



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال بیست و سوم | شماره دوم | پیاپی ۵۶
تابستان ۱۴۰۱

۵۶

● راهکارهای جلوگیری از بی‌تاببعیتی در حقوق ایران در پرتو اصل منع بی‌تاببعیتی و علل آن
توکل حبیب زاده • محمدمعین شاهینی

● مسئولیت مدنی اشخاص مشهور در تایید کالاها و خدمات
عباس میرشکاری • نفیسه ملکی

● مداخله قضایی در موازنه ارزش بر مبنای تحلیل اقتصادی عوضین؛
راهکاری جهت عدول از انحصار فسخ
منصور امینی • سید امین پیشنهاد • احسان بهرامی

● جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه
محبوبه مینا • هاجر یاسینی‌نیا

● ساز و کار موثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانک‌های ایرانی
با نظر به ظرفیت‌های فقهی
ملیحه عبدالرحیمی • علی رضائی

● مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی
سید محمدحسین کاظمی بازردهی • حیدر امیرپور • محمدحسن شیبانی‌فر •
سید محمد صدری • رضا محبی مجد

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



ACADEMIA DOAJ SID ISC

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست‌وسوم، شماره دوم، پیاپی ۵۶، تابستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
مدیر مسئول: سلمان عمرانی، استادیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سردبیر: نجادعلی الماسی
مدیر داخلی: محمد هاشمی سیاوشانی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

نجادعلی الماسی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدحسین صفایی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عباس کریمی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدفضل‌الله موسوی استاد (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه تهران
توکل حبیب‌زاده دانشیار (تخصص: حقوق بین‌الملل) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی دانشیار (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
علی غلامی دانشیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

* بر اساس مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه علمی «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره ۳۴ واجد اعتبار «نشریه علمی» است.
* نشریه از شماره ۱ الی ۲۴ با عنوان «اندیشه صادق» و از شماره ۲۵ الی ۳۱ با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» منتشر شده است. دوره انتشار این نشریه از ابتدای شماره ۵۵ با مجوز صادره از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از «دوفصلنامه» به «فصلنامه» تغییر نموده است.

مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام: <https://www.isc.gov.ir>
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: <https://www.sid.ir>
پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>

دسترسی به محتوای این نشریه آزاد است.

بازنشر و استناد به مقالات برای مقاصد غیرتجاری و با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

۲۰۶ صفحه/۵۰،۰۰۰ ریال

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، صندوق پستی ۱۴۶۵۵-۱۵۹

مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: ۰۲۱)۸۸۵۷۵۰۲۵

مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: ۰۲۱)۸۸۳۸۵۱۱۸

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: ilr@isu.ac.ir

اهداف و سیاست‌های پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

تولید علم از اقدامات حیاتی و مهم در راستای پیشرفت همه‌جانبه یک کشور و نیل به اهداف بلند خویش است. در سالیان اخیر بسط و تولید علم بومی در ایران رشدی قابل قبول داشته است و روند این رشد نیز امیدوارکننده است. نشریات حقوقی نیز در سالیان اخیر رشدی فزاینده داشته است. در کشورهای مولد علم همواره نشریات علمی از اهمیت خاصی برخوردار است. مقالات برخلاف کتب که غالباً تدریسی و آموزشی است، دربردارنده اندیشه‌های بدیع و نو در زمینه‌های مشخصی است که در مرزهای دانش سیر می‌کند. نشریات علمی - پژوهشی حقوقی، حاصل تحقیقات و پژوهش‌هایی را عرضه می‌کند که اساتید طراز اول و دانشجویان خوش‌فکر و ممتاز دانشکده‌های حقوق مدتی بر سر آن موضوعات تأمل کرده‌اند و آنچه ارائه می‌شود، محصول پژوهشی سامان‌دار و منظم توسط این گروه است. در کشورهای ممتاز از نظر علمی، مقالات علمی - پژوهشی مخاطبان خاص دارد و اساتید و دانشجویان تحصیلات تکمیلی از این دست مقالات بهره‌ای وافر می‌برند.

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی به‌کوشش دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) به سردبیری استاد دکتر نجادعلی الماسی، به‌موجب نامه شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ و جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ کمیسیون بررسی و تعیین اعتبار نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) واجد اعتبار «نشریه علمی» است.

مقالات این نشریه محصول تلاش اساتید، پژوهش‌گران و دانشجویان نخبه حقوق است که از طریق تولید و پژوهش و یا برگرفته از پایان‌نامه (تهیه‌شده زیر نظر اساتید راهنما) است که پس از داوری توسط اساتید منتشر می‌شود.

در این نشریه دو دسته از مقالات ارائه می‌گردد: دسته اول، متمرکز بر شیوه‌های مبنایی و نظری و شیوه تعامل حقوق، فقه، فلسفه و سایر حوزه‌های مرتبط با حقوق است. این دست مقالات با تأکید بر نظریه‌های مبنایی حقوق سعی در واکاوی و ارائه نظریه جدید در ادبیات حقوقی کشور دارد. دسته دیگر مقالات، مقالاتی است که سعی می‌کند مشکلات و مسائل حقوقی را در عرصه عمل، با نگاهی میان‌رشته‌ای، تطبیقی و کاربردی حل کند. به‌عبارتی، در دسته دوم مقالات سعی در ارائه راهکارهایی مناسب جهت رفع چالش‌های حقوقی موجود در جامعه دارد. دسته دوم به مطالعات و ادبیات عملی حقوق نزدیک‌تر است، حال آنکه دسته اول، سعی در ارائه نظریات جدید در بنیان‌های حقوقی کشور دارد. امید است با تعامل این دو دسته از مقالات، جامعه علمی - حقوقی کشور شاهد ارائه مقالاتی بدیع، در مرزهای دانش در مطالعات حقوق، فقه فلسفه و سایر علوم مورد نیاز جهت رفع مشکلات و ارائه راهکارها و نظریات در فضای علمی و عملی حقوق باشد و این نشریه به غنای ادبیات حقوق در کشور بیافزاید.

