this company had at all times a speedy remedy in as action on its contract against the Railways Company, for which reason the action in rem verso is not applicable. (4R. I.A.A., p.677).

2 - SCHREUER (C.H.), Unjustified Enrichment in International Law, the American Journal of Comparative Law, vol, 22, 1974, p.295.

حقوق بین‌الملل، یک تکنیک تصمیم‌گیری است که پس از تعیین راه حل مناسب‌برای‌دعوی بکار می‌رود نه یک اصل هنجاری[1] یا قاعدهٔ کلی[2] که منطقاً بتواند منشأ و مبنای تصمیمات صحیحی باشد.

۱۴ . در خاتمهٔ این بحث یادآور می‌شود که در دعوای .Lena Goldfields Ltd با اینکه نقض قرارداد مطرح بوده است، دادگاه داوری به اصل دارا شدن غیر عادلانه نیز استناد کرده و آن دو را قابل جمع دانسته است. شرکت مذکور به موجب قرارداد، امتیازاتی در روسیه بدست می‌آورد. دولت سوسیالیستی شوروی وضعی ایجاد می‌کند که ادامهٔ فعالیت بازرگانی شرکت غیر ممکن می‌شود و اموال و اسرار بازرگانی مهمی از شرکت به تصرف دولت شوروی در می‌آید. شرکت ادعای خسارت براساس نقض قرارداد یا بصورت تخییری، بر مبنای اصل دارا شدن غیر عادلانه، می‌نماید. دادگاه داوری بعد از اعلام اینکه رفتار دولت شوروی نقض قرارداد بوده است و بر طبق اصول متعارف حقوقی، خواهان حق اقامهٔ دعوای خسارت بر این منبا را دارد، می‌گوید:

«ولی دادگاه ترجیح می‌دهد رأی خود را بر اصل دارا شدن غیر عادلانه مبتنی سازد با اینکه به اعتقاد دادگاه مبلغی که از آن حاصل می‌شود تفاوت نمی‌کند.»

۱۵ . لیکن باید یادآور شد که این یک رأی منفرد است که مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده و متضمن عرف یا قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل تلقی نمی‌شود. به گفته شروئر[3] «اینکه دقیقاً چرا دادگاه مناسب می‌بیند تا این مفهوم نادرست از دارا شدن غیر عادلانه را در رابطه قراردادی سر راست و بی‌اشکال وارد کند، روشن نیست». و نتیجه می‌گیرد که «این رأی با اینکه کراراً در تأیید اصل دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین‌الملل ذکر می‌شود، به احتمال زیاد چیزی در این باب نیفزوده بلکه منشأ ابهام بزرگی بوده است».[4]

بخش سوم
استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت ادعای بطلان قرارداد

۱۶ . از آنچه گفتیم روشن شد که اگر قراردادی بین طرفین وجود داشته باشد نمی‌توان به اصل

---

1 - Normative principle

2 - general rule

3 - Schreuer

۴ ـ دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین‌الملل: مجلهٔ آمریکائی حقوق تطبیقی، ج ۲.، سال ۱۹۷۴، ص ۲۸۹.

استفادهٔ بلاجهت استناد کرد. حال باید دید اگر قراردادی که وجود دارد باطل شد، آیا اصل یاد شده قابل اعمال است یا خیر؟ از آنجا که قرارداد باطل برای طرفین ایجاد تعهد نمی‌کند و به منزلهٔ آن است که قراردادی وجود نداشته باشد، برای استرداد عین یا عوض اموال یا خدمات می‌توان به اصل استفادهٔ بلاجهت استناد کرد.

در داوریهای بین‌المللی آرائی دیده می‌شوند که در آنها با توجه به بطلان قرارداد، حکم به استرداد داده شده است: در مواردی خارجیانی با نمایندگان دولتها قرارداد بسته‌اند که فاقد اختیار بوده‌اند و دادگاههای بین‌المللی با قبول اینکه نمایندگان مزبور فاقد اختیار بوده‌اند، دریافت کنندهٔ مال را مسئول پرداخت شناخته و حکم به رد عین یا عوض مال مورد استفاده داده‌اند. مثلاً در رأی General Finance Corporation v.United Mexican States که مربوط به قراردادهای منعقده بوسیلهٔ شهرهای مکزیک است که باطل اعلام شد، کمیسیون دعاوی کلی ایالات متحدهٔ آمریکا و مکزیک اعلام داشت: «دولت مکزیک به موجب حقوق بین‌الملل باید تا حدی که بطور غیر عادلانه دارا شده است، به خواهان باز پرداخت کند». و نیز رجوع شود به رأی صادر در پروندهٔ William A. Parker v.United Mexican States (4 RIAA 35)[1].

بنابراین در صورت بطلان قرارداد اصولاً می‌توان به اصل دارا شدن غیر عادلانه استناد کرد. معهذا دو مسئله در اینجا مطرح می‌شود:

الف ـ آیا می‌توان شرط صلاحیت دادگاه‌های ایران را مستقل تلقی کرد و حتی در صورت بطلان قرارداد، شرط را صحیح و لازم‌الاجرا دانست؟

ب ـ هرگاه خوانده بطلان قرارداد را ادعا کرده باشد، آیا مأخوذ به آن است یا خیر؟.

الف ـ استقلال شرط صلاحیت دادگاه

۱۷ . اگر شرط اعطای صلاحیت به دادگاه کشور معین که در قرارداد پیش‌بینی شده است، از کل قرارداد مستقل و متمایز بوده و سرنوشت جداگانه‌ای داشته باشد، در صورت بطلان قرارداد می‌توان ادعا کرد که شرط صلاحیت، معتبر و لازم‌الرعایه است مگر اینکه بطلان شرط نیز علیحده به اثبات برسد. اما اگر سرنوشت شرط با سرنوشت کل قرارداد یکی باشد، بطلان کل قرارداد منتهی به بطلان شرط صلاحیت خواهد شد.

۱۸ . در مورد شرط ارجاع به داوری[2] که مشابه شرط صلاحیت دادگاه است، استقلال شرط در

---

۱ ـ دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین‌الملل: مجلهٔ آمریکائی حقوق تطبیقی، ج ۲۲، سال ۱۹۷۴، ص ۲۹۵ و ۲۹۶. و نیز رجوع شود به ص ۲۹۰ همان مقاله.

2 - Clause compromissoire

اغلب کشورها ـ اعم از کشورهای حقوق نوشته (رومانیست)، کشورهای سوسیالیستی و کشورهای کامن‌لو ـ پذیرفته شده است.[۱] در ایالات متحدهٔ آمریکا، دیوان عالی در رأی پریماپینت[۲] (۱۹۶۷) این اصل را اعلام کرده که در مسائل مربوط به حقوق فدرال، شرط ارجاع به داوری نسبت به قرارداد اصلی، مستقل است.[۳] حتی در داوری بین دولتها استقلال شرط مزبور مورد قبول واقع شده است.[۴]

۱۹ . حال باید دید آیا این قاعده نسبت به شرط اعطای صلاحیت به دادگاه کشور معین نیز قابل تعمیم است یا خیر؟ مسئله قابل بحث است و تا آنجا که ما بررسی کردیم این مسئله کمتر مورد بحث مؤلفان واقع شده است. معهذا بعضی از نویسندگان از استقلال شرط اعطای صلاحیت و عدم تفاوت بین آن و شرط ارجاع به داوری از این لحاظ دفاع کرده‌اند.[۵]

دو دلیل عمده در این باب وجود دارد: یکی آنکه وقتی اعتبار و صحت قرارداد اصلی زیر سؤال باشد، تازه در این مورد شرط مزبور اهمیت پیدا می‌کند؛ زیرا با استقلال شرط، مرجع تعیین شده می‌تواند به مسئلهٔ صحت قرارداد رسیدگی کند. در غیر این صورت رسیدگی به ماهیت به علت تردید در موضوع صلاحیت به تأخیر خواهد افتاد. دیگر آن که از لحاظ علمی مسئلهٔ صلاحیت جدا از ماهیت است و دلیل قاطعی وجود ندارد که صلاحیت و ماهیت تابع قانونی واحد و دارای سرنوشتی واحد باشند.[۶]

این دلایل، هم در مورد شرط ارجاع به داوری و هم د رباب شرط صلاحیت دادگاه صادق است.

دلیل دیگری که در تأیید این نظر می‌توان آورد، مقررات عهدنامهٔ وین در باب بطلان عهدنامه است. برابر این مقررات، بطلان عهدنامه موجب بطلان شرط یا شروط مربوط به حل اختلاف نخواهد بود (رجوع شود به بند ۴ مادهٔ ۶۰ و بند ۴ مادهٔ ۶۵). پس اصل استقلال شرط تعیین مرجع رسیدگی در عهدنامهٔ وین هم پذیرفته شده است و از این لحاظ فرقی بین یک قرارداد بین‌المللی (موضوع عهدنامهٔ وین) و قراردادهای دیگر نیست. بنابراین می‌توان گفت شرط اعطای صلاحیت به

---

1 - DAVID (R.), L'arbitrage dans le commerce international, Paris 1982, no 211; Encyclopédie Dalloz, Droit international, Arbitrage (Droit international privé), nos 52 et s.

2 - Prima Paint

۳ ـ داوید، همان کتاب، ش ۱۳.

۴ ـ دائرةالمعارف دالوز، حقوق بین‌الملل: ج ۱، بخش داوری در حقوق بین‌الملل عمومی، ش ۱۶۵ ببعد.

5 - GAUDEMET-TAILON (H.), La prorogation volontaire de juridiction en Droit international privé, Paris 1965, nos 87 et s.

۶ ـ همان کتاب، ش ۹۰.

دادگاه کشور معین، از جمله شرط صلاحیت دادگاههای ایران، نسبت به قرارداد اصلی که شرط در آن ذکر شده است استقلال دارد و ادعای بطلان قرارداد یا حتی اثبات آن، به اعتبار شرط لطمه نمی‌زند و دادگاه ملی تعیین شده باید به دعوی رسیدگی کند، مگر اینکه بطلان شرط، جداگانه به اثبات برسد.

ب ـ دعوای بطلان قرارداد و مأخوذ شدن به آن ـ نظریهٔ استاپل [1]

۲۰ . اگر خواندهٔ دعوی در مرجعی غیر از دادگاه معین مذکور در قرارداد مدعی بطلان قرارداد منشأ دعوی شده باشد، ممکن است خواهان بگوید که چون خوانده مدعی بطلان قرارداد شده است، دیگر نمی‌تواند از شرط صلاحیت دادگاه معین مذکور در قرارداد استفاده کند و قاعدهٔ استاپل مانع استناد به آن شرط خواهد بود. برای رد این استدلال مفهوم استاپل و شرایط آن را درکامن لو و حقوق بین‌الملل به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم.

استاپل درکامن‌لو

۲۱ . استاپل بطور کلی عبارت از این است که یک طرف دعوی بعلت رفتار خود، از اینکه حقی را به زیان طرف دیگر که ذیحق در اعتماد به چنین رفتاری بوده یا بر طبق آن عمل کرده است مطالبه کند، منع می‌شود. استاپل هنگامی مطرح می‌شود که شخص اظهار یا عملی کرده یا سندی داده باشد که در این صورت به موجب قانون نمی‌تواند بر خلاف آن سخنی بگوید؛ زیرا یک وضعیت یا رفتار متعارض راکه مو جب زیان دیگری باشد نمی‌توان پذیرفت.[2]

استاپل یک نهاد ویژهٔ نظام کامن‌لو است، هر چند که در نظامهای دیگر حقوقی هم نهادها و قواعدی مشابه دیده می‌شود و از اینجاست که بعضی از مؤلفان آن را بعنوان یکی از «اصول کلی

---

1 - Estoppel

2 - Estoppel/stóp 1/. «Estoppel» means that party is prevented by his own acts from claiming a right to detriment of other party who was entitled to rely on such conduct and has acted accordingly. Graham v. Asbury, 112 Ariz. 184, 450 p. 2d 656, 658. An estoppel arises when one is concluded and forbidden by law to speak against him own act or deed. Gural v. Engle, 128 N.J.L. 252, 25 A. 2d 257, 261. An inconsistent position, attitude or course of conduc may not be adopted to loss or injury of another. Brand v. App., 95 S.W. 2d 994, 997. See Restatement, Agency Second § 8B. (Black's Law Dictionary, 5th ed.).

حقوق مشترک بین ملل متمدن» معرفی کرده‌اند.[۱]

۲۲ . استاپل دارای اقسام متعددی است، ولی آنچه به بحث ما مربوط می‌شود قسمتی است که آن را estoppel by conduct (مانع ناشی از رفتار)، equitable estoppel (استاپل منصفانه) و estoppel in pais نامیده‌اند. در این نوع استاپل، شخصی با گفتار یا کردار خود باعث می‌شود که شخص دیگری اعتقاد به وجود وضعیت خاصی پیدا کند و براساس این اعتقاد به زیان خود عمل نماید. در این‌صورت شخص مزبور ممنوع است از اینکه وجود آن وضعیت را نفی نماید.[۲] بسیاری از آرائی که در زمینهٔ استاپل ناشی از رفتار صادر شده نشانگر اصلی است که به موجب آن هنگامی که تضاد در رفتار موجب زیان دیگری می‌گردد، حقوق تداوم و عدم تضاد را لازم می‌داند. مثلاً در رأی شوفلد کلیم[۳] ایالات متحده استدلال می‌کند که چون گواتمالا نسبت به امتیازی که به شوفلد داده به مدت شش سال بعنوان امتیازی صحیح و معتبر رفتار کرده است، اکنون نمی‌تواند در دادگاه صحت آن را نفی کند، و به قاعدهٔ استاپل استناد می‌نماید و داور این استدلال را می‌پذیرد.[۴] در رأی پینسون[۵] (۱۹۲۸) نیز براساس همین اصل، کمیسیون مختلط داوری فرانسه ـ مکزیک نظر می‌دهد که دولت خوانده نمی‌تواند شخصی را که با او بعنوان یک خارجی رفتار کرده است به منظور اثبات عدم پذیرش دعوی، تبعهٔ خود معرفی کند.[۶]

عناصر اصلی استاپل در حقوق آمریکا

۲۳ . در کتاب Corpus Juris Secundum (ج ۳۱، بخش ۶۷) عناصر اصلی استاپل ناشی از رفتار که بدون آنها این نهاد حقوقی تحقق پیدا نمی‌کند، براساس آرای قضائی آمریکا به شرح زیر بیان شده است:

ـ باید با گفتار یا کردار یا سکوت شخص، وقایع و موضوعات به گونه‌ای نادرست معرفی

---

1 - MAC GIBBON (I.C.), Estoppel in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 7, 1958, p.468.

2 - CROSS and WILKINS, Outline of the Law of Evidence, 5th ed. 1980, p. 244-245.

3 - Shufeld Claim

4 - BOWETT (D.W.), Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, The British Year Book of International Law 1957, p.186.

5 - Pinson

6 - R.I.A.A. vol. v,p.381.

گردیده یا پنهان شده باشد.

ـ باید آن امر با علم و اطلاع شخص صورت گرفته باشد یا فرض شود که شخص از آن اطلاع داشته است.

ـ باید طرف دیگر از حقیقت آن وقایع و موضوعات اطلاع نداشته باشد.

ـ باید آن امر به قصد اینکه طرف دیگر بر وفق آن رفتار کند، انجام شده باشد.

ـ باید طرف دیگر به آن اعتماد یا بر طبق آن به زیان خود عمل کرده باشد.[۱]

به تعبیر ساده‌تر و شایع‌تر، در حقوق آمریکا استاپل ناشی از رفتار دارای عناصر زیراست:

۱ ـ باید قبول یا گفتار یا کرداری معارض با ادعای بعدی طرف دعوی وجود داشته باشد.

۲ ـ باید طرف دیگر به اعتماد آن قبول یا گفتار یا کردار رفتار کرده باشد.

۳ ـ باید در صورت مجاز شناختن طرف دعوی به تناقض گوئی یا ترک قبول یا گفتار یا کردار پیشین، زیانی به طرف دیگر وارد شود.

در صورت فقدان یکی از عناصر فوق استاپل محقق نخواهد شد.[۲]

۲۴ . حال ببینیم آیا استاپل مورد استناد خواهان در موردی که خوانده، مدعی بطلان قرارداد شده باشد، واجد شرایط و عناصر فوق هست یا خیر؟ برای سهولت کار فقط تعبیر اخیر از عناصر را که ساده‌تر است ملاک بحث قرار می‌دهیم.

به نظر می‌رسد که هیچ یک از عناصر سه گانهٔ مذکور در مسئلهٔ مورد بحث وجود ندارد، زیرا:

اولاً چه بسا رفتار یا گفتار متعارضی از خوانده صادر نشده است. خوانده صرفاً ادعای بطلان قرارداد را کرده و ادعای عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعوی به اعتبار صلاحیت دادگاهی که در قرارداد تصریح شده است با آن تعارضی ندارد؛ چراکه ممکن است با وجود بطلان قرارداد، شرط صلاحیت دادگاه معین که می‌تواند سرنوشت مستقلی داشته باشد، صحیح و معتبر باشد.

ثانیاً طرف دیگر براساس اعتماد به ادعای بطلان قرارداد، عملی انجام نداده است. بلکه بر عکس، اگر کارهائی بوسیلهٔ خواهان انجام شده باشد، بر مبنای صحت قرارداد بوده است.

ثالثاً در نتیجه ادعای خوانده زیانی به خواهان وارد نمی‌شود. چون بالمآل دادگاه است که در مورد صحت یا بطلان قرارداد تصمیم می‌گیرد و ادعای بطلان قرارداد، تعیین کننده نیست تا بتواند موجب زیان تلقی گردد.

۲۵ . نکتهٔ دیگری که ذکر آن برای روشن شدن مطلب سودمند به نظر می‌رسد این است که استاپل همان‌طور که در کتاب مذکور تصریح شده و از شرایط و عناصر فوق نیز برمی‌آید، فقط

---

۱ ـ کتاب Corpus Juris Secundum ج ۳۱، بخش ۷۶، ص ۴۰۲.

۲ ـ همان کتاب، ص ۴۰۵ ـ ۴۰۶.

هنگامی قابل تحقق است که طرفی که استاپل علیه او اعمال می‌شود، مرتکب تقصیر[1] شده باشد و در فرض ما خواندهٔ دعوی، با ادعای بطلان قرارداد، مرتکب هیچ گونه تقصیری نشده‌است.[2]

بدینسان ملاحظه می‌شود که بر طبق حقوق آمریکا مبنائی برای استناد به استاپل در مسئلهٔ مورد بحث وجود ندارد. اینکه باید دید آیا بر طبق حقوق بین‌الملل دلیل موجهی در این خصوص می‌تواند وجود داشته باشد.

استاپل در حقوق بین‌الملل

۲۶ . برخی از مؤلفان قدیمی منکر وجود استاپل در حقوق بین‌الملل شده‌اند؛ ولی مؤلفان جدید با توجه به پاره‌ای آرای بین‌المللی وجود این نهاد را در حقوق بین‌الملل شناخته و حتی بعضی آن را بعنوان یک «اصل حقوقی مشترک بین ملل متمدن» معرفی کرده‌اند. پروفسور باوت[3] طی مقاله‌ای که تحت عنوان Estoppel Before International Tribunal and its Relations to Acqueiscene در سالنامهٔ بریتانیائی حقوق بین‌الملل، سال ۱۹۵۸، به چاپ رسانده، ضمن اعلام پذیرش این نهاد در حقوق بین‌الملل، عناصر و شرایط اساسی آن را شرح داده است.[4] باید یادآور شد که پروفسور باوت در این تحقیق برای روشن کردن مفهوم استاپل از حقوق داخلی (کامن‌لو) استفاده کرده است. این مؤلف پس از ذکر اقسام استاپل در حقوق بین‌الملل، عناصر اصلی آن را با استناد به آرای بین‌المللی بشرح زیر برشمرده است:

الف ـ مفهوم اظهار طرفی که استاپل علیه او اعمال می‌شود باید روشن و غیرمبهم باشد. مثلاً در پروندهٔ گرینلند شرقی[5] (۱۹۳۳) نروژ ادعا می‌کند که یادداشت دولت دانمارک در سالهای ۱۹۱۵ تا ۱۹۲۱ به قدرتهای مختلف مبنی بر درخواست شناسائی موضع دانمارک در گرینلند مانع از آن است که این کشور بتواند نسبت به این سرزمین ادعای حاکمیت نماید. ولی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری[6] این استدلال را بعنوان اینکه یادداشت دولت مزبور ضرورتاً این معنی را نداشته است،

---

1 - Fault

۲ ـ همان کتاب، ص ۴۰۷.

3 - Bowett

۴ ـ برای خلاصهٔ این شرایط رجوع شود به:

IAN BROWNLEI, principles of Public International Law, 2d ed. Oxford 1977, pp.618 s.

5 - Eastern Greenland

6 - P.C.I.J.

رد می‌کند.[۱]

ب ـ اظهار طرف باید ارادی، غیر مشروط و مجاز باشد. بنابراین اگر طرفی که در مقابل او به استاپل استناد می‌شود، در اثر اکراه یا تقلب اظهاری کرده باشد یا اظهار او مشروط به شرطی بوده یا اختیار چنین اظهاری را نداشته باشد، موردی برای اعمال استاپل وجود نخواهد داشت. کافی است برای مجاز بودن اظهار، مثالی ذکر کنیم: در پروندهٔ گرینلند شرقی ـ که به آن اشاره شد ـ دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری اعلام می‌کند که وزیر امور خارجهٔ یک دولت اختیار دارد در حدود وظایف خود با دولتهای دیگر مکاتبه کند و اظهار او در پاسخ به نمایندهٔ سیاسی یک کشور خارجی، کشور متبوع او را متعهد خواهد کرد.[۲]

ج ـ باید طرف دیگر براساس حس نیت، به اظهار مزبور به زیان خود یا به سود اظهارکننده اعتماد و بر طبق آن عمل کرده باشد. مثلاً در پروندهٔ وام صربستان [۳] (۱۹۲۹) دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری اعلام می‌کند که مبنای کافی برای اعمال قاعدهٔ استاپل وجود ندارد؛ زیرا در وضع دولت بدهکار تغییری حاصل نشده است: بدهی دولت صربستان بصورت پیشین باقی مانده و فقط دولت مدیون، کمتر از مبلغی که می‌بایست به موجب قراردادهای وام بپردازد، پرداخته است. همچنین در داوری تینوکو [۴] (۱۹۲۴)، دولت کوستاریکا استدلال می‌کند که دولت بریتانیا به علت عدم شناسائی دولت تینوکو، بنا به قاعدهٔ استاپل ممنوع است از اینکه ادعا کند که دولت تینوکو امتیازاتی داده که برای دولت جانشین آن تعهدآور است. ولی داور این استدلال را رد می‌کند بدین دلیل که عدم شناسائی، موجب تغییری در وضع دولت جانشین براساس اعتماد به عدم شناسائی نشده است و یک استاپل منصفانه باید مبتنی بر رفتار شخصی باشد که استاپل علیه او اعمال می‌شود؛ «رفتاری که وضعی برای خواهان استاپل ایجاد کند که در آن وضع، حقیقت موجب زیان او باشد».[۵]

۲۷ . اینها شرایطی هستند که برای اعمال استاپل در حقوق بین‌الملل ذکر شده است حال ببینیم آیا در مورد ادعای بطلان قرارداد اصلی، از سوی خوانده، آیا شرایط استاپل وجود دارد و خواهان می‌تواند به این قاعده استناد کند. به نظر می‌رسد که پاسخ این سؤال منفی است زیرا:

اولاً ادعای بطلان قرارداد صریح در این نیست که شرط صلاحیت دادگاه معین هم که در قرارداد بوده است باطل اعلام شده باشد. ممکن است قرارداد، باطل ولی شرط صلاحیت، مستقل ومعتبر

---

۱ ـ مقالهٔ باوت، ص ۱۸۸ زیرنویس ۴.

۲ ـ همان مقاله، ص ۱۹۲.

3 - Serbian Loan

4 - Tinoco

۵ ـ همان مقاله، ص ۱۹۳.

تلقی شود.

ثانیاً می‌توان گفت اعلام بطلان قرارداد بر فرض اینکه بطور ارادی و بوسیلهٔ نمایندهٔ مجاز دولت یا مؤسسهٔ تحت کنترل او صورت گرفته باشد، غیر مشروط نبوده است. یعنی در اینجا یک شرط ضمنی وجود دارد که عبارت است از تصمیم دادگاه. به تعبیر دیگر، طبق ارادهٔ ضمنی اظهار کننده، بطلان قرارداد، مشروط و معلق به قبول آن از سوی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی است نه منجّز و غیر مشروط که به صرف اعلام، آثار خود را ببار آورد.

ثالثاً خواهان با اعتماد به بطلان قرارداد، عملی به زیان خود یا به سود خوانده انجام نداده و به تعبیر دیگر اعلام بطلان قرارداد تغییری در وضع خواهان ایجاد نکرده که اثبات خلاف آن موجب زیان او باشد.

استناد خوانده به استاپل

۲۸ . بنابر آنچه گفته شد و با فرض اینکه در قرارداد، صلاحیت دادگاه معین شرط شده ولی خواهان در مرجع دیگری طرح دعوی کرده باشد، خواهان نمی‌تواند با نفی صلاحیت دادگاه معین مذکور در قرارداد به استاپل استناد کند. برعکس، خوانده برای منع خواهان از استناد به استفادهٔ بلاجهت در صورت وجود قرارداد، می‌تواند به استاپل استناد نماید. در حقوق انگلیس و آمریکا قاعده‌ای به نام rule of election of remedies وجود داد که می‌توان آن را به قاعدهٔ انتخاب طرق جبران ترجمه کرد. این قاعده از مصادیق استاپل از طریق رفتار است. مقصود از قاعدهٔ مذکور این است که اگر طرف دعوی حق داشته باشد به یکی از دو راه حل پیش‌بینی شده در قانون و به عبارت دقیق‌تر به یکی از دو مبنای پذیرفته شده در حقوق، برای دعوی متوسل شود نه به هر دو، و یکی از آن دو را انتخاب کند، ممنوع است از اینکه بعداً مبنای دعوای خود را تغییر دهد. در برخی از دادگاههای بین‌المللی هم این نوع استاپل ظاهراً تأیید شده است. در پروندهٔ Yukon Lumber Comany مقداری چوب از طرف یک شرکت انگلیسی به مقامات ایالات متحده فروخته شده و قسمتی از ثمن معامله پرداخت نشده بود و این مسئله مطرح شد که آیا ایالات متحده مسئول پرداخت ثمن معامله است یا خیر؟ دادگاه بین‌المللی در این پرونده اعلام کرد: در برابر این دادگاه دولت بریتانیا پرداخت ثمن معامله را مطالبه کرده و بصورت تخییری[1] معادل ارزش چوبها را خواسته است، عقیدهٔ این دادگاه آن است که بعد از تأیید ورود به ملک (برای قطع الوار) و مطالبهٔ ثمن معامله به مدت سیزده سال و نیز مطالبهٔ ثمن در حال حاضر، غیر ممکن است که دولت بریتانیا ادعای مالکیت چوب را داشته باشد و ارزش چیزی را که مصرف شده است مطالبه کند. «به نظر می‌رسد که مطالبهٔ یکی از آن دو با مطالبهٔ دیگری بصورت تخییری، متعارض است؛ زیرا آشکار

---

1 - alternative

است مطالبهٔ ثمن معامله مانع مطالبهٔ بدل مبیع است».[۱]

ملاحظه می‌شود که در پروندهٔ فوق خواهان از یک سو بر مبنای قرارداد، ثمن معامله را مطالبه کرده و از سوی دیگر مبنای غیر قراردادی برای دعوی قائل شده و بعنوان مالکیت عین و تلف آن، ارزش مال تلف شده و به اصطلاح حقوق مدنی، بدل آن را مطالبه کرده است، ولی دادگاه این دو مبنا را غیر قابل جمع تشخیص داده و بنا به قاعدهٔ استاپل خواهان را از مطالبهٔ بدل منع کرده است. در فرض ما هم از یک سو خواهان به قرارداد و از سوی دیگر به استفادهٔ بلاجهت که یک مبنای غیر قراردادی است، استناد می‌کند؛ لیکن چون این دو مبنا غیر قابل جمع هستند، باید خواهان بنا به قاعدهٔ استاپل از توسل به مبنای دوم ممنوع گردد.

نتیجه

۲۹ . از آنچه گفته شد می‌توان نتایج زیر را بدست آورد:

۱ ـ استفادهٔ بلاجهت یا دارا شدن غیر عادلانه با قرارداد قابل جمع نیست. شخص در صورتی می‌تواند به استفادهٔ بلاجهت استناد کند و آن را مبنای دعوای خود قرار دهد که مبنای دیگری برای دعوی، بویژه یک مبنای قراردادی، وجود نداشته باشد. هرگاه استفاده یا دارا شدن، ناشی از قراردادی باشد که بین طرفین منعقد شده است، این استفاده نه بلاجهت است نه غیر عادلانه. قرارداد جهت و مجوز قانونی استفاده و دارا شدن بشمار می‌آید و از این لحاظ نمی‌توان آن را غیر عادلانه به مفهوم مقصود در این بحث محسوب داشت. وانگهی طبق قاعده‌ای که در حقوق داخلی و آرای بین‌المللی پذیرفته شده دعوای استفادهٔ بلاجهت یک دعوای فرعی است که فقط هنگامی که دعوای دیگری ـ اعم از قراردادی و غیر قراردادی ـ وجود نداشته باشد، می‌توان به آن توسل جست.

۲ ـ هرگاه در قرارداد، شرط صلاحیت دادگاه معین پیش‌بینی شده باشد، به علت وجود قرارداد، خواهان نمی‌تواند به استفادهٔ بلاجهت استناد کند.

۳ ـ هرگاه خوانده ادعای بطلان قرارداد را کرده باشد، در صورت وجود شرط صلاحیت دادگاه معین، می‌توان قائلُ به استقلال شرط و در نتیجه عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعوی شد، مگر اینکه بطلان شرط، جداگانه به اثبات برسد.

استناد خواهان به استاپل ـ که یک نهاد حقوقی مهم و مانع قبول گفتار یا رفتار معارض است ـ برای خنثی کردن شرط صلاحیت، موجه نیست؛ زیرا لازم است شرایط تحقق استاپل بدانگونه که در کامن‌لو و حقوق بین‌المللی اعلام شده است، در این خصوص محرز شود. (رجوع شود به شمارهٔ ۲۳ ببعد).

