

الله
الرَّحْمَنُ
الرَّحِيمُ

شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران^۱

سندبدر: سیدحسین صفائی مدیرمسئول: محمد درویشزاده مدیر داخلی: محمدهادی جواهر کلام مدیر امور دانشنامه‌ای: رقیه فراهانی ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب‌آبادی ویراستار فارسی: محمد تمدن	اعضای گروه دیبران (هیأت تحریریه) براساس هروف الفبا: ۱. محمد آشوری ۲. محمدعلی اردبیلی ۳. گورز افخار ۴. محمدجواد جاوید ۵. محمد جعفر حبیب‌زاده ۶. سعید حبیبا ۷. محمد درویش‌زاده ۸. محمد راسخ ۹. حبیب‌اله رجیمی ۱۰. محمدجواد شریعت‌باقری ۱۱. سیدحسین صفائی ۱۲- علی‌اصغر عربیان ۱۳. عباس کریمی ۱۴. حمید گوینده ۱۵. محسن محی ۱۶. سید مصطفی محقق داماد ۱۷. حسین مهرپور ۱۸. علی مهاجری
---	---



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه‌آرایی: نسیم قلی‌زاده

امور هماهنگی: مریم نیمی، فاطمه ماستری

امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد

ناشر: داد و دانش

تلفن: +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱ ، +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نمبر: +۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحدت‌المرأة، بین خیابان فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: info@Lawmagazine.ir

نشانی سایت: www.Lawmagazine.ir

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰/۰۰۰ ریال



وزارت علوم تحقیقات و فناوری
ابحث عنی آموزی ادراکی ایران



وزارت علوم تحقیقات و فناوری اطلاعات
پژوهشکده حقوق و قانون ایران
Iranian Law and Legal Research Institute

این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آیین دادرسی مدنی است.

۱. به استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ مورخ ۹۹/۱۰/۲۲ عنوان مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه، بهشرح فوق تغییر یافت.

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلًا در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورده علمی نویسنده یا نویسنده‌گان باشد.
- نویسنده یا نویسنده‌گان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسنده‌گان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسنده‌گان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.
- فصلنامه در تعیین نوع مقاله (پژوهشی، ترویجی، مروری، کاربردی، مورد پژوهشی و ...) بر اساس نظر داوران و هیأت تحریریه (گروه دبیران) آزاد است.

نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی - پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسنده‌گان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسنده‌گان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسنده‌گان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداقل ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداقل ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوده تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.

- در تیترها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتر اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.
- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صور (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسنده‌گان) به شرح زیر آورده شود:
 - کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
 - مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان‌پذیر است. لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردیر از طریق پست الکترونیکی info@lawmagazine.ir امکان‌پذیر است.

فهرست مقالات^۱

مسئله توارث در فرزندخواندگی در حقوق انگلیس و امریکا با نگاهی به حقوق ایران.....	۷
زهره افشار قوچانی	
ثبت ولادت از دیدگاه فقهی با رویکرد تطبیقی کشورهای اسلامی	۳۹.....
امید توکلی کیا	
وصف خود به خود تصفیه‌شوندگی در گستره اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی	
(مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و رویه تجاری بین‌المللی)	۶۹.....
مجید حسین‌زاده، مجتبی محمدی	
هاردشیپ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا - بررسی تطبیقی تفاسیر جدید.....	۹۷.....
عصمت گلشنی، منصور امینی، سیدمهدي حسيني مدرس	
حقوق را جدی بگیریم (جای خالی قانون «مدیریت تعارض منافع» در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم).....	۱۳۰.....
سید مصطفی محقق داماد، محمد درویش‌زاده	
تحلیل دو رأی درباره زیان معنوی ناشی از نقض تعهدات قراردادی	۱۶۰.....
عباس میرشکاری، محمد ارضی	
چکیده دانشنامه‌ای نشریه	۱۸۷.....
خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات	۱۹۶.....

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسنده‌گان.

مسئله توارث در فرزندخواندگی در حقوق انگلیس و امریکا با نگاهی به

حقوق ایران

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

زهرا افشار قوچانی^۱

چکیده

نهاد فرزندخواندگی به عنوان تامین کننده منافع کودکان و نوجوانان بدون سرپرست یا بد سرپرست مورد توجه کلیه نظامهای حقوقی جهان بوده است. در حقوق ایران نیز با عنوان سرپرستی و در حقوق اسلام با عنوان کفالت جایگاه ویژه اما نه چندان روشی دارد.

در نظام کامن لایی، پس از رومی ژرمی، این نهاد حقوقی به رسمیت شناخته شده و ابعاد حقوقی متعدد آن مورد تدوین قرار گرفته است. فرزندخواندگی در نظام حقوقی غربی صور متعدد داشته و هر روز بر تعداد آن افزوده می‌گردد و حقوق دانان، قضات و قانون‌گذاران سعی در تبیین ابعاد حقوقی مرتبط با هر یک از این صور دارند. یکی از مسائل حقوقی مرتبط با فرزندخواندگی مقوله توارث میان کودک و والد واقعی و بستگان وی از یکسو و کودک به فرزندی پذیرفته شده و سرپرست و خویشان وی از سوی دیگر می‌باشد. مسئله‌ای که در حقوق ایران با استناد به سکوت قانون‌گذار و مسلمات فقهی و حقوقی ممکن است جواب روشی داشته باشد که تامین کننده مصلحت متقابل فرزندخوانده و سرپرست نبوده و لذا تعمق بیشتری را می‌طلبد.

در پژوهش حاضر سعی بر این است تا با بررسی رویکرد موجود در قوانین و رویه قضائی دو کشور انگلیس و آمریکا در خصوص مسئله توارث در طرق مختلف فرزندخواندگی دریچه‌ای نوین در تامین منافع کودک از اموال سرپرست، پس از فوت وی و بالعکس گشوده گردد.

کلیدواژه‌ها: فرزندخواندگی، فرزندخوانده، سرپرست، والد واقعی، ارث

فرزندخواندگی از حیث لغوی از «فرزند خواندن» گرفته شده که عبارت است از اینکه شخصی، بیگانه‌ای را که با او نسبت فرزندی ندارد، فرزند خود بخواند (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۰۰۴۲). در فرهنگ عربی «دعی» معادل فرزندخوانده است و همچنین «دعی» ریشه در «دعو، دعا»، به معنای صدا زدن، خواندن، نامیدن و ... دارد (آذرنوش، ۱۳۸۶: ۲۴). در زبان عربی واژه «تبنی» نیز معادل فرزندخواندگی دانسته شده که ریشه در «ابن» داشته و معادل دقیق آن «پسر گرفتن» است. در اصطلاح حقوقی فرزندخواندگی چنین تعریف شده است: «یک عمل حقوقی است که موجب پیدایش رابطه فرزندی صوری میان دو شخص می‌گردد. یکی را فرزندخواه و دیگری را فرزندخوانده می‌نامند و رابطه مزبور را فرزندخواندگی خوانند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۱۲۱). بنابراین فرزندخواندگی یا تبنی آن است که کسی، دیگری را که فرزند طبیعی او نیست به فرزندی پذیرد.

واژه فرزندخواندگی برای اولین بار در ماده ۵ ضمیمه نامه مودت و اقامت و تجارت ایران و لبنان مصوب دهم اسفند ۱۳۱۰ به عنوان برابر با اصطلاح Adoption به ادبیات حقوقی ایران وارد و سپس در قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محکمه مصوب ۱۳۱۲ نیز به کار برده شد.

فرزندخواندگی در حقوق اسلام منشأ اثر حقوقی نیست و به همین دلیل در قانون مدنی نیز فرزندخواندگی به رسمیت شناخته نشده است. البته امروزه «کفالت» به عنوان رویه اسلامی مشابه فرزندخواندگی غربی مورد توجه بسیاری از مسلمانان قرار گرفته است (Kutty, 2014: 30). در حقوق ایران نیز به موجب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۵۴ نهاد خاصی به عنوان سرپرستی مورد قبول واقع شده که تا حد زیادی مشابه فرزندخواندگی و به دیگر سخن نوعی از آن است (صفایی و امامی، ۱۳۹۷: ۳۰۴). با تصویب قانون مزبور تردیدی در شناسایی و قابلیت پذیرفتن دیگری به فرزندی در حقوق ایران باقی نمانده است و سرپرستی به عنوان نهادی حقوقی به منظور حمایت از کودکان و به عنوان منشأ نوعی قرابت به رسمیت شناخته شد.

فرزندخواندگی در صورتی که به رسمیت شناخته شود نوعی قرابت ایجاد می‌کند که صرفاً حقوقی است و نه طبیعی (همان). به عبارت دیگر رابطه فرزندخواندگی با پدرخوانده و مادرخوانده حکمی است و لذا ممکن است در نتیجه بروز حوادثی مانند فوت هر یک از طرفین رابطه ایجاد شده محل گردد و در فرض فوت فرزند پذیر، کودک به فرزندخواندگی شخص دیگری درآید (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۸۱/۲). اما همین رابطه حکمی منش برخی آثار حقوقی-مالی است که مهم‌ترین آنها حق ارث متقابل در اکثر کشورها می‌باشد. از این رو بررسی وضعیت حقوقی ارث در فرض فرزندخواندگی در حقوق ایران در مقایسه با دو کشور انگلستان و آمریکا محور اصلی مطالعه حاضر خواهد بود. لذا پیش از ورود تطبیقی به بحث اصلی، بدوساخته این نهاد حقوقی را در کشورهای مذکور معرفی و اقسام آن را تعیین می‌نماییم و سپس به رابطه ارثی میان فرزند و والدین طبیعی (واقعی) از یک سو و رابطه ارثی میان فرزندخواندگی و والدین سرپرست و بستگان هر یک از سوی دیگر در نظام حقوقی ایران در مقایسه با نظام کامن لا می‌پردازیم.

۱. انواع فرزندخواندگی:

اگرچه در حقوق ایران و اسلام صرفاً یک نوع خاص از فرزندپذیری تحت عنوان سرپرستی یا کفالت وجود دارد که رابطه قانونی میان کودک و والدین واقعی را قطع نکرده و صرفاً رابطه‌ای حکمی با آثار حقوقی محدود میان فرزندخواندگی و سرپرست برقرار می‌نماید، در حقوق کامن لا شکل سنتی فرزندخواندگی به معنای برقراری رابطه قانونی کامل میان فرزندخواندگی و سرپرست به عنوان جایگزین رابطه کاملاً قطع شده میان فرزند و والدین واقعی به رسمیت شناخته شده است. در کنار صورت سنتی فرزندخواندگی، با پیدایش و پذیرش روش‌های جدید تشکیل خانواده، فرزندخواندگی نیز اشکال نوینی به خود گرفت و فرزندپذیری از جانب ناپدری / نامادری، شریک جنسی غیرهمجنس والد واقعی، شریک همجنس والد واقعی و حتی افراد مجرد با تمایلات و انحرافات جنسی نیز مطرح و بعضاً با استناد به تامین بهترین منافع کودک مورد پذیرش قرار گرفت که به دلیل مغایرت برخی از این اشکال با اصول پذیرفته شده در حقوق اسلام و ایران از ورود تفصیلی بدان‌ها خودداری و در ادامه به معرفی مرسوم‌ترین این اشکال پرداخته خواهد شد.

فرزندخواندگی کامل:

معمولاً و به صورت سنتی زوجین متاهل اقدام به پذیرش کودکی به فرزندی می‌نمایند (Abrams & Ramsey, 2001: 25) واقعی (که شامل همه حقوق از جمله ارث است) قطع و رابطه جدیدی (که شامل همه حقوق است) میان کودک و والدین (Wendel, 2005: 354; Abrams & Ramsey, 2001: 24). به عبارت دیگر فرزندخواندگی کامل جایگزین اصلی ارتباط میان فرزند و والدین واقعی یا بیولوژیکی می‌گردد. بنابراین فرزندخواندگی کامل یک علقه جانشینی منحصر به فرد میان فرزندخوانده و سرپرست است؛ بدین معنی که فرزندخوانده نام خانوادگی و حق ارث را صرفاً از والدین سرپرست خود دریافت می‌دارد (Mignot, 2017: 143). علیرغم وجود ترتیبات غیررسمی در پذیرش کودکان یتیم و رهاسده از جانب والدین واقعی سرپرست، در انگلستان و فرانسه فرزندخواندگی کامل در مفهوم قانونی پس از جنگ جهانی اول به رسمیت شناخته شد (Ibid).

فرزندخواندگی ساده:

فرزندخواندگی ساده غالباً و در کنار رابطه سابق میان فرزند و والدین بیولوژیکی، یک علقه والدینی میان فرزند بالغ و سرپرست وی، ایجاد می‌نماید. لذا کودک فقط از برخی از مزایای فرزند واقعی برخوردار شده و فرزندخواندگی قابل فسخ می‌باشد. باید توجه داشت که این نوع فرزندخواندگی در برخی از کشورهای تابع نظام رومی ژرمی، مانند فرانسه، وجود دارد و در انگلستان به رسمیت شناخته نشده است (Ibid).

فرزندخواندگی step parent

در گذشته همسر مادر/پدر کودک نسبت به وی مسئولیت مراقبتی روزانه می‌یافتد، بی‌آنکه در قبال وی حقی داشته باشند تا اینکه فرزندخواندگی از جانب ناپدری/نامادری مورد شناسایی قانون‌گذاران قرار گرفت (O'Halloran, 2015: 42; Abrams & Ramsey, 2001: 25). در این طریق از فرزندخواندگی، کودکی که پیشتر رابطه کاملی با هر دو والد واقعی خود داشته اما در نتیجه فوت یا طلاق و بالاجبار از یکی از ایشان جدا شده است از سوی همسر دوم والد خود به

فرزندی پذیرفته می‌شود (Wendel, 2005: 365). در این حالت و در فرض حیات هر دو والد واقعی، کودک سه والد قانونی خواهد داشت و دلیلش بنابر عقیده عده‌ای این است که عدم تمایل به تداوم رابطه زناشویی میان والدین واقعی، به معنای عدم تمایل به تداوم رابطه والد فرزندی با کودک خود نبوده و از این رو با ازدواج مجدد یکی از والدین، سرپرستی کودک از جانب همسر والد طبیعی، منجر به قطع رابطه حقوقی او با والد دیگر نخواهد شد (Ibid: 368). البته از این شکل فرزندخواندگی تحت عنوان فرزندخواندگی والد سوم (Ibid: 372) و در حقوق آمریکا، با عنوان فرزندخواندگی درون خانوادگی^۱ نیز یاد می‌شود (Hollinger, 1993: 44).

باید توجه داشت که این طریق فرزندخواندگی تنها در حالتی اعمال می‌گردد که والد سرپرست و والد طبیعی با یکدیگر ازدواج کرده باشند. لذا اگر اشخاص مذکور صرفاً با یکدیگر زندگی مشترک داشته باشند، بی‌آنکه قانوناً ازدواج کرده باشند، فرزندخواندگی ناپدری/نامادری به عنوان منشا حقوقی شناسایی سه والد قانونی برای کودک قابل تحقق نبوده و تابع قواعد عمومی خواهد بود (Wendel, 2005: 355). البته در قانون جدید انگلستان ناپدری/ نامادری می‌تواند در مقابل کودک مسئولیت والدینی بیابد بی‌آنکه بحث فرزندخواندگی مطرح شده باشد. مسئولیت والدینی چنان‌که در قانون کودکان ۱۹۸۹ این کشور تعریف شده عبارت است از: «همه حقوق، وظایف، قدرت‌ها، مسئولیتها و اختیارات که به موجب قانون یک والد در ارتباط با کودک و اموال وی دارد».

۲. توارث در انواع فرزندخواندگی

با توجه به آنچه در فوق مورد تعریف قرار گرفت دو نوع فرزندخواندگی کامل (ستی) و فرزندخواندگی ناپدری/ نامادری مرسوم‌ترین انواع فرزندپذیری در نظام کامن لایی است، که در

1. Intra-family adoptions

ادامه وضعیت ارث در رابطه چهارگانه فرزند، والدین سرپرست، والدین واقعی و بستگان هر یک از والدین در این دو نوع مرسوم فرزندپذیری مورد بررسی قرار خواهد گرفت.^۱

ارث بُری فرزندخوانده از والدین واقعی و سرپرست

هنگامی که کودکی از جانب زوج غریبه یا ناپدری / نامادری به فرزندی پذیرفته می‌شود، هر یک از والدین طبیعی، والد / والدین سرپرست و فرزند موضوع پذیرش سه خلخال حقوقی را تشکیل خواهند داد که این مثلث دارای آثار مالی و غیرمالی است. یکی از مهم‌ترین مسائل مطروحه در بحث آثار مالی فرزندخواندگی تعیین تکلیف وضعیت ارثبری کودک از هر یک از والدین سرپرست یا واقعی می‌باشد که در ادامه بررسی می‌شود.

در فرض فرزندخواندگی سنتی (کامل)

در حقوق ایران توارث مسئله‌ای قانونی است که قانون گذار درباره آن تعیین تکلیف نموده است و تراضی بر خلاف آن امکان‌پذیر نمی‌باشد. مطابق ماده ۸۶۲ قانون مدنی اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند عبارتند از: ۱- پدر و مادر و اولاد او لاد ۲- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها ۳- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها. حال ممکن است گفته شود که وقتی کودکی به حکم قضائی به فرزندی پذیرفته می‌شود، در دسته اولاد سرپرست قرار گرفته و در نتیجه مطابق ماده مذبور حق ارثبری خواهد یافت اما حقوق‌دانان و فقهای اسلامی عقیده دیگری دارند. چنان‌که گفته‌اند: «فرزندخوانده، فرزند محسوب نمی‌شود و ارث نمی‌برد. بلی اگر در حال حیات چیزی به او بخشیده و به قبض او داده است مالک می‌شود» (خمینی، ۱۳۹۲: ۶۱۲/۹). همچنین گفته شده است: «ثبت کردن نام کودکان بی سرپرست در شناسنامه افراد خیّر کار بدی نیست، به ویژه اگر حل مشکل قانونی منحصر به آن باشد باید به شدت مراقبت شوند که موجب

۱. اما سایر اقسام مانند فرزندپذیری از جانب شریک جنسی والد واقعی (همجنس یا غیرهمجنس) به دلیل مغایرت با عرف کلیه جوامع بشری و حقوق ایران و اسلام، در این مقاله مورد تعریف و تعیین قاعده در خصوص ارث قرار نگرفته است

اشتباه در نسب نشود و اثار خلاف شرع بر آن مترتب نشود، از قبیل ارث و معاشرت محرم گونه و امثال آن، که در این صورت حرام می‌باشد» (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱: ۶۵۱). حتی برخی از فقهاء در این باره سخت‌گیری بیشتری نموده و معتقدند: «وارد کردن نام برادرزاده در شناسنامه کسانی که واقعاً پدر و مادر او نیستند جایز نیست و بعدها موجب اشکالات بسیاری از جهت محرومیت به اشخاص، ازدواج، ارث و مسائل بسیار دیگری است...» (صفای گلپایگانی، ۱۳۸۵: ۱۱۶). البته غالب فقهاء و حقوق‌دانان ایرانی پذیرفته‌اند که اگرچه فرزندخوانده ارث نمی‌برد، ولی می‌توان به نحو صلح یا بخشش به او مالی را تملک نمود (خمینی، ۱۳۹۲: ۶۱۴۹).

چنان‌که در فوق مذکور افتاد، در حقوق ایران قواعد مربوط به ارث آمره بوده و تراضی برخلاف آن میسر نیست. توارث تنها میان خوشاوندان واقعی نسبی جاری می‌شود و سرپرستی به معنای برقراری رابطه واقعی بین طرفین نیست. ماده ۲ قانون مصوب ۱۳۵۴ نیز در این باره مقرر کرده بود: «سرپرستی به منظور تامین منافع مادی و معنوی طفل برقرار می‌گردد ولی در هر حال از موجبات ارث نخواهد بود». اما در حال حاضر، در ماده ۱ قانون جدید با حذف قید اخیر ماده ۲ قانون سابق، فقط تصریح شده است: «سرپرستی کودکان و نوجوانان فاقد سرپرست به منظور تامین نیازهای مادی و معنوی آنان ... صورت می‌گیرد». اگرچه در قانون جدید به صراحت در باب ممنوعیت توارث سخنی نیامده اما همچنان در این باره تردید جدی وجود دارد. برخی از حذف قید «ولی در هر حال از موجبات ارث نخواهد بود» در قانون جدید چنین نتیجه‌گیری کرده‌اند که گامی رو به جلو در راستای به رسمیت شناختن ارث میان طرفین سرپرستی است. اما فرزندخواندگی کامل که دارای کلیه آثار نسب باشد، در حقوق اسلامی به رسمیت شناخته نشده و از قانون جدید که مبتنی بر فقه است چنین بر می‌آید که در مورد حقوق و تکالیف سرپرست یا سرپرستان و کودک یا نوجوان باید به موارد مصرح قانونی بسته نمود (صفایی، ۱۳۹۷: ۳۲۱). لذا از آنجایی که توارث در فقه و قانون مدنی ایران فقط میان اقربای نسبی با نسبت خونی مشروع و اقربای سبب معدود برقرار شده (امامی، ۱۳۷۹: ۵۴)، سکوت قانون‌گذار در رابطه میان فرزند خوانده و سرپرست را نباید حمل بر پذیرش چنین نهادی در قرابت حکمی نمود و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید عدم توارث را پذیرفت. البته با توجه به هدف

فرزنده‌خواندگی در حمایت از کودکان و نوجوانان بدون سرپرست یا بد سرپرست ماده ۱۵^۱ قانون حاضر (۱۳۹۲) برقراری بیمه عمر به نفع کودک پذیرفته شده و ماده ۱۴^۲ به ضرورت صلح بخشی از اموال والد یا والدین سرپرست به سود وی تصریح نموده است که به نظر می‌رسد تلاش قانون‌گذار در راستای جبران عدم ارث بری فرزندخوانده از سرپرست بوده است.

اگرچه قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۴ صدور حکم سرپرستی را مشروط به تملیک بخشی از اموال یا حقوق سرپرست به کودک یا نوجوان نموده است. اما اولاً ماده مذکور درباره نوع حق قابل انتقال به فرزندخوانده دارای ابهام بوده و نیازمند تفسیر است که چه نوع حقوقی قابل انتقال به فرزندخوانده می‌باشد. چنان‌که به زعم برخی از نویسندگان اگر مقصود از حقوق مالی مطالبات، سهام و مصاديق مالکیت‌های فکری است که این مصاديق مال محسوب است و چنانچه حقوق مالی دیگری مدنظر بوده، نوع حقی که برای تامین آینده فرزندخوانده اطمینان بخش باشد مورد ابهام است (اکاظم پور و بارانی، ۱۳۹۶: ۹۸) ثانیاً تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق را به دادگاه رسیدگی کننده واگذار نموده که در این باره ممکن است با تصمیم محکمه سهم ناچیزی به فرزندخوانده تعلق گیرد و ثالثاً در تبصره همان ماده آمده است که اگر دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون

۱. ماده ۱۵- درخواست کننده منحصر یا درخواست کنندگان سرپرستی باید متعدد گردند که تمامی هزینه‌های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را تامین نمایند. این حکم حتی پس از فوت سرپرست منحصر یا سرپرستان نیز تا تعیین سرپرست جدید، برای کودک یا نوجوان جاری می‌باشد. بدین منظور سرپرست منحصر یا سرپرستان موظفند با نظر سازمان خود را نزد یکی از شرکتهای بیمه به نفع کودک یا نوجوان تحت سرپرستی بیمه عمر کنند

۲. ماده ۱۴- دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر می‌نماید که درخواست کننده سرپرستی بخشی از اموال یا حقوق خود را به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی تملیک کند. تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است. در مواردی که دادگاه تشخیص دهد اخذ تضمین عینی از درخواست کننده ممکن یا به مصلحت نیست و سرپرستی کودک یا نوجوان ضرورت داشته باشد، دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده را صادر و پس از قبول درخواست کننده و انجام دستور، حکم سرپرستی صادر می‌کند. تبصره - در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می‌باشد، به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌نماید.

تملیک مال صورت خواهد پذیرفت. به عبارت دیگر نه تنها میزان و نوع مال صریحاً معین نشده، بلکه اجرای ماده مزبور حسب تصمیم محکمه ممکن است منتفی گردد. حتی ماده ۱۵ آن قانون که در خصوص انعقاد عقد بیمه عمر برای پس از فوت سرپرست و به منظور تامین هزینه‌های زندگی شخص پذیرفته شده به تصویب رسیده در تبصره خود بر اختیاری بودن اجرای این شرط حسب تصمیم محکمه تصریح نموده است. در واقع تملیک مال در حین حیات یا انعقاد بیمه عمر برای بعد از فوت سرپرست مواردی هستند که قانون‌گذار تصمیم‌گیری در باره آنها را به محکمه رسیدگی کننده واگذار نموده و لذا در این باره تعیین تکلیف قطعی صورت نگرفته است. لذا تصویب چنین مواد متزلزلی به بهبود وضعیت کودک و نوجوان تحت سرپرستی کمک شایان توجهی نخواهد کرد.

باید توجه داشت که برخی از نویسنده‌گان در باره مسئله توارث در فرزندخواندگی راه تسامح را برگزیده و اذعان داشته‌اند که پس از فوت والدین واقعی فرزندخوانده، توارث بالقوه میان فرزندخوانده و والدین سرپرست جریان می‌یابد و آنان از حیث ارث در حکم فرزند و پدر و مادر خواهند بود (شریعتی نسب، ۱۳۹۰: ۱۶۳ و ۱۶۴). چنین رویکردی اگرچه در راستای قاعده مسلم ممنوعیت ارث مضاعف، به معنی عدم امکان ارث بری فرزندخوانده از والدین طبیعی به همراه والدین سرپرست، و ابزاری مناسب در راستای تامین منافع کودک به نظر می‌رسد اما با مسلمات فقهی و حقوقی ایران راجع به طبقات ارث در تضاد بوده و پذیرش و اعمال آن نیازمند تصریح قانون‌گذار است.

در حقوق اسلام نیز نهاد کفالت که تا حدی مشابه فرزندخواندگی در مفهوم غربی است مورد توجه و پذیرش قرار گرفته است اما این دو نهاد علی‌رغم شباهت‌ها دارای تفاوت‌های بنیادین با یکدیگر هستند. چنان‌که در فقه، در نتیجه تاکید قران بر حفظ خطوط نسبی، فرزندخوانده حق ارث بری از والدین طبیعی خود را حفظ می‌کند و چنین حقی در اموال والد یا والدین سرپرست نمی‌یابد. البته در مفهوم معاصر فرزندخواندگی مقوله و امکان ارث بری فرزندخوانده از والدین سرپرست مطرح بوده و صاحب نظران با تاکید بر امکان وصیت اموال به نفع فرزندخوانده تا سقف یک سوم ماترک یا انتقال اموال در حین حیات سرپرست در راستای حل این مسئله گام

برداشته‌اند (بهجت، ۱۳۸۶: ۳۶؛ ۴۰۱: ۲۰۱۴) اما باید توجه داشت علاوه بر اینکه معمولاً میزان تملک فرزندخوانده از اموال موصی کمتر از سهم الارث وی (در صورت پذیرش قانون گذار) خواهد بود، تعیین سهمی از اموال از طریق وصیت، با شناسایی سهم الارث به موجب قانون متفاوت بوده و در حالی که تعیین سهم به موجب وصیت عملی حقوقی است که ریشه در اراده موصی داشته و لذا قابل تغییر یا سلب با اراده اوست، سهم الارث مقرر قانونی واقعه‌ای حقوقی بوده و ریشه در اراده قانون گذار دارد که هیچ قصد و اراده‌ای، به جز قانون گذار، قادر به تغییر میزان یا سلب آن نمی‌باشد. بنابراین موصی له قرار دادن فرزندخوانده به موجب وصیت به معنای پذیرش قانونی ارث بری وی نمی‌باشد.

اما در حقوق خارجی، روش سنتی و غالب برقراری ارتباط والد فرزندی روش طبیعی است. لحظه‌ای که کودک متولد می‌شود، فرض می‌گردد که وی پدر و مادری دارد و حقوق ارثی کامل میان کودک و والدین بیولوژیکی وی برقرار می‌گردد. صرف نظر از وضعیت ازدواج یا عدم ازدواج والدین، کودک از هر یک از والدین و به واسطه ایشان ارث برد و والدین نیز از او و به واسطه او ارث خواهند برد (Wendel, 2005: 359). با تحقق فرزندخواندگی، غالباً رابطه کودک و والدین طبیعی به طور کامل قطع شده و کودک دیگر نمی‌تواند از والدین واقعی خود یا به واسطه ایشان ارث ببرد و بالعکس (M.G., 1912: 659; Ibid: 364). بر همین مبنای است که بخش ۲-۱۰۹ قانون متحده‌الشكل ارث آمریکا مقرر می‌دارد: در راستای ارث بدون وصیت^۱، (و در حقیقت هدف کلی این قانون) عمل فرزندخواندگی، شخص پذیرفته شده را کودک والدین سرپرست و نه والدین واقعی می‌نماید. این مقرره با بسیاری از قوانین فرزندخواندگی ایالتی در آمریکا همسو می‌باشد که میان کودکان پذیرفته شده و والدین سرپرست، همان رابطه میان کودک و والدین طبیعی را می‌پذیرند؛ گویی که فرزندخوانده از والدین سرپرست متولد شده است (J-Jones, 1986: 54). البته باید توجه داشت در حقوق رومی ژرمنی پیش از قانون ژوستینین^۲ اثر فرزندخواندگی، قرار دادن

1. intestate succession
2. Justinian

کودک پذیرفته شده در جایگاهی مانند فرزند واقعی سرپرست، محرومیت ابتدایی از حق ارث والدین واقعی با تحقق فرزندخواندگی و محرومیت بعدی وی از ارث والدین سرپرست با رهاسندگی بعدی بوده است. لذا قانون ژوستینین به منظور جبران چنین ضرری مقرر کرد که کودک پذیرفته شده از جانب یک غریبه موقعیت ارث بری سابق خود نسبت به والدین واقعی را حفظ نموده و همچنین می‌تواند از اموال والدین سرپرست فاقد وصیتِ مغایر نیز سهم الارث دریافت نماید (O.C.P., 1916: 495). رویکرد اتخاذی قانون مزبور توسط برخی از محاکم کامن لایی مورد تبعیت قرار گرفت که مهم‌ترین آنها پرونده Vidal V Commagere بوده است (M.G., 1912: 659).

در فرض فرزندخواندگی ستی از جانب زوج ازدواج کرده به محض تحقق، یک رابطه والد فرزندی میان کودک و والدین سرپرست ایجاد می‌گردد که کلیه حقوق متقابل ارثی، از یکدیگر و به واسطه یکدیگر، را به همراه خواهد داشت (Wendel, 2005: 360, 361). لذا تا زمانی که فرزندخواندگی فسخ یا لغو نشده، موجود حق ارث و توارث میان کودک و والدین سرپرست خواهد بود (The Yale Law Review, 1926: 890). بنابراین با قطع رابطه و علقه فرزند و والدین طبیعی و جایگزینی آنها با رابطه تصنیعی فرزندخواندگی میان فرزند و سرپرست، حق کودک در ارث بری از والدین طبیعی با حق وی در ارث بری از سرپرست جایگزین می‌گردد (Kutty, Ibid.).

باید توجه داشت که اگر پس از فوت یکی از والدین سرپرست، فرزند برای بار دوم و توسط ثالث به سرپرستی گرفته شد، رابطه وی یا سرپرست اول منتفی شده و دیگر حق ارث بری از وی را نخواهد داشت. به عبارت دیگر ممکن است با فوت یکی از والدین سرپرست، دیگری رضایت دهد تا فرزند توسط زن و مرد دیگری به فرزندخواندگی گرفته شود؛ در چنین حالتی رابطه قانونی میان سرپرست اول و فرزند قطع شده و در نتیجه فوت هیچ یک از ایشان موجود حق ارث برای دیگری نخواهد بود (Virginia Law Review, 1918: 360).

در فرض فرزندخواندگی از جانب ناپدری / نامادری

کودک پذیرفته شده از طریق فرزندخواندگی¹ step parent ، سه والد خواهد داشت که می‌تواند از هر سه ایشان و به واسطه آنها ارث ببرد (دو والد واقعی خودش و یکی والد سرپرست که همسر یکی از والدین اوست) (Wendel, 2005: 356). بخش ۲-۱۰۹ قانون متحداً‌الشكل ارث آمریکا نیز در این باره تصریح کرده که اگر کودک به وسیله همسر والد طبیعی پذیرفته شود، نه تنها کودک به عنوان فرزند سرپرست، تلقی می‌شود، بلکه همچنین به عنوان فرزند هر دو والد طبیعی شناخته خواهد شد. با توجه به شمار رو به رشد فرزندپذیری از جانب ناپدری / نامادری در آمریکا چنین استثنائی بر قواعد کلی ارث بسیار حائز اهمیت است (J-Jones, 1986: 54).

مسئله ارث بری دوگانه² نیز در سال ۱۹۶۸ در بخش ۲-۱۱۴ پیش نویس قانون متحداً‌الشكل ارث آمریکا مورد توجه قرار گرفته و مقرر شد که امکان ارث بری از طریق دو رشتہ برای وارث وجود ندارد. بدین ترتیب اگر شخصی از دو جهت با متوفی وابستگی خویشاوندی داشته باشد، صرفاً از باب یکی از نسبتها حق مطالبه سهم الارث دارد و انتخاب آن با شخص وارث خواهد بود.(Ibid: 59). در توضیح این حالت پروفسور ولمن³ چنین گفته است: «... جایی که شوهری کشته می‌شود، کودک صغیری به جای می‌گذارد، همسر وی با برادر شوهرش ازدواج می‌کند، شوهر جدید، (عموی کودک) پدرخوانده فرزند می‌شود، فرزندپذیری موجب قطع هیچ‌گونه رابطه با اقوام طبیعی نخواهد شد. کودک مزبور از دو جهت حق ارث از پدربرزگ و مادربرزگ خود را دارد؛ آنچه از این بخش استنتاج می‌گردد قابلیت دریافت یکی از آن دو سهم است» (Ibid: 65). شخصی که با متوفی به صورت دوگانه مرتبط است فقط می‌تواند یک سهم از اموال فاقد وصیت ارث ببرد اما می‌تواند خود سهم بزرگتر را انتخاب کند.

باید یادآوری نمود که قاعده ارث بری کودک از سه والد مختص فرزندپذیری از جانب ناپدری یا نامادری بوده و در صورتی که شریک جنسی والد واقعی، همسر قانونی او نباشد چنین قاعده‌ای

1. Dual Inheritance
2. Wellman

اجرا نخواهد شد و فرزندخواندگی تابع مقررات عمومی فرزندخواندگی است. بدین توضیح که طبق قانون متحداً‌الشكل فرزندخواندگی آمریکا، در حوزه‌های قضائی که فرزندخواندگی از جانب شریک جنسی والد واقعی را با عنوان فرزندخواندگی step partner یا سرپرستی والد دوم به رسمیت شناخته‌اند، اثر فرزندخواندگی خلق رابطه والد فرزندی میان سرپرست و کودک می‌باشد که این رابطه شامل کلیه حقوق ارثی متقابل خواهد بود. این شیوه فرزندخواندگی بر حقوق ارثی متقابل میان کودک و والد واقعی که با وی زندگی می‌کند اثری بار نخواهد کرد و کما فی الساقی کودک از وی و به واسطه او ارث می‌برد و بالعکس (Wendel, 2005: 379). اما کودک از حق ارث بری از والدی که با او زندگی نمی‌کند محروم خواهد شد (Ibid: 355). بنابراین نوع ارتباط سرپرست و والد واقعی در حقوق ارثی کودک اثر مستقیم خواهد داشت و کودک پذیرفته شده در این طریق فرزندخواندگی تنها دو والد دارد که می‌تواند از ایشان ارث ببرد (Ibid: 356).

ارث بری والدین واقعی و سرپرست از کودک

در حالی که در فرزندخواندگی سنتی، با قطع کامل رابطه میان کودک و والدین واقعی، مسئله ارث بری میان ایشان، جز در موارد مصرح استثنائی، به کلی متنفی است، در خصوص ارث بری والد واقعی در فرض فرزندخواندگی ناپدری/ نامادری در بخش ۳۰۸ پیش نویس قانون متحداً‌الشكل ارث آمریکا در سال ۱۹۶۳ چنین مقرر شده بود: «اگر والد طبیعی یا قیم که محافظت قانونی کودک را انجام می‌دهد، ازدواج یا تجدید ازدواج نماید، و رضایت دهد که همسرش کودک متعلق به وی را به فرزندی پیذیرد، فرزندخواندگی بر حق ارث کودک از والد طبیعی یا خانواده قبلی فرزندخوانده یا حقوق والد رضایت دهنده اثری نخواهد داشت^۱». طبق این مقررنه تنها کودک پذیرفته شده توسط ناپدری/ نامادری همچنان حق ارث از اموال هر دو والد واقعی را دارد، والد طبیعی ازدواج کرده با سرپرست نیز حق ارث بری از کودک و به واسطه او را حفظ خواهد

1. [i]f a natural or adopting parent having lawful custody of a child, marries or remarries and consents that the stepfather or stepmother may adopt the child, the adoption does not affect the rights of the child to inherit from his natural or previously adopted kindred or the rights of the consenting parent.

کرد ولی والد دیگر و خویشان وی از ارث بری از کودک و به واسطه او منع شده‌اند (J-Jones, 1986: 57).

ارث بری والدین سرپرست و بستگان ایشان از فرزندخوانده نیازمند تصریح قانون حاکم بوده و در فرض سکوت نمی‌توان به سهولت در این باره اظهارنظر نمود. چنان‌که در پرونده‌های متعدد مسئله مورد تردید این بوده است که در فرض فوت فرزندخوانده بدون وصیت، آیا اموالی را که از یکی از والدین سرپرست خود ارث برده به خویشان نسبی وی به ارث می‌رسد و دیگر والد سرپرست از این اموال محروم خواهد بود یا خیر؟

در پرونده Fisher V Browning این مسئله مورد توجه دیوان عالی می‌سی‌سی‌پی قرار گرفت. در این پرونده دختری به نام لولا^۱ توسط زن و شوهری به فرزندی پذیرفته شد و پدرخوانده وی پس از چندی بدون وصیت فوت نموده و بخشی از اموالش به وی به ارث رسید. دختر نیز پس از چندی فوت کرد و مادرخوانده با مرد دیگری ازدواج نمود. با فوت مادرخوانده، شوهر وی، با این ادعا که در نتیجه فوت فرزندخوانده اموالش به سرپرست می‌رسد، در صدد دریافت سهم الارث زن متوفای خود از اموال دختر مجبور برآمد. در این پرونده دادگاه چنین حکم داد که در حضور بستگان نسبی برای متوفی، والد سرپرست از فرزندخوانده ارث نمی‌برد؛ حتی اگر اموال فرزندخوانده متوفی حاصل از ارث بری از یکی از والدین سرپرست بوده باشد.

رأی صادره فوق دیدگاه اکثریتی است که در پرونده‌های دیگری از قبیل Reinders V Baker V Cowser و Koppelman نیز مورد تبعیت قرار گرفته است. البته در پرونده‌های اخیر مسئله اساسی این بوده است که در فرضی که اموال فرزند خوانده از والدین طبیعی به وی رسیده، والدین سرپرست یا طبیعی کودک از وی ارث می‌برند؟ در هیچ پرونده‌ای چنین حکم داده نشد که اموال تحصیل شده از والدین طبیعی کودک، به واسطه ارث به والدین سرپرست وی منتقل می‌گردد.

1. Lula

دلایل اکثیریت در منع ارث بری والد سرپرست از اموال به ارث رسیده به فرزندخوانده از والد دیگر، مبتنی بر این بود که قوانین فرزندخواندگی در کامن لا باید به صورت مضيق تفسیر گردد (J.G.C., 1914: 153; Abrams & Ramsey, 2001: 24) حق ارث بری برای والد سرپرست مقرر شده، خویش نسبی در ارث بری بر قرابت ناشی از فرزندخواندگی مقدم خواهد بود. در مقابل دیدگاه اکثیریت دال بر عدم ارث بری والدین سرپرست از اموال به ارث رسیده به فرزندخوانده، دیدگاه معقول اقلیت بر این عقیده دلالت دارد که فرزندخواندگی صرفاً خلق کننده وضعیت قانونی برای کودک نبوده و عموماً یک وضعیت «والد- فرزندی» ضمنی را ایجاد می‌نماید. در نظر ایشان به شدت ناعادلانه و به دور از انصاف است که مردی در حین حیات خود کار نموده، اموالی پس انداز نماید، با فوت وی همسر و فرزندخوانده اش آن اموال را به ارث ببرند، و با فوت فرزندخوانده پس از پدر و پیش از مادرخوانده، بستگان نسبی فرزند (به جای مادرخوانده او) اموال وی را از طریق ارث تصاحب نمایند (J.G.C. 1914: 153- 154).

ارث بری فرزندخوانده از بستگان والدین سرپرست

در حالی که در حقوق ایران مسئله ارث بری فرزندخوانده از سرپرست هنوز مورد پذیرش صریح قانونگذار قرار نگرفته است و به طریق اولی مسئله ارث بری او از اقوام والدین سرپرست منتفی به نظر می‌رسد، در حقوق آمریکا، در قاعده سنتی فرزندخواندگی، رابطه حقوقی کاملی میان کودک و والدین سرپرست برقرار شده و بدین ترتیب کودک از والدین و به واسطه ایشان حق ارث بری داشته و بالعکس، والدین از کودک و به واسطه او ارث می‌برند. اما ایجاد چنین رابطه‌ای چنان که قبل از ذکور افتاد منجر به حذف روابط خانوادگی قبلی کودک و والدین طبیعی بوده و مسئله توارث میان ایشان به طور کامل منتفی می‌گردد. البته در شکل نوین فرزندخواندگی از جانب ناپدری یا نامادری، فرزند از سه والد و خویشان ایشان ارث می‌برد و بدین ترتیب حق ارث بری وی از والدین طبیعی و اقوام ایشان منتفی نشده و حتی یک منبع ارث دیگری نیز بدان اضافه می‌شود و آن اموال ناپدری/نامادری و اقوام وی می‌باشد (Jones, Ibid: 57).

علیرغم وجود عقیده حقوقی فوق، در رویه قضائی این کشور، مواردی وجود دارد که محکمه فرزندخواندگی را موحد رابطه حقوقی میان والد و فرزند و غیرقابل تسری به اقام و بستگان ایشان دانسته است. این نظر بر این استدلال مبتنی است که قوانین فرزندخواندگی در خصوص ارث باید به صورت مضيق و صرفاً در رابطه میان والد و فرزند، بدون تسری به سایر بستگان، تفسیر شود. در نتیجه اثر فرزندخواندگی محق ساختن متقابل فرزندخوانده و والدین سرپرست در توارث از یکدیگر بوده و فرزندخوانده حق ارث بری از بستگان والدین سرپرست را نخواهد داشت. (Harvard Law Review, 1925: 977; R.H.C., 1929:439; Michigan Law Review, 1904: 151)

اولین پروندهای که به مسئله ارث بری فرزندخوانده از بستگان نسبی والدین سرپرست پرداخت پرونده State of Pence در ایالت کالیفرنیا بود که در این پرونده محکمه اعلام نمود که ارث بری صرفاً در رابطه والد- فرزند قابل دفاع است و به بستگان والدین سرپرست قابل تسری نمی باشد. در پرونده دیگری (Bradley) الف فرزندخوانده ب شده، ب بعد از مدتی فوت نموده و پس از آن ج، برادر ب نیز فوت کرده است. الف متقاضی دریافت سهم الارث از اموال ج بوده که دادگاه بدوى دعواي او را رد کرد و دادگاه استيناف نیز رأى مزبور را با این استدلال که فرزندخوانده وارث خانواده و اقام والدین نیست، تایید نموده است (Harvard Law Review, 1925: 976, 977; R. H. C., 1929: 439). رأى مشابهی در پرونده Moore V Moore و سایر پروندهای مطروحه در محکم میشیگان و نیویورک صادر و فرزندخوانده از ارث بری از بستگان والد سرپرست منع گردید (R. H. C., 1929: 439). در پرونده مشابهی، محکمه چنین حکم صادر نمود که طبق قانون میشیگان که مقرر می دارد «یک فرزندخوانده، مانند یک فرزند واقعی، باید وارث شخص یا اشخاص سرپرست باشد»، فرزندخوانده از والد سرپرست ارث می برد اما از خویشان وی خیر.

بنابر آنچه مذکور افتاد، حق ارث فرزندخوانده تا حد زیادی به قوانین تصویب شده در ایالات مختلف بستگی دارد. اما محکم در مواجهه با این مسئله معمولاً میان وضعیت قانونی ایجاد شده در نتیجه فرزندخواندگی و قرابت خونی قائل به تفکیک است و چنین حکم می دهند که اگرچه فرزندخوانده ممکن است از والد سرپرست به طور مستقیم ارث ببرد اما حق ارث از بستگان نسبی

والد سرپرست را نخواهد داشت، مگر اینکه قانون صریحاً خلاف این امر را مقرر کرده باشد مقرر می‌دارد که با تحقق فرزندخواندگی، فرزندخوانده و سرپرست در مقابل یکدیگر رابطه قانونی والد- فرزندی داشته و همه حقوق و تکالیف ناشی از این رابطه را تحصیل خواهد کرد. اما در خصوص ارثبری فرزندخوانده از بستگان والدین سرپرست هیچ‌گونه تصریحی ندارد (H. R. G., 1932: 327).

همچنین در نظر قضات محاکم و حقوقدانان، در قوانین ارث عبارت «وارث»^۱ مورد توجه و نیازمند تفسیر است و به عقیده برخی از ایشان در تفسیر قانون ارث باید در صدد دریافت اراده مسلم قانون گذار بود و لذا در فرضی که شخصی بدون وصیت فوت می‌نماید، عبارت «وارث» مندرج در قانون ارث شامل فرزندخوانده نخواهد بود. اما در نظر برخی دیگر «وارث» مفهومی گسترده دارد که صرفاً در برگیرنده فرزندان متوفی نیست و نوه‌ها و فرزندخواندگان وی را نیز در بر می‌گیرد؛ نظر اخیر در پرونده Cochrel V Robinson مورد استقبال قرار گرفت.

چنان‌که قبل از نیز مورد اشاره قرار گرفت، در مقابل آراء طرفدار عدم ارث بری فرزندخوانده از بستگان والد سرپرست، در شکل سنتی فرزندخواندگی، فرزند از والدین سرپرست و به واسطه ایشان حق ارث بری داشته و البته این رابطه به صورت معکوس نیز برقرار است و والدین سرپرست از فرزندخوانده و به واسطه وی حق ارث بری می‌یابند (Wendel, Ibid: 360, 361). رویکرد سنتی فرزندخواندگی به عقیده نویسنده به انصاف نزدیک‌تر به نظر می‌رسد زیرا با تحقق فرزندخواندگی رابطه قانونی فرزند و والدین نسبی و بستگان ایشان به صورت کامل قطع شده، ارث بری فرزند از ایشان منتفی شده و در نتیجه رابطه والد- فرزندی سابق با رابطه والد- فرزندی جدید ناشی از فرزندخواندگی جایگزین می‌گردد. در نتیجه این جایگزینی باید بهترین منافع کودک تامین شده و البته حداقل‌های قانونی سابق نیز به نفع وی محفوظ باقی بماند. این در حالی است که پذیرش ارث بری میان فرزند و والد سرپرست، بدون تسری به بستگان والد سرپرست، به

معنای تنزل در منافع کودک خواهد بود. زیرا در وضعیت سابق، وی از والدین طبیعی و اقوام ایشان ارث می‌برد اما با تحقق فرزندخواندگی، فقط از والدین سرپرست و نه اقوام ایشان ارث خواهد برد؛ راهکاری که با تامین بهترین منافع کودک در یک راستا به نظر نمی‌رسد.

حق ارث بری کودک در فرض عدم وجود یک قرارداد فرزندخواندگی معتبر

عموماً والدین سرپرست به منظور پذیرش قانونی کودکی به فرزندی قراردادی را با وی، والدین طبیعی او یا هر شخص جانشین والدین منعقد می‌نمایند، اما انعقاد قرارداد خصوصی، بدون رعایت تشریفات قانونی لازم برای ارث بری کودک در چارچوب قوانین ارث کافی نخواهد بود (J. C., 1972: 728-727). از این رو در ایالات آمریکا به فرضی توجه شده است که سرپرست بدون وصیت نامه و بدون قرارداد فرزندخواندگی معتبر فوت می‌کند، خواه در قرارداد فرزندخواندگی عادی کودک را به عنوان وارث خود معرفی نموده یا این کار را نکرده باشد. در این فرض شخصی نسبت به پذیرش کودکی به فرزندی اقدام می‌نماید، بی‌آنکه روند قانونی و قضائی این اقدام حقوقی را به طور کامل طی و حکم فرزندخواندگی دریافت کند. کودک مانند یک فرزند قانونی با سرپرست زندگی کرده و سرپرست نیز تمامی مراقبت‌های لازم جهت پرورش وی را به کار بسته است و پس از چندی فوت می‌نماید؛ حال مسئله امکان ارث بری کودک از چنین سرپرستی مطرح خواهد شد. در برخی از ایالات آمریکا چنین شکلی از فرزندخواندگی، به دلیل عدم رعایت تشریفات قانونی، به رسمیت شناخته نشده و در نتیجه مسئله ارث بری کودک به طور کلی منتفی است، اما در برخی دیگر با استناد به مبانی مختلف این نوع ناقص از فرزندخواندگی را به رسمیت شناخته و در راستای تامین منافع فرزندخوانده گام برداشته‌اند (Abrams & Ramsey, 2001: 28).

در رویه قضائی انگلیس نیز اگرچه تاکید فراوان بر لزوم تنظیم قرارداد فرزندخواندگی قانونی وجود دارد اما انصاف، یک شیوه جبران خسارت را که به فرزندخوانده ظاهری^۱ اجازه مطالبه از

1. Supposedly adopted child

اموال متوفی می‌دهد به رسمیت شناخته است. پرونده بسیار مهم در این باره دعوای Chehak V Battles است که در آن توافقی میان مادر واقعی کودک و والدین سرپرست مورد امضا قرارگرفت با موضوع: «واگذاری مراقبت کودک به زوجی در عوض تعهد ایشان دال بر پذیرش کودک به فرزندی و اعطای کلیه حقوق یک فرزند واقعی به وی، شامل همه حقوق ارثی». اما در عمل تشریفات قانونی فرزندخواندگی طی نشده و با فوت زوجین سرپرست، دادگاه با استناد به اجرای اجباری^۱ قرارداد نسبت به املاک سرپرست چنین حکم داد که کودک یک شبه فرزندخواندۀ^۲ و حق در سهیم شدن در ارث با سه فرزند واقعی دیگر می‌باشد (Mordy, 1949: 962, 963).

در پرونده فوق والدین سرپرست در توافق عادی امضا شده با والد واقعی، نسبت به ارث بری فرزندخوانده تصریح نموده بودند، اما در مواردی که قراردادی دال بر ارث بری کودک وجود ندارد Wright V Wright تصمیم‌گیری با دشواری بیشتری مواجه خواهد شد. چنان‌که در پرونده کودکی به موجب قراردادی نامعتبر به فرزندی پذیرفته شده بود، بی‌آنکه در آن قرارداد راجع به حق ارث وی تصریحی شده باشد. پس از مرگ پدرخوانده، فرزندخوانده علیه وراث قانونی متوفی اقامه دعوا نمود. (فرزندخوانده در طول حیات متوفی، با تصور اینکه وی پدر واقعی اوست، روی زمین کشاورزی اش کار کرده بود). در این پرونده سه رویکرد متفاوت از جانب اعضای دادگاه ارائه شد که در محاکم بعدی نیز مورد استقبال قرار گرفت. این سه رویکرد عبارت بودند از قرارداد ضمنی^۳، فرزندخواندگی منصفانه^۴ و عدم امکان مطالبه (Mordy, 1949: 963, 964) که در مباحث آتی به توضیح هر یک از سه عقیده مذبور و سایر ادله قابل استفاده در فرض عدم وجود قرارداد فرزندخواندگی معتبر پرداخته خواهد شد.

-
1. Specific performance
 2. Quasi-adopted
 3. Implied contract
 4. Equitable adoption

مطالبه ارث بر مبنای نظریه اجرای اجباری قرارداد

معروف‌ترین نظریه حمایت کننده از کودک پذیرفته شده تحت قرارداد نامعتبر، نظریه اجرای اجباری قرارداد فرزندپذیری است که محاکم صرفاً در فرض فوت سرپرست با استناد بدان حکم به سهیم شدن فرزند در اموال متوفی می‌دهند. البته برای استناد به اجرای اجباری اثبات دو رکن وجود توافق مبنی بر پذیرش و عوض معتبر در قبال تعهد به پذیرش ضروری است (J. C. J., 1972: 730-731). بنابراین نظریه درصورتی که والد/ والدین سرپرست قراردادی مبنی بر پذیرفتن کودکی به فرزندی با وی یا والدین واقعی یا هر شخص ذیصلاح دیگری منعقد نموده باشند، اما تشریفات قانونی این قرارداد را سپری نکنند، مشروط بر اینکه در عوض قرارداد مذکور نفعی دریافت کرده باشند، پس از فوت هر یک از ایشان، با استناد به اجرای اجباری قرارداد، می‌توان به نفع فرزند موضوع توافق حق الارث قائل شد. چنان‌که در پرونده Taylor V Boles خواهان دو عوض را برای تعهد ناپدری خود مبنی بر سهیم نمودن وی در ارث مورد ادعا قرار داد؛ نخست ازدواج با مادر خواهان و دوم وضعیت خانوادگی پذیرفته شده از جانب خواهان در نتیجه چنین ازدواجی. البته دادگاه عوضین ادعایی را ناکافی تشخیص داد (Ibid: 737).

استناد به نظریه اجرای اجباری قرارداد در فرضی که والد سرپرست در قرارداد فرزندخواندگی نامعتبر به ارث بری کودک تصریح می‌نماید چهره دیگری خواهد یافت. اگرچه در پرونده Webb V McIntosh در سال ۱۹۱۶ برای فرزندخوانده حق مطالبه هیچ غرامتی به رسمیت شناخته نشد، زیرا اوراق فرزندخواندگی دال بر وارث قرار دادن وی ناقص بوده و سرپرست نیز بدون وصیت نامه فوت کرده بود، اما در نظر برخی از نویسنده‌گان، تنظیم وصیت نامه تابع تشریفات خاصی است و قراردادی که به صورت عادی فرزندخوانده را به عنوان وارث معرفی کرده شبیه یک قرارداد عادی وصیت خواهد بود. بنابراین در حالی که عدم وجود قرارداد فرزندخواندگی قانونی مانع از ارث بری شبه فرزندخوانده می‌گردد، وارث قرار دادن کودک به موجب قرارداد فرزندخواندگی نامعتبر، یک شبه وصیت است. لذا فرزندخوانده در چنین شرایطی خواهد توانست دعوای خود را در قالب مطالبه اجرای اجباری قرارداد (شبه وصیت) مطرح نماید (Columbia Law Review, 1917: 154).

اعاده ارزش معقول خدمات ارائه شده در عوض قرارداد نامعتبر فرزندخواندگی

اگرچه قاعده عمومی این است که خدمات ارائه شده از جانب افرادی که با یکدیگر رابطه خوبشاوندی داشته و با هم زندگی می‌کنند بلاعوض فرض می‌گردد و این قاعده مختص خویشان خونی نیست، اما یک تعهد مبنی بر واگذاری اموال در عوض هر یک از خدمات به فرزندخوانده کافی است تا تصور بلاعوض بودن را رد نموده و به شخص مذکور اجازه مطالبه اجرت بدهد (Columbia Law Review, 1917: 155). بنابراین رویکرد، فرزندخوانده‌ای که به تصور واقعی بودن رابطه خود با والد سرپرست یا معتبر بودن قرارداد فرزندخواندگی برای والد سرپرست مانند یک فرزند قانونی رفتار نموده و خدماتی ارائه کرده است باید در قبال آنچه ارائه کرده است عوضی را دریافت نماید. اعاده ارزش خدمات ارائه شده معمولاً یک جبران جایگزین برای فرزندخواندگی ظاهری است. لذا در صورتی که در قرارداد فرزندخواندگی نامعتبر، فرزندخوانده به عنوان وارث معرفی نشده باشد، شایسته آن است که در راستای دفع ضرر از فرزندخوانده بی‌گناه لاقل ارزش خدمات ارائه شده وی در سالیان متمادی به وی پرداخته شود. بنابراین برخی محاکم بر این عقیده‌اند که جایی که هیچگونه قرارداد کتبی دال بر ارث بری فرزندخوانده وجود نداشته، یا تشریفات قانونی در انعقاد قرارداد قانونی طی نشده باشد، می‌توان به اعاده ارزش خدمات ارائه شده از جانب فرزند مزبور استناد و از وی جبران خسارت کرد (Harvard Law Review, 1919: 854) اما شیوه مذکور میان قضات و حقوقدانان مطلوبیت کمتری داشته و میزان عایدی ناشی از آن نیز معمولاً ناچیز است (Mordy, 1949: 969).