ان‌شاءالله جهت‌گیری مجله حاضر آن است که با استفاده از حضور و اشراف اساتید برجسته حقوق کشور، گامی در راستای تولید حقوق اسلامی و بومی بردارد.

شور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مقدمه

با توجه به رویکرد دانشگاه امام صادق (علیه السلام) جهت تولید، انتشار و به روزرسانی علوم انسانی اسلامی و پاسخ‌گویی به نیازهای نوظهور انقلاب و نظام اسلامی، همچنین پایبندی به راهنامه‌های ملی و بین‌المللی تدوین شده اخلاق پژوهشی، همچون «راهنامه‌ی کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات»^۱ و «مجموعه منشور و موازین اخلاق پژوهش» مصوب معاونت پژوهش و فناوری وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریات علمی - پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) به‌عنوان عضوی از مجلات علمی - پژوهشی جمهوری اسلامی ایران، ملزم به رعایت اصول ارزش‌های اخلاق حرفه‌ای هستند. در همین راستا اهم مسئولیت‌هایی که برای افراد فعال در نشر مجله همانند: نویسنده(گان)، مدیر مسئول، سردبیر، اعضای هیأت تحریریه و مدیر داخلی(مسئول دفتر نشریه) در نظر گرفته شده به اختصار بیان شده است.

مسئولیت‌های نویسندگان:

۱. از میان مقالات ارسالی به نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مقاله‌ای انتخاب و چاپ می‌شود که قبلاً در سایر مجلات علمی (فارسی یا سایر زبان‌ها) منتشر نشده، حاصل پژوهش اصیل، و دارای منبع و استناددهی دقیق باشد.
۲. مسئولیت نهایی محتوای کامل مقاله ارسالی بر عهده نویسنده(گان) است. شایسته است یافته‌های مقاله به طور کامل گزارش شود و در ارائه یافته‌ها و تفسیر و تحلیل آنها دقت کامل به عمل آید، مقاله حاوی جزئیات و منابع کافی باشد به نحوی که امکان دسترسی سایر پژوهشگران به مجموعه داده‌های یکسان جهت تکرار پژوهش وجود داشته باشد.
۳. قبل از ارسال مقاله، هرگونه تضاد منافع احتمالی که بر نتیجه یا تفسیر یافته‌های پژوهش و یا انتخاب سردبیران و داوران تأثیرگذار است، مطرح، و منابع مالی حامی پژوهش در مقاله ذکر شود.
۴. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و جلوگیری از هرگونه آشکارسازی هویت نویسنده برای داوران و برعکس. به عبارتی، مقاله عاری از هرگونه اطلاعات مشمول خودافشایی بوده، به طوری که داور قادر به شناسایی نویسنده نباشد.
۵. حصول اطمینان از وجود نام، اطلاعات و نقش هر یک از نویسندگان (نویسنده مسئول و نویسنده(گان) همکار) و نبود نامی غیر از پژوهشگران درگیر در انجام پژوهش.
۶. حفظ و حمایت از حریم خصوصی، کرامت انسانی، رفاه و آزادی شرکت‌کنندگان در پژوهش و ذکر هرگونه خطری که به واسطه پژوهش، متوجه انسان‌ها و یا سایر موجودات می‌شود.
۷. نویسنده در هر زمانی که متوجه هرگونه خطا و بی‌دقتی در مقاله خود شود نشریه را در جریان آن قرار داده، نسبت به اصلاح آن اقدام و یا مقاله را بازپس گیرد.
۸. اعلام صریح نویسنده(گان) مبنی بر صحت و اصالت مقاله، فقدان سرقت علمی و چاپ در سایر نشریات.
۹. مواردی از مصادیق رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:
 - ۹-۱. **جعل داده‌ها:** گزارش مطالب غیرواقعی و ارائه داده‌ها یا نتیجه‌های ساختگی به عنوان نتایج آزمایشگاهی، مطالعات تجربی و یا یافته‌های شخصی. ثبت غیرواقعی آنچه روی نداده یا جابجایی نتایج مطالعات مختلف.
 - ۹-۲. **تحریف داده‌ها:** ثبت و ارائه نتایج پژوهش به نحوی که جزئیات اجرای پژوهش یا فرآیند جمع‌آوری داده‌ها دستکاری شود، یا داده‌هایی حذف یا تغییر یابد، یا برخی نتایج کوچک به منظور پنهان کردن واقعیات بزرگتر (بزرگ‌نمایی) شود، تا نتایج پژوهش به اهداف خاصی برسد یا نتایج ارائه شده مورد تردید نباشد.
 - ۹-۳. **سرقت علمی:** اقتباس نزدیک افکار و عبارات نویسندگان دیگر، کپی‌برداری در بیان اندیشه‌ها، شباهت‌های ساختاری در نوشتار یا انتساب ایده‌ها و نتایج دیگران بدون ارجاع مناسب، یا معرفی آن به عنوان یک پژوهش اصیل علمی.
 - ۹-۴. **اجاره علمی:** به‌کارگیری فرد دیگری برای انجام پژوهش توسط نویسنده(گان) و دخل و تصرف اندکی پس از اتمام پژوهش و چاپ آن به نام خود.