۴ ـ بنابراین در صورت وجود قراردادی که متضمن شرط صلاحیت دادگاه معین باشد، استناد به

---

۱ ـ باوت، همان مقاله، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.

استفادهٔ بلاجهت درست نیست؛ اعم از اینکه خواهان قبل از اعلام عدم صلاحیت از سوی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی به آن استناد کرده باشد یا پس از آن، و خواه ادعای بطلان قرارداد شده باشد یا نه، و خواه مدعی از آغاز در دادخواست خود دو مبنا بصورت تخییری برای دعوی خود ذکر کرده باشد یا بعداً مبنای دعوی را تغییر دهد.

مقالهٔ نهم

قوّهٔ قاهره یا فورس ماژور
بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل
و قراردادهای بازرگانی بین المللی [1]

مقدمه

قوّهٔ قاهره یا فورس ماژور یکی از مسائلی است که در قراردادهای بین‌المللی مطرح بوده و در اغلب اینگونه قراردادها شرطی راجع به آن دیده می‌شود؛ حتّی در زمینهٔ مسئولیت خارج از قرارداد هم ممکن است برای معافیت و برائت متعهّد از مسئولیت، به قوّهٔ قاهره استناد شود. در دعاوی ایران و آمریکا نیز هر دو طرف دعوی ممکن است جهت سلب مسئولیت ازخود، به قوهٔ قاهره استناد کنند و از این جهت، مسئله دقیق و حسّاس است.

در این بررسی نخست به بحث از تعریف قوّهٔ قاهره می‌پردازیم (بخش اوّل)؛ سپس شرایط و آثار آن را بر طبق قواعد عمومی مطالعه می‌کنیم (بخش دوّم)؛ آنگاه مواردی از فورس ماژور مانند انقلاب، اعتصاب و منع قانونی را که ممکن است در دعاوی بین ایران و آمریکا مورد استناد واقع

۱- این مقاله عمدتاً به منظور استفاده در دعاوی ایران ـ ایالات متحده نوشته شده است، لیکن نظر به فایدهٔ عامّ آن ، با اصلاحاتی چند در مجلهٔ حقوقی، شماره سوم ـ پاییز ۱۳۶۴، به چاپ رسیده است. در تهیه این مقاله، خانم فرشته ریاضی و آقای عیسی آقاجانی، به عنوان دستیار تحقیق، در گردآوری منابع و مآخذ، با مؤلف همکاری داشته‌اند.

شود، بررسی می‌نمائیم (بخش سوّم)؛ و بالاخره از قوّهٔ قاهره در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی سخن می‌گوئیم (بخش چهارم). در این بررسی، هم حقوق داخلی و هم حقوق بین‌الملل مورد مطالعه قرار خواهند گرفت. در مطالعهٔ حقوق داخلی بیشتر به حقوق فرانسه و آمریکا مراجعه خواهد شد؛ به حقوق فرانسه بدان جهت که اصطلاح فورس ماژور از کد ناپلئون گرفته شده و حقوق فرانسه در واقع بنیانگذار نظریه فورس ماژور و نیز الهام بخش قانون مدنی ایران در مواد راجع به قوّهٔ قاهره بوده است؛ و به حقوق آمریکا از آن رو که در برخی از دعاوی مطروحه در دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده (لاهه)، طبق توافق طرفین قرارداد، حقوق ایالات متحده حاکم است که آگاهی از آن لازم و سودمند می‌باشد.

بخش اوّل
تعریف فورس ماژور

الف ـ حقوق تطبیقی

فورس ماژور که در فارسی به قوّهٔ قاهره یا قهوّهٔ قهریّه ترجمه شده اصطلاحی در حقوق فرانسه است که ظاهراً نخست در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) بکار رفته و سپس در کشورهای دیگر، همین لفظ یا ترجمهٔ آن معمول شده و در حقوق بین‌الملل نیز همین اصطلاح حتّی در حقوق و کتابهای انگلیسی مورد استفاده و رایج است.

در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنی عامّ[1] و معنی خاصّ[2] است. فورس ماژور به معنی عامّ عبارت است از هر حادثهٔ خارجی (خارج از حیطهٔ قدرت متعهّد) غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب که مانع اجرای تعهّد باشد. فورس ماژور بدین معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهّدٌله که واجد دو صفت مذکور باشند نیز خواهد شد. امّا فورس ماژور به معنی خاصّ، حادثه‌ای است بی‌نام[3] (یعنی غیر منتسب به شخص معیّن و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی)، غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب.[4]

---

1 - lato sensus

2 - stricto sensus

3 - anonyme

4 - Mazeaud (H.L.J.)et de Juglart (M.), Leçons de Droit civil, T.II, ler vol., Paris 1978, no 572 et 573.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس ماژور و حادثهٔ غیر مترقبّه[1] فرق گذاشته و گفته‌اند که حادثهٔ غیر مترقبّه حادثه‌ای درونی یعنی وابسته به فعالیت متعهّد یا بنگاه او است مانند آتش‌سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن راه‌آهن و اعتصاب در پاره‌ای موارد؛ در حالیکه فورس ماژور حادثه‌ای برونی است مانند سیل، توفان و غیره[2].

در فرهنگ اصطلاحات حقوقی Lexique de Termes Juridiques که زیر نظر دو استاد معروف: J. Guillien - J.Vincent تهیه شده در تعریف فورس ماژور چنین آمده است:

> حقوق مدنی ـ به معنی عامّ، هر حادثهٔ غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب است که متعهّد را از اجرای تعهّد باز دارد. فورس ماژور موجب برائت است. فورس ماژور به معنی خاصّ در مقابل حادثهٔ غیر مترقبه قرار می‌گیرد و عبارت از حادثه‌ای برونی است؛ بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهّد باشد (نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث).

معنی عامّ مذکور در این تعریف با معنای عامّی که قبلاً با استفاده از کتاب معروف «مازو»ها ذکر شده، تفاوتی ندارد؛ ولی معنی خاصّ آن متفاوت است و هر دو معنی خاصّ در نوشته‌های حقوقی فرانسه دیده می‌شود. به عبارت روشن‌تر فورس ماژور در معنی خاصّ گاهی برای حادثهٔ غیر منتسب به شخص معیّن، غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب بکار می‌رود و گاهی در مقابل «حادثهٔ غیر مترقبّه» برای حادثهٔ برونی و بیگانه با شخص متعهّد. به هر حال فورس ماژور به معنی عامّ حادثه‌ای است که نمی‌توان آن را به متعهّد مربوط نمود (مادّهٔ ۲۲۷ قانون مدنی ایران) اعم از اینکه ارتباطی با قلمرو فعالیت متعهد داشته و «حادثه غیر مترقبّه» تلقّی شود یا صرفاً ناشی از عوامل برونی و جدا از متعهّد باشد. چنانکه خواهیم دید در صورتیکه عدم اجرای تعهّد، ناشی از تقصیر متعهّد باشد، فورس ماژور تحقّق نخواهد یافت.

در حقوق امروز فرانسه بین فورس ماژور و حادثهٔ غیر مترقبّه معمولاً فرق نمی‌گذارند و در رویّهٔ قضایی فرانسه هر دو به طور مترادف بکار می‌روند[3]؛ هر چند که بعضی از حقوقدانان فرانسوی و غیر فرانسوی هنوز بین این دو مفهوم تفاوت قائلند. در حقوق بین‌الملل معمولاً کلمهٔ فورس ماژور به معنی عامّ بکار می‌رود که هم فورس ماژور به معنی خاصّ و هم حادثهٔ غیر مترقبّه را در

---

1 - Cas fortuit, fortuitous event

2 - Weill (A.), Terré (F.), Droit civil, Les Obligations, Paris, 1980, no 412.

3 - CARBONNIER (J.), Droit civil, T. 4, Obiligations, 7e éd. Paris 1972, no 74, p. 245; WEILL, op. cit., no 412.

برمی‌گیرد.[۱]

فورس ماژرو به معنی عامّ با اصطلاح «کار خدا»[۲] متفاوت است. اصطلاح دوّم فقط شامل حوادث غیر عادی است که دارای علل طبیعی هستند و بدون دخالت بشر روی می‌دهند؛ در حالیکه فورس ماژور دارای معنی گسترده‌تری است و پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را نیز در بر می‌گیرد.[۳]

در «کامن لو» اصطلاح فورس ماژور معمولاً بکار نمی‌رود؛ ولی مسائل و موارد فورس ماژور تحت عنوان انتفای قرارداد[۴] یا عدم امکان[۵] مطرح می‌گردد. این نهادهای حقوقی از لحاظ نظری با نهاد فورس ماژور متفاوتند و بویژه قلمروی وسیع‌تر از فورس ماژور دارند؛ معهذا رکشورهای کامن‌لو با استفاده از این نظریات به نتایجی می‌رسند که کم و بیش مشابه نتایج حاصل از فورس ماژور است.[۶] وانگهی فورس ماژور در قراردادهای اقتصادی بین‌المللی که کشورهای مذکور منعقد می‌نمایند نیز بکار می‌رود و حتّی در فرهنگهای اصطلاحات حقوق انگلیس آن را ذکر می‌کنند. در فرهنگ حقوقی «بلاک» در این باب چنین می‌خوانیم:

> فورس ماژور. فرانسوی. در حقوق بیمه: نیروهای فائق یا غیر قابل اجتناب. اینگونه شرط در قراردادهای ساختمانی برای حمایت طرفین قرارداد، معمول است؛ در موردی که بخشی از قرارداد، در نتیجهٔ عللی که خارج از کنترل طرفین است و نمی‌توان با مراقبت شایسته از آن اجتناب کرد،

---

۱ ـ برای نظریه‌های مختلف در فرق بین دو اصطلاح مذکور رجوع شود به: سند سازمان ملل دربارهٔ فورس ماژور به شمارهٔ A/CN. 4/315 منتشر شده در سالنامهٔ کمیسیون حقوق بین‌الملل: جلد ۲، بخش ۱، ص ۷۰ ش ۱۸. (Yearbook of the International Law Commission 1978, vol. II Part 1.)

2 - Act of God

۳ ـ همان سند، ص ۶۸.

۴ ـ این اصطلاح به عقیم شدن نیز ترجمه شده است.

. frustration

5 - impossibility

۶ ـ برای مقایسهٔ فورس ماژور و فراستریشن رجوع شود به:

GHRISTOU (R.), A comparison between the doctrines of force majure and frustration, Law and Finance Review, 1982 vol. 3, pp. 75 s.

غیر قابل اجرا باشد.

ب ـ حقوق بین‌الملل

قاعدهٔ فورس ماژور نه فقط در حقوق داخلی فرانسه و سایر کشورهای صاحب حقوق نوشته و نیز در کامن‌لو (تحت عناوین دیگر) پذیرفته شده و حتی بعنوان یک اصل کلّی حقوقی مشترک بین ملل متمدن معرفی گردیده[۱]، بلکه در حقوق بین‌الملل عمومی در روابط بین دولتها و بویژه در باب مسئولیت بین‌المللی دولت نیز مطرح است. بعضی از علمای حقوق بین‌الملل دربارهٔ امکان استناد به قوّهٔ قاهره برای سلب مسئولیت بین‌المللی دولت تردید کرده‌اند[۲]؛ لیکن نظریهٔ غالب این است که این مفهوم در حقوق بین‌الملل عمومی هم قابل اعمال است.

«روسو» استاد بنام حقوق بین‌الملل عمومی در جلد اول کتاب حقوق بین‌الملل خود در این باب چنین می‌گوید:

> فورس ماژور عبارت از یک مانع غیر قابل اجتناب ناشی از رویدادهای خارجی است که یا از اجرای تعهّد و یا از رعایت یک قاعدهٔ حقوق بین‌الملل جلوگیری می‌کند. همهٔ نظامهای حقوقی داخلی، رفع مسئولیت شخصی را که بر اثر قوهٔ قاهره، اجرای تعهّدات قراردادی برای او مطلقاً غیر ممکن شده است، می‌پذیرند. در حقوق بین‌الملل، اثر فورس ماژور، معافیت دولت از مسئولیتی است که معمولاً به سبب عدم اجرای عهدنامه دامنگیر آن است.[۳]

روسو در جلد ششم کتاب مذکور در باب علل معافیت از مسئولیت بین‌المللی نیز مسئله را مطرح کرده و پس از تعریف فورس ماژور و اعلام اینکه فورس ماژور در حقوق بین‌الملل عمومی نیز مانند حقوق خصوصی علّت معافیت از مسئولیت است، به سه رأی بین‌المللی به شرح زیر استناد می‌کند:[۴]

۱ ـ رأی دیوان دائمی داوری مورّخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ در دعوای پرداخت غرامت جنگی بوسیلهٔ ترکیه به روسیه.

۲ ـ رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورّخ ۱۲ ژوئیهٔ ۱۹۲۹ در

---

1 - CHENG (B.), General Principles of Law, London 1953, pp .226 s.

2 - CAVARE (L.) Le Droit international public positif, T.II, Paris 1969, p.498-502-503.

3 - ROUSSEAU, Droit international public, T.I, Paris 1971, no 115.

4 - ROUSSEAU, op. cit, T.V, Paris 1983, no 89.

دعوای وامهای صربستان.

۳ ـ رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورّخ ۱۵ ژوئن ۱۹۲۹ در دعوای شرکت بازرگانی بلژیک.

در گزارش مشروحی که بوسیلهٔ دبیرخانهٔ سازمان ملل متحّد راجع به فورس ماژور تهیه شده و در اسناد سازمان ملل طیّ شمارهٔ A/Cn. 4/35 به ثبت رسیده است نیز فورس ماژور بعنوان یک نهاد حقوقی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل معرفی گردیده است. در این گزارش می‌خوانیم:

دفاع یا ایراد فورس ماژور یک علّت موّجه (رافع مسئولیت)، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل است. دیوان دائمی در رأی مورّخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ راجع به پرونده غرامت روسیه[1] پذیرفته است که «ایراد فورس ماژور... ممکن است در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح شود» و به دفاع یا ایراد فورس ماژور کراراً بعنوان یک «اصل کلّی حقوقی» ارجاع شده است. بدینسان گفته شده که: «این یک اصل کلّی حقوقی است که در صورت عدم امکان اجرای تعهّد به علّت فورس ماژور، متعهّد از هر مسئولیتی معاف است» و نیز گفته شده است که «بموجب اصل کلّی حقوقی شناخته شده در کلیّهٔ کشورها هرگاه خسارت، خارج از ارادهٔ دولت عامل و در نتیجهٔ فورس ماژور روی داده باشد، مسئولیت منتفی خواهد بود».[2]

درکنوانسیون وین دربارهٔ حقوق معاهدات (۱۹۶۹)، هر چند که لفظ فورس ماژور بکار نرفته، امّا به مفهوم آن اشاره شده است. مادّهٔ ۶۱کنوانسیون زیر عنوان «پیش‌آمد عدم امکان اجرا» چنین مقرر می‌دارد:

۱ ـ یک طرف می‌تواند به عدم امکان اجرای عهدنامه برای خاتمه دادن به آن یا کناره‌گیری از آن استناد کند در صورتیکه عدم امکان، ناشی از فقدان یا نابودی موضوعی باشد که برای اجرای عهدنامه ضروری بوده است. اگر عدم امکان موقّت باشد، فقط بعنوان زمینه‌ای برای تعلیق عمل به عهدنامه قابل استناد است.

۲ ـ هرگاه عدم امکان، نتیجهٔ نقض یک تعهد ناشی از عهدنامه یا تعهّد بین‌المللی دیگری در برابر هر یک از طرفهای دیگر عهدنامه باشد، عدم امکان اجرا بعنوان مبنای خاتمه دادن یا کناره‌گیری یا تعلیق عمل به

---

1 - Russian Indemnity

۲ ـ سالنامهٔ کمیسیون حقوق بین‌الملل ۱۹۷۸: جلد ۲، بخش ۱، ص ۶۸، ش ۹.

عهدنامه، قابل استناد نخواهد بود.[۱]

چنانکه ملاحظه می‌شود مفهوم فورس ماژور در این ماده منعکس است؛ ولی به نظر می‌رسد که این ماده فقط یکی از موارد فورس ماژور راکه ناشی از فقدان یا نابودی موضوع قرارداد می‌باشد، ذکر کرده است، در حالیکه فورس ماژور قلمروی گسترده‌تر دارد. بدین جهت مادّهٔ مزبور مورد انتقاد بعضی از علمای حقوق بین‌الملل واقع شده است.[۲]

بخش دوّم
شرایط و آثار فورس ماژور

نخست شرایط و ارکان فورس ماژور که تحقّق فورس ماژور منوط به وجود آنها است (الف) و سپس آثاری که فورس ماژور در صورت تحقّق ببار می‌آورد (ب)، مورد بحث قرار خواهد گرفت. بحث ما در اینجا مبتنی بر قواعد عمومی حقوق، یعنی قواعدی است که عموماً در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است.

الف ـ شرایط فورس ماژور

معمولاً برای فورس ماژور سه شرط، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل، ذکر می‌کنند:

۱ ـ حادثه باید غیر قابل اجتناب باشد.

۲ ـ حادثه باید غیر قابل پیش‌بینی باشد.

۳ ـ حادثه باید خارجی باشد.

اوّل ـ حادثه باید غیر قابل اجتناب باشد

حادثه‌ای فورس ماژور تلقّی می‌شود که غیر قابل اجتناب[۳] و به تعبیر دیگر غیر قابل دفع باشد. در واقع اجرای تعهّد با وقوع چنین حادثه‌ای غیر ممکن می‌شود و هیچ کس متعهّد به امر غیر ممکن نیست. در حقوق ایران، مادّهٔ ۲۲۹ قانون مدنی بدین شرط تصریح و در حقوق فرانسه، مادّهٔ ۱۱۴۸

---

۱ ـ برای توضیح دربارهٔ این مادّه رجوع شود به گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل درباره فورس ماژور، ش ۷۷ ببعد.

2 - REUTER (P.), Droit international public, Coll. Temis, Paris 1976, p.141.

3 - inévitable-irresistible

قانون مدنی بدان اشاره می‌کند.

در حقوق فرانسه گفته می‌شود مقصود از عدم امکان در این باب، عدم امکان مطلق است، نه نسبی یا شخصی[۱]. یعنی حادثه‌ای فورس ماژور تلقّی می‌شود که باعث عدم امکان اجرای تعهّد برای همه باشد، نه فقط برای متعهّد و ناشی از وسائل و امکانات ضعیف او[۲]. در حقوق آمریکا نیز ظاهراً همین نظر پذیرفته شده است؛ مثلاً بموجب بعضی از آراء، اعلام شده است که اعسار یا ورشکستگی متعهّد که از موارد عدم امکان شخصی است، موجب برائت او نخواهد بود[۳]. ولی در بعضی از نظامهای حقوقی، عدم امکان نسبی هم ممکن است فورس ماژور به شمار آید؛ مثلاً در حقوق آلمان، مادّهٔ ۲۷۵ قانون مدنی عدم امکان شخصی و نسبی را در صورتیکه منتسب به شخص متعهّد و قابل پیش‌بینی در زمان عقد نباشد، در حکم عدم امکان مطلق می‌داند.[۴] گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل دربارهٔ قوّهٔ قاهره در حقوق بین‌الملل هم نظریه‌ای را که عدم امکان مطلق و عینی را شرط تحقّق فورس ماژور می‌داند، بویژه اگر از نظر اجرا عمومیت داشته باشد، افراطی تلقّی می‌کند.[۵] عدم امکان ممکن است فیزیکی باشد، مانند موردی که سیل و زلزله و جنگ مانع اجرای تعهّد می‌شود، یا حقوقی، مانند عدم امکان ناشی از قانون جدید یا تصمیم اداری مبنی بر منع صادرات یا واردات یا سلب مالکیت یا ملّی کردن شرکت متعهّد.[۶]

به هر حال صِرف دشواری اجرای تعهّد، کافی برای تحقّق فورس ماژور نیست. حتّی در موردی که به علّت تغییر وضع اقتصادی، اجرای تعهّد بغایت سنگین و پر خرج باشد، فورس ماژور صادق نیست؛ هر چند ممکن است متعهّد در برخی از نظامهای حقوقی بتواند جهت تعدیل یا انحلال قرارداد به نظریهٔ دیگری که نظریهٔ «تغییر اوضاع و احوال» یا «دشواری»[۷] یا «عدم پیش‌بینی»[۸] یا

---

1 - subjective

۲ ـ کار بنیه، حقوق مدنی: ج ۴، ش ۷۴؛ مازوها، دروس حقوق مدنی: ج ۲، بخش ۱، ش ۵۷۶.

3 - CORBIN on Contract, T. 6, 1962, § 1332.

4 - VAN OMMESLAGHE (P.), Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats intenationaux, Revue de Droit international et de Droit comparé, 1980, p.22.

۵ ـ گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل (پانویس ۸)، ش ۱۶، ص ۷۰.

۶ ـ رجوع شود به مقالهٔ Van Ommeslaghe مندرج در مجلهٔ حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی، سال ۱۹۸۰، ص ۱۶-۲۲ و ۲۸.

7 - hardship

فراستریشن نامیده می‌شود، استناد کند.

دوّم ـ حادثه باید غیر قابل پیش‌بینی باشد

در حقوق فرانسه حادثه‌ای فورس ماژور تلقّی می‌شود که در زمان عقد قرارداد، برای انسان غیر قابل پیش‌بینی باشد؛ چه در صورتی که حادثه قابل پیش‌بینی باشد متعهّد مؤظّف است تدابیر احتیاطی بیشتری برای اجتناب از آن اتّخاذ کند و در نهایت باید از عقد قرارداد خودداری نماید. پس وقوع حادثهٔ قابل پیش‌بینی موجب سلب مسئولیت از متعهّد نخواهد شد.

البته غیر قابل پیش‌بینی بودن بدین معنی نیست که حادثه قبلاً هیچگاه واقع نشده باشد. همهٔ حوادثی که تازگی ندارند به یک معنی قابل پیش‌بینی هستند. قابلیت‌پیش‌بینی کلّی و مجرّد در اینجا مورد نظر نیست. حادثه هنگامی غیر قابل پیش‌بینی است که علّت خاصّی برای تصور پیش‌آمدنش وجود نداشته باشد؛ مثلاً زلزله در ناحیه‌ای که زلزله‌خیز نبوده است حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی تلقّی می‌شود. به تعبیر دیگر حادثه‌ای غیر قابل پیش‌بینی تلقّی می‌شود که وقوع آن غیر عادی، ناگهانی و نادر باشد.[۹]

شرط غیر قابل پیش‌بینی بودن در اغلب کشورها مقرّر است؛ ولی در حقوق انگلیس آن را لازم نمی‌دانند. در این کشور ممکن است یک حادثهٔ قابل پیش‌بینی نیز موجب انتفای قرارداد و سقوط تعهّد تلقّی شود، هر چند که قابل پیش‌بینی نبودن حادثه در اثبات و تشخیص اینکه تغییر بنیادی در قرارداد بر حسب ارادهٔ طرفین روی داده و درنتیجه، قرارداد نخستین منتفی شده است، مورد توّجه قرار می‌گیرد.[۱۰]

«تریتل» از مؤلّفان معروف انگلیسی می‌گوید:

> صرف اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آنان می‌بایست وقوع حادثه را پیش‌بینی کنند، مانع اجرای دکترین فراستریشن نیست. در دعاوی تاجگذاری،[۱۱] ابتلای ادوارد هفتم که (۶۰ ساله بوده) به بیماری، بطور معقول

---

8 - Théorie de l'imprévision

۹ ـ ویل، حقوق مدنی، تعهدات: ش ۴۱۳، ص ۴۷۶ و ۴۷۵.

۱۰ ـ مقالهٔ Vna Ommeslaghe ، ص ۱۹.

۱۱ ـ Coronation Cases مقصود آرائی است که به مناسبت تاجگذاری ادواردهفتم در انگلیس صادر شده است. برای دیدن مراسم تاجگذاری، بعضی از اشخاص قراردادهائی بستند؛ مثلاً آپارتمانی برای استفاده از پنجره‌های آن و یا قایقی برای تماشای ناوگانی که شاه فرماندهی آن را بر عهده داشت، اجاره کردند. امّا به علت ابتلای شاه ۶۰ ساله به آنژین، مراسم لغو شد و بدین سبب ادّعائی بر پایهٔ انتفای قرارداد (فراستریشن) در

قابل پیش‌بینی بوده و با وجود این، نظریهٔ فراستریشن در آن دعاوی اجرا شده است. حتّی بعضی از آراء از این هم فراتر رفته و اعلام کرده‌اند که ممکن است در موردی که حادثه دقیقاً پیش‌بینی شده است، نظریهٔ فراستریشن اجرا گردد، ولی قبول این نظر دشوار است؛ زیرا در این مورد متعهّد خطرات ناشی از وقوع چنین حادثه‌ای را با علم و اطّلاع پذیرفته است و دادگاه نباید این نکته را نادیده بگیرد. پس نظریهٔ مرجّح در اینگونه موارد، عدم امکان استناد به نظریهٔ فراستریشن است.[1]

چنانکه ملاحظه می‌شود تریتل بین قابل پیش‌بینی بودن و پیش‌بینی شدن فرق گذارده است. ممکن است حادثه بطور معقول قابل پیش‌بینی باشد، ولی متعّهد آن را پیش‌بینی نکند؛ در اینصورت، طبق نظریهٔ تریتل و بموجب برخی از آرای صادر از دادگاههای انگلیس ممکن است فراستریشن تحقّق یابد و تعهّد ساقط یا معلّق شود. لیکن اگر متعهّد حادثه را پیش‌بینی کرده و در عین حال تن به انعقاد قرارداد داده باشد، در واقع خطر ناشی از حادثه را پذیرفته است و باید مسئول شناخته شود و در این موردجائی برای اعمال نظریهٔ فراستریشن نخواهد بود.

با اینکه گاهی بطور مطلق گفته شده است که در کامن لو غیر قابل پیش‌بینی بودن حادثه شرط تحقّق فورس ماژور یا فراستریشن نیست، امّا در حقوق آمریکا ظاهراً بر طبق رویّهٔ قضائی، غیر قابل پیش‌بینی بودن حادثه شرط تحقّق دکترین فراستریشن است. یکی از مؤلّفان آمریکائی در این باره با استناد به آراء می‌گوید:

هرگاه حادثهٔ مانع اجرا بطور معقول قابل پیش‌بینی[2] باشد فراستریشن دفاع تلقّی نمی‌شود.[3]

در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل در این باب گفته شده است:

حادثه باید غیر قابل پیش‌بینی یا قابل پیش‌بینی ولی غیر قابل اجتناب یا غیر قابل دفع[4] باشد، و «باید تأکید کرد که کافی است یکی از این دو شرط

دادگاههای انگلیس مطرح گردید که به دعاوی تاجگذاری معروف است. رجوع شود به:

DAVID (R.), les contrats en droit anglais, Paris 1973, no 405.

1 - TREITEL (G.H.), An Outline of the Law of Contract, 2d ed, London 1979, p. 315-316.

2 - reasonably foreseeable

3 - Corpus Juris Secundum, T.17 A, § 463 (2), p. 618 and 620.

4 - inevitable or irresistable

وجود داشته باشد.»[۱]

ظاهراً نویسندگان این گزارش در این خصوص تحت تأثیر حقوق انگلیس واقع شده‌اند. در عرف بازرگانی بین‌المللی هم قابل پیش‌بینی بودن حادثه شرط تحقّق فورس ماژور به شمار نمی‌آید.[۲]

در حقوق ایران هر یک از دو نظریهٔ مذکور قابل دفاع است: ممکن است گفته شود: چون قانون مدنی ایران در زمینهٔ قوهٔ قاهره از حقوق فرانسه الهام گرفته و از آنجا که در صورت قابل پیش‌بینی بودن حادثه نمی‌توان گفت «دفع آن خارج از حیطهٔ اقتدار» متعهّد بوده یا عدم اجرای تعهّد ناشی از علّتی است که «نمی‌توان به او مربوط نمود» و با توّجه به اینکه اصل، بقای مسئولیت متعهّد در صورت تردید است، لذا حادثه‌ای که قابل پیش‌بینی باشد فورس ماژور تلقّی نمی‌شود و موجب عدم مسئولیّت متعهّد نخواهد بود. و نیز ممکن است گفته شود چنین شرطی در قانون مدنی مقرّر نشده است و نباید شرطی به شرایط مقررّ در قانون افزود. نظریه اول از لحاظ حقوقی اقوی است و ظاهراً بیشتر علمای حقوقی طرفدار آن هستند.

سوّم ـ حادثه باید خارجی باشد

معمولاً می‌گویند حادثه‌ای قوّهٔ قاهره تلقّی می‌شود که خارجی[۳] و به تعبیر دقیق‌تر خارج از متعهّد و قلمرو مسئولیت او باشد. بنابراین عیب مواد اولیه یا تقصیر کارکنان متعهّد، قوّهٔ قاهره بشمار نمی‌آید هر چند که غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب باشد.[۴] مادّهٔ ۲۲۶ قانون مدنی ایران با ذکر اینکه «متخلّف از انجام تعهّد وقتی محکوم به تأدیهٔ خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام، بواسطهٔ علّت خارجی بوده است که نمی‌توان به او مربوط نمود»، به این شرط تصریح کرده است. مادّهٔ ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه نیز که دارای عبارت مشابه عبارت مادّهٔ ۲۲۶ قانون مدنی ایران است، با ذکر جملهٔ «علّت خارجی که قابل انتساب به متعهّد نباشد»، مفید همان نکته است.

معهذا مفهوم و قلمرو این شرط قابل بحث است و بویژه در حقوق فرانسه مورد تردید بعضی از علمای حقوق واقع شده است. «ویل» در این باره می‌گوید:

ممکن است بگویند عدم اجرا باید ناشی از یک حادثهٔ خارجی باشد. ولی این شرط خارجی بودن[۵] که در زمینهٔ مسئولیت خارج از قرارداد (رجوع

---

۱ ـ گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل: ش ۱۵، ص ۶۹.

2 - VAN OMMESLAGHE, op, cit. p. 41.

3 - exrtérieur-ex ternal

۴ ـ کاربینه: چاپ یازدهم، ۱۹۸۲ ش ۷۴، ص ۲۸۳.