قرارداد ضمنی

در فرضی که والد سرپرست در قرارداد فرزندخواندگی نامعتبر تصریحی بر ارث بری فرزندخوانده نمی‌نماید، برخی از قضات بر این عقیده‌اند که از توافق پذیرش کودک به فرزندی، به علاوه سایر شرایط و اوضاع و احوال، باید ایجاد قراردادی مبنی بر وارث قرار دادن کودک را استنتاج نمود. اما در این باره تردیدهایی وجود دارد و این سؤال مطرح شده که آیا دادگاه می‌تواند فرض نماید که والد سرپرست قصد انتقال اموال خود به کودک پذیرفته شده را داشته بی‌آنکه

هرگونه بیان صریح یا دلیلی بر چنین قصدی وجود داشته باشد؟ (Mordy, 1949: 964). در پرونده Wright V Wright یک قرارداد فرزندخواندگی کتبی، هرچند نامعتبر، میان والد واقعی و والدین سرپرست وجود داشته و از سوی دیگر در این قرارداد تعهد واگذاری اموال برای بعد از فوت قابل استنتاج بوده است، لذا نه تنها تعهد ضمنی، بلکه نظریه فرزندخواندگی منصفانه نیز به یاری خواهان شتافته و حق مطالبه سهم الارث را به وی اعطای کرده است. اما در قراردادهایی که والد سرپرست نسبت به حق ارث کودک موضوع پذیرش سکوت اختیار کرده حل مسئله به استناد قرارداد ضمنی قدری دشوار به نظر می‌رسد. مگر چنین استدلال شود که در فرایند طبیعی و قانونی فرزندپذیری، نتیجه صدور حکم فرزندخواندگی برقراری رابطه قانونی و معابر میان کودک و والد سرپرست و در نتیجه امکان ارث بری متقابل میان آن دو است؛ بی‌آنکه بر این رویه مسلم قانونی، در حکم فرزندخواندگی تصريحی شود. به عبارت دیگر توارث میان فرزند و والد سرپرست امری مسلم است که همه افراد در حین پذیرش کودک به فرزندی بدان عالم هستند. حال اگر قراردادی به صورت نامعتبر و فاقد تشریفات قانونی لازم منعقد شده باشد، ضرورتاً فاقد اراده ضمنی سرپرست دال بر ارث‌گذاری برای کودک نیست. او با پذیرش کلیه آثار قانونی، نسبت به فرزندپذیری اقدام نموده و عدم استثنا نمودن این امر دلالت بر پذیرش ضمنی آن خواهد داشت.

فرزندخواندگی منصفانه

در حقوق کامن لا بسیاری از دعاوی با استناد به دکترین فرزندپذیری منصفانه در صدد سهیم نمودن فرزندخوانده در اموال بدون وصیت سرپرست متوفی هستند. البته برای اثبات فرزندخواندگی منصفانه ارکانی باید ثابت شود که عبارتند از: ۱) توافق صریح یا ضمنی سرپرست مبنی بر پذیرش کودک به فرزندی ۲) اعتماد کودک به توافق^(۳) ۳) اجرای توافق به وسیله والدین طبیعی کودک، از طریق خاتمه دادن به اقدامات مراقبتی و حضانتی خود^(۴) ۴) اجرای توافق به وسیله کودک، به واسطه زندگی با والد سرپرست به عنوان فرزند وی و^(۵) ۵) اجرای توافق توسط سرپرست، از طریق بردن کودک به منزل خود و رفتار نمودن با وی به مثابه فرزند خویش. البته تعداد محدودی از محاکم حتی توافق صریح یا ضمنی را برای تحقق فرزندخواندگی منصفانه

ضروری ندانسته و معتقدند جایی که یک رابطه نزدیک، شبه والد- فرزندی میان سرپرست و کودک وجود دارد فرزندخواندگی منصفانه محقق شده است (Abrams & Ramsey, 2001: 28).

برخی از قضات با تاکید بر ضرورت وجود توافق قبلی در تحقیق فرزندخواندگی منصفانه، بر این عقیده‌اند که «انصاف باید حکم به اجرای چیزی را بدهد که طرفین به وضوح قصد کرده‌اند». به عقیده ایشان حق ارث به طور طبیعی از اجرای قرارداد فرزندخواندگی ناشی می‌شود (Mordy, 1949: 964). در پرونده Albring V Ward از آنجایی که کودک به فرزندی پذیرفته شده، از ابتدا از فقدان نسبت خونی با والد سرپرست آگاه بوده و از سوی دیگر هیچگونه تعهدی دال بر انتقال اموال به نفع وی ایجاد نشده بود، انصاف به سادگی از شناسایی حق وی در سهیم شدن نسبت به اموال متوفی امتناع نمود. اما در پرونده دیگری (Perry V McGregor) یک پسر ۱۴ ساله با ملاقات مردی در قطار، تصمیم گرفت فرزندخوانده وی شود و مرد سرپرست نیز ضمن تنظیم قرارداد فرزندخواندگی که هرگز شکل رسمی و قانونی به خود نگرفت، تعهد به انتقال اموالش به فرزندخوانده ظاهری نمود. پدرخوانده پس از ۲۰ سال از تاریخ تحقیق فرزندخواندگی مذبور فوت نمود و دیوان عالی میشیگان با استناد به فرزندخواندگی منصفانه پسر را محق در اموال متوفی معرفی نمود (Mordy, 1949: 966).

استناد به قاعده استاپل (منع رفتار یا گفتار معارض)

در شماری از دعاوی مطروحه در این باره به فرزندخوانده ظاهری، با استناد به قاعده استاپل حق ارشی بری داده شده است. با این توضیح که از آنجایی که والدین سرپرست اعتبار فرزندخواندگی را انکار نکرده‌اند، وراث جانشین ایشان نیز قادر به رد اعتبار قرارداد مذبور نخواهد بود. عموماً استناد به استاپل نیازمند اثبات سه عنصر است: ۱) یک تعهد، ۲) اعتماد منطقی به تعهد، ۳) ضرر منتج از اعتماد به تعهد. در نظر نویسنده‌گان اثبات هر یک از ارکان مذبور با دشواری رو برو خواهد بود. چنان‌که ممکن است اثبات قرارداد دشوار یا غیرممکن می‌باشد و به همین دلیل

در پرونده Holloway V Jones دیونعالی میسوری^۱ تصمیم مبنی بر اعطای فرزندخواندگی منصفانه را بدون اثبات هرگونه قرارداد تائید کرد و در پرونده دیگری در تگزاس اثبات وجود رابطه والد- فرزندی میان طرفین دلیل اساسی بر وجود یک قرارداد در نظر گرفته شد (J. C. J., 1972: 734). دشواری اثبات ورود خسارت نیز سبب شد تا دادگاهی در تگزاس خواهان را از اثبات عنصر سوم معاف نماید. همچنین در خصوص عنصر دوم گفته شده است که اثبات اعتماد به تعهد به غایت دشوار است، زیرا اعتماد به پذیرش کودک به فرزندی نمی‌تواند شامل انتظار وارثت نیز باشد (Ibid: 732- 733). همچنین این سوال که چگونه کودک پذیرفته شده، به قراردادی اعتماد نموده که هر لحظه ممکن بود از جانب والدین سرپرست مورد رد یا انکار قرار گیرد، استناد به استاپل را با دشواری مواجه می‌سازد. البته به نظر برخی از نویسندها استاپل می‌تواند برای حمایت از قاعده اجرای اجباری قرارداد مورد استفاده قرار گیرد (Mordy, 1949: 968, 969; Abrams & Ramsey, 2001: 28). در نظر برخی دیگر از نویسندها اجرای اجباری و استاپل عملاً یک چیز محسوب شده و اعمال یکی به جای دیگری اثر قابل توجهی در پرونده خاص به همراه نخواهد داشت. چنان‌که در برخی از ایالات آمریکا در یک پرونده به هر دو قاعده استناد می‌گردد (J. C. J., 1972: 736). نکته دیگری که در این باره باید مورد توجه قرار گیرد اعمال هر یک از نظریه‌های ارائه شده منجر به قانونی شدن وضعیت فرزندخواندگی نخواهد شد بلکه صرفاً موجد حق مطالبه برای فرزندخوانده صوری از اموال سرپرست متوفی می‌باشد (Ibid: 738- 739).

عدم امکان هرگونه مطالبه سهم الارث

برخی دیگر از قضات و حقوقدانان قائل به عدم امکان مطالبه هرگونه جبران با استناد به قرارداد فرزندخواندگی غیرقانونی هستند. دلیل ایشان علاوه بر نامعتبر بودن قرارداد مزبور، عدم وجود مدرکی دال بر تعهد پدرخوانده بر انتقال اموال در قالب ارث می‌باشد.

1. Missouri

چنان‌که در پرونده‌ای آقای الف با آقای ب (سرپرست یتیم خانه) قراردادی دال بر پذیرش ج (یکی از کودکان یتیم خانه) به فرزندی منعقد نمود و این در حالی است که قانوناً مدیران یتیم خانه‌ها اختیار انعقاد یا تائید قرارداد فرزندخواندگی را ندارند و بدین دلیل هرگز ج به عنوان فرزندخوانده قانونی الف پذیرفته نشد. ج تا لحظه مرگ الف با وی زندگی کرد و در نهایت الف بعد از ۲۰ سال، از لحظه پذیرش ج به فرزندی، بدون داشتن وصیت نامه فوت نمود. ج که خود را فرزندخوانده الف می‌دانست بابت دریافت سهم الارث خود از املاک متوفی اقامه دعوا کرد. دعوای او در مرحله بدوى رد شد و خواهان به رأی صادره اعتراض نمود. مرجع عالی نیز چنین رأی داد که از آنجایی که آقای ب صلاحیت انعقاد قرارداد با الف را نداشته، توافق غیرقابل اجرا بوده است. البته شفاهی بودن قرارداد، و فقدان هرگونه تعهد صریح دال بر انتقال املاک موضوع اختلاف نیز از ایرادات دیگر وارد بر قرارداد مذکور بوده است. بنابراین و از آنجایی که اولاً قرارداد معتبر فرزندخواندگی میان سرپرست و مدیر یتیم خانه منعقد نشده و ثانیاً هیچگونه تعهد صریح ارث‌گذاری به نفع فرزندخوانده مقرر نشده بوده و بر فرض ایجاد نیز، تعهد مبتنی بر قرارداد باطل، خود غیرقابل اجراست؛ لذا حکم به رد دعوای مطالبه سهم الارث فرزندخوانده صادر و در نهایت مورد تائید قرار گرفت (Harvard Law Review, 1930: 652).

با همین رویکرد در پرونده Albring V Ward دادگاه میشیگان از صدور حکم اجرای اجرای قرارداد فرزندخواندگی و با این استدلال که هیچ دلیلی جز یک قرارداد فرزندخواندگی نامعتبر وجود ندارد امتناع نمود (Mordy, 1949: 964, 965).

نتیجه‌گیری:

در حالی که در نظام حقوقی کامن لا، به منظور حمایت از حقوق کودک و تامین بهترین منافع او، صور متعدد فرزندخواندگی مورد شناسایی قرار گرفته و ضمن شناسایی صور مزبور، رویه قضائی در صدد تخصیص سهم الارث به کودک با استناد به قوانین، قراردادها و نظریه‌های متعدد بوده است، در حقوق ایران گامهای بسیار اندکی در این باره برداشته شده است. چنان‌که توارث میان فرزندخوانده و والدین سرپرست همچنان در هاله‌ای از ابهام قرار داشته و رویکرد تحقق توارث میان خویشان نسبی مانع محکمی در مسیر تحقق ارث میان فرزندخوانده و والد/ والدین سرپرست خواهد بود. این در حالی است که قاعده‌تاً در فرض فرزندخواندگی یا والدین واقعی کودک تمکن مالی و در نتیجه (در فرض فوت) ماترك قابل توجهی ندارند یا اینکه اصلاً مشخص نبوده و در فرض فوت ایشان، کودک هرگز بدان آگاهی نیافته و در نتیجه مسئله مطالبه سهم الارث به کلی منتفی خواهد بود.

در مقابل والدین سرپرست معمولاً از نظر اقتصادی در شرایط مساعدی به سر می‌برند که شناسایی حق ارث برای فرزندخوانده از اموال ایشان تامین کننده آینده مالی وی خواهد بود. البته راهکارهای جایگزین قانونی از قبیل انعقاد بیمه عمر به نفع کودک، انتقال بخشی از دارایی در حین حیات و یا وصیت نسبت به انتقال اموال برای بعد از فوت تا حدود زیادی تامین کننده منافع فرزندخوانده می‌باشد. اما علاوه بر اینکه تصویب قانون مناسب در خصوص ارث‌بری فرزندخوانده از والد/ والدین سرپرست، افراد را از توسل به سایر راهکارهای مذکور بی‌نیاز خواهد نمود، موارد فوق صرفاً تامین کننده نفع یک‌جانبه فرزندخوانده در اموال سرپرست بوده و مسئله توارث به عنوان ارث بری متقابل میان کودک و والد/ والدین سرپرست از یک‌سو و کودک و بستگان والد/ والدین سرپرست از سوی دیگر نیازمند توجه جدی قانون‌گذار می‌باشد.

همچنین در نظام کامن لا به رابطه والد- فرزندی میان کودک و ناپدری/ نامادری نیز توجه شده و فرزندخواندگی در این رابطه نیز قابل تحقق معرفی شده است که با برقراری چنین ارتباطی میان فرزند و ناپدری/ نامادری بسیاری از منافع وی تامین خواهد شد؛ این در حالی است که در

حقوق ایران و علی‌رغم وجود موارد فراوان زندگی کودک با ناپدری / نامادری، آثار مالی این رابطه به صورت صریح از جانب قانون‌گذار مشخص نشده و صرفاً مقوله محرومیت و ممنوعیت نکاح میان ایشان مورد توجه فقهاء و حقوق‌دانان بوده است که توجه خاص قانون‌گذار و عنداللزوم ورود به مقوله سرپرستی را می‌طلبد.

علاوه بر موارد فوق، در حقوق خارجی، برخلاف حقوق ایران، نه تنها فرض وجود رابطه فرزندخواندگی معتبر مورد تبیین و تدقیق قرار گرفته است، بلکه از این مرحله نیز یک گام فراتر نهاده، به فرض تحقق فرزندخواندگی بدون طی تشریفات قانونی توجه و مسئله حق ارث کودک در چنین شرایطی به جد مورد تحلیل قضات و حقوق‌دانان قرار گرفته است.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی

- ۱- آذرنوش آذرناش، (۱۳۸۶)، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، چاپ هشتم، نشر نی.
- ۲- امامی، اسدالله، (۱۳۷۹)، «فرزندخواندگی در حقوق فعلی ایران»، پژوهش‌های کلامی، دوره ۱۵، ش. ۳.
- ۳- بهجت، محمد تقی، (۱۳۸۶)، استفتائات، جلد چهارم، شر دفتر حضرت الله بهجت.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، انتشارات ابن سینا.
- ۵- دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه، جلد هفتم، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۶- شریعتی نسب، صادق، (۱۳۹۰)، فرزندخواندگی، نشر شهر دانش.
- ۷- صافی، لطف الله، (۱۳۸۵)، جامع الأحكام (صافی)، جلد دوم، قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.
- ۸- صفائی، سید حسین؛ امامی، اسد...، (۱۳۹۷)، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان.
- ۹- طباطبایی حکیم، محمد سعید، (۱۳۹۱)، توضیح المسائل، قم: مهر ثامن الائمه.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، حقوق مدنی خانواده، جلد دوم، چاپ چهارم، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۱۱- کاظم پور، سید جعفر؛ بارانی، مینا، (۱۳۹۶)، تضمین عینی منافع کودک و نوجوان تحت سرپرستی، فصلنامه تعالی حقوق، ش. ۱۹.
- ۱۲- موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۹۲)، استفتائات (امام)، جلد نهم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- 13-Abrams, Douglas E; Ramsey, Sarah H., (2001), a Primer on Adoption Law, Juvenile and Family Court Journal.
- 14-Columbia Law Review, (1917), Rights under Invalid Adoption or Contract to Adopt, Vol. 17, No. 2.
- 15-Mignot, Jean- Francois, (2017), Full Adoption in England and Wales and France: a Comparative History of Law and Practice (1926-2015), Adoption and Fostering, Vol. 41(2).
- 16-Michigan Law Review, (1906), Divorce: Effect: Maintenance of Children: Liability of Father, Vol. 4, No. 6 .
- 17-Harvard Law Review, (1930), Adoption, Rights of Child in Estate of One Who Made Invalid Contract to Adopt Him,Vol.43, No.2.
- 18-Harvard Law Review, (1925), Adoption, Wills. Collateral Inheritance by Adopted Children. Meaning of "children" in Bequest, Vol. 38, No. 7.
- 19-Harvard Law Review, Adoption. Contract to Adopt. Right of Inheritance. Specific Performance, Vol. 32, No. 7.
- 20-Hollinger, Joan H, (1993), Adoption Law, the Future of Children, Vol. 3, No. 1.
- 21-H. R. G., Jr, (1932), Adoption: Right of Adopted Child to Inherit from Kindred of the Adopting Parents, California Law Review, Vol. 20, No. 3.
- 22-J-Jones, Cathy, (1986), Stepparent Adoption and Inheritance: A Suggested Revision of Uninform Probate Code Section 109-2, Western Law Review, Vol. 88.
- 23-J. G. C. (1914), Inheritance from Adopted Child, Michigan Law Review, Vol. 13, No. 2.
- 24-J. C. J., Jr., Equitable Adoption: They Took Him into Their Home and Called Him Fred, Virginia Law Review, Vol. 58, No. 4.
- 25-Kutty, Faisal, (2014), Islamic Law and Adoptions, Valparaiso University Law School, available at: [http://ssrn.com/abstract=2457066\](http://ssrn.com/abstract=2457066)
- 26-Mordy, James C., (1949), Adoption: Right of Inheritance in Absence of Legal Adoption: Specific Performance of Contract to Adopt and Remedies, Michigan Law Review, Vol. 47, No. 7.

27-M. G., (1912), Adoption, Effect on Inheritance, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 60, No. 9.

28-O.C.P., (1916), Adoption: Status of Adopted Child: Rights of Inheritance, California Law Review, Vol. 4, No. 6.

29-O'Halloran, K., (2015), The Politics of Adoption, Hardcover.

30-Parent and Child. Revocation. Power of State to Cut Off Expectancy of Inheritance, (1926), the Yale Law Journal, Vol. 35, No. 7.

31-R. H. C., (1929), Descent and Distribution: Status and Inheritance Rights of an Adopted Child, Michigan Law Review, Vol. 27, No. 4.

32-Virginia Law Review, (1918), Adoption. Right of Inheritance from Second Adoptive Parents, Vol. 5, No. 5.

33-Wendel, Peter, (2005), Inheritance Rights and the Step-Partner Adoption Paradigm: Shades of Discrimination Against Illegitimate Children, Hofstra Law Review, Vol. 34, No. 2.

The Issue of Inheritance in Adoption in English and American Law with a Look at Iranian Law

Zohre Afshar Quchani¹

Abstract

In the Common law system, after the Germanic-Romans tradition, this legal institution has been recognized and its various legal aspects have been formulated.

Adoption in the Western legal system has many forms and its number is increasing daily. Lawyers, judges and legislators try to delineate the legal aspects associated with each of these forms.

The institution of adoption as the provider of the interests of children and adolescents who have no guardian appointed or suffer from bad parenting has been considered by all legal systems in the world.

In Iranian law, as guardianship and in Islamic law, as custody, it has a special but not very clear position.

One of the legal issues related to adoption is the issue of inheritance between the child and the legitimate father and his relatives on the one hand and the adopted child and her/his guardian and relatives on the other,

an issue that in Iranian law, relying on the silence of the legislature, and the universally accepted views of experts in jurisprudence and law, does not provide for the mutual interest of the adopted child and the guardian, and therefore requires further examination.

In the present study, an attempt is made to initiate a new perspective into the issue of securing the interests of the child from the guardian's property after his death and vice versa by examining the existing approaches in the laws and precedent in the United Kingdom and the United States regarding the issue of inheritance in various forms of adoption.

KeyWords: *Adoption, Adopted child, Adopter, Legitimate father, Inheritance.*

1. Ph.D, Lecturer of university and lawyer,afshar.2737@gmail.com

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



ثبت ولادت از دیدگاه فقهی با رویکرد تطبیقی کشورهای اسلامی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

^۱امید توکلی کیا

چکیده

ثبت نسب فرزند به هر یک از پدر و مادرش یکی از مهمترین حقوق کودک به شمار می‌رود به طوری که موجب دارا شدن هویت شخصی و مانع از اختلاط نسبها و تضییع حقوق آنان می‌شود. در عصر حاضر یکی از بهترین راه‌های اثبات نسب، ثبت ولادت و گرفتن شناسنامه و اسناد سجلی است. سوال اصلی مقاله این است که آیا بر اساس مبانی فقهی می‌توان لزوم شرعی ثبت ولادت را استنباط نمود. از برخی ادله شرعی از جمله آیات قرآن، روایات اهل بیت علیهم السلام و سیره و بنای عقلا، لزوم ثبت ولادت در ادارات ثبت احوال قابل استنباط است، هرچند برخی با وجود پذیرش اصل لزوم ثبت ولادت، در لزوم ثبت آن در ادارات ثبت احوال و گرفتن شناسنامه به لحاظ شرعی مناقشه کرده‌اند. با توجه به ماده ۹۹۳ قانون مدنی و مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۶ قانون ثبت احوال، ثبت ولادت یک تکلیف قانونی است و قانونگذار به دلیل ضرورت و اهمیت موضوع برای آن ضمانت اجرا پیش‌بینی نموده است. در این نوشتار به بررسی اهمیت و ادله لزوم ثبت ولادت در فقه امامیه با رویکردی تطبیقی به حقوق برخی از کشورهای اسلامی خواهیم پرداخت.

کلیدواژه‌ها: ثبت ولادت، ثبت احوال، گواهی ولادت، شناسنامه، فقه امامیه، کشورهای اسلامی.

ثبت واقعه ولادت نه تنها یکی از عمدترین موارد حقوق پایه‌ای است بلکه کلید اصلی برای اطمینان از احراق سایر حقوق نیز تلقی می‌شود. بر این اساس ثبت تولد به دو منظور کلی صورت می‌گیرد: اجرای مصوبات قانونی و ضبط اطلاعات آماری (طباطبایی، بی‌تا: ۲۲، ۲۳). ثبت ولادت یکی از وظایف اصلی ادارات ثبت احوال در ایران و سایر کشورهای جهان بوده است که در هر کشوری تابع قوانین و مقررات آن کشور و در جهت دسترسی به اهداف موردنظر دولتها می‌باشد. اصولاً این امر می‌تواند در جهت تثبیت یا تغییر اوضاع سیاسی - اقتصادی و اجتماعی هر کشور نقش تعیین‌کننده‌ای داشته باشد. ثبت ولادت در واقع تعیین‌کننده تابعیت و وابستگی سیاسی افراد به دولت متبع خویش می‌باشد (زاهدی‌نیا، موسوی، ۱۳۸۴: ۳۲). پس از تولد هر طفلى اولین وظیفه‌ای که بر عهده والدین آن طفل قرار دارد اعلام واقعه ولادت نوزاد و به ثبت رساندن این واقعه می‌باشد تا جامعه و دولت نیز از ولادت طفل مطلع گردند. در حقیقت ثبت ولادت تکلیفی وضعی است که قانونگذار اعلام آن را بر عهده اشخاص قرار داده است. ماده ۹۹۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «امور ذیل باید در ظرف مدت و به طریقی که به موجب قوانین یا نظمات مخصوصه مقرر است به دایره سجل احوال اطلاع داده شود: ۱- ولادت هر طفل و همچنین سقط هر جنین که بعد از ماه ششم از تاریخ حمل واقع شود.» بنابراین قانون عمل حقوقی ثبت ولادت را اجباری دانسته است و جامعه و عرف نیز آن را عملی نیکو پسندیده می‌داند و بیشتر مردم بدون اینکه از الزامی بودن آن اطلاع داشته باشند با میل و رغبت اقدام به ثبت تولد فرزندشان می‌کنند (انصاری، ۱۳۸۱: ۵۳). در خصوص بررسی فقهی ثبت ولادت تحقیقی صورت نگرفته است و فرضیه پژوهش حاضر این است همان‌طور که ثبت ولادت به لحاظ عرفی و قانونی یک ضرورت است با توجه به مبانی شرعی از جمله آیات و روایات می‌توان وجوب شرعی (حکم تکلیفی) آن را برداشت نمود.

در این قسمت به بررسی اهمیت و ضرورت ثبت ولادت و ادله لزوم آن از جمله آیات و روایات در فقه می‌پردازیم.

۱-۱. اهمیت و ضرورت ثبت ولادت

نسب در معنای خاص عبارت از علقه و رابطه بین پدر و مادر و فرزند است. از آنجایی که فرزندان، مردان و زنان آینده هستند شریعت مقدس اسلام عنایت و اهتمام خاصی به آن داشته و احکام فراوانی به آنان اختصاص داده و حقوق مختلفی را برای آنان درنظر گرفته است. ثبوت نسب فرزند به هر یک از پدر و مادرش یکی از مهم‌ترین این حقوق است به طوری که باعث اختلاط نسب‌ها و تضییع حقوق فرزندان نشود و خداوند می‌فرماید: «یا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارِفُوا» (حجرات/۱۳) و آن حقوقی از جمله نفقه، شیر دادن، حضانت و موارد دیگر را به دنبال دارد. بنابراین کوتاهی نسبت به این حق از جانب والدین جایز نیست و سبب از دست رفتن یکی از اساسی‌ترین حقوق فرزند و شکل‌گیری شخصیتی نامتوازن برای او می‌شود و این ثبت نسب در روابط اجتماعی او نیز هنگامی که کودک بزرگ شود، موثر است چرا که طبیعی است که فرزند به نسب و پدر و مادر خویش افتخار می‌کند. راههای اثبات نسب عبارت است: فراش، اقرار و بینه. اما ثبت ولادت فرزند در ادارات ثبت احوال و گرفتن شناسنامه هرچند که سند رسمی است ولی در صورتی که نسبت به جعلیت آن ایراد شود به تنها یی نمی‌تواند اثبات‌کننده نسب باشد، ولی با این وجود بهترین سند رسمی برای تشخیص و احراز هویت در ادارات، مدارس و محاکم و دارای اعتبار است و نیازی به مستند دیگری نمی‌باشد (انصاری، ۱۰/۳: ۱۴۲۸).

۱-۲. ثبت ولادت؛ حق یا تکلیف

در خصوص اینکه ثبت ولادت در ادارات ثبت احوال آیا حق طفل یا تکلیفی بر عهده والدین یا هر دو آنان است، فقیهان به دلیل مورد ابتلا نبودن موضوع و اینکه در گذشته عرف این‌گونه بوده است که زمان ولادت شخص را در پشت ورقه قرآن کریم و یا کتاب‌های معتبر دیگری

یادداشت می‌نمودند، متعرض حکم آن نشده‌اند ولی از برخی ادله شرعی لزوم آن قابل استنباط است، البته برخی با وجود پذیرش اصل لزوم ثبت ولادت، در لزوم ثبت آن در ادارات ثبت احوال و گرفتن شناسنامه به لحاظ شرعی مناقشه کرده‌اند و بیان داشته‌اند: در اصل ثبت ولادت فرزند تردیدی وجود ندارد اما در خصوص لزوم شرعی ثبت آن در ادارت دولتی دلیل وجود ندارد. البته بعید نیست که گفته شود در عصر حاضر تنها راه اثبات نسب، ثبت ولادت و گرفتن شناسنامه و اسناد سجلی است (انصاری، ۱۴۲۸: ۳).^۱

۱-۲-۱. ادله لزوم ثبت ولادت

در این قسمت به بررسی آیات و روایات و عرف و بنای عقلاء در خصوص لزوم ثبت ولادت خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱-۱. آیات

در این قسمت به بیان سه آیه از قرآن کریم خواهیم پرداخت.

۱- خداوند متعال در سوره بقره می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَآيَنْتُمْ بِدِيْنِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمَّى فَأَكْبُرُوهُ وَ لَيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلِمَ اللَّهُ فَلَيَكْتُبْ وَ لِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لَيُتَّقِّ اللَّهُ رَبُّهُ وَ لَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا». (بقره / ۲۸۲) ای کسانی که ایمان اورده‌اید! هنگامی که بدھی مدت‌داری (به‌خاطر وام یا دادوست) به یکدیگر پیدا کنید، آن را بنویسید و باید نویسنده‌ای از روی عدالت، (سند را) در میان شما بنویسد و کسی که قدرت بر نویسنده‌گی دارد، باید از نوشتن - همان‌طور که خدا به او تعلیم داده - خودداری کند. پس باید بنویسد، و آن کس که حق بر عهده اوست، باید املا کند و از خدا که پروردگار اوست بپرهیزد و چیزی را فروگذار ننماید.

۱. لا ريب ان اصل التسجيل لازم، و اما التسجيل في دوائر الحكمه و اخذ ما يسمى بالفارسيه «شناسنامه» فلا دليل عليه. نعم، لا يبعد أن يقال: إنه في زماننا هذا بما أن الطريق الوحيد لإثبات النسب ينحصر بأخذ السجلات الشخصية. (محمدجواد فاضل لنكراني)

سه دیدگاه از سوی مفسرین در خصوص فعل امر «فاكتبوه» در این آیه بیان شده است: برخی می‌گویند فعل امر دلالت بر وجوب و لزوم دارد، برخی دیگر معتقدند که فعل امر دلالت بر استحباب کتابت دارد و برخی دیگر معتقدند که امر مزبور ارشادی است و به دلیل اهمیت رفتار یادشده و رعایت مصلحت و حفظ حقوق اشخاص مورد توجه و عنایت خداوند متعال بوده است (شيخ طوسی، ۱۴۱۳: ۲؛ حلی‌سیوری، بی‌تا: ۴۷/ ۲). ظاهر آیه حاکی از این است که کتابت اختصاص به دین ندارد بلکه غیر آن را نیز مانند بیع و رهن و حق شامل می‌شود و برخی نصوص^۱ نیز موید این مطلب است. برخی از مفسرین در رابطه با این آیه فرموده‌اند: مرجع ضمیر در فعل «فاكتبوه» شامل دین یا حق می‌شود (راوندی، ۱۴۰۵: ۳۷۸).

از قرائن مختلف این موضوع قابل استفاده است که امر به کتابت دین از اوامر ارشادی و ارشاد به حکم مصلحت است که عبارت از منع از تضییع حقوق و گرفتن وثیقه برای آن و برطرف کردن تنازع و اختلاف در خصوص اموال و غیر آن می‌باشد و این تعلیل از کلام خداوند متعال که می‌فرماید: «ذلکمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ» مستفاد می‌گردد و اینکه تنها اختصاص به مواردی که در این

^۱- خداوند متعال عمرهای انبیاء را بر آدم عرضه داشت. به اسم داود و عمر آن جناب که رسید عمرش را در دنیا چهل سال معرفی کرد. آدم عرضه داشت: پروردگارا چقدر عمر داود کم و چقدر عمر من زیاد است! بار خدایا آیا ممکن است سی سال از عمر من را به او ببخشی؟ خداوند فرمود: آری ای آدم. آدم عرض کرد: پس از عمر من سی سال کم کن و به عمر او بیافزا. پس خداوند متعال سی سال به عمر داود افزود و آن را برای وی ثابت قرار داد و این امر البته نزد خداوند ثابت بود و این همان قول خداست که می‌فرماید: «يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَ يُثْبِتُ وَ عِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ» {خدا آنچه را بخواهد محو یا اثبات می‌کند، و اصل کتاب نزد اوست.} بنا بر این آنچه نزد حق تعالی برای آدم ثابت بود را محو نمود و آنچه نزدش برای داود ثابت نبود را ثابت قرار داد. سپس عمر آدم سپری شد و ملک الموت برای قبض روحش نزد او حاضر گردید، آدم به او گفت: ای ملک الموت هنوز سی سال از عمر من باقی مانده است. ملک الموت گفت: روزی که تو در وادی دخیاء بودی و حق تعالی اسماء انبیاء و عمرهای ایشان را به تو عرضه کرد مگر این سی سال را از عمر خود کسر نکرده و برای فرزندت داود پیامبر قرار ندادی؟ آدم گفت: یاد نمی‌آید. ملک الموت گفت: این را انکار مکن، مگر از خدای تعالی نخواستی که آن را برای داود ثابت کرده و از عمر تو محوش نماید، حق تعالی آن را در زبور داود اثبات و در ذکر از عمر تو محو نمود. آدم گفت: تا آن را بدانم. امام صادق (ع) فرمود: آدم راست می‌گفت؛ زیرا یادش نبود و انکار هم نمی‌کرد فلانا از آن روز به بعد حق تعالی به بندگانش امر فرمود در وقت قرض دادن یا انجام معامله نوشته‌ای را بین خود تنظیم کنند زیرا آدم آنچه را که بر خود ملتزم شده بود فراموش کرد (صدقوق، بی‌تا: ۲/ ۵۵۳؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/ ۴، ۱۱/ ۲۵۸).

آیه بیان شده است ندارد، بلکه شامل هر چیزی که نزد خداوند محبوب و مطلوب مردم باشد، می شود از جمله این موارد ثبت ولادت در ادارات ثبت احوال است چرا که به واسطه آن حق طفل و در معرض تضییع قرار گرفتن نسب وی حفظ می شود و آثار و فوائد دیگری که بر آن در طول زندگی شخص مترب می گردد.

۲- خداوند متعال در آیه دیگری از سوره بقره فرموده است: «**لَا تُخَارِّ وَالَّذِي بِوَلْدِهَا وَ لَا مَوْلُودُ لَهُ بِوَلَدِهِ.**» (بقره/ ۲۳۳) نه مادر حق ضرر زدن به کودک را دارد و نه پدر. برخی در تفسیر این آیه بیان داشته اند: آیه فوق از ضرر رساندن به فرزند منع نموده است و گفته اند منظور از «مولود له» والد و پدر فرزند است. مادر نباید به دلیل عدم پرداخت اجرتالمثل یا ناراحتی و خشمگینی از همسرش یا فشار آوردن بر پدر از شیر دادن فرزندش خودداری و امتناع کند و پدر نیز باید در پرداخت نفقة و نگهداری و دلسوزی فرزند کوتاهی نکند یا نباید کودک را از مادرش گرفته و از شیر دادن مادر به او ممانعت نماید (راوندی، ۱۴۰۵/ ۳۶-۳۷؛ حلی سیوری، ۲/ ۲۳۳). در تفسیر تبیان آمده است: «معنای این آیه این است که هیچ یک از پدر و مادر حق ندارد سبب ورود ضرر به فرزندش شود؛ به عنوان مثال مادر باید از فرزندش نگهداری و مواضع نماید و به او شیر و غذا بدهد و پدر نیز مکلف است که به فرزند و مادرش نفقة بدهد و از آنان مراقبت نماید.» (شیخ طوسی، ۱۴۱۳/ ۲۵۸) بنابراین خداوند متعال نسبت به اداره و توجه به امور و شئون فرزند به پدر و مادر امر نموده است به طوری که ضرر و زیانی متوجه او نشود و یکی از این امور اقدام نمودن به ثبت ولادت فرزند در ادارات ثبت احوال و گرفتن شناسنامه می باشد چرا که عدم اقدام به این امر موجب ضرر به فرزند می شود.

۳- در سوره حج بیان شده است: «**وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ.**» (حج/ ۷۸) و در دین (اسلام) کار سنگین و سختی بر شما قرار نداده است. ابن فارس می گوید حرج به معنای ضيق است، گاهی به درختانی که به هم پیچیده اند به خاطر اینکه راه رفتن در میان آنها مشکل است

حِجَرْ مَيْ گویند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۵۰/۲).^۱ نحوه استدلال به این آیه شریفه در خصوص لزوم ثبت ولادت به این صورت است که اقدام نکردن نسبت به ثبت ولادت و اخذ شناسنامه در طول زندگی موجب سختی و حرج و مشکلات فراوانی برای فرزند می‌شود از جمله اینکه امکان ثبت‌نام و تحصیل در مدارس، خدمت سربازی، ممنوعیت به کارگیری اطفال در مشاغل سخت، ثبت نکاح همسر، داشتن پاسپورت، حق رای، باز نمودن حساب بانکی، مسؤولیت مدنی و کیفری و دیگر موارد را نخواهد داشت. بنابراین تساهل و تسامح در این خصوص جایز نیست (انصاری، ۱۴۲۸: ۲/۱۷).

۴- خداوند در سوره حجرات بیان می‌دارد: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُورًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا» (حجرات/۱۳؛ ای مردم، ما همه شما را نخست از مرد و زنی آفریدیم و آن گاه شعبه‌های بسیار و فرق مختلف گردانیدیم تا یکدیگر را بشناسید. فلسفه و غایت اصلی انشعاب مردم به گروه‌های مختلف، شناخت یکدیگر بوده است به عبارت دیگر این آیه در صدد بیان ضرورت تمایز هویت انسان‌ها است که این مهم در عصر حاضر ضرورت وجود اسناد هویتی است. بحث هویتی صرفاً یک شناسنامه و یک برگ کاغذ نیست بلکه مبنای همه برنامه‌های است و همه برنامه‌ریزی‌ها مبتنی بر جمعیت و نیازهای آن به واسطه شناسنامه اشخاص صورت می‌گیرد.

۱-۲-۱. روایات

۱- امام صادق (علیه السلام) در توحید مفضل ضمن بیان نعمت‌های بزرگ خدا بر نوع بشر می‌فرماید:

«وَكَذِلِكَ الْكِتَابَةُ الَّتِي يَهَا تُقَيِّدُ أَخْبَارُ الْمَاضِينَ لِلْبَاقِينَ وَ أَخْبَارُ الْبَاقِينَ لِلآتِينَ ... وَ يَهَا يَحْفَظُ الْإِنْسَانُ ذِكْرَ مَا يَجْرِي بَيْنَهُ وَ بَيْنَ غَيْرِهِ مِنَ الْمُعَامِلَاتِ وَالْحِسَابِ، وَ لَوْلَاهُ لَانْقَطَعَ أَخْبَارُ بَعْضِ الْأَرْضِ مِنْ بَعْضٍ، وَ أَخْبَارُ الْغَايِيْنَ عَنْ أُوْطَانِهِمْ، وَ دَرَسَتُ الْعُلُومَ وَ ضَاعَتِ الْأَدَابُ، وَ عَظُمَ مَا يَدْخُلُ عَلَى النَّاسِ مِنَ الْخَلْلِ فِي أُمُورِهِمْ وَ مُعَامِلَاتِهِمْ، وَ لَا يَحْتَاجُونَ إِلَى النَّظَرِ فِيهِ مِنْ أَمْرٍ دِينِهِمْ وَ مَا

^۱- أصل واحد، و هو معظم الباب و إليه مرجع فروعه، و ذلك تجمُّع الشيء و ضيقه. فمنه الخرج جمع حَرَجَه، و هي مجتمع شجر.

رُوِيَ لَهُمْ مِمَا لَا يَسْعُهُمْ جَهْلٌ» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۵۷/۵۸؛ «... همچنین (یکی دیگر از نعمت‌های الهی) کتابت و نوشتن است که بهوسیله آن اخبار گذشتگان برای موجودین، و اخبار موجودین برای آیندگان نگهداری می‌شود، و نیز به وسیله آن قراردادها و معاملات و حساب‌هایی که میان انسان و دیگران است حفظ می‌شود، و اگر کتابت نبود رابطه خبری بعضی از زمان‌ها از بعضی دیگر قطع می‌شد، و نیز پیوند کسانی که در وطن خود نبودند از هموطنانشان بریده و قطع می‌گشت، علوم و دانش‌ها از بین می‌رفت، آداب و رسوم و سنت‌ها ضایع می‌شد و در امور مردم و معاملات و آنچه از امر دین نیاز به آن داشتند و روایاتی که برای آنها ذکر می‌شد و آگاهی بر آن لازم بود اختلال شدید ظاهر می‌گشت.» با توجه به این حدیث ثبت ولادت از این جهت اهمیت دارد که اخبار و هویت انسان‌های کنونی برای آیندگان حفظ می‌شود و روابط و پیوند انسان‌ها به دلیل عدم ثبت واقعه ولادت گستته نمی‌شود و اختلالی در امور مردم به وجود نخواهد آمد.

۲- مُحَمَّدُ بْنُ عَلَيٍّ بْنُ الْحُسَيْنِ فِي الْعِلَلِ وَ عِيُونِ الْأَخْبَارِ بِاسْتَانِيَّةِ عَنْ مُحَمَّدٍ بْنِ سِنَانٍ عَنِ الرِّضَا (ع) فِيمَا كَتَبَ إِلَيْهِ «وَ عَلَّهُ ضَرْبُ الْقَادِفِ وَ شَارِبُ الْخَمْرِ ثَمَانِينَ جَلْدًا لَآنَ فِي الْقَذْفِ نَفَّيَ الْوَلَدِ وَ قَطْعَ النَّسْلِ وَ ذَهَابَ النَّسْبِ.» (حرعامی، ۲۸/۱۷۶) یکی از علت‌های شلاق زدن قادر این است که عمل وی باعث از بین رفتن نسب می‌شود و این علت در برخی مواقع در ثبت نکردن ولادت فرزند نیز وجود دارد، چرا که در عصر کنونی یکی از بهترین راه‌های اثبات نسب، ثبت ولادت و گرفتن سند سجلی و شناسنامه است.

۳- عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَادَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ رَجُلٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ: «مَنْ أَللَّهُ عَلَى النَّاسِ بَرِّهُمْ وَ فَاجِرِهِمْ بِالْكِتَابِ وَ الْحِسَابِ وَ لَوْلَا ذَلِكَ لَتَغَالَطُوا.» (حرعامی، ۱۴۲۹: ۳۲۸/۱۷ - ۴۰۳؛ خداوند با نعمت نوشتن و حساب کردن، بر مردم خوب و بد منت نهاده است، چرا که اگر چنین نبود قطعاً دچار اشتباه می‌شدند.

ثبت نکردن ولادت فرزند نیز ممکن است موجب اشتباه شود و این امر نزد خداوند پسندیده نیست.

۴- در روایت دیگری آمده است: «فَإِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ حَقٌ فَقُلْ لَهُ فَلْيَكُتُبْ ... فَإِنَّهُ يُقضَى فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ وَفَاتِهِ». (حرعاملى، ۱۴۲۹: ۱۷؛ ۴۴۱/ ۱۷)؛ چنانچه بر عهده کسی حقی داشتی پس به او بگو آن را بنویسد و مکتوب نماید، چرا که آن سند و نوشته در زمان حیات یا ممات وی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. این حدیث نیز ضرورت کتابت مراواتات بین افراد را نشان می‌دهد تا بعدها مورد انکار قرار نگیرد. لذا ضرورت ثبت ولادت فرزند نیز از این حدیث مستفاد می‌گردد تا در آینده باعث انکار و بروز مشکلات احتمالی نشود.

۵- «وَأَمَّا حَقُّ وَلَدِكَ فَآنْ تَعْلَمَ أَنَّهُ مِنْكَ وَ مُضَافٌ إِلَيْكَ فِي عَاجِلِ اللَّتْبِيَا بِخَيْرِهِ وَ شَرِّهِ وَ أَنَّكَ مَسْؤُلٌ عَمَّا وُلِّيْتَهُ مِنْ حُسْنِ الْأَدَبِ وَ الدَّلَالَةِ عَلَى رَبِّهِ عَزَّ وَ جَلَّ». (صدق، ۱۴۱۳: ۲/ ۶۲۲)؛ حق فرزندت این است که بدانی او در زندگی دنیا وابسته به تو است و خیر و شرش با تو است و تو مسؤولیت سرپرستی او را از حسن تربیت و راهنمایی بر خداوند عزوجل بر عهده داری. انتساب فرزند به پدر و مادرش در طول زندگی تنها از طریق ثبت ولادت امکان‌پذیر است.

بنابراین ثبت ولادت فرزند در ادارات ثبت احوال به لحاظ شرعی بر پدر و مادر واجب است و قول به وجوب شرعی با توجه به آنچه که از آیات قرآن و روایات استفاده می‌شود، هرچند بهقرینه مovidat يادشده، بعيد نیست (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۸۱۷).

۱-۲-۳. عرف و بنای عقلا

بنای عقلا سلوک و روشی است که سرچشمه‌اش گاه درک عقل، و گاه عناصری از قبیل: زندگی آسوده، منفعت‌طلبی، عادت، تقليید از دیگران و مانند آن است؛ هر چند شایسته است بنای عقلا را تنها بر تاسیس سامان یافته از درک عقل، اطلاق کرد و از این رو بنای عقلا در واقع، تبلور و عینیت مدرکات عقلی قابل تعیین است. بنای عقلا - که در نزد علمای اصولی شیعه در دو قرن اخیر با عنوانین «عرف عقلا»، «سیره عقلائیه»، «طريقه عقلا»، «بنای عرف»، «سلوک و عمل عقلا» و... هم نامیده شده - عرف یا شاخه‌ای از عرف است که فقه امامیه آن را ارائه داده و رواج یافته است و حجیت دارد (توكلی کیا، ۱۳۹۳: ۱۳۲- ۱۳۳). بر اساس عرف و بنای عقلا هنگامی که شخصی دارای فرزند می‌شود، می‌باشد به عنوان یک تکلیف اجتماعی نسبت به ثبت ولادت

فرزند خویش در ادارات ثبت احوال اقدام نماید و قانون نیز برای عدم اعلام و ثبت ولادت فرزند در مهلت مقرر مجازات قانونی پیش‌بینی کرده است. بنابراین حکم به لزوم ثبت ولادت امری مسلم در نزد عرف و عقلاً است و هیچ شک و تردیدی در آن نیست و جامعه نیز آن را عملی نیکو پسندیده می‌داند و بیشتر مردم بدون آگاهی از الزامی بودن آن با میل و رغبت اقدام به ثبت تولد فرزندشان می‌کنند.

۱-۲-۳. ضرورت تمایز اشخاص بر اساس هویت

هویت (Identity) یکی از مفاهیم اساسی در روانشناسی است و اریکسون واضح این مفهوم است. بر اساس مبانی نظری مبحث هویت، به انسجام و یکپارچگی «من» می‌انجامد و در سوی مقابل، عدم دستیابی به هویت، به آشفتگی، درهم‌ریختگی و سردرگمی هویت می‌انجامد. در فرایند شکل‌گیری هویت فردی دو عمل انجام می‌شود: شناخت خود و شناساندن خود به دیگران؛ این دو عمل باعث تمایز فرد از دیگران، تفاوت‌گذاری و دگرگونه‌سازی می‌شود. فرآیندی که تحت عنوان تمایز یافتنگی فردی (Individual differentiation) نامگذاری می‌شود. در برخی تقسیم‌بندی‌ها هویت را به سه وجه فردی، اجتماعی و ملی تقسیم می‌کنند. هویت فردی بر تفاوت‌ها تأکید دارد در حالی که تأکید اصلی هویت جمعی بر شباهت‌هاست و این ابعاد باهم ارتباط و تعامل پویایی دارند. تحقیقات حاکی از آن است که لايه‌های دیگر هویت (از جمله اجتماعی و ملی) و تغییرات ساختاری اجتماعی نیز ممکن است فرآیند هویت‌یابی و تمایز یافتنگی هویت فردی را نیز تحت تأثیر قرار دهند (سلگی، ۱۳۹۹: ۱۰۳-۱۰۴). در مباحث دینی و فقهی از جمله آیه «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَ قَبَائِيلَ لِتَعَارَفُوا» (حجرات / ۱۳) ضرورت تمایز هویت انسان‌ها اعم از فردی و اجتماعی از طریق اسناد هویتی از جمله ثبت ولادت و گواهی ولادت و... مورد تأکید قرار گرفته است. به عبارت دیگر ضرورت و فلسفه «شناخته‌شدگی» اشخاص از این آیه قابل استنباط است. به گفته برخی مفسرین اگر انسان‌ها یکدیگر را نشناسند، رشتہ اجتماع از هم گسیخته می‌شود و انسانیت از بین می‌رود و شناخت افراد

باعت تکمیل نظام اجتماعی و انجام مواصلات و معاملات و مکاتبات و مراودات می‌شود (طباطبایی، ۱۳۸۶: ۱۸/۴۸۸).

۲-۳-۱-۲-۱. ثبت ولادت ضامن نظم و امنیت عمومی شهروندان

ثبت تولد به دو منظور کلی صورت می‌گیرد: الف) اجرای مصوبات قانونی ب) ضبط اطلاعات آماری (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۲۳). ثبت ولادت یکی از وظایف مهم و اصلی ادارات ثبتاحوال در ایران و سایر کشورهای جهان بوده که در هر کشور تابع قوانین و مقررات وضع شده و درجهٔ دسترسی به اهداف خاص مورد نظر آن کشور می‌باشد و اصولاً می‌تواند درجهٔ تثبیت اوضاع سیاسی، اقتصادی هر کشور نقش ویژه‌ای را ایفا نماید و در امر ثبت ولادت مسئله مهم تابعیت و وابستگی سیاسی اتباع هر کشور به مملکت متبعه‌اش رعایت می‌گردد که انگیزه آن پیشگیری از تداخل نابجای افراد بیگانه و جلوگیری از نفوذ عوامل اجنبي و در نتیجه اوضاع سیاسی هر کشور می‌باشد (فرهنگی، ۱۳۸۲: ۱۳).

خدمات سازمان ثبتاحوال با حقوق متعدد شهروندان ارتباط می‌یابد. این خدمات گاه در جهت تثبیت و تسهیل این حقوق ارائه می‌شود و گاه فعالیتهای این اداره در راستای تضمین منافع عمومی و نظم عمومی و احترام به اخلاق حسن، موازین شرعی سبب محدودیت حقوق و آزادی‌ها می‌شود. هر شهروندی به محض تولد دارای شخصیت فردی و مستقل است که از هویت مشخص و انکارناپذیر نیز برخوردار می‌شود و این هویت طبق مقررات ایران از طریق شناسنامه یا کارت ملی یا کارت هوشمند ملی قابل تصدیق و تأیید قانونی است؛ به نحوی که باستی حقوق شهروندی را نسبت به او تمام و کمال اعمال نمود. آنچه که به عنوان جایگاه حقوق شهروندی در ثبتاحوال باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد این است که ادارات ثبتاحوال را باید مراکز ثبت هویت و تابعیت ایرانیان دانست که به ثبت و صدور اسناد هویتی پرداخته و هویت و تابعیت افراد را مشخص می‌کند و تشکیلات منظمی را نیز دارا است. افراد جامعه با داشتن هویت و تابعیت می‌توانند از دیگر امکانات جامعه بهره‌مند گردند و در این میان حقوق شهروندی نیز که با وضعیت حکومت‌های دموکراتیک به سوی پیشرفت می‌باشد و در این سیستم نیز جایگاه خاصی دارد. حقوق شهروندی نیز از حقوقی است که دولتها آن را به وجود نمی‌آورند ولی باید برای حمایت از

آن تلاش کنند و شامل سه بعد از قبیل حقوق مدنی، حقوق سیاسی و حقوق اجتماعی است که با توجه به مأموریت سازمان آنچه از حقوق شهروندی شامل ثبات احوال می‌گردد حقوق اجتماعی افراد است که لازمه بهره‌مندی از حقوق اجتماعی، داشتن هویت و تابعیت ایرانی می‌باشد که اسناد هویتی لازمه این مهم است (محمودی، ۱۳۹۳: ۵۴). در میان هنجارهای حقوقی برخی از هنجارها مربوط به اسناد ثبت احوال یا اسناد سجلی هستند که در واقع، اسناد مربوط به احوال شخصیه هستند که به وسیله‌ی مأمورین رسمی تنظیم می‌شوند. اسنادی از قبیل سند ثبت ولادت، گواهی ولادت، شناسنامه، کارت ملی و... از جمله‌ی اسناد ثبت احوال هستند که تقریباً تمامی بخش‌های زندگی شهروندان را در بر می‌گیرند. به بیان دیگر، وقایع چهارگانه ولادت، فوت، ازدواج و طلاق، باید ثبت شوند و از ابتدا تا پایان زندگی انسان با او هستند و تبعات مختلفی برای انسان دارند. بیشتر این وقایع و اسناد ثبت احوال وضعیت حقوقی فرد را در حوزه‌ی حقوق خصوصی مشخص می‌نمایند (ویژه، ۱۳۹۳: ۳۲۹-۳۳۰).

عدم ثبت ولادت موجب اختلال و آسیب‌های اجتماعی در شئونات مختلف زندگی انسان در جامعه (تابعیت^۱، تحصیل^۲، ازدواج^۳، اشتغال^۴، خدمت وظیفه عمومی^۵، معاملات^۶، مالیات^۷،

۱. الف: ماده ۹۷۶ قانون مدنی: «اشخاص ذیل تبعه ایران محسوب می‌شوند: ...

۲- کسانی که پدر آنها ایرانی است اعم از این که در ایران یا در خارجه متولد شده باشند؛

۳- کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیرمعلوم باشند؛

۴- کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آنها در ایران متولد شده به وجود آمده اند؛

۵- کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است به وجود آمده و بالاصله پس از رسیدن به هجره سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند والا قبول شدن آنها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است.»

ب: ماده ۲ آین نامه اعطای تابعیت ایران به فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۱: «ملاک ایرانی بودن مادر اسناد سجلی اوست.»

۲. ماده ۲۷ آین نامه اجرایی مدارس مصوب ۱۳۷۹: «ثبت نام دانشآموزان برای ورود به هریک از دوره‌های تحصیلی در مدارس داخل کشور با اصل شناسنامه و در مدارس خارج از کشور با اصل شناسنامه یا گذرنامه صورت می‌گیرد»

ماده ۳۶- شرایط سنی ثبت نام در مدارس روزانه بشرح زیر خواهد بود:

الف: دوره ابتدایی:

۱- حداقل سن ثبت نام در پایه اول دبستان ۶ سال تمام و حداکثر آن در مناطق شهری ۹ سال تمام و در مناطق روستایی و عشایری ۱۱ سال تمام خواهد بود.

۲- حداکثر سن ثبت نام در دوره ابتدایی در مناطق شهری ۱۴ سال تمام و در مناطق روستایی و عشایری ۱۶ سال تمام خواهد بود.

ب: دوره راهنمایی تحصیلی:

حداکثر سن ثبت نام در پایه‌های اول، دوم و سوم راهنمایی تحصیلی در مناطق شهری به ترتیب ۱۵، ۱۶ و ۱۷ سال تمام و در مناطق روستایی و عشایری به ترتیب ۱۷، ۱۸ و ۱۹ سال تمام است.

(برابر مصوبه دولت و چهلمین جلسه کمیسیون معین شورای عالی آموزش و پژوهش مورخ ۷/۵/۷۹ شماره ۱۲۰/۱۹۸۲/۸ مورخ ۷/۱۳/۷۹ ابلاغ شده است: «دانشآموزان پسری که از خدمت نظام وظیفه معاف هستند و همچنین دانشآموزان دختر، می‌توانند با حداکثر سن موضوع بند فوق ثبت نام کنند.»)

ج: دوره متوسطه:

حداکثر سن ثبت نام در پایه‌های اول، دوم و سوم متوسطه و دوره پیش‌دانشگاهی در مناطق شهری، روستایی و عشایری به ترتیب ۱۸، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ سال تمام است.

۱. ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۸۱/۴/۱) قانون مدنی: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.»