۹-۵. **انتساب غیرواقعی:** انتساب غیرواقعی نویسنده (گان) به مؤسسه، مرکز یا گروه آموزشی یا پژوهشی که نقشی در اصل پژوهش مربوطه نداشته.

۹-۶. **ارسال مجدد:** مقاله یا بخشی از آن که در نشریه دیگری (داخل یا خارج از کشور) چاپ شده یا در جریان داوری و چاپ باشد.

۹-۷. **انتشار هم‌پوشان:** چاپ داده‌ها و یافته‌های مقالات پیشین خود با کمی تغییر در مقاله‌ای دیگر با عنوان جدید.

مسئولیت‌های مدیر مسئول:

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛
۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۳. دخالت نکردن در فرآیند داوری علمی مقالات؛
۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛
۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مستقلانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست‌نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.
۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاقی و سلامت پژوهش.
۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):
۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛
۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.
۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد داوری مقاله توسط داوران خاص؛
۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛
۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند داوری، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.
۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛
۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.
۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.
۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛
۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛
۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛
۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛
۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛
۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

مسئولیت‌های داوران:

۱. کمک به بررسی کیفی، محتوایی و علمی مقالات در جهت بهبود و ارتقاء کیفی نشریه.
۲. به‌کارگیری دانش و تخصص حرفه‌ای در حوزه موضوعی مقاله و اعلام تصمیم نپذیرفتن مقاله به سردبیر نشریه در صورت وجود تضاد منافع اعم از منافع مشترک، مالی، سازمانی، شخصی و یا کمبود زمان برای داوری.
۳. اعلام نظر تخصصی و اصلاحی به طور روشن و واضح، براساس مستندات علمی و استدلال کافی در مهلت زمانی معین به سردبیر نشریه و نویسنده(گان) و دوری از اعمال نظر سلیقه‌ای، صنفی، نژادی و مذهبی در داوری مقاله.
۴. اجتناب از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری مقاله یا اطلاعات منتشر نشده نویسنده(گان)، برای منافع شخصی.
۵. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و خودداری از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری یا استفاده از داده‌ها و مفاهیم جدید مقاله به له یا علیه پژوهش‌های خود یا دیگران یا برای انتقاد یا بی‌اعتبارسازی نویسنده(گان).
۶. کمک به سردبیر نشریه در تهیه گزارش «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» مقالات دریافتی برای داوری.
۷. آگاه‌سازی سردبیر نشریه به هنگام تأخیر در انجام داوری مقاله و درخواست تخصیص زمان بیشتر یا گزینش داور دیگر.

مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

۱. تعیین و اعلام شفاف سیاست‌های انتشاراتی خود، به‌خصوص در رابطه با استقلال تصمیم‌گیری هیأت تحریریه، اخلاق انتشاراتی، صیانت از مالکیت فکری و حق چاپ، تضاد منافع، وظایف نویسندگان، داوران، سردبیر و هیأت تحریریه، فرآیند داوری و تصمیم‌گیری، تقاضاهای تجدید نظر و شکایات، حفظ اسناد علمی فرآیند تصمیم‌گیری، حفظ اطلاعات نویسندگان و داوران، اصلاح یا حذف مقالات پذیرفته شده و حل اختلاف بین شاکیان و متهمان به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی».
۲. رصد و پیگیری شکایات تخلفات پژوهشی برای نشریات دانشگاه.
۳. کمک برای اصالت و سلامت پژوهشی مقالات منتشره در نشریات دانشگاه.

فهرست مطالب

- راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در حقوق ایران در پرتو اصل منع بی‌تابیتی و
علل آن ۱۶۱
توکل حبیب‌زاده و محمدمعین شاهینی
- مسئولیت مدنی اشخاص مشهور در تأیید کالاها و خدمات ۱۹۹
عباس میرشکاری و نفیسه ملکی
- مداخله قضائی در موازنه ارزش بر مبنای تحلیل اقتصادی عوضین؛ راهکاری جهت
عدول از انحصار فسخ ۲۳۱
منصور امینی؛ سید امین پیشنماز و احسان بهرامی
- جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه ۲۶۳
محبوبه مینا و هاجر یاسینی‌نیا
- سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانک‌های ایرانی با نظر به ظرفیت‌های
فقهی ۲۹۵
ملیحه عبدالرحیمی و علی رضائی
- مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی ۳۲۷
*سید محمدحسین کاظمی بازاری؛ حیدر امیرپور؛ محمدحسن شیبانی‌فر؛ سید محمد صادری و رضا
محبی مجد*

راهکارهای جلوگیری از بی‌تابعیتی در حقوق ایران در پرتو اصل منع بی‌تابعیتی و علل آن