5 - extériorité

شود به شمارهٔ ۷۳۴) پذیرفته شده در زمینهٔ قراردادی نامسلّم است. بی‌شک در اینکه عیب چیزی که برای اجرای قرارداد بکار رفته موجب برائت متعهد نیست... توافق حاصل است؛ لیکن شرط خارجی بودن، هنگامی که اِشکال، ناشی از رفتار یک شخص باشد، وضوح کمتری دارد. البتّه تقصیر کارگر متعهد که ناشی از شخصی دیگر ولی غیر خارجی است هرگز باعث معافیت کارفرما از مسئولیت نخواهد شد، زیرا چنانکه می‌دانیم کارفرما مسئول کار اشخاصی است که برای اجرای تعهّدات خود بکار گمارده است؛ ولی این‌قاعده مانع از آن نیست که در پاره‌ای موارد، اعتصاب مزد بگیران علّت معافیت بشمار آید درحالیکه در داخل بنگاه متعهّد روی می‌دهد. در حقیقت، بمحض اینکه شخصی بطور آشکار نقش واسطه را ایفا کند، تفکیک بین داخلی و خارجی بودن تا حدّی دشوار است. در نظر داشته باشیم که بیکاری متعهّد، علّت موجّه عدم ایفای دِین تلقّی شده است و این قلمرو شرط خارجی بودن را محدود می‌کند...[1]

بدینسان ملاحظه می‌شود که شرط خارجی بودن، محلّ بحث و تردید است و شاید به همین جهت در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل، بعد از ذکر اینکه «حادثه باید خارج از کنترل متعهّد بوده و نباید متعهّد مسبّب آن باشد»، چنین آمده است:

معهذا شرط اوّل از شرایط بالا بدان معنی نیست که حادثه یا پیش‌آمد تشکیل دهندهٔ فورس ماژور باید مطلقاً خارج از شخص و فعّالیتهای متعهّد باشد. عنصر اصلی در یک حادثهٔ فورس ماژور در این نیست که آیا فعل یا ترک فعل مطرح شده از آن متعهد یا خارج از او است، بلکه آن است که آن فعل یا ترک فعل قابل انتساب به متعهّد بعنوان نتیجهٔ رفتار ارادی شخص او نباشد.[2]

بعلاوه در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل به دشواری خاصّ شرط خارجی بودن حادثه در حقوق بین‌الملل عمومی با این عبارت اشارت رفته است:

این شرط که فورس ماژور باید یک حادثهٔ خارج از متعهّد باشد، در روابط بین‌الملل همواره به سهولت قابل اثبات نیست؛ زیرا چنانکه گفته شده است: هر قدر جامعه‌ای که به قوّهٔ قاهره استناد می‌کند گسترده‌تر باشد،

---

1 - WELL (A.)- TERRE (F.), op. cit. no 413, p. 475-476.

۲ ـ گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل: ش ۱۵، ص ۶۹.

عوامل خارجی آن محدودتر است (ش ۱۶، ص ۷۰).

بنابراین به نظر می‌رسد داخلی یا خارجی بودن مهمّ نیست؛ بلکه مهمّ این است که حادثه قابل انتساب به متعهّد نباشد و به تعبیر قانون مدنی ایران چنان باشد که عرفاً نتوان آنرا به متعهّد مربوط نمود. شاید مقصود از کلمهٔ خارجی در برخی از نوشته‌ها و متون بویژه در مادّهٔ ۲۲۶ قانون مدنی ایران، همین معنی باشد، نه بدان معنی که حادثه مطلقاً از قلمرو وجود و فعّالیت متعهد بیرون باشد.

ناسازگاری قوهٔ قاهره با تقصیر متعهّد

از آنچه گفتیم بخوبی برمی‌آید که تقصیر متعهّد با قوهٔ قاهره قابل جمع نیست: در آنجا که قوهٔ قاهره محقّق باشد، تقصیر از سوی متعهّد منتفی است؛ چراکه نمی‌توان حادثه‌ای را به تقصیر کسی نسبت داد که قدرت دفع آن را نداشته است. از سوی دیگر، تقصیر نیز قوّهٔ قاهره را نفی می‌کند؛ بنابراین هرگاه تقصیر متعهّد سبب بروز حادثه‌ای غیر مترقبه و غیر قابل دفع شده باشد، متعهّد مسئول است و نمی‌تواند با استناد به قوهٔ قاهره خود را مبرّی از مسئولیت بداند. مثلاً در حقوق فرانسه گفته‌اند اگر در اثر تقصیر مؤسسهٔ راه‌آهن در رساندن کالا به مقصد، کالا در ایستگاه راه‌آهن بوسیلهٔ دشمن غارت شود، مؤسسهٔ مزبور مسئول است؛ چراکه اگر در رساندن کالا به مقصد تأخیر نمی‌کرد حادثه اتفاق نمی‌افتاد، یا هرگاه مورد معامله در حادثه‌ای مانند آتش‌سوزی نابود شده، در حالیکه متعهّد توانایی نجات آن را داشته است یا درموقعی که مه غلیظی دریا را فراگرفته، در اثر توقف ناشیانهٔ ناخدا، کشتی به تخته سنگها خورده و محمولهٔ آن به دریا ریخته باشد، در این موارد نیز متعهد مسئول است. اگر تقصیر در اطفای حریق یا بیرون کشیدن مورد معامله از محل حادثه نبود، مورد معامله تلف نمی‌شد و نیز اگر با وجود مه غلیظ تقصیر ناخدا نبود، حادثه روی نمی‌داد[۱]. در حقوق انگلیس گفته‌اند: اگر مستأجر کشتی دستور دهد که کشتی را به منطقهٔ جنگی هدایت کنند و در نتیجه، کشتی توقیف شود، نمی‌تواند به نظریهٔ فراستریشن استناد کند و به طور کلی اگر تقصیر متعهد موجب بروز حادثه شده باشد، قاعدهٔ فراستریشن قابل اعمال نیست[۲].

اینکه حادثه ناشی از تقصیر متعهد یا اشخاصی که متعهد جوابگوی اعمال آنها است، فورس ماژور تلقی نمی‌شود، ظاهراً مورد اتفاق نظر همهٔ نظامهای حقوقی است. در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل متحد هم ضمن بحث از اینکه باید رابطهٔ سببیت بین حادثه فورس ماژور و عدم اجرای تعهد وجود داشته باشد، به این نکته اشاره رفته است[۳]. در واقع در آنجا که تقصیر متعهد ـ هر چند با

۱- کاربنیه، کتاب مذکور: ش ۷۴، ص ۲۸۳.

۲- تریتل، کتاب مذکور: ص ۳۱۶ و نیز رجوع شود به مقالهٔ Van Ommeslaghe ص ۱۹-۲۱-۲۹.

۳- گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل: ش ۱۵، ص ۷۰.

واسطه ـ پدیدآورندهٔ حادثه باشد، عدم اجرای تعهد منتسب و مربوط به او است نه به یک علت خارجی، و از این رو متعهد مسئول است و نمی‌تواند جهت رفع مسئولیت خود به قوهٔ قاهره استناد کند.

نکتهٔ دیگری که ذکر آن در اینجا مناسب به نظر می‌رسد آن است که از نظر آئین دادرسی، اثبات فورس ماژور بر عهدهٔ متعهد است؛ یعنی متعهد باید ثابت کند که یک علت خارجی که به او مربوط نیست، باعث عدم اجرای تعهد شده است (مادهٔ ۲۲۷ قانون مدنی ایران)، و به تعبیر دیگر اگر متعهد ثابت کند که «به واسطهٔ حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطهٔ اقتدار او است» نتوانسته «از عهدهٔ تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود» (مادهٔ ۲۲۹ قانون مدنی ایران). از نظر آئین دادرسی، قوهٔ قاهره به عنوان «دفاع»[1] یا «ایراد»[2] مطرح می‌شود. حتی دیوان دائمی داوری در رأی مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ راجع به پروندهٔ غرامت روسیه اعلام کرده است که «ایراد فورس ماژور» ممکن است در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح گردد[3]. افزودن «دفاع» یا «ایراد» به کلمه فورس ماژور حاکی از این است که فقط مدعی علیه برای رفع مسئولیت از خود می‌تواند به آن استناد کند و در این صورت، شک نیست که بار دلیل بر دوش او خواهد بود.

ب ـ آثار فورس ماژور[4]

اثر فورس ماژور ممکن است برحسب مورد، سقوط تعهد و انحلال قرارداد یا تعلیق آن باشد.

اول ـ سقوط تعهد و انحلال قرارداد

در صورتی که فورس ماژور عدم امکان دائمی اجرای قرارداد را در پی داشته باشد، موجب انحلال قرارداد و سقوط تعهد خواهد شد. در این صورت فورس ماژور موجب برائت متعهد و معافیت او از مسئولیت است و متعهدله نمی‌تواند به علت عدم اجرای قرارداد، مطالبهٔ خسارت کند (مادهٔ ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه و مادهٔ ۲۲۹ قانون مدنی ایران). معهذا در موارد ذیل فورس ماژور موجب برائت متعهد نخواهد بود:

۱. در مواردی که متعهد به موجب قرارداد خطرات ناشی از قوهٔ قاهره را پذیرفته و به عبارت دیگر در قرار داد تصریح شده باشد که متعهد حتی در صورت تحقق قوهٔ قاهره، مسئول است. همین

1- défense

2- exception

۳- گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل: ش ۸ و ۹ ص ۶۷ و ۶۹.

4- MAZEAUD, op. cit. nos 578 et s.; WEILL, op. cit. no 414.

طور است در صورتی که قانون این مسئولیت را مقرر داشته باشد.

۲. در مواردی که قبل از بروز حادثهٔ فورس ماژور، موعد ایفای تعهد فرا رسیده و متعهدٌله اجرای آن را مطالبه کرده باشد. این قاعده در حقوق فرانسه به موجب بند ۲ مادهٔ ۱۱۳۸ و مادهٔ ۱۳۰۲ قانون مدنی مقرر شده است؛ ولی در حقوق ایران به نظر می‌رسد که مطالبه در این خصوص شرط نیست و همین که زمان ایفای تعهد فرا رسید، متعهد مکلف به اجرای تعهد است و اگر در این خصوص اقدام نکند و سپس اجرای تعهد به علت قوهٔ قاهره غیرممکن شود، مسئول است مگر اینکه تعیین زمان اجرای تعهد در اختیار متعهدٌله باشد که در این صورت، مطالبه لازم خواهد بود (مستنبط از مادهٔ ۲۲۶ قانون مدنی ایران). در حقوق انگلیس هم ظاهراً همین راه حل پذیرفته شده است.[۱]

۳. در موردی که عدم امکان اجرا جزئی است و فقط شامل بعضی از تعهدات ناشی از قرارداد است. در این صورت، برائت متعهد نیز جزئی خواهد بود و نسبت به تعهداتی که ایفای آن امکان دارد، مسئولیت باقی است. البته در این مورد باید بررسی و روشن کرد که آیا تعهداتی که هنوز قابل اجرا است دارای فایدهٔ کافی برای متعهدلهٔ هست و آیا ارادهٔ طرفین بر بقای قرارداد به طور جزئی بوده است یا خیر؟ در صورتی که تعهدات مزبور فایدهٔ کافی برای متعهدٌله نداشته یا برحسب ارادهٔ طرفین، قرارداد یک کل تجزیه ناپذیر باشد، قرارداد به طور کلی منحل و همهٔ تعهدات ناشی از آن ساقط خواهد شد.

۴. در صورتی که قوهٔ قاهره یکی از علل عدم اجرای تعهد و خسارت باشد نه علت تامهٔ آن، و تقصیر متعهد هم یکی از اسباب و علل خسارت باشد، رویّهٔ قضایی فرانسه معافیت جزئی از مسئولیت را به نسبت دخالت قوهٔ قاهره می‌پذیرد. به عبارت دیگر، هنگامی که فورس ماژور دخالت جزئی در ورود خسارت داشته و جزو علت باشد، از میزان غرامت کاسته خواهد شد.[۲]

۵. در صورتی که فورس ماژور ناشی از تقصیر متعهد باشد، مانند مورد غارت کالا به وسیلهٔ دشمن بر اثر تأخیر قطار، یا هدایت کشتی به منطقهٔ جنگی و تصرف آن از سوی نیروهای متخاصم، یا تأخیر در تحویل کالا و مواجه شدن با منع قانونی، مسئولیت باقی می‌ماند.[۳] البته اثبات اینکه

1- DAVID (R), Les contrats en droit anglais, no 382.

2- MARTY (G.) RAYNAUD (P.), Droit civil, T.II, ler vol., Obligations, Paris 1962, no 492, P. 536; WEILL, op. cit, no 441.

برای نظر مخالف رجوع شود به:

STARK (B.), Droit civil, Obligations, Paris 1972, no 2082, p. 617; MAZEAUD, op. cit., no 579.

3- CORBIN on Contract, vol. 6, § 1352; VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 19.

تقصیر متعهد سبب فورس ماژور بوده است بر عهدهٔ متعهدٌله است. مجلس اعیان انگلیس در رأی صادر در یک پرونده[1] به سال ۱۹۴۱ بدین نکته تصریح کرده است.[2]

در قراردادهای دو تعهدی یا مُلزِم طرفین[3] که در آنها تعهد یک طرف علت تعهد طرف دیگر است، هرگاه تعهد یک طرف به علت فورس ماژور ساقط شود، تعهد طرف دیگر نیز ساقط و قرارداد منحل خواهد شد. همبستگی تعهدات در قراردادهای مذکور، مستلزم این نتیجه است. بقای تعهد یکی از طرفین با وجود سقوط تعهد طرف دیگر به علت فورس ماژور، با ماهیت اینگونه قراردادها و ارادهٔ طرفین مباینت دارد و به هیچوجه قابل دفاع نیست. البته پس از انحلال قرارداد در صورتی که یک طرف پرداختهایی بیش از آنچه دریافت کرده انجام داده باشد، چنانکه پیش پرداختی انجام شده که در ازای آن کالایی تحویل نگردیده است، بر اساس اصل استفادهٔ بلاجهت، قابل استرداد است[4]

دوم ـ تعلیق قرارداد

هرگاه بروز حادثه‌ای که موجب عدم امکان اجرای تعهد شده موقت باشد، فورس ماژور موجب تعلیق قرارداد است و پس از رفع مانع، قرارداد اثر خود را باز می‌یابد مشروط براینکه اجرای آن، فایدهٔ خود را حفظ کرده و منطبق با ارادهٔ طرفین باشد. تشخیص اینکه آیا بعد از انقضای مدت تعلیق، قرارداد فایدهٔ خود را حفظ کرده و اجرای آن با ارادهٔ طرفین سازگار است یا خیر، با دادگاه است و در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که ماهیت قرارداد به کلی دگرگون شده و اجرای آن بر خلاف ارادهٔ مشترک طرفین در زمان وقوع عقد است، حکم به انحلال آن خواهد بود. معمولاً درمورد قراردادهائی که جنگ اجرای آن را معلق کرده است، این مسئله پیش می‌آید و دادگاه باید ببیند آیا بعد از جنگ قرارداد، فایدهٔ خود را حفظ کرده است یا خیر؟[5]

به هر تقدیر، در صورت تعلیق قرارداد به علت فورس ماژور، متعهد مسئول خسارات ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا در مدت تعلیق نخواهد بود؛ چنانکه دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده در رأی شمارهٔ ۲-۴۹-۲۴ مورخ ۵ مرداد ۱۳۶۲ بدان تصریح کرده است. به طور کلی یکی از آثار فورس ماژور برائت و عدم مسئولیت متعهد است و در آنجا که قرارداد به علت فورس ماژور اجرا

1- Joeph Constantine S.S. Lines Ltd V.Imperial Smelting Corporation.

2- DAVID, op. cit, no 412, p. 400.

و نیز رجوع شود به: Ripert-Boulanger, Droit civil, T.II, no 815.

3- Synallgmatique

۴- رجوع شود به مقالهٔ Van Ommeslaghe ص ۲۲ و ۲۳.

۵- همان مقاله: ص ۱۹ ـ مارتی ورنو، حقوق مدنی: ج ۲، بخش ۱، ش ۴۹۱ ـ ویل، کتاب مذکور: ش ۴۱۴.

نشده یا در اجرای آن تأخیری روی داده باشد، متعهدٌله نمی‌تواند بدین سبب مطالبهٔ خسارت نماید.

بخش سوم
مواردی از فورس ماژور

بعد از بحث از قواعد عمومی راجع به شرایط و آثار فورس ماژور، بجا است مواردی از آن به اختصار مورد بررسی واقع شود. انقلاب، اعتصاب و منع قانونی از جمله عواملی هستند که معمولاً در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی به عنوان فورس ماژور ذکر می‌شوند و بحث از آنها در اینجا مناسب می‌نماید.

الف ـ انقلاب و شورشهای مردمی

در عملِ دولتها و آرای قضایی بین‌المللی، بارها انقلاب به عنوان فورس ماژور معرفی شده و عدم مسئولیت دولت نسبت به خسارات وارد به بیگانگان در جریان انقلابها و شورشهای مردمی، ادعایا پذیرفته شده است. در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل راجع به قوهٔ قاهره، در فصل «عمل دولتها بدانگونه که در مکاتبات و اوراق رسمی راجع به موارد خاص منعکس شده است»، بخشی تحت عنوان «جنگهای داخلی، انقلابها، آشوبها، شورشها، خشونتهای مردمی و غیره» دیده می‌شود. در این بخش به مکاتبات و اسناد متعددی از دولتها اشارت رفته است که در آنها انقلاب و شورشهای مردمی به عنوان قوهٔ قاهره جهت رفع مسئولیت دولت نسبت به خسارات وارد به جان یا مال بیگانگان در جریان انقلابها و شورشهای مذکور، اعلام شده است.

و نیز در همان گزارش، در فصل «تصمیمات قضایی بین‌المللی»، از آرای متعدد صادر از دادگاههای داوری و کمیسیونهای مختلط سخن به میان آمده که برخی از آنها مربوط به مسئلهٔ مورد بحث و مبتنی بر عدم مسئولیت دولت نسبت به خسارات ناشی از انقلابها و شورشهای مردمی است. متأسفانه گزارش مذکور متضمن تحلیل یا نتیجه‌گیری جامعی از آرای بین‌المللی نیست و فقط به شرح مختصری دربارهٔ آرا و نقل بخشی از آنها اکتفا کرده است.

پروفسور روسو در فصل «مسئولیت دولت در مورد جنگ داخلی»، ضمن بحث از قواعد عمومی حقوق بین الملل، در این زمینه چنین می‌گوید:

> در اینجا جز تنظیم راه حلهای برآمده از آرای قضایی بین‌المللی کاری نمی‌توان کرد. دو رأی اساسی در این باب وجود دارد: رأی داوری مورخ اول مه ۱۹۲۵ بر اساس قرارداد داوری ۲۹ مه ۱۹۲۳ صادر به وسیلهٔ پروفسور ماکس هوبر[1] در پروندهٔ

1- Max Huber

مطالبات بریتانیائیها برای خسارات وارد بـه اتـباع انگـلیسی در مـنطقهٔ اسـپانیایی مراکش (R.S.A. Vol.II,PP. 615-742) ؛ رأی مورخ ۱۹ اکتبر ۱۹۲۸ صادر در دعوی جورج پینسون[1] به وسیلهٔ پروفسور ویرزیل[2] رئیس کـمیسیون دعـاوی فـرانسـه ـ مکـزیک مـتشکل بـه مـوجب عـهدنامهٔ ۲۵ سـپتامبر ۱۹۲۴[3] (ibid., vol. V.PP. 327-454 et R.G.D.I.P, 1932, PP. 230, 260, 391, 439,540-464-704)

سپس مؤلف به استناد آرای بین‌المللی و بویژه دو رأی مذکور، سه نوع خسارت ناشی از جنگ داخلی و انقلاب را تفکیک و قواعدی برای آنها به شرح زیر ذکر می‌کند:

۱. خسارات ناشی از خود نبرد

به طور کلی رویّهٔ قضایی بین المللی در اینجا عدم مسئولیت دولت را با اجرای قواعد حقوق جنگ از باب قیاس می‌پذیرد و آن را با نظریهٔ فورس ماژور یا حالت اضطرار توجیه می‌کند.[4]

۲. خسارات ناشی از اقدامات مقامات دولتی

به گفتهٔ روسو، اقدامات مقامات دولتی در موارد خاص علیه خارجیان در صورتی که از حدود مقرر برای تکالیف و تحمیلات بدون غرامت تجاوز کند، مـوجب مسئولیت دولت است. و نـیز قصور و عدم مراقبت دولت در جلوگیری از اعمال زیان‌آور یا تعقیب مقصران موجب مسئولیت آن خواهد بود. از جمله اعمالی که بـه مـوجب رویّـهٔ قـضایی مسئولیت دولت را بـاعث مـی‌شود، ویرانیهای بدون ضرورت نظامی و تاراج اموال بیگانگان است.[5]

۳ـ خسارات ناشی از اقدامات شورشیان

در این خصوص، رویّهٔ قضایی بین‌المللی بین موردی که انقلابیان پیروز نشده و موردی که آنان پیروز شده باشند، فرق می‌گذارد.

در موردی که انقلابیان یا شورشیان پیروز نشده باشند، دولت مسئول اعمال آنان نخواهد بود.[6]

1- Georges Pinston

2- Verzijl

۳- در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل شرحی دربارهٔ این دو رأی و عباراتی از آن در شماره‌های ۴۱۲ تـا ۴۲۰ و ۴۴۹ تا ۴۵۱ دیده می‌شود.

۴- روسو، کتاب یاد شده: ش ۸۰. برای بحث تفصیلی از اثر جنگ بر قراردادهای بین‌المللی رجوع شود به:

McNAIR and WATTS, The Legal Effects of War, Cambridge 1966, pp. 156 s.

۵- همان مأخذ، ش ۸۱.

۶- همان مأخذ، ش ۸۱.

ولی در فرضی که انقلابیان پیروز شده و به حکومت رسیده باشند، رویّهٔ قضایی بین‌المللی دولت را مسئول اعمال آنان می‌شناسد. به اعتقاد روسو این، راه‌حلی است که در حقوق بین الملل جا افتاده است. استدلالی که در این باره می‌کنند آن است که انقلابیان پیروز به لحاظ پیروزیشان مظهر ارادهٔ ملت از آغاز مبارزه به شمار می‌آیند و در واقع عمل انقلابی آنان در گذشته تنفیذ و به عنوان عمل دولت تلقی می‌شود[۱]

معهذا باید یادآور شد که مسئولیت دولت در قبال اعمال انقلابیان نسبت به بیگانگان تا حدی است که این اعمال از نظر حقوق بین‌الملل نامشروع باشد. از آنجا که آثار پیروزی انقلابیان عطف به ماسبق شده و آنان از آغاز مبارزه، مظهر اراده ملی و دارای اختیارات و قدرت دولت تلقی می‌شوند، مسئولیت آنان نیز باید در حد مسئولیت دولت باشد نه بیشتر از آن. بنابراین انقلابیان نباید مسئول اعمالی باشند که برای رسیدن به هدفهای انقلاب ضرورت داشته و به تعبیر دیگر اجتناب‌ناپذیر بوده است. اینگونه اعمال که نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب نمی‌شود، در واقع از مصادیق فورس ماژور و موجب برائت است.

مادهٔ ۱۵ طرح مقررات راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت که در سال ۱۹۸۰ به تصویب کمیسیون حقوق بین‌الملل رسیده است، با اعلام اینکه «عمل یک نهضت انقلابی که حکومت جدیدی را در کشور تشکیل می‌دهد، به عنوان عمل آن دولت شناخته می‌شود»، اشاره می‌کند به اینکه مسئولیت نهضت انقلابی در حد مسئولیت دولت انقلابی است که از نظر حقوق بین‌الملل نامشروع ونقض تعهد بین‌المللی دولت محسوب گردد.

«برانلی» در این باب می‌گوید:

> شورشیان پیروزمند مسئول فعل یا ترک فعلهای غیرقانونی نیروهای خود در جریان مبارزه می‌باشند.[۲]

در رأی پینسون هم با استعمال «اعمال غیرقانونی»[۳] بدین نکته اشاره شده است:

عموماً دولتی که از بوتهٔ آزمایش یک جنبش انقلابی بیرون آمده است، مسئول اعمال حقوقی و اعمال غیرقانونی انقلابیان نیست مگر این که آن جنبش به پیروزی نهائی رسیده باشد.

به هر حال قاعدهٔ کلّی در این باب این است که یک دولت، مسئول جنبشها و شورشهای انقلابی که از کنترلش خارج است نمی‌باشد.[۴] و عدول از آن استثناء بر اصل است که بر طبق اصول حقوقی

۱- همان مأخذ: ش ۸۴.

2- BROWNLIE (I.), Principles of public Internatinal Law, 3d ed., Oxford 1972,p. 454.

3- actes illégaux

۴- رجوع شود به رأی صادر در پروندهٔ The Sambiaggio از کمیسیون مختلط ایتالیا ـ ونزوئلا به تاریخ

باید مبتنی بر دلیل موجّه و محدود باشد.[۱]

بنابراین دولت انقلابی ایران مسئول اعمالی که در جریان انقلاب و شورشهای مردمی روی داده و آن اعمال غیرقابل اجتناب و لازمهٔ انقلاب بوده است، نمی‌باشد. در این باب نه تنها بـه نـظریهٔ فورس ماژور بلکه در دعاوی بین ایران و امریکا، به عبارت بند ۱۱ بیانیهٔ اصول کلی (الجزایر) و مادهٔ ۲ بیانیهٔ حل و فصل[۲] نیز می‌توان استناد کرد. در واقع علت استثنای دعـاوی نـاشی از انـقلاب و

۱۹۰۳، گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل: ش ۳۶۶ تا ۳۶۹.

۱- برای توضیح بیشتر رجوع شود به مقاله نویسنده مندرج در شماره ۱۳ مجله حقوقی سـال ۱۳۶۹، تـحت عنوان «مسئولیت بین‌المللی دولت در نتیجه اعمال فرد». این مقاله در کتاب: «مقالاتی دربارهٔ حقوق و داوریهای بین‌المللی» نیز به چاپ رسیده است.

۲- (بند) ۱۱. به محض صدور گواهی مذکور در بند ۳ توسط دولت الجزایر، ایالات متحده فوراً تمام دعاوی که در حال حاضر علیه ایران در دیوان دادگستری بین‌المللی مطرح است پس خواهد گرفت و از آن به بعد نیز از اقامهٔ دعوی در مورد هر گونه ادعای حال یا آینده توسط ایالات متحده و یا اتباع ایالات متحده علیه ایران ناشی از حوادث قبل از تاریخ این بیانیه، در رابطه با:

(الف) عمل دستگیری ۵۲ نفر اتباع ایالات متحده در ۱۳ آبان ۱۳۵۸ (۴ نوامبر ۱۹۷۹)، (ب) توقیف دستگیر شدگان، (ج) خسارات وارده به اموال ایالات متحده و یا اموال اتباع ایالات متحده در داخل محوطهٔ سفارت امریکا در تاریخ بعد از ۱۲ آبان ۱۳۵۸ (۳ نوامبر ۱۹۷۹) و (د) صدمات وارده به اتباع ایالات متحده و یا اموال آنها در نتیجهٔ جنبشهای مردمی در جریان انقلاب اسلامی ایران که نـاشی از عـمل دولت ایـران نـبوده است، جلوگیری خواهد نمود. ایالات متحده همچنین مانع از اقامهٔ دعوی علیه ایران در دادگـاههای امـریکا تـوسط اشخاص غیرامریکایی دربارهٔ ادعاهای حال و یا آینده ناشی از حوادث ذکر شده در این بند خواهد گردید.

مادهٔ ۲ بیانیهٔ حل و فصل:

۱. بدین وسیله یک هیئت داوری (هیئت رسیدگی به دعاوی ایران و ایالات متحده) به منظور اتخاذ تصمیم دربارهٔ ادعاهای اتباع ایالات متحده علیه ایران و ادعاهای اتباع ایران علیه ایالات متحده و هر گونه ادعای متقابل ناشی از قرارداد فیمابین، معامله یا پیش آمدی که مبنای ادعای آن تبعه باشد، تشکیل می‌گردد؛ در صورتی که اینگونه ادعاها و ادعاهای متقابل در تاریخ این بیانیه پابرجا بوده، اعم از اینکه در دادگاهی مطرح شده یا مطرح نشده باشد، و ناشی از دیون، قراردادها (شامل اعتبارات اسنادی یا ضمانتهای بانکی)، ضبط اموال و یا هر اقدام دیگری که مؤثر در حقوق مالکیت باشد. موارد مندرج در بند ۱۱ مورخ ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹ (۱۹ ژانویهٔ ۱۹۸۱)

شورشهای مردمی و خارج کردن آنها از صلاحیت دیوان داوری همین است که دولت اصولاً مسئول این اعمال نیست. در آرای متعدد بین‌المللی به صراحت اعلام شده است که دولت مسئول اعمالی که خارج از کنترلش می‌باشد، نیست.

دیوان دعاوی ایران ـ ایالات متحده نیز در قرار اعدادی شمارهٔ ۱-۲۴-۳۲ (پروندهٔ شمارهٔ ۲۴) مورخ ۲۵ بهمن ۱۳۶۲ بعد از اشاره به اعتصاب، تعطیل کار، اختلال امور، تغییر نظام اقتصادی و سیاسی و بالاخره انقلاب در ایران، چنین می‌گوید:

> از نظر حقوق بین‌الملل چنین انقلابی استحقاق جبران خسارت به سرمایه‌گذاران نمی‌دهد. بنابراین با درنظر گرفتن حوادث قبل از ژانویهٔ ۱۹۸۰ که خواهانها به آن اشاره می‌کنند، دیوان داوری هیچ یک از آن حوادث را منفرد و یا در مجموع به مثابهٔ گرفتن حقوق قراردادی و سهام خواهانها نمی‌شناسند.[1]

در واقع دیوان داوری در این عبارت، بدون اینکه نامی از فورس ماژور ببرد، حوادث مذکور و وجود شرایط انقلابی را موجب تحقق فورس ماژور و در نتیجه عدم مسئولیت ایران تلقی می‌کند، و ضمناً اظهارنظر می‌نماید که این شرایط تا آخر ژانویهٔ ۱۹۸۰ (۱۱ بهمن ۱۳۵۸) باقی بوده است. رأی دیگر از همین دیوان شرایط فورس ماژور را تا اواسط تابستان ۱۹۷۹ باقی شناخته است (قرار اعدادی شمارهٔ ۲-۴۹-۳۴ مورخ ۶۲/۵/۵). اندکی بعد در مورد این قرار بحث می‌شود.