۲. ماده ۷۹ قانون کار: به کار گماردن افراد کمتر از ۱۵ سال تمام ممنوع است.
ماده ۸۰: کارگری که سنسن بین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام باشد، کارگر نوجوان نامیده می‌شود و در بدء استخدام باید توسط سازمان تامین اجتماعی مورد آزمایش‌های پزشکی قرار گیرد.

۳. ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳: «سن مشمولان و افراد تحت تکفل از لحاظ خدمت وظیفه و یا معافیت از آن تابع مندرجات اولیه اولین شناسنامه بوده و هرگونه تغییری که بعداً به عمل آمده باشد از لحاظ وظیفه عمومی معتبر نخواهد بود.»

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شماره هـ ۱۳۷۹/۹/۲۰: «حكم مقرر در ماده ۳ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۷/۲۹ مصرح در عدم تأثیر تغییر تاریخ تولد مشمولین خدمت وظیفه عمومی است و تعیین آن به اصلاحات و تغییرات سایر مندرجات شناسنامه براساس احکام قطعی و لازم‌اجراء مراجع قضایی جواز قانونی ندارد.»

۴. از قانون مدنی:

ماده ۲۱۰- متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند.

ماده ۲۱۱- برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.

ماده ۲۱۲- معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطه عدم اهلیت باطل است.

ماده ۲۱۳- معامله محجورین نافذ نیست.

استخدام^۲، بازنیستگی^۱، مسؤولیت کیفری^۳ و...) که بر اساس هویت ثبت شده و کد یکتای او تعیین می‌شود.

ماده ۱۲۰۷- اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار-۲- اشخاص غیر رشید-۳- مجانین.

ماده ۱۲۱۰- 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.

بنصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است.

ماده ۱۲۱۲- اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط باموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلااثر است معذالک صغیر ممیز میتواند تملک بلاعوض کند، مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحثات.

۱. ماده ۲۰ قانون مالیات‌های مستقیم: نرخ مالیات بر ارث نسبت به سهم الارث به شرح زیر است:

طبقه سوم	طبقه دوم	طبقه اول	شرح
%۳۵	%۱۵	%۵	تا مبلغ ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال
%۴۵	%۲۵	%۱۵	تا مبلغ ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال نسبت به مازاد ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال
%۵۵	%۳۵	%۲۵	تا مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال نسبت به مازاد ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال
%۶۵	%۴۵	%۳۵	نسبت به مازاد ۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال

از سهم الارث هریک از وراث طبقه اول مبلغ سی میلیون (۳۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال به عنوان معافیت کسر و مازاد به نرخ‌های مذکور مشمول مالیات می‌باشد. معافیت مذکور برای هریک از وراث طبقه اول که کمتر از بیست سال سن داشته یا محجور یا معلول از کار افتاده باشند مبلغ پنجاه میلیون (۵۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال خواهد بود.

۲. ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری: «ملاک تشخیص سن مستخدمینی که در تاریخ تصویب این قانون در خدمت دولت هستند شناسنامه‌ای است که در تاریخ سوم تیرماه هزار و سیصد و سی و هفت در دستداشته‌اند و در مورد مستخدمینی که بعد از تصویب این قانون به استخدام دولت پذیرفته می‌شوند شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه خواهد کرد. در صورتی که ماه تولد یا ماه تاریخ ورود به خدمت مستخدمین از روی مدارک رسمی مشخص نباشد، اول مهرماه محسوب خواهد شد.»

قوانين دیگری نیز مفاد ماده فوق را تکرار کردند از جمله: ماده ۳۸ مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی موضوع بند (پ) ماده ۲ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۵۲/۳/۵ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۳۸ آینین نامه استخدامی بیمه مرکزی ایران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ کمیسیون استخدام مجلسین؛ ماده ۱۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سرفیران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۵؛ ماده ۴۰ آینین نامه استخدامی کارکنان مجلس شورای

اسلامی؛ ماده ۴۵ قانون مقررات استخدامی نهضت سوادآموزی جمهوری اسلامی ایران؛ ماده ۸۱ قانون مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلات جهاد سازندگی. براساس مقررات فوق، ملاک سن فرد همان سنی است که در ابتدای استخدام ارائه شده و تغییر آن قابل استناد نیست.

۱- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۱/۴/۲: «طبق ماده ۹۹ قانون استخدام کشوری ملاک تشخیص سن مستخدمین مشمول قانون مذکور از لحاظ بازنیستگی شناسنامه‌ای است که در بدو استخدام ارائه نموده‌اند و در نتیجه تغییرات بعدی در تاریخ تولد مستخدمین مزبور از حیث بازنیستگی مؤثر در مقام نیست.»

۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲:

ماده ۸۸- درباره اطفال و نوجوانانی که مرتكب جرایم تعزیری می‌شوند و سن آنها در زمان ارتکاب، نه تا پانزده سال تمام شمسی است حسب مورد، دادگاه یکی از تصمیمات زیر را اتخاذ می‌کند:
الف: تسلیم به والدین یا اولیاء یا سرپرست قانونی باأخذ تعهد به تأدیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق طفل یا نوجوان

ب: تسلیم به اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگری که دادگاه به مصلحت طفل یا نوجوان بداند با الزام به انجام دستورهای مذکور در بند (الف) در صورت عدم صلاحیت والدین، اولیاء یا سرپرست قانونی طفل یا نوجوان و یا عدم دسترسی به آنها، با رعایت مقررات ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی

پ: نصیحت به وسیله قاضی دادگاه

ت: اخطار و تذکر و یاأخذ تهدید کتبی به عدم تکرار جرم

ث: نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از سه ماه تا یک سال در مورد جرایم تعزیری درجه یک تا پنج

تبصره ۱- تصمیمات مذکور در بندهای (ت) و (ث) فقط درباره اطفال و نوجوانان دوازده تا پانزده سال قابل اجراء است. اعمال مقررات بند (ث) در مورد اطفال و نوجوانانی که جرایم موجب تعزیر درجه یک تا پنج را مرتكب شده‌اند، الزامی است.

تبصره ۲- هرگاه نابالغ مرتكب یکی از جرایم موجب حد یا قصاص گردد در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد به یکی از اقدامات مقرر در بندهای (ت) و (یا) (ث) محکوم می‌شود و در غیر این صورت یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف) تا (پ) این ماده درمورد آنها اتخاذ می‌گردد.

ماده ۸۹- درباره نوجوانانی که مرتكب جرم تعزیری می‌شوند و سن آنها در زمان ارتکاب، بین پانزده تا هجده سال تمام شمسی است مجازات‌های زیر اجراء می‌شود:

الف: نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از دو تا پنج سال در مورد جرایمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه یک تا سه است.

ب: نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از یک تا سه سال در مورد جرایمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه چهار است.

پ: نگهداری در کانون اصلاح و تربیت از سه ماه تا یک سال یا پرداخت جزای نقدی از ده میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا انجام یکصد و هشتاد تا هفتصد و بیست ساعت خدمات عمومی رایگان در مورد جرایمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه پنج است.

۳-۲-۱-۳. نقش ثبت ولادت در حقوق کودک

حقوق کودک از قبل از تولد شروع و در ایام ولادت، بعد از ولادت و در دوران حیات وی ادامه خواهد داشت و برای احراق این حقوق مسلم در اجتماع نیاز به شناخت هویت خویش و احراز این موضوع دارد که این امر فقط در صورت ثبت مراتب ولادت در اسناد اداره ثبتاحوال و صدور شناسنامه جهت وی محقق خواهد شد. کودکان، تأمین‌کننده تداوم نسل آینده باید از حقوق ویژه‌ای برخوردار باشند به گونه‌ای که رفاه، آزادی، خوشبختی و عقاید آنها به رسمیت شناخته شود و امکانات و وسایل ضروری جهت پرورش بدنی، فکری، اخلاقی و اجتماعی آنها به نحو مطلوب، سالم و طبیعی در محیطی امن و آزاد برایشان فراهم شود که این امر زمانی محقق خواهد شد که به نقش سازمان ثبتاحوال، در احراق حقوق کودکان چه قبل از تولد و چه بعد از تولد اهمیت ویژه‌ای قائل شوند و در برنامه‌ریزی‌های کلان و گسترده کشور با اتکا به اطلاعات جمعیتی این سازمان اقدام گردد (رمضی، ۱۳۸۶: ۷). از اساسی‌ترین حقوق هر کودک داشتن هویت می‌باشد که سازمان ثبتاحوال متولی این امر می‌باشد و مصادیق مورد اشاره در قانون برای حمایت کودکان از قبیل حضانت و قیمه‌میت و... می‌تواند از طریق هویت یافتن کودک محقق شود و داشتن نام و نام خانوادگی، قانون‌گذار را در دست‌یابی به اجرای هر چه بهتر قوانین حقوقی یاری خواهد کرد چون تا به یک موجود انسانی هویت اجتماعی از طریق ثبت ولادت او داده نشود، در جهان پیچیده

ت: پرداخت جزای نقدی از یک میلیون ریال تا دهمیلیون ریال یا انجام شصت تا یکصد و هشتاد ساعت خدمات عمومی رایگان درمورد جرایمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه شش است.
ث: پرداخت جزای نقدی تا یک میلیون ریال در مورد جرایمی که مجازات قانونی آنها تعزیر درجه هفت و هشت است.

ماده ۹۱-۹ در جرایم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام‌شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبیه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آنها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محاکوم می‌شوند.

ماده ۱۴۶- افراد نابالغ مسؤولیت کیفری ندارند.

ماده ۱۴۷- سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است.

ماده ۱۴۸- در مورد افراد نابالغ، براساس مقررات این قانون، اقدامات تأمینی و تربیتی اعمال می‌شود.

معاصر به منزله عدم وجود و حیات خواهد بود و بی‌بهره از تمام امکانات اجتماعی موجود، ثبت ولادت کودک در پایگاه اطلاعات جمعیتی کشور یعنی برخورداری از تمامی حقوقی که حق هر فرد در جامعه متولد یافته‌اش برای بهره‌مندی از این حقوق می‌باشد (سلیمانی، ۱۳۹۲: ۱۰). بر اساس ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۲۳، «موارد زیر در صورتی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، وضعیت مخاطره‌آمیز محسوب شده و موجب مداخله و حمایت قانونی از طفل و نوجوان می‌شود: ...

ج) عدم اقدام برای ثبت واقعه ولادت یا عدمأخذ اسناد سجلی یا هویتی برای طفل یا نوجوان بدون عذر موجه.»

۲- بررسی حقوقی

در این قسمت به بررسی ثبت ولادت در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران و برخی کشورهای اسلامی خواهیم پرداخت.

۱- اسناد بین‌المللی

در کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹^۱، ثبت ولادت از جمله حقوق مورد حمایت کودک است. در بند ۱ ماده ۷ این کنوانسیون آمده است: «تولد کودک بالفاسله پس از به دنیا آمدن ثبت می‌شود.» بنابراین ثبت تولد کودک نه تنها از مهمترین موارد حقوق اساسی و پایه‌ای است، بلکه کلید اصلی برای اطمینان از احقيق سایر حقوق نیز تلقی می‌شود. لزوم ثبت ولادت کودک در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوب ۲۶ دسامبر ۱۹۶۶^۲ نیز مورد

۱. جمهوری اسلامی ایران بهموجب «قانون اجازه الحق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۰۱/۱۲/۱۳۷۲» به این کنوانسیون ملحق گردیده است.

۲. جمهوری اسلامی ایران بهموجب «قانون اجازه الحق دولت شاهنشاهی ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۷/۰۲/۱۳۵۴» به این کنوانسیون ملحق گردیده است.

توجه قرار گرفته است. در بند ۲ ماده ۲۴ این میثاق بین‌المللی بیان شده است: «هر کودکی باید بی‌درنگ پس از تولد دارای نام گردد و به ثبت رسد.»

۲-۲. حقوق ایران

ثبت ولادت در ایران اولین بار مطابق تصویب‌نامه ثبت احوال مصوب ۱۲۹۷ الزامی گشت. در ماده ۷ این تصویب‌نامه آمده است: «در موقع تولد طفل اعم از ذکور و اناث، پدر و در غیاب او مادر یا جد مکلف می‌باشند در ظرف ۱۵ روز لااقل به اداره سجل احوال مولود جدید خود را اظهار نمایند و در موقع اخبار و اظهار باید دو نفر شاهد و مصدق همراه داشته باشند.»

۱-۲-۲. ثبت ولادت

ولادت طفل از دو حال خارج نیست: یا در ایران واقع می‌شود و یا در خارج از کشور. طفلی که در ایران متولد می‌شود یا پدر و مادر وی ایرانی هستند یا خارجی. بنابراین سه فرض وجود دارد که هر کدام حکم و آثار خاص خود را دارد.

۱-۲-۱. ثبت ولادت در ایران

بر اساس صدر ماده ۱۲ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، ولادت هر طفل در ایران اعم از این که پدر و مادر طفل ایرانی یا خارجی باشند باید به نماینده یا مأمور ثبت احوال اعلام شود و در دفتر ثبت کل وقایع به ثبت برسد. ثبت ولادت در ایران به دو صورت است: ثبت ولادت اطفال ایرانی و ثبت ولادت اتباع خارجی.

۱-۱-۲-۲. ثبت ولادت اطفال ایرانی

با توجه به مواد ۱۲ و ۱۳ قانون ثبت احوال، ولادت طفل ایرانی باید به نماینده یا مأمور ثبت احوال اعلام شود و در دفتر ثبت کل وقایع به ثبت برسد. بر اساس تبصره اصلاحی ماده ۱۳ قانون یادشده پس از ثبت ولادت اگر طفل ایرانی باشد شناسنامه صادر و تسليم می‌گردد و اعلامیه برای ثبت واقعه در دفتر ثبت کل وقایع صفحه مخصوص پدر و مادر به اداره ثبت احوال محل صدور شناسنامه آنان فرستاده می‌شود.

۲-۱-۲-۲. ثبت ولادت اتباع خارجی

ثبت ولادت اتباع خارجی در ایران اولین بار در ماده ۳۷ نظامنامه قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۰۷ تصريح گردید. واقعه ولادت اطفال متولد از اتباع خارجی که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند، پس از اعلام به نماینده یا مامور ثبت احوال در اسناد موالید مخصوص اتباع خارجی ثبت می‌گردد. شرایط ثبت ولادت فرزندان اتباع خارجی در ایران عبارتند از:

الف: ارائه مدارک اقامت معتبر والدین طفل؛ مدرک معتبر اقامت یکی از موارد ذیل است: پروانه اقامت که یا به صورت دفترچه‌ای صادر می‌شود و یا به شکل مهر در گذرنامه فرد ثبت می‌گردد، برگ عبور موقت یا لسه‌پاسه که برای افراد فاقد مدارک هویتی صادر می‌گردد و یا گذرنامه معتبر.

ب: عدم انقضای تاریخ اعتبار مدارک مذبور در بند (الف) در زمان تولد طفل و مراجعته فرد به ادارات ثبت احوال

پ: احراز تولد طفل در ایران؛ تولد طفل در ایران یا به تصدیق و تایید پزشک و ماما و با صدور گواهی ولادت احراز می‌گردد و یا به شهادت دو نفر گواه که بر تولد طفل در ایران گواهی دهنده‌اند.^۱ درصورتی که تولد طفل در مراکز درمانی و زایشگاه‌ها واقع نگردیده باشد و متقاضی به گواهی گواهان در این‌باره استناد نماید در این صورت تایید تولد طفل در ایران از سوی نیروی انتظامی محل ضروری است و تاییدیه مذکور از سوی امور اتباع خارجی و یا معاونت اطلاعات نیروی انتظامی محل صادر می‌گردد. درصورتی که در زمان مراجعته به مامور یا نماینده ثبت احوال گواهی پزشک یا ماما راجع به ولادت ارائه نگردیده و سن طفل بر اساس اعلام اظهارکننده بیش از پنج سال باشد در این صورت تعیین سن توسط پزشک قانونی الزامی است تا درج تاریخ تولد در سند

۱. «وقایع اربعه حادثه برای اتباع خارجه مقیمین ایران در محل وقوع واقعه ثبت می‌شود.»

۲. ماده ۱۵ قانون ثبت احوال مصوب ۰۴/۱۶/۱۳۵۵: ثبت ولادت باید مستند به تصدیق پزشک یا مامای رسمی یا مؤسسه‌ای که طفل در آنجا متولد گردیده است باشد، در غیر این صورت واقعه به تصدیق و دو نفر گواه ثبت می‌شود.

سجلی میسر گردد. پس از حصول شرایط مذکور در بندهای فوق مأمور یا نماینده ثبت احوال، واقعه ولادت را طبق مقررات مربوط و با توجه به مدارک ابرازی در دفاتر موالید اتباع خارجی ثبت نموده و مراتب را به تایید اعلام‌کننده و گواهان حسب مورد رسانده و امضاء و مهر می‌نماید. پس از ثبت واقعه ولادت طفل با توجه به تبصره ماده ۱۳ قانون ثبت احوال «گواهی ولادت» صادر و تحویل والدین می‌گردد و یک نسخه از گواهی مزبور به اداره کل ثبت احوال امور خارجه سازمان ثبت احوال کشور ارسال می‌گردد (زاهدی‌نیا؛ موسوی، ۱۳۸۴: ۵۲). بر اساس رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۸ - ۰۸/۱۳۸۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۱ مستفاد از تلفیق احکام مقرر در ماده ۱۲ و ماده ۱۳ و تبصره آن از قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ این است که ولادت هر طفل واقع در ایران اعم از اینکه پدر و مادر طفل ایرانی یا خارجی باشند باید به مأمور ثبت احوال اعلام شود و واقعه ولادت توسط مأمور مذکور در دفتر ثبت کل وقایع به ثبت برسد. نظر به اینکه تبصره ذیل ماده ۵ آینه‌نامه اجرائی ثبت ولادت اطفال متولد از اتباع خارجی مقیم ایران، ثبت ولادت طفل متولد از پدر خارجی و مادر ایرانی در ایران را مقید و مشروط به ورود پدر به صورت قانونی به ایران و داشتن پروانه اقامت معتبر به هنگام تولد طفل و دارا بودن پروانه زناشویی و ثبت ازدواج زوجین به طور رسمی نموده و با وضع قواعد آمره متناسب شرایط خاص، موجبات تضیيق و محدودیت دایره شمول قانون را فراهم کرده است، بنابراین تبصره مورد اعتراض خلاف حکم مقتن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد (میرشکاری، ۱۳۹۳: ۲۴۸).

۲-۱-۲-۲. ثبت ولادت در خارج کشور

طبق ماده ۱۲ قانون ثبت احوال، ولادت اطفال ایرانیان مقیم خارج از کشور به مأمور کنسولی ایران در محل اقامت و اگر نباشد به نزدیکترین مأمور کنسولی و یا سازمان ثبت احوال کشور

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۸۴۰۷ مورخ ۱۳۸۷/۰۲/۲۲.

اعلام شود و در دفتر ثبت کل وقایع به ثبت می‌رسد. ثبت ولادت اتباع ایران در خارج از کشور به دو صورت انجام می‌شود: الف: مراجعه والدین کودک به کنسول‌گری‌ها و دفاتر نمایندگی‌ها و سفارتخانه‌های ایران در محل اقامت که با ارائه اصل گواهی ولادت خارجی و شناسنامه‌ها و حضور یکی از والدین سند ثبت کل وقایع تنظیم و شناسنامه صادر و تسلیم ولی طفل می‌شود و اصل سند جهت بایگانی به ثبت احوال امور خارجه واقع در سازمان ثبت احوال کشور ارسال می‌شود. ب: مراجعه اولیا یا یکی از آنها به ادارات ثبت احوال مرکز استان‌ها در داخل کشور و ثبت احوال امور خارجه در تهران با در دست داشتن اصل گواهی ولادت خارجی که صحت و اعتبار آن به تایید دفاتر نمایندگی و سفارتخانه ایران در کشور مربوط باشد و تایید ترجمه رسمی آن توسط دادگستری یا سفارتخانه ایران در کشور مربوط و ارائه شناسنامه والدین (Zahediniya؛ موسوی، ۱۳۸۴: ۳۹).

۲-۱-۲-۲. ضمانت اجرای عدم ثبت ولادت

ثبت واقعه ولادت بر اساس مواد ۱۳ و ۱۶ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ خواه در ایران واقع شده باشد و مربوط به اطفال ایرانی باشد یا اتباع خارجی و خواه در خارج از کشور، تکلیف قانونی است و ضمانت اجرای آن در ماده ۳ قانون «تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه» مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۱۰ بیان شده است که مختلف علاوه بر الزام به انجام تکلیف قانونی، به پرداخت جزای نقدی از ۵۰ هزار ریال تا ۳۰۰ هزار ریال محکوم می‌شود و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور در این ماده محکوم خواهد شد (نظریه ۱۳۷۹/۰۲/۱۵-۷/۶۲۹؛ اداره کل حقوقی قوه قضائیه؛ اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۵: ۵۴).

۴-۱-۲-۲. مهلت اعلام ثبت ولادت

تصویب‌نامه ثبت احوال مصوب ۱۲۹۷ در خصوص مهلت اعلام واقعه ولادت مدت ۱۵ روز را پیش‌بینی نموده بود. در قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴ و ۱۳۰۷ مهلت ۱۰ روز را در نظر گرفته بود. قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹ مهلت ۱۵ روز را مورد توجه قرار داد و در نهایت بر اساس تبصره ماده ۱۵ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، مهلت ثبت واقعه ولادت ۱۵ روز پس از تاریخ

ولادت طفل است و تعطیل رسمی بعد از آخرین روز مهلت به حساب نمی‌آید و در صورتی که ولادت در اثناء سفر زمینی یا هوایی یا دریایی رخ دهد مهلت اعلام آن از تاریخ رسیدن به مقصد محسوب می‌شود (فرهنگی، ۱۳۸۲: ۷۹؛ ادبی؛ علیپور، ۱۳۹۲: ۱۳۹).

۳-۲. حقوق تطبیقی

در این قسمت به بررسی حقوق کشورهای مصر، عربستان، ترکیه، تایلند، مالزی، ازبکستان، افغانستان و پاکستان خواهیم پرداخت.

۱-۳-۲. مصر

در قانون ثبت احوال مصر، واقعه ولادت باید ظرف هشت روز به اداره بهداری و یا به مدیریت بهداشت بر حسب مورد و در صورت نبودن هیچ‌یک از این مراجع، به شهردار محل اطلاع داده شود. شهردار مکلف است ظرف سه روز واقعه را به اداره ثبت احوال اعلام دارد. (ماده ۱۵ و ۱۶ قانون شماره ۱۱۱-۱۹۶۵، اصلاحی قانون شماره ۲۶۰-۱۹۶۰) در صورتی که تولد هنگام مسافرت به خارج کشور اتفاق افتاد باید به کنسول مصر در مقصد و در صورت نبودن کنسول در مقصد، ظرف ۳۰ روز پس از بازگشت به کشور، به اداره مرکزی ثبت احوال اعلام گردد. در مورد طفل پیدا شده پلیس موظف است صورت جلسه‌ای تنظیم کرده و موضوع را به اداره بهداری اطلاع دهد. اداره بهداری ظرف یک هفته پس از ثبت واقعه، مراتب را به اداره ثبت احوال اعلام می‌دارد تا در دفتر به ثبت برسد. (مجموعه قوانین الاحوال الشخصیه المصريه)

۲-۳-۲. عربستان سعودی

ثبت ولادت در عربستان به سه طریق صورت می‌گیرد:

الف: ثبت ولادت کودک از مادر بومی عربستان؛ در این فرض متقاضی ثبت ولادت نوزاد باید مدارک زیر را ارائه کند: گزارش ثبت ولادت توسط بیمارستان مربوط، تصویر سند ثبت خویشاوندی یا خانوادگی پدر که در آن نام مادر کودک اضافه شده باشد و تکمیل کردن فرم مخصوص. برای کودک متولد شده گواهی موقت صادر می‌شود که تا یک سال این گواهی اعتبار

دارد و سند اصلی ولادت بعد از یک سال از تاریخ صدور گواهی موقت، با ارائه کارت تکمیلی واکسیناسیون صادر خواهد شد.

ب: ثبت ولادت کودک از مادر غیربومی مقیم عربستان؛ برای ثبت این نوع ولادت ارائه مدارک زیر ضروری است: ارائه اصل سند ازدواج و تصویر آن، ارائه اصل گزارش تولد کودک از بیمارستان مربوطه، ارائه تصویر سند خویشاوندی با پدر زن یا برادر زن با تایید مرجع رسمی و ارائه تصویر از گذرنامه زن و تصویر اجازه اقامت.

پ: ثبت ولادت کودک متعلق به والدین غیربومی و مقیم عربستان؛ برای صدور گواهی ولادت چنین کودکی مدارک زیر لازم است: اصل گواهی و گزارش ولادت صادره از بیمارستان مربوط، اصل گذرنامه معتبر قانونی والدین و تصویر آنها، اصل اجازه اقامت معتبر قانونی والدین و تصویر آنها و تکمیل درخواست و فرم مخصوص (غندور، ۲۰۱۳: ۲۵۹؛ امامی، ۱۳۹۱: ۱۸۹).

۳-۲. ترکیه

بر اساس قانون مدنی هر ولادت باید ظرف مدت یک ماه بعد از تولد طفل به مقام رسمی سجل احوال اعلام گردد مقام مسئول سجل احوال بعد اعلام توسط والدین مبادرت به تنظیم صورت جلسه می‌کند که در آن نام و نام خانوادگی فرزند و نیز نام دو شاهد و نام خود اعلام کننده در آن درج می‌شود (مواد ۷ و ۱۶). اگر مولود چند قلو باشد ثبت ولادت به ترتیب تولد در دفتر انجام می‌شود. کودکان مرده به دنیا آمده در دفتر مذکور ثبت نمی‌شوند. (قانون حمایت بین‌المللی و اتباع خارجی، ۹۸: ۲۰۱۴).

۴-۳. تایلند

هنگامی که کودکی در تایلند به دنیا می‌آید، والدین کودک می‌بایست حداقل ۱۵ روز بعد، اطلاعات ولادت را به اطلاع اداره ثبت برسانند و مدارک زیر را ارائه دهند: شماره شناسایی شخص که تولد را اطلاع داده است (غیر از والدین)، مکان تولد، شماره شناسایی پدر و مادر فرزند و مشخصات بیمارستان (موضع عبدالتواب، ۱۹۸۶: ۱/۵۶؛ عزمی‌بکری، ۲۰۱۸: ۲/۲۶۷).

۵-۳-۲. مالزی

در مالزی ثبت ولادت به طور عادی باید ظرف مدت ۱۴ روز پس از تولد انجام شود و این اقدام در هر اداره ثبت در سراسر کشور مالزی با تقدیم درخواست در فرم مخصوص به انضمام مدارک مورد نیاز از جمله سند شناسایی پدر و مادر برای شهروندان مالزیایی و در صورت شهروند مالزی نبودن پدر و مادر با سند معتبر مسافرت، مدرک آزمایشات حاملگی، تاییدیه تولد و سند ازدواج والدین برای اولین فرزند صورت می‌گیرد. برای نوزاد یک کارت (My kid) و در سن دوازده سالگی کارت دیگری صادر می‌شود و در سن هجده سالگی هر مالزیایی کارت عکس‌دار (My kad) می‌گیرد که باید همیشه آن را همراه داشته باشد و الا جریمه خواهد شد (موضوع عبدالتواب، ۱۹۸۶: ۸۳/۱؛ امامی، ۱۳۹۱: ۱۹۳).

۳-۶-۲. ازبکستان

واقعه ولادت کودک در ازبکستان یک ماه بعد از تولد با اعلام یکی از والدین و در موارد خاص با اعلام خویشاوندان، همسایگان، مسئولان موسسات بهداشتی و بیمارستانی، نیروی انتظامی، قیمی یا سرپرست با ارائه گواهی ولادت نوزاد، شناسنامه‌های والدین یا مدارک جایگزین، گواهی رسمی سند ازدواج والدین و تنظیم درخواست ثبت از طرف اعلام‌کننده در شعبه ثبت احوال محل تولد یا اقامت دائمی والدین یا یکی از آنها به ثبت خواهد رسید (عزمی‌بکری، ۱۴۳/۲: ۲۰۱۸؛ امامی، ۱۳۹۱: ۱۹۵).

۷-۳-۲. افغانستان و پاکستان

ثبت ولادت در این دو کشور اجباری نیست که این روش منطق حقوقی ندارد (امامی، ۱۳۹۱: ۱۹۷).

پس از تولد هر طفای اولین وظیفه‌ای که بر عهده والدین آن طفل قرار دارد اعلام واقعه ولادت نوزاد و به ثبت رساندن این واقعه می‌باشد تا جامعه و دولت نیز از ولادت طفل مطلع گردد. در حقیقت ثبت ولادت تکلیفی وضعی است که قانونگذار اعلام آن را بر عهده اشخاص قرار داده است و برای آن ضمانت اجرای حقوقی و کیفری قرار داده است، علاوه بر اینکه بر اساس آیات قرآن و روایات اهل‌بیت علیهم السلام می‌توان نتیجه گرفت که ثبت این واقعه یک تکلیف شرعی نیز می‌باشد. حکم به لزوم ثبت ولادت امری مسلم در نزد عرف و عقلاً است و هیچ تردیدی در آن نیست و جامعه نیز آن را عملی نیکو پسندیده می‌داند و بیشتر مردم بدون آگاهی از الزامی بودن آن با میل و رغبت اقدام به ثبت تولد فرزندشان می‌کنند. لزوم ثبت ولادت کودک در کنوانسیون حقوق کودک و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد نیز مورد توجه قرار گرفته است. بر طبق ماده ۱۲ قانون ثبت احوال، ولادت هر طفل در ایران اعم از این که پدر و مادر طفل ایرانی یا خارجی باشند باید به نماینده یا مأمور ثبت احوال اعلام شود و ولادت اطفال ایرانیان مقیم خارج از کشور به مأمور کنسولی ایران در محل اقامت و اگر نباشد به نزدیکترین مأمور کنسولی و یا سازمان ثبت احوال کشور اعلام شود. بر اساس تبصره ماده ۱۵ قانون اخیر الذکر، مهلت ثبت واقعه ولادت پانزده روز پس از تاریخ ولادت طفل است.

منابع و مأخذ:

۱. ابن‌فارس، ابوالحسین، (۱۴۰۴ ق)، معجم مقایيس اللغة، جلد دوم، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، (۱۳۸۵)، مجموعه قوانین و مقررات ثبت احوال، آمار و سرشماری، چاپ اول، تهران: معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۳. ادبی، سلمه، علیپور، علیرضا، (۱۳۹۲)، «وقایع چهارگانه حیاتی و کارت شناسایی ملی کشور سنگاپور»، پژوهش نامه ثبت، شماره ۸، سال دوم، اسفند.
۴. امامی، اسدالله، (۱۳۹۱)، «مطالعه تطبیقی ثبت احوال با رویکرد کشورهای اسلامی»، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال.
۵. انصاری، حمید، (۱۳۸۱)، مطالعه تطبیقی مقررات ثبت ولادت و نکاح در قانون ثبت احوال ایران و مبانی فقه شیعه با رویکردی به نظرات حضرت امام خمینی (س)، تهران: پایان نامه کارشناسی ارشد پژوهشکده امام خمینی.
۶. انصاری، قدرت الله، (۱۴۲۸ ق)، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها: مقارنه تفصیلیه بین مذهب الامامیه و المذاهب الاخری، چاپ اول، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام.
۷. باقریان، محمد، (۱۳۸۹)، احکام و آثار شناسنامه در حقوق موضوعه ایران، قم: پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه قم.
۸. توکلی کیا، امید، (۱۳۹۳)، شرط ارتکازی در حقوق اسلامی؛ ماهیت، مبانی، آثار، چاپ اول، تهران: انتشارات داد و دانش.
۹. حرعاملی، محمدبن حسن، (۱۴۲۹ ق)، وسائل الشیعه، چاپ سوم، جلد هفدهم و بیست و هشتم، بیروت - لبنان: موسسه آل البيت.
۱۰. حلی‌سیوری، مقدادبن عبدالله، (بی‌تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ اول، جلد دوم، قم.
۱۱. راوندی، قطب الدین، (۱۴۰۵ ق)، فقه القرآن، چاپ دوم، جلد یک و دو، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

۱۲. رمضی، جمشید، (۱۳۸۶)، حقوق کودک و نقش ثبات احوال در احراق آن، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی.
۱۳. زاهدی نیا، علی، موسوی، سیدعلی، (۱۳۸۴)، بررسی حقوق اتباع خارجی در ایران، چاپ اول، تهران: نشر بیژن.
۱۴. سلگی، محمد، (۱۳۹۹)، «مطالعه‌ی رابطه بین ابعاد هویت اجتماعی با میزان تمایزیافتگی فردی»، مجله روان‌شناسی و روان‌پزشکی شناخت، سال هفتم، شماره ۳.
۱۵. سلیمی، فاطمه، (۱۳۹۲)، «مطالعه حقوق کودکان و نقش ثبات احوال در احراق آن»، فصلنامه علمی تخصصی پژوهش نامه ثبت، شماره ۵، خرداد.
۱۶. صدوق، محمدبن علی، (بی‌تا)، علل الشرائع، جلد دوم، قم: انتشارات داوری.
۱۷. صدوق، محمدبن علی، من لا يحضره الفقيه، (۱۴۱۳)، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. طباطبایی، سیدمحمد، (۱۳۹۰)، از سجل احوال تا ثبت احوال، یزد: اداره کل ثبت احوال استان یزد.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، (۱۳۸۶)، ترجمه تفسیر المیزان، مترجم: سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ بیست و چهار، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. طوسی، ابوجعفر، (۱۴۱۳ ق)، التبیان فی تفسیر القرآن، جلد دوم، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲۱. عزمی بکری، محمد، (۲۰۱۸)، فی الأحوال الشخصية، قاهره، دار محمود للنشر والتوزيع.
۲۲. غندور، احمد، (۲۰۱۳)، الأحوال الشخصية فی التشريع الإسلامي، مكتبه الفلاح، کویت.
۲۳. فرهنگی، عبدالله، (۱۳۸۲)، مطالعه تطبیقی ثبت احوال در ایران و کشورهای انگلستان، فرانسه، ترکیه و سوئد، تهران: حوزه معاونت حقوقی و سجلی سازمان ثبت احوال کشور.
۲۴. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۴ ق)، بحار الانوار، جلد چهار، یازده و پنجاه و هشت، بیروت: موسسه الوفاء.

۲۵. محمودی، علی، (۱۳۹۳)، «حقوق شهروندی در ثبات احوال کشور»، جلد اول، مجموعه مقالات دومین همایش پژوهش در ثبات احوال.
۲۶. معاونت حقوقی و سجلی، (۱۳۸۴)، امکان‌سنجی طراحی سیستم نوین شناسنامه خانوار و جایگزینی آن با سیستم فعلی صدور شناسنامه، تهران: سازمان ثبت احوال کشور.
۲۷. موضع عبدالتواب، (۱۹۸۶)، موسوعه الاحوال الشخصية، بیروت، مؤسسه المعارف للطباعة والنشر.
۲۸. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۳)، تبارشناسی حقوق ثبت احوال، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۲۹. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۰)، حقوق ثبت احوال، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۳۰. وزارت کشور؛ جمهوری ترکیه، (۲۰۱۴)، قانون حمایت بین‌المللی و اتباع خارجی، تهران، انتشارات اداره کل مهاجرت، شماره ۱۶.
۳۱. ویژه، محمدرضا، (۱۳۹۳)، «جایگاه ثبات احوال در حقوق عمومی»، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال.
۳۲. مجموعه قوانین الاحوال الشخصية المصرية.

Comparative Approach concerning the Islamic Countries

Omid Tavakkoli kiya¹

Abstract

Proving the lineage of a child to each of his/her parents is one of the most important rights of the child, since it gives rise to possession of a personal identity, prevention of mixing of lineages, and damage to their rights.

Nowadays, one of the best ways to prove lineage is birth registration, getting an identity card, and personal status documents.

The main question of the article is whether it is possible to deduce the need to register a birth canonically based on jurisprudential principles.

From evidence drawn from canonical sources, such as Quranic verses, narrations of Ahl al-Bayt (AS) and the conduct and practice of the wise, the need to register a birth in registry offices can be deduced. However, in spite of the fact that they accept the principle of the need to register births, certain jurists have challenged the need to register a birth in registry offices on a canonical base.

According to Article 993 of the Civil Code and Articles 12, 13 and 16 of the Civil Registration Act, birth registration is a legal obligation and the legislator has provided a guarantee for it on the grounds of the necessity and importance of the issue.

In this article, we will examine the importance and reasons for the need to register births in Imami jurisprudence with a comparative approach to the law of some Islamic countries.

KeyWords: *Birth registration, Civil registration, Birth certificate, Identity card, Imami jurisprudence, Islamic country.*

1. Master of Laws, Judge of Justice and Researcher of Iranian Law,
(Email:omidtavakolikia@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پژوهنده علمی

۱. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، (۱۳۸۵)، مجموعه قوانین و مقررات ثبت احوال، آمار و سرشماری، چاپ اول، تهران: معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۲. امامی، اسدالله، (۱۳۹۱)، «مطالعه تطبیقی ثبت احوال با رویکرد کشورهای اسلامی»، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال.
۳. انصاری، حمید، (۱۳۸۱)، مطالعه تطبیقی مقررات ثبت ولادت و نکاح در قانون ثبت احوال ایران و مبانی فقه شیعه با رویکرد به نظرات حضرت امام خمینی (س)، تهران: پایان نامه کارشناسی ارشد پژوهشکده امام خمینی.
۴. انصاری، قدرت الله، (۱۴۲۸)، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها: مقارنه تفصیلیه بین مذهب الامامیه و المذاهب الاخری، چاپ اول، قم: مرکز فقه الامم الاطهار علیهم السلام.
۵. باقریان، محمد، (۱۳۸۹)، احکام و آثار شناسنامه در حقوق موضعیه ایران، قم: پایان نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه قم.
۶. توکلی کیا، امید، (۱۳۹۳)، شرط ارتکازی در حقوق اسلامی؛ ماهیت، مبانی، آثار، چاپ اول، تهران: انتشارات داد و داش.
۷. رعیتی، جمشید، (۱۳۸۶)، حقوق کودک و نقش ثبت احوال در احراق آن، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی.
۸. زاهدی نیا، علی، موسوی، سیدعلی، (۱۳۸۴)، بررسی حقوق اتباع خارجی در ایران، چاپ اول، تهران: نشر بیزن.
۹. سلگی، محمد، (۱۳۹۹)، «مطالعه رابطه بین ابعاد هویت اجتماعی با میزان تمايز افاقتی فردی»، مجله روان شناسی و روان پژوهشی شناخت، سال هفتم، شماره ۳.
۱۰. صدوق، محمدبنی علی، (بی‌تا)، علل الشرائع، جلد دوم، قم: انتشارات داوری.
۱۱. صدوق، محمدبنی علی، من لا يحضره الفقيه، (۱۴۱۲)، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. طباطبائی، سیدمحمد، (۱۳۹۰)، از سجل احوال تا ثبت احوال، یزد: اداره کل ثبت احوال استان یزد.
۱۳. طباطبائی، سیدمحمدحسین، (۱۳۸۶)، ترجمه تفسیر المیزان، مترجم: سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ ۲۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۴)، بحار الانوار، جلد ۴، یازده و پنجاه و هشت، بیروت: موسسه الوفا.
۱۵. معاونت حقوقی و سجلی، (۱۳۸۴)، امکان‌سنجی طراحی سیستم نوین شناسنامه خانوار و جایگزینی آن با سیستم فعلی صدور شناسنامه، تهران: سازمان ثبت احوال کشور.
۱۶. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۳)، تبارشناسی حقوق ثبت احوال، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۱۷. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۰)، حقوق ثبت احوال، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۸. ویژه، محمدرضا، (۱۳۹۳)، «جایگاه ثبت احوال در حقوق عمومی»، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال.

کد مقاله

LAW-2012-1011 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق مدنی؛ ۲. حقوق ثبت احوال

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. ثبت ولادت؛ ۲. ثبت احوال؛ ۳. گواهی ولادت؛ ۴. شناسنامه؛ ۵. فقه امامیه؛ ۶. کشورهای اسلامی

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. اهمیت و ضرورت ثبت ولادت
۲. ثبت ولادت: حق یا تکلیف
۳. ادله لزوم ثبت ولادت
۴. ضرورت تمايز اشخاص بر اساس هویت
۵. ثبت ولادت ضامن نظم و امنیت عمومی شهروندان
۶. نقش ثبت ولادت در حقوق کودک
۷. ثبت ولادت در ایران
۸. ثبت ولادت اطفال ایرانی
۹. ثبت ولادت اتباع خارجی
۱۰. ثبت ولادت در خارج کشور
۱۱. ضمانت اجرای عدم ثبت ولادت

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۹۹۳ قانون مدنی؛ ۲. مواد ۱۳، ۱۲ و ۱۵ و ۱۶ قانون ثبت احوال؛ ۳. ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان؛ ۴. ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹/۴/۲۳
۵. بند ۱ ماده ۷ کانونسیون حقوق کودک مصوب ۱۳۹۹/۶/۲۳ بند ۲ ماده ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق بدنی و سلامتی سازمان ملل متحد؛ ۷. ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری؛ ۸. ماده ۳ قانون «تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به استناد سجایی و شناسنامه

وصف خودبه خود تصفیه‌شوندگی در گستره اعتبارات اسنادی و

ضمانتنامه‌های بانکی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و رویه تجارتی بین‌المللی)

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

مجید حسین‌زاده*

مجتبی محمدی^۱

چکیده

نحوه پرداخت و نحوه تضمین تعهدات در قراردادهای بین‌المللی از اهمیت زیادی برخوردار است و در مبادلات بین‌المللی بهندرت قراردادی را می‌توان یافت که در خصوص نحوه پرداخت و تضمین شرطی نداشته باشد. در این خصوص اعتبارات اسنادی تجارتی یکی از رایج‌ترین راهبردهای پرداخت در قراردادهای بین‌المللی محاسب می‌گردد و ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی نیز رایج‌ترین راهبردهای تضمین ایفای تعهدات قراردادی هستند که بانک در هر دو نقش مهم و فعالی دارد. در اعتبارات اسنادی تجارتی، کالا به عنوان وثیقه در اختیار بانک قرار می‌گیرد و بانک می‌تواند در صورت قصور متقاضی نسبت به فروش آن اقدام نماید، اما در ضمانتها ممکن است کالایی در میان نباشد، از این رو، بانک از امتیاز وصول مطالبات خود از طریق فروش کالا محروم است که بانک را با خطر عدم وصول مطالبات مواجه می‌کند. این ویژگی که بانک امکان بازپرداخت مطالبات خود را از محل فروش کالایی موضوع قرارداد بیع پیدا می‌کند، «وصف خودبه خود تصفیه‌شوندگی» می‌تواند نامیده شود. آنچه در این مقاله موضوع بررسی قرار خواهد گرفت این است که جایگاه و ماهیت این وصف در اعتبارات اسنادی چگونه است و جریان این وصف چه آثاری در پی خواهد داشت.

کلیدواژه‌های: اعتبار اسنادی تجارتی، اعتبار اسنادی تضمینی، ضمانتنامه بانکی، خودبه خود تصفیه‌شوندگی.

*. دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

Email:hoseinzadeh1989@gmail.com

۱. دانشجوی دکترای حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی

Email: mohammadi279@yahoo.com

2. Liquidation.

امروزه در کنار قرارداد بیع سنتی، قراردادهایی رایج شده‌اند که «بیع اسنادی»^۱ نام دارند. در کنار قرارداد حمل کالا، حسب توافقات بین خریدار و فروشنده و با توجه به الزامات قانونی کشورهای واردکننده و صادرکننده، توافقهای دیگری در خصوص بیمه، بازرگانی و غیره نیز به عمل می‌آید که در این صورت قرارداد بیع به همراه اسنادی همچون سند حمل، سند بیمه، گواهی بازرگانی و غیره خواهد بود. اما استفاده از این اسناد صرفاً به دلیل سهولت انعقاد قرارداد نیست، بلکه عرف تجاری به تدریج موضوعیت خاصی به این اسناد بخشیده است و موجب تمایز بیع اسنادی از بیع سنتی شده است. به گونه‌ای که اسناد حمل، معرف مالکیت کالا هستند و این اسناد در اختیار هر شخصی که باشد می‌تواند نسبت به تحويل گرفتن کالا از متصدی حمل اقدام نماید.

اسناد حمل کالا در حوزه اعتبارات اسنادی تجاری نقشی کلیدی دارند، به گونه‌ای که بانک صرفاً بر اساس قرارداد اعتبار اسنادی و خصوصاً اسناد حمل اقدام می‌نماید و با در اختیار داشتن اسناد حمل، استیلای خود را بر کالا تا زمان بازپرداخت مطالبات خود حفظ می‌کند. اما در حوزه ضمانتنامه‌های بانکی وضعیت به گونه‌ای متفاوت است و اصولاً اسناد حملی وجود ندارد تا بانک با استفاده از آن استیلایی بر کالا داشته باشد. حال مسئله‌ای که با آن مواجه می‌شویم این است که در ضمانتنامه‌ها، بانک‌ها اسناد حمل را به عنوان وثیقه در اختیار ندارند تا بتوانند با فروش کالا به مطالبات خود دست یابند و این امر بانک‌ها را با ریسک جدی عدم بازپرداخت مطالبات ناشی از ضمانتنامه‌ها قرار می‌دهد. به طوری که بخش عمده‌ای از مطالبات بانک‌ها را در حال حاضر مطالبات بازپرداخت نشده ناشی از ضمانتنامه‌های بانکی تشکیل می‌دهند. از طرفی در فرآیند اعتبارات اسنادی نیز در صورت تقلب نسبت به کالا، این حق وثیقه بانک از میان می‌رود. اگرچه اعتبارات اسنادی به عنوان «شريان زندگی تجارت» توصیف شده‌اند، اما تقلب در این حوزه نیز به مثابه «سرطان تجارت بین‌المللی» تلقی شده است (kono, hiscock, & reich, 2017: 61).

1. Documentary Sale

مشکل فوق به راهی اشخاص سودجو بدل شده است تا در خلاً حق وثیقه بانک در ضمانتنامه‌های بانکی، این اشخاص اموال بانک‌ها را به تاراج ببرند.

بر اساس آنچه مطرح شد سؤال اصلی تحقیق این است که در ضمانتنامه‌های بانکی با توجه به فقدان استیلای بانک بر اسناد حمل کالا چه راهکاری باید اندیشید که خلاً ناشی از عدم امکان بازپرداخت مطالبات بانک‌ها را جبران کند؟ فرضیه‌ای که می‌توان ارائه نمود این است که بانک‌ها هنگام صدور ضمانتنامه، ریسک قرارداد پایه را با دقت بیشتری بررسی نمایند.

ساماندهی تحقیق بدین صورت است که ابتدا در جریان بحث در مورد نحوه کارکرد اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌ها به این موضوع خواهیم رسید که بانک‌ها در صورت بدعهدی متقارضی اعتبار اسنادی یا ضمانتنامه چطور اقدام به وصول مطالبات خود خواهند نمود؛ در خلال این مباحث نسبت به معرفی حق وثیقه بانک‌ها نسبت به کالای موضوع قرارداد خواهیم پرداخت و در مورد مفهوم، جایگاه و آثار آن بحث خواهیم کرد. لذا در قسمت اول تحقیق، مفهوم و جایگاه وصف خودبه خود تصفیه‌شوندگی به صورت مستقل در اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌ها بررسی می‌شود. سپس آثار جریان یا عدم جریان این وصف در اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌ها بررسی خواهد شد.

۱. بررسی مفهوم و جایگاه خودبه خود تصفیه‌شوندگی

یکی از مهم‌ترین تفاوت‌های اعتبارات اسنادی تجاری با ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی این است که اعتبارات اسنادی راهبرد پرداخت ثمن در قرارداد بيع هستند، ولی ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی، راهبرد تضمین ایفای تعهدات قراردادی هستند. با توجه به این‌که در ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی لزوماً کالایی به عنوان موضوع قرارداد وجود ندارد، لذا شایسته است به صورت جداگانه به بررسی مفهوم و جایگاه خودبه خود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌ها پردازیم.

۱-۱. بررسی مفهوم و جایگاه خودبه خود تصفیه شوندگی در گستره اعتبارات اسنادی

برحسب این که پرداخت ثمن در قرارداد بیع هم‌زمان با تسلیم کالا باشد یا نسبت به آن تقدم یا تأخیر داشته باشد، روش‌های پرداخت ثمن را در تجارت بین‌المللی به پنج نوع تقسیم‌بندی نموده‌اند که عبارت‌اند از: ۱- «پرداخت از قبل»؛ ۲- «پرداخت بعدی»؛ ۳- «وصول اسنادی»؛ ۴- «اعتبار اسنادی»^۴ و ۵- «تعهد به پرداخت بانکی»^۵ (شیروی، ۱۳۹۸: ۲۴۰).

مهم‌ترین دغدغه فروشنده و خریدار در دادوستدهای بین‌المللی خطر ناشی از عدم اجرای هم‌زمان تعهدات قراردادی است و در بین روش‌های پرداخت، اعتبار اسنادی به صورت کامل این دغدغه را برطرف نموده است و به همین دلیل استفاده از اعتبار اسنادی در قراردادهای بیع بین‌المللی رایج‌ترین روش پرداخت محسوب می‌گردد (Jones, 2018: 195). مطابق تعریفی که در ماده ۲ «مقررات متحده‌الشكل اعتبارات اسنادی» که به عنوان نشریه ۶۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشرشده است، منظور از اعتبار اسنادی، تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر بانک گشاینده نسبت به پذیرش پرداخت اسناد ارائه‌شده طبق شرایط اعتبار است (ICC Uniform Customs and Practice (for Documentary Credits, No 600, 2007 Revision

همان‌طور که گفتیم در قراردادهای بیع بین‌المللی خریدار و فروشنده خود را با این خطر مواجه می‌بینند که در صورت ایفای تعهد خود، طرف دیگر از ایفای تعهد خودداری نماید. اعتبار اسنادی روشی است که از طریق آن خریدار و فروشنده تعهدات خود را به صورت هم‌زمان ایفا می‌کند و ریسک عدم ایفای تعهدات قراردادی از دوش طرفین قرارداد برداشته می‌شود (Jones, Op.Cit: 195). مکانیسم کارکردی اعتبار اسنادی به این صورت است که خریدار و فروشنده ابتدا در قرارداد خود در خصوص استفاده از روش پرداخت با اعتبار اسنادی توافق می‌کنند (Ibid: 197) که به این

1. Pay in advance
2. Open account
3. Documentary collection
4. Documentary credit
5. Bank payment obligation

توافق، «قرارداد پایه» می‌گویند. در ضمن این توافق معمولاً طرفین در خصوص شرایط گشایش اعتبار نیز با یکدیگر توافق می‌کنند. متعاقباً خریدار از بانکی واقع در کشور خود تقاضای گشایش اعتبار استنادی می‌نماید. بر اساس توافق بین خریدار و فروشنده، فرم تقاضانامه اعتبار توسط خریدار تنظیم و به بانک خریدار ارائه می‌گردد که در صورت ایجاد توافق بین خریدار و بانک، «قرارداد گشایش اعتبار» منعقد می‌گردد (Bhogal & Trivedi, Op.Cit: 41). در ضمن این قرارداد بین مقاضی و بانک توافق می‌گردد که در موعد مقرر، مقاضی وجه اعتبار را به همراه کارمزد و سایر هزینه‌ها به بانک پرداخت نماید. در نتیجه بانک اعتباری را به نفع فروشنده گشایش نموده و مستقیماً یا از طریق بانکی که در کشور فروشنده قرار دارد به فروشنده ابلاغ می‌نماید. فروشنده مکلف است استنادی را که در متن اعتبار مشخص شده فراهم نموده و به بانک ابلاغ کننده ارائه نماید. مطابق ماده ۹ مقررات UCP600 بانک ابلاغ کننده‌ای که تأیید کننده نباشد، اعتبار را بدون این که تعهدی در پذیرش پرداخت داشته باشد، ابلاغ می‌کند. در نهایت استناد حمل از طریق بانک واقع در کشور خریدار در اختیار وی قرار گرفته و خریدار با ارائه استناد به متصلی حمل، کالای موضوع قرارداد را تحويل می‌گیرد. (لکریج، پیشین، صص ۵۰-۴۳)

همان طور که بحث شد پس از این که فروشنده استناد مطابق با شرایط اعتبار را ارائه نمود، بانک اقدام به پرداخت وجه اعتبار نموده و فروشنده به هدف خود که همانا دریافت ثمن قرارداد است نائل می‌گردد، در این مرحله بانک برای وصول مطالبات خود باید به خریدار مراجعه کند. لذا یکی از کارکردهای اعتبار استنادی این است که خطر عدم پرداخت وجه توسط خریدار را از دوش فروشنده برداشته و بر عهده بانک گشاینده قرار می‌دهد. لذا مبرهن است که بانک با خطر عدم پرداخت وجه از ناحیه خریدار روبرو می‌باشد. (Jones, Op.Cit:215) منطقی است راهکاری باید ارائه گردد که خطری که بر عهده بانک گشاینده قرار گرفته است کاهش یابد. با توجه به این که پس از پرداخت وجه اعتبار، استناد حمل کالا در اختیار بانک قرار دارند، بانک باید با استفاده از این امتیاز خود به طریقی استناد حمل را در اختیار مقاضی قرار دهد که کمترین میزان ریسک عدم پرداخت مطالبات را متوجه خود سازد. نظر به این که تا زمانی که خریدار استناد حمل را در اختیار نداشته باشد، نمی‌تواند بر کالای موضوع قرارداد استیلا پیدا کند، لذا بر اساس قرارداد، بانک در

مقابل خریدار، اسناد حمل را به عنوان وثیقه در اختیار می‌گیرد تا امکان بازپرداخت مطالبات خود را داشته باشد (Jones, Op.Cit: 216). در نظام حقوقی ایران مطابق با بند ۳-۱ «مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی-بخش اول- واردات کالا و خدمت» میزان پیش دریافت برای واردات کالا و خدمات در روز گشایش اعتبار اسنادی حداکثر به میزان ۳۰ درصد ریالی مبلغ اعتبار تعیین می‌شود. علاوه بر پیش دریافت، مطابق بند ۳-۳ دستورالعمل فوق، بانک موظف است، به هنگام گشایش اعتبار اسنادی نسبت به دریافت پوشش کافی به منظور حصول اطمینان از وصول بقیه وجه اعتبار اسنادی بنا به اعتبار متقاضی و به تشخض و مسئولیت خود اقدام نماید، اما با توجه به این که تشخیص میزان وثایق به عهده بانک است، عرفًا میزان این وثایق معمولاً حدود یک سوم مبلغ اعتبار است (مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی-بخش اول- واردات کالا و خدمت: ۱۳۹۶).

پس از اینکه خریدار و فروشنده در قرارداد بیع خود توافق به استفاده از اعتبارات اسنادی به عنوان روش پرداخت نمودند، خریدار باید با بانکی در کشور خود قراردادی در خصوص نحوه گشایش اعتبار اسنادی منعقد نماید و حسب تعهداتی که در قرارداد خود با فروشنده بر عهده گرفته اقدام کند. در واقع گشایش اعتبار اسنادی به عنوان شرط فعل ضمن عقد بیع بر عهده خریدار قرار می‌گیرد. مفاد این شرط فعل همانا تقاضای گشایش اعتبار اسنادی است. لذا خریدار وارد قرارداد دیگری با بانک واقع در کشور خود می‌گردد که این قرارداد نیز آثار و احکام خاص خود را دارد. همان‌طور که در قسمت قبل توضیح دادیم، بانک برای این که امکان بازپرداخت مطالبات خود را از خریدار داشته باشد، اسناد حمل را به عنوان وثیقه در اختیار خود نگاه می‌دارد. لذا در مرحله انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بانک باید با خریدار درخصوص حق خود مبنی بر وثیقه گرفتن اسناد حمل توافق کند که اختیار فروش کالای موضوع قرارداد نیز از لوازم این شرط ضمن عقد است.