توکل حبیب‌زاده*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۰۹

محمد معین شاهینی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۰۵

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

مشکل بی‌تابعیتی اشخاص حقیقی به‌عنوان یک معضل در جامعه بین‌المللی به دلیل تبعات مهم منفی آن از جمله محرومیت از حقوق اولیه، از ابتدای قرن بیستم همواره دغدغه دولت‌ها بوده است که منجر به ایجاد اصلی در حقوق بین‌الملل به نام اصل لزوم (ضرورت) تابعیت و منع بی‌تابعیتی شده است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز از این چالش مستثنا نبوده و درگیر مشکل بی‌تابعیتی بوده است. برای حل مشکل بی‌تابعیتی، ابتدا لازم است دلایل ایجاد آن مطالعه و به مواردی که بی‌تابعیتی مجاز است پرداخته شود تا راهکارهای مناسبی برای منع و رفع موارد غیرمجاز آن ارائه شود. بدین‌سان در این نوشته نیز به روش توصیفی تحلیلی بعد از تبیین اصل لزوم تابعیت و منع بی‌تابعیتی در پرتو اسناد بین‌المللی، با استفاده از ادبیات موجود در حقوق بین‌الملل در منابع خارجی و داخلی با نگاه کاربردی به علل ایجاد و استثناات منع بی‌تابعیتی، سپس به ارائه راهکارهایی مؤثر جهت رفع آن پرداخته می‌شود تا در نهایت حقوق ایران، در همسویی با این اصل و راهکارهای مذکور مورد ارزیابی قرار گیرد با این هدف که خلأهای موجود شناسایی و راهکارهای برون‌رفت از این مشکل و اصلاح وضع موجود پیشنهاد شود. در حال حاضر حقوق ایران در بیشتر موارد همسو با این اصل حقوقی بین‌المللی است، اما راهکارهایی برای تحقق کامل آن در حقوق ایران و جلوگیری از موارد غیرمجاز بی‌تابعیتی و حل آن وجود دارد.

واژگان کلیدی: اصل منع بی‌تابعیتی، اصل لزوم تابعیت، بی‌تابعیتی، تابعیت، جلوگیری از بی‌تابعیتی، بی‌تابعیتی در ایران.

* دانشجوی ارشد حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

habibzadeh@isu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق،

دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

mshahini@isu.ac.ir



مقدمه

بی‌تابعیتی میلیون‌ها شخص را در جهان متأثر کرده است و از معضلات مهم جامعه بین‌المللی است که علاوه بر پدید آوردن مشکلات عدیده‌ای برای خود شخص و خانواده‌اش از قبیل عدم بهره‌مندی از حقوق اساسی بشر و حمایت دولت، مشکلات عمده‌ای برای دولت‌ها از قبیل مشکلات امنیتی و اقتصادی به‌وجود می‌آورد (فدایی تهرانی، ۱۳۹۴، صص. ۴۵ و ۵۱ و ۵۳). کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد^۱ به‌عنوان نهاد حقوق بشری متولی حل مشکل بی‌تابعیتی در سطح بین‌الملل، در سندی موسوم به برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴ تا ۲۰۲۴م^۲ بیان داشته است که حداقل حدود ۱۰ میلیون فرد بی‌تابعیت در دنیا وجود دارد. با این وجود، تشخیص دقیق درستی این رقم امکان‌پذیر نیست و تعداد بیش از این مقدار و در حدود ۱۵ میلیون نفر است (Institute on Statelessness, 2014, pp. 6-10)؛ زیرا به دلیل نداشتن تابعیت، این افراد از نظر قانونی پنهان و نامرئی هستند و به‌راحتی توسط دولت‌ها و سازمان‌ها شناسایی و اعلام نمی‌شوند که به‌عنوان مثال می‌توان از مردم هایتی تبار ساکن جمهوری دومینیکن، رومی‌های ساکن بالکان غربی، مردم روهینگیا در میانمار (Molnár, 2014, pp. 824-825) و حدود دو میلیون نفر محروم از تابعیت در آسام هند که غالباً مسلمان هستند، نام برد (Siddika, 2019, p. 4). اساساً ضرورت بحث درباره بی‌تابعیتی و حل آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان هدف مقاله از آنجا ناشی می‌شود که ایران نیز دارای جمعیت بی‌تابعیت قابل توجهی است (Institute on Statelessness, 2020, p. 85-86). شایان ذکر است که به‌طور کلی اهمیت و ضرورت بحث درباره بی‌تابعیتی، با دقت در آثار آن بیش از پیش مشخص می‌شود. با این وصف دولت‌ها در تلاش برای رفع و حل این معضل به روش‌های مختلف برآمده‌اند. این تلاش‌ها در حقوق بین‌الملل منجر به ایجاد اصلی به نام لزوم (ضرورت) تابعیت و منع بی‌تابعیتی^۳ شده است که از اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر تابعیت است (Dumbrava, 2014, p. 75)، در اسناد بین‌المللی نیز در میان اصول کلی تابعیت جای دارد و از منظر حقوق بین‌الملل، کشورها باید خود را ملزم به رعایت آن بدانند.

بعد از درک اهمیت موضوع، برای تبیین لزوم رعایت این اصل و رفع بی‌تابعیتی باید

به زمینه‌های پیدایش آن پرداخت تا بتوان راهکارهای مؤثری برای رفع آن و جلوگیری از به‌وجود آمدن آن ارائه داد. بنابراین در این مقاله نیز ابتدا به تبیین فلسفه و اهمیت اصل منع بی‌تابیتی و تبعات منفی بی‌تابیتی پرداخته می‌شود و اسناد بین‌المللی موجود در بحث بررسی می‌شود، سپس در ادامه به علل به‌وجود آمدن بی‌تابیتی و موارد استثناء و مجاز آن پرداخته می‌شود تا موارد غیرمجاز بی‌تابیتی مشخص شود و راهکارهای جلوگیری از آن به‌دست آید. در نهایت جهت ارائه راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یکی از کشورهای درگیر با چالش بی‌تابیتی، این نظام حقوقی بر اساس یافته‌های جامع به‌دست آمده در بخش‌های پیشین مورد ارزیابی قرار می‌گیرد تا با مشخص شدن راهکارهای موجود در نظام حقوقی ایران و موارد همسویی این نظام در راستای تحقق اصل منع بی‌تابیتی و همگام شدن با حقوق بین‌الملل بشر، چالش‌ها و موارد ایجادکننده بی‌تابیتی در حقوق ایران نمایان شوند و راهکارهای تحقق کامل‌تر این اصل ارائه شود با این هدف که این مقاله بتواند گامی هر چند کوچک در راستای اصلاح وضع موجود در حقوق ایران و حل مشکل بی‌تابیتی بردارد و راهکارهایی مناسب و نو، جهت رفع این چالش حقوقی موجود در جامعه ارائه کند. شایان ذکر است این پژوهش در پی از بین بردن مطلق بی‌تابیتی نیست بلکه به دنبال از بین بردن آن در چارچوبی مشخص است زیرا همان‌طور که بیان خواهد شد در مواردی به دلیل مصالح عام‌تر ضرورت دارد که بی‌تابیتی مجاز باشد.