این نکته نیز قابل توجه است که عدم تقصیر دولت در حقوق بین‌الملل، همیشه مفروض است. بنابراین طرفی که ادعا می‌کند دولت در انجام وظایف خود کوتاهی کرده و مراقبت لازم را جهت جلوگیری از زیان به کار نبرده است، باید آن را اثبات کند. در رأی مورخ ۱۹۰۳ صادره از کمیسیون

دولت الجزایر و ادعاهای ناشی از اقدامات ایالات متحده در قبال موارد مذکور در آن بند، همچنین ادعاهای ناشی از قراردادهای تعهدآور فیمابین که در آن قراردادها مشخصاً رسیدگی به دعاوی مربوطه در صلاحیت انحصاری دادگاههای صالحهٔ ایران، با توجه به نظر مجلس شورای اسلامی ایران باشد، از این امر مستثنی هستند.

۲. هیئت داوری همچنین دربارهٔ ادعاهای رسمی ایالات متحدهٔ ایران علیه یکدیگر ناشی از قراردادهای فیمابین درخصوص خرید و فروش اجناس و خدمات، صلاحیت داوری خواهد داشت.

۳. همان گونه که در بندهای ۱۶ و ۱۷ بیانیهٔ مورخ ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹ (۱۹ ژانویهٔ ۱۹۸۱) دولت الجزایر مذکور است، هیئت داوری صلاحیت رسیدگی به هر گونه اختلاف مربوط به تفسیر یا اجرای هر یک از مواد مندرج در آن بیانیه را خواهد داشت.

۱- متن فارسی قرار: ص ۴۹ و ۵۰.

مختلط هند ـ ونزوئلا در پروندهٔ «بن بلیستا»[1] که در گزارش دبیرخانهٔ سازمان ملل در مورد فورس ماژور (شمارهٔ ۳۷۵ گزارش) آمده نیز این قاعده به صراحت اعلام گردیده است.

معافیت از مسئولیت به علت جنگ یا انقلاب در حقوق داخلی نیز در پاره‌ای موارد پذیرفته شده است. در حقوق فرانسه به موجب آرای قضایی، صرف حالت جنگ، فورس ماژور تلقی نشده ولی عملیات جنگی در صورتی که عدم امکان اجرای قرارداد را سبب شده باشد فورس ماژور به شمار آمده است مانند موردی که عملیات جنگی موجب قطع ارتباطات یا ترک اجباری محل به دستور مقامات نظامی و در نتیجه عدم امکان اجرای قرارداد شده باشد.[2]

در حقوق امریکا نیز معافیت متعهد از مسئولیت در صورت عدم امکان اجرای قرارداد به علت جنگ یا انقلاب، در برخی از آرا مورد قبول واقع شده است.[3] حتی به موجب یک رأی صادر از دادگاه نیویورک، «شرایط ناشی از انقلاب ممکن است متعهد را از اجرای قرارداد در صورتی که چنین تغییر شرایطی را درنظر نداشته باشند، معاف کند».[4] لیکن به نظر می‌رسد که این قاعده بیشتر مربوط به تغییر اوضاع و احوال است تا فورس ماژور و در آن فرض، حتی هنگامی که اجرای قرارداد غیرممکن نشده باشد، سقوط تعهد و برائت متعهد با حدود و قیودی بر اساس نظریهٔ فراستریشن پذیرفته شده است. به هر حال مسئلهٔ تغییر اوضاع و احوال نیاز به مطالعهٔ جداگانه‌ای دارد و بحث از آن در این مقاله مورد نظر نیست.

ب ـ اعتصاب

در حقوق فرانسه به موجب آرای قضایی، اعتصاب از موارد فورس ماژور شناخته شده است مشروط بر اینکه اولاً تاحدی عمومیت داشته باشد؛ ثانیاً ناگهانی و پیش بینی نشده باشد؛ ثالثاً ناشی از تقصیر صاحب مؤسسه نباشد. مثلاً اگر سخت گیری کارفرما نسبت به کارگران پدیدآورندهٔ اعتصاب باشد، یا کارفرما بتواند با دادن امتیازات معقول آنان را از اعتصاب باز دارد، نمی‌تواند به قوهٔ

1- The Benbelista

۲- کاربنیه، کتاب مذکور: ش ۷۵، ص ۲۸۹.

3- CORBIN on contracts, T.6, & 1343-1344

4- "Condition created by revolution may be such as to excuse performance of a contract not contemplating such changed conditions." N.Y.- Sokolloffv. National city Bank of Newyork, 164 N.E. 745,250,N.Y. 69 (cf Corpus Juris Secumdun, T. 17 A. & 464, no 36, p. 621).

قاهره استناد کند.[۱]

در حقوق امریکا معمولاً می‌گویند اعتصاب موجب معذوریت و معافیت از مسئولیت نیست.[۲] لیکن به نظر می‌رسد که مقصود، اعتصابی است که عمومیت نداشته و اجرای قرارداد با وجود آن اعتصاب ممکن باشد، و به تعبیر دیگر، منظور اعتصابی است که عدم امکان شخصی[۳] ایجاد کند نه عدم امکان نوعی.[۴]» «کوربین» دراین باره می‌گوید:

> اگر کارگران اعتصاب کنند، کارفرما باید اشخاص دیگری را فراهم آورد، یا با برآوردن درخواستهای اعتصابگران، آنان را به کار بازگرداند (ج ۶، ش ۱۳۴۰).

از این عبارت به خوبی برمی‌آید که اگر اعتصاب عمومیت داشته و موجب عدم امکان مطلق اجرای تعهد باشد، عذر موجه در عدم اجرا به شمار می‌آید؛ همان طور که اصول کلی فورس ماژور یا عدم امکان، چنین اقتضا می‌کند.

بنابراین می‌توان گفت طبق قواعد عمومی فورس ماژور، حتی در حقوق امریکا، اعتصابات عمومی ایران در جریان انقلاب که اجرای قراردادها را غیرممکن کرده بود، باید فورس ماژور تلقی شود.

رأی اعدادی شمارهٔ ۲-۴۹-۲۴ مورخ ۵ مرداد ۱۳۶۲ صادر از دادگاه داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده در دعوای «گولد مارکتینگ اینکورپوریتد» به عنوان جانشین شرکت هوفمن علیه وزارت دفاع جمهوری اسلامی ایران، وجود حالت فورس ماژور را تا اواسط تابستان ۱۹۷۹ به علت اعتصابات، اغتشاشات و سایر کشمکشهای داخلی در جریان انقلاب اسلامی به صراحت پذیرفته است. بخشی از این رأی که مربوط به بحث ما است، از صفحات ۱۱ و ۱۲ متن فارسی عیناً نقل می‌شود:

> ... وظیفهٔ دیوان داوری این است که با توجه به واقعیات تعیین کند که وضعیت حقوقی بین طرفین به هنگام متوقف شدن انجام کار چه بوده است. تا دسامبر ۱۹۷۸ اعتصابات، اغتشاشات و سایر کشمکشهای داخلی در جریان انقلاب اسلامی، لااقل در شهرهای بزرگ ایران، شرایط کلاسیک فورس ماژور را به وجود آورده بود. منظور ما از فورس ماژور عبارت از نیروهای اجتماعی و اقتصادی است که از قدرت کنترل

۱- کاربنیه، کتاب مذکور: ش ۷۵، ص ۲۸۹.

2- C.J.S.,T. 17 A & 459. p. 598; § 463 (1), p. 613; - CORBIN on contracts, T.6, § § 1332-1340.

3- Subjective impossibility

4- Objective impossibility

دولت با اعمال مجاهدت لازم، خارج است. بنابراین، خساراتی که در اثر به کار افتادن این نیروها ایجاد می‌شود، قابل انتساب به دولت به منظور پاسخگویی به خسارات نیست. به همین ترتیب، همان طوری که بین اشخاص خصوصی صادق است، یک طرف نمی‌تواند بابت خسارات ناشی از تأخیر یا توقف در انجام کار به هنگام برقراری شرایط فورس ماژور، ادعایی علیه طرف دیگر مطرح سازد مگر اینکه وجود چنین شرایطی به قصور طرف خوانده قابل انتساب باشد... لذا در نبود دلیلی دایر براینکه دولت رأساً مسئول ادامهٔ آن شرایط (فورس ماژور) تا تاریخ فوق بوده، تعلیق تعهدات انجام کار به تاریخ پرداخت در ماه ژوئن ۱۹۷۹ باید ناشی از همان شرایط فورس ماژوری تلقی گردد که موجب شده نمایندگان محلی (هوفمن) ایران را ترک کنند... بنابراین، دیوان داوری چنین نتیجه می‌گیرد که تا اواسط تابستان ۱۹۷۹ که ادامهٔ وجود شرایط فورس ماژور تبدیل به فسخ قرارداد بین هوفمن و وزارت دفاع شده بود، اساساً انجام قرارداد غیرممکن شده بود...

چنانکه ملاحظه می‌شود به تعدادی از قواعد عمومی فورس ماژور در عبارات فوق اشارت رفته است: عبارت فورس ماژور نیروهایی است که «از قدرت کنترل دولت با اعمال مجاهدت لازم خارج است»، تعبیری است از غیرقابل اجتناب بودن حوادث که فورس ماژور به شمار می‌آید.

جملهٔ «با اِعمال مجاهدت لازم»، اشاره به این است که تقصیر متعهد در جلوگیری از زیان، موجب مسئولیت او خواهد بود.

عبارت خسارات ناشی از این نیروها «قابل انتساب به دولت... نیست»، بیانی است از شرایط خارجی بودن حادثهٔ فورس ماژور.

«یک طرف نمی‌تواند بابت خسارات... به هنگام برقراری شرایط فورس ماژور ادعایی علیه طرف دیگر مطرح سازد»، شیوه‌ای در بیان عدم مسئولیت متعهد در صورت تحقق فورس ماژور است.

عبارت «مگر اینکه وجود چنین شرایطی به قصور طرف خوانده قابل انتساب باشد»، متضمن این معنی است که تقصیرِ متعهد مانع تحقق شرایط فورس ماژور و برائت او است.

عبارت «ادامهٔ وجود شرایط فورس ماژور تبدیل به فسخ قرارداد بین هوفمن و وزارت دفاع شده بود»، مبنی بر این قاعده است که پس از تعلیق قرار داد به علت فورس ماژور، در صورتی که اجرای آن بعد از مدتی، دیگر فایده‌ای برای متعهدله نداشته باشد و یا برخلاف ارادهٔ مشترک طرفین باشد، حکم به انحلال قرار داده خواهد شد.

ج ـ منع قانونی

ممکن است بعد از عقد قرارداد در اثر تغییر مقررات، اجرای تعهد غیرممکن شده و به تعبیر دیگر

مانع قانونی برای آن ایجاد شده باشد. این نیز از مصادیق فورس ماژور به شمار می‌آید. امروزه در همهٔ نظامهای حقوقی در فورس ماژور و یا نهادهای مشابه آن، علاوه بر عدم امکان مادی و فیزیکی، از عدم امکان حقوقی یا قانونی سخن می‌گویند. در کتاب معروف Corpus Juris Secundum تحت عنوان عدم امکان قانونی[1] چنین آمده است:

> قاعدهٔ عمومی این است که اجرای قرارداد هنگامی که مستلزم نقض حقوق یا دستور یا تصویبنامهٔ دولت است، نمی‌تواند الزامی باشد. بنابراین جز در اوضاع و احوال غیرعادی و جز در مواردی که ثابت شود خلاف آن اراده شده است، هنگامی که اجرای قرارداد بعد از زمان انعقاد، غیرقانونی شده باشد، قرارداد ساقط یا خاتمه تلقی می‌شود. اجرای قرارداد در چنین شرایطی تجاوز به نظم عمومی است. تغییرمقررات ممکن است ناشی از قانونگذاری یا تصمیمات اداری باشد و این قاعده حتی هنگامی که شرطی در قرارداد مبنی بر معافیت متعهد در اجرا در چنین موردی وجود نداشته باشد، لازم الاجرا است.[2]

عبارت فوق مستند به آرای صادره از دادگاههای امریکائی است.

یکی از موانع قانونی، عدم صدور پروانهٔ صدور یا ورود کالا به موجب مقرارت دولتی است که از مصادیق فورس ماژور به شمار آمده و موجب معافیت متعهد است. در حقوق انگلیس و امریکا بر اساس رویّهٔ قضایی دو استثنا برای این قاعده ذکر شده است:

۱. اگر متعهد صریحاً یا ضمناً خطر عدم صدور پروانه را پذیرفته باشد و به عبارت دیگر اگر به موجب توافق صریح یا ضمنی طرفین، مسئولیت متعهد حتی در صورت منع صدور پروانه پیش‌بینی شده باشد، متعهد نمی‌تواند به فورس ماژور استناد کند و مسئول است.

۲. اگر متعهد اقدامات لازم جهت تحصیل پروانه را در حد معقول انجام نداده و در این باب کوتاهی کرده باشد، مسئول است.[3]

این دو استثنا که منطبق با قواعد عمومی فورس ماژور است، در نظامهای دیگر حقوقی هم قابل قبول می‌باشد.

1- Legal impossibility

2- Corpus Juris Secundum 83, para. 467. pp. 633-634-635.

و نیز رجوع شود به کتاب کوربین، در قراردادها: ج ۶، پاراگراف ۱۳۴۳.

3- 84. CORBIN, op . cit. T. 6, § 1347; DAVID, Les contrats en Droit anglais, pp. 389-390.

در مواردی که طرف قرارداد، یک شرکت خصوصی یا شرکت یا مؤسسهٔ دولتی مستقل از دولت است، استناد به قوهٔ قاهره در صورت تغییر مقررات و منع قانونی، امکان‌پذیراست. شرکت یا مؤسسهٔ مزبور می‌تواند چنین استدلال کند که دارای شخصیت حقوقی مستقل از دولت است و تغییر مقررات که مانع اجرای تعهد شده است، بدون مشورت یا موافقت یا دخالت او انجام گرفته و در وضع مقررات جدید هیچگونه نقشی نداشته است.

مجلس اعیان انگلیس در یک رأی صادر به تاریخ ۱۶ ژوئیهٔ ۱۹۷۸ در دعوای ژارنیکوف علیه رلیمپکس[1] همین نظر را پذیرفته است. خواندهٔ دعوی، رلیمپکس، یک مؤسسهٔ دولتی لهستانی بود که به موجب قرارداد، تعهد به فروش وصدور مقداری شکر نمود و چون به سبب دخالت دولت[2] و منع صدور شکر نتوانست تعهد خود را انجام دهد، خواهان علیه آن در دادگاه داوری پیش‌بینی شده در قرارداد، اقامهٔ دعوی کرد و دادگاه داوری، مورد را از موارد فورس ماژور تشخیص و حکم به عدم مسئولیت خوانده داد. خواهان به دادگاه انگلیس شکایت برد و در آخرین مرحله مجلس اعیان انگلیس حکم صادر از مرجع داوری را تأیید نمود بدین استدلال که بر اساس دلایل موجود، رلیمپکس یک ارگان دولت لهستان تلقی نمی‌شود، استقلال آن نسبت به دولت به اثبات رسیده است (خوانده دلایلی اقامه کرده مبنی بر اینکه با دولت تبانی نداشته، بلکه برعکس، هنگامی که امکان منع صدور شکر به اطلاع مدیرعامل رلیمپکس رسیده بدان اعتراض کرده و تصمیم مزبور بدون مشورت کارکنان شرکت اتخاذ شده است و آنان فقط پس از منع، از آن آگاه شده‌اند) و دخالت دولت در این مورد فورس ماژور تلقی می‌شود.

هنگامی که یک شرکت دولتی در یک کشور کمونیستی، مستقل از دولت تلقی شود، به طریق اولی، شرکتهای خصوصی یا حتی دولتی در کشورهای غیرکمونیستی از قبیل ایران نیز بایستی مستقل محسوب گردند و تغییر مقررات و موانع قانونی که بدون مشورت و دخالت آنها از سوی دولت پدید آمده است، باید موجب معافیت آنها از مسئولیت باشد.

اما در صورتی که دولت خود طرف قرارداد باشد، استناد به تغییر مقررات به عنوان قوهٔ قاهره، قابل بحث است. اگر تغییر مقررات به منظور عدم اجرای قرارداد صورت گرفته باشد، استناد به قوهٔ قاهره دشوار است، زیرا بر طبق قواعد عمومی، در صورتی که عدم اجرای قرارداد ناشی از ارادهٔ متعهد باشد، قوهٔ قاهره مصداق نخواهد داشت؛ لیکن اگر تغییر مقررات و ایجاد موانع قانونی در راه مصالح عمومی و بدون توجه به قرارداد موردنظر باشد، استناد به قوهٔ قاهره بی‌وجه نیست. لااقل این راه حل با نظر بعضی از علمای حقوق موافق است.

1- C.Czarnikow Limited v. Rolimpex.

2- Government intervention

بعضی از حقوقدانان پیشنهاد کرده‌اندکه اعمال دولت طرف قرارداد در موارد زیر فورس ماژور تلقی شود:

ـ در موردی که قانون به معنی اخص که بعد از عقد قرارداد به تصویب رسیده اجرای قرارداد را منع کرده باشد مگر اینکه طرف دیگر قرارداد (متعهدٌله) ثابت کندکه قانون مزبور بدین منظور وضع شده است که دولت را از تعهدات قراردادی خود به طور جزئی یا کلی معاف کند یا محتوای قرارداد را به سود دولت تغییر دهد.

ـ در موردی که مانع، ناشی از اعمال اداری باشد (مانند خودداری مقامات اداری از صدور پروانهٔ واردات یا صادرات) مشروط بر اینکه دولت طرف قرارداد ثابت کند که آن اعمال، بر پایهٔ مصالح عمومی و بدون ارتباط با قرارداد موردنظر یا قراردادهایی از آن نوع انجام گرفته است.[1]

با توجه به مطالب فوق، هر گاه عدم اجرای قرارداد از سوی طرف قرارداد، ناشی از سیاست کلی دولت متبوع او مبنی بر اجازه ندادن به پیمانکاران خارجی جهت انجام خدمات در آن کشور باشد، می‌توان به فورس ماژور استناد کرد.

بخش چهارم
فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی[2]

در اینجا نخست از تعریف و ذکر موارد فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی سخن می‌گوئیم؛ سپس آثار فورس ماژور را بدان گونه که در قراردادهای یاد شده پیش بینی می‌شود، بررسی

1- BOCKSTIEGEL, "Specific problems of international arbitration between states and private enterprises" 6th International congress, 1975, New Delhi.

(نقل از مقالهٔ Van ommeslaghe، ص ۴۹).

۲- برای بحث کلی راجع به فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی به منابع زیر رجوع شود:

G.R.DELAUME, Excuse for Nom-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements, Columbia Journal of Transnational Law. vol. 10, No. 1.1971, pp. 243 s; Le contrate économique international, Travaux des VIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin, les 22-23 Novembre 1973 éd. Bruxelles-Paris 1975, p.135 et s., 200 et s.; VAN OMMESLAGHE, op. cit., Revue de Droit international et de Droit comparé, T. LVII-1980,p. 7. et s.

می‌نماییم.

الف ـ تعریف و موارد فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی

در اغلب قراردادهای بازرگانی بین‌المللی اعم از اینکه یک طرف آن دولت باشد یا نه، شرط فورس ماژور دیده می‌شود. عبارت شرط فورس ماژور در قراردادها متفاوت است. دوازده نمونه‌ای که از قراردادهای بین ایران و مؤسسات ایرانی و شرکتهای امریکایی مورد بررسی ما واقع شدند، این اختلاف و تفاوت را به خوبی نشان می‌دهند. در برخی از قراردادهای مزبور فورس ماژور با عبارت کلی تعریف و سپس موارد آن احصاء شده است. گاهی تصریح می‌کنند که ذکر این موارد حصری نیست، بلکه تمثیلی است. در بعضی از قراردادها بدون تعریف فورس ماژور، به ذکر مواردی از آن اکتفا می‌شود. در پاره‌ای از قراردادها فقط به فورس ماژور به عنوان عذر در عدم اجرای قرارداد اشاره کرده‌اند بدون اینکه آن را تعریف یا مواردی از آن را ذکر کنند. در برخی از قراردادها قید شده که مقصود از قوهٔ قاهره همان است که در عرف بین‌المللی تعریف شده است. البته این عبارت مبهم است، زیرا در عرف بین‌المللی ـ چنانچه از توضیحات پیشین برمی‌آید ـ تعریف و ضوابط دقیقی برای فورس ماژور وجود ندارد و تفاوت بین نظامهای حقوقی و قراردادها و آرای بین‌المللی در این باب، بدان حد است که وجود عرف بین‌المللی در این زمینه مشکوک است؛ فقط در قراردادهای نفتی به گفتهٔ برخی از مؤلفان شاید عرف بین‌المللی وجود داشته باشد.[۱] در اغلب قراردادهای بازرگانی شورش، انقلاب، اعتصاب و دخالت دولت از موارد فورس ماژور به شمار آمده است، و نیز در اکثر قراردادها اشاره می‌شود به اینکه فورس ماژور حادثه‌ای خارج از کنترل یا کنترل معقول متعهد است که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد.

از آنجا که شرط فورس ماژور در قراردادها، همهٔ مسائل مربوط را پیش بینی نمی‌کند و اغلب خالی از ابهام نیست، معمولاً اشکالاتی برای قضات یا داوران پدید می‌آورد.[۲]

در اغلب قراردادها مفهوم و نظریه‌ای که طرفین قرارداد از فورس ماژور پذیرفته‌اند، روشن نیست. معلوم نیست آیا مفهوم مضیق فورس ماژور مورد قبول واقع شده یا مفهوم موسع آن. آیا عدم امکان شخصی، فورس ماژور به شمار می‌آید یا خیر؟ آیا قابل پیش بینی نبودن حادثه، شرط فورس ماژور تلقی شده است یا نه؟ البته در برخی از قراردادها بدین شرط تصریح شده است،[۳] ولی در اغلب

۱- مقالهٔ Van Ommeslaghe ، ص ۵.

۲- همان مقاله: ص ۴۱ و ۴۲.

۳- برای نمونه رجوع شود به مادهٔ ۷ قرارداد بین وزارت نیرو و شرکت مهندسی بین‌المللی «هارزا» مورخ ۱۹۶۵ (پروندهٔ شمارهٔ ۹۷ دیوان داوری ایران ـ ایالات متحده).

قراردادها چنین تصریحی دیده نمی‌شود؛ همچنین معلوم نیست آیا مقصود طرفین در شرط فورس ماژور، تشریح حقوق حاکم بر قرارداد در زمینهٔ فورس ماژور و لازم‌الاجرا شناختن آن است یا انتخاب مفهوم و سیستمی که قابل انعطاف‌تر از حقوق حاکم بر قرارداد بوده و در پاره‌ای از موارد فورس ماژور را قابل اعمال می‌داند، که بر طبق حقوق حاکم بر قرارداد، فورس ماژور در آن موارد قابل اجرا نیست. با توجه به ابهام شرط فورس ماژور، قضات یا داوران ناگزیر از بررسی ارادهٔ مشترک طرفین هستند و در صورتی که شکی در این خصوص داشته باشند، گرایش بدان دارند که حقوق حاکم بر قرارداد را اجرا کنند و به بیان دیگر، فرض می‌کنند که طرفین اجرای آن حقوق را درنظر داشته‌اند. حتی تمایل قضات انگلیسی در صورت مواجهه با شرط مبهم آن است که به طور ساده از آن چشم می‌پوشند و به حقوق حاکم بر قرارداد رجوع و آن را اجرا می‌نمایند.

یکی از موارد اشکال، ذکر کلمهٔ اعتصاب در شرط فورس ماژور است. اعتصاب درحقوق داخلی ـ چنانکه گفتیم ـ ممکن است از مصادیق فورس ماژور باشد یا خیر. به تعبیر دیگر، اعتصاب با پاره‌ای از قیود و حدود، فورس ماژور تلقی شده است. در قراردادها غالباً روشن نیست که مقصود طرفین قبول حدود و قیود مقرر در حقوق حاکم بر قرارداد است یا اینکه آنان خواسته‌اند قاعدهٔ گسترده‌تری را در این باره بپذیرند. به هر حال اگر مفهوم موسع و قابل انعطاف از فورس ماژور به سود طرف قرارداد باشد، بی‌آنکه در قرارداد به خلاف آن تصریح کرده باشند، می‌توان به استناد عموم یا اطلاق شرط، از آن مفهوم دفاع کرد.

اگر در قرارداد شرط فورس ماژور اصلاً وجود نداشته باشد، این مسئله تابع حقوق حاکم بر قرارداد خواهد بود[1] که اصولاً بر طبق ارادهٔ طرفین یا ضوابط تعارض قوانین تعیین می‌شود.

ب ـ اثر فورس ماژور در قراردادهای بازرگانی بین‌المللی

بر طبق قواعد عمومی، چنانکه گفتیم، فورس ماژور دارای دو نتیجهٔ مهم است: یکی تعلیق یا انحلال قرارداد و دیگر عدم مسئولیت ناشی از نقض قرارداد. در قراردادهای بین‌المللی بندرت اتفاق می‌افتد که فورس ماژور یکباره انحلال قرارداد را در پی داشته باشد. معمولاً در قرارداد، تعلیق آن به علت فورس ماژور برای مدتی معین (و گاهی بودن قید مدت) پیش بینی می‌شود؛ ضمناً مقرر می‌گردد که متعهد در صورتی که بخواهد از فورس ماژور استفاده کند، باید آن را به اطلاع طرف دیگر قرارداد برساند و کوشش لازم و معقول را جهت رفع حادثه به عمل آورد.

بعد از انقضای مدت مقرر، انحلال قهری قرارداد نادر است؛ بلکه حق فسخ در صورت بقای علت فورس ماژور به متعهدله داده می‌شود، یا مقرر می‌گردد که طرفین برای تجدیدنظر در قرارداد و پیدا کردن راه حل با یکدیگر مذاکره کنند و در صورت عدم توافق، هر یک از طرفین حق فسخ قرارداد را

1- BATIFFOL (H.), Droit international privé, 7e éd. T. II, Paris 1983, n° 507.

خواهد داشت.

به هر حال برای تعیین تکلیف طرفین و روشن کردن سرنوشت قرارداد باید به مواد و شرایط قرارداد رجوع کرد و در صورتی که ارادهٔ طرفین در این باره به صراحت اعلام نشده باشد، باید اراده ضمنی آنان را از خلال عبارات و با توجه به اوضاع و احوال و عرف بازرگانی کشف کرد و چنانچه این امر نیز امکان نداشته باشد، چاره‌ای جز رجوع به قواعد عمومی فورس ماژور در حقوق حاکم بر قرارداد باقی نخواهد ماند. آنچه در این مقاله دربارهٔ قواعد عمومی فورس ماژور آمده است، در تفسیر معقول شرط فورس ماژور در قراردادها سودمند تواند بود.

نتیجه

بعد از بحث از قوّهٔ قاهره و شرایط و آثار آن در ارتباط با قراردادهای بازرگانی بین‌المللی می‌توان نکاتی به شرح زیر به عنوان نتیجه ذکر کرد:

ـ قوّهٔ قاهره یک حادثه غیرقابل اجتناب، و برابر برخی از نظامهای حقوقی و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، غیرقابل پیش‌بینی است که اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد؛ حادثه‌ای که نمی‌توان آن را به متعهد مربوط نمود. قوهٔ قاهره به عنوان عذر در عدم اجرای قرارداد یا علت معافیت متعهد از مسئولیت، در همهٔ نظامهای حقوق داخلی و نیز در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است و در اصل آن اختلافی نیست؛ هر چند که در جزئیات راجع به شرایط و مصادیق آن اختلافاتی وجود دارد.

ـ قوهٔ قاهره در صورت تحقق، تأثیرات عمده در قراردادها به بار می‌آورد؛ چنان که قرارداد در اثر قوهٔ قاهره منحل یا لااقل معلق می‌شود. اگر عدم امکان اجرای قرارداد دائمی باشد، قرارداد منحل و تعهدات ناشی از آن ساقط می‌گردد؛ ولی اگر عدم امکان موقت باشد، اجرای قرارداد تا رفع وضعیت قوهٔ قاهره به حال تعلیق درمی‌آید مگر اینکه اجرای قرارداد بعد از آن مدت، فایده‌ای نداشته یا بر خلاف ارادهٔ مشترک طرفین باشد که در این صورت نیز حکم به انحلال قرارداد داده خواهد شد. در قراردادهای اقتصادی بین‌المللی که در زمرهٔ قراردادهای دو تعهدی هستند و تعهد یک طرف در آنها علت تعهد طرف دیگر است، سقوط یا تعلیق تعهد یک طرف، سقوط یا تعلیق تعهد طرف دیگر را در پی خواهد داشت. فورس ماژور در صورتی موجب برائت متعهد است که وقوع حادثه‌ای که فورس ماژور به شمار می‌آید، ناشی از اراده یا تقصیر متعهد نباشد.

ـ در اغلب قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از جمله قراردادهای بازرگانی ایران و امریکا که منشأ دعاوی مطروحه در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده است شرط فورس ماژور دیده می‌شود که قابل استناد است. البته فورس ماژور مسأله‌ای دقیق و حساس و به یک تعبیر، شمشیر دو لبه است که هر یک از طرفین قرارداد می‌تواند آن را به کار برد. بنابراین استفاده از آن در هر پرونده باید با بررسی دقیق اوضاع واحوال آن پرونده و شرط فورس ماژور مندرج در قرارداد مربوط صورت گیرد.

ـ هرگاه شرط فورس ماژور در قرارداد منشأ دعوی وجود نداشته باشد باز هم استناد به این نظریه

امکان پذیر است؛ ولی در این صورت باید قواعد فورس ماژور در حقوق حاکم بر قرارداد و حقوق بین‌الملل مورد مطالعه قرار گیرد و با توجه به خصوصیات پرونده و جوانب امر، عندالاقتضاء بدان استناد گردد.

ـ بایستی توجه داشت طرفی که به فورس ماژور استناد می‌کند بایستی وجود وضعیت فورس ماژور را اثبات نماید. به تعبیر دیگر بار دلیل در اینجا بر دوش متعهدی است که می‌خواهد با اتکاء بر قوهٔ قاهره، خود را از زیر بار مسئولیت رهایی بخشد. البته اگر متعهدٌله ادعا کند که پیدایی وضع فورس ماژور ناشی از تقصیر متعهد بوده و در نتیجه مسئولیت او باقی است، اثبات این امر بر عهدهٔ متعهدٌله خواهد بود.