این ویژگی که بانک امکان بازپرداخت مطالبات خود را از محل فروش کالای موضوع قرارداد بیع پیدا می‌کند، «ماهیت خودبه خود تصفیه‌شوندگی^۱» نامیده می‌شود (دریس کول، ۱۳۶۳: ۱۳۴). این

1. Self-liquidating or Self-Collateralized Nature

وصف در راستای حمایت از ذینفع قرارداد و راهکاری جهت اجتناب از اقامه دعواه حقوقی از جانب بانک گشاینده اعتبار علیه متقاضی در مراجع قضایی می‌باشد. در وهله اول با دقت در فرآیند تحقق خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی می‌بایست این نکته را مدنظر قرار داد که وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی نه در اثر یک واقعه حقوقی بلکه در اثر یک عمل حقوقی ایجاد می‌شود که این عمل حقوقی مبتنی بر اراده انسایی اصحاب سند اعتباری و بعضاً اطراف قرارداد پایه سند اعتباری می‌باشد و قطعاً بدون دخالت اراده طرفین، این وصف محقق نمی‌گردد. لذا قواعد عمومی صحت اعمال حقوقی در اینجا نیز جاری خواهد بود.

بر اساس آنچه مطرح شد وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در اثر یک عمل حقوقی ایجاد می‌شود. با این حال، در خصوص ماهیت و فرآیند تحقق وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی باید بیان داشت دو نظریه قابلیت طرح و بررسی دارد؛ نظر اول این که در این موارد اختیار بانک گشاینده در وصول طلب خود از محل کالاهای موضوع سند اعتباری ناشی از وکالت‌نامه‌ای صریح یا ضمنی و در قالب شرط نتیجه است که در دل عقد پایه یا در ضمن عقد ناظر بر تحقق وصول وجه از طریق سند اعتباری محقق می‌شود، اما باید توجه داشت که این شرط نتیجه عملاً یک شرط نتیجه معلق است که اگرچه منجزاً واقع گردیده است، اما ترتیب اثر بر آن منوط به بدعهدهی متقاضی اعتبار و عدم اجرای تعهد خود در برابر بانک گشاینده اعتبار می‌باشد. نظر دوم این که اختیار بانک گشاینده برای وصول مطالبات خود از محل کالاهای موضوع سند اعتباری مبتنی بر ایقاع و بر اساس اراده یک‌جانبه بانک گشاینده می‌باشد. توضیح این که قانون‌گذار یا عرف، این اختیار یک‌جانبه معلق را برای بانک گشاینده به رسمیت شناخته است که بر اساس آن بانک می‌تواند در صورت عدم ایفای تعهدات متقاضی اعتبار به صورت یک‌جانبه و بدون نیاز به توافق سببی پیشین، نسبت به وصول مطالبات خود از محل کالاهای موضوع اعتبار اسنادی اقدام نماید. از میان دو نظر فوق باید اذعان داشت که نظر اول با مبانی نظام حقوقی ایران سازگارتر می‌باشد مفاداً اینکه در نظام حقوقی ایران نظریه‌ای مبنی بر پذیرش وجود اصل آزادی ایقاعات وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۱۹) تا بر اساس آن نظر دوم را به رسمیت شناخت یا عرف قاطعی نیز در این خصوص وجود ندارد تا ایقاع مذبور را به‌طور کامل مورد شناسایی و رسمیت قرار دهد. از این‌رو، به

نظر می‌رسد که سبب ایجاد وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی شرط و کالت معلقی است که با تحقق معلق‌علیه (بدعهدی متقاضی اعتبار) بر آن اثر بار می‌گردد و محتوای آن اختیار وکیل در وصول مطالبات خود از محل کالای موضوع اعتبار است.

با عنایت به آنچه بیان گردید سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا ذینفع پس از وقوع معلق‌علیه مالک کالای موضوع اعتبار می‌گردد و لذا می‌تواند همانند مالک هرگونه تصرف مادی یا حقوقی در آن‌ها بنماید یا این که صرفاً و کالت در فروش آن‌ها داشته و حسب توافق، مالک ثمن ناشی از فروش آن‌ها گردد؟ در پاسخ باید گفت اولاً پاسخ این سؤال بستگی به توافق طرفین دارد، لکن اصولاً مفاد شرط نتیجه صرفاً اعطای و کالت در وصول طلب بانک گشاینده از محل کالاهای موضوع اعتبار است که با لحاظ اثر ناشی از محل عقد و کالت که اثری اذنی و تمليکی می‌باشد، قطعاً مالکیت کالای موضوع سند اعتباری به وکیل منتقل نمی‌شود، بلکه صرفاً حق وصول مطالبات خود را از محل کالای مزبور داشته و لذا با عنایت به قاعده مقدمه واجب، واجب است، وکیل یا بانک گشاینده نیز و کالت در واگذاری کالای موضوع سند اعتباری از طریق انعقاد یکی از عقود ناقله نظریه بیع و یا معاوضه و پس وصول مطالبات خود از محل ثمن یا عوض کالای واگذارشده است.

۲- بررسی مفهوم و جایگاه خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در گستره ضمانت‌نامه‌ها

ضمانت‌نامه‌ها اصولاً به دو طریق استفاده می‌شوند؛ «ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»^۱ و «اعتبارات اسنادی تضمینی»^۲. اگرچه اختلافاتی بین این دو نوع ضمان‌نامه وجود دارد، ولی هر دو نوع این ضمان‌نامه‌ها کارکرد و هدفی یکسان دارند (Jones, Op.Cit: 288).

در یک تقسیم‌بندی کلی اعتبارات اسنادی به تجاری و تضمینی تقسیم می‌شوند (مافى، ۱۳۹۴: ۳۰۵). وجه مشترک تمام اعتبارات اسنادی این است که بانک تعهد می‌کند در مقابل

-
1. Demand guarantees
 2. Standby letter of credit

تقاضای پرداخت وجه که ممکن است به همراه سندی مشخص باشد، نسبت به پرداخت وجه اقدام کند. در اعتبار اسنادی تجاری، اسنادی ارائه می‌شوند که مثبت ایفای تعهدات قراردادی هستند؛ از قبیل سند حمل، بیمه‌نامه، سیاهه تجاری و غیره، ولی در اعتبار اسنادی تضمینی ممکن است به صرف تقاضا و اعلام تخلف از ایفای تعهدات قراردادی، بانک اقدام به پرداخت وجه اعتبار کند یا این که اسنادی که دلالت بر عدم ایفای تعهدات قراردادی باشند را مطالبه کند و سپس پرداخت را انجام دهد (Scheller, 2008: 15). لذا یکی از کارکردهای اعتبارات اسنادی، استفاده از آن به عنوان تضمین است. برخلاف اعتبارات اسنادی تجاری که صرفاً به عنوان روش پرداخت در قراردادهای بیع استفاده می‌شوند، حوزه کاربرد اعتبارات اسنادی تضمینی بسیار گسترده‌تر است و حتی در قراردادهایی که موضوع آن‌ها انجام امری غیرمالی است نیز به کار می‌روند (Jones, Op.Cit: 272). این نوع از اعتبار اسنادی که با عنوان اعتبار اسنادی تضمینی شهرت دارد، کارکردی مشابه ضمانتنامه‌های بانکی دارد. (Dole, 1998: 1083). زادگاه اعتبار اسنادی تضمینی، ایالات متحده امریکا است و علت رواج آن در این کشور نیز ممنوعیت بانک‌های آمریکایی از صدور ضمانتنامه‌های بانکی بر اساس «قانون بانکداری ملی» در سال ۱۸۶۴ میلادی است (بناء نیاسری، ۱۳۹۵: ۵۱۹). در تعریف اعتبار اسنادی تضمینی می‌توان گفت: «اعتبارنامه تضمینی، تعهدی است که به موجب آن گشاینده ملتزم می‌گردد، در صورت تخلف متقارضی اعتبار از انجام تعهد پایه، به صرف درخواست ذینفع یا در برابر ارائه اسنادی که بیانگر تخلف متقارضی از انجام تعهد باشد، مبلغی را به ذینفع بپردازد» (بناء نیاسری، پیشین: ۵۲۷).

ساز و کار کارکردی ضمانتنامه بانکی و اعتبار اسنادی تضمینی به این صورت است که ابتدا طرفین قراردادی را منعقد می‌کنند و در آن بر استفاده از ضمانتنامه بانکی یا اعتبار اسنادی تضمینی توافق می‌کنند. سپس متعهد قرارداد به عنوان ضمانت‌خواه به بانک مراجعت نموده و درخواست صدور ضمانتنامه بانکی بر اساس شرایط مورد توافق با طرف دیگر قرارداد می‌کند. بانک پس از توافق با ضمانت‌خواه، اقدام به صدور ضمانتنامه بانکی می‌کند که در این

ضماناتنامه تعهد می‌کند به محضر دریافت درخواست ذینفع اقدام به پرداخت وجه ضماناتنامه به وی نماید و ذینفع معمولاً نیازی به اثبات قصور متعهد ندارد و تعهد بانک مبنی بر پرداخت وجه ضماناتنامه تعهدی مستقل از قرارداد پایه است (Zhang, 2011: 19); یعنی به صرف اعلام ذینفع مبنی بر این که متعهد از ایفای تعهدات قراردادی قصور نموده بانک مکلف به پرداخت وجه ضماناتنامه است. البته اسنادی نیز در این خصوص ارائه می‌شوند، ولی این اسناد اصولاً اعلامیه‌ای ساده هستند که دلالت بر قصور متعهد دارند، یعنی به صرف اعلام ذینفع، بانک اقدام به پرداخت وجه به وی می‌نماید که همین امر موجب افزایش ریسک عدم بازپرداخت مطالبات بانک می‌گردد (Jones, Op.Cit: 296).

مفاد بند الف ماده ۵ مقررات URDG، بند الف ماده ۴ مقررات UCP، بند الف از قاعده ۱۰۶ مقررات ISP و ماده ۳ کنوانسیون سازمان ملل راجع به ضماناتنامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی دلالت بر این دارند که اعتبار اسنادی تضمینی به محضر صدور تعهدی مستقل ایجاد می‌کند و تعهدات قرارداد پایه ارتباطی به تعهدات ناشی از ضماناتنامه ندارد (مسعودی، ۱۳۹۱: ۷۱). به عبارت دیگر بانک نمی‌تواند با استناد به روابط طرفین از پرداخت وجه ضماناتنامه خودداری کند. قاعده فوق که به اصل استقلال شهرت دارد، خود موجد قاعده فرعی دیگری است که بیان می‌کند «اول پرداخت کن، سپس اقامه دعوا کن»^۱ (Mantasaari, 2010:366). لذا اصل استقلال بانک را مکلف می‌کند به محضر درخواست ذینفع و صرف نظر از این که تعهدات ناشی از قرارداد واقعاً نقض شده یا خیر، وجه ضماناتنامه را پرداخت کند. در بازپرداخت مطالبات بانک نیز همین اصل جاری است؛ یعنی پس از این که بانک وجه ضماناتنامه را پرداخت نمود و جهت بازپرداخت مطالبات خود به متقاضی ضماناتنامه رجوع کرد، متقاضی نمی‌تواند به قرارداد پایه استناد کند و بدین سبب مدعی عدم بدھی خود به بانک گردد و باید قطع نظر اینکه تعهدات خود را در قرارداد پایه انجام داده باشد یا خیر، نسبت به بازپرداخت بدھی خود به بانک اقدام کند. اما برخلاف اعتبارات اسنادی تجاری، بانک برای بازپرداخت مطالبات خود کالایی در وثیقه ندارد تا با فروش

1. First pay, then litigate

آن‌ها مطالبات خود را تصفیه کند (Jones, Op.Cit: 279). زیرا همان‌طور که اشاره شد، وجه ضمانتنامه به دلیل عدم اجرای قرارداد پرداخت شده است و از طرفی اسنادی که بانک در اختیار دارد معرف مالکیت نسبت به کالا نیست و صرفاً اسنادی است که دلالت بر عدم ایفای تعهدات قراردادی دارد. لذا تنها مجرای بانک برای بازپرداخت مطالبات خود رجوع به متقارضی اعتبار است.

همان‌طور که گفتیم پرداخت وجه اعتبار در اعتبارات اسنادی نتیجه اجرای صحیح قرارداد بیع است، حال آنکه در ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی، وجه اعتبار در صورتی پرداخت می‌شود که قرارداد به درستی اجرا نشده باشد. از طرف دیگر، در مواردی ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی برای تضمین تعهدات غیرپولی استفاده می‌شوند. بنابراین در ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارنامه تضمینی، متقارضی ضمانتنامه یا اعتبار، تعهد بر پرداخت یا تعهد بر انجام کاری یا خودداری از انجام کاری را بر عهده می‌گیرد و در صورت عدم ایفای تعهد خود، بانک نسبت به پرداخت وجه ضمانتنامه اقدام می‌کند. اسنادی که از سوی متعهدله در اختیار بانک قرار می‌گیرند دلالت بر تخلف از تعهدات قراردادی دارند و برخلاف اعتبارات اسنادی دلالت بر مالکیت بر کالای موضوع قرارداد ندارند، لذا بانک امکان به وثیقه گرفتن این‌گونه اسناد را ندارد و درنتیجه برخلاف اعتبارات اسنادی امکان بازپرداخت مطالبات خود را نیز از این طریق مهیا نمی‌بیند (فتحی پور، ۱۳۶۹: ۱۴۶).

در صورتی که متقارضی گشایش اعتبار اسنادی تجاری و روشکسته شود یا به هر دلیلی از پرداخت مطالبات خود به بانک خودداری کند، بانک می‌تواند نسبت به فروش کالای موضوع قرارداد اقدام و مطالبات خود را تصفیه کند، ولی در ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبار اسنادی تضمینی چنین وثیقه‌ای در اختیار بانک نیست، با این توضیح که ذینفع زمانی از ضمانتنامه استفاده می‌کند که متقارضی ضمانتنامه تعهد خود را اجرا نکرده است، لذا بانک باید وجه ضمانتنامه را به ذینفع پرداخته و برای بازپرداخت مطالبات خود به متقارضی ضمانتنامه رجوع کند. لذا ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی برخلاف اعتبارات اسنادی تجاری، پس از آن که وجه آن از طرف صادرکننده به ذینفع پرداخت شد قابلیت خودبه خود نقد شدن را ندارد؛ یعنی در مقابل آن

مانند اعتبار اسنادی تجاری کالایی وجود ندارد تا بتوان از محل آن‌ها مطالباتی را وصول کرد (قربانیان، ۱۳۹۴: ۲۷۰). لذا ماهیت خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی اعتبار در حوزه ضمانتنامه‌ها، اعم از ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی جریان ندارد.

۲. بررسی آثار و صفات خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی

بانک‌ها در صورتی که از حق وثیقه نسبت به کالای موضوع قرارداد برخوردار باشند، قاعده‌تاً با خطر کمتری در وصول مطالبات ناشی از اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی مواجه خواهند شد. به سبب وضعیت متفاوت حق وثیقه بانک‌ها در اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی در این قسمت از پژوهش به بررسی آثار جریان و عدم جریان وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بانکی می‌پردازیم.

۲-۱. آثار و صفات خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات اسنادی

همان‌طور که بحث شد، به سبب حق وثیقه‌ای که بانک نسبت به کالای موضوع قرارداد در اعتبارات اسنادی دارد، وصول مطالبات بانک در این شرایط سهول‌تر است، لکن تنها فرضی که ممکن است، بانک‌ها با خطر عدم بازپرداخت مطالبات مواجه شوند، فرض تقلب است. مطابق اصل استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد پایه، تمام طرفین درگیر در فرایند اعتبار اسنادی صرفاً با اسناد سر و کار دارند، نه با کالا یا خدماتی که اسناد به آن مربوط می‌شود. در صورتی که اسناد ارائه شده در ظاهر با شروط تصریح شده در اعتبار تطابق داشته باشند، صرف‌نظر از اختلافات یا ادعاهای مربوط به قرارداد پایه صادرکننده اعتبار مکلف به پرداخت وجه است. در صورتی که بعداً مشخص شود که جعل یا تقلبی محقق شده است، بانک محق است که علیه متقاضی اعتبار طرح دعوا کند. تنها وظیفه صادرکننده اعتبار این است که مراقبت معقول را به عمل آورد تا اطمینان یابد که اسناد ارائه شده در ظاهر با شروط اعتبار تطابق دارند. منشأ پیدایش این اصل عمدتاً تسهیل تجارت از طریق اعتبار اسنادی است. به سبب همین وصف اسناد محور بودن اعتبارات اسنادی، الزامی وجود ندارد که ذینفع اعتبار در هنگام مطالبه وجه اعتبار اثبات کند که تعهدات

خود را در قرارداد پایه به صورت کامل انجام داده است، بلکه صرفاً باید اسناد مطابق با اعتبار را فراهم کند. اصل استقلال به طور قطع برای اعتبار اسنادی ضروری است، اما همین اصل خلاً بزرگی را برای ذینفع‌های فرست‌طلب ایجاد می‌کند که از این فرایند سوءاستفاده نمایند. بنابراین اشخاص متقلب و کلاهبردار می‌توانند با توصل به اسناد مجهول یا مزور در اعتبار اسنادی اقدام به تصاحب وجوه دیگران نمایند. اگرچه ردگیری اولین موردی که تقلب در اعتبارات اسنادی به وجود آمده است، امر ساده‌ای نیست، اما این ایده که تقلب می‌تواند قواعد اعتبارات اسنادی را مختل کند در یک پرونده شاخص در رویه قضایی مطرح شد (Buckley and Gao, 2002: 664). در پرونده‌ای^۱ که در سال ۱۷۶۵ در محاکم انگلیس مطرح شد، صادرکننده اعتبار از پرداخت وجه اعتبار با استناد به وقوع تقلب در قرارداد پایه استنکاف نمود. اگرچه محکمه نخستین با استناد به اصل استقلال اعتبار، حکم به پرداخت وجه اعتبار صادر نمود، ولی دادگاه عالی با اعلام نظری مخالف، اقدام به نقض حکم دادگاه نخستین نمود. قاضی مانزفیلد^۲ این گونه استدلال نمود که عدم پرداخت با استناد به وقوع تقلب قابل توجیه است. این پرونده که بیش از دو قرن پیش مطرح شده است، مثبت این ادعا است که اقدام متقلبانه در حقوق اعتبارات اسنادی قابل تحقق نیست و باید آن را به عنوان یک استثنای بر اصل استقلال پذیرفت (Ibid: 668).

در رویه قضایی ایران هم مواردی مشابه وجود داشته است. مطابق دادنامه قطعی شماره ۹۸۰۹۹۷۳۱۳۱۰۰۲۸۴ شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، متقاضی اقدام به گشایش اعتبار اسنادی در بانک به مبلغ ۱۰,۳۰۵,۶۸۴ درهم امارات جهت واردات ۵,۸۷۰ متریک تن ذرت از کشور آرژانتین نموده است. وجه اعتبار از طریق بانک کارگزار به ذینفع پرداخت می‌گردد، لکن متقاضی اعتبار از تأمین وجه خودداری نموده است و از ارائه پروانه سبز گمرکی به بانک و رفع تعهدات ارزی خود نیز امتناع نموده است. در جریان رسیدگی به پرونده کاشف به عمل آمده است که اساساً کالایی بابت اعتبار اسنادی گشایش شده به کشور وارد نشده و متقاضی اعتبار با ارائه

1. Pillans v. Van Mierop.
2. Lord Mansfield

بارنامه‌های تقلیبی اقدام به فریب بانک نموده و پس از تحويل استناد موفق به نقد کردن اعتبار شده است و چون کالایی وجود نداشته است، لذا حق وثیقه بانک نسبت به کالا نیز عملاً بیارزش شده است و به عبارتی دیگر تقلب مانع تحقق وصف خود به خود نقدشوندگی شده است. بنابراین به سبب این که وصف خودبه خود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات استنادی راهی مؤثر برای وصول مطالبات توسط بانک‌ها باشد، ضروری است بانک‌ها مراقبت‌های لازم را با ارائه راهکارهایی از جمله معرفی شرکت‌های متصدی حمل و شرکت‌های بازرگانی معتمد در مرحله انعقاد قرارداد اتخاذ کنند تا تقلب در اعتبار استنادی در مرحله اجرا محقق نشود.

۲-۲. آثار وصف خودبه خود تصفیه‌شوندگی در ضمانت‌نامه‌ها

همان‌طور که بحث شد برخلاف اعتبارات استنادی که بانک امکان بازپرداخت مطالبات خود را از طریق فروش کالای موضوع قرارداد بیع دارد، در ضمانت‌نامه‌ها به دلیل این قرارداد اجرانشده است، کالایی وجود ندارد، لذا بانک امکان استفاده از ماهیت خودبه خود تصفیه‌شوندگی را ندارد. از طرف دیگر عدم ایفای تعهدات قراردادی از ناحیه متقاضی ضمانت‌نامه در مقابل متعهدله دلالت بر این می‌تواند داشته باشد که به احتمال زیاد، خواه به دلیل ورشکستگی، خواه به دلایل دیگر متعهد نسبت به ایفای تعهدات قراردادی خود در برابر بانک ضامن نیز اقدام نخواهد نمود. لذا بانک به‌محض پرداخت وجه ضمانت‌نامه با طلبکاری بدون حق وثیقه یا بدھکاری احتمالاً ورشکسته یا بدحساب مواجه خواهد بود.

در پرونده‌های متعددی، بانک پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذینفع از بازپرداخت مطالبات خود عاجز مانده است. نکته مهم و قابل توجهی که از بررسی پرونده‌های تشکیل شده می‌توان استنتاج نمود این است که عمدۀ مجرمین اقتصادی که قصد اخذ اعتبار با مبالغ کلان و عدم بازپرداخت آن را دارند، ضمانت‌نامه بانکی را به عنوان وسیله اخذ وجوه از بانک انتخاب می‌کنند. علت این است که در خصوص تسهیلات بانکی در قالب عقود اسلامی، بانک باید در پرداخت تسهیلات و نحوه مصرف تسهیلات نظارت‌های متعددی را اعمال کند و اطمینان حاصل کند تسهیلات پرداخت شده در محل مصوب مصرف شده‌اند، به همین دلیل عمدۀ شرکت‌ها تمایلی به استفاده از

تسهیلات بانکی ندارند، تا بانک در خصوص نحوه مصرف تسهیلات نظارتی نداشته باشد. در گشایش اعتبار اسنادی نیز بانک از طریق معرفی لیست شرکت‌های متصدی حمل و شرکت‌های بازرگانی معتمد بر ترجیح کالا و بازرگانی کیفیت آن نظارت دارد، درحالی که در ضمانتنامه‌ها به سبب عدم وجود کالا، چنین نظارت‌هایی وجود ندارد. در نظام حقوقی ایران، مطابق قسمت (ی) «در بخش اول مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی شامل مبحث واردات کالا و خدمت» اخذ تعهدنامه کتبی از واردکننده مبنی بر ترجیح و ارائه اصل پروانه ترجیح قطعی کالا در اعتبارات اسنادی ضروری است و بابت تضمین ارائه پروانه ترجیح قطعی کالا، در زمان گشایش اعتبار نسبت به اخذ وثایق کافی معادل ۱۵ درصد وجه اعتبار از متقارضی اخذ می‌شود. همچنین در خصوص بررسی کیفیت کالا و مطابق آن با اعتبار، مطابق بند ۱۱ «مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی- بخش اول- واردات کالا و خدمت» در مورد کلیه کالاهای وارداتی درج شرط ارائه گواهی بازرگانی در شرایط اعتبار اسنادی الزامی است، از طرفی مطابق بند ۱ قسمت سوم «مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی- بخش دوم- حمل و نقل کالا، بیمه و بازرگانی»، در مورد تمامی کالاهای وارداتی ارائه گواهی بازرگانی با توجه به نوع استاندارد کالا الزامی بوده و بایستی مطابق متن گواهی بازرگانی موردنی و توسط شرکت‌های بازرگانی کننده مجاز صادر گردد. مطابق بند ۴ قسمت سوم دستورالعمل فوق نیز انتخاب شرکت بازرگانی کننده بر عهده خریدار کالا می‌باشد. به همین سبب ضمانتنامه بانکی به یک ابزار ساده برای مجرمین اقتصادی تبدیل شده است که متقارضی ضمانتنامه و ذینفع ضمانتنامه ابتدا با تبانی یکدیگر اقدام به انعقاد قراردادی صوری نموده و در آن توافق بر استفاده از ضمانتنامه می‌نمایند، متعاقباً ذینفع با اعلام تخلف به بانک، اقدام به دریافت وجه ضمانتنامه می‌نماید. این در حالی است که بانک هیچ‌گونه نقشی در بررسی قرارداد پایه و نحوه مصرف وجه پرداخت شده ندارد.

در پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۲۲۲۱۳۰۳۲۳۴ که در مجتمع رسیدگی به جرایم اقتصادی تهران تشکیل شده است، شخصی به عنوان متقارضی ضمانتنامه اقدام به اخذ ۱۲۰۰ میلیارد تومان ضمانتنامه بانکی نموده که در خصوص بیش از ۱۰۰۰ میلیارد تومان از این ضمانتنامه به دلیل ضعیف بودن وثیقه، بانک امکان بازپرداخت مطالبات خود را از متقارضی اعتبار نداشته است. در این

پرونده متقاضی اعتبار بدوً اقدام به انعقاد قراردادهای خرید متعدد با شرکت‌های مختلف نموده و در این قراردادها بین طرفین توافق شده که در صورت عدم پرداخت ثمن قرارداد، ذینفع اعتبار با اعلام تخلف اقدام به وصول وجه ضمان‌نامه از بانک نماید. به دلیل استقلال ضمان‌نامه از قرارداد پایه، بانک از بررسی قرارداد پایه استنکاف نموده و در خصوص هر یک از ضمان‌نامه‌ها به محض دریافت درخواست متقاضی اعتبار اقدام به پرداخت وجه نموده است. در هنگام تصویب اعطای ضمان‌نامه‌ها، بانک بر حسب نوع قرارداد پایه و مبلغ آن وثایقی از متقاضی اعتبار اخذ نموده است. در عمدۀ این ضمان‌نامه‌ها وثایقی که اخذ شده ترکیبی از وجه نقد، وثایق ملکی و چک و سفته بوده است، ولی عمدتاً رویه به این صورت بوده که صرفاً ۴۰ درصد از وثایق وجه نقد و ملک بوده و ۶۰ درصد مابقی را چک و سفته تشکیل داده‌اند که از نقدشوندگی کمتری برخوردار هستند. از طرفی بانک نسبت به بررسی وضعیت اعتباری متقاضی اقدام ننموده است، به‌گونه‌ای که در اکثر موارد پس از مدت کوتاهی از افتتاح حساب، بانک اقدام به صدور ضمان‌نامه نموده است. بر اساس نظریه کارشناس رسمی دادگستری که در دادسرا به عمل آمده است، عمدۀ قراردادهای پایه منعقدشده صوری بوده‌اند. از این رو، ملاحظه می‌شود که نقلب در اینجا در حوزه قراردادهای پایه رخ داده است و احراق حق بانک را با چالشی جدی مواجه ساخته است.

در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۲۲۳۰۰۰۲۹ نیز که در مجتمع رسیدگی به جرایم اقتصادی تهران در خصوص بدھی‌های کلان و قدیمی برخی شرکت‌ها به بانک تشکیل شده است، کاشف به عمل آمده از سال ۱۳۷۷ تاکنون ۲۳ شرکت دارای بیشترین میزان بدھی معوق به شعبه مرکزی یکی از بانک‌ها می‌باشند و میزان اصل مطالبات بازپرداخت نشده ۲۰۰۰ میلیارد تومان است. در میان این ۲۳ شرکت عمدۀ بدھی‌هایی که قابلیت وصول نداشته‌اند مربوط به ضمان‌نامه‌های بانکی هستند که برخی از این شرکت‌ها بعد از دریافت ضمان‌نامه اعلام ورشکستگی نموده‌اند، در خصوص برخی از شرکت‌ها نیز کاشف به عمل آمده بین متقاضی ضمان‌نامه و ذینفع ضمان‌نامه تبانی صورت گرفته و انعقاد قرارداد پایه یکی از ابزارهای متقلبانه جهت بردن اموال بانک بوده است. بر اساس تحلیلی که توسط کارشناسان در این پرونده صورت گرفته علت عدم امکان بازپرداخت وجه ضمان‌نامه‌ها ضعیف بودن وثایق عنوان شده است.

با بررسی و تحلیل پرونده‌های فوق و پرونده‌های مشابه که تعداد آن‌ها در سال‌های اخیر رو به فزونی است، این نتیجه حاصل می‌شود که در برخی موارد انعقاد قراردادهای پایه و توافق بر استفاده از ضمانتنامه بانکی صرفاً یکی از مقدمات نقد کردن ضمانتنامه‌ها بوده است و متقارضی ضمانتنامه و ذینفع در اخذ ضمانتنامه و نقد کردن آن با یکدیگر تبانی کرده‌اند، به‌گونه‌ای که در پاره‌ای از موارد شرکت متقارضی ضمانتنامه و شرکت ذینفع تحت گروه شرکت خاصی بوده و اصطلاحاً ذینفع واحد تلقی می‌شوند. به نظر می‌رسد یکی از شگردهای اصلی مجرمین در پرونده‌های مشابه انعقاد قراردادهای پایه صوری و توافق بر صدور ضمانتنامه است، حال درصورتی که بانک بدون در نظر گرفتن چنین ریسکی اقدام به صدور ضمانتنامه با وثایق ضعیف و بدون اعتبارستنجی مناسب نماید در بازپرداخت مطالبات خود با مشکلات جدی مواجه خواهد شد.

در تعدادی از پرونده‌هایی که در سال ۲۰۱۶ در دادگاه‌های کشور انگلیس نیز مطرح شده است^۱، در صورت بروز تقلب دادگاه‌ها حکم به عدم پرداخت وجه ضمانتنامه صادر نموده‌اند. در این پرونده‌ها تصریح شده است که اگرچه در اعتبارات اسنادی تضمینی، در صورت ارائه اسناد منطبق، بانک مکلف به پرداخت وجه اعتبار است و نمی‌تواند با توصل به قرارداد پایه از پرداخت استنکاف کند، اما دادگاه‌ها می‌توانند به درخواست بانک مبنی بر وقوع تقلب رسیدگی کرده و دستور عدم پرداخت وجه اعتبار را صادر کنند.

در ضمانتنامه‌های بانکی به سبب این که بانک کالایی را به عنوان وثیقه در اختیار ندارد، پس از این‌که وجه ضمانتنامه را به ذینفع پرداخت نمود، برای بازپرداخت مطالبات خود باید به متقارضی اعتبار رجوع کند، لذا بانک در بازپرداخت مطالبات خود با خطر بیشتری مواجه است. از طرف دیگر چون وجه ضمانتنامه به صرف اعلام ذینفع پرداخت می‌گردد، امکان سوءاستفاده از ضمانتنامه‌های بانکی بسیار زیاد است (Jones, Op.Cit: 282). همین امر سبب شده برخی

1. National Infrastructure Development Co. Ltd. v. BNP Paribas [2016] EWHC 2508 (the BNPP Case); National Infrastructure Development Co. Ltd. v. Banco Santander S.A. [2016] EWHC 2990 (the Santander Case); Petrosaudi Oil Services (Venezuela) Ltd v. Novo Banco S.A. [2016] EWHC 2456 (the Novo Banco Case)

اشخاص سودجو با انعقاد قرارداد پایه صوری و توافق بر استفاده از ضمانتنامه اقدام به فریب بانک نموده و بانک‌ها را با ریسک جدی افزایش مطالبات عموق مشکوک‌الوصول مواجه نمایند (Op.Cit: 367 (Mantasaari, 2010). برای حل این مشکل عumo لاً بانک‌ها برخی از راهکارهای ذیل را اتخاذ می‌کنند تا خطر بازپرداخت نشدن مطالبات ناشی از ضمانتنامه‌ها را کاهش دهند.

الف؛ اعتبارسنجی مناسب متقاضی ضمانتنامه: طرفین قرارداد در دادوستدهای بین‌المللی عumo لاً از وضعیت اعتباری یکدیگر شناخت کافی ندارند. اگرچه بانک برای شناخت وضعیت اعتباری مشتری خود نسبت به اشخاص عادی در جایگاه بهتری قرار دارد، اما به‌حال این ساز و کار موجب می‌شود بانک در بازپرداخت مطالبات خود با شخصی مواجه شود که از وضعیت اعتباری او شناخت کافی ندارد. لذا اولین اقدام بانک هنگام صدور ضمانتنامه باید اعتبارسنجی مناسب مشتری باشد. بانک‌ها در مقام اعتبارسنجی مشتری عumo لاً نسبت به بررسی وضعیت حساب‌های بانکی وی و نحوه بازپرداخت مطالبات سابق او اقدام می‌کنند. اما این اقدام به تنها‌یابی کافی نیست، زیرا بانک‌های ایران دسترسی به سامانه جامعی برای بررسی وضعیت کلیه بدهی‌های اشخاص ندارند. برای حل این مشکل نهادهای ویژه‌ای تعییه شده‌اند که به «نهادهای تأیید اطلاعات»^۱ یا « مؤسسات گزارش اعتبار و اعتبارسنجی » شهرت دارند و یکی از مهم‌ترین اقداماتی که انجام می‌دهند احراز اعتبار و شهرت تجاری اشخاص و خصوصاً مشتریان تازه‌وارد بانک‌هامی باشد (Mann, 1999: 2226)، اگرچه بانک‌های ایران در مواردی از خدمات این مؤسسات استفاده می‌نمایند، اما دسترسی این مؤسسات به بانک‌های اطلاعاتی با محدودیت‌هایی مواجه است.

ب؛ اخذ وثایق کافی: همان‌طور که گفتیم در ضمانتنامه‌های بانکی به دلیل فقدان ماهیت خود به خود تصفیه‌شوندگی، بانک برای بازپرداخت وجهی که به ذینفع پرداخت کرده باید به متقاضی ضمانتنامه مراجعه کند. بانک‌ها در زمان صدور ضمانتنامه از متقاضی وثایقی را اخذ

-
1. Verification institutions
 2. Credit Reporting & Credit Rating Agencies

می‌کنند، اما چنانچه در بررسی رویه قضایی نتیجه گرفتیم، در برخی موارد وثایق اخذشده ناکافی هستند و بانک را در بازپرداخت مطالبات با چالش مواجه می‌کنند. لذا بانک‌ها در هنگام صدور ضمانتنامه باید خطر بالای عدم بازپرداخت مطالبات خود را در نظر بگیرند و وثایقی اخذ کنند که اولاً نقدشوندگی آن به سهولت امکان‌پذیر باشد، ثانیاً میزان وثایق اخذشده با معان نظر به سود و خسارات متعلقه برای بازپرداخت کل مطالبات کافی باشد.

ج؛ اخذ تعهدنامه توثیق سپرده: گفتیم که یکی از کارکردهای ضمانتنامه فراهم نمودن اجرای همزمان تعهدات قراردادی است. در برخی موارد ذینفع صرفاً به این دلیل از متقاضی ضمانتنامه درخواست اقدام برای صدور ضمانتنامه می‌کند که اطمینان حاصل کند در صورتی که طرف قرارداد اقدام به نقض قرارداد نمود، بالافصله بتواند مبلغ معینی را از بانک دریافت کند و خود را با شخصی عادی مواجه نکند. در این صورت، ضمانتنامه‌ها معمولاً برای مدت زمان کوتاهی صادر می‌شوند و مدت آن‌ها کمی بیشتر از مهلت ایفای تعهدات قراردادی است. در این حالت معمولاً متقاضی ضمانتنامه مهلتی نیز جهت بازپرداخت مطالبات خود ندارد و بالافصله پس از این که بانک وجه ضمانتنامه را به ذینفع پرداخت نمود، متقاضی باید نسبت به بازپرداخت مطالبات بانک اقدام کند. در این موارد شایسته است بانک‌ها در هنگام اخذ وثایق خود را با چالش مواجه نکنند و مشابه رویه‌ای که در اعطای تسهیلات مورد استفاده قرار می‌گیرد، از متقاضی «تعهدنامه توثیق سپرده»^۱ به میزان وجه ضمانتنامه دریافت نمایند تا در صورت وصول وجه ضمانتنامه بانک این امکان را داشته باشد که از محل سپرده متقاضی نسبت به برداشت وجه ضمانتنامه اقدام نماید.

د: نظارت بر صوری نبودن قرارداد پایه: به دلیل اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه، بانک‌ها قاعdetتاً تکلیفی به بررسی تعهدات قراردادی طرفین در قرارداد پایه ندارند و به صرف اعلام

۱. کارکرد تعهدنامه توثیق سپرده به این صورت است که متقاضی در بانک خود دارای سپرده می‌باشد و در هنگام اخذ تسهیلات، از مشتری تعهدنامه‌ای اخذ می‌شود که بر اساس آن حساب مشتری به میزان تسهیلات مسدود شده و در صورت عدم بازپرداخت اقساط، بانک بتواند از محل سپرده مسدود شده نسبت به تسویه مطالبات خود اقدام نماید.

ذینفع مبني بر اين که متقاضى نسبت به نقض قرارداد اقدام نموده است، اقدام به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌کنند (kono, hiscock, & reich, 2017: 46). اما بانک‌ها گستره اصل استقلال را تا حدی افزایش داده‌اند که هیچ‌گونه تحقیقی در خصوص صوری بودن قرارداد پایه انجام نمی‌دهند. مسئولیت بانک‌ها محدود است (مواد ۱۱ تا ۱۴ مقررات URDG)، اما بانک‌ها در صورت قصور از اقدام مبنی بر حسن‌نیت و مراقبت معقول، مسئول تلقی می‌شوند (ماده ۱۵ مقررات URDG). همین امر خلاً مهمی را برای مجرمین اقتصادی به وجود آورده تا با ارائه قراردادی صوری و تبانی بین متقاضی و ذینفع، اقدام به وصول وجه ضمانتنامه نمایند (Jones, Op.Cit: 239). این‌گونه فریب بانک تا حدی ادامه داشته است که در برخی موارد شخصی اقدام به ثبت دو شرکت نموده و با یکی در لوای متقاضی اعتبار و با دیگر در لوای ذینفع ظاهرشده و با ارائه قراردادی صوری بین این دو شرکت، اقدام به وصول ضمانتنامه از بانک می‌نماید و بانک در زمان بازپرداخت مطالبات، خود را با قراردادی صوری، وثایقی ناکافی و شرکت‌هایی فاقد اعتبار مواجه می‌بیند. اگرچه به علت صراحة مقررات و عرف شکل‌گرفته نمی‌توان اصل استقلال را نادیده گرفت، اما بانک‌ها در در زمان صدور ضمانتنامه باید در مورد صوری بودن قرارداد تحقیق نمایند. لذا با توجه به ریسک زیادی که قراردادهای صوری و تبانی طرفین برای بانک‌ها به وجود می‌آورد، شایسته است بانک‌ها از طریق کارشناسان مربوط حداقل بررسی نمایند، قرارداد منعقدشده صوری است یا خیر. یکی از امارات مهمی که در احراز صوری بودن قرارداد می‌توان از آن بهره برد این است که شرکت متقاضی و شرکت ذینفع تحت گروه شرکت واحد باشند و به‌اصطلاح ذینفع واحد تلقی شوند. یکی دیگر از اماراتی که دلالت بر سوءاستفاده از بانک با استفاده از قرارداد صوری دارد، این است که به فاصله کمی پس از صدور ضمانتنامه وجه آن مطالبه شود. (Ibid. 284)

ه؛ قابل استفاده نبودن ضمانتنامه در مقابل سایر بانک‌ها: گفتیم که اعتبار اسنادی تضمینی کارکردی مشابه ضمانتنامه‌های بانکی دارد. در اعتبار اسنادی تضمینی، این امکان وجود دارد که بانک دیگری به جز بانک صادرکننده اعتبار امکان پرداخت وجه ضمانتنامه را داشته باشد. در صورتی که ذینفع قصد وصول وجه ضمانتنامه را از طریق بانک دیگری داشته باشد، این امر امکان کنترل اسناد را کاهش می‌دهد. بنابراین توصیه می‌گردد در صورتی که بانک صادرکننده

اعتماد کامل به متقاضی اعتبار تضمینی ندارد، امکان استفاده از اعتبار در مقابل سایر بانک‌ها را منتفی کند. در این حالت بانک صادرکننده با احتیاط بیشتری اقدام به کنترل اسناد نموده و احتمال سوءاستفاده را کاهش می‌دهد. همچنین در صورتی که اعتبار در مقام استفاده قابل قبولی باشد، بانک صادرکننده در هنگام قبول برات کنترل خود را نسبت به اعتبار از دست می‌دهد. لذا در این خصوص نیز توصیه می‌گردد در صورت عدم اعتماد به متقاضی اعتبار در مقابل قبولی قابل استفاده نباشد. (Ibid: 285)

نتیجه‌گیری:

بر اساس مطالبی که در این پژوهش بحث شد، نتایج ذیل را می‌توان اخذ نمود:

نخست اینکه یکی از مهم‌ترین مشکلات طرفین در داد و ستد های بین‌المللی اجرای همزمان تعهدات قراردادی است. گفته‌یم که در قراردادهای بین‌المللی رایج‌ترین روش پرداخت ثمن استفاده از اعتبار استنادی است که در آن ریسک عدم‌پرداخت بر عهده بانک قرار گرفته و بانک ملاحظه استناد معین شده در متن اعتبار وجه آن را به ذینفع پرداخت می‌کند و برای بازپرداخت آن به متقارضی اعتبار رجوع می‌کند. ساز و کار اعتبار استنادی تجاری به‌گونه‌ای که استناد معرف مالکیت کالا به عنوان وثیقه در اختیار بانک است و بانک می‌تواند از طریق این استناد نسبت به بازپرداخت مطالبات خود اقدام کند که البته به این ماهیت اعتبار استنادی تجاری، خود به‌خود تصفیه‌شوندگی اعتبار گویند. ثانیاً در حوزه ضمانتنامه‌های بانکی (اعم از ضمانتنامه‌های بانکی عند‌المطالبه و اعتبار استنادی تضمینی) به دلیل این‌که به‌صرف اعلام ذینفع مبنی بر این‌که متقارضی تعهدات قراردادی خود را ایفا نکرده، بانک اقدام به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌نماید و به همین دلیل کالایی در اختیار ندارد تا از طریق آن بتواند نسبت به بازپرداخت مطالبات خود اقدام کند؛ به عبارت دیگر برخلاف اعتبار استنادی تجاری، ماهیت خود به‌خود تصفیه‌شوندگی در ضمانتنامه‌های بانکی جریان ندارد. ثالثاً به دلیل فقد ماهیت خود به‌خود تصفیه‌شوندگی در ضمانتنامه‌های بانکی، بازپرداخت مطالبات بانک با ریسک بیشتری رو به‌رو است. در این میان سوءاستفاده برخی اشخاص از طریق تبانی با یکدیگر و ارائه قراردادی صوری موجب افزایش این ریسک شده و این خلاً در عمل موجب شده عده‌ای ضمانتنامه بانکی را به عنوان یکی از ابزارهای فریب بانک انتخاب کنند و بانک را با خطر جدی عدم‌امکان بازپرداخت مطالبات خود در ضمانتنامه‌های بانکی مواجه کنند.

بر اساس مطالبی که در این پژوهش بحث شد، پیشنهاداتی را بدین گونه می‌توان ارائه نمود که با توجه به ریسک بالای عدم بازپرداخت مطالبات بانک پس از پرداخت وجه ضمانتنامه، بانک‌ها از طریق مؤسسات اعتبارسنجی یا کارشناسان متخصص بدوان نسبت به اعتبارسنجی

مشتری اقدام نمایند. با توجه به تفاوت اعتبار اسنادی تجاری با ضمانتنامه‌های بانکی از حیث فقدان وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی پیشنهاد می‌گردد بانک‌ها وثایق قوی‌تری را از متقاضی اخذ نمایند و در صورت امکان با توجه به این که در برخی موارد علت استفاده از ضمانتنامه بانکی صرفاً اطمینان خاطر ذینفع از اجرای تعهدات توسط متقاضی است و از ضمانتنامه به عنوان ابزار تأمین مالی استفاده نمی‌گردد، پیشنهاد می‌گردد در این موارد بانک‌ها تعهدنامه توثیق سپرده از متقاضی اخذ نمایند. همچنین ضروری است بانک‌ها حداقل بررسی را در خصوص صوری نبودن قرارداد به عمل آورند تا خود را مواجه با تبادل اشخاص نبینند.

منابع و مأخذ:

الف: مقررات:

۱. دستورالعمل ناظر بر ضمانتنامه‌های بانکی (ربالی)» مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۲۵ شورای پول و اعتبار
۲. کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۹۱)، «مقررات متحداً الشكل اعتبارات اسنادی UCP 600»، ترجمه محمد صالح ذوقی، چاپ ششم، انتشارات جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی.
۳. کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۹۳)، «مقررات متحداً الشكل تعهد پرداخت بانکی (URBPO)»، ترجمه فریدون شیرازی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی.
۴. کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۹۶)، «مقررات متحداً الشكل ضمانتنامه‌های عند المطالبہ 758»، ترجمه فریده تذهیبی، چاپ پنجم، انتشارات جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی.
۵. مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی- بخش اول- واردات کالا و خدمت، شماره ۹۶/۹۱۲۷۴ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۹
۶. مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی- بخش دوم- حمل و نقل کالا، بیمه و بازرگانی، شماره ۹۶/۹۱۲۷۴ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۹

ب: کتب و مقالات

فارسی

۷. بناء نیاسری، ماشاء‌الله، (۱۳۹۵)، حقوق اعتبارات اسنادی، چاپ اول، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۸. بناء نیاسری، ماشاء‌الله، (۱۳۹۶)، حقوق تعهدات پرداخت بانک، چاپ اول، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.

۹. دریس کول، ریچارد جی، (۱۳۶۳)، «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، شماره ۱، صفحات ۱۱۷ تا ۱۸۰.
۱۰. السان، مصطفی، (۱۳۹۵)، حقوق بانکی، چاپ چهارم، انتشارات سمت.
۱۱. سلطانی، محمد، (۱۳۹۵)، حقوق بانکی، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۲. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۸)، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سمت.
۱۳. صادقی، محسن و سلیمان‌زاده، سمیراء، (۱۳۹۶)، «مقایسه ابعاد حقوقی اعتبارات استنادی و تعهد پرداخت بانکی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴، شماره ۴، صفحات ۶۴۷ تا ۶۶۴.
۱۴. فتحی پور، علی، (۱۳۶۹)، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره ۱۳، صفحات ۱۲۹ تا ۱۸۲.
۱۵. قربانیان، حسین، (۱۳۹۴)، حقوق اعتبارات استنادی و ضمانات نامه‌های بانکی، چاپ اول، انتشارات قانون و قلم.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶)، اعمال حقوقی(قرارداد-ایقاع)، چاپ بیست و یک، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی ایقاع، چاپ چهارم، تهران، انتشارات میزان.
۱۸. لنگریج، رینهارد، (۱۳۹۰)، اعتبارات استنادی در حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه سعید حسنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۹. مافی، همایون و محسن‌زاده، احمدعلی، (۱۳۹۴)، «مقایسه اعتبارات استنادی تجاری و تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مطالعات حقوقی تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، صفحات ۳۰۱ تا ۳۲۳.
۲۰. مسعودی، علیرضا، (۱۳۹۱)، ضمانات نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، چاپ دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

- 21.Buckley, Ross P; Gao, Xiang, Development of the fraud rule in letter of credit law: The Journey so far and road ahead, 2 U. PA. J. INT'L L. 663 (2002).
- 22.Bhogal, T. S., & Trivedi, A. K. (2008). *International Trade Finance*. Palgrave; Macmillan.
- 23.Dole, R. J. (1998). «The Essence of a Letter of Credit under Revised UCC Article 5: Permissible and Impermissible Non-documentary Conditions Affecting Honoree». *Houston Law Review* 1079, 1083.
- 24.Hunt, John Patrick, «Credit Rating Agencies and the «Worldwide Credit Crisis»: The Limits of Reputation, The Insufficiency of Reform, and Proposal for Improvement», 2009, Columbia Business Law Review 109.
- 25.ICC Uniform Rules for International standby practice.
- 26.Jones, S. A. (2018). *Trade and Receivables Finance*. West Midlands,UK : Palgrave; Macmillan.
- 27.Kono, t., hiscock, m., & reich, a. (2017). *Transnational Commercial and Consumer Law*. Kyuwhu university; Springer.
- 28.Mann, R. J. (1999). «Verification Institutions in Financing Transactions. *Georgetown Law Journal*», Vol. 87, 2226-2276.
- 29.Mantasaari, P. (2010). *The Law of Principles and EU Law, Volumn 2: Contracts in General*. Finland: Springer.
- 30.Scheller, Michael J. (2008), *A Guide to International Trade and Letter of Credit*, New york.
- 31.UNITED CONVENTIONONINDEPENDENT
GUARANTEESANDSTANDBYLETTEROFCREDIT.
- 32.Zhang, Yanan (2011), Approaches to Resolving the International Documentary Letters of Credit Fraud Issue, University of Eastern Finland.
- رویه قضایی
- 33.National Infrastructure Development Co. Ltd. v. BNP Paribas (2016) EWHC 2508 (the BNPP Case).
34. National Infrastructure Development Co. Ltd. v. Banco Santander S.A. (2016) EWHC 2990 (the Santander Case).
35. Petrosaudi Oil Services (Venezuela) Ltd v. Novo Banco S.A. (2016) EWHC 2456 (the Novo Banco Case).

Principle of Self-liquidation in the Range of Letter of Credit and Bank Guarantees (A Comparative study in Iranian Law and in International Commercial Procedure)

Majid Hosein Zadeh¹
Mojtaba Mohammadi²

Abstract

The manner of payment and guaranty of obligations is of paramount importance in international contracts, and in international transactions, it is rare to find a contract that does not have a condition on the manner of payment and guaranty.

In this regard, commercial letter of credit is considered as one of the most common types of payment strategies in international contracts. Bank guarantees and stand-by letter of credit are also the most common strategies to ensure fulfillment of contractual obligations and in both the bank plays an important and active role.

In commercial letter of credit, the goods in question are given to the bank as collateral and the bank can sell them if the applicant fails to make the payment. However, the letter of guarantees may not include goods, hence the bank is deprived of the privilege of collecting its claims through the sale of goods. As a result, the bank runs the risk of not receiving its claims.

This feature, in which the bank is able to reimburse its claims through selling goods that are the subject of the sale contract, may be called «principle of self-liquidation».

What will be examined in this article is the position and nature of this principle in letter of credit and the effects that flow from it.

Key words: *commercial letter of credit, standby letter of credit, bank guaranty, self-liquidation.*

1. PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran,
 (Email:hoseinzadeh1989@gmail.com)

2. PhD student in International Business and Investment Law, Shahid Beheshti University,
 (Email: mohammadi279@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله



هاردشیپ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا- بررسی تطبیقی تفاسیر جدید

(نوع مقاله: علمی- پژوهشی)

عصمت گلشنی*

منصور امینی^۱

سیدمهدی حسینی مدرس^۲

چکیده:

در خصوص پذیرش هاردشیپ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (خصوصاً ماده ۷۹ این کنوانسیون)، میان حقوق دانان برخاسته از نظام‌های حقوقی مختلف اختلاف نظر وجود دارد. بررسی تطبیقی نظرات مفسران کنوانسیون نشان می‌دهد که سکوت کنوانسیون در مورد فرض‌های هاردشیپ، می‌تواند به عنوان «خلأ خارجي»، «ترک فعل عمدى»، یا «خلأ داخلى»، تفسیر شود. در تفاسیر قدیمی کنوانسیون غالباً به این توضیح مختصر اکتفا شده است که کنوانسیون فاقد مقرره‌ای صریح در خصوص هاردشیپ است. نتیجه پژوهش: طبق نظرات جدیدی که بر اساس هدف کنوانسیون از سوی مفسران آن ارائه شده است، کنوانسیون در فروض مختلف هاردشیپ دارای «خلأ داخلى» است و برای پُر کردن این خلاً باستی از اصول مبنایی کنوانسیون (مانند حسن نیت، معقولیت، وظیفه به معارضت، استحکام قرارداد و ...) استفاده کرد. بر اساس این اصول حق مطالبه مذاکره مجدد یا تعديل قرارداد در موارد افزایش غیرقابل پیش‌بینی هزینه‌ها یا کاهش سودمندی اجرا پس از انعقاد قرارداد، برای معهدهد قابل‌شناسایی است.

کلیدواژه‌ها: هاردشیپ، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مذاکره مجدد، تعديل قرارداد

*. دکترای تخصصی، استادیار دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

۱. دکترای تخصصی، دانشیار و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Email: amini@sbu.ac.ir

۲. دکترای تخصصی، دانشآموخته دانشگاه شهید بهشتی تهران

Email: Mahdi.modarres@gmail.com

در ایران در قانون مدنی و فقه^۱ امامیه در مورد وقوع حوادث غیرمنتظره که موجب بر هم خوردن تعادل عوضین و دشوار شدن قرارداد متعاقب آن می‌شوند، حکم صریحی یافت نمی‌شود؛ قانون مدنی به صراحت تنها به حوادثی که منجر به «عدم انجام تعهد» توسط متعهد می‌گردد (تعذر اجرا نه تعسر اجرا) پرداخته^۲ اما راجع به دشواری اجرای قرارداد و بهم خوردن تعادل و توازن قراردادی در اثر تغییر شرایط و اوضاع واحوال سخنی به میان نیاورده است؛ همین سکوت باعث شده است که حقوق‌دانان کشورمان با عنوانی مختلفی مانند «تغییر اوضاع واحوال»، «دشواری»، «عدم پیش‌بینی»، «عقیم شدن»^۳ «دشواری اقتصادی»، «غیرممکن شدن عملی یا تجاری» و ... و با بهره‌گیری از نظریاتی همچون شرط ضمنی، غبن حادث، عسر و حرج و ... سعی کنند جایگاه هاردشیپ در حقوق ایران را روشن سازند.^۴ همه این تلاش‌ها هدف مشترکی را دنبال می‌کنند

-
۱. در فقه، اعم از فقه شیعه و فقه عامه، به طور مستقل نظریه‌ای در خصوص وقوع حوادث غیرمنتظره‌ای که اجرای قرارداد را دشوار یا کم منفعت می‌کنند، ارائه نشده است، اما در چند مورد به مقتضای مسائل مطرح شده، اعلام نظر شده است. به بیانی، جایگاه سنتی این بحث در فقه، «عقد اجاره» است. (سرمدی، ۱۳۹۰: ص ۱۰)
 ۲. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹.

3. Frustration.

۴. از جمله بیبینید: بیگدلی، سعید، تدبیل قراردادها با مطالعه تطبیقی، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۴؛ بیگدلی، سعید، تدبیل قرارداد، تهران، نشر میزان، ج ۳، ۱۳۹۲؛ بیگدلی، سعید، «شرط منکره مجدد (هاردشیپ)»، فصلنامه حقوقی گواه، ش ۸ و ۹، بهار ۱۴۰۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، تغییر در شرایط قرارداد، نشر میزان، ج ۲، تابستان ۱۳۸۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع واحوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۲۵، ۱۳۷۹، ص ۱-۲۵؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع واحوال در فقه و حقوق ایران (۱)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۲، ۱۳۷۷، ص ۱۲۹-۱۶۷؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع واحوال در فقه و حقوق ایران (۲)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۳-۱۴، ۱۳۷۸، ص ۴۵-۶۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع واحوال در فقه و حقوق ایران (۳)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۵-۱۶، ۱۳۷۸، ص ۸۷-۱۱۴؛ حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲، زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷، ص ۱۲۱-۱۵۳؛ بنایی اسکوئی، مجید، «تدبیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان

یعنی عدم تحمیل ریسک ناشی از تغییر ناگهانی و بنیادین اوضاع و احوال به یکی از طرفین قراردادی. در سال‌های اخیر و قطعاً بر اساس تأثیراتی که مطالعات تطبیقی بر نظرات دکترین داخلی گذاشته است، حقوق دانان تمایل فزاینده‌ای به شناسایی نوعی امکان تعديل قرارداد در شرایط هاردشیپ پیداکرده‌اند و هر یک سعی نموده‌اند با استفاده از ابزارهای موجود در فقه و نیز قوانین و مقررات، تلاش‌هایی را در جهت ارائه راه حلی معقول و منصفانه، انجام دهند تا ضمن پاییندی طرفین به مفاد عقد، راه اجرای تعهد هموار و از ورود خبر غیرمتعارف به یکی از طرفین یا هردوی آن‌ها جلوگیری شود. (از جمله بیینید: گلشنی، ۱۳۹۶: ۳۷۸-۴۰۲؛ بنای اسکوئی، ۱۳۹۲: ۴۱-۶۱؛ و منابع پانویس شماره ۴)

این مقاله از بررسی تطبیقی تفاسیر جدید هاردشیپ در کنوانسیون بین‌الملل در پی نیل به دو هدف است: نخست آنکه تجربه جهانی در مورد این موضوع که چکیده آن در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی (مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا) قوام یافته، می‌تواند راهنمای بسیار روشنی را برای بازنگری و تغییر در نظام حقوق فعلی و ارتقای آن پیش روی قانون‌گذار داخلی نهد؛ این مهم زمانی می‌تواند تأثیر مثبتی بر حقوق داخلی بگذارد که ابتدا در منشأ خود درست تحلیل و درک شود. دوم، هرچند ایران به این کنوانسیون نیپوسته است لیکن حسب بند ب ماده ۱۰.۱ کنوانسیون، قواعد آن می‌تواند بر قراردادهای بازارگانی بین‌المللی اشخاصی که محل تجارت آنان در ایران است نیز اعمال گردد.^۱ از این رو بررسی تطبیقی تفاسیر جدید از موضوع هاردشیپ یک ضرورت برای نظام حقوقی ایران است.