در مطالعات صورت گرفته در زمینه بی‌تابیتی غالباً به اسناد مرتبط، علل و آثار آن و راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی به‌صورت ناقص، گذرا و پراکنده اشاره شده است. مضاف بر اینکه هیچ‌کدام حقوق ایران را مورد ارزیابی قرار نداده و برای اصلاح این چالش در حقوق ایران راهکاری ارائه نکرده‌اند. بنابراین نوآوری این پژوهش از سویی در جمع‌آوری و دسته‌بندی علل، موارد مجاز و راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی به‌صورت یک‌جا با استفاده از اسناد موجود در حقوق بین‌الملل و ادبیات موجود در آثار نویسندگان خارجی و داخلی، با نگاهی کاربردی، جامع و نو و به‌صورت نظام‌مند است، و از سوی دیگر در ارزیابی حقوق ایران در این زمینه و ارائه راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در آن با تحلیل قوانین و مقررات و استفاده از آثار موجود است.

در فصل نخست و دوم این پژوهش، عمدتاً از روش توصیفی در مورد مطالعه اصل لزوم تابعیت و علل بی‌تابعیتی استفاده می‌شود تا از رهگذر این توصیف، در فصل سوم راهکارهای جلوگیری از بی‌تابعیتی ارائه شود و حقوق ایران مورد ارزیابی قرار گرفته و با روش توصیفی - تحلیلی در این خصوص مطالعه صورت گیرد. در این پژوهش از روش کتابخانه‌ای جهت گردآوری منابع سود خواهیم برد.

۱. اصل لزوم تابعیت و منع بی‌تابعیتی

۱-۱. تبیین فلسفه، اهمیت و آثار

لزوم داشتن تابعیت به معنی این است که هر فردی باید تابعیتی داشته باشد (ابراهیمی، ۱۳۸۳، ص. ۸۹) و حق داشتن تابعیت از حقوق اساسی بشر و مورد تأکید در کنوانسیون‌های متعدد است (Institute on Statelessness, 2020, p. 19). اصل منع بی‌تابعیتی نیز که چهره دیگری از اصل لزوم داشتن تابعیت است امروزه از اصول کلی و عقلانی حقوق بین‌الملل و بحث تابعیت است (سهرابی، ۱۳۸۵، صص. ۳۳-۳۲؛ Molnár, 2015, p. 80) که دولت‌ها را از ایجاد بی‌تابعیتی منع و جهت رفع آن ملزم می‌کند. اهمیت این اصل از آنجاست که نظم بین‌المللی همانند نظم حقوق داخلی ایجاد می‌کند که هر شخص دارای تابعیتی باشد تا هم در عرصه حقوق داخلی، حقوق و تکالیف فرد مشخص باشد و هم در عرصه بین‌المللی مورد حمایت باشد. در مقابل به عللی که در فصل دوم خواهد آمد، افرادی بی‌تابعیت می‌مانند که به آنها بی‌تابعیت یا آپاترید^۱ می‌گویند (سلجوقی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۶۱).

اهمیت لزوم منع بی‌تابعیتی به‌طور خاص زمانی مشخص‌تر می‌شود که تبعات منفی بی‌تابعیتی را مورد بررسی قرار می‌دهیم. تبعات منفی بی‌تابعیتی از سویی اهمیت مسئله بی‌تابعیتی و اصل منع آن را روشن می‌سازد و از سوی دیگر ما را به سوی ارائه راهکارهایی مناسب جهت جلوگیری و منع از ایجاد بی‌تابعیتی رهنمون می‌سازد. به‌طور خلاصه این تبعات منفی را ذیل چهار عنوان می‌توان جمع نمود: محرومیت از حقوق ابتدایی، عدم حمایت داخلی و خارجی دولت‌ها، جلوگیری از توسعه‌یافتگی و مشکلات اقتصادی و اجتماعی و در خطر افتادن امنیت داخلی و بین‌المللی کشورها. توضیح آنکه افراد بی‌تابعیت از برخی حقوق بشر همانند حق بر آموزش، درمان،