مقالهٔ دهم

مفهوم تقصیر سنگین
در ارتباط با شرط عدم مسئولیت[1]

مقدمه:

در بسیاری از نظامهای حقوقی از جمله در حقوق فرانسه قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن، شرط عدم مسئولیّت یا تحدید مسئولیّت ناشی از قرارداد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی شخصی که شرط به نفع او است، مؤثّر نخواهد بود. به دیگر سخن، هرگاه طرف قرارداد که از شرط عدم مسئولیّت یا تحدید مسئولیّت برخوردار است، مرتکب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین شده باشد، نمی‌تواند به شرط مذکور استناد کند و در این موارد، شرط هیچگونه تأثیری نخواهد داشت. قاعدهٔ الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی یک قاعدهٔ قدیم است که حتّی در حقوق رُم وجود داشته و با عبارت culpa lata dolo eaquipartur بیان شده است. در حقوق امروز نیز بسیاری از کشورها بویژه اغلب کشورهای حقوق نوشته که مبتنی بر حقوق رُم می‌باشد، آن را پذیرفته‌اند.[2] البته اثبات تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین بر عهدهٔ طرفی است که برای بی‌اثر

---

۱ ـ این مقاله در ارتباط با بعضی دعاوی مطروحه در دیوان داوری لاهه به رشتهٔ تحریر درآمده و نظر به فایدهٔ عامّ آن، با پاره‌ای اصلاحات در مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره چهارم، زمستان ۱۳۶۴، منتشر گردیده است.

۲ ـ رجوع شود به:

J.Limpens, International Ecnyclopedia of Comparative Law, vol. XI, Ch. 2, n°s 66 s.; A.WEILL-F.TERRE, Droit civil, les obligations, 3e éd., Paris 1980, n° 450; H.L.J. MZEAUD-F.CHABAS, Leçons de Droit civil, T.II, ler vol., 6e éd. Paris 1978, n° 447; J.CARBONNIER, Droit civil, T.4, Les Obligations, lle éd. Paris 1982, n°s 74 et 78; A.RIEG. Responsabilité contractuelle, Juris-Classeur, Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc-VII, n°

ساختن شرط عدم یا تحدید مسئولیّت به آن استناد می‌نماید.

در مورد عدم تأثیر شرط عدم مسئولیّت یا تحدید مسئولیّت در صورت ثبوت تقصیر عمدی، چنین استدلال کرده‌اند:

ـ توافق بر عدم مسئولیّت یا تحدید مسئولیّت متعهّد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی، بر خلاف نظم عمومی و باطل است.

ـ هرگاه متعهّد، مسئول تقصیر عمدی خود نباشد، در واقع اجرای قرارداد بستگی به میل و تصمیم یکجانبهٔ او خواهد داشت و به تعبیر دیگر او آزاد خواهد بود قرارداد را اجرا کند یا نکند و اینگونه شرط با طبیعت قرارداد ناسازگار و باطل است.

امّا در مورد الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی چنین استدلال کرده‌اند:

اگر تقصیر سنگین در حکم تقصیر عمدی نباشد، ممکن است متعهّد عمداً نقض قرارداد کند و چون اثبات عمد که امری درونی است دشوار می‌باشد، از مسئولیّت معاف تلقّی شود. به تعبیر دیگر الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی مانع از آن است که دارندهٔ سوء نیّت، خود را به نادانی و جهالت بزند و در پناه آن از مسئولیت دور بماند؛ چنانکه «مازو» ها مؤلّفان بنام فرانسوی گفته‌اند «نباید اجازه داد که خباثت، نقاب سادهٔ حماقت بر چهره زند».[1]

بهر حال آنان که تقصیر سنگین را در حکم تقصیر عمدی می‌دانند، شرط عدم مسئولیّت ناشی از تقصیر سنگین را نیز بر خلاف نظم عمومی و باطل تلقّی می‌نمایند که مفروض ما در این نوشته نیز همین نظر است.

آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد مفهوم تقصیر سنگین و ضابطه و معیار تشخیص آن می‌باشد که کاری است دشوار؛ چرا که در این خصوص آرا و نظرات علمی، متشتّت است و از آنها نمی‌توان نتیجهٔ قطعی بدست آورد. معهذابررسی حقوق‌تطبیقی در این‌زمینه می‌تواند سودمند باشد.

در این بررسی مختصر با توّجه به امکانات و منابع در دسترس، مسئله را در حقوق فرانسه، انگلیس و آمریکا مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

حقوق فرانسه، به عنوان نمونهٔ بارزی از نظام حقوق نوشته و رومانیست، قابل توّجه است بویژه از آن جهت که حقوق تعهّدات ایران به آن حقوق نزدیک بوده و برخی از قوانین ما از قوانین فرانسه

21; ABDEL SALAM MUZAGHI, Le declin de clauses d'exonération de responsabilité, Paris 1981, n°s266 et s.

و نیز رجوع شود به دکتر سیّد حسین صفائی، حقوق مدنی: ج ۲، تهران ۱۳۵۱، ص ۲۴۲ و ۲۴۳؛ ـ دکتر ناصر کاتوزیان، ضمان قهری ـ مسئولیّت مدنی، تهران ۱۳۶۲، ش ۲۱۲، ص ۳۵۸.

1 - MAZEAUD, Resp, I, n° 414 cité par CARBONNIER, op. cit. n° 73, p. 280.

الهام گرفته است و حقوقدانان ما در تفسیر قوانین مزبور و رفع ابهامات آن، در پاره‌ای موارد به حقوق فرانسه رجوع می‌کنند.

نکتهٔ دیگر آنکه ظاهراً فقط درحقوق فرانسه و سایر کشورهای حقوق نوشته است که مفهوم تقصیر سنگین در رابطه با شرط عدم یا تحدید مسئولیّت مطرح شده است؛ در حالیکه در کشورهای کامن‌لو، تا آنجا که ما بررسی کردیم، این مفهوم در رابطه با مسائل دیگر، بویژه در زمینهٔ مسئولیّت خارج از «قرارداد»،[1] مورد بحث قرار گرفته است.

با وجود این، بحث از حقوق انگلیس و آمریکا به عنوان نمونه‌های بارزی از نظام حقوقی کامن‌لو نیز در این باب سودمند خواهد بود. لذا در بخش اوّل، حقوق فرانسه و در بخش دوّم، حقوق انگلیس و آمریکا را مورد بررسی قرار می‌دهیم و در بخش سوّم به بحث مختصری دربارهٔ تقصیر سنگین در قراردادهای بین‌المللی می‌پردازیم.

بخش اوّل
تقصیر سنگین در حقوق فرانسه

در حقوق قدیم فرانسه، براساس حقوق رُم، در زمینهٔ قراردادها تقصیر را درجه‌بندی می‌کردند: اوّلاً بین تقصیر عمدی و تقصیر غیر عمدی فرق می‌گذاردند و ثانیاً تقصیر غیر عمدی را به سه گونه تقسیم می‌کردند: «تقصیر سنگین»[2] (تقصیری آنچنان بزرگ و فاحش که معادل تقصیر عمدی بشمار می‌آید)، «تقصیر سبک»[3] (تقصیری که شخص با احتیاط متوسط مرتکب آن نمی‌شود) و «تقصیر بسیار سبک»[4] (تقصیری که شخصِ بسیار محتاط و آگاه آن را مرتکب نمی‌گردد و البتّه آثاری بر این تقسیم‌بندی مترتّب بود.

این تقسیم‌بندی در قرن هجدهم مورد انتقاد شدید بویژه از سوی لوبرن[5] واقع شد و در نتیجه نویسندگان قانون مدنی فرانسه تقسیم‌بندی سه گانهٔ تقصیر غیر عمدی را نپذیرفتند و چنین می‌نمود که درجه‌بندی سه گانهٔ تقصیر در حقوق جدید فرانسه ردّ شده است. در واقع تفکیک بین تقصیر سبک و تقصیر بسیار سبک بکلّی متروک شد؛ ولی فرق بین تقصیر سبک و سنگین از میان نرفت. در زمینه‌های مختلف، رویّهٔ قضائی فرانسه آن تقسیم‌بندی را زنده کرد و قانونگذار جدید نیز در پاره‌ای

---

1 - torts

2 - faute lourde

3 - faute légère

4 - faute très légère

5 - Le Brun

موارد آن را پذیرفت.[۱]

بنابراین در حقوق امروز فرانسه در مواردی بین تقصیر سنگین و تقصیر سبک فرق می‌گذارند. بعضی از این موارد مبتنی بر رویّهٔ قضائی و برخی ناشی از قانون است. از جمله مواردی که رویّهٔ قضائی این تفکیک را پذیرفته، مورد شرط عدم مسئولیّت یا تحدید مسئولیّت است. امّا مفهوم تقصیر سنگین را نه رویّهٔ قضائی روشن کرده است و نه قانونگذار. درست است که دیوان تمیز فرانسه توصیف تقصیر را یک امر حکمی تلقّی کرده و اختیار کنترل آن را برای خود شناخته است، ولی به علّت تنوّع موارد و مسائل، تاکنون به ضابطهٔ روشنی جهت تشخیص تقصیر سنگین دست نیافته است.

قانونگذار و رویّهٔ قضائی فرانسه تعریفی از تقصیر سنگین بدست نمی‌دهند؛ ولی بعضی از علمای حقوق فرانسه آن را بطور کلّی و انتزاعی تعریف کرده‌اند.

کاربنیه در تعریف تقصیر سنگین چنین می‌گوید:

«تقصیر سنگین[۲] تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدّی شگفت است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت، ولی آنچنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گوئی کار عمداً انجام گرفته است».[۳]

«مازو»ها در کتاب معروف دروس حقوق مدنی خود این مفهوم را چنین تعریف کرده‌اند:

«تقصیر عمدی تقصیری است نه عمدی و نه ارادی، ولی سخت فاحش است. مرتکب آن، ایراد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواسته، ولی آنچنان رفتا رکرده که گوئی آن را خواسته است».[۴]

بعضی از استادان حقوق از جمله ویل با توّجه به اینکه تعریف کلّی و انتزاعی از تقصیر سنگین چندان کارساز و راهگشا نیست، برای روشن کردن این مفهوم، بی‌آنکه تعریفی از آن بدست دهند، به مقایسه آن با تقصیر عمدی و تقصیر عادی پرداخته‌اند[۵] که بی‌شک سودمند و روشنگر است:

الف ـ تقصیر سنگین با تقصیر عمدی از این جهت تفاوت دارد که غیر ارادی است. تقصیر عمدی مستلزم «سوء نیّت»[۶] است؛ در حالیکه تقصیر سنگین هر قدر فاحش باشد، متضّمن آن نیست. البتّه نباید در مفهوم تقصیر عمدی مبالغه کرد و گفت که در تقصیر عمدی باید قصد اضرار به متعهّد در تخلّف از قرارداد وجود داشته باشد. مفهوم تقصیر سنگین نه تنها در این‌مورد بلکه در

---

۱ ـ ویل، کتاب مذکور: ش ۴۰۴ به بعد.

2 - culpa lata

۳ ـ کاربنیه، حقوق مدنی: ج ۴، ش ۷۲، ص ۲۷۴.

۴ ـ مازوها، دروس حقوق مدنی: ج ۲، بخش نخست، ش ۴۴۷، ص ۴۲۹ و ۴۳۰.

۵ ـ ویل، حقوق مدنی، تعهّدات: ش ۴۰۸، ص ۴۶۷ به بعد ـ ریگ، ژوریس کلاسور حقوق مدنی، مادّهٔ ۱۱۴۶ تا ۱۱۵۵ جزوهٔ ۷، ش ۱۹ به بعد.

6 - mauvaise foi

موردی نیز که متعهّد، با اراده از اجرای تعهّد سرباز می‌زند و می‌داند از رفتار او به متعهّدٌله زیان خواهد رسید، هر چند که ایراد زیان را نخواسته و به تعبیر دیگر قصد نتیجه نداشته باشد[۱]، صادق است. بنابراین در تقصیر عمدی لااقل آگاهی به زیانی که به متعهّدٌله وارد خواهد شد لازم است و همین آگاهی در تحقق سوءنیت کافی است. اما تقصیر سنگین، یک اشتباه، یک غفلت فاحش و نابخشودنی است، هر چند که نه قصد اضرار در میان است، و نه علم به خسارتی که به متعهدله وارد خواهد شد. از این رو مرتکب تقصیر سنگین دارای حسن نیّت است. حُسن نیّت و سوءنیّت وجه تمایز اساسی بین دو مفهوم تقصیر سنگین و تقصیر عمدی است. نتیجهٔ این تمایز آن است که تشخیص تقصیر عمدی ضرورتاً بطور «شخصی»[۲] انجام می‌گیرد؛ بدین معنی که در هر مورد باید وضع درونی و روانی مقصّر جهت تشخیص سوء نیّت مورد بررسی قرار گیرد، بدون اینکه با یک فرد نوعی، یک انسان متوّسط مقایسه شود؛ در حالیکه در تقصیر سنگین، بررسی و تشخیص دارای جنبهٔ «نوعی»[۳] است و رفتار متخلّف، با رفتار یک انسان متوّسط مقایسه می‌شود.

ب ـ تفکیک تقصیر سنگین از «تقصیر عادی»[۴] یا «تقصیر سبک»، دقیق‌تر و دشوارتر است. وجه تمایز سنّتی و قدیمی در این باب، فاحش بودن تقصیراست. اولپین حقوقدان معروف رومی می‌گفت: تقصیر سنگین عبارت است از «عدم درک چیزی که همگان درک می‌کنند».[۵]

مؤلّفان حقوق قدیم فرانسه می‌گفتند:

«تقصیر سنگین عبارت است از جهل به اموری که کم هوش‌ترین اشخاص درک می‌کنند و ترک تدابیری که کم دقّت‌ترین اشخاص اتّخاذ می‌نمایند.»[۶]

بعضی از علمای حقوق فرانسه مانند ژوسران و پلانیول قابل پیش‌بینی بودن زیان را معیار تشخیص تقصیر سنگین از تقصیر سبک تلقّی کرده‌اند. بنابراین نظریه تقصیر سنگین عبارت است از رفتار تخلّف آمیز شخصی که می‌تواند و باید پیش‌بینی کند که از عمل او زیانی به دیگری وارد خواهد شد.[۷]

---

۱ ـ این مورد را در حقوق جزای اسلامی، «شبه عمد» می‌گویند.

2 - concret

3 - abstrait

4 - faute ordinaire

5 - non intelligere quod omnes inteliqunt

۶ ـ ویل، کتاب مذکور: پانویس ش ۱، ص ۴۷۰.

7 - CARBONNIER, op. cit. n° 73, p. 280.

این تعاریف مانند تعاریفی که از علمای معاصر حقوق نقل کردیم، کلّی و انتزاعی است و ضابطهٔ روشنی برای تفکیک تقصیر سنگین از تقصیر عادی بدست نمی‌دهد؛ ولی رویّهٔ قضائی فرانسه، اگر چه تقصیر سنگین را بطور کلّی تعریف نکرده، اما با اِعمال این مفهوم در موارد متعدّد، ضوابط و معیارهائی جهت تشخیص آن بدست داده است. البتّه دادگاههای فرانسه در این باب به خصوصیات مورد، توجّه داشته و در هر مورد، ضابطه و معیار خاصّی را پذیرفته‌اند بی‌آنکه معلوم باشد چرا در فلان مورد، فلان ضابطه بر ضوابط دیگر مرجّح شمرده شده و مِلاک عمل قرار گرفته است.[۱] به هرحال بررسی این ضوابط و معیارها، هر چند که متشتّت و ناظر به موارد خاصّ است، سودمند خواهد بود:

□ در بعضی از آراء، «فاحش بودن»[۲] تقصیر مورد توجّه واقع شده است. بنابراین، تقصیر سنگین عبارت است از: یک عمل احمقانه، یک تقصیر بزرگ، عملی که حاکی از سبکسری شدید باشد.[۳]

□ جنبهٔ اساسی تعهّد برای احراز تقصیر سنگین در برخی از آراء مورد توجّه قرار گرفته است. مثلاً یکی از تعهّدات اساسی پزشک آن است که بیماری مریض خود را تشدید نکند. پس پزشکی که به بیمار خود خون یک فردمبتلا به سیفلیس را تزریق می‌کند مرتکب تقصیر سنگین شده است.[۴] یا تحویل کالا از سوی متصدّی حمل و نقل به شخص ثالثی که سِمَتِ لازم جهت دریافت آن را ندارد، یک تقصیر سنگین بشمار می‌آید.[۵]

□ احتمال زیاد تحقّق ضرر نیز یکی از عواملی است که در تشخیص تقصیر سنگین در برخی از آراء منظور شده است. بدینسان اگر کالا از موادّ غذائی ضایع شدنی باشد، تدابیر خاصّی برای حمل و نقل آن لازم است که عدم اتّخاذ آن از سوی متصّدی حمل و نقل، تقصیر سنگین محسوب می‌شود.[۶]

□ عدم مراقبت و نقص سازماندهی ممکن است‌ورود خسارت را اجتناب‌ناپذیر نماید و از اینرو تقصیر سنگین بشمار آید. بنابراین کارخانه‌داری که محلّی برای گذاردن لباس کارکنان خود تعیین می‌کند ولی برای اشیای تودیع شده کنترلی در نظر نمی‌گیرد، مرتکب تقصیر سنگین شده است.[۷] در

---

۱ ـ رجوع شود بویژه به ریگ، ژوریس کلاسور حقوق مدنی: جلد و جزوهٔ مذکور، ش ۲۰.

2 - enormité

3 - Cass. req. 24 Avril 1928: S. 1928, 1.258.

4 - Paris 25 avril 1945: S. 1946, 2, 29, note Garreau de la Mechenie.

5 - Cass. civ. 12 Juin 1950: Gaz. Pal. 1950, 2, 195.

6 - Cass. civ. 19 nov. 1923: Gaz. Pal. 1924, 1, 119.

7 - Cass. soc. 15 Juill, 1949: J.C.P. 49, II, 5181.

این باب بعضی با توّجه به درجهٔ احتمال خسارت گفته‌اند که تفکیک بین «قطعی»[1] ، «مظنون»[2] و «ممکن»[3] منطبق با تقسیم‌بندی سه‌گانهٔ تقصیر به عمدی، سنگین و سبک است.

□ صلاحیّت و مهارت حرفه‌ای متخلّف نیز عاملی مؤثّر در تحقّق تقصیر سنگین بشمار آمده است. بر طبق یک رأی دادگاه پاریس،[4] شهرت حرفه‌ای متعهّد به مشتری حقّ داده است که انتظار مراقبتهای خاصّی را داشته باشد و عدم اجرای آن مراقبتها تقصیر سنگین محسوب می‌شود.

□ تکرار نیز از معیارهای تقصیر سنگین بشمار آمده است. مثلاً تکرار سرقت نزد متصّدی حمل و نقل یا ودیعه گیرنده، در برخی از آراء، موجب تحقّق تقصیر سنگین تلقّی شده است.[5]

□ در برخی از آراء، ارزش مال خسارت دیده نیز در تشخیص تقصیر سنگین مورد عنایت واقع شده است.[6]

یکی از حقوقدانان پس از بررسی رویهٔ قضائی و دکترین فرانسه دربارهٔ مفهوم و ضابطهٔ تشخیص تقصیر سنگین چنین نتیجه‌گیری می‌کند:

«تقصیر سنگین به تعبیر امروز به معنی تقصیر ویژه (شدید)، مستقّل از اتفّاق است. در واقع اتّفاق و قابل پیش‌بینی نبودن خسارت، دو عامل مشخّص تقصیر سبک هستند که می‌توانند در تفکیک این تقصیر از تقصیر سنگین بکار گرفته شوند.»[7]

لیکن باید گفت که رویّهٔ قضائی فرانسه از این پیچیده‌تر است و بررسی آن نشان می‌دهد که معیار تشخیص تقصیر سنگین در یک معیار ساده و کلّی مانند قابل پیش‌بینی بودن زیان خلاصه نمی‌شود. بهرحال گرایش رویّهٔ قضائی به پذیرش معیارهائی انعطاف‌پذیرتر است و درعین حال سخت‌گیری بیشتر نسبت به وارد کنندگان زیان بویژه اشخاص حرفه‌ای است و از اینرو قلمرو تقصیر سنگین در حقوق فرانسه گسترش یافته است.[8]

---

1 - certain

2 - probable

3 - possible

4 - Paris 28 Nov. 1951: D. 1952, 23.

5 - Civ, 29 Juin 1932, S. 32, 1, 351: Req. 4 Avril 1933, S. 33, 1, 188.

۶ ـ کاربنیه: ش ۷۳، ص ۲۸۰؛ ـ ویل : ش ۴۰۸، ص ۴۷۰.

7 - ABDEL SALAM MUZAGHI, op. cit., n° 255, p. 173-174.

۸ ـ ویل: ش ۴۰۸، ص ۴۶۹.

بخش دوم
تقصیر سنگین در حقوق انگلیس و آمریکا

در این بخش، نخست از حقوق انگلیس و سپس از حقوق آمریکا و بالاخره از تقصیر متخصّص که قواعد آن در هر دو حقوق تقریباً یکسان است، سخن می‌گوئیم.

الف ـ حقوق انگلیس

در بعضی از آرای صادر از دادگاههای انگلیس، درجه‌بندی تقصیر پذیرفته شده و اصطلاح تقصیر سنگین بکار رفته و حتی تعریف شده است. مثلاً در رأی صادر در پروندهٔ بیل[1]، در مورد متصّدی حمل و نمایندگان دیگری که از اجرای یک وظیفهٔ خاصّ با مراقبت و مهارت قصور می‌ورزند، قاضی مربوط تقصیر سنگین را چنین تعریف کرده است:

«تقصیر سنگین شامل آنچنان ترک مراقبت و مهارت و سرعت عملی است که بحّق از اشخاص و خدمتگزاران آنان انتظار می‌رود. گفته شده است که تعریف تقصیر سنگین ممکن است دشوار باشد، ولی من با لردچیف بارتن قاضی دادگاه تالی موافقم که می‌گوید: «درجه‌ای از تقصیر هست که هر کس آن را سرزنش بسیار می‌کند. این اشتباه است که تصوّر کنیم امور به علّت اینکه خطّ فاصل دقیقی نمی‌توان بین آنها ترسیم کرد، متفاوت نیستند». نظرهای معتبر، فراوان و زبان‌آراء مختلف است؛ ولی برای کلیّهٔ مقاصد عملی قاعده را می‌توان چنین بیان کرد که قصور در اِعمال مراقبت، مهارت و دقّت، تقصیر سنگین است...».[2]

این تعریف ، همانند تعریفی است که بعضی از حقوقدانان انگلیسی از تقصیر عادی یا تقصیر ساده کرده‌اند و بطور کلّی نظر رایج در حقوق انگلیس این است که تفاوتی بین تقصیر عادی و تقصیر سنگین نیست. در فرهنگ حقوق انگلیس تألیف جاویت و والش[3] (چاپ دوّم) بعد از اشاره به درجه‌بندی تقصیر در حقوق رُم چنین آمده است:

«معهذا این تقسیم‌بندی جائی در حقوق انگلیس ندارد مگر تا حدّی در حقوق قراردادهای امانی».[4]

رالف بی‌قاضی انگلیسی در رأی صادر در دعوای ویلسون[5] عبارت معروفی بدین شرح دارد:

«من می‌گویم که نمی‌توانم تفاوتی بین تقصیر و تقصیر سنگین ببینم. این همان چیز است با افزودن

---

1 - Beal v. South Devon Ry (1864), 3H. and C. 341.

2 - Thomas BEVEN. Negligence in Law vol. 1, 4th ed., London 1928, p. 27.

3 - E. Jowitt & C. Walsh.

۴ ـ برای ملاحظهٔ درجه‌بندی تقصیر در حقوق انگلیس بطور کلی رجوع شود به:

A.M.DUGDALE, Professional Negligence, London, 1982, p. 197.

5 - Wilson v. Brett (1943).

یک صفت زائد.»[1]

معهذا یکی از مؤلفّان انگلیسی بعد از ذکر دو معنی متفاوت برای «تقصیر»[2] که یکی «نقض تعهّد مراقبت»[3] و دیگری «بی‌مبالاتی» (عدم مراقبت)[4] است، می‌گوید:

«در این معنی (معنی دوّم) تقصیر، «ضدّ مراقبت»[5] است. اگر تقصیر بدین معنی بکار رود، درست است که درجاتی برای آن قائل شویم. در اصطلاحات تقصیر سنگین، تقصیر عادی و تقصیر سبک، تقصیر به معنی بی‌مبالاتی (عدم مراقبت) است و در این صورت اصطلاحات مذکور به ترتیب به معنی بی‌مبالاتی سنگین، بی‌مبالاتی عادی و بی‌مبالاتی سبک می‌باشد. هنگامی که رالف‌بی گفته است که نمی‌تواند اختلافی بین تقصیر و تقصیر سنگین ببیند، این بدان معنی است که با افزودن صفتی زائد، تقصیر را به معنی نقض تعهّد مراقبت بکار برده و در این صورت انتقاد او موجّه است. معهذا این بدان معنی نیست که اصطلاح تقصیر سنگین همواره به معنی «تقصیر» باشد. این اصطلاحی رایج در میان حقوقدانان است و انکار وجود مبنائی برای آن دور از روش علمی خواهد بود. مقصود از این اصطلاح، درجهٔ شدید بی‌مبالاتی است و بدین معنی اصطلاح یاد شده دارای فایدهٔ عملی قابل توّجهی است».[6]

در واقع این مؤلّف با تفسیر و تعبیر فوق، نظرات مختلف را با یکدیگر تلفیق کرده و برای هر یک محملی قائل شده است، و از آن چنین برمی‌آید که حتّی آن دسته از حقوقدانان کامن‌لو که با درجه‌بندی تقصیر، نظر مساعدی ندارند، به یک معنی نمی‌توانند منکر فرق بین تقصیر سنگین و درجات دیگر تقصیر باشند.

ب ـ حقوق ایالات متحده[7]

---

1 - T.BEVEN, op. cit. p. 26.

2 - negligence

3 - break of a duty to take care

4 - careless conduct

5 - diligence

6 - J.CHARLESWORTH, 2d ed., London 1947, p. 5.

۷ ـ برای مطالعهٔ تقصیر سنگین در حقوق ایالات متحدهٔ آمریکا می‌توان به کتب زیر رجوع کرد:

Corpus Juris Secundum, vol. 65, ed. West Publishing Co., 1966, up-to-dated 1984, §§ 8-9;

W.L. PROSSER. The Law of Torts, 4th ed., W.P.Co., 1971, pp. 180 s.; F.WHARTON.

Law of Negligence, 2d ed. Philadelphia 1978, pp. 26s.; J.T.MIRABEL and H.A.LEVY,

The law of Negligence, New York 1962, pp. 60 s.

در بعضی از آراء و قوانین ایالات متحّده اصطلاح «تقصیر سنگین»[1] بکار رفته و بین آن و تقصیر عادی و تقصیر سبک و گاهی بین آن و تقصیر عمدی فرق گذاشته شده است.

در فرهنگها، آراء و نوشته‌های علمی آمریکائی تعریفهای گوناگونی از تقصیر سنگین دیده می‌شود. در فرهنگ حقوقی بلاک تعاریف متعدّد و متفاوتی از این اصطلاح دیده می‌شود که از آنجمله عبارات زیر است:

«خودداری ارادی از اجرای یک وظیفهٔ صریح، با بی‌اعتنائی به نتایج آن نسبت به جان یا مال دیگری؛ تقصیر سنگین اساساً چیزی بیش از عدم مراقبت است که اهمال ساده را تشکیل می‌دهد. تقصیر سنگین یک فعل یا ترک فعل در مورد وظیفهٔ قانونی با وصف شدید است که آن را از قصور محض در اعمال مراقبت عادی متمایز می‌کند. تقصیر سنگین غفلت بسیار فاحش یا فقدان مواظبت خفیف یا بکار نبردن حتی کمترین مراقبت است... تقصیر سنگین نقض بی‌پروا و آشکار وظیفهٔ قانونی احترام به حقوق دیگران است. عامل مجرمیّت (تخلّف) که مشخّص هرگونه تقصیر است، در تقصیر سنگین در مقایسه با تقصیر عادی دارای درجه‌ای شدید است... تقصیر سنگین بدان درجه از بی‌توجّهی به نتایج احتمالی که معادل تقصیر ارادی و عمدی است، نمی‌رسد. تقصیر عادی و تقصیر سنگین در درجهٔ بی‌توجّهی متفاوتند؛ در حالیکه هر دو از رفتار عمدی که شخص، آگاه به زیان آور بودن آن بوده یا می‌بایست بدان آگاه باشد، متمایزند...».

این تعاریف مبتنی بر آرای قضائی ایالات متحّده است. چنانکه ملاحظه می‌شود در عبارات مذکور در یک جا تقصیر عمدی و ارادی، تقصیر سنگین بشمار آمده و در جای دیگر بین آندو فرق گذارده شده است. این تناقض گوئی ناشی از آرای قضائی آمریکائی است که هر دو تعریف در آنها دیده می‌شود؛ ولی آنچه بیشتر پذیرفته شده آن است که تقصیر سنگین غیر از تقصیر عمدی است واصولاً یکی از عناصر مشخصّهٔ «تقصیر» negligence در حقوق آمریکا، فقدان قصد و عمداست.[2]

در دائرةالمعارف حقوقی Corpus Juris Secundum (جلد ۶۵، پاراگراف ۸) بحث جامعی راجع به درجات تقصیر و تقصیر سنگین در حقوق آمریکا براساس رویّهٔ قضائی ایالات مختلف آمده است که نکات مهم آن را ذیلاً نقل می‌کنیم. البتّه باید توجّه داشت که هر یک از تعاریفی که در این کتاب آمده مستند به رأی یا آرائی از دادگاههای آمریکا است که در ذیل صفحات کتاب به آنها ارجاع شده است.

در کتاب مذکور نخست بحثی راجع به درجات تقصیر دیده می‌شود. مؤلّف پس از اشاره به درجه بندی تقصیر به سنگین، عادی و سبک در حقوق رُم، می‌گوید که این نظریّه بوسیلهٔ برخی از مفسرّان

---

1 - gross negligence

۲ ـ رجوع شود به Corpus Juris Secundum : ج ۶۵، پاراگراف ۹، ص ۵۴۵.