۱۳۹۲، ص ۶۱-۴۱؛ خوئینی، غفور، «تحلیل قوهی و حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها»، پژوهشنامه متین، ش ۱۳، ۱۳۸۰، ص ۱۴۵-۱۶۴؛ ...

۱. به نظر می‌رسد که تهیه کنندگان پیش نویس کنوانسیون از این معضل آگاه بوده‌اند که لزوم متعاهد بودن کشور محل تجارت دو طرف ممکن است اعمال کنوانسیون را بسیار محدود کند، از این‌رو در بند ب ماده ۱-۱ مقرر داشته‌اند: قواعد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواردی که اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی منجر به حاکمیت قانون کشوری می‌شود که به این کنوانسیون پیوسته است، بر روابط دوطرف حاکم است؛ حتی اگر محل تجارت طرفین قرارداد در دو کشوری باشد که هیچ یک به این کنوانسیون نپیوسته‌اند.

واژه «هاردشیپ»^۱ معمولاً برای توصیف همه فرضی استفاده می‌شود که در آنها تغییری قابل توجه در اوضاع واحوال، منجر به یک خلل اساسی در توازن قراردادی می‌شود یعنی حالتهايی که در آنها ۱) اجرای قرارداد برای یکی از طرفین به طور اساسی دشوارتر یا کم منفعت‌تر می‌شود^۲، و یا ۲) هدف قرارداد عقیم می‌گردد^۳ که خود یکی از زیرمجموعه‌های کاهاش سودمندی است.^۴ کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۵ بر عکس بسیاری از قوانین داخلی کشورها^۶ و قواعد و اصول

1. Hardship

این واژه در متون فارسی به: «سختی اجرای قرارداد»، «دشواری انجام تعهد»، «دشواری اقتصادی»، و «تعسر اقتصادی» نیز تعبیر شده است.

۲. معمولاً چنین حالتهايی فرضی «غیرممکن شدن تجارت» نیز نامیده می‌شوند. (Azeredo da Silveira, 2014: 323, n. 488) به عنوان مثال: خردباری (متعبده‌له) در مقابل انجام تعهد از سوی متعهد، ملزم شده کالایی را تحويل بددهد که در اثر تغییر ناگهانی اوضاع واحوال، افت ارزش شدیدی پیداکرده است، یعنی متعهد در مقابل انجام تعهد، چیزی با ارزش پایین‌تر از آنچه انتظار داشته دریافت می‌کند. در این مورد برای متعهد هاردشیپ به وجود آمده است نه «مانع».

۳. در حالتهاي عقیم شدن هدف قرارداد هم برای اجرا از سوی متعهد «مانع» ای به وجود نمی‌آید که اجرا از سوی او را به لحاظ عملی و فنی غیرممکن کند، بلکه منفعت قرارداد برای او به صفر می‌رسد.

۴. بر هم خوردن تعادل بین عوضین، خود می‌تواند موجب تجاوز از هدف اصلی و دلیل وجودی (مبناي) قرارداد شود. (حکمت، ۱۳۶۴: ۱۲/۳)

۵. از این‌پس در این مقاله به اختصار از واژه «کتوانسیون» برای اشاره به «کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا» استفاده می‌شود.

عنظام‌های حقوقی داخلی بسیاری از کشورها، چه در سیستم‌های قضائی حقوقی نوشته (حقوق موضوعه) و چه در کامن لا، آثار هاردشیپ بر قراردادها را -گرچه با عنوان و کیفیات مختلف- بیان کرده‌اند. به عنوان مثال، نک: ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی آرژانتین، مواد ۴۷۸ تا ۴۸۰ ق. م. برزیل مصوب سال ۲۰۰۲، ماده ۸۶۸ ق. تجارت کلمبیا، ماده ۳۱۳ ق. م. آلمان، مواد ۱۴۶۷ تا ۱۴۶۹ ق. م. ایتالیا مصوب سال ۱۹۴۲، ماده ۲۵۸ ق. م. هلند مصوب سال ۱۹۹۲، مواد ۱۴۴۰ تا ۱۴۴۶ ق. م. پرو، ماده ۴۳۷ ق. م. پرتغال، ماده ۳۸۸ ق. م. یونان، و ماده ۴۵۱ ق. م. روسیه مصوب سالهای ۱۹۴۴/۱۹۴۵، ماده ۲-۶۱۵ ق. تجارت متحداشکل و بخش ۲۶۱ مجموعه حقوق قراردادهای ایالات متحده آمریکا.

همچنین از جمله بیینید: فورت، ۱۳۷۱: ۱۰/۱۳۷۱-۱۳۹۲؛ ۳۶۵-۳۳۷/۱۰: ۱۳۹۲-۱۶۳/۱۳۷-۱۳۶؛ ۱۸۲-۱۶۳؛ صادقی مقدم، ۱۳۸۶؛ Hondius & Grigoleit (eds.), 2011: 8 & 55-63 & 98-118; Treitel, 1994: 255 et seq., nn. 6-020 et seq. and 281 et seq., nn. 7.001 et seq.

بین‌المللی^۱، به صراحةً به طرفی که با افزایش قابل توجه در هزینه‌های اجرا یا کاهش قابل توجه ارزش اجرا مواجه می‌شود، اجازه مطالبه مذاکره مجدد یا تعديل قضایی یا فسخ قرارداد را نمی‌دهد. مثلاً در کنوانسیون هیچ مقرره‌ای مشابه مواد ۶.۲.۳ و ۶.۲.۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ وجود ندارد.^۳ گرچه تغییر در فضای اقتصادی که منجر به افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا می‌شود، درصورتی که افزایش هزینه‌های اجرا به حدی برسد که دیگر نتوان اجرا را از متعهد انتظار داشت می‌تواند یک «مانع» بر سر راه اجرای قرارداد را شکل دهد که «معافیت» از مسئولیت برای عدم اجرا طبق ماده ۷۹ کنوانسیون^۴ را توجیه می‌کند.^۵ بهمین دلیل درخصوص شمول ماده

۱. مانند مواد ۶.۲.۱ تا ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (PICC)، بندهای ۲ و ۳ ماده ۶:۱۱۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)، قسمت d بند ۳ و بند ۲ ماده ۱:۱۱۰ III- پیش‌نویس چهارچوب کلی ارجاع (DCFR) و شروط نمونه هاردشیپ اتفاق بازرگانی بین‌الملل (ICC).

2. Principles of international commercial contracts (PICC)

۳. هاردشیپ در ماده ۶.۲.۲ چنین تعریف شده است: «هاردشیپ هنگامی پیش می‌آید که بروز حوادثی، تعادل قرارداد را به طور اساسی بر هم می‌زند یا هزینه اجرای تعهد درمورد یک طرف افزایش می‌یابد یا ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف کاهش می‌یابد؛ و (الف) بروز حوادث یا مطلع شدن زیان دیده از وقوع آنها، پس از انعقاد قرارداد صورت گیرد؛ (ب) در زمان انعقاد قرارداد، به طور متعارف زیان دیده نمی‌توانسته است این وقایع را مدنظر قرار دهد؛ (ج) وقایع مزبور خارج از کنترل زیان دیده است؛ و (د) زیان دیده، مسئولیت احتمال خطر ناشی از وقایع را بر عهده نگرفته است.»

در این اصول، هاردشیپ وضعیتی توصیف شده است که درنتیجه حادثه غیرقابل پیش‌بینی و خارج از کنترل، اجرای تعهد قراردادی بدون آن که غیرممکن شود، به نحو فوق العاده‌ای دشوار و پرهزینه می‌گردد.

(Azeredo da Silveira, 2014: 325, n. 490)

طبق این اصول، طرفی که با هاردشیپ مواجه می‌شود می‌تواند با کنار گذاشتن اصلی عالم لزوم وفای به عقد، درخواست مذاکره مجدد قرارداد را بنماید. (بند ۱ ماده ۶.۲.۳)

۴. ماده ۷۹ کنوانسیون: «۱. طرفیکه هریک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و نمی‌توان عرفًا از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسئول نخواهد بود.»

۵. «مانع»، هر واقعه ایست که اجرا را یا غیرممکن یا آنقدر دشوار می‌سازد که دیگر نمی‌توان به طور منطقی آن را از متعهد انتظار داشت؛ مورد اخیر به «مانع اقتصادی» تعبیر شده است. (Azeredo da Silveira, op.cit.: 299-300, 334, 315-318)

See: Enderlein /Maskow, 1992: 324-325, n. 6.3 ad Article 79 CISG; Huber/ Mullis, 2007: 261; Schwenzer, 2008: 713; Schwenzer, 2012: 1076-1077, n. 30 ad Article 79;

۷۹ کنوانسیون بر فرضهای مختلف هاردشیپ (مثالاً کاهش ارزش اجرا)، و اساساً پذیرش هاردشیپ در این کنوانسیون به طور کلی، میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد.^۱

در این مقاله به بررسی تطبیقی پاسخ این پرسش میان مفسران و حقوق دانان برخاسته از نظامهای حقوقی مختلف می پردازیم که آیا عدم پیش بینی صریح هاردشیپ در کنوانسیون، به این معنی است که در فرضهای افزایش قابل توجه در هزینه های اجرا، تنها طریق جبرانی موجود، معافیت متعهد طبق ماده ۷۹ به دلیل وجود مانع اقتصادی است؟ یا اینکه متعهد در راستای اجرای قرارداد راهی برای بازگرداندن توازن قراردادی دارد؟ آیا سکوت کنوانسیون به طور ضمنی به معنای عدم وجود طریق جبرانی برای طرفی است که با کاهش قابل توجه ارزش اجرا مواجه است؟^۲

در ابتدای شکل گیری کنوانسیون، مفسران معتقد بودند که فروض مربوط به هاردشیپ جایگاهی در کنوانسیون ندارند. (Schwenzer, 2008: 712-713)، ادبیات حقوقی راجع به این موضوع به زبان فارسی، غالباً به توضیح مختصر این حقیقت که کنوانسیون فاقد مقررهای صریح در خصوص هاردشیپ است، اکتفا کرده اند. (از جمله بینید: توسلی جهرمی، ۱۳۸۵: ۸۲ / ۷۲؛ صفری، ۱۳۸۸: ۳) در

Schwenzer/Hachem, 2009: 474-475; Schlechtriem, 1986: 102; Schlechtriem/Butler, 2009: 203-204, n. 291; Lindström, 2006: n. IV.2.1; Magnus, 2001: 16; Lookofsky, 2005: 438.

از نظر برونز نیز، «اولاً، هر عدم امکان عملی یا فیزیکی [در مورد اجرا]، نتایج اقتصادی هم دارد و قابل تبدیل (یا نشان داده شدن) به پول است. ثانیاً، یک مانع عملی یا فیزیکی فقط در صورتی برای متعهد عذر است که به طور منطقی، یعنی با صرف هزینه های بیشتر، نتوان فائق آمدن بر آنرا از متعهد انتظار داشت.» (Brunner, 2009: 215).

۱. «در ماده ۷۹ کنوانسیون در خصوص وضعیتی که بروز حادثه ای، پس از انعقاد قرارداد اجرای آنرا تحت تأثیر قرار دهد، پیش بینی هایی صورت گرفته است. با این وجود در خصوص اینکه این ماده در بردارنده هاردشیپ است یا خیر، میان مفسران کنوانسیون و نویسندها حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. در این رابطه نظرات متعددی از سوی مفسران و نویسندها حقوقی مطرح شده است.» (صفری، ۱۳۸۸: ۳ و ۴).

۲. طریق جبرانی تعديل قرارداد از طریق مذکوره مجدد توسط طرفین یا به دستور دادگاه، هم برای طرفی که با افزایش چشمگیر هزینه های اجرا مواجه می شود وجود دارد و هم برای طرفی که با کاهش چشمگیر ارزش اجرا مواجه می شود.

مقاله پیش رو تلاش شده است با بررسی تطبیقی نظریات جدید مفسران کنوانسیون، مسئله به صورت عمیق و دقیق واکاوی شود.

تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ

کنوانسیون مسائلی که در حوزه قلمرو موضوعی آن قرار می‌گیرد را به دو دسته کلی تقسیم کرده است:

دسته نخست مواردی هستند که کنوانسیون به صراحت در خصوص آن تعیین تکلیف کرده است. این تعیین تکلیف به دو شکل انجام شده است یا قاعده‌ای برای آن وضع شده است (مثل فورس ماژور) یا به تصریح به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض قوانین بر قرارداد حاکم می‌شود ارجاع می‌دهد.^۱

دسته دوم مواردی هستند که هرچند به لحاظ موضوعی در قلمرو کنوانسیون قرار می‌گیرند ولی کنوانسیون به صراحت در خصوص آن تعیین تکلیف نکرده است. بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون به این دسته می‌پردازد.^۲ در این موارد کنوانسیون مقرر داشته است که در مرحله نخست مسئله مطابق با اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آنهاست تعیین تکلیف شود. در چنین حالتی گفته می‌شود که این مسئله با وضعیت «خلا داخلی» مواجه شده است. اگر چنین اصولی برای حل و فصل مسئله مطرح شده احراز نشود در مرحله دوم می‌توان به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض قوانین بر قرارداد حاکم می‌شود، مراجعه کرد؛ در چنین حالتی گفته می‌شود که این مسئله با

۱. گاهی اوقات هر دو راهکار فوق در کنار هم در نظر گرفته شده است به عنوان راهکاری میانه درنظر گرفته شده است: به عنوان مثال در موضوع خاتمه نمایندگی در «کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا»، قواعدی که مورد اتفاق نظر بوده به تصریح آورده شده است(ماده ۱۷). همچنین به صراحت اعمال قواعد حقوقی داخلی کشورها که در نتیجه قاعده حل تعارض حاکم می‌شود را نیز پذیرفته است (ماده ۱۸). (Evans, 1984: 89, 116-117)

۲. در بند ۲ از ماده ۶ «کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا»، مقرره مشابهی برای این دسته موضوعات، مقرر داشته است.

وضعیت «خلا خارجی» مواجه شده است. به این نکته باید توجه شود که شرط رجوع به قاعده حل تعارض و در نتیجه قانون حاکم بر قرارداد، احراز عدم وجود اصولی که بتوان با آن مسئله را حل و فصل کرد می‌باشد.

بررسی تطبیقی نظرات مفسران کنوانسیون نشان می‌دهد که سکوت کنوانسیون در مورد فرض‌های هاردشیپ، می‌تواند به عنوان یک ۱) رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: «خلا خارجی»، ۲) رویکرد سکوت در مقام بیان: «ترک فعل عمدی»، یا ۳) رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: «خلا داخلی»، تفسیر شود که در ادامه تبیین خواهد شد.

تفسیر نخست: رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلا خارجی

در رویکرد سکوت کنوانسیون در مورد هاردشیپ، به عنوان یک خلا خارجی تفسیر می‌گردد و این بدان معناست که فروضی از هاردشیپ که در قلمرو ماده ۷۹ قرار نمی‌گیرند^۱، خارج از محدوده موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون هستند^۲ و باید طبق قانون داخلی حاکم بر قرارداد، حل و فصل شوند. دادگاه تجدیدنظر میلان در سال ۱۹۹۸ همین موضع را اتخاذ و برای قضاوی در مورد ادعاهای مطرح شده در مورد عقیم شدن هدف قرارداد، به قانون داخلی استناد کرد^۳ (Castello v. EGO SA, Corte di Appello (Appellate Court) Milan, Italy, 11 December 1998, CISG-online 430).

۱. یعنی فرض ۱) افزایش در هزینه‌های اجرا که به حد مانع اقتصادی نمی‌رسد و نیز ۲) کاهش هزینه‌های اجرا.
۲. مانند مسائل مربوط به اعتبار و صحت قراردادها؛ ماده ۴ کنوانسیون را بینند.
۳. فروشنده ایتالیایی قراردادی را با خریدار فرانسوی برای فروش تجهیزات چاپ، منعقد کرد. بعد از یک پیش‌پرداخت، خریدار علی‌رغم دریافت چندین اخطاریه از سوی بایع، در تسویه با قیمانده ثمن و تحويل گرفتن کالاها، قصور کرد. بایع دعوای را به خواسته دریافت خسارت علیه خریدار مطرح کرد. خریدار ادعا کرد که به سبب اوضاع و احوالی خارج از کنترل او (تأخر در ساخت ساختمان‌های محل نصب کالاها)، او قادر نبوده کالاها را به شکلی که در اصل [در قرارداد] توافق شده بوده، تحويل بگیرد. دادگاه قرارداد را تحت حاکمیت کنوانسیون دانست؛ با این وجود، به هنگام بررسی ادعای خریدار، برای توجه کردن به قانون ایتالیا، به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون استناد کرد.

لیکن این رویکرد از چند جهت قابل نقد است:

بهنظر می‌رسد مبنا، محتوا و هدف کنوانسیون، مانع از این می‌شود که سکوت کنوانسیون درمورد هاردشیپ را به عنوان یک خلاً خارجی تفسیر کنیم. (Schwenzer, Op. cit.: 713; Brunner, 2009: 392; Rimke, 1999-2000: 220) یکی از ضرورت‌هایی که منجر به تصویب کنوانسیون گردید تفاوت قابل توجه قواعد حقوقی حاکم بر بیع کالا (به ویژه تعهدات و ضمانت اجراهای نقض آن) در نظام‌های حقوقی مختلف بود که یکی از موانع گسترش تجارت بین‌الملل محسوب می‌گردید.^۱ از جمله اهداف کنوانسیون یکسان‌سازی قواعد حاکم بر بیع بین‌المللی بود^۲ تا اولاً آثار و نتایج حقوقی یک قرارداد را (تعهدات ناشی از عقد و ضمانت اجراهای آن) پیش‌بینی پذیرتر کند و ثانياً هزینه‌های انجام معامله در تجارت بین‌الملل را کاهش دهد و در نتیجه تجارت بین‌الملل کالا را تسهیل نماید و آن را توسعه دهد؛ لذا کنوانسیون با چنین هدفی نمی‌توانسته نسبت به تعیین تکلیف فروض هاردشیپ بی‌اعتباً بوده باشد.

ویژگی مشترک حالت‌های وقوع «مانع» و «هاردشیپ» این است که: در هر دو، اوضاع و احوال زمان اجرا با زمان انعقاد قرارداد، متفاوت می‌شوند و دقیقاً به همین دلیل از نظر بسیاری از

۱. عامل مهمی که تدوین کنندگان CISG مدنظر قراردادند ترک کردن مفاهیم و اصطلاحات حقوق داخلی و به جای آن دنبال کردن یک زبان حقوقی مستقل بود که تا حد زیادی آنها در این زمینه موفق بودند. در این راستا روش‌های سیستماتیک داخلی سنتی رد شدن و کنوانسیون دارای یک ساختار شفاف عاری از هرگونه گرایش‌های تاریخی (ملی) شد (Schwenzer, Ingeborg, Hachem, Pascal, Spring 2009, The CISG - Successes and Pitfalls, American Journal of Comparative Law , Pages 457-478, P 124).

۲. در مقدمه کنوانسیون در مورد مبنا و هدف آن چنین آمده است: «دولتهای طرف این کنوانسیون، با توجه به اهداف گسترده مندرج در قطعنامه‌های مصوب ششمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد برای ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌المللی، با در نظر گرفتن اینکه توسعه تجارت بین‌المللی بر اساس برابری و نفع متقابل عنصر مهمی در ارتقاء مناسبات دوستانه بین دولتهای است، و با اعتقاد بر اینکه اتخاذ مقررات متحده‌اشکل که ناظر بر قراردادهای خرید و فروش کالا بوده و نظام‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را مُد نظر داشته باشد در رفع موانع حقوقی در تجارت بین‌المللی و ارتقاء توسعه تجارت بین‌المللی کمک خواهد نمود، به شرح ذیل توافق نموده‌اند: ...»

محققان، «معافیت بهدلیل هاردشیپ می‌تواند به عنوان زیرشاخه عذر فورس ماژور، تلقی شود (به نوعی می‌توان گفت هاردشیپ یک نوع به خصوص از فورس ماژور است)» (Brunner, Op. cit.: 392).^۱ به همین دلیل، وقتی کنوانسیون را حل متعددشکلی را برای حالت‌های غیرممکن شدن یا بیش از حد دشوار شدن اجرا در اثر یک مانع^۲ پیشنهاد می‌دهد، نمی‌تواند در فروض افزایش قابل توجه دشواری یا کاهش قابل توجه سودمندی ارزش اجرا، حل مسئله را به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض بر قرارداد حاکم می‌شود واگذارد. همانطور که استول اشاره کرده، «اگر قانون داخلی حاکم بر اساس قواعد تعارض قوانین، برای پُر کردن خلاً فرضی موجود در کنوانسیون اعمال شود، این خطر وجود دارد که سیستم مسئولیت کنوانسیون از هم بپاشد، چون قواعد قراردادی نظام‌های حقوق داخلی در خصوص «غیرممکن شدن اقتصادی» و عقیم شدن، خیلی متفاوت از هم هستند (مثل عقیم شدن مبنای قرارداد، تغییر اوضاع واحوال)» (Stoll, 1998: 618, n. 39 ad Article 79).

طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون پیش شرط خلا خارجی تلقی کردن موضوع هاردشیپ و رجوع به قانونی که موجب قاعده حل تعارض معین می‌شود این است که نتوان موضوع هاردشیپ و آثار آن را بر اساس اصولی که کنوانسیون مبتنی بر آن‌ها است حل و فصل کرد. این در حالی است که می‌توان بر طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن‌ها است، احکام و آثار هاردشیپ را تعیین کرد.^۳

1. Also see: Schwenzer, Op. cit.: 715.

«مسلمان، نمی‌توان ادعا کرد که یک «خلاً خارجی»- در مفهوم دومنین جمله ماده ۴[کنوانسیون]- وجود دارد، چون مسئله‌ی تأثیراتی که هاردشیپ می‌تواند بر قرارداد بگذارد، باید به عنوان بخشی از قواعد مربوط به اختلالات اجرا- که تحت حاکمیت کنوانسیون هستند- تلقی شوند.»

(Stoll/Gruber, 2005: ۸۲۴, n. 31).

2. به عنوان مثال در فرض افزایش هزینه‌ها به عنوان مانع اقتصادی؛ ماده ۷۹

۳. رجوع کنید به قسمت «تفسیر سوم: خلا داخلی» در این مقاله.

تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان: ترک فعلِ عمدی

ترک فعلِ عمدی به این معنا که فروض مربوط به هاردشیپ از صلاحیت کنوانسیون مسئنی نیستند ولی کنوانسیون عمدتاً به آنها پرداخته و برای آنها طریق جبرانی پیش‌بینی نکرده است (ترک فعلِ عمدانه، سکوت در مقام بیان یا به تعبیری سکوتِ شایسته و لازم). این تفسیر به این معناست که اگر بعد از انعقاد قرارداد در شرایط بازار تغییراتی رخ دهد که توانن فراردادی را تغییر می‌دهند ولی فاقد شرایط ماده ۷۹ هستند، برای شخصِ متأثر از این تغییرات هیچ طریق جبرانی‌ای موجود نیست؛ به خصوص برای طرفی که قرارداد برای او به‌طور قابل‌توجهی کم منفعت‌تر شده است، هیچ طریق جبرانی‌ای وجود ندارد و در فرض‌های وقوع مانع اقتصادی هم، هیچ طریق جبرانی دیگری غیر از معافیتِ متعهد از مسئولیت، موجود نیست.

در ادامه این قسمت، مؤیدات و دلایل طرفداران این تفسیر مطرح می‌شود و در انتهای به نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان – که خود، نوعی راه ارتباطی به تفسیر سوم (رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاً داخلی) است – پرداخته خواهد شد:

الف) مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان:

به‌نظر می‌رسد دادگاه مدنی مونتزا ایتالیا در رأی ۱۴ ژانویه ۱۹۹۳، سکوت کنوانسیون را یک ترک فعلِ عمدی در رابطه با همه فروض هاردشیپ، ازجمله فروض دشواری بیش‌ازحد، تفسیر کرده است. (Nuova Funcinati SpA (Avv. Bassi, Santamaria) v. Fondmetall International AB (Avv. Bianchi, Ginelli, Rossi), Tribunale Civile di Monza, Italy, 14 January 1993, Journal of Law and Commerce 1995-1996 pp. 153 et seq., CISG-online 540 به قراردادی بین یک فروشنده ایتالیایی و یک خریدار سوئدی بود. بایع کالاهای (کروم آهن) را تحويل نداد و ازجمله «فسخ» قرارداد را به‌علت «دشواری بیش‌ازحد ناگهانی»، مطالبه کرد. بایع به افزایش تقریباً ۳۰ درصدی قیمت کالاهای بعد از انعقاد قرارداد و قبل از تحويل، استناد کرد؛ افزایشی که تعادل قراردادی را مختل و ازنظر او حداقل تعديل ثمن را توجیه می‌کرد. دادگاه حکم کرد که کنوانسیون بر قرارداد إعمال نمی‌شود، ولی اگر اعمال می‌شد هم، هیچ طریق جبرانی‌ای

به دلیل دشواری بیش از حد [بر اساس کنوانسیون]، اعطای نمی‌گردید. ماده ۷۹ کنوانسیون مربوط به حالت‌های دشواری بیش از حد نیست، بلکه مربوط به حالت‌های غیرممکن شدن اجراست. مسائل مربوط به دشواری بیش از حد، بر عکس مثلاً مسائل مربوط به اعتبار [و صحت قرارداد]، به صراحت از قلمرو موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون مستثنی نیستند لذا طبق قوانین داخلی حاکم (در این مورد قانون ایتالیا)، نیز مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرند.

برخی نیز معتقدند که ماده ۷۹ به طور کلی ناظر به حالت‌هایی است که در آنها یکی از طرفین در اجرای تعهدات قراردادی اش با دشواری بیشتری نسبت به آنچه انتظار داشته مواجه می‌شود و لذا بر قانون داخلی مقدم است (Lookofsky, 2005: 442). پس اگر قرارداد تحت حاکمیت کنوانسیون باشد، طرف آسیب‌دیده از تغییرات متعاقب در اوضاع واحوال که شرایط ماده ۷۹ را ندارند، هیچ طریق جبرانی ندارد. طبق مجموعه این استدلالات، اگر شرایط ماده ۷۹ محقق شوند، تنها طریق جبرانی موجود، معافیت از مسئولیت است. این نویسنده‌گان خصوصاً تأکید کرده‌اند که: طبق کنوانسیون هیچ حق ضمنی مبنی بر مطالبه مذاکره مجدد، در فرض هاردشیپ، وجود ندارد (از جمله بیینید: Heuzé, 2000: 425, n. 471; Audit, 1990: 174-175, n. 182).

به هنگام تهیه پیش‌نویس کنوانسیون، پیشنهادهایی مبنی بر اعطای معافیت در حالت‌های دشوار شدن اجرا درنتیجه تغییر اوضاع واحوال وجود داشت که رد شدند و حال نویسنده‌گان فوق الذکر قویاً به این رد و همچنین به این واقعیت که تهیه‌کنندگان کنوانسیون از پرداختن به حالت‌های هاردشیپ امتناع کرده‌اند، استناد می‌کنند. مثلاً کارلسین ادعا می‌کند که «عدم پذیرش یک مقرره [راجع به] هاردشیپ نشان می‌دهد که کنوانسیون هرگز بر آن نبوده است که هاردشیپ در وضعیت مقرر در ماده ۷۹ قرار بگیرد» (Carlsen, 1998: n. IV. D.). تالون نیز معتقد است: «به خصوص با توجه به کارهای مقدماتی کنوانسیون، واضح است که کنوانسیون مفهومی واحد از مانع را برگزیده است و لذا تئوری «تغییر اوضاع واحوال» را در نظر نگرفته است» (Tallon, 1991: 79 ad Article 3.1.2). شونز می‌نویسد: «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حاوی مقرره خاصی که به هاردشیپ بپردازد، نیست. این کنوانسیون از فورس مژور و هاردشیپ هم ذکری به میان نیاورده است. ماده ۷۹ کنوانسیون اعلام می‌دارد که شخص تنها در صورتی از پرداخت

خسارات معاف می‌گردد که نقض قرارداد به خاطر مانع خارج از کنترل او صورت گیرد. تاریخ تدوین این مقرره کاملاً مشخص نیست. در طول آمده‌سازی کنوانسیون، این مسئله که آیا مشکلات (موانع) اقتصادی باید موجب یک استثنا گردد، یکی از موضوعات بسیار بحث‌برانگیز بوده است. با این حال، امروزه تقریباً به اتفاق در تصمیمات داوری و دادگاه‌ها و همینطور در تأییفات پژوهشگران پذیرفته شده است که ماده ۷۹ درواقع، مباحث مربوط به هاردشیپ را تحت پوشش قرار نداده است. (ن. ک. به (به نقل از شونزرا؛ بنایراین، ابتدا و در درجه نخست، هیچ محلی برای متصل شدن به مفاهیم داخلی هاردشیپ وجود ندارد به‌گونه‌ای که هیچ روزنه‌ای در کنوانسیون بیع، نسبت به استناد متعهد به غیرممکن شدن اقتصادی و انطباق قرارداد با اوضاع واحوال تغییریافته وجود ندارد. اگر کسی غیرازاین ادعا کند، یکپارچگی حقوق بیع در بسیاری از زمینه‌های مهم زیر سؤال خواهد رفت. مفاهیم داخلی همچون عقیم شدن هدف، تغییر اوضاع واحوال، اشتباه اساسی، همه آنها باید مورد بررسی و ملاحظه قرار گیرند. با این حال، آن مواردیکه منجر به یک مانع تحت ماده ۷۹ می‌گردد و آن خساراتی که ممکن است شخص متضرر به آن متصل گردد، هنوز از مباحث مورد اختلاف است» (شونزرا، ۱۳۹۲: ۱۳۶-۱۶۷-۱۶۸).

ب) نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان:

نگاه دقیق به کنوانسیون و تاریخچه تهیه آن حاکی از این است که فقدان مقرره‌ای که به صراحة مربوط به هاردشیپ باشد، به دلایل ذیل یک «سکوت مناسب» (سکوت عامدانه) نیست:

- (۱) گرچه در دهمین نشست اولین کمیته همگانی آنسیترال (۲۳ می تا ۱۷ ژوئن ۱۹۷۷) ماده پیشنهادی درخصوص هاردشیپ^۱ رد شد، اما دلایل این عدم پذیرش ارائه نشد.^۲ لذا نمی‌توان گفت

۱. مقررة پیشنهادی چنین بود: «اگر درنتیجه وقایع به خصوصی که بعد از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده‌اند و به وسیله طرفین قابل پیش‌بینی نبوده‌اند، اجرای شروط [قرارداد] منجر به دشواری‌های بیش‌ازحد شود یا هر یک از طرفین را به خسارتمانی ملاحظه تهدید کند، هر طرفی که بدین شکل [از آن وقایع] تأثیر پذیرفته است، حق مطالبه اصلاح شایسته یا فسخ قرارداد را دارد».

۲. گزارش اولین کمیته همگانی آنسیترال در ارتباط با تهیه پیش‌نویس کنوانسیون:

رد این ماده، دلیل قاطعی بر یک قصد عامدانه است مبنی بر اینکه کنوانسیون هیچ طریق جبرانی را به طرف مواجه با هاردشیپ پیشنهاد نمی‌دهد.

همچنین اگر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی قبل از کنوانسیون تصویب می‌شد، شاید می‌شد ادعا کرد که ۱) عبارت تقریباً یکسان بند ۱ ماده ۷۰ کنوانسیون و بند ۱ ماده ۷.۱.۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و ۲) رد شدن مقررهای مانند مواد ۶.۲.۲ و ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، همه باهم شواهدی مبنی بر یک ترک فعلی عمدى هستند؛ ولی چون چاپ نخست اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یک دهه پس از تصویب کنوانسیون بوده است (۱۹۹۴)، نمی‌توان چنین نتیجه‌ای را از عدم پذیرش ماده پیشنهادی گرفت.

۲) در بیست و هفتمین نشست اولین کمیته در وین (۱۹۸۰)، نروژ پیشنهاد ذیل مبنی بر اضافه کردن یک جمله به بند ۳ ماده ۷۹ کنوانسیون را داد: «اگر بعد از رفع مانع، اوضاع و احوال آن قدر اساسی تغییر کرده باشد که حکم به مسئولیت طرف خاطی آشکارا غیرمنطقی باشد، معافیت مؤقتی می‌تواند به یک معافیت دائم تبدیل شود و متعهد از اجرای تعهداتش رهایی یابد» (A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1, Honnold, 1989: 706 and 602, n. 52.).

گرچه این پیشنهاد در کمیته رد شد، ولی بسیاری از نمایندگان کشورها صریحاً از آن حمایت کردند^۱ و یکی از نمایندگان نیز به هنگام بازنویسی پیشنهادها، علت مبنایی پیشنهاد را تأیید کرد.^۲

A/32/17, Annex I, nn. 458-460; reprinted in UNCITRAL YM 1977, Vol. VIII, A/CN.9/SER.A/1977, p. 57, nn. 458-460.

۱. بر اساس رد این پیشنهاد، «در طی اولین سالهای پس از لازم‌اجرا شدن کنوانسیون، برخی پژوهشگران استدلال می‌کردند که هیچ‌جایی برای اینکه هاردشیپ تحت ماده ۷۹ بررسی شود، وجود ندارد». (شونز، ۱۳۹۲: ۱۳۶-۱۳۷)

۲. نمایندگان بریتانیا، هلند، استرالیا، ایتالیا و ایالات متحده آمریکا. (Honnold, 1989: 602, n. 56).

۳. نماینده آلمان ایده مبنای جمله دوم پیشنهاد را تأیید و پیشنهاد کرد که ماده به این شکل بازنویسی شود: «به طرفی که از مانع تأثیر پذیرفته [...] حق فسخ قرارداد» اعطای گردد. (Ibid: 602, n. 57)

مخالفان پیشنهاد هم دو دلیل داشتنند: ۱) تردید در اینکه معافیت از مسئولیت به پرداخت خسارات، در فرضهای تغییر اوضاع واحوال، راه حل مناسبی باشد؛ ۲) مقرره پیشنهادی احتمالاً نمی‌توانست همه مسائل مربوط به فرضهای هاردشیپ را حل و فصل کند و منجر به بروز مشکلات بیشتر شود.^۲

لذا نمی‌توان از رد شدن پیشنهاد نروژ، قصد تهیه کنندگان کنوانسیون بر سکوت در مورد فروض هاردشیپ، به خصوص قصدی مبنی بر اینکه هیچ طریق جبرانی ممکن نباشد، را استنتاج کرد (CISG_AC Opinion NO. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, n. 30; Garro, 2007: 236 et seq., n. IV.12; Bund, 1997-1998: 392-393).

۳) نمی‌توان انکار کرد که تهیه کنندگان پیش‌نویس با جایگزین کردن واژه «مانع» با «اوضاع واحوال»^۳ قصد داشتنند مواردِ موجِ معافیت را محدود کنند. نگرانی آنها این بود که: استناد به واژه «اوضاع واحوال» به یک طرف اجازه می‌داد که خیلی راحت از انجام تعهد معاف شود، و

۱. مثلاً نماینده آرژانتین «به این دلیل با پیشنهاد مخالفت کرد که منجر به بی‌عدالتی می‌شد»؛ در فرضی که مبنای قرارداد به طور اساسی تغییر یافته، «نتیجه به جای معافیت از مسئولیت برای یک طرف، باید بازنگری منصفانه قرارداد باشد.» (Ibid: 603, n. 60)

۲. نماینده ژاپن اشاره کرد که «از ایده مبنای پیشنهاد حمایت می‌کند ولی تردیدهایی درمورد عاقلانه بودن افزودن آن [پیشنهاد] به کنوانسیون دارد با توجه به دشواریهای بسیاری که با خود به همراه دارد.» (Ibid: 603, n. 64) از نظر نماینده عراق نیز «پیشنهاد، بیشتر از مشکلاتی که حل می‌کند، ممکن است مشکلاتی را ایجاد کند. مثلاً طرفی که مانع موقتی را تحمل می‌کند، ممکن است تحریک شود که آن مانع را به نفع خودش طولانی کند.» (Ibid: 603, n. 66) نماینده سوئیس نیز به این دلیل با پیشنهاد نروژ مخالفت کرد که «آن پیشنهاد فقط بخشی از مسئله را موردنوجه قرار داده، ... در حالیکه ممکن است عوارضی جدی‌تر دیگری وجود داشته باشد.» (Ibid: p. 602, n. 58)

۳) فقط یک نماینده (فرانسه) اظهار کرد که پیشنهاد به این دلیل باید رد شود که «در آن، مانع غیرممکن کننده اجراء بسیار متفاوت از فورس مازور و خیلی نزدیک به تئوری تغییر اوضاع واحوال (The théorie de l'imprévision) در حقوق فرانسه و دکترین عقیم شدن در حقوق آنگلوساکسون، بوده است.» با توجه به اینکه حقوق فرانسه در آن زمان تئوری تغییر اوضاع واحوال را در امور غیر اداری شناسایی نمی‌کرد، این نظر تعجب آور نبود. (Ibid: 602, n. 59)

۴) ماده ۷۹ CISG را با ماده ۷۴ ULIS که سابق بر آن است و در آن واژه «مانع» به کار رفته است، مقایسه کنید.

همچنین موجب از بین رفتن مفهوم «اجرایی که به طور غیرمنتظره دشوار شده است»، UNCITRAL YB 1974, Vol. V, p. 39, n. 108, Honnold, 1989: 185; CISG-AC می‌شد) Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, fn. 33; Honnold, 2009: 627, n. 432.2 ad Article 79 CISG; Rimke, 1999-2000: 222. ولی این جایگزینی به این معنا نیست که در فرضهای وقوع تغییرات اساسی در اوضاع واحوال، هیچ طریق جبرانی‌ای نباید اعطا شود (UNCITRAL YB 1974, Vol. V, p. 39, n. 108, Honnold, 1989: 185). منتها، تاریخچه قانون‌گذاری و تهییه پیش‌نویس ماده ۷۹ نشان می‌دهد که تهییه کنندگان پیش‌نویس، بر سر طرق جبرانی در فروض هاردشیپ، به توافق نرسیده‌اند.

پس نمی‌توان ادعا کرد که چون ماده ۷۹ معافیت به دلیل افزایشی دشواری (مانع اقتصادی) را اجازه می‌دهد، به طور کامل به همه فرضهای تغییر اوضاع واحوال مربوط است. به خصوص گرچه به نظر می‌رسد طریق جبرانی معافیت طبق ماده ۷۹، در فرضی کاهش غیرمنتظره سودمندی در اثر تغییر غیرقابل پیش‌بینی در اوضاع واحوال، نامناسب است (چون در چنین فرضهایی هیچ مانع وجود ندارد)، ولی نمی‌توان از تاریخچه تهییه پیش‌نویس کنوانسیون استنبط کرد که در این فروض، متضرر حق توصل به هیچ طریق جبرانی‌ای را ندارد. مسلماً تهییه کنندگان پیش‌نویس بر آن نبوده‌اند که یک راه حل عام برای همه حالت‌های تغییر اوضاع واحوال ایجاد کنند که در نگاه نخست، به نظر نوعی عدم قانون‌گذاری عامدانه می‌رسد؛ اما حذف واژه «فقط» از بند ۳ ماده ۷۹ حاکی از این است که آنها پیش‌بینی می‌کرده‌اند که: مجبور کردن طرفین به اجرای قرارداد طبق

۱. پایه منطقی و تاریخچه تهییه پیش‌نویس ماده ۷۹ مانع اعمال خود به خودی بند ۵ این ماده از طریق قیاس بر همه حالت‌های هاردشیپ - از جمله حالت‌های کاهش سودمندی - می‌شود. تنها حالت‌های وقوع مانع اقتصادی بر اجرا (یعنی افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا) می‌تواند معافیت متعهد از مسئولیت برای عدم اجرا، را توجیه کند. البته گبریل در مخالفت با این نظر می‌نویسد: «ماده ۷۹ [...] مبنای ای را برای دفاعهای (۱) عقیم شدن هدف [...] و (۲) غیرممکن شدن، فراهم می‌کند»؛

(Gabriel, 1996-1997: 280)

۲. این ماده مقرر می‌کرد: «معافیت مقرر به وسیله این ماده فقط برای دوره‌ای که مانع وجود دارد نافذ است».

شروط توافق شده در ابتدای انعقاد قرارداد، در فرضهای کاهش چشمگیر ارزش اجرا، ممکن است منطقی نباشد.

هانولد موضع صریحی در این خصوص ندارد؛ او از یک طرف تصدیق می‌کند که یک تغییر اقتصادی می‌تواند در موارد شدید مانع ایجاد کند و در چنین حالت‌هایی تنها طرق جبرانی پیشنهادشده در ماده ۷۹ موجودند: «تئوری متمایل به هاردشیپ که به اجرای تعديل شده قراردادی که از نظر اقتصادی دچار اختلال شده، معطوف است، [...] باید در قراردادهای تحت حاکمیت کنوانسیون، اعمال شود. [...] ماده ۷۹ به طور جامع اثرات تغییر اوضاع واحوال بر تعهدات طرفین را تنظیم می‌کند و [لذا] باید درمورد این مسئله بر قواعد داخلی، مقدم تلقی شود» (Honnold, 2009: 629-630, n. 432.2 ad Article 79 CISG).

با این وجود او اعتراف می‌کند که: هیچ ترک فعلی عامل‌هایی در کنوانسیون درمورد فرض‌های کاهش ارزش اجرا وجود ندارد. از نظر او احتمال دارد خلأی در کنوانسیون درمورد این حالات وجود داشته باشد یعنی این حالات تحت حاکمیت کنوانسیون هستند لیکن کنوانسیون به صراحة در مورد آنها قاعده‌ای وضع نکرده است و لذا بایستی طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، در پرتو اصول عام مبنای کنوانسیون، مورد بررسی قرار گیرند، به خصوص اصول مقرر در ماده ۷۹ (Honnold, 2009: 622, n. 427 ad Article 79 CISG). او در نهایت نتیجه می‌گیرد که: «اصول مبنایی ماده ۷۹ حاکی از این هستند که معافیت از مسئولیت برای پرداخت خسارات تنها در صورتی قابل اعطاست که درنتیجه وقایعی خارج از کنترل طرف مدعی برائت، کاهش ارزش شدیدی (حدّ نهایی کاهش کامل) به وجود آمده باشد؛ [و البته] آن وقایع از جمله وقایعی بوده باشد که به طور منطقی نمی‌شده از طرف انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آنها را موردنوجه قرار دهد و از نتایج آن اجتناب کند یا بر آنها فائق آید» (Honnold, 2009: 622, n. 427 ad Article 79 CISG). لذا از نظر هانولد در تدوین کنوانسیون ترک فعل و سکوتی عامل‌های صورت نگرفته است.

بنابراین نباید از سکوت کنوانسیون چنین استنباط کرد که: برای طرفی که درنتیجه تغییر در اوضاع واحوال، از کاهش چشمگیر ارزش اجرا ضرر می‌کند، هیچ طریق جبرانی‌ای وجود ندارد، و

تنها طریق جبرانی در حالت‌های افزایش دشواری، طریق جبرانی مذکور در ماده ۷۹ (برایت متعهد) است (CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 (of the CISG, n. 27

تفسیر سوم: رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاً داخلی

برطبق این تفسیر یک خلاً داخلی درمورد فرضهای کاهش ارزش و به‌طور کلی‌تر، درمورد طرق جبرانی موجود برای طرف مواجه با هاردشیپ، در کنوانسیون وجود دارد (Garro, op.cit.: n. 15). خلاً داخلی یعنی مسئله طرق جبرانی در فرضهای هاردشیپ، مسئله‌ای تحت حاکمیت کنوانسیون هست ولی به صراحت در کنوانسیون حل و فصل نشده است، بدون اینکه تهیه کنندگان کنوانسیون عامدانه چنین کرده باشند. اگر این تفسیر را بپذیریم، باید دید چطور می‌توان این خلاً را پُر کرد. تمرکز بر فرضهای افزایش اساسی هزینه‌های اجرا پس از انعقاد قرارداد است (در مقابل فرضهای کاهش ارزش). باید مشخص شود که آیا طریق جبرانی دیگری غیر از معافیت از مسؤولیت وجود دارد یا خیر؛ به خصوص آیا زیان دیده حق مطالبه مذاکره مجدد، یا تعديل قضایی، یا تعديل به حکم داور، یا فسخ قرارداد را دارد؟ در پاسخ باید سه مرحله را بررسی کرد:

الف) ابتدا باید وجود ۱- توافقی احتمالی میان طرفین، چه صریح و چه ضمنی (ماده ۸ کنوانسیون) و نیز ۲- هر معامله سابقی که می‌توانسته بین طرفین رویه ایجاد کرده باشد را جستجو کرد (Schwenzer/Hachem, 2005: p. 135, n. 31 ad Article 7).^۱ زیرا طبق بند ۱ ماده

۱. «در حالت‌های ذیل، باید فرض را بر این گذاشت که طرفین امکان یا عدم امکان مذاکره مجدد یا تعديل قضایی/ادواری قرارداد را پیش‌بینی کرده‌اند: اگر طرفین «۱- یک شرط هاردشیپ تجویز کننده مذاکره مجدد یا تعديل قرارداد را در قراردادشان درج کرده باشند [...]؛ ۲- به صورت ضمنی یا صریح بر استثنا شدن اعمال کلی کنوانسیون یا صرفاً ماده ۷۹ کنوانسیون و یا اعمال قانونی که بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی محل رسیدگی (یا بر اساس قواعد تعارض قوانینی که داوران اعمال می‌کنند) حاکم است، و امکان مذاکره مجدد یا تعديل قرارداد را مقرر می‌کنند، توافق کرده باشند [...]؛ ۳- (به خصوص در قراردادهای مشمول داوری) اعمال شدن PECL یا اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به صورت انحصاری [...] یا اعمال شدن اصول قراردادهای

۹ کنوانسون «طرفین به رعایتِ هر عرف و عادتی که [قبلًاً] مورد توافق قرار داده‌اند و هر رویه‌ای که بین خودشان برقرار کرده‌اند، ملزم‌اند».^۱

ب) اگر توافق یا رویه و عادتی بین طرفین وجود نداشته باشد، باید بررسی شود که آیا «عرف و عادتی که طرفین نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا باید وقوف می‌داشتند و در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده است و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارتِ خاص به‌طور منظم آنها را رعایت می‌کنند»^۲ وجود دارد. در صورت وجود «فرض بر این است که طرفین این عرف و عادت را به نحو ضمنی بر قرارداد فرمایین یا انعقادِ آن حاکم ساخته‌اند، مگر اینکه به نحو دیگری توافق کرده باشند».^۳

ج) در صورت نبود عرف تجاری قابل اعمال، خلاً کنوانسیون در مرور فرضهای هاردشیپ، باید طبق بند ۲ ماده ۷ این کنوانسیون پُر شود: «مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت

تجاری بین‌المللی [...] به عنوان مکمل قانون حاکم بر قرارداد، را مقرر کرده باشند [...]؛»^۴ (در قراردادهای مشمول داوری) به داوران اجازه داده باشند که از روی انصاف یا کخدمانشانه عمل کنند، یا حکم‌شان را بر اساس قواعد حقوقی ای استوار سازند که متعلق به هیچ قانون داخلی خاصی نیست [...] به شرطی که] قواعدی از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یا PECL که به تغییر اوضاع واحوال مربوط هستند، را اصول پذیرفته شده به صورت عام بدانیم». (Flambouras, 2001: 290-292)

۱. در مورد رویه‌های برقرارشده بین طرفین، تکرار و استمرار، لازم است.

(Schwenzer/Fountoulakis, 2007: 93; Schmidt—Kessel, 2005: 186, n. 8 ad Article 9). «سباق اجرا باید یک انتظارِ موجه را مبنی بر اینکه طرفین آن رویه را به همان شکل در آینده ادامه خواهند داد، ایجاد کرده باشد. [...] لذا لازم است که طرفین اجرایشان را به عنوان یک رویه شناسایی کرده باشند».

(Schmidt—Kessel, 2005: 186, n. 8 ad Article 9)

۲. انتهای بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون.

۳. ابتدای بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون. «طبق بند ۲ ماده ۹ برای توجیه این نتیجه که: طرفین بر آن [عرف و عادت] وقوف داشته‌اند یا می‌باشند وقوف می‌داشتند، عرف و عادت باید برای یک دوره زمانی به‌طور منظم رعایت شده باشد». (Honnold, 2009: 173, n. 120.1 ad Article 9 CISG). یعنی رعایت کردن آن عرف و عادت باید از نظر زمانی آنقدر طول بکشد که بتوان گفت که با توجه به طی شدن این مدت و رعایت شدن آن عرف به‌طور منظم، طرفین حتماً از آن آگاه بوده‌اند یا باید آگاه می‌بوده‌اند. همان‌طور که کروگر می‌نویسد، «یک عرف باید راهش را به روابط قراردادی -در حدود و از طریق اصل استقلال اراده واقعی فرضی یا ضمنی طرفین- پیدا کند». (Krüger, 1999: 239 et seq., n. 5.2.a)

کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها به صراحت در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی ای که کنوانسیون مبتنی بر آنهاست^۱ و در صورت فقدان این گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهند شد.^۲

بنابراین در همه فرضهای تحت حاکمیت کنوانسیون، اگر بتوان از اصول کلی مبنای کنوانسیون راه حلی را برای مسائل مربوط به هاردشیپ بیرون کشید، این اصول بر نظریه‌های داخلی^۳ مقدم می‌شوند. (Momberg & Rodrigo, 2011: 236) تنها اصولی که «جزء ارکان کنوانسیون» هستند می‌توانند «اصول کلی مبنای کنوانسیون» تلقی شوند. (Brandner, 1999: n.) Ibid: n. II.B.4.a.; Magnus, 1995: Vol. 50, 4.a.; Felemegeas, 2000-2001: 115 et seq., Chapter 4, 3.c and 5.a. باید از تفسیری از کنوانسیون استنتاج شوند که نه فقط با الزامات بند ۱ ماده ۷ مطابق باشد^۴ بلکه به نیازهای مربوطه تجارت بین‌الملل هم پاسخ بدهد. (Veneziano, 2010: 142-143) اصول کلی مبنای کنوانسیون عبارتند از:

۱. یا طبق نسخه فرانسوی کنوانسیون، اصولی که کنوانسیون «مُلهم از آنهاست» (don't elle s'inspire) اعمال مقررات خاصی از کنوانسیون از طریق قیاس و استنتاج کردن اصول کلی از کنوانسیون، طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، روش‌های مکمل پُر کردن خلاً هستند. بیینید: Felemegeas, 2000-2001: Chapter 4, 3.c; Honnold, 2009: 51, n. 47
۲. ماده ۱۷ ULIS پُر کردن خلاً، به وسیله قواعد متحده‌الشكل حاصله از اصول کلی مبنای آن قانون (ULIS) را مقرر کرده بود، ولی اجازه متولی شدن به قوانین داخلی را نمی‌داد. لکن طبق CISG استناد کردن به قانون داخلی، آخرین چاره است. بیینید: Felemegeas, 2000-2001: Chapter 4, 1; Schwenzer /Hachem, 2005: 22, n. 10 ad Article 1-6.
۳. مثل eccevisa onerositá sopravvenute در حقوق آلمان و Wegfall der Geschäftsgrundlage در حقوق ایتالیا.
۴. مثلاً اصل «استقلال طرفین» در ماده ۶
۵. بند ۱ ماده ۷: «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود».

(۱) اول و از همه مهم‌تر، اصل حسن نیت^۱، که نه فقط به تفسیر کنوانسیون مربوط می‌شود^۲، بلکه بر رفتار طرفین دررونده قراردادشان هم حاکم است.^۳

(۲) اصل معقولیت^۴، که یک «ضابطه کلی برای ارزیابی رفتار طرفین است و در صورت فقدان مقرره به خصوص می‌توان به آن متوصل شد» (Bonell, 1987: 81, n. 2.3.2.2 ad Article 7).

۱. اصل حسن نیت (good faith) مبنای چندین ماده کنوانسیون است. مثلاً بند ۱ ماده ۸، بند ۲ ماده ۴۶، ماده ۷۷؛ مقرراتی که سوءاستفاده را منع می‌کنند (مثلاً بند ۳ ماده ۳۵، ماده ۴۰، انتهای ماده ۶۸) موادی که عمل برخلاف رفتار قبلی را منع می‌کنند (عمل متناقض با عمل قبلی؛ مثلاً قسمت b بند ۲ ماده ۱۶ و بند ۲ ماده ۲۹ کنوانسیون (انتهای بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون را ببینید))؛ و مقرراتی که به طرفین دستور می‌دهند که معقولانه عمل کنند. ببینید:

Schlechtriem/Butler, Op. cit.: 52, n. 48; Schwenzer/Hachem, 2005: 136, n. 32, fn. 106 ad Article 7.

۲. همان طور که خوانش تحتاللفظی از بند ۱ ماده ۷ حاکی از این امر است.

۳. به عنوان مثال ببینید:

SARL BRI Production “Bonaventure” v. Société Pan African Export, Cour d’appel, Grenoble, France, 22 February 1995, CISG-online 151; HCCI Award of 17 November 1995, CISG-online 250; Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp., 789 F. Supp. 1229 (SDNY 1992), CISG-online 45; ICC Award in Case n. 11849, 2003, CISG-online 1421; Dulces Luisi, SA de CV v. Seoul International Co. Ltd. Y Seolia Confectionery Co., Mexican Commission for the Protection of Foreign Trade, Mexico, Award of 30 November 1998, CISG-online 504; SO. M. AGRI sas di Ardina Alessandro & C. v. Erzeugerorganisation Marchfeldgemüse GmbH & Co. KG, tribunal of Padova, Italy, 25 February 2004, CISG-online 819. See also: Secretariat Commentary on Article 6 of the 1978 Draft (draft counterpart of Article 7 (1) CISG); Magnus, 1995: n. 5.b; Magnus, 1998: 91 et seq.; Bonell, 1987: 84-85, n. 2.4.1 ad Article 7; Schlechtriem/Butler, 2009: 52, n. 48; Zeller, 2000: 97; Herber, 2005: p. 61, n. 7 ad Article 7; Zeller, 2003: Chapter 4, 1.b.

به عنوان نظر مخالف، ببینید: Farnsworth, 1995: 56

۴. اصل معقولیت (reasonableness)، بین کنوانسیون و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مشترک است (Carvalhal, 2006: s. III.1.4.) و در بند ۲ ماده ۸، قسمت b بند ۲ ماده ۱۶، بند ۲ ماده ۱۸، ماده ۳۴، ماده ۳۶، قسمت a بند ۲ ماده ۳۵، بند ۳ ماده ۳۸، بند ۱ ماده ۳۹، بند ۱ ماده ۴۳، بند ۱ و ۲ ماده ۴۸، بند ۲ ماده ۴۹، قسمت b بند ۲ ماده ۶۳، ماده ۶۵، بند ۲ ماده ۷۲، ماده ۷۵، بند ۲ ماده ۷۶، مواد ۷۷، ۷۸، ۸۵، ۸۶، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۰، ۹۱ و ۹۲ ماده ۸۸، کنوانسیون قرار داده شده است. در خصوص «معقولیت» به عنوان یک اصل کلی مبنای کنوانسیون، ببینید: Magnus, 1995: n. 5; Ferrari, 1994-1995: 225; Ferrari, 1998: 174; Herber, 2005: 67, n. 38 ad Article 7.