اشتغال، مسکن، رفتن به سفر، حقوق اقتصادی همانند مالکیت و خرید و فروش و بازکردن حساب بانکی و حقوق سیاسی همانند حق رأی و حتی مدارک هویتی و حق آزادی از بازداشت خودسرانه، محروم می‌شوند و اعضای خانواده‌شان نیز از این محرومیت‌ها تأثیر می‌پذیرند (Institute on Statelessness, 2014, pp. 28-31; Siddika, 2019, p. 6; Edwards & Van Waas, 2014, p. 142). این افراد از هیچ‌گونه حمایت داخلی و خارجی سیاسی بهره نمی‌برند و در داخل کشور محل سکونتشان به‌عنوان فردی خارجی شناخته می‌شوند. برای مثال در سطح داخلی زمانی که این افراد که معمولاً آسیب‌پذیری بسیار بیشتری دارند، قربانی جنایت یا بهره‌کشی اقتصادی و غیره می‌شوند، از حمایت قانون و دادگاه محروم هستند (Institute on Statelessness, 2014, pp. 30-31; Southwick & Lynch, 2009, p. 2). مضافاً تأثیر تبعات منفی بی‌تابعیتی از افراد به جوامع نیز کشیده می‌شود زیرا از سویی عدم بهره‌مندی این دسته از افراد از حقوق مذکور و مواجهه آنها با فقر اقتصادی و فرهنگی به مرور به انحاء مختلف به بخش‌های دیگر جامعه سرایت کرده و موجب کاهش سرعت توسعه‌یافتگی کشورها می‌شود (Institute on Statelessness, 2014, p. 34; Siddika, 2019, p. 3) و از سوی دیگر بی‌تابعیتی تهدیدی برای امنیت ملی کشورها و ثبات منطقه‌ای است و فقر اقتصادی و فرهنگی این دسته از افراد باعث روی آوردن آنها به ارتکاب جرم و انتخاب شیوه‌های غیرقانونی برای دستیابی به خواسته‌هایشان می‌شود که این امر در سطح داخلی و خارجی امنیت جوامع را تهدید می‌کند (Institute on Statelessness, 2014, p. 35; Siddika, 2019, p. 2).

پس حل مشکل بی‌تابعیتی هم از لحاظ خود فرد بی‌تابعیت هم از لحاظ حفظ آرامش و امنیت جهانی و اجرای مقررات، دارای اهمیت است. تمامی این امور سبب شده است تا جامعه بین‌الملل برای رفع بی‌تابعیتی اقدامات گسترده‌ای انجام دهد و اصل منع بی‌تابعیتی به‌وجود آید.

۲-۱. اصل لزوم تابعیت در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای

معضلات بی‌تابعیتی نه تنها افراد را از جهت معیشتی تحت تأثیر قرار داده است، بلکه جامعه بین‌المللی نیز از جهت اقتصادی، اجتماعی و حفظ صلح و امنیت دچار

مخاطراتی شده است (ابراهیمی، ۱۳۸۳، ص. ۹۵؛ سلجوقی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۶۱). بدین جهت اصل لزوم تابعیت و منع بی‌تابعیتی و آثار مترتب بر آن مورد توجه حقوق‌دانان و نیز دولت‌ها از منظر حقوق بین‌الملل بوده است. در ادامه به برخی اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای مربوط اشاره می‌شود:

الف) در کنفرانس تدوین حقوق و قوانین بین‌الملل لاهه ۱۹۳۰م سه سند در این خصوص تصویب شده‌اند که عبارتند از کنوانسیون لاهه راجع به موضوعات مشخص مربوط به تعارض قوانین تابعیت ۱۹۳۰م^۵ که اولین تلاش برای اطمینان از برخورداری افراد از تابعیت بود که در ماده ۱ آن بر لزوم تعیین تابعیت توسط دولت‌ها تأکید شده است (Achiron & Govil, 2014, p. 8) و اصل لزوم تابعیت از آن استنباط می‌شود. همچنین در مقدمه پروتکل لاهه مربوط به برخی موارد بی‌تابعیتی ۱۹۳۰م^۶ بیان شده است: «نمایندگان دولت‌ها با هدف جلوگیری از بی‌تابعیتی در شرایط خاص مفاد این پروتکل را پذیرفته‌اند»^۷؛ از این بیان نیز اصل منع بی‌تابعیتی استنباط می‌شود. سومین سند، پروتکل ویژه لاهه مربوط به بی‌تابعیتی ۱۹۳۰م^۸ است.

ب) اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸م^۹ در بند ۱ ماده ۱۵ بیان می‌دارد: «هر انسانی سزاوار و محق به داشتن تابعیتی است»^{۱۰}، که بر لزوم داشتن تابعیت به‌عنوان یک حق بشری تأکید می‌کند. اعلامیه جهانی حقوق بشر به دنبال این است که داشتن یا نداشتن تابعیت در بهره‌مندی انسان‌ها از حقوق بشر مؤثر نباشد و کشورها به اشخاص بی‌تابعیت همان حقوق اتباع خود یا اتباع خارجی ساکن در آن کشور را اعطا نمایند (آل کجیاف، ۱۳۹۰، ص. ۶۰).

ج) کنوانسیون ۱۹۵۴م مربوط به وضعیت افراد بی‌تابعیت^{۱۱} و کنوانسیون ۱۹۶۱م در مورد کاهش بی‌تابعیتی^{۱۲} در موارد متعددی بر اصل منع بی‌تابعیتی تأکید کرده‌اند و راهکارهایی برای جلوگیری از آن و خاتمه بخشیدن به آن ارائه می‌کنند که دو سند اساسی در این بحث محسوب می‌شوند (Institute on Statelessness, 2014, p. 20). به‌طور خلاصه کنوانسیون ۱۹۵۴م ضمن تعریف فرد بی‌تابعیت، بر لزوم داشتن برخورد مشابه بیگانگان قانونی با افراد بی‌تابعیت همچون حق اشتغال، مسکن، آموزش و درمان عمومی تأکید می‌کند و کنوانسیون ۱۹۶۱م نیز سعی در تقویت مداخلات بین‌المللی در حل مشکل بی‌تابعیتی و ارائه استانداردهای بین‌المللی و

تأکید بر اعطای تابعیت در لحظه تولد به متولدین داخل مرزهای کشورهای کشورها به‌عنوان راه‌حل مهم در حل بی‌تابعیتی دارد (Lawrance & Stevens, 2017, pp. 28-29).
د) برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴ تا ۲۰۲۴ م
کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد ضمن تأکید بر اهمیت مشکل بی‌تابعیتی به ارائه اقدامات مؤثر جهت جلوگیری و حل مسئله بی‌تابعیتی می‌پردازد (Siddika, 2019, p. 9).