حقوق رُم وارد کامن لو شده است، و در برخی از دادگاهها تقسیم تقصیر به درجات ـ لااقّل در برخی از دعاوی ـ هنوز معتبر است. درجهٔ تقصیر بستگی به وقایع و اوضاع و احوال پرونده دارد و متأثّر از رابطهٔ طرفین در زمان وقوع حادثه است. تفکیک بین درجات تقصیر در مواردی که تعهّد نقض شده ناشی از قرارداد باشد ـ مانند مورد قراردادهای امانی[1] ـ واجد اهمیّت بیشتری است.[2]

در کتاب یاد شده تعاریف متعدّدی از تقصیر سنگین براساس آرای قضائی نقل شده که برخی از آنها بدین شرح است:

- فقدان یا کوتاهی در اعمال مراقبت یا کوشش خفیف.[3]
- فقدان کامل مراقبت (بنابر بعضی از تعاریف. بنابر تعاریف دیگر، فقدان کامل مراقبت شرط نیست).
- قصور در اِعمال مراقبت معقول یا مراقبتی که شخصی با احتیاط عادی باید بر حسب اوضاع و احوال بکار برد.
- فقدان آنچنان مراقبت و کوششی که حتّی اشخاص لاابالی و بی‌دقّت آن را معمولاً بکار می‌برند.
- تجاوز شدید از معیار عادی رفتار.
- تقصیر فاحش یا بسیار فاحش.
- تقصیری شدیدتر از تقصیر عادی.[4]
- تقصیری با کیفیّت مشدّده.
- کوتاهی بزرگ در اِعمال مراقبت شایسته.
- بی‌توّجهی به نتایج عمل، بدون کوشش در اجتناب از آن.
- بی‌تفاوتی نسبت به حقوق و رفاه دیگران.
- تقصیر سنگین یک کلمهٔ نسبی است و به معنی فقدان بیشتر مراقبت در مقایسه با تقصیر عادی است.

در تعدادی از آراء گفته شده است که قاعده‌ای برای تشخیص تقصیر سنگین در هر مورد خاصّ وجود ندارد؛ بلکه باید در هر مورد به وقایع و اوضاع و احوال خاصّ پرونده رجوع کرد. چیزی که ممکن است در اوضاع و احوال خاصّی تقصیر عادّی باشد، ممکن است در اوضاع و احوال دیگری

---

1 - contracts of bailment

۲ ـ همان کتاب: پاراگراف (۱) ۸، ص ۵۳۶.

۳ ـ همان کتاب: ص ۵۳۹.

۴ ـ همان کتاب: ص ۵۴۰.

تقصیر سنگین بشمار آید.[۱]

در آرای دیگری اعلام شده است که تنها یک عامل، تقصیر سنگین را تشکیل نمی‌دهد؛ بلکه هر فعل یا ترک فعلی که واقع شده است، باید در رابطه با اوضاع و احوال دیگر در نظر گرفته شود، تا مجموع آن، تقصیر سنگین بشمار آید.[۲] به تعبیر دیگر همانطور که در رأی صادر در دعوای دریس کول[۳] آمده است: «ترکیب بی‌مبالاتیها ممکن است کافی برای تحقّق تقصیر سنگین باشد؛ ولی فقط هنگامی که ترکیب اعمال با اوضاع و احوال موجود، نشانگر رفتاری سبکسرانه باشد.»[۴]

فرق بین تقصیر عمدی و تقصیر سنگین

در برخی از آراء ـ همچنانکه در برخی از تعاریف مذکور دیده شد ـ اعلام گردیده که تقصیر سنگین متضّمن عنصر «قصد»[۵]، اعمّ از واقعی یا مفروض است و به تعبیر دیگر، گفته شده که تقصیر سنگین عبارت است از: «خودداری ارادی از اجرای یک وظیفهٔ صریح با بی‌اعتنائی به نتایج آن نسبت به جان یا مال دیگری».

لیکن بموجب برخی دیگر از آرا، تقصیر سنگین ممکن است بدون عنصر قصد تحقّق پیداکند و بدان درجه از بی‌اعتنائی به نتایج احتمالی که معادل تقصیر عمدی بشمار می‌آید، نمی‌رسد.[۶]

سوء نیّت

در برخی از آرای آمریکائی گفته شده که تقصیر سنگین «نقض حُسن نیّت»[۷] است؛ لیکن در بعضی دیگر از آراء، اعلام گردیده با اینکه تقصیر سنگین ممکن است دلیل سوءنیّت باشد، با آن یکسان نیست. به دیگر سخن، تقصیر سنگین معادل سوءنیّت بشمار نمی‌آید، هر چند که ممکن است دلیل سوءنیّت تلقّی شود. در پاره‌ای از آراء، اظهار نظر شده که تقصیر سنگین در حقوق، معادل سوءنیّت واقعی است؛[۸] لیکن در رأی لینکلن[۹] آمده است که «شخص ممکن است با حُسن نیّت

---

۱ ـ همان کتاب: ص ۵۴۱ و ۵۴۲.

۲ ـ همان کتاب: ص ۵۴۲.

3 - Mass. -Driscoll v. Pagano, 48 N.E. 2d 11,313 Mass. 464.

۴ ـ همان کتاب و صفحه: پانویس شمارهٔ ۷۰.

5 - intent

۶ ـ همان کتاب: ص ۵۴۴.

7 - good faith

۸ ـ همان کتاب: ص ۵۴۴ و ۵۴۵.

9 - Lincoln v. Buckmaster 32 Vt. 652.

باشد و در عین حال مرتکب تقصیر سنگین شده باشد».[۱]

از آنچه گفته شد بخوبی برمی‌آید که در حقوق ایالات متحّده تعریف جامع و مانعی از تقصیر سنگین وجود ندارد و آراء و نظرات در این باب فراوان ومتشتّت است. ویلیام پراسر پس از ذکر تعاریف متعدّدی که در آرای دادگاهها دیده می‌شود، می‌گوید:

«بطور خلاصه، معنائی که قبول عامّ یافته باشد وجود ندارد؛ بلکه احتمالاً مقصود از تقصیر سنگین هنگامی که بکار می‌رود، چیزی بیشتر از بی‌دقّتی یا بی‌توجّهی عادی لیکن کمتر از بی‌اعتنائی آگاهانه به نتایج است و به تعبیر دیگر، تقصیر سنگین صرفاً تجاوز شدید از معیار عادی مراقبت است.»[۲]

به هرحال، تفکیک بین تقصیر سنگین، تقصیر عادی و تقصیر سبک که از حقوق رُم نشأت گرفته، در آمریکا نیز مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده است و برخی از آرای قضائی، آن را مردود شناخته‌اند. در پاره‌ای از آراء، اعلام شده است که کلمهٔ «سنگین»[۳] هنگامی که بعد از کلمهٔ «تقصیر»[۴] بکار می‌رود، معنی حقوقی ندارد و متضّمن چیزی بیش از تقصیر نیست و چیزی بیش از فقدان مراقبت لازم بر حسب اوضاع و احوال إفاده نمی‌کند. حتّی با نقل قول قاضی رالف، گفته‌اند که تقصیر سنگین همان تقصیر عادی به اضافه یک صفت زائد است.[۵]

بعضی از حقوقدانان کامن‌لو در عین حال که درجه‌بندی تقصیر را به عنوان یک مسئلهٔ حقوقی (امر حکمی) نپذیرفته‌اند، اظهار نظر کرده‌اند که در واقع تفاوت، در درجات مراقبتی است که بر عهدهٔ شخص می‌باشد. آنچه از متعهّد خواسته می‌شود مراقبت و «رفتاری معقول»[۶] است؛ ولی این مراقبت و رفتار، بر حسب اوضاع و احوال، شدّت و ضعف دارد و متناسب با خطری است که او پذیرفته است. هر قدر خطر بزرگتر باشد، متعهّد باید مراقبت و احتیاط بیشتری در خور آن إعمال کند. بنابراین در مقابل اصطلاحِ منفی «درجات تقصیر» باید اصطلاح مثبتِ «درجات مراقبت» بکار برده شود.[۷]

معهذا فکر درجه‌بندی تقصیر یا لااقّل یک نوع تقصیر شدید که موجب مسئولیّت می‌شود، در جائی که تقصیر عادی مسئولیّت آور نیست، در تعدادی از قوانین آمریکا پذیرفته شده است و همین

---

۱ ـ همان کتاب: ص ۵۴۵، پانویس شمارهٔ ۹۷.

2 - W.L. PROSSER, the Law of Torts, p. 184.

3 - gross

4 - negligence

۵ ـ پروسر، کتاب مذکور: ص ۱۸۲؛ C.J.S.، ج ۶۵، ص ۵۴۲.

6 - reasonable conduct

۷ ـ پراسر، کتاب مذکور: ص ۱۸۰ و ۱۸۱؛ C.J.S.، ص ۵۳۷.

قوانین، دادگاههائی را که نظر مساعدی نسبت به درجه‌بندی یاد شده نداشتند، وادار کرده است که از نو اقدام به کاری کنند که آن را غیر ممکن می‌دانستند و مفهومی را تعریف کنند که غیرقابل تعریف تلقّی می‌کردند. بعضی از این قوانین، نظریّهٔ مربوط به درجه‌بندی تقصیر را تدوین کرده[1] یا آن را در موقعیتهای خاصّی مانند قراردادهای امانی یا تقصیر کیفی یا تقصیر مشترک، اِعمال نموده‌اند.[2] لیکن اغلب آنها مربوط به میهمانان اتومبیل است[3]، یعنی کسانی که راننده آنها را به رایگان سوار کرده است. بموجب قوانین اخیر، در صورت ورود خسارت به اینگونه اشخاص، راننده در صورتی مسئول است که مرتکب تقصیر سنگین شده باشد.

در مورد قراردادهای امانی، نه تنها پاره‌ای قوانین بلکه رویّهٔ قضائی آمریکا درجه‌بندی تقصیر و مفهوم تقصیر سنگین را پذیرفته و حتّی گفته شده که در این زمینه نظریهٔ مذکور آنچنان در حقوق آمریکا ریشه گرفته است که نمی‌توان آن را از میان برد.[4] بهر تقدیر، در مواردی که درجه‌بندی تقصیر بموجب قانون یا رویّهٔ قضائی پذیرفته شده است، در تفکیک تقصیر سنگین از تقصیر عادی و سبک، تعاریف و معیارهائی ذکر شده که انتزاعی و تا حدّی مبهم است و ما قبلاً عمدهٔ آنها را بازگو کردیم.

ج ـ تقصیر متخصص[5]

حقوق انگلیس و آمریکا همانند حقوق فرانسه، گرایش بدان دارد که در مورد اشخاصی که به لحاظ تخصصّشان طرف قرارداد واقع می‌شوند، سختگیری بیشتری داشته باشد. بدین معنی که از آنان دقّت و مراقبت بیشتری مورد انتظار است و فقدان دقّت و مراقبت در حدّ مورد انتظار از سوی آنان، موجب مسئولیّت تلقّی می‌شود؛ هر چند که آن اندازه از بی‌مبالاتی و اهمال از اشخاص عادی موجب مسئولیّت نباشد. نهایتاً در برخی از آراء، تقصیر اشخاص متخصّص، تقصیر ساده و در برخی دیگر، تقصیر سنگین بشمار آمده است.

در رأی صادر در پروندهٔ ویلسون قاضی رالف در عین اینکه فرق بین تقصیر و تقصیر سنگین را ردّ

---

1 - NDCC 1-10-16, 1-01-17; 25 OKI. St. Ann. §§ 3-6.

2 - Cal . Civ. Code 1931, §§ 1846, 1928; S.D. Comp. 1929, §§ 991, 1019.

۳ ـ پراسر، کتاب یاد شده: ص ۱۸۲ و ۱۸۳.

۴ ـ همان کتاب: ص ۱۸۱.

5 - Cf. T. BEVEN, Negligence in Law, vol. 1, pp. 26 s.; F.WHARTON, Law of Negligence, pp. 26 s.; A.M. DUGDALE and K.M. STANTON, Professional Negligence, London 1982.

می‌کند، بر وظیفهٔ مراقبت بیشتر از سوی متخصّص تأکید می‌ورزد. در این پرونده خوانده کارشناس تربیت اسب و اسب‌سواری بود و بدین جهت خواهان، اسب خود را بدو سپرد که برای نمایش به خریدار بر آن سوار شود. در حین نمایش، اسب سقوط کرد و پایش شکست و از اینرو صاحب اسب از خوانده مطالبهٔ خسارت کرد. رالف قاضی دادگاه اظهار نظر در این مسئله را که آیا خوانده مرتکب تقصیر شده است یا خیر به هیئت منصفه واگذار کرد؛ ولی آنان را چنین راهنمائی کرد که خوانده به لحاظ اینکه شخصی ماهر و متخصّص در ادارهٔ اسبها است، متعهّد به مراقبت بیشتر می‌باشد. از رأی صادره به استناد این که قاضی، هیئت منصفه را با گفتن اینکه قاعدهٔ قابل اجرا در پرونده، قاعدهٔ «مراقبت متخصّص»[1] است نه «مراقبت عادی»، بد راهنمائی کرده است، شکایت شد و به همین جهت دادرسی تجدید گردید و رالف دربارهٔ دلایل قاعدهٔ مذکور چنین گفت: «از آنجا که شخصی با مهارت بیشتر می‌داند که چیزی خطرناک است، در حالیکه شخصی که چنین مهارتی ندارد نمی‌داند، بیقین همین امر موجب اختلاف در مسئولیّت است».

از عبارت او چنین برمی‌آید که چون خوانده موظف به اِعمال مهارت یک کارشناس بوده و آن را اِعمال نکرده است، مرتکب تقصیر شده و مسئول می‌باشد. بنابراین قاضی، اعمّ از اینکه به هیئت منصفه بگوید که چنین اهمالی تقصیر است یا تقصیر سنگین، اشاره به فقدان مراقبتی است که یک کارشناس باید بر حسب اوضاع و احوال بکار بَرَد.

چنانکه ملاحظه می‌شود قاضی رالف در حالیکه فرقی بین تقصیر و تقصیر سنگین قائل نیست، کارشناس را موظف به مراقبت و دقّتی در خور تعهّد او می‌داند، درجه‌ای از مراقبت که از اشخاص عادی مورد انتظار نیست.

قاضی دیویس از دیوان عالی ایالات متحده نیز در رأی میلواکی[2] از همین نظر پیروی کرده است. امّا قاضی انگلیسی، ویلز، در رأی صادر در پروندهٔ فیلیپس[3] صریحاً اعلام می‌کند که «تقصیر سنگین»، همان تقصیر کارشناس است. وی می‌گوید: «تقصیر سنگین فقط تقصیر شخصی است که از بکار بردن مهارتی که دارد خودداری می‌کند، نه تقصیر شخصی که فاقد مهارت است».[4]

از عبارت قاضی ویلز چنین برمی‌آید که تقصیر عادی، تقصیر غیر کارشناس است که طبق تعریف اولپین حقوقدان معروف رومی «آن نیست که آنچه فقط متخصّصان می‌بینند، دیده نشود، بلکه آن است که آنچه هر کس می‌بیند، دیده نشود».

---

1 - specialist diligence

2 - Milwaukee and C.R.R. v. Arms 91 U.S. (1 Otto) 494.

3 - Philips v. Clark, 5 C.B.N.S 884.

4 - Cf. WHARTON, Law of Negligence p. 29.

بنابراین می‌توان گفت تقصیر اشخاصی که به لحاظ تخصّص و مهارتشان، طرف قرارداد واقع می‌شوند، تقصیر سنگین محسوب شده و موجب مسئولیّت آنها خواهد بود.

بخش سوّم
تقصیر سنگین در پاره‌ای از قراردادهای بین‌المللی

در برخی از قراردادهای بین‌المللی مربوط به حمل و نقل، به تقصیر سنگین در رابطه با تحدید مسئولیّت اشارت رفته است که بحث مختصری از آنها برای روشن شدن مفهوم تقصیر سنگین سودمند به نظر می‌رسد.

کنوانسیون ورشو راجع به حمل و نقل دریائی

بموجب مادّهٔ ۲۲ کنوانسیون ورشو راجع به حمل و نقل هوائی، مسئولیّت متصّدی حمل و نقل، محدود و به تعبیر دیگر سقفی برای آن تعیین گردیده است. لیکن مادّهٔ ۲۵ کنوانسیون اصلی مورّخ ۱۹۲۹ مقرّر می‌دارد که این تحدید در مورد تقصیر عمدی یا تقصیری که بموجب قانون مقرّ دادگاه، معادل آن بشمار آید، اجرا نخواهد شد. در طرح مقدّماتی کنوانسیون در مادّهٔ ۲۵ کلمات «عمل ارادی غیر قانونی»[1] بکار رفته بود. هیئت نمایندگی انگلیس اصرار داشت که عبارت روشن‌تری استعمال شود و چنین استدلال می‌کرد که مسئولیّت نامحدود متصّدی حمل و نقل باید فقط در مورد اَعمالی اجرا شود که به قصد اضرار صورت گرفته، نه اعمال ارادی غیر قانونی که برای اجتناب از خطر یا تخفیف آن بوقوع پیوسته است. بالاخره آلفرد دنیس پیشنهاد کرد که کلمات **wilful misconduct** در ترجمهٔ کلمهٔ فرانسوی **dol** (تقصیر عمدی) پذیرفته شود و چون آن تعبیر برای بعضی از هیئتهای نمایندگی ناشناخته بود، جملهٔ دیگری بدنبال آن اضافه شد:

«با تقصیر عمدی یا هر تقصیر دیگری از سوی او که بر طبق حقوق دادگاه مرجع رسیدگی به پرونده، معادل تقصیر عمدی شناخته شده باشد.»[2]

چون عبارت مذکور، تقصیر عمدی و تقصیر معادل آن را تعریف نکرده بود، در تفسیر آن اختلاف نظرهائی در رویّهٔ قضائی و دکترین پدید آمد.[3] در کشورهای حقوق نوشته، بخش اوّل عبارت را به تقصیر عمدی و بخش دوّم آن را به تقصیر سنگین تفسیر می‌کردند. در واقع طبق سنّت حقوق رُم،

---

1 - intentional illegal act

2 - «... by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the court seised of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct».

3 - N. Mateesco Matte, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XII, Chap, 6.no. 141,p. 60.

تقصیری که معادل یا در حکم تقصیر عمدی بشمار می‌آید، همان تقصیر سنگین است. از آنجا که اثبات تقصیر عمدی به غایت دشوار است، در اغلب موارد به جای تقصیر عمدی به تقصیر سنگین که اثبات آن دشواری کمتری دارد، استناد می‌کنند. امّا در حقوق انگلیس و آمریکا دادگاهها بدون این که به مفهوم تقصیر سنگین اشاره کنند، کلمات wilful misconduct را طوری تفسیر می‌کردند که نه فقط تقصیر عمدی، بلکه تقصیر سنگین (به مفهوم حقوق رُم) را نیز در برمی‌گرفت و با این تفسیر تقریباً به همان نتیجه‌ای می‌رسیدند که در کشورهای حقوق نوشته رسیده بودند.[۱]

پروتکل لاهه

ابهام مادّهٔ ۲۵ کنوانسیون ورشو و اختلاف رویّهٔ قضائی کشورها در تفسیر آن، فکر اصلاح آن مادّه را به میان آورد و این فکر بموجب پروتکل لاهه مورّخ ۱۹۵۵ که کنوانسیون ورشو را اصلاح کرده است، عملی گردید. درمادّهٔ ۱۳ پروتکل که مادّهٔ ۲۵ کنوانسیون ورشو را اصلاح کرده، راجع به مسئولیّت چنین مقرّر شده است:

«محدودیّتهای مسئولیّت مقرّر در مادّهٔ ۲۲ اجرا نخواهد شد، اگر اثبات شود که خسارت، ناشی از فعل یا ترک فعل متصّدی حمل و نقل، کارکنان یا نمایندگان او است که با قصد اضرار یا بی‌احتیاطی و با علم به وقوع احتمالی ضرر انجام گرفته است...».

چنانکه ملاحظه می‌شود در این عبارت، هم به تقصیر عمدی و هم به تقصیر سنگین اشارت رفته است. در واقع، «بی احتیاطی با علم به وقوع احتمالی ضرر» تعریفی از تقصیر سنگین یا به تعبیر قانون ۱۹۵۷ فرانسه راجع به هواپیمائی کشوری، یک «تقصیر نابخشودنی»[۲] است. مثلاً بموجب رأی دیوپ[۳] صادر از دادگاه مدنی سن که مورد تأیید دیوان تمیز فرانسه واقع شده است، خلبانی که با بی‌احتیاطی در شرایط بد جوّی از وسایل اتوماتیک فرود استفاده نکرده و به دید طبیعی خود اکتفا نموده و موجب زیان شده، مرتکب تقصیر نابخشودنی گردیده است؛ چراکه عمل مزبور «تقصیری آگاهانه با علم به وقوع احتمالی خسارت و پذیرش جسورانهٔ آن بدون دلیل موّجه است.»[۴] این تعریف در تفسیر مادّهٔ ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو، عموماً مورد تبعیّت دادگاهها واقع شده است.

---

۱ ـ همان کتاب: ش ۱۴۲، ص ۶۱. در پانویس شمارهٔ ۳۹۹ کتاب به آرای صادره از دادگاههای انگلیس و آمریکا اشارت رفته است.

2 - faute inexcusable

3 - Diop

4 - Cass. Civ. 24 June 1968, affirming Trib, civ. Seine 6 Nov. 1964, Rev. gen, ari 1966, 43 (cf, I.E.C.L. Vol. XII, p. 62, chap. 6, note 403.

در آرای دیگر، پرواز هواپیما با اینکه قبلاً اعلام شده بود که هوا احتمالاً بد خواهد شد،[۱] یا پرواز به مدّت ۳۲ ساعت متوالی با همان خدمه،[۲] مشمول عبارت فوق و موجب مسئولیّت نامحدود شناخته شده است.[۳]

کنوانسیون تحدید مسئولیّت برای دعاوی دریائی مورّخ ۱۹۷۶

مسئلهٔ تحدید مسئولیت متصدّی حمل و نقل و استثنائات آن منحصر به حمل و نقل هوائی نیست، بلکه در قوانین و کنوانسیونهای مربوط به حمل و نقل دریائی نیز منعکس است. از جمله در کنوانسیون تحدید مسئولیّت برای دعاوی دریائی (مادّهٔ ۴) مقرّر شده است که تحدید مسئولیّت در موردی که عمل، آگاهانه و با قصد اضرار یا با آنچنان بی‌احتیاطی انجام شده باشد که باید فرض کرد شخص، عالم به وقوع احتمالی ضرر بوده است، اجرا نخواهد شد.[۴]

چنانکه ملاحظه می‌شود مادّهٔ ۴ کنوانسیون مزبور مشابه مادّهٔ ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو است و همان مفهومی را پذیرفته که در این مادّه منعکس است.

تعریف مضیق از تقصیر سنگین

باید یادآور شد تعریفی که در مادّهٔ ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو و برخی دیگر از قراردادهای بین‌المللی دیده می‌شود، چه آن را تعریف تقصیر سنگین بدانیم و چه ـ همانطور که د رحقوق فرانسه می‌گویند ـ تعریف تقصیر نابخشودنی تلقّی کنیم، یک تعریف مضیق است و چنانکه درکتاب معروف «دروس حقوق مدنی» تألیف مازوها و شابا آمده است این تعریف مضیق فقط مربوط به حمل و نقل هوائی یا دریائی[۵] است و در سایر زمینه‌ها قابل اِعمال نیست. به تعبیر دیگر تقصیر

---

1 - Cass. Civ. 5 Mars 1964, Rev. gen. air, 1964, 74; Cour Rouen 9 Fev. 1966, Rev. fr. dr. aerien 1966, 235. (op. cit. note 405).

2 - U.S.: Glassman v. Flying Tiger Line, 9 Avi-18, 295 (N.D. Cal. 1966) (Cf. op.cit.note 406).

۳ ـ برای اطلاع از آرای دیگری که در تفسیر و اجرای مادّهٔ ۲۵ قدیم و جدید کنوانسیون ورشو صادر شده است، رجوع شود به:

Juris-Classeur, Droit international, T. 7, Fasc. 565 B. nos 158 s.

4 - Ch. HILL, Maritime Law, Occeana Publications 1981, p. 264.

۵ ـ رجوع شود به مادّهٔ ۴۰ قانون دریائی ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ فرانسه و مادّهٔ ۱۱۶ قانون دریایی ایران مصوّب ۱۳۴۳ که چنین مقرّر می‌دارد:

«هرگاه ثابت شود علّت خسارت، فعل یا ترک فعلی باشد که متصّدی حتمل عامداً یا با علم بر احتمال وقوع

سنگین ـ همانطور که در بحث راجع به حقوق فرانسه ملاحظه شد ـ دارای مفهومی عامّ‌تر و قلمروی وسیع‌تر است و بر طبق قواعد عمومی، نه تنها تقصیر نابخشودنی ـ که درحقوق فرانسه اخصّ از آن است ـ بلکه هرگونه تقصیر سنگین، در حکم تقصیر عمدی شناخته شده است.[۱]

تعریف مادّهٔ ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو علاوه بر اینکه تعریفی مضیق می‌باشد، این اشکال را دارد که دارای جنبهٔ «شخصی»[۲] است؛ زیرا در هر مورد باید احراز شود که آیا متصّدی حمل، علم به وقوع احتمالی زیان داشته است یا خیر؟ و بدیهی است که اثبات این علم که امری درونی است سخت دشوار می‌باشد. البته دیوان تمیز فرانسه بر خلاف دادگاههای بعضی از دیگر کشورها این مادّه را بطور «نوعی»[۳] تفسیر کرده است؛ بدین معنی که رفتار نوعی شخص در شرایط و موارد مشابه را ملاک عمل قرار داده و در واقع با اینگونه تفسیر، اشکال شخصی بودن تعریف و صعوبت اثبات را رفع کرده است.[۴]

کنوانسیون بین‌المللی راجع به حمل و نقل با راه‌آهن

در کنوانسون بین‌المللی راجع به حمل و نقل کالا با راه‌آهن[۵] مورّخ ۱۹۶۵ بین تقصیر عمدی و تقصیر سنگین فرق گذاشته شده است. در این کنوانسیون اصطلاح «تقصیر سنگین» بکار رفته است بدون اینکه تعریفی از آن بدست داده شود. بموجب مادّهٔ ۳۷ کنوانسیون مذکور، در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی مؤسسهٔ راه‌آهن، محدودیّت مسئولیّت که در کنوانسیون پیش‌بینی شده است، اجرا نخواهد شد. معهذا فقط در مورد تقصیر عمدی است که خسارت کامل قابل مطالبه می‌باشد؛ لیکن در مورد تقصیر سنگین، متضرّر فقط تا دو برابر مبلغ تعیین شده می‌تواند خسارت بگیرد.[۶]

کنوانسیون بین‌المللی راجع به حمل و نقل زمینی

خسارت انجام داده در این صورت از تحدید مسئولیّت مقرّر در مادّهٔ ۱۱۵ نمی‌تواند استفاده نماید».

1 - H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS; Leçons de Droit Civil, T.2, 6e éd. 1978, p. 442.

2 - subjectif

3 - objectif

۴ ـ همان کتاب: ص ۴۴۳ ببعد؛ ـ ژوریس کلاسور حقوق بین‌الملل: ج ۱، جزوه ۵۶ ب، ش ۱۵۹.

5 - C.I.M.

6 - G. RIPERT et R. ROBLOT, Droit commerical , T. 2, Paris 1982, n° 2761, p. 583; J. HAENNI, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. IXX, chap. 2, n° 250, p. 118, n° 260 p. 123.

در کنوانسیون بین‌المللی راجع به حمل و نقل زمینی کالاها[1] مورّخ ۱۹۵۶ مقرّرات مشابهی دربارهٔ تحدید مسئولیّت و عدم اجرای آن در پاره‌ای از موارد دیده می‌شود. بموجب مادّهٔ ۲۷ کنوانسیون در صورتیکه خسارت، ناشی از تقصیر عمدی یا تقصیری باشد که بر طبق قانون مقّر دادگاه، معادل تقصیر عمدی است، متصّدی حمل و نقل نمی‌تواند به محدودیّت مسئولیّت که در کنوانسیون پیش‌بینی شده است استناد کند. از نظر قضات فرانسه این تقصیر، همان تقصیر سنگین است که بنا به تعریف رودیر استاد متخصّص حقوق حمل و نقل عبارت است از «بی‌کفایتی متصدی حمل که ناتوان از اجرای وظایفی می‌باشد که بموجب قرارداد برعهده گرفته است».[2] مثلاً تصادف با وسیلهٔ نقلیهٔ دیگر بدون دلیل، در حالیکه راننده می‌توانسته است ترمز کند یا به نحو دیگری از آن اجتناب نماید، تقصیر سنگین بشمار آمده است.[3]

نتیجه

از مطالب فوق نتایجی به شرح زیر می‌توان بدست آورد:

الف ـ در بسیاری از نظامهای حقوقی، بویژه نظامهای مبتنی بر حقوق رُم، بین تقصیر سنگین و تقصیر عادی یا سبک فرق گذاشته شده و تقصیر سنگین در پاره‌ای موارد، از جمله در مورد شرط عدم مسئولیّت، معادل تقصیر عمدی بشمار آمده است. درجه‌بندی تقصیر و قاعدهٔ الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی، از حقوق رُم نشأت گرفته است و بدین جهت در تعریف تقصیر سنگین و تعیین معیارهائی برای تشخیص آن، از نظامهای حقوق نوشته (رومانیست) مانند حقوق فرانسه بیشتر می‌توان بهره برد؛ مضافاً براینکه آنچه در این نظامها راجع به تقصیر سنگین گفته شده است، گویاتر، منسجم‌تر و هماهنگ‌تر می‌باشد.

ب ـ در نظامهای حقوقی مورد بحث، تعاریف متعدّدِ متفاوتی از تقصیر سنگین شده است که شاید بهترین آنها تعاریف زیر باشد:

● «تقصیر سنگین تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدّی شگفت است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت (سوء نیّت)؛ ولی آنچنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گوئی کار عمداً انجام گرفته است» (کاربنیه ـ حقوق فرانسه).

● «تقصیر سنگین تقصیری است نه عمدی و نه ارادی، ولی سخت فاحش است. مرتکب آن، ایراد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواسته، ولی آنچنان رفتار کرده که گوئی آن را خواسته است».

---

1 - C.M.R.

2 - R. RODIERE, Droit des transports, t. 2, Paris 1955 n° 897.