۳) وظیفه کلی به همکاری کردن؛^۱ طبق این اصل طرفین باید در برداشتن گامهای لازم برای اجرای قرارداد، باهم معاضدت کنند (Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.; Magnus, 1995: n. 5.b; Kritzer, 1989: 115).

۴) وظیفه به همکاری، به اصل استحکام قرارداد مرتبط است.^۲ طبق این اصل، «در صورت امکان باید راه حلی در جهت بقای قرارداد به شکل معتبر و علیه فسخ شتاب آمیز قرارداد از سوی یکی از طرفین، اتخاذ شود» (Bonell, 1987, pp. 84-85, n. 2.4.1 ad Article 7).

۵) وظیفه به تخفیف خسارات،^۳ که بر اساس آن هر یک از طرفین باید همه اقدامات لازم برای کاهش خسارت واردہ به خودش را اتخاذ کند و از مطالبه خساراتی که می‌توانسته از آنها اجتناب کند، محروم است.

حق مطالبه مذاکره مجدد در صورت وقوع هاردشیپ طبق کنوانسیون را می‌توان از ادغام این اصل کلی، استنباط کرد. طرفین باید با حسن نیت، طبق استانداردهایی متعارف از نظر عینی، برای بازگرداندن توازن قراردادی و ممکن ساختن اجرای قرارداد، مذاکره مجدد کنند (CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, n. 5, n. ۸۲۴۰; Schwenzer, 2008: 721; Brunner, Op. cit.: 394 and 480; Stoll/Gruber, 2005: 32 ad Article 79; Stoll, 1998: 618, n. 40 ad Article 79). این هدف (توازن قراردادی) از اعمالی مطلق اصل لزوم و فای به عقد در حالتهای هاردشیپ، مهمتر است. لذا اصول کلی مبنای

برای تعیین اینکه چه چیزی طبق کنوانسیون «معقول» است، ببینید:

Magnus, 1995: n. 5.b.; Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.

۱. وظیفه به معاضدت (cooperate) در موادی از کنوانسیون مثل بند ۳ ماده ۳۲ و قسمت a ماده ۶۰ آمده است.

۲. اصل استحکام قرارداد، به عنوان مبنای کنوانسیون به عنوان مثال در بند ۲ ماده ۱۹، ماده ۲۵، ماده ۲۶، ماده ۳۷، ماده ۴۷، ماده ۴۸، ماده ۵۱، ماده ۵۰، ماده ۵۳، ماده ۴۹ و ماده ۴۶ مقرر شده است. ببینید:

Brandner, 1999; Torsello, 2005: 55; Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.; Schwenzer/Hachem, 2005: 138, n. 35 ad Article 7; Magnus, 1995: n. 5.b.

۳. وظیفه طرفین به کاهش دادن خسارات (mitigate losses)، به صراحت در ماده ۷۷ کنوانسیون وضع شده ولی از دیگر مواد مانند ماده ۸۵، بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۶، و بند ۲ ماده ۸۸، نیز قابل استنباط است.

کنوانسیون راه حلی را ارائه می کنند که به نیازهای طرفین در حالتهای وقوع هاردشیپ، پاسخ می دهد (Veneziano, 2010: 147-148).

به عنوان مؤید می توان به حکم دادگاه عالی بلژیک اشاره کرد. دادگاه برای پُر کردن خلاصه داخلی کنوانسیون درمورد حالتهای هاردشیپ، به بند ۲ ماده ۷ استناد کرد و این طور نتیجه گرفت: طرفی که با افزایش چشمگیر هزینه های اجرا مواجه می شود، می تواند مطالبه مذاکره مجدد کند Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van Cassatie (Supreme Court), (Belgium, 19 June 2009, CISG-online 1963). دعوا بین یک خریدار هلندی و یک فروشنده فرانسوی بود که چندین قرارداد فروش لوله های فولادی برای استفاده در ساخت داربست های فلزی، را منعقد کرده بودند. این قراردادها حاوی هیچ گونه شرطی مبنی بر تعديلی ثمن نبودند. بعد از انعقاد قراردادها، قیمت فولاد به طور غیرمنتظره ای حدود ۷۰ درصد افزایش پیدا کرد. فروشنده تلاش کرد که ثمن را افزایش دهد اما خریدار قیمت جدید را نپذیرفت. دادگاه بدین تصدیق کرد که افزایش پیش بینی نشده قیمت، یک عدم توازن جدید را در قرارداد ایجاد کرده و اجرای قرارداد با قیمت قراردادی، به بایع آسیب می رساند ولی با این استدلال که: کنوانسیون (مقرره حاکم بر قرارداد) به صراحت مسئله تغییر ناگهانی اوضاع واحوال را مورد بحث قرار نداده، حقی برای بایع مبنی بر مذاکره مجدد درخصوص ثمن را شناسایی نکرد. دادگاه برای رسیدگی به مسئله از استناد به قانون داخلی نیز استنکاف و ذکر کرد که طرفین اگر می خواستند که قرارداد را با اوضاع واحوالی – که بایع می توانسته یا می بایست آنها را پیش بینی کند- سازگار (تعديل) کنند، بایستی بر شرط تعديل ثمن توافق می کردنند. [پس چون طرفین بر شرط تعديل ثمن توافق نکرده اند، پس نمی خواسته اند که قراردادشان با شرایط جدیدی که در آینده ایجاد خواهد شد تغییر کند] (Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S., Rechtbank van Koophandel, Tongeren, Belgium, 25 January 2005, CISG-online 1106).

اما این حکم به وسیله دادگاه تجدیدنظر نقض شد؛ دادگاه اخیر با ارجاع به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اعلام کرد که مسئله هاردشیپ باید طبق قانون داخلی (قانون فرانسه) رسیدگی می شد Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van Beroep (Court of Appeal), (Antwerpen, preliminary decision of 29 June 2006, final judgment of 15 February 2007,

دادگاه مقرر کرد که حتی اگر قانون فرانسه طرق جبرانی‌ای را در حالتهای هاردشیپ مقرر نکند (یعنی قانون فرانسه تئوری تغییر اوضاع و احوال را مورد شناسایی قرار ندهد)^۱، باز هم در شرایط خاص، این قانون وظیفه به مذاکره مجدد قرارداد را براساس اصل کلی حسن نیت، مقرر می‌کند. بنابراین دادگاه با ادعای متقابل بایع مبني بر دریافت مبلغی به عنوان ثمن بیشتر، موافقت کرد. دادگاه عالی حکم تجدیدنظر را با تصدیق حق بایع به مطالبه مذاکره مجدد درمورد ثمن، اما با استدلالی متفاوت تأیید کرد. دیوان عالی، اعمال قانون داخلی فرانسه را رد و چنین حکم کرد: خلأی در کنوانسیون وجود داشته که باید طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، به وسیله اصول کلی تجارت بین‌الملل، پُر شود. اینکه بند ۱ ماده ۷۹ کنوانسیون به صراحت در مورد حالتهای فورس ماژور- به عنوان مانع که معافیت را توجیه می‌کند- است، به طور ضمنی ارتباط هاردشیپ به این ماده را استثنای نمی‌کند. اوضاع و احوال تغییریافته‌ای که در زمان انعقاد قرارداد به طور منطقی قابل پیش‌بینی نبوده‌اند و بی‌شک سنگینی بار اجرای قرارداد را به طور نامناسبی افزایش می‌دهند، می‌توانند تحت شرایطی یک مانع را در مفهوم [بند ۱ ماده ۷۹] کنوانسیون شکل دهند. دیوان عالی برای پُر کردن خلأ کنوانسیون، به اصول کلی حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل- که از جمله در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی درج شده‌اند- توجه کرد و نتیجه گرفت که: طرفی که ادعا می‌کند که تغییر در اوضاع و احوال به طور اساسی توازن قرارداد را مختل کرده، حق مطالبه مذاکره مجدد قرارداد را داشته است (Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van Cassatie, Belgium, 19 June 2009).

درخواست مذاکره مجدد باید در زمانی متعارف پس از آگاه شدن زیان‌دیده (متعهد) از وقوع تغییر در اوضاع و احوال و اثرات آن بر قرارداد انجام شود و در آن دلایلی که درخواست بر اساس آنها مطرح می‌شود، ذکر گردد تا طرف مقابل بتواند بررسی کند که آیا مذاکره مجدد قرارداد، موجه

۱. این تئوری (Imprévision) در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه (۲۰۱۶) در مورد قراردادهای خصوصی نیز پذیرفته شد.

است یا خیر^۱. اگر متعهدلله از انجام مذاکره استنکاف کند یا آنرا با حسن نیت انجام ندهد، متعهد نمی‌تواند خسارت دریافت کند، ولی این امر می‌تواند به هنگام تخصیص هزینه‌های دادرسی، به وسیله مرجع تصمیم‌گیرنده موردنوجه قرار گیرد (Brunner, Op. cit.: 483).

اگر مذاکره با شکست مواجه شود، با قیاس از ماده ۵۰ کنوانسیون می‌توان حق مطالبه تعديل قضایی قرارداد را استنباط کرد.^۲ شلختریم در نظر جالبی بیان می‌کند: «طريق جبرانی تقلیل ثمن مندرج در ماده ۵۰ کنوانسیون، یک نوع تعديل قرارداد برای بازگرداندن توازن مختل شده بین اجرا از یک طرف و تعهد از طرف دیگر، است» (Schlechtriem, 1999: 237; See also: Garro, Op. cit.: n. IV. 16).^۳ مرجع تصمیم‌گیرنده، در تعديل و تطبیق قرارداد با اوضاع واحوال جدید باید تلاش کند که به هرگونه تخصیص ریسک از جانب طرفین (چه صریح و چه ضمنی)، توجه کند؛^۴ در صورت شکست مذاکرات مجدد، متعهد حق ندارد قرارداد را فسخ شده اعلام کند (Azeredo da Silveira, 2000: 345, n. 520). هیچ اصل کلی مبنای کنوانسیون به مرجع تصمیم‌گیرنده اجازه نمی‌دهد که قرارداد را به درخواست متعهد خاتمه دهد.^۵

۱. بند ۴ ماده ۷۹ کنوانسیون از طریق قیاس و نیز جمله دوم بند ۱ ماده ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی.

۲. ماده ۵۰ کنوانسیون: «اگر کالای تسليم شده منطبق با قرارداد نباشد اعم از اینکه ثمن قبلًا تأديه شده یا نشده باشد، مشتری می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسليم شده در روز تسليم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسليم دارا می‌بوده است، ثمن را تقلیل دهد؛ مع هذا هرگاه باع مطابق مواد ۳۷ یا ۳۸ هر نوع قصور در ایفای تعهدات خود را جبران کند یا اگر مشتری مطابق مواد مذکور از قبول انجام تعهد باع خودداری ورزد، مشتری نمی‌تواند ثمن را کاهش دهد». برای مطالعه نظراتِ مخالف، ببینید: Tallon, 1991: 592, n. 3.1 ad Article 79; Rimke, 1999-2000: 240

۳. مولرچن نیز اشاره می‌کند که «تقلیل ثمن [...] نه خسارت است و نه فسخ جزئی قرارداد، بلکه تعديل قرارداد است». (Müller-Chen, 2005: 771, n. 1 ad Article 51)

همان طور که بروнер مذکور شده است، «به نظر می‌رسد که اختیار دادگاه به تعديل کردن قرارداد مناسب باشد، چون این [طريق جبرانی]-از نظر متعهدلله، در قیاس با [طريق جبرانی] معافیتِ متعهد با فسخ قرارداد- یک نتیجه حقوقی ملایم‌تر و کمتر مختل‌کننده است» (Brunner, op. cit.: 218).

۴. بروнер نیز می‌نویسد: «تعديل باید محدود به آن چیزی شود که لازم است تا اجرا را برای زیان‌دیده تحمل پذیر کند». (Brunner, Ibid: 394 and 499)

۵. برای نظر مخالف، ببینید: صفری، پیشین: ۱۳۱-۱۳۵.

نتیجه‌گیری:

مطالعه تاریخچه تهیه و تصویب کنوانسیون، روش می‌کند که خلأی داخلى در کنوانسیون در ارتباط با فرض افزایش دشواری یا کاهش قابلیت سوددهی قرارداد (البته اگر به طور اساسی توازن قراردادی را از بین ببرد)، وجود دارد. برای پر کردن این خلأ تفاسیر مختلفی از سوی حقوق‌دانان مطرح شده است:

طبق تفسیر نخست، خلأ خارجی به این معناست که فرضی از هاردشیپ که در قلمرو ماده ۷۹ قرار نمی‌گیرند، خارج از محدوده موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون هستند و باید طبق قانون داخلی حاکم، حل و فصل شوند. اما مشکل تفسیر مذکور این است که کنوانسیون برای حالتهای غیرممکن شدن یا بیش از حد دشوار شدن اجرا در اثر یک مانع راه حل متحداً‌شکلی را مقرر کرده، پس چطور می‌تواند در فرض مشابه یعنی افزایش قابل‌توجه دشواری یا کاهش قابل‌توجه سودمندی ارزشی اجرا را از حاکمیت خود خارج کرده باشد؟

تفسیر دوم، عدم استثنای فرض هاردشیپ از کنوانسیون و عدم پیش‌بینی طریق جبرانی برای آنها در کنوانسیون را مقرر می‌کند که به دلایل ذیل نمی‌تواند تفسیر مناسبی باشد: رد ماده پیشنهادی درخصوص هاردشیپ، دلیل قاطعی بر این نیست که کنوانسیون به صورت عامدانه هیچ طریق جبرانی را برای طرف مواجه با هاردشیپ مقرر نمی‌کند و حمایت نمایندگان بسیاری از کشورها از ماده پیشنهادی نیز مؤید همین امر است. لذا تاریخچه قانون‌گذاری ماده ۷۹ نشان می‌دهد که تهیه کنندگان پیش‌نویس فقط نتوانسته‌اند بر سر طرق جبرانی در فرض هاردشیپ، به توافق برسند.

بررسی نظرات جدید مفسران کنوانسیون، تفسیر سومی را پیش رو می‌نهد و نشان می‌دهد که برای پر کردن این خلأ، گرایشی فزاینده و قوی به استفاده از اصول مبنایی کنوانسیون (مانند اصول حسن نیت، معقولیت، وظیفه به معاهدت، استحکام قرارداد و ...) وجود دارد؛ بر اساس این اصول، علی‌رغم سکوت کنوانسیون، متعهد اگر با وقوع غیرقابل‌پیش‌بینی افزایش هزینه‌ها یا کاهش سودمندی اجرا مواجه شود، حق دارد که مذاکره مجدد قرارداد یا تعديل قرارداد به حکم دادگاه را مطالبه کند.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی:

- بنایی اسکوئی، مجید، (۱۳۹۲)، «تعديل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان، دوره ۴، ش ۱، صص ۴۱-۶۱.
- فورت، آ.د.م، (۱۳۷۱)، «بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادهای تجاری»، ترجمه دکتر حسین میرمحمدصادقی، مجله تحقیقات حقوقی - دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۰، صص ۳۳۷ تا ۳۶۵.
- سرمدی، عباس، (۱۳۹۰)، «بررسی شرایط و نتایج سختی اجرای قرارداد در حقوق ایران و اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی»، پایان نامه حقوق بین الملل دانشگاه گیلان.
- شونز، اینگبورگ، «فورس مائزور و هاردشیپ در قراردادهای بيع بین المللی»، ترجمه: حمید آرایی، ماهنامه کانون، ۱۳۹۲، شماره ۱۳۶ و ۱۳۷، صص ۱۶۳-۱۸۲.
- حکمت، محمدعلی، (۱۳۶۴)، «تأثیر تغییر اوضاع واحوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین المللی»، قسمت دوم، مجله حقوق، ش ۳، صص ۴۸-۵.
- صادقی مقدم، محمدحسن، (۱۳۸۶)، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- صفری، ناهید، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی نظریه هاردشیپ در اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، اصول یونیدورا، کنوانسیون بيع بین الملل و حقوق ایران، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین المللی امام خمینی.
- گلشنی، عصمت، (۱۳۹۶)، «تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین المللی»، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

ب- منابع لاتین:

- Audit, Bernard. (1990). *La Vente international de marchandises*- Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris: LGDJ.
- Azeredo da Silveira, Mercédeh. (2014). *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, The Netherlands: Wolters Kluwer.
- Bonell, Michael Joachim. (1987). in: *Commentary on the CISG: The 1980 Vienna Sale Convention*, Bianca Cesare Massimo/Bonell Michael Joachim (eds.), Milan: Giuffrè.
- Brandner Gert. (1999). *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>.
- Brunner, Christoph. (2009). *Force Majeure and hardship under general contract principles*, Kluwer Law International BV.
- Bund, Jennifer (1997-1998), "Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner", *Journal of Law and Commerce*, pp. 381 et seq.
- Carlsen, Anja (1998), "Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG Is the Governing Law?", n. IV. D, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html>.
- Carvalhal, Sica Lucia (2006), "Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention?", *Nordic Journal of Commercial Law*, s. III.1.4, <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>.
- Enderlein Fritz/Maskow Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York London etc. (Oceana Publications), 1992, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlien.html>.
- Evans, Malcolm (1984), "Explanatory Report () on the Convention on Agency in the International Sale of Goods", *Uniform Law Review*, (1), 73-159.
- Farnsworth, E. Allan (1995), "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws", *Tulane Journal of International and Comparative Law*.
- Felemegeas, John (2000-2001), "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation", *Pace Review on The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, pp. 115 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegeas.html>.
- Ferrari, Franco (1998), "General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Conventions and the 1988 UNIDROIT Conventions on International Factoring and Leasing",

Pace International Law Review, pp. 157 et seq.,
<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol10/iss1/6>.

-Flambouras, Dionysos P. (2001), "The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", Pace International Law Review, pp. 261 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>.

-Gabriel, Henry Deeb (1996-1997), "A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code" , Indiana International & Comparative Law Review, pp. 279 et seq.

-Garro, Alejandro M. (2007), Comparison between Provision of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7), in: An International Approach to the Interpretation of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Felemegeas (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.

-Hondius, E., & Grigoleit, C. (Eds.). (2011). Unexpected Circumstances in European Contract Law, Cambridge University Press, 1 ed., 2011.

-Honnold, John O. (1989), Documentary History of the Uniform Law for International Sales- The Studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and Explanations, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.

-Honnold, John O. (2009), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4th ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

-Huber Peter/Mullis Alastair, The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners, München (Sellier European Law Publishers), 2007.

-Kritzer, Albert H. (1989), Guide to Practical Applications of the CISG, Den�enter/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.

-Krüger, Kai (1999), "Financial Force Majeure- The Extent of Efforts which the Seller Must Take to Overcome Impediments for Performance in Contracts for the Sale of Goods under Scandinavian Law- Remarks on the Impact of CISG Art 79", in: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Stockholm: Iustus Förlag, pp. 239 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kruger2.html>.

-Lindström Niklas, (2006/1), Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>.

-Lookofsky, Joseph (2005), "Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's -Competing Approaches to

Force Majeure and Hardship" , International Review of Law and Economics, pp. 434 et seq.

-Magnus, Ulrich (1995), "General Principles of UN-Sales Law" , Rabels Zeitschrift for Foreign and International Private Law, Vol. 50, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>.

-Magnus, Ulrich (1998), "Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law Principles of International Commercial Contracts" , Pace International Law Review, p. 89 et seq., <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol110/iss1/4>.

-Momberg, Uribe, Rodrigo Andres (2011), "Change of Circumstance in International Instruments of Contract Law. The Approach of CISG, PICC, PECL and DCFR", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uriбе.pdf>.

-Rimke, Joern (1999-2000), "Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, pp. 197 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>.

-Schlechtriem Peter, (1986), Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna (Manz), <http://cisg.law.pace.edu/biblio/Schlechtriem.Html>.

-Schlechtriem, Peter (1999), in Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more, transcribed and edited by Harry M. Flechtner, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html>.

-Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (2005), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd ed., Oxford University Press.

-Schlechtriem, Peter/Butler, Petra (2009), UN Law on International Sales- The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin: Springer.

-Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana (2007), International Sales Law, London: Routledge-Cavendish.

-Schwenzer, Ingeborge (2008), "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", Victoria University of Wellington Law Review.

-Stoll, Hans (1998), in: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Schlechtriem Peter (ed.), 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.

-Heuzé, Vincent, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme, Paris: LGDJ, 2000.

-Tallon, Denis (1991), "Imprévision Revisited: Some Remarks on the Consequences of a Change of Circumstances on Contracts", in: Binding Force of Contract, Harmathy (ed.), Budapest: Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences.

-Torsello, Marco (2005), "Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", in: Quo Vadis CISG? Celebrating the 25 th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ferrari (ed.), Brussels (Bruylants)/München (Sellier)/Paris (Forum européen de la communication), pp. 43 et seq.

-Veneziano, Anna (2010), "UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court", ULR, pp. 137 et seq.

-Zeller, Bruno (2000), "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)- A Leap Forward towards Unified International Sales Law", Pace International Law Review, p. 79 et seq., <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol12/iss1/4>.

-Zeller, Bruno (2003), Four Corners- The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>.

Hardship in the Convention on Contracts for the International Sale of Goods- a Comparative Study on the New Interpretations

Esmat Golshani¹
 Mansour Amini²
 Seyed Mahdi Hosseini Modarres³

Abstract

There is no agreement amongst lawyers in different legal systems on whether hardship is accepted in the convention on contracts for the international sale of goods, particularly article 79 of the convention. A comparative study on the opinions of the commentators of the convention shows that the Silence of the convention can be interpreted as an "external gap", "intended omission", or "internal gap". Most of the age-old interpretations have been confined to this short explanation that the convention does not have any explicit provision as to the hardship. The conclusion of the research: in the recent opinions which are based on the purpose of the convention, presented by its commentators, the convention has "internal gap" regarding different situations of hardship. To fill this gap the fundamental principles of the convention (such as good faith, reasonableness, cooperate, favour contractus, and ...) shall be applied. Based on these principles, the right to request for renegotiation or adaptation of the contract can be recognized for the obligor in cases where an unexpected increase in the costs or a decrease in profitability of the performance of the contract occurs after the conclusion of the contract.

KeyWords: *hardship, Convention on Contracts for the International Sale of Goods, renegotiation, adaptation of contract.*

-
- Assistant Professor of Imam Sadiq University, (Email: esmat.golshani@isu.ac.ir)
 - Associate Professor of Shahid Beheshti University man (Email: amini@sbu.ac.ir)
 - PHD Graduated from Shahid Beheshti University of Tehran,
(Email: Mahdi.modarres@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پژوهش علمی

- ۱- بنایی اسکوئی، مجید، «تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، دوره ۴، ش. ۱، صص ۶۱-۴۱.
- ۲- فورت، آ.د.م، «بررسی تطبیقی نظریه عقیمه شدن اقتصادی قراردادهای تجاری»، ترجمه دکترحسین میرمحمدصادقی، مجله تحقیقات حقوقی- دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۱، ش. ۱۰، صص ۳۶۷ تا ۳۶۵.
- ۳- سرمدی، عباس، ۱۳۹۰، بررسی شرایط و نتایج سختی اجرای قرارداد در حقوق ایران و اصول قراردادهای بازارگانی بین‌المللی، پایان‌نامه حقوق بین‌الملل دانشگاه گیلان.
- ۴- شونزیر، اینگبورگ، «فروض مأمور و هاردشیپ در قراردادهای بيع بین‌المللی»، ترجمه: حمید آرایی، ماهنامه کانون، ۱۳۹۲، شماره ۱۳۶ و ۱۳۷، صص ۱۶۳-۱۸۲.
- ۵- حکمت، محمدعلی، «تأثیر تغییر اوضاع احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین‌المللی»، قسمت دوم، مجله حقوق، ۱۳۶۴، ش. ۳، صص ۴۸-۵.
- ۶- صادقی مقدم، محمدحسن، ۱۳۸۶، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- ۷- صفری، ناهید، ۱۳۸۸، پایان‌نامه: مطالعه تطبیقی نظریه هاردشیپ در اصول حقوق قراردادهای اروپایی، اصول یونیورسرا، کنوانسیون بيع بین‌الملل و حقوق ایران، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی.
- ۸- گلشنی، عصمت، ۱۳۹۶، تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازارگانی بین‌المللی، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

کد مقاله

LAW-2103-1062

دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق مدنی؛ ۲. حقوق قراردادها؛ ۳. حقوق تجارت

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. هاردشیپ
۲. کنوانسیون بيع بین‌المللی کالا
۳. مذاکره مجدد
۴. تعديل قرارداد

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

- ۱- تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ
- ۲- رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلاصه خارجی
- ۳- رویکرد سکوت در مقام بیان: ترک فعل عمدى
- ۴- مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم؛ رویکرد سکوت در مقام بیان:
- ۵- نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان:
- ۶- رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاصه داخلی

قانون یا مواد قانونی مرتبط

ماده ۷۹ کنوانسیون بيع بین‌المللی کالا

حقوق را جدی بگیریم^۱

(جای خالی قانون «مدیریت تعارض منافع»^۲ در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم)

(نوع مقاله: علمی- پژوهشی)

سید مصطفی محقق داماد^۳

محمد درویشزاده*

همه از دست غیر ناله کنند
سعدي از دست خويشن فرياد (سعدي)

چکیده :

در این مقاله، پس از توضیح مفهوم «مدیریت تعارض منافع» با اشاره به کاربرد آن در نظامهای حقوقی، آیات، روایات و نظریه های فقهی قابل استفاده در مدیریت تعارض منافع مورد بررسی قرار گرفته اند. در ادامه با ذکر نمونه ها و مصاديق عینی از تعارض منافع در اداره امور عمومی و با بررسی وضعیت نظام حقوقی ایران در خصوص مدیریت تعارض منافع گزارشی از تلاشهای انجام شده برای قانونگذاری مستقل در قالب لایحه پیشنهادی دولت و طرح نمایندگان مجلس شورای اسلامی در خصوص تعارض منافع ارائه شده است. با وجود آن که در منابع اسلامی درون مایه های قوى و تأييد کننده اى برای مدیریت تعارض منافع وجود دارد، نظام حقوقی ایران در اين زمينه با ابهام، پراكندگى يا خلاً قانونى مواجه است و لذا در انتخابات ریاست

۱. با الهام از کتب و مقالات متعددی که با همین مضمون منتشر شده است. از جمله: مقالات: جدی گرفتن حقوق، نوشته باری فریدمن، جدی گرفتن حقوق و جامعه نوشته لورنس م. فریدمن، جدی گرفتن حقوق: مباحثه هارت/ دولین نویسنده: پیتر کن و کتاب: جدی گرفتن حقوق ، نوشته رونالد دور کین

2. Conflict of interests Management

۳. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، استاد درس خارج فقه حوزه علمیه

*. قاضی پیشین دیوان عالی کشور، رئیس پژوهشکده حقوق و قانون ایران

جمهوری سیزدهم شاهد حداقل سه مصداق مشخص از نقض فلسفه تعارض منافع هستیم که توسط ناظران و مجریان پدید آمده است: این سه مصداق عبارتند از: تعارض منافع ناشی از رابطه خوبشاوندی- تعارض منافع ناشی از رابطه معرف و منتخب- تعارض منافع ناشی از دو نقش نظارتی و انتخاباتی کاندیدای دیگر.

کلیه واژه‌ها: تعارض منافع-موقع تهمت- مبارزه با فساد- قانون‌گذاری پراکنده - خلاصه قانونی- تعارض نقشه‌ها- انتخابات ریاست جمهوری

در این مقاله به صورتی گذرا سؤال‌های زیر بررسی خواهد شد:

- ۱- مدیریت تعارض منافع، چه مفهومی دارد و کاربرد آن در نظام‌های حقوقی چیست؟
- ۲- در منابع حقوق اسلامی، چه مبانی و مصادیقی را می‌توان در ارتباط با مدیریت تعارض منافع شناسایی کرد؟
- ۳- در عرصه عمل و واقعیت خارجی، چه مصادیقی وجود دارد که مستلزم توجه به قواعد مدیریت تعارض منافع است؟
- ۴- نظام حقوقی ایران در رابطه با مدیریت تعارض منافع چه وضعیتی دارد؟
- ۵- خلاً قانونی موجود در رابطه با مدیریت تعارض منافع، چه مسائلی را در مرحله رقابت‌های انتخاباتی دوره سیزدهمین ریاست جمهوری پدید آورد؟
- ۶- در پایان نیز پس از نتیجه‌گیری، پیشنهادهایی برای بهبود و برونو رفت از شرایط خلاً یا پراکندگی قوانین در خصوص مدیریت تعارض منافع ارائه خواهد شد.

بخش اول- مفهوم و کارکرد مدیریت تعارض منافع

منظور از تعارض منافع، مجموعه شرایطی است که موجب می‌شود تصمیمات و اقدامات حرفه ای شخص، تحت تأثیر منفعتی ثانویه قرار گیرد. معمولاً در این شرایط به صورت خواسته یا ناخواسته- موقعیتی پدید می‌آید که افراد میان دو انتخاب منفعت عمومی و منفعت شخصی قرار می‌گیرند. موقعیت دوگانه مزبور مصادیق و موارد بسیار زیادی دارد؛ اما معنای خاص آن زمانی محقق می‌شود که شرایط استفاده از موقعیت شغلی در جهت منافع شخصی فراهم شود و لذا تئوری مدیریت تعارض منافع^۱ پس از شکل گیری نظریه سازمان^۲ و مدیریت^۳ مطرح شده است و در ۵۰ سال اخیر غنای تئوریک و علمی بیشتری برخوردار شده و قواعدی پیشنهاد شده برای موقعیت‌هایی که فرد در میانه انتخاب بین وظایف خود و منافع شخصی قرار می‌گیرد و دو منفعت متعارض در عرض هم قرار می‌گیرند، پیشنهاد شده است. تعارض منافع به عنوان یکی از شاخصه‌های وجود فساد شناخته شده و کارکرد اصلی این نظریه در کاهش فساد بوده و با چنین هدفی شکل گرفته است. بنابراین «گفتمان ضد فساد» در جمهوری اسلامی که مورد تأکید رهبر معظم انقلاب است و بیش از دو دهه از پاافشاری ایشان بر این گفتمان می‌گذرد (خامنه‌ای، ۱۳۸۰)، نیازمند توجه به قواعد مدیریت تعارض منافع است. به علاوه، اقبال عمومی و پذیرش گفتمان ضد فساد در عرصه عمومی و مطالبات مردم بر اهمیت توجه به قواعد تعارض منافع افزوده و ضرورت و خلاصه آن را نشان می‌دهد.

-
1. Conflict of interests Management theory
 2. Organization theory
 3. Management theory .

بخش دوم- تعارض منافع در منابع اسلامی

از آنجا که مطابق اصل ۴ قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات و ... و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» بررسی قواعد تعارض منافع و شناسایی انواع و ساختارهای مورد نیاز مستلزم پژوهشی عمیق در منابع فقهی با نگرش بین رشته‌ای در علوم اسلامی و علوم انسانی است. اما در اینجا به آیات، روایات، اقوال فقهاء و اصولیین و نیز سیره عملی فقهاء در ارتباط با تعارض منافع اشاره ای گذرا می‌شود و تحقیق و پژوهش عمیق و روشنمند را به فرصت موسح موکول می‌کنیم.

قسمت اول- آیات قرآن کریم

آیات متعددی به طور صریح و ضمنی بر جلوگیری یا ممنوع بودن تعارض منافع دلالت دارند که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱- آیه ۲۸۲ سوره بقره می‌فرماید: «وَلِيُّمِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ»؛ از این آیه می‌توان فلسفه منع تعارض منافع را استنباط کرد. زیرا در این آیه پیش بینی شده است که کسی که بدھکار است، باید اجازه املاء کردن را داشته باشد. اما کسی که طلبکار است، نباید متن را بنویسید یا آن را املاء کند. حق تدوین و ارائه و املاء که امروز در حقوق عمومی به آن «حق ابتکار لایحه»^۱ گفته می‌شود، در قراردادهای خصوصی به موجب این آیه برای بدھکار پیش بینی شده است و این موضوع می‌تواند نگاه تأیید کننده ای به فلسفه مدیریت تعارض منافع را نشان دهد.

۲- آیه ۴۹ سوره نور می‌فرماید «وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ» این آیه در مقام شماتت است. می‌فرماید اگر بفهمند که در داوری برای آنان نفعی یا حقی هست، آنگاه با تواضع به سمت آن می‌روند. به طور خاص می‌توان از عتاب و خطاب قبل و بعد از این آیه نتیجه گرفت که داور نباید ذی نفع باشد و از جریان و نتیجه داوری نباید منتفع شود. البته این برداشت نیازمند برخی مقدمات است که فعلاً در مقام بیان آن نیستیم.

^۱ The Right of Initiative of the Bill

۳- آیه ۷۲ سوره مؤمنون می‌فرماید «أَمْ تَسْأَلُهُمْ حَرَّجًا فَخَرَاجُ رِبَكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِيقِينَ»

این آیه استفهام انکاری است و از قول پیامبر(ص) نقل می‌کند که برای انجام وظایف رسالت، هیچ مزد و پاداشی دریافت نمی‌کنیم. در این آیه بحث ذی نفع واقع شدن امین است و این موضوع از مصادیق تعارض منافع است. دریافت کردن پاداش ممنوعه مورد شماتت است. مفاد این آیه در بیش از ده آیه دیگر آمده است و در همه آنها دستمزد نخواستن را مطرح می‌کند که مفسران آن را چنین تفسیر و تحلیل کرده اند: «أَنْجَحَ لِلدعْوَةِ وَأَبْعَدَ مِنَ التَّهْمَمِ» (طباطبایی، ۱۳۷۵: ۲۶۱/۷) و یا "لرفع التهمة" (همان، ۲۹۹/۱) و «... ازاحَةً لِمَا عَسَى أَنْ يَتَوَهَّمُوهُ وَتَحْيِضًا لِلنَّصِيحَةِ فَإِنَّهَا مَادَامَتْ مَشْوِبَةً بِالْمَطَامِعِ بِمَعْزِلٍ عَنْ تَأْثِيرٍ» (آل‌وسی‌البغدادی، ۱۴۱۶: ۲۷۹/۶).

۴- نمونه دیگر آیاتی است که نفع طلبی علمای بنی اسرائیل و مسیحیت را سرزنش می‌کند. نظیر آیه ۴۱ سوره بقره «وَلَا تَشْتَرُوا بِأَيَّاتِي ثَمَنًا قَيْلًا» این مضمون در بیشتر از ده آیه دیگر هم تکرار شده است و به طور آشکاری از تعارض منافع فردی این علما با منافع عمومی و دینی سخن می‌گوید.

۵- نمونه دیگر آیه ۴۲ سوره بقره است که می‌فرماید: **وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** این آیه نیز در فرض تعارض منافع، حکمی قاطع و واضح دارد.

۶- نمونه دیگر آیه ۳ سوره نساء است که می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَأُنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثَلَاثَ وَرَبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَا تَعُولُوا». این آیه از آن جهت که نفع طلبی و سودآوری در انجام وظایف امانی را نفی می‌کند، می‌تواند ناظر به وضعیت تعارض منافع باشد.

به صورت عام نیز آیات داله بر «منع فساد» و «منع ظلم» نیز از زاویه تعارض منافع قابل مطالعه هستند و دلالت عامی بر این موضوع دارند. البته بررسی آیات به صورت خاص و استنباط صور مختلف تعارض منافع و احکام متفاوت هر صورت، نیازمند تحلیل‌های فقهی و نواندیشانه است که متنه‌ی به نوزایی آیات الاحکام نیز خواهد شد.

قسمت دوم: روایات مرتبط با تعارض منافع

بررسی روایات مرتبط با تعارض منافع خود مستلزم پژوهش‌های عمیق و گسترده است. در اینجا به سرفصل‌ها و عنوانین برخی از این موارد اشاره می‌شود.

- ۱- در منابع روایی باب مستقلی وجود دارد با عنوان «بَابُ كَرَاهَةِ دُخُولِ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ» (العاملى، ۱۴۱۴: ۳۶/۱۲ به بعد) در این باب هفت روایت ذکر شده است و مفاد آنها بر نفی و نهی از قرار گرفتن در موضع تهمت تصریح دارد و بر اساس قواعد اصولی، فراتر از کراحت رایج، می‌توان نهی از ارتکاب موضع تهمت و تعارض منافع را از آنها استنباط کرد.
- ۲- در مستدرک الوسائل نیز علاوه بر بابی با همان عنوان، باب مستقل دیگری وجود دارد با عنوان «التَّعْرُضُ عَنْ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ وَ مَجَالِسِ الْأَهْلِهَا» (نوری، ۱۴۰۸: ۳۴۰/۸ به بعد) در این باب نیز روایات متعددی با همان مضمون بیان شده است.
- ۳- در منابع روایی باب مستقلی وجود دارد با عنوان «مَنْ أَمَرَ الغَيْرَ أَنْ يَشْتَرِي لَهُ لَمْ يَجِزْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ عِنْدِهِ» (العاملى، ج ۱۷، ۱۴۱۴هـ، ۳۸۹) و یا «بَابُ أَنَّ مَنْ أَمَرَ الغَيْرَ أَنْ يَبِيعَ لَهُ يَجِزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِي لَنْفَسِهِ» (همان) در این دو باب نیز بیشتر از ده روایت وجود دارد که مضمون آنها پرهیز از موضع تهمت در صورتی است که شخص برای خرید یا فروش مالی به نمایندگی دیگری اقدام می‌کند.
- ۴- باب دیگری در منابع روایی هست با عنوان «بَابُ مَنْ يُرَدُّ مِنِ الشَّهُودِ» (المجلسى، ۱۴۰۴: ۲۴۷/۲۴) در این باب روایات متعددی است که مضمون آنها این است که اگر شاهدی ذی نفع یا متهم در موضع شهادت باشد شرایط شهادت را ندارد چون در موقعیت تعارض منافع است.
- ۵- روایت دیگری که مورد تمسک صاحب جواهر نیز بوده است می‌گوید «مَا عَدَلَ وَالْأَتْجَرُ فِي رَعْيَتِهِ أَبْدًا» (النجفى، ۱۳۶۲: ۸۳/۴۰) و همچنین روایت دیگری که می‌گوید «لَعْنِ اِمامٍ يَتَجَرُّ فِي رَعْيَتِهِ» (همان) در تحلیل این روایات نیز توضیحاتی بیان شده است که دقیقاً نشان می‌دهد این منع و نهی ناشی از پدید آمدن موقعیت تعارض منافع است.

۶- روایات دیگری از پیامبر از طرق شیعه و سنی نقل شده است که می‌گوید «اتقوا من مواضع التهم» (المجلسی، ۱۴۰۶: ۵۰/۶؛ و نیز الغزالی، بی‌تا: ۵۶؛ و البخاری، بی‌تا: ۸/۷ به نقل از پاورقی، فیض کاشانی، المحجه البیضاء، بی‌تا: ۵/۶).

مفاد این روایت که از طرق شیعه و سنی نقل شده است حاکی از نفی موقعیت تعارض منافع و نهی از قرار رفتن در این گونه شرایط است.

۷- امیر المؤمنین (ع) نیز در نهج البلاغه می‌فرمایند «من وَضَعَ نفْسَهِ مَوَاضِعَ التَّهْمَهِ فَلَا يَلُومَنَّ مَنْ أَسَاءَ بِهِ الْفَنِ» (الرضی، حکمت ۱۵۱).

۸- نمونه دیگر از تعارض منافع در جریان صفوان جمال و اجاره شتر به هارون است که ماجرای گفتگوی صفوان جمال و امام کاظم (ع) (محمد بن عمر بن عبدالعزیز کشی، ۷۴۰/۲، حدیث ۱۲۸) نشان می‌دهد که اگر فردی در موقعیتی قرار گیرد که منافع شخصی او با [اهداف سازمانی] و اعتقادات او ناسازگار باشد، در شرایط تعارض منافع قرار گرفته و لذا نامبرده تمام شتران خود را می‌فروشد تا از موقعیت تعارض منافع خارج شود. زیرا احتمال تأثیرگذار بودن منافع شخصی بر آن افراد وجود دارد. هرچند که آن فرد جزء یاران نزدیک امام معصوم (ع) باشد و لذا لازم است از ایجاد موقعیت تعارض منافع خارج شود.

۹- در کتاب قضاe نیز روایت‌های متعددی وجود دارد. مثلاً در قضیه مرتبط با قضاوت رفاعه، قاضی منصوب امیر المؤمنین در اهواز که حضرت او را عزل کرده اند، فرموده اند «لا تقض و انت غصبان» (هاشمی شاهروodi، ۱۳۸۲) در روایت دیگری به شریح فرمودند «لا تقدعن فی مجلس القضاe حتی تطعم» (همان). وجه ارتباط این گونه روایات با تعارض منافع آن است که در مواردی چون گرسنگی، خواب آلودگی و... ممکن است قاضی در معرض یک نوع از تعارض منافع قرار گیرد که شکل بسیار رقیق شده ای از تعارض منافع است. زیرا قاضی به جای علاقه به کشف حقیقت، علاقه به اتمام فرایند دادرسی خواهد داشت و لذا مورد نهی معصوم علیه السلام قرار گرفته است.

۱۰- نمونه دیگر از قضایای مرتبط با تعارض منافع مربوط به دریافت غنائم در جنگ احمد است (الواقدی، ۲۰۷/۱۲۳). در این جنگ تعارض منافع تیر اندازان پدید می‌آید و آنها در موقعیت تعارض منافع فردی با منافع سازمانی قرار دارند. حتی در باب قضاء در مسئله استناد قاضی به علم خویش نیز مسئله تعارض منافع با تعبیر «**موضع التهمة**» (الرشتی، ۱۴۰۱ هـ)، توسط قریب به اتفاق فقهاء مورد اشاره قرار گرفته است (شهید اول، ۱۴۱۷: ۱۸۴/۱ و نیز نراقی، ۱۴۱۵: ۱۷/۹۳).

۱۱- در باب شهادت شهود نیز «**ارتفاع التهمة**» از شرایط شاهد دانسته شده است (المحقق الحلی، ۱۴۰۴: ۱۱۸/۱۴). حتی در صدقه مستحبی برای فردی که در معرض تهمت است، توصیه شده است که صدقه را علی پرداخت کند تا از موضع تهمت خارج شود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۹/۴ و نیز خمینی، ۹۱/۲: ۱۳۷۹).

نمونه‌های متعددی در روایات آمده که بررسی آنها از نظر مواضع تهمت، نیازمند بررسی‌های روشنمند فقهی و اصولی است و در ادامه تنها به ذکر سرفصل‌های آن اکتفا شد و تحقیق را به پژوهشگران مرتبط واگذار می‌کنیم.

قسمت سوم- اقوال فقهاء و ابواب فقهی در ارتباط با تعارض منافع

بحث از تعارض منافع در ابواب متعدد فقهی و ضمن فروعات مختلف مطرح شده است.

۱- مثلاً در کتاب الارث، در جایی که تهمت وجود دارد به تعارض منافع اشاره می‌کنند. مانند اینکه مورث قاضی باشد و با شهادت بر قاتل بودن فرزند وی حکم اعدام او داده شود و موجب ارث بردن قاضی بشود. (الطوسي، م ۴۶، ق ۴، ج ۲۹)

۲- نمونه دیگر اینکه در کتاب الارث است اگر پدری بمیرد، فرزندش از او ارث می‌برد. اما اگر موقعیت تعارض منافع باشد که فرزندان را به کشنیدن پدران ترغیب کند، برای رفع این تعارض، اجماع فقهای شیعه قتل را از موانع ارث به حساب آورده‌اند (الحلی، بی‌تا: ۱۷۲/۲).

۳- در باب کراحت تولی حاکم و قاضی نسبت به خرید و فروش در جامعه نیز به فلسفه تعارض منافع اشاره شده است (النجفی، ۱۳۶۲: ۴۰/۸۳).

۴- در باب عدم قبول بینه بر رویت هلال، جایی که موضع تهمت وجود دارد نیز به این موضوع اشاره شده است (التبیری، ۱۴۲۷: ۱۵۵).

۵- در کتاب شهادت در عدم جواز تلقین استدلال حجت به طرفین توسط قاضی، به این موضوع اشاره شده است (شهید اول، ۱۴۱۴: ۱۳/۴ و نیز الاردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۴/۱۲ و نیز الروحانی، ۱۴۱۲: ۵۴/۲۵).

۶- در کتاب شهادت و قضا در ذی نفع نبودن شاهد و ارتفاع تهمت به این موضوع اشاره شده است (النجفی، ۱۳۶۲ ک ۱۳۶۰/۴۱ و نیز شهید اول، ۱۴۱۷ هـ: ۲/۱۲۷).

۷- انتقاد از رفتار علمای درباری به خاطر همنشینی با حاکمان جور و عدم اجتناب آنها از موضع تهمت (خمینی، ۱۳۶۸: ۱/۴۸۲، مسئله ۱۵).

۸- در باب اجرة القضا نیز در روایات مختلف به این موضوع اشاره شده است (النجفی، ۱۳۶۲: ۱/۴۰).

۹- قول به ایراد وصیت به قصد حرمان برخی از ورثه (الخطی، ج ۱۵، ۲۷۱)

۱۰- نمونه‌های دیگر در خصوص فروعاتی است که معامله قیم و معامله وکیل و ولی را با مال مولی علیه در فرض تعارض منافع مورد شک و شبیهه قرار داده‌اند. ریشه تمامی این اقوال فقه‌ها به گونه‌ای است که می‌توان با محوریت تعارض منافع، همه این نظرات را توجیه کرد و آنها را از جمله شرایط و مواردی دانست که «**یسقی بماء واحد**» (آیه ۴، سوره رعد) هستند و آنهم آیات و روایاتی است که ناظر به تعارض منافع می‌باشد.

قسمت چهارم: تعارض منافع در اصول فقه و علم رجال

غالب اصولیین امامیه پذیرفته‌اند که خبر واحدی که دارای جمیع شرایط حجیت و اعتبار باشد، می‌تواند آیات قرآن کریم را تخصیص زده یا آن را مقید کند. زیرا مسلم است که آیات قرآن کریم به محکم و متشابه تقسیم می‌شوند و محكمات قرآن نیز به نص و ظاهر تقسیم می‌شوند و بسیاری از آیات از نوع ظواهر هستند که مفاد آنها عموم یا اطلاق دارد و تخصیص یا تقیید این آیات با روایات واردہ از سوی پیامبر اعظم (ص) و ائمه اهل بیت (ع) انجام می‌شود و این روایات نسبت به عموم و اطلاق آیات «**قرینه صارفه**» (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۰۱ تا ۱۰۷) از ظاهر محسوب

می‌شوند. زیرا هرچند اخبار آحاد ظنی الوصول هستند ولی پس از اقامه ادله قطعیه بر حجیت آنها و لحاظ شدن آنها به عنوان حجت شرعی از نظر توان اثباتی و ارزش و اعتبار، همانند منابع قطعی هستند. با حفظ این مقدمه باید گفت بررسی‌های پژوهشی انجام شده (همان) حاکی از دو مطلب است. مطلب اول اینکه تخصیص آیات قرآن به وسیله روایات معتبر که شرایط حجیت را دارند، زمانی پذیرفتی است که آیات قرآن «آبی از تخصیص» (فرهنگ نامه اصول فقه، ۵۶۲) نباشد و روایات تخصیص زنده هم در «امور هامه» نباشد. یعنی نمی‌توان با استناد به اخبار آحاد اصول انسانی و فرآگیری که با اطلاق و عموم آیات قرآن منطبق است را تخصیص زده و یا آن را تقيید کرد. ادله و مستندات این نظریه مفصل است و به دلیل اختصار از ورود به آن پرهیز می‌کنیم (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۰۵). اما مطلب دوم که در ارتباط با موضوع این سرمقاله است، آن است که این قدرت (تخصیص آیات به وسیله اخبار) برای اخبار معتبری پذیرفتی است که شرایط حجیت را داشته باشد و اکنون این سؤال مطرح می‌شود که شرایط حجیت خبر واحد چیست؟ در این زمینه به طور سنتی در کتب اصول فقه، شرایطی ذکر شده است. یک دسته از این شرایط مربوط به شرایط روایان حدیث است. مهم‌ترین شرایطی که به طور سنتی در خصوص روایان حدیث ذکر شده، عبارت است از اینکه راوی بالغ و مکلف باشد و عدالت داشته باشد و یا ثقه باشد و نیز دارای نیروی ضبط بوده و قدرت حفظ اخبار را داشته باشد. (همان، ۹۹ تا ۱۰۰) در این میان شرط بسیار مهمی که بر پایه مستندات قبلی باید به شرایط روایان، برای حجیت خبر، اضافه شود، مربوط به "عدم ذی نفعی و تعارض منافع" است. این شرط متأسفانه در آثار پیشینیان مغفول مانده است. اهمیت پیش‌بینی شرط عدم تعارض منافع ناشی از آن است که اولاً: ورود روایات جعلی و اسرائیلیات در میان اخبار و روایات امر مسلمی است (همان، ۹۲ تا ۹۸). و ثانیاً: ادله ای که در منابع اسلامی وجود دارد و اجمالاً به آنها اشاره شد، بر اشتراط این شرط تأکید دارد. که البته تعیین جزئیات آن خود جای تحقیق فراوان دارد. ثالثاً: بررسی موردی حاکی از غفلت برخی بزرگان و مفاسد فقه معاصر (الخوبی، ۱۴۱۰: ۳۷۴/۱) نسبت به این شرط می‌باشد. به عنوان مثال برخی روایاتی که در تجویز و تأیید صورت‌های خاصی از برده داری آمده است، توسط روایانی نقل شده است که

کسب و کارشان برده فروشی بوده است! و این بزرگان توجه نکرده‌اند که به دلیل «تعارض منافع و ذی نفعی راوی» باید این گونه روایات از حجت ساقط شوند. رابعاً؛ باید توجه شود که بی غرضی و فقدان شرایط تعارض منافع امری جدای از عدالت و وثاقت است. زیرا شرایط ذی نفعی موجب می‌شود که راوی در ناخودآگاه خود با پیش فرض‌های ذهنی خاص مواجه باشد و این پیش فرض‌های ذهنی در فهم حدیث و نقل حدیث مؤثر خواهد بود. در نتیجه کسی که شغلش برده فروشی است، در گفتگوی با امام (ع) کلام امام را آنگونه می‌فهمد که ناخودآگاه او «من حیث لا یشعر» مفروض دانسته و لذا کلام امام را آن‌گونه می‌فهمد که منافع او تضمین و تأمین بشود و برای اطمینان خاطر خریداران نسبت به مشروعيت برده‌های خویش به نقل چنین حدیثی نیز مبادرت کند (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۰۶-۱۰۷).

قسمت پنجم - سیره عملی فقهاء و دانشمندان اسلام

شناخت سیره عملی فقهاء در ادوار مختلف فقهی در رابطه با تعارض منافع مستلزم بررسی‌های روشنمند فقهی و تاریخی است. اما آنچه مسلم است این که فقهاء در این خصوص توجه بسیار زیادی داشته‌اند و آراء و فتاوی زیادی را متأثر از «مسئله تعارض منافع» صادر کرده‌اند. یکی از مواردی که بسیار مشهور شده و از افتخارات فقه و فقهاء شیعه هست، قضیه مربوط به «چاه منزل علامه حلی» است. این نمونه به روشنی نشان می‌دهد علامه حلی هنگام استنباط فقهی بر نجاست آب چاه احساس کرده است که در شرایط تعارض منافع قرار دارد. زیرا ایشان در مقام استنباط حکم فقهی در نجاستی که در چاه منزل وی افتاده بوده است و نظر اکثر علماء قبل از علامه بر این بوده که اگر نجاست در چاه بیفتد، چاه نجس می‌شود و باید مطابق نصاب‌های مشخصی از چاه آب کشیده شود. وقتی علامه تصمیم گرفت حکم این مسئله را استنباط کند و اجتهاد فقهی خود را در این فرع اعمال کند برای اینکه نفع شخصی نداشته باشد و به صورت ناخواسته تمایلش به سمت و سویی نزود، ابتدا چاه خانه خود را پر کرد و سپس به پژوهش فقهی مربوط پرداخت (مطهری، ۱۳۵۸: ۴۹۳/۴). نمونه‌های بسیاری در سیره علماء پرهیزگار و فقهاء اصیل مکتب اهل بیت قابل شناسایی است که نشان می‌دهد بسیاری از دانشمندان اسلامی به موضوع

تعارض منافع توجه کرده‌اند و تلاش کرده‌اند تا از پدید آمدن موقیت‌های تعارض منافع پرهیز کنند.

نتیجه آنکه تعارض منافع در منابع اسلامی دارای زمینه‌های مطالعاتی گسترده است و اگرچه در استنباطات اخیر و آثار فقهی فعلی به آن اشاره‌ای نشده است، اما منابع و محتوای لازم در این خصوص وجود دارد و بنابراین پرداختن به این موضوع از زیرساخت لازم در منابع اسلامی برخوردار است. ضمن این که ادله عقلی فراوانی نیز بر این مدعای وجود دارد که به لحاظ اختصار از ورود به آن پرهیز می‌کنیم.

بخش سوم- تعارض منافع در واقعیت خارجی و نمونه‌های عینی:

تعارض منافع اصطلاحی شناخته شده در نظام‌های حقوقی توسعه یافته است که پس از شکل گیری دو مفهوم «سازمان» و «مدیریت» پدید آمده است. این مفهوم دارای نمونه‌های بسیار است. مثلاً اگر وزیری با تشکیل شرکت خانوادگی و از طریق خویشان و بستگان در مناقصات شرکت کند! و یا رئیس دانشگاهی، احداث بنا برای ساختمان دانشگاه را به کسان و خویشان نزدیک خود واگذار کند! و یا مشاور کارخانه ای خود، نمایندگی واردات این کالا را در دست داشته باشد! و یا قاضی و دادرسی در جریان رسیدگی به پرونده، برای خود یا همسر و یا نزدیکانش نفعی منظور کند! و یا در نتیجه حکم ذی نفع باشند! و یا سرفقری، سندی را تنظیم کند که خود در آن ذی نفع است! و یا کارشناسی در موضوع کارشناسی و نظریه اعلامی خود، ذی نفع باشد! و یا اعضای هیأت مدیره بانک‌ها و بیمه‌ها نسبت به تعیین ضریب حقوقی برای خودشان اقدام کنند! (آن‌گونه که در سال ۱۳۹۵ مطرح و مسئله حقوق‌های نجومی را در سیهر سیاسی و رسانه ای مطرح کرد!!) و امثال آن، این گونه موارد نمونه‌های عینی و مصادیقی است که در واقعیت خارجی از شرایط خلاً قانونی و یا با نقض قوانین و مقررات، تعارض منافع پدید آمده است و لذا توجه به وضعیت نظام حقوقی ایران در رابطه با قوانین ناظر به تعارض منافع، اهمیت بالایی دارد.

بخش چهارم- وضعیت نظام حقوقی ایران در رابطه با مدیریت تعارض منافع

مطالعه تطبیقی تجربه کشورهای مختلف در رابطه با قانون‌گذاری مرتبط با تعارض منافع، حاکی از آن است که تجربه سایر کشورها در این خصوص به دو طبق کاملاً متفاوت تقسیم می‌شود. گروه اول، کشورهایی هستند که قانون خاصی در این موضوع به تصویب رسانده اند و گروه دوم، کشورهایی هستند که تعارض منافع را بدون تصویب در قانون خاص، در لای قوانین مختلف پیش بینی کرده اند. از جمله کشورهای گروه اول می‌توان به آمریکا، کانادا، کره جنوبی، صربستان، بوسنی و هرزگوین و ... اشاره کرد و از جمله کشورهای گروه دوم نیز می‌توان به کشورهایی نظیر فرانسه، آلمان، و ... اشاره کرد (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۶).

اما بررسی نظام حقوقی کشور ما در رابطه با قوانین و مقررات راجع به تعارض منافع در سه قسمت قابل بحث است.