ه) کنوانسیون تابعیت اروپا ۱۹۹۷ م^{۱۳} در بند اول و دوم ماده ۴ بر اصل لزوم داشتن تابعیت و منع بی‌تابعیتی با عبارتی مشابه اعلامیه حقوق بشر تأکید می‌کند (Tang, 2005, p. 45).

و) ماده ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ م^{۱۴} که ایران نیز به آن ملحق شده است و همچنین کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ م^{۱۵} در ماده ۷، در راستای منع بی‌تابعیتی بر لزوم داشتن تابعیت کودکان تأکید کرده‌اند تا از ابتدای تولد از بی‌تابعیتی جلوگیری شود (Institute on Statelessness, 2020, p. 19).

ز) لزوم اعطای تابعیت به پناهندگان نیز تأکیدکننده بر اصل لزوم داشتن تابعیت و منع بی‌تابعیتی است که در ماده ۳۴ کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان ۱۹۵۱ م^{۱۶} این‌گونه بیان شده است: «دولت متعاقد تا آنجا که ممکن است در پذیرش و اعطای تابعیت به پناهندگان تسهیلاتی فراهم خواهند آورد و مخصوصاً کوشش خواهند کرد تا امر تحصیل تابعیت را تسریع کرده و تا آنجا که ممکن است از هزینه‌ها و مخارج این امر بکاهند»^{۱۷} (Tang, 2005, p. 34).

ح) کنوانسیون شورای اروپا در جلوگیری از بی‌تابعیتی در جابه‌جایی و تغییر دولت ۲۰۰۶ م^{۱۸} ضمن تأکید بر جلوگیری از ایجاد بی‌تابعیتی در نتیجه تغییر دولت‌ها، به‌عنوان مثال در ماده ۵ و ۶ به‌طور خاص بر لزوم اعطای تابعیت توسط دولت جدید در صورت داشتن رابطه مقتضی (تعلق به آن سرزمین) به اشخاصی که در نتیجه جابه‌جایی و تغییر دولت بی‌تابعیت شده‌اند و بر عدم سلب تابعیت توسط دولت جدید در صورت ایجاد بی‌تابعیتی تأکید می‌کند (Southwich & Lynch, 2009, p. 6).

همان‌طور که مشخص شد اصل منع بی‌تابعیتی و لزوم داشتن تابعیت اصلی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل است که در موارد متعددی در اسناد بین‌المللی صریحاً یا ضمناً بر آن تأکید شده است (Dumbrava, 2014, pp. 74-76; Tang, 2005, pp. 19-20) و بیان سایر موارد در این مقاله نمی‌گنجد.

۲. علل بی‌تابعیتی و موارد مجاز آن

جهت ارائه راهکارهای مناسب برای جلوگیری از بی‌تابعیتی ابتدا لازم است مهم‌ترین علل آن بررسی شوند تا مشخصاً از حدوث آن علل جلوگیری به عمل آید. از طرف دیگر در مواردی حدوث بی‌تابعیتی نه تنها مذموم نیست بلکه لازم است که از آن با عنوان موارد مجاز بی‌تابعیتی یا استثنائات اصل منع بی‌تابعیتی تعبیر می‌کنیم و شناخت این‌گونه موارد از آن جهت ضروری است که راهکارهای ارائه شده برای جلوگیری از بی‌تابعیتی نباید در جهت رفع و دفع این‌گونه موارد مجاز باشد.

اما پیش از ورود به بحث برای آنکه بدانیم به دنبال بررسی علل کدام نوع از بی‌تابعیتی و جلوگیری از آن هستیم، لازم است به اختصار اشخاص بی‌تابعیت تعریف شوند و اقسام آن به تفکیک بیان شوند. طبق ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۵۴م مربوط به وضعیت افراد بی‌تابعیت، اشخاص بی‌تابعیت کسانی‌اند که هیچ‌یک از دولت‌ها طبق قوانین و مقرراتشان آنان را تبعه خود نمی‌دانند. تعریف مذکور، شامل افرادی که تابعیت خود را از دست داده یا ترک کرده و هنوز کسب تابعیت نکرده‌اند نیز می‌شود. بی‌تابعیتی به دو دسته بی‌تابعیتی قانونی^{۱۹} و بی‌تابعیتی عملی^{۲۰} تقسیم می‌شود که تعریف مذکور از بی‌تابعیتی، تعریف بی‌تابعیتی قانونی است که در آن اشخاص از نظر وضعیت قانونی بی‌تابعیت هستند (Tang, 2005, p. 15). بنابراین در بی‌تابعیتی قانونی، افراد از لحاظ قانونی بی‌تابعیت هستند اما در مقابل، بی‌تابعیتی عملی یعنی وضعیتی که در آن اشخاص عملاً از برخی آثار بی‌تابعیتی همچون عدم بهره‌مندی از حقوق اولیه متأثر هستند اما از لحاظ قانونی حداقل تابعیت یک کشور را دارا هستند به‌عنوان مثال برخی از مهاجرین غیرقانونی گرچه تابعیت کشور مبدأ خود را دارا می‌باشند اما در کشور مقصد به دلیل مواجهه با تبعات بی‌تابعیتی، عملاً بی‌تابعیت محسوب شوند. تعریف و بحث از بی‌تابعیتی عملی، خارج از بحث این مقاله است؛ هر چند در مقولاتی دارای

اشتراک با بی‌تابیتی قانونی است. با این تعریف از افراد بی‌تابیت، به علل و بعد از آن به موارد مجاز بی‌تابیتی پرداخته می‌شود.