۳ ـ Poitiers, 19 avril 1972, Bull, Transp. 1972, 183. ژوریس کلاسور حقوق بین‌الملل: ج ۷، جزوه B.J-565 ش ۱۶۹.

(مازوها ـ حقوق فرانسه).

● «عدم درک چیزی که همگان درک می‌کنند» (اولپین حقودان رومی) یا «جهل به اموری که کم‌هوش‌ترین اشخاص ادراک می‌کنند و ترک تدابیری که کم دقّت‌ترین اشخاص اتخّاذ می‌نمایند» (مؤلّفان حقوق قدیم فرانسه).

● «تجاوزی شدید از معیار عادّی رفتار» یا «تقصیری شدیدتر از تقصیر عادّی» (رویّهٔ قضائی آمریکا).

ج ـ چون تعاریف مزبور کلّی و انتزاعی است، برای روشن کردن مفهوم تقصیر سنگین و بدست دادن معیارهائی جهت تشخیص آن، باید به آرای قضائی مراجعه کرد، در برخی از آرای قضائی بویژه آرای فرانسوی معیارهای زیر جهت تشخیص تقصیر سنگین بکار رفته است:

● فاحش بودن تقصیر؛ مانند موردی که در کشتی، روغن در کنار بسته‌های پارچه گذارده شده باشد.

● اساسی بودن تعهّد نقض شده؛ مانند تحویل کالا از سوی متصدّی حمل و نقل به شخصی که سِمَتِ لازم جهت دریافت آن را نداشته باشد.

● احتمال زیاد وقوع ضرر؛ مانند عدم اتخّاذ تدابیر لازم از سوی متصّدی حمل و نقل برای حفظ موّاد غذائی ضایع شدنی.

● مهارت حرفه‌ای متخصّص که انتظار مراقبت بیشتری بوجود می‌آورد؛ به تعبیر دیگر در برخی از آراء، عدم اِعمال مراقبت مورد انتظار از سوی اشخاص حرفه‌ای و متخصص، تقصیر سنگین بشمار آمده است.

● تکرار عمل تخلّف آمیز؛ مانند تکرار سرقت نزد امین.

● اهمیّت و ارزش خسارت وارده.

د ـ در بعضی از قراردادهای بین‌المللی نیز عدم اجرای قاعدهٔ تحدید مسئولیّت در صورت تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین، بصراحت پذیرفته شده است. در مادّهٔ ۲۵ اصلاحی کنوانسیون ورشو راجع به حمل و نقل هوائی، فعل یا ترک فعلی که به قصد اضرار (تقصیر عمدی) یا بی‌احتیاطی و علم به وقوع احتمالی ضرر انجام شده باشد، مانع استفاده از شرط تحدید مسئولیّت است. بنابر یک نظر، بی‌احتیاطی با علم به وقوع احتمالی ضرر، ضابطهٔ تشخیص تقصیر سنگین است. ولی باید توجّه داشت که این تعریف و ضابطهٔ مضیق که دامنهٔ تقصیر سنگین را محدود می‌کند، فقط در قلمرو حقوق هوائی و دریائی قابل قبول است نه در تمامی زمینه‌ها.

ه ـ بطور کلّی از بررسی انجام شده چنین برمی‌آید که یک ضابطه و معیار دقیق و روشن جهت احراز تقصیر سنگین که در همهٔ موارد قابل اِعمال باشد، وجود ندارد و مسئلهٔ تا حدّ زیادی نظری است. به دیگر سخن ـ همانطور که در برخی از آرای آمریکائی گفته شده است ـ قاعده‌ای کلّی برای تشخیص تقصیر سنگین در هر مورد خاصّ نمی‌توان بدست داد؛ بلکه باید در هر مورد به وقایع و اوضاع و احوال خاصّ پرونده رجوع کرد. چیزی ممکن است در اوضاع و احوال خاصّی، تقصیر عادی و در اوضاع و احوال دیگر، تقصیر سنگین بشمار آید.

مقاله یازدهم

بازفروش کالای مورد معامله ازسوی فروشنده در صورت تخلف خریدار از اجرای تعهد[1]

مقدمه :

۱ ـ در حقوق برخی از کشورها، از جمله حقوق ایالات متحده آمریکا، حق بازفروش resale مال مورد معامله ازسوی فروشنده در صورت نقض قرارداد ازسوی خریدار پیش‌بینی شده که مسأله‌ای جالب و قابل بحث است. دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده لااقل در دو رأی به این حق اشاره کرده و این مسأله مطرح شده است که آیا فروشنده در صورتی که بر طبق قانون حاکم بر قرارداد چنین حقی داشته و بهای بازفروش بیش از قیمت قرارداد باشد، می‌تواند سود حاصل از بازفروش را برای خود نگهداشته و هزینه‌های تبعی از قبیل هزینه حمل و نقل و حراج و حفظ مال را بدون کسر سود بدست آمده از خریدار مطالبه کند یا نه. بعضی از خواهانهای آمریکائی به استناد ماده ۷۰۶ ـ ۲ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده UCC برای خود چنین حقی قائل شده‌اند. ولی شعبه ۲ دیوان داوری با قبول ضمنی تفسیر خواهان از ماده فوق، به استناد ماده ۵ بیانیه الجزایر خود را مقید به این قاعده ندانسته و بر طبق اصول کلی حقوقی حکم به احتساب سود حاصل از بازفروش داده است.

برای روشن شدن مبنای این رأی و جستجوی راه حلی در این باب که بتواند در پرونده‌های مشابه بکار آید، نخست از حق بازفروش در قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده سخن می‌گوئیم (بخش اول) و سپس به بحث از موضوع در حقوق تطبیقی و قراردادهای بین‌المللی می‌پردازیم (بخش دوم) و بالاخره از بحث نتیجه‌گیری می‌نمائیم.

---

۱ ـ این مقاله در دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی (شعبه لاهه) و در ارتباط با پرونده‌های مطروح در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده، به سال ۱۳۶۴، فراهم آمده و آقایان عیسی آقاجانی و حسن پرهام در تهیه منابع و مآخذ، به عنوان دستیاران تحقیق، با مؤلف همکاری داشته‌اند.

بخش اول
حق بازفروش در قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده

۲ ـ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده (UCC) که ۴۹ ایالت از ۵۰ ایالت آمریکا آنرا پذیرفته‌اند ضمانت اجرای چندی برای بایع در صورت نقض قرارداد از سوی مشتری مقرر داشته است. به موجب ماده ۷۰۳ - ۲ قانون مزبور، هرگاه خریدار بدون دلیل موجه از پذیرفتن کالا خودداری کند یا پذیرش آنرا لغو نماید یا از پرداخت ثمن معامله یا اجرای قرارداد کلاً یا جزئاً امتناع کند فروشنده می‌تواند:

۱ ـ از تسلیم مورد معامله خودداری کند؛

۲ ـ تحویل کالا را که به منظور تسلیم به مشتری به متصدی حمل و نقل یا شخص دیگری سپرده است متوقف کند؛

۳ ـ مورد معامله را بازفروش کند و خسارات ناشی از آن را نیز مطالبه نماید؛

۴ ـ برای امتناع خریدار از تحویل گرفتن کالا خسارت بخواهد یا عندالاقتضاء ثمن معامله را مطالبه کند؛

۵ ـ قرارداد را به علت عدم اجرای آن ازسوی خریدار فسخ نماید.

طرق جبران فوق قابل جمع هستند و استفاده از یکی از آنها بایع را از کاربرد راههای دیگر محروم نمی‌کند.[۱]

آنچه در این مقاله مورد بحث واقع می‌شود فقط بازفروش resale کالای مورد معامله است که ماده ۷۰۶ ـ ۲ قانون یکنواخت بدان اختصاص یافته است.

در اینجا نخست از شرایط اعمال حق بازفروش سخن می‌گوئیم و سپس از سود حاصل از بازفروش و اینکه آیا باید در تعیین خسارت منظور گردد یا نه بحث می‌کنیم و بالاخره آراء دیوان داوری ایران ـ ایالات متحده را در این خصوص بررسی می‌نمائیم.

الف ـ شرایط اعمال حق بازفروش

۳ـ بر طبق ماده ۷۰۶ ـ ۲ قانون یاد شده[۲]، فروشنده متضرر از تخلف خریدار می‌تواند مال مورد

- Code de Commerce Uniforme des Etats-Unis (anglais et français) Art. 2-703, Commentaire 1, Paris 1971, p. 284.

۲ـ متن ماده ۷۰۶ ـ ۲ بدین شرح است :

(1) Under the conditions stated in section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the good concerned for the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference

معامله را بازفروش کند و در صورتی که قیمت بازفروش کمتر از قیمت قرارداد باشد تفاوت قیمت و

---

between the resale price and the contract price together with any incidental damages saved allowed under the provisions of this Article (Section 2-710), but less expenses in consequence of the buyer's breach.

(2) Except as otherwise provided in subsection. (3) or unless otherwise agreed resale may be at public or private sale including sale by way of one or more contracts to sell or of identification to an existing contract of the seller. Sale may be as a unit or in parcels and at any time and place and on any terms but every aspct of the sale including the method, manner, time, place and terms must be commercially reasonable. The resale must be reasonably identified as referring to the broken contract, but it is not necessary that the goods be in existence or that any or all of them have been identified to the contract before the breach.

(3) - Where the resale is at private sale the seller must give the buyer reasonable notification of his intention to resell.

(4) where the resale is at public sale

(a) only identified goods can be sold except where there is recognized market for a public sale of futures in goods of the kind; and

(b) it must be made at a usual place or market for public sale if one is resonably available and except in the case of goods which are perishable or threaten to decline in value speedily the seller must give the buyer reasonable notice of the time and place of the resale; and

(c) if the goods are not to be within the view of those attending the sale the notification of sale must state the place where the goods are located and provide for their reasonable inspection by prospective bidders; and

(d) the seller may buy.

(5) A purchaser who buys in good faith at a resale takes the goods free of any rights of the original buyer even though the seller fails to comply with one of more ot the requirements of this section.

(6) The seller is not accountable to the buyer for any profit made on any resale. A person in the position of a seller (Section 2-707) or a buyer who has rightfully rejected or justifiably revoked acceptance must account for any excess over the amount of his security interest, as herinafter defined (subsection (3) of Section 2-711).

برای بحث کلی از این ماده و مواد دیگر یوسی‌سی رجوع شود به:

B. STONE, Uniform Commercial Code, Nutshell Series of W.P.C. , 1981.

نیز خسارت تبعی وارده را مطالبه نماید. البته بازفروش مال الزامی نیست و بایع می‌تواند پرداخت ثمن معامله را با خسارت مطالبه کند. هنگامی که بایع اقدام به بازفروش می‌کند می‌تواند کالا را بطور خصوصی یا عمومی بفروشد. قانون، فروش عمومی public sale را تعریف نمی‌کند. مسلّم است که فروش از طریق حراج که عموم مردم می‌توانند در آن شرکت کنند یک فروش عمومی است ولی معلوم نیست بیع بدون حراج که همه می‌توانند از آن برخوردار شوند یا حراجی که برخی از مردم نمی‌توانند در آن شرکت کنند فروش عمومی محسوب گردد. توضیح شماره ۴ که در ذیل ماده ۷۰۶ ـ ۲ دیده می‌شود مفید این معنی است که مقصود از بیع عمومی فروش از طریق حراج است لیکن به نظر بعضی از مؤلفان مفهوم کلمه روشن نیست و بر عهده دادگاههاست که خط فاصل بین فروش عمومی و فروش خصوصی را مشخص کنند. توضیح شماره ۴ در تعریف فروش خصوصی می‌گوید: «یک فروش خصوصی ممکن است پس از مذاکرات مستقیم یا از طریق دلال واقع شود. انتخاب فروش عمومی یا خصوصی تابع ملاحظات مربوط به نوع کالا و عملکردها و رسوم بازرگانی است».

۴- هرگاه فروشنده بازفروش به طریق خصوصی را برگزیند باید اقدامات زیر را انجام دهد:

۱ ـ مشخص کند که بازفروش مربوط به قرارداد نقض شده است.

۲ ـ قصد خود را به بازفروش به خریدار بطور معقول ابلاغ کند.

۳ ـ مبیع را باحسن نیت و به شیوه‌ای که از نظر بازرگانی معقول باشد بازفروش کند.

لیکن اگر بایع بخواهد مال را بطریق عمومی بفروشد باید مراحل بیشتری را طی کند، او باید:

۱ ـ مشخص کند که بازفروش مربوط به قرارداد نقض شده است.

۲ ـ فقط کالاهای ساخته و معین شده و اختصاص داده شده به قرارداد را بفروشد، جز در موردی که بازار شناخته شده‌ای وجود داشته باشد که در آن کالاهای آینده از همان نوع فروخته می‌شود.

۳ ـ بازفروش را در محلی که معمولاً فروش عمومی در آن واقع می‌شود، در صورتی که چنین محلی وجود داشته باشد، انجام دهد.

۴ ـ زمان ومکان بازفروش را بطور معقول به خریدار اطلاع دهد، مگر در مورد کالاهای فاسد شدنی یا کالاهائی که در معرض تنزل سریع قیمت قرار دارند.

۵ ـ کالا را در زمان بازفروش در دیدگاه مردم قرار دهد یا اگر کالا در معرض دید حاضران نیست، امکان بازدید آن بطور معقول از سوی خریداران احتمالی را در محل وقوع مال فراهم آورد.

۶ ـ کالا را با حسن نیت و به شیوه‌ای که از نظر بازرگانی معقول باشد باز فروشد.[۱]

---

۱. همان کتاب، ص ۲۶۵.

* - J.J.WHITE and R.S.SUMMERS, Handbook of the Law under Uniform Commercial

به هر حال، دو شرط اساسی که در بازفروش باید رعایت شود این است که اولاً باید فروش باید با حسن نیت انجام گیرد ثانیاً باید به طریقی باشد که از نظر بازرگانی معقول بشمار آید. شرط «معقول از نظر بازرگانی» commercially reasonable در واقع تدوین یک قاعده قدیمی کامن‌لو است که بموجب آن فروش باید در یک مهلت معقول بعد از عدم اجرای قرارداد از سوی خریدار انجام پذیرد. البته معقول بودن مهلت بستگی به ماهیت کالا، وضع بازار و دیگر اوضاع و احوال مربوط به مورد دارد. این مدت با یک معیار حقوقی قابل اندازه‌گیری نیست و نمی‌توان از پیش ضابطه‌ای برای آن تعیین کرد. هنگامی که بایع از مشتری درخواستی مبنی بر معاینه مال به منظور تأمین دلیل دریافت می‌کند، مهلت می‌تواند درازتر باشد.[۱]

تخلف از مقررات فوق فروشنده را از تعیین و مطالبه خسارت براساس ماده ۷۰۶ ـ ۲ محروم کرده او را مشمول ماده ۷۰۸ - ۲ UCC قرار می‌دهد که به موجب آن فروشنده فقط حق دارد تفاوت بین قیمت بازار در زمان و محل تسلیم مبیع و قیمت قرارداد را به اضافه خسارات تبعی و منهای صرفه‌جوئیهای ناشی از نقض قرارداد مطالبه کند.[۲]

معهذا حتی در صورتی که بایع مقررات بازفروش را رعایت نکرده باشد، مالکیت شخصی که باحسن نیت کالای بازفروش شده را خریده است محترم شمرده می‌شود و خریدار نخستین نمی‌تواند هیچگونه دعوائی علیه او اقامه کند.[۳]

۵ ـ چند نکته دیگر درباره ماده ۷۰۶ ـ ۲ قابل ذکر است:

ـ همانطور که اشاره شد برای بازفروش مورد معامله لازم نیست که مالکیت به خریدار منتقل شده باشد و این کار حتی در پاره‌ای موارد که کالا به خریدار تخصیص داده نشده یا حتی ساخته نشده است امکان‌پذیر است. بنابراین ماده ۷۰۶ ـ ۲ بین مورد عدم انتقال مالکیت به خریدار که در آن بایع کالا را بعنوان مالک می‌فروشد و مورد انتقال مالکیت که در آن خریدار بعنوان طلبکار با حق وثیقه

Code, 2e ed. West Publishing Co. 1980, p.265.

۱ ـ توضیح شماره ۵ ذیل ماده ۷۰۶ ـ ۲ UCC.

2 - 1) Subject to Subsection. 2) and to the provisions of this atricle with respect to proof of market price (Section 2-723), the mesure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this Article (Section 2-710), but less expencses saved in consequence of the buyer's breach.

۳ ـ وایت، کتاب مذکور، ص ۲۶۵.

مال خریدار را بفروش می‌رساند تفکیک قائل نشده است. این تفکیک در برخی آراء قضائی پیشین وجود داشته و ماده ۷۰۶ ـ ۲ در واقع آنرا لغو کرده است.[۱]

ـ ماده ۷۰۶ ـ ۲ در مورد محل بازفروش آزادی زیادی به بایع می‌دهد. کافی است که بایع به نحوی که از نظر بازرگانی معقول باشد مناسب‌ترین محل را برای بازفروش انتخاب کند. بنابراین ماده مذکور نظریه‌ای راکه به موجب آن بازفروش باید در محل تسلیم مورد معامله واقع شود و در جای دیگر مجاز نیست مگر در اوضاع و احوال استثنائی رد کرده است.[۲]

ـ هرگاه در زمان اعلام قبلی عدم اجرای قرارداد از سوی مشتری هنوز کالای مورد معامله ساخته نشده باشد فروشنده می‌تواند حق بازفروش را اعمال و با عقد یک یا چند قرارداد برای فروش کالاهای آینده مبلغ خسارتی راکه باید از خریدار پیشین بگیرد تعیین کند.

ـ هرگاه جزئی از ثمن معامله قبل از بازفروش پرداخته شده باشد، پس از بازفروش باید به مشتری برگردد و یا در محاسبه خسارات منظور گردد و بایع نمی‌تواند آنرا مانند سود حاصل از فروش از آن خود تلقی کند.[۳]

ـ مبنای حق بازفروش در حقوق آمریکا روشن نشده است. ولی از ماده ۷۰۶ـ۲ یو.سی.سی که به‌فسخ وانحلال قرارداد اشاره‌نکرده و ازاینکه حق فسخ برای فروشنده درماده دیگری عنوان شده است (مواد ۱۰۶ـ۲ و ۷۰۳ـ۲ بند f) چنین برمی‌آید که مبنای حق بازفروش انحلال معامله و بازگشت مال به مالکیت فروشنده نیست. معمولاً می‌گویندکه فروشنده بعنوان نماینده agent خریدار اقدام به فروش می‌کند و همین نظریه در بعضی از آراء صادره از دادگاهها نیز منعکس شده است. معهذا این نظریه مورد انتقاد واقع شده و از جمله گفته‌اند این مبنی فقط هنگامی درست است‌که مال مورد معامله قبل از بازفروش به خریدار منتقل شده باشد و در مورد قراردادهای‌عهدی فروشنده‌حق بازفروش رانسبت به‌مال خود اعمال‌می‌کند نه‌نسبت به مال‌خریدار وبه‌نمایندگی‌از او.[۴]

ب – سود بازفروش

۶ ـ طبق مادهٔ ۷۰۶ ـ ۲، پس از بازفروش مورد معامله، هرگاه بهای بازفروش کمتر از قیمت قرارداد باشد بایع می‌تواند مابه‌التفاوت و هزینه‌های تبعی (مانند هزینه حمل و نقل کالا تا محل حراج و دیگر هزینه‌های بازفروش) را از خریدار مطالبه کند، با کسر هزینه‌هائی که به علت عدم

---

۱ ـ توضیح شماره ۳ ذیل ماده ۷۰۶ ـ ۲.

۲ ـ توضیح شماره ۵، ذیل ماده ۷۰۶ – ۲.

3 - D.B. DOBBS, Law of Remedies, West Publ. Co. 1973, p.888.

4 - Corpus Juris Secundum, vol. 78, § 426, p.41; WILLISTON on Contracts, Vol. 11 N.Y. 1968, § 1381, p.408.

اجرای قرارداد صرفه‌جوئی شده است (مانند هزینهٔ حمل و نقل تا بندر کشور خریدار در بیع سلف). لیکن اگر بهای بازفروش بیشتر از قیمت قرارداد باشد مازاد از آنِ فروشنده خواهد بود. بند ۶ مادهٔ مذکور می‌گوید: «فروشنده مکلّف به آن نیست که حساب سودی راکه ممکن است از باز فروش کرده باشد به خریدار بدهد...»

فرض کنیم قیمت کالا به موجب قرارداد ۱۰۰۰ دلار است و بایع به علت نقض قرارداد از سوی مشتری، آن را به قیمت ۱۳۰۰ دلار به شخص ثالث می‌فروشد. مابه‌التفاوت که ۳۰۰ دلار می‌باشد متعلق به بایع است.

۷ ـ مسأله هنگامی دشوار می‌شود که بایع از بازفروش سود برده ولی پاره‌ای هزینه‌های فرعی نیز پرداخته است. مثلاً کالا را به قیمت ۱۳۰۰ دلار فروخته ولی ۱۰۰ دلار بعنوان هزینه بازفروش پرداخت نموده است. آیا می‌تواند با وجود سودی که برده است یکصد دلار هزینه اضافی را از مشتری بخواهد. انصاف اقتضا می‌کند که خریدار در برابر چنین دعوائی مورد حمایت واقع شود. فروشنده باید در آنچنان وضع مالی قرار گیرد که در صورت عدم نقض قرارداد برای او حاصل می‌شد، بدون اینکه مسئولیت بیشتری برای خریدار ایجاد گردد. بنابراین حفظ سود حاصل از بازفروش و مطالبه هزینه‌های فرعی از خریدار منصفانه بنظر نمی‌رسد بویژه در مواردی که نقض قرارداد عمدی و با سوءنیت نباشد.

بنابراین، همانطور که بعضی از حقوقدانان آمریکائی گفته‌اند قانون یکنواخت ممکن است بدین‌گونه تفسیر شود که بایع مکلف نیست حساب سود خالص خود را به مشتری بدهد لیکن در این صورت نمی‌تواند علیه مشتری برای مخارج فرعی تا حدی که سود ناخالص بدست آمده از بازفروش آنرا جبران می‌کند اقامه دعوی نماید.[1]

۸ـ یکی از استادان حقوق آمریکا بنام Nordstrom در مقاله‌ای که در جلد ۶۵ مجله حقوقی میشیگان به سال ۱۹۶۷ نوشته این موضوع را به تفصیل مورد بحث قرار داده و سعی کرده است تفسیر مناسبی‌ازماده ۲ـ۷۰۶ درمورد سودبازفروش ارائه نماید. مؤلف فروض مختلف رابراساس این که قیمت قرارداد ۵۰۰۰ دلار باشد بررسی کرده و در فرض سوم چنین گفته است: خریدار چیزی از قیمت خرید پرداخت نکرده است. بایع در بازفروش کالا را به‌قیمت ۶۰۰۰ دلار فروخته ولی بابت هزینه‌های جنبی ۳۰۰ دلار پرداخته و چیزی به علت نقض قرارداد از سوی مشتری صرفه‌جوئی نشده است.

---

1 - «... The Code probably can be read as saying that the seller need not account for net profits, but that even so, he may not sue the buyer for incidental expense so long as that expense is covered by his gross profit on resale» (cf. DUBBS, op.cit., p.888).

مسأله‌ای که در این فرض مطرح می‌شود آن است که آیا بایع با اینکه ۷۰۰ دلار سود خالص داشته است می‌تواند هزینه‌های جنبی را از مشتری مطالبه کند. قانون پاسخ خاصی به این سؤال نمی‌دهد. اگر فرمول بند ۱ ماده ۷۰۶ ـ ۲ را در این مورد اجرا کنیم، بایع حق مطالبه ۳۰۰ دلار را خواهد داشت: این بند مقرر می‌دارد که فروشنده خسارت ناشی از بازفروش را (که در فرض ما مقرر است) باضافه خسارات جنبی (در فرض ما ۳۰۰ دلار) دریافت می‌دارد. این استدلال با قاعده مندرج در بند ۶ ماده ۷۰۶ ـ ۲ که بموجب آن بایع مکلف نیست حساب سود حاصل از بازفروش را به مشتری پس بدهد، تقویت می‌شود. در واقع اگر هزینه‌های جنبی از سود بازفروش کسر شود این روشی برای دادن حساب سود به مشتری بر خلاف بند ۶ ماده ۷۰۶ ـ ۲ است.

لیکن راه دیگری نیز در تفسیر قانون وجود دارد. ممکن است گفته شود قاعده مندرج در بند ۶ مربوط به سود ناخالص gross profit بدون کسر مخارج نیست بلکه مربوط به سود خالص net profit است، یعنی سود بدست آمده از بازفروش منهای هزینه‌های جنبی (در فرض ما سود خالص ۷۰۰ دلار است که از آن فروشنده خواهد بود). بنابراین تفسیر، بایع نمی‌تواند هزینه‌های جنبی را تا حدی که سود حاصل از فروش آن را جبران می‌کند از خریدار مطالبه نماید.[1]

۹ ـ سپس مؤلف اضافه می‌کند :

مشکل این است که قانون یکنواخت تاب هر یک از دو تفسیر فوق را دارد. معهذا فلسفه کلی قانون مؤید تفسیر دوم است. هدف نظام طرق جبران در قانون یکنواخت آن است که طرف غیرمقصر را در همان وضع مالی قرار دهد که در صورت عدم نقض قرارداد برای او حاصل می‌شد نه آن که وضع بهتری برای او قائل گردد.[2] هرگاه برای بایع حق مطالبه ۳۰۰ دلار خسارت جنبی را در فرض

---

1 - There is, however, another way to read the Code. The statement in section 2-706 (6) that a seller need not account to the buyer for any profit made on the resale may not refer to gross profits (as was assumed in the prior paragraph), but rather to the net profits of the sale (that is, the total amount received from the second buyer less the section 2-710 incidental expenses incurred by seller).

(R.J. Nordstrom, Seller's Damages Following Resale Under Article Two of the Uniform Commercial Code, Michigan Law Review, vol. 65, No.5, 1967 p.1302).

2 - The remedies provided by this Act shall be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed but neither consequential or special nor penal damages may be had except as specificaly

سوم قائل شویم، در واقع او را در وضع مالی بهتری نسبت به فرض اجرای قرارداد از سوی مشتری قرار داده‌ایم و این بر خلاف فلسفه و هدف قانون است. رأی صادر در دعوی Amtorg Trading Corp. v. Micle Printing Press & Mfg Co. [1] می‌تواند در تأیید این تفسیر مفید باشد. در این پرونده خریدار مبلغی پیش پرداخت کرده و فروشنده به علت تخلف خریدار، حق بازفروش خود را اعمال می‌نماید و مبلغ ۱۸۷۶۵ دلار سود می‌برد. خواهان برای دریافت مبلغ پیش پرداخت و نیز سود بدست آمده اقامه دعوی می‌کند و طبق رأی صادر شده، دادگاه خواهان را در استرداد پیش پرداخت ذیحق می‌شناسد و ضمناً به خوانده حق می‌دهد که سود بدست آمده را برای خود نگاهداشته و هزینه‌هائی را که متحمل شده است تا آنجا که زائد بر سود بدست آمده باشد از مبلغ پیش پرداخت کسر کند. [2] با اینکه رأی Amtorg مربوط به موردی است که خریدار متخلف جهت استرداد پیش پرداخت خود علیه فروشنده اقامه دعوی کرده است قاعده‌ای که در مسأله هزینه‌های جنبی پیش فروش در آن اعمال شده در مورد دعوای بایع در فرض سوم نیز قابل اجرا است. [3]

ج ـ آراء دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده

۱۰ ـ در مورد بازفروش کالای مورد معامله، بر طبق ماده ۷۰۶ ـ ۲ UCC ، تاکنون ظاهراً فقط دو رأی از دیوان داوری ایران ـ ایالات متحده صادر شده است:

در پرونده شماره ۱۸۰ خواهان آمریکائی نه عدد جراثقال مورد معامله را به استناد اینکه خریدار بر خلاف قرارداد از گشایش اعتبار اسنادی جهت پرداخت قیمت خودداری کرده براساس ماده UCC۲ـ۷۰۶ می‌فروشد و سود حاصل از فروش مجدد جراثقال را در محاسبه خسارت منظور نمی‌کند و دیوان در رأی شماره ۳ـ۱۸۰ـ۱۴۴ مورخ ۶۳/۹/۱۵ ضمن رد نظر خواهان مبتنی بر اینکه سود حاصل نباید به حساب خریدار منظور شود چنین می‌گوید:

«... طبق ماده (۱) ۷۰۶ـ۲ یو.سی.سی ظاهراً قیمت فروش مجدد و قیمت قراردادی شامل کلیه کالاهای مشمول قرار داده شده و صرفاً قیمت یک قلم بخصوص را شامل نمی‌گردد. بنابراین دیوان داوری چنین نتیجه می‌گیرد که در محاسبه قیمت فروش مجدد زیانها و منافع حاصله از فروش مجدد یکایک اقلام مشمول قرارداد باید منظور شود. طبق ماده ۷۰۶ـ۲ یو.سی.سی خواهان بابت هرگونه سود خالص حاصل از فروش کلیه کالاهای مشمول قرارداد در برابر وزارت راه جوابگو

---

provided in this Act or by other rule of law.

(U.C.C. § 1-106(1). See also U.C.C. §§ 2-703, comment 4; 711, comment 3).

1 - 206 F.2d 103 (2d Cir. 1953).

۲ ـ نوردسترم، مقاله مذکور، ص ۱۳۰۳.

۳ ـ همان مقاله، ص ۱۳۰۴.

نیست. لکن در تعیین خسارت باید اقلامی که با کسب سود فروخته شده را به حساب بستانکار منظور کرد. بدین ترتیب خواهان استحقاق دارد خسارتی به مبلغ ۱۱۰۸۶۲ دلار بابت زیان حاصل از فروش مجدد کالا بعلاوه بهره‌ای به نرخ ۱۰ درصد در سال ... دریافت نماید... خواهان همچنین، هزینه‌های حمل را که مشتمل بر هزینه‌های واقعی حمل است (صورت برداری از موجودی کالا، نقل و انتقال واقعی و انبارداری) مطالبه می‌نماید. طبق ماده (۱) ۲ـ۷۰۶ و ماده ۲ـ۷۱۰ مقررات یو.سی.سی هارنکو (خواهان) استحقاق دارد که پاره‌ای خسارات تبعی ناشی از نقض قرارداد، منجمله هزینه‌های حمل مورد درخواست خواهان را دریافت دارد.» [1]

چنانکه ملاحظه می‌شود دیوان داوری بحق نه جراثقال مربوط به یک قرارداد را از نظر حقوقی کاملاً جدا از هم تلقی نکرده و نپذیرفته است که سود حاصل از بازفروش بعضی از آنها به نفع فروشنده برداشت شود و زیان حاصل از فروش تعدادی از آنها بر عهده خریدار باشد. به نظردیوان در محاسبه بهای بازفروش سود و زیان کلیه اقلام مشمول قرارداد (نه جراثقال) باید منظور گردد و اگر در مجموع قیمت بازفروش کمتر از قیمت قرارداد باشد پرداخت مابه‌التفاوت برعهده خریدار متخلف است.