قسمت اول: وجود نصوص متعدد ناظر به مدیریت تعارض منافع در قوانین پراکنده

تجربه یکصد سال قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران منتهی به پدید آمدن بیش از صدها مورد نصوص قانونی شده است که با هدف یا فلسفه مدیریت تعارض منافع سازگار است (درویشزاده، ۱۳۹۵). به عنوان مثال، مطابق ماده ۱۱ قانون نظارت بر رفتار نمایندگان و ماده ۲۱ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، نمایندگان مجلس شورای اسلامی نمی‌توانند همزمان در هر یک از دو قوه دیگر، پست رسمی داشته باشند. فلسفه این ممنوعیت ناشی از آن است که تعارض میان نقشهای اجرایی و نظارتی پدید می‌آید. مطابق ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی، قضات نمی‌توانند به پرونده‌هایی رسیدگی کنند که خود یا بستگانشان در آنها ذی نفع هستند. مطابق ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی، داورها نیز نمی‌توانند به پرونده‌ای رسیدگی کنند که خود در آن ذی نفع هستند. مطابق ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی و نیز تبصره ۲ ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی، شاهدان نمی‌توانند در موضوع شهادت ذی نفع باشند. مطابق مواد ۲۷ و ۴۹ قانون دفاتر اسناد

رسمی مصوب ۱۳۱۸ و ۱۳۱۶ سردفتران اسناد رسمی نمی‌توانند سندی را تنظیم کنند که خود یا بستگان نزدیکشان ذی نفع آن سند هستند. مطابق ماده ۱۳ قانون راجع به کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۱۷ کارشناسان رسمی نمی‌توانند در موضوعی کارشناسی کنند که خود یا نزدیکانشان ذی نفع هستند. مطابق ماده ۱۲۹ قانون تجارت، مدیران شرکت‌های خصوصی نمی‌توانند بدون اطلاع بازرس و مجامع، قراردادی را با شرکتی که در آن ذی نفع هستند، منعقد کنند. مطابق قانون منع مداخله کارکنان دولت، تمامی کارمندان دولت نمی‌توانند در معاملات دولتی مداخله کنند. مطابق ماده ۶۰۲ قانون مجازات اسلامی، مأموران برگزاری مزایده و مناقصه نمی‌توانند خود یا بستگانشان به عنوان خریدار در موضوعی باشند که نظارت بر آن دارند. مطابق ماده ۴۴ قانون نظام مهندسی، مهندسان ناظر ساختمان نمی‌توانند مجری پروژه‌هایی باشند که خود ناظر آن هستند. مطابق مواد ۵ و ۷ قانون وکالت، وکلا نمی‌توانند «شريك در مدعاه به» باشند. مطابق مواد مختلف مقررات بورسی، عوامل بورس و کارگزاران بورسی نمی‌توانند معامله‌ای را انجام دهند که خود وظیفه نظارت بر آن را دارند. این مصاديق در بیش از صدها مورد در طول صد سال قانونگذاری در نصوص قوانین و آئین نامه‌های مختلف شناسایی شده است و در نتیجه مسلم است که نظام حقوقی ایران از مدل گروه دوم تعیت کرده که قانونگذاری در رابطه با مدیریت تعارض منافع را در لابه لای قوانین مختلف دنبال کرده است.

قسمت دوم: قواعد بالادستی و گفتمان حاکم بر نظام حقوقی ایران

گفتمان راهبردی حاکم بر نظام حقوقی ایران، افزون بر منابع اسلامی، بر پایه مفاهیم و معیارهایی است که نسبت به مدیریت تعارض منافع، تأکید دارند. زیرا انقلاب اسلامی «بر پایه عدل و قسط اسلامی» شکل گرفته. در این نظام هرگونه سوءاستفاده و منفعت جویی فردی و سوء استفاده از بیت المال و موقعیت‌های ملموس و ناملموس عمومی قویاً و اکیداً منوع شده است. تحقق اهداف جمهوری اسلامی که در اصول کلی قانون اساسی (فصل اول، اصول ۱ تا ۱۴ قانون اساسی) آمده است و نیز رسیدن به شاخص‌های پیش‌بینی شده در سند چشم انداز ۱۴۰۴ مستلزم آن است که زیرساختی قوی، متقن، منسجم، منطقی و علمی در رابطه با شناسایی و

پیشگیری از بروز زمینه‌های سوءاستفاده و ذی نفعی از موقعیت امانی و تعارض منافع طراحی و مستقر شود. گفتمان ضد فساد و مطالبات عمومی به عنوان خواست اجتماعی نیز بستری مساعد و مناسب برای مبارزه با هرگونه رانت خواری و ذی نفعی و سوءاستفاده از موقعیت امانی را فراهم کرده است و مقام معظم رهبری نیز در طول بیش از بیست سال گذشته بارها بر این گفتمان تأکید کرده و مفاد آن را در بخش‌های مختلف سیاست‌های کلی نظام و سیاست‌های ابلاغی برای برنامه‌های توسعه کشور مورد تأکید قرار داده‌اند. علاوه بر آنها تحقق اهداف پیشرفت و توسعه کشور نیز مستلزم آن است که نسبت به فروض و شقوق مصاديق تعارض منافع حساسیت لازم در تمامی سطوح وجود داشته باشد و تدبیر لازم و مقررات گذاری لازم انجام شود تا ثمره و فایده برنامه‌های توسعه، تحت تأثیر فساد ناشی از تعارض منافع از دست نرود و مانع رشد و توسعه نگردد.

قسمت سوم - سوابق تلاش‌های انجام شده برای تدوین قانون خاص در رابطه با تضارع منافع

در این زمینه تلاش‌های مفصلی انجام شده است که اهم آنها به این شرح است:

۱- لایحه مدیریت تعارض منافع توسط دولتهای یازدهم و دوازدهم

دولت یازدهم لایحه‌ای را موسوم به «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی» تهیه کرد و در دی ماه ۱۳۹۶ قبل از تشکیل دولت دوازدهم آن را به نظرخواهی گذاشت. (در دی ماه ۱۳۹۶ از طریق سایت معاونت حقوقی ریاست جمهوری به نشانی: www.Ivp.ir) در رقابت‌های انتخابات دوره دوازدهم نیز رئیس جمهور منتخب فعلی بر تصویب و نهایی سازی این لایحه به عنوان یکی از مهمترین اقدامات حقوقی دولت خود تأکید کرد و عده انجام آن را داد (سخنرانی رئیس جمهور در برنامه‌های انتخاباتی) و در نهایت دولت دوازدهم لایحه مذبور را در ۳۹ ماده تنظیم کرده و در دو نوبت آن را به مجلس شورای اسلامی ارائه داده است (نامه اول طی شماره ۱۱۱۵۳۸/۱۱۱۵۳۸ مورخ ۵۴۰۹۱/۹۴ ۱۳۹۸/۹/۴ خطاب به رئیس محترم مجلس

شورای اسلامی (دوره دهم جناب آقای لاریجانی) و نامه دوم طی نامه شماره ۴۱۴۸۵ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۱ خطاب به آقای دکتر قالیباف، ریاست محترم دوره یازدهم مجلس شورای اسلامی است.

در هر دو نامه ارسالی رئیس جمهور بر دو فوریتی بودن لایحه تأکید کرده است. اما در کمال تأسف لایحه مذبور ظاهرآ تاکنون اعلام وصول نشده است (خبرگزاری مهر به نقل از امیری، معاون پارلمانی رئیس جمهور در تاریخ ۷ آبان ۱۳۹۹) و معاونت پارلمانی رئیس جمهور تقاضای رسیدگی به این لایحه را در راستای ماده ۱۰۰ قانون آیین نامه داخلی مجلس مطرح کرده است و از این جهت رفتار مجلس شورای اسلامی در این خصوص کاملاً می‌تواند مورد سؤال باشد.

۲- پیشینه تحقیق در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

این مرکز نیز پژوهشی را در ۳۲ صفحه تنظیم کرده است. این پژوهش با عنوان «تعارض منافع دسته‌بندی و مفهوم شناسی» تنظیم شده و انواع تعارض منافع را به دو قسمت شخص محور و سازمان محور طبقه بندی کرده است. در این جزو مسئله تعارض منافع در کشورهای ایالات متحده آمریکا، کره جنوبی، فرانسه و اتحادیه اروپا، موضوع بررسی شده و نتیجه این گزارش در سال ۱۳۹۶ به معاونت اول رئیس جمهور و نیز مقامات داخلی مجلس شورای اسلامی پیشنهاد شده است.

۳- طرح مدیریت تعارض منافع

این طرح در اسفند سال ۱۳۹۷ توسط نمایندگان مجلس شورای اسلامی تهیه شده است. (طرح مدیریت تعارض منافع در نوبت اول به شماره ۵۵۵ ثبت و به شماره ۱۳۳۵ در ترتیب چاپ قرار گرفته است و در نوبت دوم به شماره ۵۷ و شماره ۵۷۲ در ترتیب چاپ قرار گرفته است). طرح مذبور مشتمل بر ۲۷ ماده است و از نظر محتوا و متن با لایحه دولت متفاوت است. این طرح دو نوبت در مجلس اعلام وصول شده است. نوبت اول در جلسه ۳۰۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۰ در مجلس دهم و نوبت دوم در جلسه ۳/۰۴/۱۳۹۹ در مجلس یازدهم اعلام وصول شده است. اما با کمال تأسف و تعجب ملاحظه می‌شود فرایند تصویب این طرح و لایحه از سال ۱۳۹۷

تاکنون معطل مانده است و پیگیری‌های دولت و برخی نمایندگان نیز به نتیجه مشتبی منتهی نشده است.

وضعیت فعلی حقوق موضوعه ایران:

نتیجه آن است که اگرچه روح کلی حاکم بر نظام حقوقی ایران بر پایه پذیرش مدیریت تعارض منافع بوده و ممنوعیت هرگونه سوءاستفاده از موقعیت‌های ملموس و ناملموس امری مسلم است و اگرچه مبانی و منابع حاکم بر نظام حقوقی ایران در این خصوص از هیچ ابهامی برخوردار نیست و اگرچه در نظام حقوقی ایران، نصوص و قواعدی پرتکرار در این زمینه تدوین شده و کارکرد آنها تماماً مدیریت تعارض منافع بوده و از همین فلسفه نشت می‌گیرد؛ اگرچه از اولین دوره‌های قانون‌گذاری تاکنون می‌توان صدھا نمونه را شناسایی کرد (مشخصاً در تحقیق انجام شده توسط پژوهشکده حقوق و قانون ایران تا سال ۱۳۹۵ قریب به سیصد مورد از مصادیق قانون‌گذاری یا مقررات‌گذاری شده در رابطه با مدیریت تعارض منافع شناسایی شده است). در این موارد قانون‌گذاران ایرانی با همه تفاوتی که در این سالها داشته اند به فلسفه تعارض منافع متعهد بوده اند. اما با این وجود از آنجا که عنوان و اسم این قاعده به صورت خاص در قوانین ذکر نشده و قانون مستقلی در این خصوص به تصویب نرسیده است، اکنون شاهد انبوھی از تحقق مصادیق تعارض منافع در عرصه عمومی هستیم و لذا چرخه مبارزه با فساد در این زمینه تکمیل نیست. وجود دو طرح و لایحه با همین موضوع و گذشت چند سال از عدم تصویب آنها در مجلس شورای اسلامی نیز از مصادیق قابل سؤال در این زمینه است. در حالی که رژیم حقوقی حاکم بر مدیریت تعارض منافع در بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر از رشد، تکامل و تعریف شدگی بیشتری برخوردار است و اما در کشور ما نصوص پراکنده قانونی بدون دیدگاه کل نگر در رابطه با مدیریت تعارض منافع راه به جایی نبرده است.

جمهوری سیزدهم

بخش پنجم- بازتاب خلاً قانونی تعارض منافع در انتخابات ریاست

ممکن است گفته شود در قوانین فعلی نصّ صریح قانونی بر منوعیت هیچ یک از هفت نفر کاندیدای احراز صلاحیت شده شورای محترم نگهبان برای انتخابات دوره سیزدهم ریاست جمهوری وجود ندارد اما باید توجه شود که اولاً: قانون‌گذار در مواد مختلف قانون انتخابات ریاست جمهوری و اصلاحات آن، احکام متعددی را با فلسفه مدیریت تعارض منافع بیان کرده است که از جمله می‌توان به این مواد اشاره کرد. تبصره ۳ الحاقی به ماده ۳۱ (منع اجتماع دو عنوان نامزد و عضویت در هیأت اجرایی انتخابات) و ماده ۳۷ (ضرورت استغفار از نقش نظارتی یا اجرایی برای نامزد انتخاباتی شدن) و ماده ۴۰ (منع خویشاوندی میان نامزد انتخابات و عضو اجرایی یا نظارتی) ثانیاً؛ رویه‌های حاکمیتی که در طول زمان شکل می‌گیرد باید همانگ با اصول کلی حقوقی و روح قانون باشد و فلسفه مدیریت تعارض منافع را نادیده نگیرد. در حالی که به نظر می‌رسد در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم به این موارد توجه در خوری نشده است و لذا نویسنده‌گان این سرمقاله بنا به رسالت علمی، ملی و تاریخی خود و بنا به تعهدی که به ضوابط و استانداردهای پژوهشی دارند بر خود فرض می‌دانند که صادقانه و با کمال تواضع نسبت به اعضای محترم شورای نگهبان قانون اساسی و کاندیداهای محترم و نیز ریاست جمهوری منتخب دوره سیزدهم صراحةً اعلام کنند که خلاً قانونی موجود و بی توجهی به اصول حقوقی و روح کلی قانون موجب شده که در این دوره انتخابات ریاست جمهوری فلسفه و روح کلی حاکم بر مدیریت تعارض منافع در نظام حقوقی ایران حداقل در موارد زیر نادیده گرفته شود.

۱- تعارض منافع ناشی از رابطه خویشاوندی: این تعارض منافع از آنجا ناشی شده که حضرت آیت‌الله امیر لاریجانی، ریاست سابق قوه قضائیه و عضو فعلی فقهاء شورای نگهبان، رابطه خویشاوندی و برادری با یکی از کاندیداهایی دارد که صلاحیت ایشان به تصویب شورای نگهبان نرسیده است. اظهارنظر قاطع و سنگینی که در جریان عدم احراز صلاحیت برادرشان توسط این عضو محترم شورای نگهبان انجام شد (همشهری آنلاین، ۴ خرداد ۱۴۰۰، کد خبر

۶۰۳۴۸۲)، به گونه‌ای بود که این اظهارنظر از نقطه نظر وجود رابطه خویشاوندی و برادری میان این دو بزرگوار قابل تأمل است. زیرا مطابق قواعد تعارض منافع، حداقل حزم و احتیاط و پرهیز از موضع تهمت ایجاب می‌کرد که ایشان حتی از شرکت در جلسه بررسی و تصمیم گیری در رابطه با صلاحیت برادرشان استنکاف کنند. در حالی که ایشان، موضعی دفاعی در رد صلاحیت برادر خودشان اتخاذ کردند!! و این موضوع، شائبه عبور از روح و فلسفه قواعد حاکم بر مدیریت تعارض منافع را پدید می‌آورد و از نظر فقهی نیز احتیاط‌های لازم چنین موضعی را بر نمی‌تابد. اهمیت این موضوع با توجه به ماده ۴۰ قانون انتخابات ریاست جمهوری بیشتر می‌شود. زیرا در این ماده آمده است که «**هیچ یک از اعضای هیأت اجرایی و ناظرین شورای نگهبان و اعضای شعب ثبت نام و اخذ رأی نباید با داوطلبان انتخابات به ترتیب زیر خویشاوندی نسبی و سببی داشته باشند. الف... برادر و خواهر»**

۲- تعارض منافع ناشی از رابطه معروف و منتخب: این تعارض ناشی از آن است که حداقل ۳ نفر از اعضای فعلی حقوق دان شورای نگهبان توسط حجت‌الاسلام و المسلمین دکتر رئیسی، ریاست محترم قوه قضائیه تعیین و به مجلس شورای اسلامی معرفی شده‌اند و ایشان نیز خود، شخصاً از جمله کاندیداهای انتخابات ریاست جمهوری می‌باشند!! اهمیت این موضوع ناشی از آن است که در نامه یکی دیگر از کاندیداهایی که صلاحیت ایشان به تصویب شورای محترم نگهبان تأکید شده است. (خبرآنلاین، ۵ خرداد ۱۴۰۰: کد خبر ۱۵۱۹۱۵۵) بدون آنکه هرگونه تردیدی نسبت به عدالت و صلاحیت این آقایان مطرح شود باید گفت که اساساً فلسفه تعارض منافع در اینجا نقض شده است زیرا مطابق اصل ۹۱ قانون اساسی ریاست محترم قوه قضائیه نقش «**معروف**» را نسبت به این اعضای حقوق دان شورای نگهبان داشته‌اند و اکنون این آقایان که با معرفی ایشان به سمت مذبور انتخاب شده‌اند در نقش احراز کننده صلاحیت ایشان قرار می‌گیرند و در نتیجه «**تعارض نقش‌ها**» پدید می‌آید که بر اساس فلسفه تعارض منافع باید به گونه‌ای مدیریت می‌شد تا این تعارض پدید نماید.

۳- تعارض منافع ناشی از دو نقش نظارتی و انتخاباتی کاندیدای دیگر: اوج

این تعارض در آنجا عینیت پیدا می کند که دادستان محترم تهران طی نامه ای رسمی (روزنامه دنیای اقتصاد، دهم خرداد ۱۴۰۰ شماره ۵۱۸۸ و نیز سایت خبری انتخاب به نشانی: www.entekhab.ir در تاریخ نهم خرداد ۱۴۰۰) خطاب به همه کاندیداهای احراز صلاحیت شده اعلام می کند که در صورت تخلف از ضوابط و عبور آنها- و یا ستادهای تبلیغاتی آنها - از خط قرمزهای نظام با آنها برخورد و رسیدگی خواهد شد!! تداخل نقش های نظارتی و اجرایی آنجا عینیت پیدا می کند که توجه کنیم ابلاغ انتصاب دادستان محترم تهران با امضای یکی از همین کاندیداهای ریاست فعلی قوه قضائیه را دارند صادر شده!! و نظارت عالیه بر صلاحیت و تصمیمات وی از باب ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری!! و نیز قواعد رفتار انتظامی قضاط با شخص ایشان می باشد!! و این موضوع قطعاً از مصادیق «اتحاد نظارت کننده و نظارت شونده» است و نمی توان آن را امری ساده، طبیعی و عادی تلقی کرد و از بزرگان و صالحان و بانقوایان و محتاطانی که بر جایگاهی تکیه زده اند که ثمره خون شهیدان است و الگوی برخاسته از فقه اسلامی و تمدن ایرانی را نمایندگی می کند، انتظاری چنین نبود. نقض قواعد تعارض منافع در این مورد زمانی مستندتر می شود که توجه کنیم در مواد مختلف قانون انتخابات ریاست جمهوری وظایف متعددی از باب پیشگیری از جرم، رسیدگی به شکایات و اجرای احکام برای مقامات قضایی دیده شده است در حالی که ابلاغ تمام این مقامات توسط ریاست محترم قوه قضائیه صادر شده و لغو ابلاغ آنها نیز با نظر ایشان و طی فرایند قانونی انجام می شود!! از جمله مواد ۳۱ و ۳۸ (عضویت دادستان کل و دادستانها و رؤسای دادگستری ها در ترکیب هیأت اجرایی) ماده ۳۴ و تبصره های آن (اقدامات پیشگیرانه، رسیدگی به تخلفات و جرایم نامزدها و ستادهای ایشان، تخصیص شعب خاص، ارجاع به شعب و رسیدگی خارج از نوبت و...)

در نتیجه بی پرده و صریح و در عین حال متواضعانه می گوییم تا زمانی که قواعد تعارض منافع تبدیل به قانون صریح نشود و تا زمانی که تعهد به فلسفه حقوق و اصول کلی برآمده از آن به صورت جدی مورد توجه قرار نگیرد، صالحان و صلاحیت داران هم در معرض لغزش های بزرگ در حوزه حکمرانی هستند و لذا جای آن بود که با احترام به قواعد فطری، جهانی و فقهی

عارض منافع، آن عضو محترم شورای نگهبان در تصمیم گیری راجع به صلاحیت و عدم صلاحیت برادر خودشان در رأی گیری نیز شرکت نکنند و نیز جای آن بود که ریاست محترم قوه قضائیه نیز به دلیل وظایف دوگانه ناشی از اقتضایات و الزامات نقش ریاست قوه قضائیه نسبت به تصدی همزمان دو نقش کاندیداتوری ریاست جمهوری و ریاست قوه اقدام نکنند. مگر می‌توان پذیرفت که دادستان تهران که ابلاغش را از ایشان گرفته است، رسماً و علنًا مقام ناصب خود را به رعایت قانون بخواند!! و با آنها اتمام حجت کند! و با ریاست قوه قضائیه به سیاق سایر کاندیداهای ریاست جمهوری اتمام حجت کند! و خط قرمز برای ایشان تعیین کند! آیا اینها شکاف‌ها و نقايس عملکردی ناشی از بی توجهی به فلسفه حقوق و اصول کلی حقوق نیست؟ پس بیاییم حقوق را جدی بگیریم.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

در پایان دو پیشنهاد مشخص برای بروز رفت از وضعیت فعلی تعارض منافع در نظام حقوقی ایران پیشنهاد می‌شود. پیشنهاد اول به دانشیان فقه و حقوق، اساتید، صاحب نظران و نویسندها و فقهی و حقوقی است. به این گرامیان پیشنهاد می‌کنیم که با پرداختن علمی، تخصصی و پژوهشی به شقوق و فروض تعارض منافع، پیوستهای فقهی، حقوقی و اجتماعی مربوط به تعارض منافع را فراهم کنند و با تبیین فلسفه حقوقی و تجربه سایر کشورها و روند تاریخی طی شده، پیشنهادهایی عینی و عملی برای بهبود مدیریت تعارض منافع ارائه کنند و پیشنهاد دوم به نظام تقین و قانون‌گذاری جمهوری اسلامی است تا در راستای بندهای ۲ و ۱۰ و ۱۷ از سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر پالایش قوانین، نسبت به یکپارچه سازی تجربه یکصدسال قانون‌گذاری پراکنده در خصوص مصادیق پر تعداد تعارض منافع اقدام نموده و با تدوین قانون فرآگیر و جامع در حوزه تعارض منافع ساختار لازم را برای تحقق منویات رهبر معظم انقلاب در رابطه با مبارزه با فساد، رانت و ویژه خواری فراهم کنند تا شاهد تشکیل جامعه‌ای مطالبه گر در خصوص مدیریت تعارض منافع و عاری از هرگونه رانت، فساد و تبعیض باشیم.

بعون ا... تعالیٰ

منابع و مآخذ:

الف- منابع عربى:

- ١- قرآن كريم
- ٢- نهج البلاغه
- ٣- ألوسى البغدادى، محمود، (١٤١٦ ق)، روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم و السبع المثانى، جلد ششم، بيروت: دار لكتاب العلميه.
- ٤- البخارى، محمد، (بى تا)، صحيح البخارى، جلد هفتم.
- ٥- التبريزى، جواد بن على، (١٤٣٧ ق)، تنقیح مبانی العروه، كتاب الصوم، قم: دار الصديقه الشهيدة.
- ٦- الحلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، (بى تا)، تحریرالاحکام الشرعیه على مذهب الامامیه، چاپ اول، مشهد: موسسه آل البيت.
- ٧- الحلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، (١٣٩٦)، تذکره الفقهاء، جلد پانزدهم، چاپ جدید، موسسه آلبیت (ع) لاحیا التراث.
- ٨- الخمینی، سیدروح الله، (١٣٧٩)، تحریرالوسیله، جلد اول، چاپ اول، قم: دارالعلم.
- ٩- خوانساری، سید احمدبن يوسف، (١٤٠٥ق)، جامع المدارک فی شرح مختصرالنافع، ٧ جلدی، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیه.
- ١٠- الرشتی، الشیخ حیب ا...، (١٤٠١ق)، القضا، چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
- ١١- الروحانی، سید محمد صادق، (١٤١٢ق)، فقه الصادق علیه السلام، چاپ اول، قم: دارالكتاب مدرسه امام صادق ع.
- ١٢- شهید اول، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، (١٤١٧ق)، جماعة المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم، چاپ دوم، موسسه النشر الاسلامی.

- ١٣- شهیداول، محمدين مکی، (١٤١٤ق)، غایه المراد فی شرح نکت الارشاد، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ١٤- الطباطبایی، محمدحسین، (١٣٧٥ق)، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد و یک و هفت، تهران: دارالکتب الاسلامی.
- ١٥- العاملی، الشیخ حر، (١٤١٤ق)، وسائل الشیعه، جلد دوازدهم و هفدهم، قم: آل البيت لایحاء التراث.
- ١٦- الغزالی، محمد، (بی تا)، احیاء العلوم، جلد هشتم.
- ١٧- کشی، محمد بن عمرین عبدالعزیز، معرفه الناقلين عن الائمه الصادقین، جلد دوم ، ص ٧٤٠، حدیث ١٢٨.
- ١٨- المجلسی، محمدتقی، (١٤٠٦ق)، روضه المتقین فی شرح من لا يحضره الفقيه، جلد ششم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشاپور.
- ١٩- المجلسی، محمد باقر، (١٤٠٤ق)، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، جلد بیست و چهارم، دار الكتب الاسلامیه.
- ٢٠- المحقق الحلى، ابوالقاسم نجم الدین جعفر، (١٤٠٨ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد چهاردهم، قم؛ مؤسسه اسماعیلیان.
- ٢١- المقدس الاردبیلی، احمدبن محمد، (١٤٠٣ق)، مجمع الفائد و البرهان، چاپ اول، جلد دوازده، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، مؤسسة النشر الاسلامی.
- ٢٢- النجفی، الشیخ محمدحسن، (١٣٦٢)، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهل و چهل و یک، چاپ هفتم.
- ٢٣- نراقی، مولی احمدبن محمد Mehdi، (١٤١٥ق)، مستند الشیعه فی احکام الشريعه، جلد نوزدهم، قم: مؤسسه آل البيت.

۲۴- النوری، الشیخ حسین، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد هشتم، بیروت: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لایحاء التراث.

۲۵- الواقدی، محمد بن عمر، (بی تا)، المغازی، چاپ اول، قم: الناشر الاعلمی.

ب- منابع فارسی:

۲۶- قانون اساسی جمهوری اسلامی

۲۷- قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی

۲۸- قانون نظارت بر رفتار نمایندگان مجلس شورای اسلامی

۲۹- قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی

۳۰- قانون مدنی

۳۱- قانون دفاتر اسناد رسمی

۳۲- قانون راجع به کارشناسان رسمی

۳۳- قانون تجارت

۳۴- قانون منع مداخله کارکنان دولت

۳۵- قانون نظام مهندسی

۳۶- قانون وکالت

۳۷- قانون سازمان بورس و اوراق بهادار؟

۳۸- قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی

۳۹- سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری

۴۰- سند چشم انداز جمهوری اسلامی در متن ۱۴۰۴

۴۱- قانون انتخابات ریاست جمهوری

-۴۲- فرمان هشت ماده‌ای رهبر انقلاب درباره مبارزه با مفاسد اقتصادی به تاریخ ۱۳۸۰/۰۲/۱۰

^{۴۳}- هاشمی شاهروdi، سید محمود، (۱۳۸۲)، «امام علی و اصول قضاؤت»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۳.

۴۴- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۴)، درس‌هایی از اصول فقه، دفتر دوم، چاپ هفدهم، مرکز نشر علوم اسلامی.

۴۵- مقدمه توجیهی لایحه مدیریت تعارض منافع در خدمات عمومی، منتشره در سایت
معاونت حقوقی، راست حموروی، در دی، ماه ۱۳۹۶ به نشانی : (ww.Ivp.ir)

۴۶- درویش زاده، محمد، پژوهش رهیافت حقوقی - تاریخی بر حقوق‌های نامتعارف، پژوهشکده حقه، و قانون، ابان.

۴۷- فرهنگ نامه اصول فقه، (۱۳۹۰)، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، قم: پژوهشکده علوم و فرهنگ اسلام.

ج - منابع انگلیسی:

- 1- Taking Law and Society Seriously, Taking Law and Society Seriously, Lawrence M. Friedman , April 1999.
 - 2- Taking Law Seriously,starting points of the Hart/Devlin Debate,peter cane, The Journal of Ethics volume 10, 2006.
 - 3- Taking Law Seriously ,Barry E. Friedman
 - 4- Taking Rights Seriously , Ronald Dworkin, Harvard University Press, 1977.
 - 5- Taking Rights Seriously , Ronald Dworkin, Harvard University Press, 1977

د- سایت‌ها

D % & B%ۯD%۸A%ۯD%۸AF%D&۹%۹D%۸B%۹D%۸۹%۹DBA%۸C-%D%۸۹%۹ D &
 %B% ۯD%۷A%۹D%۸B%۹DBA%۸C -%D%۸A%۹D&۹%۹D%۸B%۹D%۸A%۹DB %
 &C%D%۸B%۹DBA%۸C-%D%۸AF%D%۸B%۹D%۸A%۹D%۸A%۹YD%۸B%۹D&۹%۹-
 %D%۸AD%D%۸۲%۹D%۸A%۹D%۸۲%۹D%۸AF%D%۸A%۹YD%۸۶%۹D%۸A%۹YD%۸A%۹
 &۹- %D % &B%۹D%۸A%۹D%۸B%۹D%۸A%۹YDBA%۸C

2. <https://www.hamshahrionline.ir/news/۶۰۳۴۸۲> /%D%۸A%۹YD%۸۶%۹D%۸A
 A% D%۸۲%۹D%۸A%۹YD%۸AF-%D%۸B%۹D%۸AF%D%۸DBA%۸C%D%۸AF-%D%۸B%۹
 %D%۸B%۹D%۸A%۹- %D%۸B%۹D%۸A%۹D%۸B%۹D%۸A%۹YDBA%۸C-%D%۸۶%۹D A
 % AF %D%۸۷%۹D%۸A%۹D%۸A%۹D%۸A%۹YD%۸AD%D%۸DBA%۸C%D%۸AA-%D%۸۷%۹D%۸A
 % ۹D%۸B%۹D%۸A%۹YD%۸DBA%۸C-%D%۸۷%۹D%۸A%۹YD%۸B%۹D%۸A%۹YD%۸C
 % D%۸A%۹YD%۸۶%۹DBA%۸C

Vacancy of the legal of "conflict of interests management" in the 13th Iranian presidential election

Mostafa Mohaqeq Damad¹
Mohammad Darvishzadeh²

Abstract

In this article, after explaining the concept of "conflict of interest management", with reference is made to its application in Iranian legal system. Then, Different verses of Quran, hadiths and jurisprudential theories that can be used in managing conflict of interest have been analyzed. In the following, by giving some objective examples of conflict of interest in the Public Affairs management, And by review the situation of the Iranian legal system in relation to conflict of interests management, a report is presented on the legislative measures in the form of a bill proposed by the government or a representative plan on conflict of interests. There is ambiguity or legal gap in this regard, and therefore in the thirteenth presidential election, we see at least three clear examples of violations of the philosophy of conflict of interest, which has emerged by observers and executors; These three examples are: Conflict of interests arising from the relationship of kinship - Conflict of interests arising from the relationship between the nominee and the elected - Conflict of interests arising from the two supervisory and electoral roles of the other candidate.

KeyWords: *Conflict of interests, slander position, fight against corruption,- scattered legislation, legal gap, conflict of roles, presidential election in Iran.*

1. Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University and Professor of Jurisprudence outside the seminary

2. Former judge of the Supreme Court and head of Iranian Law and legal Research Institute

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

کد مقاله

LAW-2106-1085

دانشنامه‌های مرتبط

۱- حقوق عمومی ۲- حقوق جزای اختصاصی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

١. تعارض منافع
 ٢. موضع تهمت
 ٣. مبارزه با فساد
 ٤. قانونگذاری پرواکنده
 ٥. خلاً قانونی،

مدخلهای فرعی، قابل استفاده در تدوین مدخلها

- مفهوم و کارکرد مدیریت تعارض منافع: -۲ - تعارض منافع در منابع اسلامی: -۳ - آیات مرتبط با تعارض منافع: -۴ - روايات مرتبط با تعارض منافع: -۵ - اقوال فقهاء و ابواب فقهی در ارتباط با تعارض منافع: -۶ - تعارض منافع در اصول فقه و علم رجای:
 - سیره علمی فقهاء و دانشمندان اسلام: -۸ - تعارض منافع در واقعیت خارجی و نمونه های عینی: -۹ - وضعیت نظام حقوقی ایران در رابطه با مدیریت تعارض منافع: -۱۰ - وجود نصوص متعدد ناظر به مدیریت تعارض منافع در قوانین پراکنده: -۱۱ - قواعد بالادستی و گفتمان حاکم بر نظام حقوقی ایران: -۱۲ - لایحه مدیریت تعارض منافع: -۱۳ - طرح مدیریت تعارض منافع

قانون یا مواد قانونی مرتب

- ۱- بصیره ۳۱ ماده ۳۱ (منع اجتماع دو عنوان نامزد و عضویت در هیات اجرایی انتخابات)؛ ۲- ماده ۳۴-۳۷ قانون انتخابات ریاست جمهوری؛ ۳- ماده ۴۷۷ قانون آینین دادرسی کیفری؛ ۴- ماده ۱۱ قانون نظارت بر رفتار نمایندگان؛ ۵- ماده ۹۱ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مواد ۹۱ و ۶۹ قانون آینین دادسی مدنی؛ ۶- ماده ۱۷۷ قانون محاذات اسلامی بصیره ۲ ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی؛ ۷- ماده ۱۳ قانون راجح به کارشناسان رسماً؛ ۸- ماده ۱۹۰ قانون تجارت؛ ۹- ماده ۶۰۲ قانون محاذات اسلامی ماده ۴۴ قانون نظام مهندسی؛ ۱۰- ماده ۷ و ۵ قانون اصول اقتصادی؛ ۱۱- ماده ۱۰۰ قانون آینین نامه داخلی مجلس

تحلیل دو رأی درباره زیان معنوی ناشی از نقض تعهدات قراردادی

(نوع مقاله: علمی- پژوهشی)

عباس میرشکاری*

محمد ارضی^۱

چکیده:

موضوع این نوشتار، تحلیل دو رأی در زمینه‌ی مطالبه زیان معنوی است. ماجرا این دو رأی، از این قرار است که متعهد به انجام فیلمبرداری از مراسم عروسی به تعهد خویش عمل نکرده و نسبت به تحويل فیلم‌های عروسی اقدام نمی‌کند، متعهدله نیز، اقامه دعوا کرده و خواستار جبران زیان‌های وارد به خویش شده است. طبیعتاً، یکی از مصاديق زیان‌های وارد، خسارت معنوی است که به متعهدله، به دلیل نداشتن خاطره تصویری ماندگار از مراسم عروسی وارد شده است. حال، باید دید که با چه شرایطی این نوع از زیان در نظام حقوقی ایران، قابل مطالبه است. در این مقاله، با تاکید بر اینکه خسارت معنوی مطالبه شده، مستقیماً از تقصیر متعهد ناشی شده و نوعاً نیز، قابل پیش‌بینی است، بر قابلیت مطالبه آن تاکید شد. مسئله دیگر، روش جبران زیان وارد است. در این دو رأی، از دو روش برای جبران زیان معنوی استفاده شده است: یکی، الزام خوانده به «پرداخت معادل اجرت دریافتی» و دیگری، الزام وی به «پرداخت معادل هزینه‌های برگزاری مراسم». در این نوشتار، با تاکید بر اینکه قاضی باید به روشهایی بیندیشد که با «اوپرای و احوال قضیه» سازگار باشد، تلاش می‌شود درستی استفاده از روشهایی یاد شده بررسی شود.

کلیدواژه‌ها: خسارت معنوی، الزام به انجام تعهد اصلی، جبران خسارت، حق فسخ.

* دکترای تخصصی حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
Email: mirshekariabbas1@ut.ac.ir

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی تهران
Email: mohammadarzi@yahoo.com

فرض کنید آقای الف، فیلمبرداری از مجلس عروسی خویش را به آقای ب سپرده است. آقای ب نیز، در موعد مقرر در مجلس عروسی حاضر شده و از مراسم، فیلمبرداری می‌کند. با این حال، پس از برگزاری مراسم و با مطالبه آقای الف، آقای ب اعلام می‌کند که به دلیل پاک شدن حافظه‌ی دستگاه فیلمبرداری، قادر به تحويل فیلم‌ها نمی‌باشد. پس از این اتفاق، آقای الف، راهی دادگستری شده و از آقای ب، جبران زیان‌های واردہ به خویش را مطالبه می‌کند. او ادعا می‌کند که به دلیل عدم تحويل فیلم‌ها از سوی آقای ب، دچار زیان معنوی شده‌است. به علاوه، انگیزه‌ی اصلی وی از برگزاری مراسم عروسی، داشتن فیلم از این مراسم بوده‌است. برای همین، با عدم انجام تعهد از سوی آقای ب، تمامی هزینه‌های پرداخت شده بابت این مراسم، برایش بیهوده و بی‌ارزش شده‌است. در نتیجه، آقای ب باید تمامی هزینه‌های صورت گرفته را پرداخت نماید.

در برابر چنین دعواهی، پرسش‌های مختلفی قابل طرح است: نخست اینکه آیا متعهدله می‌تواند با وجود بقای قرارداد، به جای الزام متعهد به اجرای تعهد، به سراغ مطالبه خسارت برود یا آنکه در درجه نخست، باید الزام متعهد را به اجرای تعهد خواسته و در صورت عدم امکان، خسارت واردہ را مطالبه کند؟ تردید اصلی از این جهت است که مطالبه خسارت عدم انجام تعهد برخلاف درخواست الزام به اجرای اصل تعهد، به دلالت التزامی به این معناست که قرارداد منحل (فسخ یا منفسخ) شده‌است (پارسپور و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۵)، در حالی که این مدلول، برخلاف اصل لزوم قراردادهاست. بنابراین، شاید منطقی تر آن باشد که ابتدا الزام به انجام تعهد خواسته شده و در مرحله بعد، به سراغ مطالبه خسارت برویم، همان‌گونه که میان فسخ و الزام به اجرای تعهد نیز، چنین ترتیبی پذیرفته شده‌است. پس در فرضی که متعهد به میل خود، قرارداد را اجرا نمی‌کند باید الزام به اجرای قرارداد را از دادگاه درخواست کرد، چراکه مقصود و منظور طرفین از انعقاد قرارداد، اجرای تعهدات اصلی ضمن قرارداد بوده‌است. جبران خسارت و حق فسخ هردو شیوه‌های بدلي اجرای تعهدات هستند و تا زمانی که تعهدات اصلی قابل انجام است نباید به سراغ تعهدات بدلي برویم. اما در مقابل می‌توان گفت که درخواست اجرای تعهدات اصلی، تکلیف متعهدله نیست،

بلکه اختیار اوست. اجرای این اختیار، همواره و تحت هر شرایطی مطلوب او نمیباشد، چه بسا که در بسیاری از موارد متهمده به دلیل لزوم صرف هزینه و وقت زیاد برای طرح دعوای الزام به اجرای اصل قرارداد از این اختیار خود چشم پوشی کند و اجرای شیوههای بدلترا بیشتر به نفع خود ببیند.

جدای از این تردید، باید دید که آیا شرایط لازم برای تحقق مسئولیت مدنی خوانده فراهم است یا خیر؟ آیا او مرتکب تقصیر شده است یا خیر؟ به علاوه، آیا میان رفتار خوانده و زیانهای مورد ادعای خواهان، رابطه سببیت برقرار است یا خیر؟ مهمتر از همه اینها، آیا زیان مورد مطالبه، برای خوانده قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر؟ در فرضی که پاسخ به این پرسش‌ها مثبت باشد، باید دید که با چه روشی می‌توان واردہ به خواهان را جبران نمود؟ آیا الزام خوانده به پرداخت هزینه‌های عروسی روش مناسبی است یا آنکه باید به روش دیگری فکر کرد؟

به هرروی، با توجه به اینکه به تازگی دو پرونده، دقیقا در راستای فرض مذکور در ابتدای این نوشتار، مطرح شده، تصمیم گرفته شد به بررسی رویکرد دادگاهها در مواجهه با این پروندها پرداخته شود. بر این اساس، ابتدا به شرح دو پرونده پرداخته و سپس با توجه به سوالات یادشده، تلاش می‌شود موضوع بررسی شود.

۱. شرح پرونده‌ها

۱-۱. پرونده نخست

وکیلی از سوی خواهان دادخواستی به خواسته‌ی تقاضای صدور حکم مبنی بر مطالبه خسارت مادی و معنوی واردہ به دلیل ازین‌بردن فیلم و عکس جشن عروسی ارائه داده و در شرح آن چنین می‌نویسد: «موکل، خواهان فوق الذکر در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ جشن عروسی خود را برگزار می‌نماید و از خوانده محترم به عنوان فیلم‌بردار و عکاس می‌خواهد که کارهای مربوط به فیلم‌برداری و عکاسی از مجلس ایشان را بر عهده بگیرند و به خاطر اینکه قصد فیلم‌برداری از مجلس خود را داشتند از تمامی امکانات لازمه استفاده می‌کنند، اما متاسفانه خوانده محترم با

انجام اقدامات غیرحرفاء‌ای باعث از بین رفتن فیلم‌ها و عکس‌های متعلق به خوانده شده و بعد از مدتی پنهان کاری بالاخره به این موضوع اعتراف می‌کنند و حاضر به جبران خسارت مادی و معنوی موکل نیستند. از این رو، مطابق با قانون مسئولیت مدنی و با استناد به شهادت شهود که در جریان موضوع هستند، تقاضای صدور حکم به محکومیت ایشان به پرداخت مطلق خسارت مادی و معنوی وارد به موکل را دارم.».

دادخواست به دادگاه بخش لاران ارجاع و به کلاسه ۹۴۰۱۶۸ بایگانی می‌شود. خوانده در جلسه دادگاه به تاریخ ۱۳۹۴/۴/۲۳ چنین اعلام داشت: «فیلم عروسی روی حافظه داخلی دوربین بوده که از آنجا به یک هارد اکسترنال انتقال دادیم که رمزدار بوده، به دلیل اینکه سه بار رمز را اشتباہ دادیم هارد کلا فرمت شد و فیلم از بین رفت و من هارد را به اصفهان و حتی یک نمایندگی معروف تهران فرستادم که بیست روز زیر دستگاه بوده، فایده نداشت...». طبق نظریه کارشناس رسمی دادگستری که در اثر صدور قرار کارشناسی توسط قاضی پرونده صلاحیت اظهارنظر در خصوص پرونده را پیدا کرده، امکان بازیابی فیلم عروسی از حافظه دستگاه فیلمبرداری از طریق ارسال این دستگاه به کشور آلمان و پرداخت هزینه‌های خاص این امر وجود دارد.

در جلسه ۱۳۹۴/۸/۲۰ خواهان چنین اعلام داشت: «الآن من کل هزینه‌هایی را که برای عروسی کرده‌ام می‌خواهم و خسارت کل اشک‌هایی را که خانم ریخته‌است، می‌خواهم و اصلاً راضی نیستم که برای من کلیپ تهیه کند چون من عین آن لحظاتی که در عروسی است را می‌خواهم چون عروسی را فقط برای فیلمبرداری گرفتم و چون اگر قرار بود که فیلمی نداشته باشم عروسی نمی‌گرفتم و می‌رفتم ماه عسل. در صورتی که ۲۵ میلیون تومان هزینه برای عروسی متحمل شدم». وکیل خواهان نیز در لایحه خویش چنین می‌نویسد: «شما به خوبی بر این امر واقعه هستید که ثبت این لحظات به عنوان بهترین لحظات زندگی هر فردی همواره مایه آرامش و تجدید خاطره است به طوری که هیچ چیز نمی‌تواند جایگزین آن شود...».

سرانجام، دادگاه در دادنامه شماره ۲۰۰۶۲۹ ۱۳۹۴/۸/۲۵ به شرح زیر اقدام به صدور

رأى مى نماید: «خوانده با حضور در جلسه اول رسیدگی اقرار نموده است که قصور و بی احتیاطی ایشان منجر به از بین رفتن فیلم عروسی شده است و حاضر است به هر نحوی که شده رضایت ایشان را جلب کند، من جمله کلیپ از او تهیه کند. عدم انجام صحیح تعهد منجر به ورود خسارت مادی و معنوی به خواهان شده است، اما باید توجه نمود که بر اساس اصول جبران خسارات در مسئولیت مدنی، تنها خساراتی قابل جبران می باشند که رابطه مستقیم با عدم انجام تعهد از ناحیه معهده دارند، لذا دادگاه این ادعای خواهان را که چون عکس برداری به طور صحیح به انجام نرسیده پس عکس بردار می بایست هزینه عروسی را پرداخت کند چون اصلاً انجام عروسی صرفاً به قصد فیلم گرفتن بوده است را وارد نمی داند، چون آنچه مستقیماً به عنوان خسارت مادی در اثر عدم انجام تعهد عکس بردار مطرح می شود هزینه ای است که شخص برای فیلم برداری متتحمل شده است و مازاد بر آن علاوه بر اینکه معهده از قصد و نیت خواهان اطلاع نداشته به عنوان خسارت نمی توان مطالبه کرد. به خصوص آنکه در مسئولیت مدنی قراردادی عنصر قابل پیش بینی بودن شرط لازم برای جبران خسارت می باشد. عدم انجام تعهد یا اجرای ناقص تعهد از ناحیه معهده باعث ورود خسارت معنوی به معهده له گردیده است. ایشان اظهار داشته: «بعد از این که اطلاع از عدم انجام تعهد پیدا کردیم همسرم همیشه ناراحت بود.» و در جلسه حضوری اظهار داشت: «همسرم وقتی فیلم های عروسی دیگران را می دید متاثر می شد و اصلاً به خاطر او بود که من حاضر به گرفتن مراسم عروسی شدم و گرنه، می خواستم به ماه عسل بروم که هزینه کمتری نیز دارد.» هزینه انجام عمل فیلم برداری ۶۰۰ هزار تومان می شود. علی هذا دادگاه بنابر مراتب مطروح و با احراز ارکان مسئولیت مدنی و اینکه بر اساس مقررات قانون مسئولیت مدنی، خسارت معنوی در کنار خسارت مادی قابل جبران می باشد و شکل و شیوه جبران خسارت به اختیار دادگاه می باشد، مستنداً به مواد ۱، ۲ و ۳ از قانون مسئولیت مدنی حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت مادی و نیز ۶۰۰ هزار تومان بابت خسارت معنوی وارد به ایشان صادر و اعلام می نماید...».

پرونده در اثر اعتراض خواهان به رأی صادره از دادگاه بدوی به دادگاه تجدید نظر می‌رود، ولی رأی صادره عیناً توسط شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری طی دادنامه‌ی شماره ۹۵۰۹۹۷۳۸۱۴۷۰۰۰۷۶ به تاریخ ۱۳۹۵/۱/۲۹ تایید می‌شود.

۱-۲. پرونده دوم

خواهان‌ها طی دادخواستی خسارت مادی و معنوی ناشی از سهل‌انگاری و قصور خوانده که منجر به از بین رفتن عکس و فیلم‌های مراسم جشن عروسی خواهان‌ها شده‌است را درخواست کرده‌اند. این دادخواست به شعبه ۱۲ دادگاه عمومی اصفهان ارجاع می‌شود. حسب شرح دادخواست، خوانده، به موجب قرارداد مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۷ خدمات تصویربرداری و عکس‌برداری و موئتاز مراسم عروسی زوجین در تاریخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷ را بر عهده گرفته، ولی پس از برگزاری مراسم عروسی اعلام کرده که سخت‌افزار حافظه‌ی کامپیوتر دچار مشکل شده‌است و به همین جهت، فیلم‌ها و عکس‌های گرفته شده قابل بازیابی و تحويل نمی‌باشد. حال، خواهان‌ها مدعی هستند که برای مراسم جشن عروسی خود مبلغی بالغ بر ۲۶ میلیون تومان هزینه کرده‌اند که موجب خسارت مادی آنها شده و تمامی لحظات آن شب تکرارنشدنی پاک شده و از بین رفته، به گونه‌ای که گویا هیچ زمانی سپری نشده و در نتیجه خسارت معنوی غیرقابل‌انکار و جبران-ناپذیری به آنها وارد شده است، لذا جبران خسارت مادی و معنوی خویش را از خوانده درخواست کرده‌اند. خوانده به رغم ابلاغ قانونی در دادگاه حضور نیافته و دفاعی به عمل نیاورده، ولی با توجه به گزارش کارشناس رسمی دادگستری در پرونده تامین دلیل، وقوع حادثه ادعایی خواهان‌ها محرز است. دادگاه در دادنامه به تاریخ ۱۳۹۸/۰۵/۰۸ چنین تصمیم می‌گیرد: «... برای تحلیل حقوقی موضوع، می‌دانیم که قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی بر اساس ارکان تحقق مسئولیت بر سه پایه فعل زیانبار، رابطه سببیت و زیان استوار است. فعل خوانده زیانبار است زیرا خوانده مسئولیت محافظت از فیلم و عکس‌های مراسم را بر عهده داشته و حداقل مسئولیت وی آن بوده که فیلم‌ها و عکس‌های مراسم را علاوه بر هارد کامپیوترا در یک حافظه جانبی نیز نگهداری کند، اما وی با ترک این وظیفه زمینه ورود خسارت را فراهم آورده است. رابطه سببیت این فعل با

خسارت مادی مورد ادعای خواهان‌ها برقرار نیست. از نظر عرفی نیز این زیان به فعل خوانده قابل استناد نیست، ضمن آنکه صدق عنوان زیان بر هزینه‌های برگزاری مراسم عروسی محل تامل است زیرا زوجین اراده بر برگزاری مراسم عروسی و صرف هزینه برای پذیرایی از مهمانان را داشته‌اند و نمی‌توان این هزینه‌ها را زیان تلقی کرد. در خصوص خسارت معنوی باید گفت خسارت معنوی دارای ویژگی‌هایی است که کاملاً منطبق بر خسارت مادی نیست ولی در اصل جبران‌پذیری بدون تردید است و قطعاً لطمہ وارد شده به احساسات و عواطف زوجین ضرر تلقی می‌شود و این لطمہ به فعل خوانده قابل استناد عرفی است. حال مسئله این است که آیا شخص واردکننده زیان باید به صورت مادی این خسارت را جبران کند؟ در پاسخ باید گفت که هر کس موجب تالمات روحی شخصی را فراهم آورد باید موجبات خرسندي وی را نیز فراهم آورد ضمن آنکه بر اساس قاعده من له الغنم فعلیه الغرم، با توجه به آن که خوانده به انگیزه تحصیل مال فقط اقدام به انعقاد قرارداد کرده است مسئول جبران زیان وارده نیز می‌باشد و به هر حال این ضرر باید جبران شود. مصدقه‌های جبران هم می‌توانند امور مختلفی از قبیل پرداخت پول و عذرخواهی باشد و تعیین مصدقه جبران و الزام به آن بر اساس تشخیص دادگاه صورت می‌گیرد. به نظر این دادگاه دادن وجه می‌تواند خشنود کننده باشد. ضمن این‌که از این طریق می‌توان به اهداف مسئولیت مدنی از جمله اجتناب از اضرار، پیشگیری از تکرار، تنبیه مدنی و ترمیم وضعیت زیان دیده نائل شد. این دادگاه جهت جبران این خسارت موضوع را به کارشناس ارجاع کرد تا کارشناس بررسی کند اگر زوجین تمایل داشته باشند زمینه‌ای فراهم کنند تا مجدداً با تهیه مقدماتی مشابه عکس و فیلم‌های مراسم عروسی از خود عکس و فیلم تهیه کنند، چه میزان هزینه صرف می‌شود تا بتوان موجبات خوشنودی زیان دیدگان را فراهم آورد، کارشناس جمع هزینه‌های مربوط به تجدید مراسم جهت فیلم‌برداری و عکس‌برداری شامل اجاره تالار فیلم-برداری و عکس‌برداری اجاره باغ جهت لوکیشن فیلم‌برداری، اجاره خودرو، ماشین عروس، دسته گل عروس، لباس داماد لباس عروس، آرایش ساقدوش‌ها، خودروی فیلم‌برداری، آرایشگاه عروس و داماد و هزینه‌های متفرقه را جمیعاً ۲۳ میلیون و ۳۰۰ هزار تومان ارزیابی می‌کند. کارشناس اجاره تالار را ۵۰۰۰۰۰۰ ریال ارزیابی کرده ولی نظریه اینکه تجدید مراسم مستلزم برگزاری

مراسم در همان سالن در ایام تعطیل نمی‌باشد، دادگاه هزینه اجاره سالن در ایام غیرتعطیل را از محل برگزاری مراسم خواهان‌ها استعلام کرده که حسب پاسخ استعلام واصله حداقل هزینه اجاره تالار در طبقه اول تالار همراه با آتش‌بازی و رقص‌نور و جایگاه ویژه عروس و داماد و تزئینات تالار جمعاً ۲۶۰۰۰۰۰ ریال اعلام شده، لذا دادگاه در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر جبران خسارت مادی به لحاظ عدم وجود رابطه سببیت بین خسارت ادعایی و فعل خوانده، خواسته خواهان‌ها را وارد ندانسته و مستند به ماده ۱۹۷ آ.د.م حکم به بی‌حقی خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید. در خصوص خواسته خواهان‌ها مبنی بر جبران خسارت معنوی، خواسته را ثابت تشخیص و مستند به مواد ۱، ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۴ آ.د.ک حکم به الزام خوانده به پرداخت ۲۰۹۰۰۰۰۰ ریال به عنوان اصل خواسته و مبلغ ۱۲۸۷۰۰۰ ریال به عنوان خسارت دادرسی در حق خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید...».

۲. تحلیل پرونده‌ها

همان‌گونه که می‌دانیم، مسئولیت مدنی به دو دسته‌ی قراردادی و قهری تقسیم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۳۲). مسئولیت مدنی قراردادی، مسئولیتی است که از نقض تعهدات قراردادی حاصل می‌شود (همو، ۱۳۹۴: ۱۷؛ صفائی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۸۱). در مقابل، مسئولیت مدنی قهری ناظر به فرضی است که شخص از تعهدات قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۸). بدیهی است که در پرونده مورد بحث، با مسئولیت مدنی قراردادی روبرو هستیم؛ فیلم‌بردار، به موجب قرارداد، این تعهد را پذیرفته که از مجلس عروسی متعهدله، فیلم برداری کند. قاعده‌تا زمانی این تعهد، اجرا شده است که فیلم‌های عروسی تحويل خوانده گردد. بدین ترتیب و با وجود قرارداد، روشن است که مسئولیت خوانده از نوع قراردادی خواهدبود. براین‌ساس باید دید که آیا ارکان تحقق این نوع از مسئولیت فراهم است یا خیر. با این حال، پیش از

۱. ماده ۲۲۱ ق.م: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفانی به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.»

بررسی این پرسش، باید دید که آیا متعهدله می‌توانسته با وجود بقای قرارداد و بدون آنکه الزام متعهد را به اجرای تعهدش بخواهد، مطالبه خسارت کند یا خیر.