چون در پرونده مذکور قیمت کل مورد معامله کمتر از قیمت قرارداد بوده دیوان حکم به پرداخت مابه‌التفاوت به سود خواهان داده و طبعاً دیگر وارد این مسئله نشده است که در صورتی که فروش کل کالاهای مورد معامله سود داشته باشد آیا آن سود کلاً متعلق به فروشنده است یا هزینه‌های فرعی باید با آن تهاتر شود.

۱۱ ـ برعکس، در رأی شماره ۲ـ۲۴۵ـ۹۹ مورخ ۶۲/۱۰/۶ که در آن فروش مجدد براساس ماده ۲ـ۷۰۶ قانون یکنواخت مطرح و قیمت بازفروش از قیمت قرارداد بیشتر بوده دیوان با اعلام اینکه خود را مقید به قانون مزبور نمی‌شناسد سود حاصل را از مبلغ تعیین شده برای خسارات کسر کرده است. عبارت رأی در این خصوص چنین است:

«خواهان اظهار می‌دارد که علیرغم این که کل بهای دریافتی فروش‌های مجدد اساساً از قیمتهای مندرج در قرارداد مورد بحث بالاتر بوده خساراتی را در فروش مجدد متحمل شده است. در رابطه با این ادعا دو استدلال حائز اهمیت است، اول اینکه، طبق قوانین آیداهو (مقصود همان یو.سی.سی است که در این ایالت هم لازم‌الاجراء است) لزومی ندارد که منافع حاصل از فروش مجدد به حساب آورده شود و بنابراین می‌توان سود حاصل از فروش مجدد برخی اقلام تجهیزات را نادیده گرفته و درعین حال خسارات متحمله در فروش مجدد اقلام دیگر را مطالبه کرد. دوم اینکه خسارات ناشی از تورم در ایالات متحده را باید با تعدیل قیمت قرارداد وزارت راه و ترابری از طریق اعمال تغییرات حادث در شاخص قیمت تولید کننده در ایالات متحده در فاصله نقض تا

---

۱ ـ متن فارسی رأی، ص ۳۱ و ۳۲.

فروش مجدد جبران نمود.

در رابطه با استدلال اول همانطور که در بالا گفته شد دیوان خود را مقید به قانون آیداهو نمی‌شناسد. طبق اصول کلی حقوق جبران خسارت معمولاً مستلزم به حساب آوردن سود حاصل در فروش مجدد است و دیوان بر این نظر است که معادل آنرا باید از خساراتی که درحکم منظور می‌شود کسر کرد».[۱]

۱۲ ـ بنابراین از آنجا که دیوان پرداخت خسارات ناشی از نقض قرارداد و بازفروش را بدون احتساب سود حاصل از آن غیرعادلانه می‌دانسته دو راه برای تعدیل آن در پیش داشته است: یکی آنکه ماده ۷۰۶ـ۲ یو.سی.سی را به گونه‌ای تفسیر کند که سود حاصل از خساراتی که در حکم منظور می‌شود قابل کسر باشد، مانند تفسیری که Nordstrom ارائه کرده است. دوم آنکه از قانون حاکم بر قرارداد به استناد مادهٔ ۵ بیانیه حل و فصل عدول و براساس اصول کلی حقوق حکم صادر نماید. چنانکه ملاحظه شد، دیوان در رأی مذکور راه حل دوم را برگزیده است.[۲]

بخش دوم
حقوق تطبیقی

در این بخش از حق باز فروش در حقوق انگلیس، حقوق فرانسه، حقوق ایران، قراردادهای بین‌المللی و اصول کلی حقوقی مشترک بین ملل متمدن سخن می‌گوئیم.

الف ـ حقوق انگلیس

۱۳ ـ حقوق انگلیس در مورد حق بازفروش بایع تا حدی مشابه حقوق ایالات متحده است. در حقوق انگلیس به موجب کامن‌لو و قانون فروش کالا Sale of Goods Act مصوب ۱۸۹۲ بایع در موارد زیر حق باز فروش کالای مورد معامله را دارد:[۳]

۱ ـ در موردی که حق بازفروش در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار صریحاً برای بایع شناخته شده باشد (ماده ۴ ـ ۴۸).

۲ ـ هرگاه خریدار از پرداخت قیمت خودداری کند و کالا ضایع شدنی باشد (ماده ۳ـ۴۸).

۳ ـ هرگاه قیمت پرداخت نشده و فروشنده قصد خود را به بازفروش به خریدار اعلام کند و با وجود آن، خریدار در یک مدت معقول از پرداخت قیمت خودداری نماید (ماده ۳ـ۴۸)

---

۱ ـ رأی شماره ۲ـ۲۴۵ـ۹۹ متن فارسی، ص ۱۱.

۲ ـ دیوان در تأیید نظر خود در این باب به منابع زیر ارجاع کرده است:

Treitel, «Remedies for Breach of Contract», chap. 16, VII, International Encyclopedia of Comparative Law, 1, 78, 80 (1976); I Mazeaud, Leçons de Droit Civil, 706 (6th ed.).

3 - BENJAMIN'S Sale of Goods, London 1974, n° 1135, p. 539 s.

۴ ـ هنگامی که خریدار از اجرای تعهدات ناشی از قرارداد سر باز زده و مرتکب نقض اساسی fundamental breach شده باشد. در این صورت به موجب کامن لو بایع می‌تواند قرارداد را فسخ و مورد معامله را مانند مال خود بفروشد.[۱]

۵ ـ هنگامی که مورد معامله یک مال کلی یا کالای آینده باشد ولی هنوز بایع تعهدی به تعیین آن نداشته باشد، در این صورت بایع ذیحق است هر یک از کالاهائی راکه واجد اوصاف مورد معامله باشد بعنوان مالک بفروشد.

۱۴ ـ البته در جزئیات اختلافاتی بین دو حقوق انگلیس و آمریکا در مورد حق بازفروش وجود دارد. ولی اصل اعطای حق مزبور به بایع در صورت عدم پرداخت قیمت ازسوی خریدار درهر دو حقوق پذیرفته شده است.

یک تفاوت که جنبه نظری دارد این است که حق بازفروش در حقوق انگلیس مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مورد معامله به فروشنده است درحالی که در حقوق آمریکا این نظریه مطرح نیست. براساس این نظریه، بعضی از مؤلفان انگلیسی در توجیه حق بازفروش گفته‌اند: هنگامی که فروشنده به علت عدم پرداخت قیمت اقدام به بازفروش می‌کند، نتیجه این عمل انحلال قرارداد اصلی است و هرگاه مالکیت مال مورد معامله به خریدار اصلی منتقل شده باشد در نتنیجه بازفروش مالکیت به بایع برمی‌گردد و سپس از بایع به خریدار جدید انتقال می‌یابد. تا زمانی که قرارداد اصلی منحل نشده است خریدار یا امین او (مدیر تصفیه) در مورد ورشکستگی می‌تواند با پرداخت قیمت از بازفروش جلوگیری کند.[۲]

۱۵ ـ در مورد سود حاصل از بازفروش در حقوق انگلیس قاعده این است که باید سود بدست آمده از مبلغ خساراتی که در اثر عدم اجرای قرارداد به او وارد شده است کسر شود. بطور کلی بایع باید «در همان وضعی قرار داده شود که درصورت اجرای قرارداد برای او حاصل می‌شد.»[۳] بنابراین خساراتی که به بایع (یا مشتری) متضرر از نقض قرارداد پرداخت می‌شود باید امتیازاتی راکه از اجرای قرارداد می‌بایست بدست آورد جبران کند با کسر صرفه‌جوئی‌هائی که به علت نقض قرارداد شده است. «و

۱ـ قانون جدید فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ که در اول ژانویه ۱۹۸۰ وارد مرحلهٔ اجرایی شده دارای مقررات مشابهی در این زمینه است.

۲ ـ همان کتاب، ش ۱۰۳۳، ص ۲۸۱ و ۴۸۲.

3 - He is to be placed in the same situation as if the contract had been performed(Robinson v. Harman (1848) 1 Ex 850, § 55). Cf. H. Beale, Remedies for Breach of Contract, London 1980, p. 153.

نیز هر سودی که فقط به علت نقض قرارداد می‌توانسته است حاصل شود باید کسر گردد».[1]

بنابراین در مورد سود نیز حقوق انگلیس و آمریکا متفاوت است، چه در حقوق آمریکا گفته‌اند که فروشنده می‌تواند سود حاصل از بازفروش را بحساب نیاورد، مگر اینکه نظریه Nordstrom را در این خصوص بپذیریم که در این صورت ظاهراً تفاوتی بین دو حقوق وجود نخواهد داشت.

ب ـ حقوق فرانسه

۱۶ ـ در حقوق فرانسه از حق بازفروش برای فروشنده سخنی به میان نیامده است ولی به نظر می‌رسد که دادگاه، در صورتی که بر طبق ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی حکم به فسخ قرارداد دهد، می‌تواند اجازه بازفروش مورد معامله را به منظور تعیین میزان خسارت صادر کند. در این فرض قرارداد به موجب حکم دادگاه منحل و مال مورد معامله در صورتی که قبلاً به مشتری منتقل شده باشد به بایع برمی‌گردد و بایع مال متعلق به خود را می‌فروشد و هرگاه ثمن معامله کمتر از بهای قرارداد باشد مابه‌التفاوت را بعنوان خسارت از خریدار مطالبه می‌کند. این طریقه تعیین خسارت را «ارزیابی عینی» concrete assessment نامیده‌اند.[2]

بنابراین باز فروشی که بتواند مبنای تعیین خسارت وارد به فروشنده بشمار آید در حقوق فرانسه اصولاً منوط به اجازه دادگاه است، هر چند که در عمل ممکن است فروشنده قبل از صدور اجازه دادگاه اقدام به بازفروش کند و دادگاه با اختیار مطلقی که در مورد تعیین میزان خسارت دارد می‌تواند حکم به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت بازفروش و قیمت مندرج در قرارداد به فروشنده نماید.[3]

۱۷ـ در مورد احتساب سود حاصل از بازفروش نیز در حقوق فرانسه تصریحی دیده نمی‌شود ولی قاعده کلی در مورد جبران خسارت این است که زیان دیده باید درهمان وضعی قرارداده شود که در صورت عدم وقوع عمل زیان آور برای او پدید می‌آید. این‌اصل در آراء صادر از دومین شعبه مدنی دیوان تمیز فرانسه در تاریخ ۲۸ اکتبر ۱۹۵۴ و ۳۱ اکتبر ۱۹۵۷[4] اعلام شده است. بنابراین فروشنده

---

1 - Any profit which he is only able to make because of the breach of contract should also be deducted (cf. Hugh BEALE, Remedies for Breach of Contract, London 1980, p.153).

و نیز رجوع شود به:

F.H. LAWSON, Remedies of English Law, 2d ed. London, 1980, p. 91 s.

2 - C.H. TREITEL, Remedies for Breach of Contract, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Chap. 16, n° 69, p. 41.

۳ ـ همان مأخذ و شماره، ص ۴۶.

4 - Civ. 2e civ. 28 Oct. 1954, Sem. Jur. 1955. II. 8765 et note R. Savatier, Gaz. Pal.

مال نمی‌تواند سود حاصل از فروش را در محاسبه منظور نداشته و بدون احتساب آن، مخارج و خسارات تبعی را از خریدار مطالبه نماید چه دراین‌صورت بایع در وضعی بهتر از آنچه در قرارداد پیش‌بینی شده است قرار خواهد گرفت و این بر خلاف اصل پذیرفته شده در حقوق فرانسه است.

ج ـ حقوق ایران

۱۸ ـ حقوق ایران در این خصوص تا حدی مشابه حقوق فرانسه است. حق بازفروش در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است و می‌توان گفت تا موقعی که قرارداد فسخ نشده ومال مورد معامله در ملکیت مشتری است فروشنده حق بازفروش ندارد، چه بازفروش تصرف درمال غیر محسوب می‌شود که مجوزی ندارد. اما اگر قرارداد بوسیله فروشنده فسخ شود (در موردی که بایع بر طبق قرارداد خیار فسخ داشته باشد یا بموجب ماده ۲۳۹ قانون مدنی بر اثر تخلف خریدار حق فسخ پیدا کند) در این صورت می‌تواند مورد معامله راکه مال خود او بشمار می‌آید باز فروشد و هرگاه قیمت باز فروش کمتر از بهای قرارداد باشد مابه‌التفاوت را به عنوان خسارت ناشی از نقض قرارداد، از مشتری مطالبه کند. بدیهی است تعیین میزان خسارت در صورت بروز اختلاف با دادگاه است و این دادگاه است که می‌تواند با یک «ارزیابی عینی» از مورد معامله حکم به پرداخت مابه‌التفاوت دهد.

تفاوتی که در مورد فسخ بین حقوق ایران و حقوق فرانسه وجود دارد این است که در حقوق ایران تحقق فسخ منوط به حکم دادگاه نیست و دارنده خیار فسخ می‌تواند قبل از صدور حکم قرارداد را با اعمال خیار منحل کند. البته در صورت بروز اختلاف و مراجعه به دادگاه، تشخیص و احرازحق و رفع اختلاف با دادگاه خواهد بود ولی حکم دادگاه در این خصوص اعلامی است نه تأسیسی.[۱]

۱۹ ـ در مورد سود حاصل از بازفروش نیز بنظر می‌رسد که بایع باید آنرا بحساب بیاورد و از مبلغ خسارت کسر کند چه منظور نداشتن سود در تعیین خسارت موجب زیان مشتری و بر خلاف اصل لاضرر و موجب دارا شدن غیرعادلانه است. بعلاوه از مواد راجع به مسئولیت مدنی بویژه موادی که پرداخت مثل یا قیمت یا بازگرداندن مال به حالت اولیه را پیش‌بینی کرده‌اند (مانند مواد ۳۱۱ـ۳۱۲ و ۳۲۸ تا ۳۳۱ قانون مدنی) چنین برمی‌آید که زیان دیده حق دارد جبران کامل ضرر را از واردکننده زیان مطالبه کند ولی نمی‌تواند بیش از آن چیزی از او بخواهد. به دیگر سخن، قاعده کلی این است که باید «تا آنقدر که ممکن باشد وضعیت اولیه متضرر به صورت قبل از پیدایش ضرر

1955.1.10; Civ. 2e civ. 31 Oct. 1957, 2 arrêts, Gaz. Pal. 1958. 1.5. (Cf. H.L.J. MAZEAUD, Leçons de Droit civil T. II, 1er vol. 6e éd., Paris 1978, n° 623).

۱ ـ مستنبط از مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ قانون مدنی؛ رجوع شود به: دکتر صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۳۵.

عودت یابد.»[1] بحساب نیاوردن سود حاصل از فروش مستلزم آن است که بایع چیزی بیش از جبران خسارت وارده بدست آورد و در وضعی بهتر از آنچه به موجب قرارداد برای او پیش‌بینی شده است قرار گیرد و این خلاف اصول و موازین حقوقی است.

معهذا باید یادآور شد که هرگاه بایع بعد از فسخ قرارداد مطالبه خسارت نکند، از آنجا که، بنابر آنچه گفته شد، مال را در ملک خود بفروش رسانده و به تعبیر دیگرمال خود را فروخته است مکلف به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت به خریدار نخواهد بود لیکن اگر بابت هزینه‌های تبعی خسارت بخواهد، سود حاصل از فروش از مبلغ خسارت کسر خواهد شد چه ضرر واقعی وارد به فروشنده همان مبلغ هزینه‌ها منهای سود حاصل از فروش است.

د ـ قراردادهای بین‌المللی

۲۰ ـ دو قرارداد بین‌المللی مورخ ۱۹۶۴ و ۱۹۸۰ راجع به بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی وجود دارد که در هر دو به حق بازفروش اشارت رفته است.

بموجب بند ۲ ماده ۶۱ «قانون یکنواخت راجع به بیع بین‌المللی اشیاء منقول مادی» مورخ ۱۹۶۴ «فروشنده نمی‌تواند از خریدار پرداخت قیمت را بخواهد، هنگامی که بازفروش مال برای جبران خسارت بر حسب رسوم و بطور معقول ممکن باشد. در این صورت، در زمانی که این بازفروش باید واقع شود قرارداد خودبخود منحل می‌گردد». طبق این ماده بازفروش مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مال به ملکیت فروشنده است.

۲۱ ـ در قرارداد بین‌المللی راجع به بیع بین‌المللی کالاها مورخ ۱۹۸۰ ماده مشابهی دیده نمی‌شود و بنظر می‌رسد که طبق این قرارداد بایع حق دارد پرداخت قیمت رامطالبه کند، حتی اگر بازفروش ممکن باشد (ماده ۶۲). معهذا درماده ۷۵ کنوانسیون اخیر به حق بازفروش اشارت رفته است. به موجب این ماده «هرگاه قرارداد منحل شود و به شیوه معقول و در مدت معقول بعد از انحلال... فروشنده کالا را باز فروش کرده باشد، طرفی که مطالبه خسارت می‌کند می‌تواند تفاوت بین قیمت قرارداد و قیمت معامله جانشین را دریافت کند...»[2]

چنانکه ملاحظه می‌شود در این ماده حق بازفروش در صورت انحلال قرارداد و مطالبه مابه‌التفاوت قیمت از سوی فروشنده پیش‌بینی شده است. نکته قابل توجه این است که حق

---

۱ ـ دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ ۱۳۳۵، ص ۴۰۹.

2 - John HONNOLD, Uniform Law for International Sales, Deventer Netherlands, Kluwer, 1982, n° 410, p. 412-413.

برای متن انگلیسی قرارداد ۱۹۶۴ رجوع شود به همان کتاب، ص ۵۴۳ به بعد و برای متن فرانسه رجوع شود به :

Y.Loussouarn, J.D. Bredin, Droit du commerce international, Paris 1969, p.918 s.

بازفروش در این ماده نیز مبتنی بر انحلال قرارداد و بازگشت مال به مالکیت فروشنده است.

۲۲ ـ لیکن در ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ حق بازفروش برای فروشنده بدون شرط انحلال قرارداد پیش‌بینی گردیده است: هنگامی که خریدار در تحویل گرفتن مال مورد معامله تأخیر کند یا از پرداخت قیمت که باید همزمان با قبض کالا انجام گیرد خودداری نماید بایع باید اقدامات معقول را جهت حفظ کالا بعمل آورد (ماده ۸۵) و هرگاه در این مورد، خریدار در تحویل گرفتن مال یا پرداخت قیمت یا هزینه نگهداری آن تأخیر غیر معقول نشان دهد فروشنده می‌تواند مال را به طریق مناسب بازفروش کند مشروط بر اینکه قصد بازفروش را بطور معقول به طرف دیگر اطلاع دهد (بند ۱ ماده ۸۸). بازفروش در این مورد اختیاری است. لیکن در مواردی دیگر بازفروش اجباری مقرر گردیده است و آن درمواردی است که مال در معرض فساد سریع باشد یا نگهداری آن هزینه نامعقولی را ببار آورد. در این دو مورد بایع مکلف به بازفروش کالا بطور معقول است، ولی باید در حدود امکان، قصد بازفروش را به طرف دیگر ابلاغ کند (بند ۲ ماده ۸۸).

چنانکه ملاحظه می‌شود در ماده ۸۸ بازفروش مبتنی بر انحلال قرارداد نیست و بنظر می‌رسد که بایع در این موارد، هرگاه مالکیت مبیع به مشتری منتقل شده باشد، به نمایندگی قانونی از مشتری اقدام به بازفروش مال او خواهد کرد.

در کنوانسیون ۱۹۶۴ مواد ۹۴ و ۹۵ مشابه ماده ۸۸ کنوانسیون ۱۹۸۰ است.

۲۳ ـ در مورد احتساب سود حاصل از بازفروش به نظر می‌رسد که طبق اصولی که در قراردادهای بین‌المللی پذیرفته شده است این سود باید در تعیین خسارت منظور گردد. جمله اخیر بند ۳ ماده ۸۸ قرارداد ۱۹۸۰ مؤید این نظر است. چه بموجب آن فروشنده «باید حساب مابه‌التفاوت قیمت را به طرف دیگر بدهد». این عبارت که از مابه‌التفاوت balance بطور مطلق سخن می‌گوید، سود حاصل از باز فروش را نیز در بر می‌گیرد. قرارداد ۱۹۶۴ از این هم‌روشن‌تر است، چه بند ۲ ماده ۹۴ آن که مربوط به فروش اختیاری مال مورد معامله در صورت تأخیر نامعقول طرف دیگر است تصریح می‌کند که فروشنده «می‌تواند از حاصل فروش مبلغی برابر مخارج معقول نگهداری و فروش مال بردارد و باید مازاد آن را به طرف دیگر بدهد». بطور کلی مستنبط از مواد راجع به باز فروش و خسارت که در این قراردادها آمده این است که سود حاصل از بازفروش باید در تعیین خسارت منظور گردد.

۲۴ ـ در مقایسه ماده ۱۸ قرارداد ۱۹۸۰ و ماده ۹۵ قرارداد ۱۹۶۴ با مقررات UCC این نکته قابل توجه است که در ماده ۲ـ۶۰۳ UCC تکلیف به بازفروش فقط درموردی است که مال فاسد شدنی یا در معرض تنزل سریع قیمت باشد در حالی که بر طبق قراردادهای بین‌المللی مذکور این تکلیف در موردی نیز وجود دارد که نگهداری کالا مستلزم هزینه غیر معقولی باشد.[1]

---

1 - J. Honnold, op. cit., p. 457.

هـ ـ اصول کلی حقوقی

۲۵ ـ از آنچه گفتیم برمی‌آید که حق بازفروش برای فروشنده در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار با حدود و قیودی هم در حقوق داخلی و هم در قراردادهای بین‌المللی وجود دارد. منتهی در برخی از نظامهای حقوقی این حق فقط در صورت انحلال قرارداد قابل قبول است.

اما احتساب سود حاصل از بازفروش و کسر آن از کل خسارتی که بایع می‌تواند از مشتری مطالبه کند می‌توان گفت یک اصل کلی حقوقی پذیرفته شده در کشورهای متمدن است و دادگاههای بین‌المللی می‌توانند به آن استناد کنند همانطور که دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده در رأی شماره ۲ـ۲۴۵ـ۹۹ به آن استناد کرده است (رجوع شود به شماره ۱۱).

قاعده کلی که درکشورهای مختلف پذیرفته شده، این است که زیان دیده باید در وضعی قرار گیرد که در صورت اجرای قرارداد برای او حاصل می‌شد نه آن که از نقض قرارداد بهره‌مند شود. قاعده کلی دیگر که گاهی تحت عنوان **mitigation** (تقلیل خسارت) مطرح می‌شود این است که «اگر خواهان در نتیجه نقض قرارداد ازسوی خوانده منفعتی برده باشد باید آن را د رمحاسبه منظور کند. بنابراین ممکن است خسارت تقلیل یابد، بدان سبب که خواهان در نتیجه نقض قرارداد ازسوی خوانده از تعهد به اجرا معاف شده و بدین ترتیب هزینه اجرا را صرفه‌جوئی کرده است یا بدان علت که درنتیجه نقض قرارداد سود یا امتیازی بدست آورده که در غیر این صورت نمی‌توانست تحصیل کند.» [1] این قاعده که هم در کشورهای کامن‌لو پذیرفته شده است و هم در کشورهای حقوق نوشته (رومانیست) مانند فرانسه، آلمان و سوئیس، در مورد بازفروش کالای مورد معامله بوسیله بایع در صورت نقض قرارداد از سوی مشتری نیز قابل اعمال است.[2]

بنابراین، قاعده مندرج در ماده ۲ـ۷۰۶ قانون یکنواخت بازرگانی آمریکا، بر فرض اینکه آنرا طوری تفسیر کنیم که عدم احتساب سود حاصل از باز فروش از آن بدست آید، یک قاعده استثنائی و بر خلاف اصل کلی حقوقی پذیرفته شده در کشورهای دیگر است.

نتیجه

۲۶ ـ حق بازفروش مورد معامله بوسیله فروشنده در صورت نقض قرار داد از سوی خریدار در قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده بصراحت شناخته شده و قواعد متعدد و نسبتاً مشروحی برای آن مقرر گردیده است. در حقوق کشورهای دیگر، تا آنجا که درا ین مقاله مورد بحث واقع شد، مقرراتی بدین تفصیل دیده نمی‌شود. در برخی از کشورها مانند فرانسه و ایران به این حق تصریح نشده است. هرچند که از قواعد عمومی می‌توان راه حلی در این باب بدست آورد، در بعضی دیگر

---

1 - C.H. TREITEL, I.E.C.L. Vol. VII, Chap. 16, n° 100.

۲ ـ همان کتاب، ش ۱۰۴.

ازکشورها این حق صراحتاً به‌بایع داده شده ولی قانونگذار به ذکر چند قاعده کلی اکتفا کرده است (حقوق انگلیس). در قراردادهای بین‌المللی راجع به بین اشیاء منقول مادی به اختصار از این حق سخن به میان آمده است.

بدیهی است که تفاوتهائی بین نظامهای حقوقی مختلف و قراردادهای بین‌المللی در این باب وجود دارد ولی اصل حق بازفروش با حدود و قیودی در همه آنها قابل قبول است.

۲۷ ـ در مورد سود حاصل از بازفروش، قاعده کلی در حقوق داخلی و قراردادهای بین‌المللی این است که این سود باید در تعیین خسارت وارد به بایع منظور و ازمقدار خسارت کسر گردد نه آنکه سود بدست‌آ مده از آن بایع باشد و در عین حال او بتواند بدون احتساب سود، خسارات تبعی ناشی از بازفروش و هزینه نگهداری مال را از خریدار مطالبه کند.

۲۸ ـ اینک نکاتی را در ارتباط با دعاوی مطروحه در دیوان داوری دعاوی ایران ـ ایالات متحده و نحوه استفاده از این بحث در دعاوی مزبور یادآور می‌شویم:

الف ـ هنگامی که مسأله بازفروش مطرح و قانون ایالات متحده حاکم بر قرارداد باشد، معمولاً آمریکائیان جهت توجیه بازفروش و پرداخت سود حاصل از آن به ماده ۷۰۶ـ۳ یو.سی.سی استناد می‌کنند. در این صورت باید در دفاع به نکات زیر توجه کرد:

ـ باید دید آیا شرایط مقرر در ماده ۷۰۶ـ۲ بوسیله فروشنده رعایت شده است یا نه. بویژه آیا بازفروش با حسن نیت و از نظر بازرگانی معقول بوده است یا خیر. اگر با بررسی پرونده و اوضاع و احوال موجود معلوم شود که شرایط مذکور درماده یاد شده رعایت نشده فروشنده حق برخورداری از مزایای آن ماده را نخواهد داشت.

ـ هرگاه فروشنده شرایط و مقررات قانونی را در بازفروش رعایت کرده و سودی از آن بدست آورده باشد می‌توان با استفاده از تفسیری که بعضی از حقوقدانان آمریکائی (ش ۸ به بعد) از ماده ۷۰۶ـ۲ کرده‌اند استدلال کرد که سود حاصل از بازفروش باید از مبلغ خسارت کسر گردد.

ـ در این خصوص اصول کلی حقوق و رأی شماره ۲ـ۲۴۵ـ۹۹ صادر از دیوان داوری (ش ۱۱) نیز در رد دعوای خواهان مبنی بر تعلق سود به فروشنده سودمند خواهد بود.

ب ـ اگر بایع کالای متعلق به مشتری را فروخته و قانون آمریکا حاکم بر قرارداد نباشد مشروعیت بازفروش با توجه به حقوق حاکم قابل بحث و ایراد است. مثلاً اگر حقوق ایران حاکم بر قرارداد باشد می‌توان این سؤال را مطرح کرد که آیا حق فسخ برای فروشنده وجود داشته و آیا قبل از بازفروش این حق را اعمال کرده است یانه. در این فرض، اگر فروشنده نتواند ثابت کند که بازفروش او مجور قانونی داشته است، مسئول و مکلف به جبران خسارت خواهد بود که ممکن است با خسارت ناشی از نقض قرارداد از سوی خریدار (در صورتی که دلیل موجهی مانند قوه قاهره برای آن وجود نداشته باشد) تهاتر شود.

کتابهای منتشر شدهٔ دیگر از همین مؤلف

الف ـ به زبان فارسی

۱ـ **حقوق مدنی**، جلد اول، چاپ سوم، از انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰.

۲ـ **حقوق مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، از انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۰.

۳ـ **مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی**، تهران، ۱۳۵۵.

۴ـ **نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده امریکا** (ترجمه)، چاپ شرکت سهامی کتابهای جیبی، تهران، ۱۳۵۰.

۵ـ **حقوق ایالات متحده امریکا** (ترجمه) چاپ چهارم (با تجدیدنظر)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

۶ـ **نظامهای بزرگ حقوقی معاصر** (ترجمه با همکاری دکتر عزتا... عراقی و دکتر محمد آشوری)، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.

۷ـ **حقوق خانواده**، جلد اول (با همکاری دکتر اسدا... امامی)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۴.

۸ـ **حقوق خانواده**، جلد دوم، قرابت و نسب (با همکاری دکتر اسدا... امامی)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

۹ـ **مباحثی از حقوق بین‌الملل خصوصی**، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۴.

۱۰ـ **حقوق بین‌الملل و داوریهای بین‌المللی** (مجموعهٔ مقالات)، نشر میزان، ۱۳۷۵.

ب ـ به زبان فرانسه.

11- **La protection des incapables**, Etudes compartives, Paris, Dalloz, 1966.

نشر میزان

شابک ۳-۰۰-۵۹۹۷-۹۶۴

ISBN 964-5997 - 00 - 3

Articles on Civil Law and Comparative Law

by

Dr. S. H. SAFAI

Professor of

Faculty of Law and Political Sciences

Tehran University

قیمت ۱۴۰۰ تومان