۱-۲. امکان‌سنگی طرح دعواهای مطالبه خسارت بدون رعایت تقدم در الزام خوانده به اجرای قرارداد

آیا با وجود یک قرارداد صحیح بین طرفین، متعهدله ابتدائاً و بدون طرح دعواهای الزام به انجام تعهدات، می‌تواند دعواهای مطالبه خسارت را مطرح کند؟ در پاسخ به این پرسش، دو پاسخ می‌توان ارائه داد: از یک‌سو، می‌توان گفت که در فرض عدم انجام تعهدات، متعهدله ابتدائاً باید دعواهای الزام به انجام تعهدات قراردادی را مطرح کند، زیرا آنچه مقصود و منظور طرفین از انعقاد قرارداد بوده، اجرای اصل تعهد است. جبران خسارت یک شیوه‌ی بدی برای اجرای تعهدات بوده و بین تعهد اصلی و جبران خسارت رابطه‌ی طولی برقرار است، برای همین، تا زمانی که امکان اجرای اصل قرارداد وجود دارد، نباید به سراغ بدل تعهد رفت. اصل لزوم قراردادها نیز، موید همین دیدگاه است (همو، ۱۳۹۷: ۱۱۳). در پرونده‌ی موردنظر نیز، خواهان دعوا باید دعواهای اجرای اصل تعهد را علیه فیلم‌بردار مطرح می‌کرد، چراکه اصل تعهد انجام فیلم‌برداری و تحويل فیلم‌ها به خواهان بوده- است و مطالبه خسارت بدل آن شمرده می‌شود. با این توصیف، خواهان با طرح دعواهای مطالبه خسارت، اصل لزوم قراردادها را نادیده گرفته‌است. در مقام تقویت این پاسخ، می‌توان به موقعیت حق فسخ نسبت به اجرای اصل قرارداد نیز توجه کرد. طبق مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶، ۴۷۶ و ۴۸۷ ق.م حق فسخ امری استثنایی برای متعهدله می‌باشد که در نتیجه‌ی عدم امکان اجرای قرارداد پدید می‌آید. پس، هرگاه در لازم یا جایز بودن عقدی شک بشود، یا در فرضی که در وجود یا عدم وجود خیار شک بشود، اصل بر لازم بودن قرارداد است (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۱۳). بنابراین، در مواردی که متعهد، تعهد خود را اجرا نمی‌کند، متعهدله باید ابتدای الزام متعهد مبنی بر انجام تعهد را درخواست کند و در صورت عدم امکان الزام، خواستار فسخ قرارداد شود (همو، ۱۳۹۷: ۴۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۲۱۸). به موجب مواد قانونی یادشده، حق فسخ به عنوان یک نهاد بدی در اثر عدم انجام تعهد اصلی برای متعهدله ایجاد می‌شود. در اینکه جبران خسارت و حق فسخ نسبت

به تعهد اصلی، نهادهای بدلی بهشمار می‌روند، شکی نیست. از طرفی حکمت وضع این دو نهاد نیز مشابه است، چراکه هر دو برای دفع ضرر نامشروع از متعهدله کارایی دارند. پس این دو نوع تعهد بدلی تفاوت عمده‌ای با هم ندارند. با توجه به این نکته، از تقدیمی که الزام به انجام اصل قرارداد نسبت به فسخ دارا می‌باشد، می‌توان در خصوص جبران خسارت نیز استفاده کرد و نتیجه گرفت: همان‌طور که در فسخ قرارداد ابتدا باید الزام به انجام تعهد خواسته شود، در جبران خسارت نیز ابتدا باید الزام متعهد به انجام قرارداد خواسته شود و تنها در صورت احراز تخلف است که می‌توان حکم به پرداخت خسارت صادر کرد، به ویژه آنکه ماده ۲۲۱ ق.م.^۱ لزوم احراز تخلف را برای مطالبه خسارت لازم می‌داند. احراز تخلف قاعده‌تا پس از اجبار متعهد به انجام تعهد و عدم انجام تعهد از سوی وی ممکن می‌شود. لذا متعهدله باید بدوان اجرای اصل تعهدات را درخواست بکند و بدوان حق مطالبه خسارت یا فسخ قرارداد را ندارد.

با این حال، باید توجه داشت که این باور مسلم‌آمد درباره تعهداتی که به نحو وحدت مطلوب باشند، قابل اجرا نیست. در این نوع از تعهدات، هم، نفس انجام تعهد و هم، زمان انجام آن برای متعهدله اهمیت دارد. در واقع، زمان اجرای تعهد قراردادی دارای ارزش واحدی با خود تعهد قراردادی می‌باشد، به نحوی که اگر تعهد در مدت مزبور و مقرر در قرارداد انجام نشود، انجام آن تعهد هیچ ارزشی برای متعهدله نخواهد داشت. در اینجا بحثی از الزام نیست و تنها اقدامی که برای متعهدله ممکن است، مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد است (شهیدی، ۱۳۹۵: ۳۵). به بیان دیگر، زمان اجرای تعهد، قید انجام تعهد است و اگر تعهد در زمان مقرر انجام نشود، هیچ مطلوبیتی برای متعهدله ندارد. برای مثال می‌توان تعهد به تحويل ماشین گل‌کاری شده عروس در شب عروسی را درنظر گرفت: اگر این تعهد در زمانی غیر از شب عروسی انجام شود ارزشی برای متعهدله ندارد و تأخیر در انجام این تعهد به منزله از بین رفتن اصل تعهد است. در این فرض، تنها راه باقی مانده برای متعهدله مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد می‌باشد و اساساً امکان

۱. ماده ۲۲۱ ق.م. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است...».

الزام به انجام تعهد مصدق پیدا نمی‌کند. اما در فرض عدم انجام تعهداتی که از جنس تعدد مطلوب هستند، اصل تعهد همچنان قابلیت اجرایی داشته و هنوز برای خواهان مطلوبیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۴۶). در این فرض، زمان اجرای تعهد، هرچند برای ذی نفع آن دارای اهمیت است و بالتبغ تأخیر در انجام تعهد موجب ورود خسارت به وی می‌شود، اما به گونه‌ای نیست که بتواند مطلوبیت اجرای اصل تعهد را زیر سوال ببرد (همان). در این فرض، ممکن است همچنان بر لزوم تقدم درخواست اجرای تعهد بر درخواست مطالبه خسارت تاکید شود، اما حقیقت این است که هرچند مطالبه خسارت و حق فسخ هر دو ضمانت اجراهای بدلت تعهد می‌باشند و در این نقطه با هم اشتراک دارند اما تقدم الزام به انجام اصل تعهد بر فسخ را نمی‌توان به مطالبه خسارت نیز تسری داد، زیرا جدای از آنکه این تقدم از لحاظ فقهی نیز مسلم نبوده و برخی از فقهاء، به هم‌عرض بودن دو اختیار الزام و فسخ تصریح دارند (امام خمینی، ۱۳۹۶/۵: ۱۱۴۴؛ خویی، ۱۳۶۶/۷: ۳۹۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸/۲: ۲۸۱)، رویکرد قانون‌گذار در این خصوص، همواره مورد نقد دکترین حقوقی قرار گرفته است. برای مثال منتظرین در این خصوص به مشکلات اجرایی و صعب‌الوصول بودن حق در این تقدم اشاره کرده‌اند که می‌تواند پیش‌اروی متعهدله قرار بگیرد. تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد مطابق مواد ق.م باعث اطاله دادرسی در دادگاهها و سوءاستفاده متعهد از این ایزار قانونی برای صدمه‌زن به حقوق متعهدله می‌شود (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۵۷) و این امر مخالف عدالت قضایی نیز می‌باشد، چرا که در روند اجرای قرارداد بین اختیارات طرفین برابر وجود ندارد. یکی از طرفین قرارداد به خواست خود از اجرای قرارداد خودداری کرده‌است و اکنون طرف مقابل را در راهروهای دادگستری سرگردان و درگیر دعاوی حقوقی مبنی بر لزوم اجرای اصل قرارداد کرده است (بادینی و شاهی، ۱۳۹۹: ۸۵). برای همین، برخی معتقدند لفظ «می‌تواند» در ماده ۲۳۷ ق.م افاده اختیار می‌کند و متعهدله در تقدیم فسخ بر الزام اختیار دارد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۲). با توجه به این

۱. «والشروط العقلانية يتربّ عليها امران عندهم: احدهما حق إلزام الشارط المشروط عليه بالعمل به، والثانى حق الخيار عند التخلف، فلو كان الحق الثانى متربّا على الاول بمعنى انه مع عدم حق الالزام لا يكون حق الفسخ ايضاً».

نکته‌ها، منطقی نیست که رویکرد قابل نقد قانون گذار در تقدیم الزام به اجرای اصل تعهد بر فسخ را به موقعیت مطالبه خسارت نیز تسری دهیم. به علاوه، برخی اوقات، تقدم الزام به اصل تعهد نسبت به اعمال فسخ باعث ورود ضرر بیشتری به متعهده است می‌شود و این امر با مبنای خیار تضاد پیدا می‌کند (خوبی، ۱۳۶۶: ۷/۳۹۶). همچنان در برابر اصل لزوم قراردادها باید گفت: تاکید بیش از اندازه بر این اصل باعث می‌شود، بر طرفین قرارداد مشقت و ضرر نامتعارفی وارد آید، حال آنکه می‌دانیم در ادبیات فقهی و حقوقی ما از ضرر نهی شده است و در این موارد، اصل لا ضرر، بر سایر اصول مقدم می‌گردد (زراعت، ۱۳۹۲: ۲/۲۶۷). افرون بر این‌ها، بر اساس ماده ۲۲۶ ق.م: «در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگراینکه برای ایفای تعهد، مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد...». بدین ترتیب، کافی است که تعهد، مدت داشته و منقضی شده باشد، در این صورت، می‌توان مطالبه خسارت کرد، بی‌آنکه نیازی به مطالبه اصل تعهد باشد. درست است که در این پرونده، برای اجرای تعهد، مدتی پیش‌بینی نشده اما به نظر می‌رسد در این موارد باید به عرف پناه برد، همچنان که در ادبیات حقوقی گفته شده در مواردی که برای اجرای قرارداد زمان مشخصی تعیین نشود، زمان اجرای آن را باید به عرف واگذار کرد (شهیدی، ۱۳۹۵: ۵/۴۹؛ امامی، ۱۳۴۷: ۳۲۵؛ رهیک، ۱۳۹۴: ۱۴۲). بر این‌اساس، به نظر می‌رسد در عرف، از فیلم‌بردار انتظار می‌رود بالا فاصله پس از برگزاری عروسی و مضی مدت کوتاهی به جهت انجام کارهای تدوین فیلم، تعهد خویش را اجرا کرده و فیلم‌ها را به خواهان تحويل بدهد. بدین‌ترتیب، در فرضی همانند فرض پرونده مورد گفتوگو که متعهد همچنان و با وجود پایان مدت تعهد، از تحويل فیلم‌ها امتناع می‌کند، می‌توان گفت که مدت منقضی شده و راه برای مطالبه خسارت فراهم است.

۲-۲. تقصیر متعهد

بر اساس ماده ۹۵۳ ق.م تقصیر به تعدی و تفریط تعریف شده است. ماده ۹۵۱ این قانون تعدی را به تجاوز از «حدود اذن و متعارف» و ماده ۹۵۲ تفریط را به ترک عملی که به موجب «قرارداد یا متعارف» لازم است، تعریف کرده است. با توجه به این موارد، می‌توان گفت که تقصیر مفهومی

متکی بر عرف اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۶۸؛ رهیک، ۱۳۸۸: ۲۷؛ شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۷/۳). برای احراز تقصیر باید یک انسان متعارف را ضابطه تشخیص قرار داد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۵۱)، انسانی که از همه حیث در دسته افراد متوسط جامعه قرار می‌گیرد. به علاوه، باید رفتار اعضای هر گروه و صنف را با افراد متعارف همان گروه و صنف مقایسه کرد. بر این اساس، رفتار خوانده به عنوان عضو صنف فیلمبردار را باید با افراد متعارف همین صنف قیاس کرد؛ فیلمبردار متعارف متوجه اهمیت تصاویر و فیلم ضبط شده هست، برای همین، تمامی دقت و تلاش خویش را صرف حفظ آنها خواهد کرد. به علاوه، از فیلمبردار متعارف انتظار می‌رود که آشنا با روش کار با دستگاه حافظه باشد. در پرونده نخست، ورود اشتباه رمز، آن‌هم برای سه بار به دستگاه حافظه، که خوانده قاعده‌اً هم از اهمیت فیلم‌ها و هم از اثر ورود رمز اشتباه آگاه بوده یا می‌باید آگاه باشد، رفتاری برخلاف رفتار یک فیلمبردار متعارف بوده است. در رأی نخست خوانده در جلسه‌ی اول رسیدگی، تقصیر خود در نگهداری فیلم را قبول می‌کند. در رأی دوم نیز دادرس بیان می‌کند: «خوانده مسئولیت محافظت از فیلم و عکس‌های مراسم را برعهده داشته و حداقل مسئولیت وی آن بوده که فیلم‌ها و عکس‌های مراسم را علاوه بر هارد کامپیوتر در یک حافظه جانبی نیز نگهداری کند اما وی با ترک این وظیفه زمینه ورود خسارت را فراهم آورده است». برای همین تردیدی در تقصیر خواندگان در هر دو پرونده، باقی نمی‌ماند. جدای از این، در قراردادها، تخلف متعهد و تقصیر او همواره مفروض قلمداد می‌شود، زیرا صرف عدم انجام تعهد برعهده گرفته شده در قرارداد، خود نقض قرارداد است و تقصیر قلمداد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۵۶). به خصوص آنکه در فرض مورد بحث، تعهد به تحويل فیلم عروسی، تعهد به حصول نتیجه معین است، در این نوع از تعهد، مدعی انجام نشدن تعهد، نیازی به آوردن دلیل برای اثبات مسئولیت متعهد ندارد (همان، ۱۶۷-۱۶۵)، بلکه کافی است تا عدم حصول نتیجه معین (در اینجا، عدم تحويل فیلم‌های عروسی) را اثبات کند و این متعهد قراردادی است که برای رهایی از آثار جبران خسارت باید به امری فراتر از بی‌قصیری استناد کند، یعنی باید بتواند وجود حادثه خارجی احترازانپذیر را ثابت کند تا بتواند از مسئولیت رهایی یابد (همان: ۱۶۴). بدین ترتیب بار دلیل بر دوش متعهد قرار دارد و او باید برای رهایی خود از مسئولیت وجود مانع قهری را ثابت کند (ماده‌ی ۲۲۷ ق.م؛ شهیدی، ۱۳۹۵: ۶۶/۳).

۳-۲. شرایط زیان قابل جبران

هر جا که نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از بین برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمہ‌ای وارد آید، ضرر به بار آمده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۸).^۱ نویسنده‌گان حقوقی انواع ضرر را مادی، معنوی و بدنی می‌دانند؛ مقصود از زیان مالی، ضرری است که در نتیجه از بین رفتن اعیان اموال، کاهش ارزش اموال و مالکیت معنوی یا از بین رفتن منفعت و حق مشروع اشخاص به آنان می‌رسد و میزان آن، تفاوت میان دارایی کنونی زیان‌دیده و دارایی او در صورتی است که فعل زیان بار رخ نمی‌داد (همان). زیان بدنی شامل لطماتی است که به تمامیت جسمانی افراد وارد می‌شود. برای مثال، صدمه‌ای که به جسم افراد وارد می‌شود و زیان زننده را به جیران زیان محکوم می‌کند. زیان معنوی، ضرری است که به حیثیت، آبرو یا عواطف و احساسات اشخاص وارد شده باشد. تجاوز به حقوق غیرمالی انسان و لطمہ زدن به احساسات دوستی، خانوادگی، مذهبی و درد و رنجی که در اثر حادثه‌ای ایجاد شود، زیان معنوی است (صفایی، ۱۳۵۵: ۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۳؛ رهیک، ۱۳۸۸: ۴۸). به عبارت دیگر، زیان معنوی، لطمہ‌ای است که به سرمایه غیرمادی انسان وارد می‌شود. آسیبی که به حواس ظاهری، احساس، عاطفه، نفس، موقعیت خانوادگی یا شغلی و یا منزلت اجتماعی انسان وارد می‌شود و موجب تاثیر درونی یا کاهش اعتبار و ارزش او شود، ضرر معنوی است (نیک فرجام به نقل از العوجی، ۱۳۹۲: ۱۰۹).

در پرونده اول، خواهان دو مصدق اصلی زیان‌هایش را در بخشی از دادخواست چنین بیان می‌دارد: «لان من کل هزینه‌هایی را که برای عروسی کرده‌ام می‌خواهم و خسارت کل اشک‌هایی را که خانم ریخته است». طبیعتاً، هزینه‌های مربوط به مراسم، خسارت مالی و خسارت مربوط به اشک‌ها، خسارت معنوی شمرده می‌شود. در پرونده دوم نیز، خواهان‌ها مدعی هستند که برای مراسم جشن عروسی خود مبلغی بالغ بر ۲۶ میلیون تومان هزینه کرده‌اند که

۱. در فقه، ر.ک.به: «أن الضرر عبارة عن فوت ما يجده الإنسان من نفسه وعرضه وماليه وجوارمه، فإذا نقص ماليه وطرف من أطرافه بالإتلاف أو التلف أو زرق روحه أو هتك عرضه بالاختيار أو بدونه يقال: إنه تضرر به...»، نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب تحریر بحث میرزا نائینی، ج ۳، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸، ۳۷۷.

موجب خسارت مادی آنها شده و «تمامی لحظات آن شب تکرار نشدنی پاک شده و از بین رفته به گونه‌ای که گویا هیچ زمانی سپری نشده است و در نتیجه خسارت معنوی غیرقابل انکار و جبران-ناپذیری به آنها وارد شده است».

درباره هر دو نوع خسارت مطالبه شده در هر دو پرونده، بعد از این، بیشتر سخن گفته خواهد شد، اما درباره خسارت معنوی مطالبه شده در پرونده نخست، باید گفت از آنجا که خواهان، تاثر و غم وارد به همسر خویش را مطالبه کرده، او صلاحیت طرح دعوی برای دریافت خسارت را ندارد و خود شخص زیان دیده باید جداگانه طرح دعوی بکند. اگرهم، خواهان مدعی باشد که در نتیجه تاثر همسرش، او نیز دچار آسیب روحی شده و خواستار جبران خسارت به نفع خودش می‌باشد، بازهم این خسارت قابل مطالبه نیست، چرا که این خسارت، باوسطه بوده و در نظام حقوقی ما قابل مطالبه نیست. به هرروی، در ادامه، شرایط زیان قابل مطالبه بررسی خواهد شد.

۱-۳-۲. لزوم مستقیم بودن ضرر

زیان باید از فعل خوانده ناشی شده باشد تا قابل مطالبه باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۷۹؛ صفائی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۰۳)؛ یعنی اگر فعل خوانده انجام نمی‌شد، چنین ضرری به زیان دیده وارد نمی‌شد. بنابراین، اگر یک علت خارجی که ارتباطی با متعهد ندارد، سبب اصلی نقض تعهد بوده، متعهد، محکوم به پرداخت خسارت نمی‌شود، زیرا با وجود سبب خارجی رابطه سببیت بین فعل مرتكب و ضرر وارد قطع می‌شود (رهپیک، ۱۳۸۸: ۷۴). پس اگر زیان حاصله مستند به اسباب قهری یا فعل شخص ثالث یا خود زیان دیده باشد، ورود ضرر به خوانده قابل انتساب نبوده و در نتیجه، جبران خسارتی در کار نخواهد بود. در احراز رابطه‌ی سببیت به دقت‌های فراوان فلسفی و ریاضی گونه نیازمند نمی‌باشیم، بلکه احراز رابطه‌ی سببیت بر اساس عرف کافی می‌باشد (رهپیک، ۱۳۸۸: ۶۸)،^۱ البته وجود رابطه سببیت مفروض نیست، بلکه در هر مورد متعهده‌له باید وجود آن را ثابت کند (شهیدی، ۱۳۹۵: ج ۰۳/۶-۷).

۱. ماده ۳۳۲ قانون مدنی: «هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال شود مباشر مسئول است نه مسیب مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد به نحوی که عرفا اتلاف مستند به او باشد».

۷۴ کاتوزیان، زیان، باید نتیجه‌ی مستقیم رفتار خوانده باشد، زیرا در اثر یک حادثه ممکن است خسارت‌های متعددی ایجاد شود، طبیعتاً از میان این خسارت‌ها، تنها آن دسته‌ی قابل مطالبه هستند که مستقیماً ناشی از تقصیر خوانده باشند. منظور از مستقیم بودن زیان این است که بین نقض تعهد و زیان، عامل دیگری وجود نداشته باشد، تا جایی که بتوان گفت ضرر در نظر عرف، بی‌واسطه از نقض تعهد ناشی شده است (همان: ۴۹؛ امامی، ۳۴۷؛ ۲۴۵؛ رهپیک، ۱۳۸۸: ۶۷). برای همین، هرگاه بین نقض تعهد و ضرر حادثه‌ای دیگر واقع شود این ضرر، مستقیم نیست؛ چون احتمال دارد ضرر به واسطه‌ی آن حادثه باشد. بر اساس ماده ۵۲۰ قانون آ.د.م. تنها ضرر بلاواسطه و مستقیم در قلمرو مسئولیت قراردادی قرار می‌گیرد و ضمان آن بر عهده‌ی مماطل یا ممتنع نهاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۲۱۸). بر اساس این ماده، خواهان مکلف شده تا اثبات کند که «زیان واردۀ بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است».

به‌هرروی، استدلال دادرس در پرونده‌ی دوم برای رد درخواست مطالبه ضرر مادی این‌گونه بیان می‌شود: «... ولی رابطه سببیت این فعل با خسارت مادی مورد ادعای خواهان‌ها برقرار نیست، از نظر عرفی نیز این زیان به فعل خوانده قابل استناد نیست». سخن دادرس از این حیث که بین هزینه‌ی عروسی و عمل فیلمبردار رابطه‌ی سببیت وجود ندارد، سخن درستی است، چرا که این هزینه‌ها پیش از انجام فیلمبرداری صرف شده‌اند و نمی‌توانند نتیجه‌ی تقصیر فیلمبردار باشد. در پرونده نخست نیز، دادرس در خصوص خسارت مادی چنین بیان می‌کند: «...هزینه‌های مربوط به مراسم، خسارت مستقیم نیستند». در بخشی از رأی چنین آمده است: «بر اساس اصول جبران خسارات در مسئولیت مدنی تنها خساراتی قابل جبران می‌باشند که رابطه مستقیم با عدم انجام تعهد از تاکیه متعهد دارنده، لذا دادگاه این ادعای خواهان را که چون عکس‌برداری به طور صحیح به انجام نرسیده پس عکس‌بردار می‌باشد هزینه عروسی را پرداخت کند چون اصلاح انجام عروسی صرفاً به قصد فیلم‌گرفتن بوده است را وارد نمی‌داند چون آنچه مستقیماً به عنوان خسارت مادی در اثر عدم انجام تعهد عکس‌بردار مطرح می‌شود هزینه‌ای است که شخص برای فیلم‌برداری متحمل شده است و مازاد بر آن علاوه بر اینکه متعهد از قصد و نیت خواهان اطلاع نداشته به عنوان خسارت نمی‌توان مطالبه کرد». بدین ترتیب، دادگاه، تنها هزینه‌ای که شخص

برای فیلمبرداری متحمل شده را خسارت مستقیم تلقی می‌کند. سخن دادگاه از این جهت که تنها خسارت مستقیم را قابل مطالبه می‌داند، درست است اما به نظر می‌رسد تشخیص دادگاه درباره مصدق خسارت مستقیم قابل تأمل باشد. از نظر این دادگاه، خسارت مستقیم، «هزینه‌ای است که شخص برای فیلمبرداری متحمل شده است»؛ این در حالی است که این هزینه، نه خسارت، که اجرت عمل فیلمبردار است، تردیدی هم نیست که در صورتی که امکان تادیه‌ی یکی از عوضین به علت از بین رفتن مورد تعهد، وجود نداشته باشد، طرف مقابل (معهده‌له) از دادن عوض قراردادی معاف می‌باشد. پس در این پرونده با عدم ارائه فیلم و تصویر ضبط شده، فیلمبردار نمی‌تواند مستحق نگاهداشت اجرت فیلمبرداری باشد. بنابراین، استرداد آن نه از جهت جبران خسارت بلکه از جهت ایفای ناروا است.

باین حال، هم‌آهنگ با تصمیم هر دو دادگاه در هر دو پرونده، می‌توان گفت که تلقی هزینه‌های عروسی به عنوان خسارت مستقیم و قابل مطالبه نادرست است، زیرا خوانده، سبب برهم خوردن عروسی نشده تا او را مکلف به برگزاری مجدد مراسم بدانیم. فرضی را تصور کنید که آقای الف، به مراسم عروسی آقای ب وارد شده و این مراسم را بر هم می‌زد، طبیعتاً، میان فعل آقای الف و برهم خوردن مراسم عروسی رابطه سببیت به صورت مستقیم را می‌توان تصور کرد و هزینه‌ی عروسی را هم می‌توان از آقای ب مطالبه کرد، اما در پرونده موجود، به دشواری می‌توان چنین رابطه‌ای را تحلیل کرد. عدم تحويل فیلم‌های عروسی باعث نشده تا مراسم عروسی از بین برود؛ مراسم عروسی برگزار شده و طبعاً فوایدی مختلفی از آن حاصل شده است. آنچه از دست خواهان رفته، تصاویری است که خواهان، انتظار داشته از آن مراسم در اختیار داشته باشد و اکنون ندارد. با توجه به این سخن، نمی‌توان میان هزینه مراسم عروسی با فعل خوانده، رابطه سببیت مستقیم برقرار کرد. به بیان دیگر، نقض تعهد خوانده باعث نشده تا مراسم از بین برود، بر همین اساس، تلقی هزینه عروسی پرداخت شده توسط خواهان به عنوان زیان قابل توجیه نیست.

با وجود این، نباید از یاد برد که مسلمان زیان معنوی خواهان‌ها در پرونده دوم، نتیجه مستقیم تقصیر فیلم‌بردار است. او فیلم عروسی را تحويل نداده و در اثر مستقیم این اقدام، به خواهان‌ها خسارت معنوی وارد شده است. در هر دو پرونده نیز، دادگاهها این نکته را می‌پذیرند. برای نمونه، در پرونده نخست، قاضی چنین تصمیم می‌گیرد: «عدم انجام تعهد یا اجرای ناقص تعهد از ناحیه متعهد باعث ورود خسارت معنوی به خواهان گردیده است»، در پرونده دوم نیز، چنین می‌خوانیم: «قطعاً لطمه وارد شده به احساسات و عواطف زوجین خسر تلقی می‌شود و این لطمه به فعل خوانده قابل استناد عرفی است». حال، باید دید که آیا این زیان قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر.

۲-۳-۲. لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان

متعهد در صورت نقض تعهد مکلف به جبران آن دسته از خساراتی است که وقوع آنها، قابل پیش‌بینی باشد. به بیان دیگر، خوانده دعوای مسئولیت قراردادی فقط باید پاسخگوی نتایج قابل پیش‌بینی عمل خود بوده و جبران خسارات پیش‌بینی‌نایزدیر در قلمرو مسئولیت او قرار نمی‌گیرد (پیشین: ۱۹۴؛ صفائی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۱۲؛ ره پیک، ۱۳۸۸: ۶۶). بنابراین هیچ خوانده‌ای مسئول جبران همه نتایجی که از افعال او ناشی می‌شود، نبوده (همان) و برای او صرفا در باب خسارات متعارف و طبیعی، مسئولیت جبران در نظر گرفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۲۲۶). در تقویت این باور می‌توان به مفاد مواد ۲۲۱ و ۶۳۲ ق.م و نیز مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ ق.م.ا که به غیرقابل مطالبه بودن خسارات غیرقابل پیش‌بینی در حوزه مسئولیت مدنی قهری مربوط هستند، اشاره کرد (همان: ۲۲۷-۲۲۱). همراه با این باور، دادرس پرونده اول، بر این باور است که «در مسئولیت مدنی قراردادی عنصر قابل پیش‌بینی بودن شرط لازم برای جبران خسارت می‌باشد». ملاک برای قابل پیش‌بینی بودن خسارت ملاک نوعی است (همان: ۱۹۳). در این مسیر، جدای از آنکه می‌توان به مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م استناد کرد، مواد ۵۱۸ و ۵۲۱ ق.م.ا نیز قابل استناد هستند. به بیان دیگر، باید دید که آیا ورود ضرر، برای نوع انسان‌ها، قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر، چرا که با گسترش روابط اجتماعی افراد و درگیر شدن حقوق در ذره ذره روابط انسانی امروزه تفسیر فردی صرف از قرارداد نمی‌تواند حجت باشد. در تفسیر مفاد قرارداد باید به شرایط اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و عرفی

یک جامعه نگاه کنیم و با درنظر گرفتن همه‌ی این موارد اقدام به تفسیر اراده‌های دو طرف قرارداد کنیم (همو، ۱۳۷۲: ج. ۱/ ش. ۸۵). حال، باید دید که آیا خسارت مطالبه شده از سوی خواهان، قابل پیش‌بینی بوده یا خیر. از بخشی از رأی دادگاه در پرونده نخست، می‌توان این گونه استنباط کرد که دادگاه، خسارت مورد ادعا را قابل پیش‌بینی نمی‌داند. به نظر دادگاه، «متعهد از قصد و نیت خواهان اطلاع نداشته»، برای همین، نتیجه می‌گیرد که نمی‌توان هزینه برگزاری عروسی را به عنوان خسارت مطالبه کرد. این در حالی است که همان‌گونه که گفته شد، معیار قابلیت پیش‌بینی فقط شخصی نیست، بلکه همین اندازه که نوعاً و عرفاً بتوان ورود خسارت را پیش‌بینی کرد، باید خسارت را قابل پیش‌بینی دانست و لو آنکه برای شخص متعهد، این خسارت، قابل پیش‌بینی نباشد، بنابراین، رد خواسته خواهان درخصوص جبران خسارت به این دلیل که «متعهد از قصد و نیت خواهان اطلاع نداشته»، سخن درستی نیست. در جامعه کنونی، عکس‌ها و فیلم‌ها، اگر بگوییم نقشی بیشتر از خود رویدادها ایفا می‌کنند، مبالغه نکرده‌ایم. مردمان امروز، بیش از آنکه خود اتفاق‌ها برای شان مهم باشد، تصویری که از اتفاق‌ها دارند، برای شان مهم‌تر است، این ترجیح و اهمیت، به ویژه آنجا که با پدیده مهمی چون عروسی روبه‌رو هستیم، بیشتر می‌شود. آنها دوست دارند تصاویر چنین رویدادهایی را برای همیشه نگاه دارند و به طور خاص، به اشتراک بگذارند. برای اثبات این سخن، کافی است نگاهی به شبکه‌های اجتماعی بیندازیم و به عرف رایج در میان مردم پی ببریم. مردم جامعه به این امید در رویدادها نقش بازی و حتی برای برگزاری آنها هزینه می‌کنند که در نهایت، تصویری از آن را در اختیار داشته باشند. بر این اساس، کسی که متعهد به فیلم‌برداری شده، نمی‌تواند خود را جاگل به اهمیت عکس و فیلم بداند و خسارت ناشی از عدم انجام تعهدش را غیرقابل پیش‌بینی تلقی کند. ادعای چنین جهله‌ی از سوی کسی که شغل فیلم‌برداری از مجلس عروسی را انتخاب کرده، قابل پذیرش نیست یا کمینه آنکه خود نشان‌دهنده تقصیر متعهد است.^۱ با توجه به این نکات، می‌توان خسارت معنوی خواهان‌ها را قابل پیش‌بینی دانست.

۱. ماده ۵۲۲ ق.م.: «متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر

۴-۲. روش جبران زیان

در صورتی که بر لزوم مطالبه اجرای تعهد و تقدم آن بر مطالبه خسارت تاکید کنیم، طبیعتاً نوبت به تحلیل روش جبران خسارت نخواهد رسید؛ متعهده‌له باید اجرای اصل تعهد را مطالبه کند و تنها زمانی می‌تواند مطالبه خسارت کند که اجرای اصل تعهد، قابل انجام نباشد. در فرض اخیر و نیز، در صورتی که از ابتدا، قائل به تقدم اجرای اصل تعهد بر مطالبه خسارت نباشیم، باید به روش جبران خسارت نیز، فکر کرد. در هر دو رای، خواهان، پرداخت هزینه‌های برگزاری مراسم عروسی را خواسته، اما در قابلیت پذیرش این خواسته، تردید وجود دارد، چه همان‌گونه که گفته شد، مراسم عروسی، فواید مختلفی دارد که طبیعتاً برای خواهان حاصل شده است، به جز اینکه تصویری از آن باقی نمانده است. بنابراین، الزام خوانده به تقبل تمامی این هزینه‌ها، برای جبران خسارت مادی، چیزی فراتر از جبران کامل خسارت و به نوعی، سود رساندن به زیان دیده است. در مسیر جبران زیان زیان دیده، باید در مسیری قدم برداشت که در کنار جبران خسارت وارد، موجب نشود که، مبلغی بیش از خسارت وارد، به زیان دیده پرداخت شود، به علاوه، بر عامل زیان نیز، بیش از اندازه لازم سخت‌گیری نشود. این در حالی است که الزام عامل زیان به پرداخت تمامی هزینه‌های عروسی، چیزی فراتر از جبران خسارت بوده و سخت‌گیری بیش از اندازه بر عامل زیان نیز هست.

در پرونده نخست، دادرس پس از بیان اینکه «هزینه انجام عمل فیلمبرداری ۰۰۰ هزار تومان می‌شود»، حکم به محکومیت خوانده به «پرداخت مبلغ ۰۰۰ هزار تومان بابت خسارت مادی و نیز ۰۰۰ هزار تومان بابت خسارت معنوی وارد به ایشان صادر و اعلام می‌نماید...». دادرس محترم، اگرچه نمی‌گوید اما بنا به ظاهر، اعتقاد دارد که خسارت معنوی خواهان، اگر بیش از خسارت مادی وی نباشد، کمتر نیست. برای همین، برای هر دو، مبلغی یکسان در نظر می‌گیرد، با این حال، صرف نظر از درستی یا نادرستی این روش، حقیقت این است که مبلغ منظور شده به عنوان

قصیر او، حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است، ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد، ضامن نیست.»

خسارت مادی، اجرت عمل خوانده است که ناروا و بی‌آنکه به تعهد خویش عمل کند، در تصرف خویش نگاه داشته است، بنابراین، تردیدی در لزوم استرداد آن نیست، به همین دلیل، تلقی آن به عنوان خسارت، قابل توجیه نیست. با توجه به این سخن، ادامه مسیر دادگاه در خصوص خسارت معنوی نیز، نادرست خواهد بود، زیرا برای محاسبه خسارت معنوی، به معیاری تکیه کرده که از اساس، نادرست است.

در پرونده دوم، دادرس، خوانده را به پرداخت هزینه‌های لازم برای تجدید مراسم محکوم می‌کند تا «اگر زوجین تمایل داشته باشند زمینه‌ای فراهم کنند تا مجدداً با تهیه مقدماتی، مشابه عکس و فیلم‌های مراسم عروسی از خود عکس و فیلم تهیه کنند». در واقع، دادرس، از یک سو، هزینه عروسی را به عنوان خسارت مادی تلقی نمی‌کند اما از دیگر سو، پرداخت این هزینه‌ها را مناسب‌ترین روش برای جبران خسارت معنوی خوانده می‌داند. این دو باور، با هم متناقض نیستند، زیرا در مرحله جبران زیان، عادلانه‌ترین راه این است که قاضی روشنی که بیشترین هماهنگی را با وضعیت طرفین پرونده دارد، در نظر بگیرد. چنین اختیاری بر اساس ماده ۳ ق.م.م. به قاضی داده شده است: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع واحوال قضیه تعیین خواهد کرد».

با این حال، یک نکته را نباید از نظر دور داشت: قاضی در پرونده نخست، موضوع را به کارشناس ارجاع داده و به نظر کارشناس، «امکان بازیابی فیلم عروسی از هارد دستگاه فیلمبرداری از طریق ارسال این دستگاه به کشور آلمان» وجود دارد. این نظریه، اگرچه در لابالی ماجراهای پرونده، فراموش می‌شود اما حقیقت این است که نباید نادیده‌اش گرفت. با توجه به این نظریه، آیا بهتر نیست که به جای الزام به پرداخت پول برای جبران خسارت معنوی، خوانده به ارسال دستگاه به کشور آلمان به منظور بازیابی فیلم محکوم شود؟ در این باور، الزام به ارسال دستگاه به عنوان اجرای اصل تعهد تلقی نمی‌شود، زیرا اصل تعهد، فیلمبرداری از مجلس عروسی و تحويل فیلم آن بوده و این امر نیز، به دلیل وحدت مطلوب بودن تعهد و گذشت موعد آن، قابل انجام نیست. بنابراین، این باور، منافاتی با آنچه در ابتدای این نوشتار، درباره عدم لزوم تقدیم

اجرای عین تعهد بر جبران خسارت، گفته شد، ندارد. در واقع، الزام یاد شده، به عنوان روشی برای از بین بردن منبع زیان است که علی‌الاصول بر هر روش دیگری برای جبران زیان ترجیح دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۶۲؛ صفائی و حبیمی، ۱۳۹۴: ۲۴۰).

برای همین، به نظر می‌رسد بهتر است قاضی در موارد مشابه، در صورت احراز امکان بازیابی فیلم‌ها از طریق ارسال آنها به خارج، از همین روش برای جبران زیان استفاده کند. در غیر این صورت، به نظر می‌رسد بهتر است قاضی به جای آنکه خوانده را به برگزاری مجدد مراسم عروسی یا پرداخت هزینه‌های آن محکوم کند، به روشی فکر کند که می‌تواند بیشترین نزدیکی را به اجرای اصل تعهد خوانده داشته باشد، به نحوی که خواهان را در موقعیتی قرار دهد که بتوان فرض کرد که اگر خوانده به تعهد خویش عمل می‌کرد، خواهان، اکنون در آن موقعیت قرار داشت. به علاوه، موجب سخت‌گیری بیش از اندازه نیز بر عامل زیان نشود (میرشکاری، ۱۳۹۹: ۴۰۱).

برای همین، به نظر می‌رسد در این مسیر، الزام خوانده به تهییه آنچه در عرف، به کلیپ عروسی معروف است، منطقی‌ترین راه باشد، به این معنا که فیلمبردار زمینه‌ای فراهم کند تا مجدداً با تهییه مقدماتی مثل اجاره باغ جهت لوکیشن فیلمبرداری، اجاره خودرو، عکس‌برداری و هزینه‌های متفرقه، از این مراسم کلیپی به جای فیلم عروسی تهییه کند و تعهد خود را از این طریق انجام دهد.

نتیجه‌گیری:

در جهان امروز و میان مردم در جامعه کنونی، تصویر، اهمیت به مراتب بیشتری، از خود اتفاق موضع تصویر دارد. این اهمیت، درباره بعضی از رویدادهای مهم زندگی مانند مراسم عروسی بیشتر هم می‌باشد. برای همین، در فرضی که متعهد به انجام فیلم‌برداری از مجلس عروسی با تقصیر خویش، سبب از بین رفتن فیلم‌ها می‌شود، طبیعتاً، متعهدله می‌تواند خسارت خویش را مطالبه کند. حال، باید دید که آیا شرایط لازم برای تحقق مسئولیت مدنی عامل زیان فراهم است یا خیر. در این مقاله، تلاش شد با تأکید بر عنصر تقصیر و قابلیت پیش‌بینی و مستقیم بودن زیان، تحقق یا عدم تحقق مسئولیت مدنی متعهد بررسی شود. بر این اساس و با توجه به عدم انجام تعهد قراردادی از سوی متعهد، تقصیر وی محرز دانسته شد. به علاوه، این نتیجه، گرفته شد که خسارت معنوی مطالبه شده، مستقیماً به خاطر تقصیر متعهد ایجاد شده است، به نحوی که اگر او مرتکب تقصیر نمی‌شد، چنین زیانی نیز، وارد نمی‌شد. همچنین، با توجه به اهمیت عرفی تصویر، نوعاً قابل پیش‌بینی است که نبود تصویر، چه لطمہ شدیدی به متعهدله وارد می‌کند. با این اوصاف، تردیدی در مسئولیت متعهد در فرض یاد شده باقی نمی‌ماند. با این حال، پرسش اصلی این است که با چه روشی باید زیان وارد را جبران نمود؟ به نظر می‌رسد باید به دنبال روشی بود که متعهدله را در موقعیتی قرار دهد که گویی، تعهد اجرا شده است نه اینکه او را به نفع تازه‌ای برساند. به علاوه، سبب عسر و حرج متعهد نیز نشود. در این مسیر، به نظر می‌رسد توجه به اوضاع و احوال قضیه عامل اصلی در تعیین روش مناسب باشد. در نتیجه، پیشنهاد می‌شود با توجه به لزوم از بین بردن منبع زیان، در صورتی که روشی برای بازیافت فیلم وجود دارد، قاضی در درجه نخست، عامل زیان را به اجرای این روش ملزم کند. در مرتبه بعدی نیز، الزام عامل زیان به تهیه آنچه در عرف به کلیپ عروسی معروف است و نظایر آن می‌تواند روش مفیدی باشد.

منابع و مأخذ:

الف- منابع فارسی:

كتب:

۱. امامی، سیدحسن، (۱۳۴۷)، حقوق مدنی. جلد یک، چاپ سوم، تهران، نشر اسلامیه.
۲. رهپیک، حسن، (۱۳۹۴)، حقوق مدنی حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندي.
۳. رهپیک، حسن، (۱۳۸۸)، حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها، چاپ پنجم، تهران، انتشارات خرسندي.
۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی-آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات مجد.
۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی-سقوط تعهدات، جلد پنجم، چاپ دهم، تهران، انتشارات مجد.
۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی- اصول قراردادها و تعهدات، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد.
۷. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۵)، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران، انتشارات مرکز تحقیقات.
۸. صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب الله، (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات سمت.
۹. قاسمزاده، سید مرتضی، (۱۳۸۸)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ یکم، تهران، نشر دادگستر.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ یکم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، واقعی حقوقی-مسئولیت مدنی، چاپ هفدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد یکم، چاپ دوم، تهران، مدرس و بهمن برنا.



۱۴. زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، ترجمه و شرح العناوین، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل.
۱۵. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۹)، رساله عملی در مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

مقالات:

۱۶. بادینی، حسن؛ انصاری، علی؛ شاهی دامن جانی، احمد، (۱۳۹۹)، «بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر اقتصادی (مطالعهٔ تطبیقی در نظام حقوقی ایران و آمریکا)»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۹، شماره ۳۲، پاییز، صص ۱۰۶-۸۳.
۱۷. پارساپور، محمدباقر؛ حسینی، سیدمیلاند؛ شاهی، احمد، (۱۳۹۴)، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با استناد بین‌المللی»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۲، شماره ۱، بهار، صص ۲۸-۱.
۱۸. صادقی نشاط، امیر، (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)*، دوره ۳۹، شماره ۰۴، زمستان، صص ۳۱۴-۲۹۷.
۱۹. صفائی، حسین؛ الفت، نعمت‌الله، (۱۳۸۹)، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، *نامه مفید*، شماره ۱۷، شماره پیاپی ۷۹، شهریور، صص ۶۲-۴۳.
۲۰. نیکفرجام، زهره، (۱۳۹۲)، «جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق»، *پژوهشنامه‌ی فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۶، شماره ۱۱، بهار و تابستان، صص ۱۲۷-۱۰۵.

ب- منابع عربی:

۲۱. حسینی‌العاملي، سید محمدجواد، (۱۴۱۸ ق)، *مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه*، جلد دوم، چاپ اول، لبنان، بيروت، دارالتراث.
۲۲. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۶)، *مصباح الفقاهه*، جلد هفتم، نجف، انتشارات حاجيانی.
۲۳. موسوی‌خمينی، سیدروح‌الله، (۱۳۹۶)، *البيع*، جلد پنجم، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعيليان.
۲۴. نجفی خوانساری، شیخ موسی، (۱۴۱۸ ق)، *منیة الطالب*، تحریر بحث میرزا نائینی، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی.

Analysis of two Verdicts on Moral Damages Resulting from Breach of Contractual Obligations

Abbas Mirshekari¹
Mohammad Arzi²

Abstract

The subject of this article is the analysis of two judgments in the field of claiming moral damages.

The subject of these two judgments is that the obligor did not fulfill his obligation to film a wedding ceremony and did not deliver the wedding videos. The obligee has also filed a lawsuit and demanded compensation for the damages incurred by her.

Naturally, one of the examples of damages is the moral damage that has been inflicted on the obligee due to not having a lasting visual record of the wedding ceremony.

Now, it remains to be seen under what circumstances this type of damage can be claimed in the Iranian legal system.

In this article, considering the fact that moral damages sought are directly caused by the obligor and are basically predictable, the ability to claim such damages is emphasized.

Another issue is the method of compensation. In these two judgments, two methods have been used to compensate for the moral damage: one, the obligation to "pay the equivalent of the salary received" and the other, the obligation to "pay the equivalent of the costs of the wedding ceremony."

In this article, emphasizing the fact that the judge should think in a way that is compatible with the "circumstances of the case", an attempt is made to examine the appropriateness of the abovementioned methods.

KeyWords: *Moral damage, being compelled to fulfill the main obligation, compensation, right of termination.*

1. PhD in Private Law. Faculty of Law and Political Science. University of Tehran,
 (Email: mirshekariabbas1@ut.ac.ir)

2. Master student of private law, Tehran University of Judicial Sciences,
 (Email: mohammadarzi@yahoo.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پژوهنده علمی

۱. امامی، سیدحسین، (۱۳۴۷)، حقوق مدنی، جلد یک، چاپ سوم، تهران، نشر اسلامی.
۲. ره پیک، حسن، (۱۳۹۴)، حقوق مدنی حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسنده.
۳. ره پیک، حسن، (۱۳۸۸)، حقوق مسئولیت مدنی و جرائمها، چاپ پنجم، تهران، انتشارات خرسنده.
۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی-آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات مجد.
۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی-سقوط تعهدات، چلد پنجم، چاپ دهم، تهران، انتشارات مجد.
۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی-اصول قراردادها و تعهدات، چلد دوم، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد.
۷. صفائی، سید حسین، (۱۳۵۵)، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران، انتشارات مرکز تحقیقات.
۸. صفائی، دکتر سید حسین؛ رحیمی، حبیب الله، (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات سمت.
۹. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۸)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ یکم، تهران، نشر دادگستر.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ یکم، تهران، انتشارات گنج داش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، وقایع حقوقی-مسئولیت مدنی، چاپ هفدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد یکم، چاپ دوم، تهران، مدرس و بهمن برنا.
۱۴. زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، ترجمه و شرح العناون، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل.
۱۵. بیرشکاری، عباس، (۱۳۹۹)، رساله علمی در مسئولیت مدنی، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۶. بادینی، حسن؛ انصاری، علی؛ شاهی دامن جانی، احمد، (۱۳۹۹)، «بررسی چالش‌های تقدیم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر اقتصادی (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و آمریکا)»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۳۲، پاییز، صحن ۱۰-۱۲.
۱۷. بارساپور، محمدباقر؛ حسینی، سیدمیلان؛ احمد، (۱۳۹۴)، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره ۱، بهار، صحن ۲۸.
۱۸. صفائی، حسین؛ الفت، نعمت الله، (۱۳۸۹)، «اجرای اجرای عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، شماره ۱۷، شماره پیاپی ۷۹، شهریور، صحن ۶۲-۶۳.

کد مقاله

LAW-2104-1066 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. مسئولیت مدنی؛ ۲. حقوق قراردادها

مدخلهای مرتبط قابل استخراج

۱. خسارت معنوی
۲. الزام به انجام تعهد اصلی
۳. جبران خسارت
۴. حق فسخ.

مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. امکان‌سنجی طرح دعوای مطالبه خسارت بدون رعایت تقدم در الزام خوانده به اجرای قرارداد
۲. تقصیر متعهد
۳. شرایط زیان قابل جبران
۴. لزوم مستقیم بدون ضرر
۵. لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان
۶. روش جبران زیان

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. مواد ۱۹۷-۵۲۰- قانون آیین دادرسی مدنی
۲. ماده ۱۴ آ.د.گ
۳. مواد ۱، ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی
۴. مواد ۲۲۱-۲۲۶-۹۵۳ ۲۳۷-۹۵۲-۳۳۲- قانون مدنی
۵. ماده ۳ ق.م
۶. مواد ۵۲۲ ق.م

چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۹ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارند که عبارتند از:

آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

- تعداد ۱۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد که

عبارةتند از:

۱. ثبت ولادت

۲. ثبت احوال

۳. گواهی ولادت

۴. شناسنامه

۵. فقه امامیه

۶. کشورهای اسلامی

۷. فرزندخواندگی

۸. فرزندخوانده

۹. سرپرست

۱۰. والد واقعی

۱۱. ارث

۱۲. هاردشیپ

۱۳. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۱۴. مذاکره مجدد

۱۵. تعديل قرارداد

- تعداد ۲۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق مدنی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. اهمیت و ضرورت ثبت ولادت
۲. ثبت ولادت؛ حق یا تکلیف
۳. ادله لزوم ثبت ولادت
۴. ضرورت تمایز اشخاص بر اساس هویت
۵. ثبت ولادت ضامن نظم و امنیت عمومی شهروندان
۶. نقش ثبت ولادت در حقوق کودک
۷. ثبت ولادت در ایران
۸. ثبت ولادت اطفال ایرانی
۹. ثبت ولادت اتباع خارجی
۱۰. ثبت ولادت در خارج کشور
۱۱. ضمانت اجرای عدم ثبت ولادت
۱۲. مهلت اعلام ثبت ولادت
۱۳. انواع فرزندخواندگی
۱۴. توارث در انواع فرزندخواندگی
۱۵. ارث بری فرزندخوانده از والدین واقعی و سرپرست
۱۶. در فرض فرزندخواندگی سنتی (کامل)
۱۷. در فرض فرزندخواندگی از جانب ناپدری / نامادری
۱۸. ارث بری والدین واقعی و سرپرست از کودک
۱۹. ارث بری فرزندخوانده از بستگان والدین سرپرست
۲۰. حق ارث بری کودک در فرض عدم وجود یک قرارداد فرزندخواندگی معتبر
۲۱. مطالبه ارث بر مبنای نظریه اجرای اجباری قرارداد
۲۲. فرزندخواندگی منصفانه

۲۳. تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ

۲۴. رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلاً خارجی

۲۵. رویکرد سکوت در مقام بیان: ترك فعلِ عمدی

۲۶. مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان:

۲۷. نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان:

۲۸. رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاً داخلی

- تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق ثبت احوال شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. ثبت ولادت

۲. ثبت احوال

۳. گواهی ولادت

۴. شناسنامه

۵. فقه امامیه

۶. کشورهای اسلامی

- تعداد ۱۲ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق ثبت احوال شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. اهمیت و ضرورت ثبت ولادت

۲. ثبت ولادت؛ حق یا تکلیف

۳. ادله لزوم ثبت ولادت

۴. ضرورت تمایز اشخاص بر اساس هویت

۵. ثبت ولادت ضامن نظم و امنیت عمومی شهروندان

۶. نقش ثبت ولادت در حقوق کودک

۷. ثبت ولادت در ایران

۸. ثبت ولادت اطفال ایرانی
۹. ثبت ولادت اتباع خارجی
۱۰. ثبت ولادت در خارج کشور
۱۱. ضمانت اجرای عدم ثبت ولادت
۱۲. مهلت اعلام ثبت ولادت

- تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق اسناد تجاری شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. اعتبار اسنادی تجاری
۲. اعتبار اسنادی تضمینی
۳. ضمانتنامه بانکی
۴. خودبهخود تصفیه‌شوندگی

- تعداد ۶ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق اسناد تجاری شناسایی شد که عبارتند از:

- ۱-مفهوم و جایگاه خودبهخود تصفیه‌شوندگی
- ۲-مفهوم و جایگاه خودبهخود تصفیه‌شوندگی در گستره اعتبارات اسنادی
- ۳-مفهوم و جایگاه خودبهخود تصفیه‌شوندگی در گستره ضمانتنامه‌ها
- ۴-آثار وصف خودبهخود تصفیه‌شوندگی
- ۵-آثار وصف خودبهخود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات اسنادی
- ۶-آثار وصف خودبهخود تصفیه‌شوندگی در ضمانتنامه‌ها

- تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. اعتبار اسنادی تجاری
۲. اعتبار اسنادی تضمینی

۳. ضمانتنامه بانکی

۴. خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی

-تعداد ۶ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱- مفهوم و جایگاه خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی

۲- مفهوم و جایگاه خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در گستره اعتبارات اسنادی

۳- مفهوم و جایگاه خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در گستره ضمانتنامه‌ها

۴- آثار وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی

۵- آثار وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در اعتبارات اسنادی

۶- آثار وصف خودبه‌خود تصفیه‌شوندگی در ضمانتنامه‌ها

-تعداد ۴ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. خسارت معنوی

۲. الزام به انجام تعهد اصلی

۳. جبران خسارت

۴. حق فسخ

-تعداد ۶ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه مسئولیت مدنی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. امکان سنجی طرح دعوای مطالبه خسارت بدون رعایت تقدم در الزام خوانده به اجرای قرارداد

۲. تقصیر متعهد

۳. شرایط زیان قابل جبران

۴. لزوم مستقیم بودن ضرر

۵. لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان

۶. روش جبران زیان

-تعداد ۱۲ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق قراردادها شناسایی شد که عبارتند از:

۱. امکان سنجی طرح دعوای مطالبه خسارت بدون رعایت تقدم در الزام خوانده به اجرای قرارداد

٢. تقصير متعهد

۳. شرایط زیان قابل جبران

۴. لزوم مستقیم بودن ضرر

۵. لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان

۶. روش جبران زیان

۷. تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ

۸. رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلاصه خارجی

۹. رویکرد سکوت در مقام بیان: ترک فعل عمدی

۱۰. مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان:

۱۱. نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان

۱۲. رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاً داخلی

-تعداد ۸ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق قراردادها شناسایی شد که عبارتند از:

٢- الزام به انجام تعهد اصلی

١- خسارت معنوی

۲- الزام به انجام تعهد اصلی

٣- جبران خسارت

٤- حق فسخ.

٤- حق فسخ.

۵- هاردشیپ

۶- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۷- مذاکره مجدد

۸- تعدیل قرارداد

-تعداد ۶ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق تجارت شناسایی شد
که عبارتند از:

۱. تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ

۲. رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلاً خارجی

۳. رویکرد سکوت در مقام بیان: ترك فعلِ عمدی

۴. مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان

۵. نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان

۶. رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلاً داخلی

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق تجارت شناسایی شد که
عبارةتند از:

۱- هاردشیپ

۲- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۳- مذاکره مجدد

۴- تعدیل قرارداد

-تعداد ۷ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق عمومی شناسایی شد که
عبارةتند از:

۱. تعارض منافع

۲. موضع تهمت

۳. مبارزه با فساد

۴. قانونگذاری پراکنده

۵. خلاً قانونی

۶. تعارض نقشهها

۷. انتخابات ریاست جمهوری

-تعداد ۱۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق عمومی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. مفهوم و کارکرد مدیریت تعارض منافع

۲. تعارض منافع در منابع اسلامی

۳. آیات مرتبط با تعارض منافع

۴. روایات مرتبط با تعارض منافع

۵. اقوال فقهاء و ابواب فقهی در ارتباط با تعارض منافع

۶. تعارض منافع در اصول فقه و علم رجال

۷. سیره عملی فقهاء و دانشمندان اسلام

۸. تعارض منافع در واقعیت خارجی و نمونه های عینی

۹. وضعیت نظام حقوقی ایران در رابطه با مدیریت تعارض منافع

۱۰. وجود نصوص متعدد ناظر به مدیریت تعارض منافع در قوانین پراکنده

۱۱. قواعد بالادستی و گفتمان حاکم بر نظام حقوقی ایران

۱۲. لایحه مدیریت تعارض منافع

۱۳. طرح مدیریت تعارض منافع

تعداد ۷ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. تعارض منافع

۲. موضع تهمت

۳. مبارزه با فساد

۴. قانونگذاری پراکنده

۵. خلاً قانونی

۶. تعارض نقشهها

۷. انتخابات ریاست جمهوری

- تعداد ۱۳ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق جزای اختصاصی شناسایی شد که عبارتند از:
۱. مفهوم و کارکرد مدیریت تعارض منافع
 ۲. تعارض منافع در منابع اسلامی
 ۳. آیات مرتبط با تعارض منافع
 ۴. روایات مرتبط با تعارض منافع
 ۵. اقوال فقهاء و ابواب فقهی در ارتباط با تعارض منافع
 ۶. تعارض منافع در اصول فقه و علم رجال
 ۷. سیره عملی فقهاء و دانشمندان اسلام
 ۸. تعارض منافع در واقعیت خارجی و نمونه های عینی
 ۹. وضعیت نظام حقوقی ایران در رابطه با مدیریت تعارض منافع
 ۱۰. وجود نصوص متعدد ناظر به مدیریت تعارض منافع در قوانین پراکنده
 ۱۱. قواعد بالادستی و گفتمان حاکم بر نظام حقوقی ایران
 ۱۲. لایحه مدیریت تعارض منافع
 ۱۳. طرح مدیریت تعارض منافع

بر این اساس در مجموع تعداد ۳۶ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل‌ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل‌ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل‌ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت متناظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