۲-۱. علل به وجود آمدن بی‌تابیتی

با وجود اصل لزوم تابعیت، در مواردی بی‌تابیتی رخ می‌دهد که بررسی علل آن جهت ارائه راهکار مناسب برای جلوگیری از آن ضروری است. شایان ذکر است به دلیل همپوشانی‌هایی که علل بی‌تابیتی در مواردی با یکدیگر دارند در برخی موارد ممکن است یک علت، بسته به پرونده رخ داده، در حالتی ذیل یک یا چند علت دیگر قرار گیرد و در حالت دیگر ذیل آن قرار نگیرد لذا به دلیل پوشش جمیع علل بی‌تابیتی و تفاوت نظری آنها، تمامی موارد به تفکیک احصا شده است. در ادامه به مهم‌ترین علل بی‌تابیتی با ارائه نمونه پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱. سلب تابعیت و مجازات

در مواردی کشورها به‌عنوان مجازات یا اقدام خودسرانه یا تبعیض‌آمیز به لحاظ نژادی، مذهبی یا زبانی از اتباع دارای تابعیت اصلی یا اکتسابی سلب تابعیت می‌کنند که این امر به‌خصوص اگر فرد دنبال کسب تابعیت جدید نرود یا موفق به کسب آن نشود، موجب بی‌تابیتی می‌شود. در گذشته برخی از دولت‌ها از اتباع خود به سبب پناهندگی و مهاجرت سلب تابعیت می‌کردند که در مواردی موجب بی‌تابیتی می‌شد و آن در صورتی بود که فرد از کشور خود مهاجرت می‌کرد و پناهنده کشور دیگری می‌شد و کشور مبدأ تابعیت وی را سلب می‌کرد در حالی که وی هنوز تابعیت دولت جدید را نیز کسب نکرده بود اما امروزه سلب تابعیت مخصوصاً سلب تابعیت اصلی مردود است و مورد قبول مراجع بین‌المللی نمی‌باشد لکن در عمل همچنان در مواردی شاهدیم سلب تابعیت از جمله سلب تابعیت تبعیض‌آمیز همانند اقدام میانمار در قبال مسلمانان روئینگیایی صورت می‌گیرد. با این وجود از آن جهت که در برخی موارد سلب تابعیت به‌عنوان مجازات برای دولت‌ها امری ضروری می‌باشد، در مواردی آن را اعمال می‌کنند و این امر استثنائاً مجاز تلقی شده است که به‌عنوان مثال می‌توان به ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابیتی ۱۹۶۱م و وجود این مجازات در قوانین ایتالیا در بحث خدمت به دولت خارجی بدون مجوز دولت این کشور یا در قوانین آمریکا در بحث فرار از

ارتش در زمان جنگ یا خیانت به دولت آمریکا اشاره کرد (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، صص. ۴۷-۵۰؛ نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۲۹؛ Institute on Statelessness, 2014, p. 25).

۲-۱-۲. اختلاف قوانین یا تعارض منفی سیستم‌های اعطای تابعیت

مختلف بودن قوانین کشورها و وجود تعارض منفی سیستم‌های اعطای تابعیت ممکن است منجر به بی‌تابعیتی شود (Molnár, 2014, p. 824). این امر عمده‌تاً ممکن است در سه حالت رخ دهد: اولین حالت، بی‌تابعیتی از بدو تولد است مثلاً طفل متولد شده در خاک ایران از مادر و پدر خارجی اگر مشمول بند ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی نباشد و کشور والدین طفل هم سیستم خاک را در اعطای تابعیت اعمال کند، آنگاه این طفل بی‌تابعیت خواهد شد (ابراهیمی، ۱۳۸۳، ص. ۹۵) یا طفل نامشروع متولد شده در آلمان از مادری انگلیسی به دلیل تنوع قوانین دو کشور بی‌تابعیت خواهد شد (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۵۰).

دومین حالت بی‌تابعیتی، بر اثر ازدواج یا طلاق ممکن است رخ دهد؛ بدین صورت که مثلاً در یک مورد اگر در اثر ازدواج زن با مردی خارجی تابعیت آن مرد مطابق قانون کشور مرد به‌طور خودکار به زن تحمیل نشود و زن هم به دلیل ازدواج با مرد خارجی تابعیت پیشین خود را مطابق قوانین کشورش از دست بدهد، آنگاه در این مورد زن بی‌تابعیت می‌شود یا در موردی دیگر اگر در اثر طلاق، تابعیت اعطایی به زن از طرف دولت شوهر پس گرفته شود و زن هم به دلیل ازدواج، تابعیت پیشین خود را از دست داده باشد، آنگاه در این مورد نیز زن بی‌تابعیت می‌شود. به‌عنوان مثال در بخش سوم از قانون مهاجرت ۱۹۰۷م آمریکا، از دست دادن تابعیت به‌واسطه ازدواج بدون در نظر گرفتن احتمال بی‌تابعیتی زنان امری قانونی بوده است (P.Roche, 1950, p. 44).

سومین حالت در اثر فرزندخواندگی ممکن است رخ دهد؛ بدین صورت که دولت فرزندخواه به فرزندخوانده اعطای تابعیت نکند و دولت فرزندخوانده هم به دلیل فرزندخواندگی تابعیت وی را پس بگیرد که در این صورت فرزندخوانده بی‌تابعیت می‌شود (Van Waas, 2008, pp. 72-73). به‌عنوان مثال از سویی قوانین ده کشور اروپایی، فرزندخواندگی را بدون مشروط کردن کودک به داشتن تابعیت جدید، موجب از دست دادن تابعیت می‌دانند و از سوی دیگر در برخی از آنها از جمله اتریش، کسب تابعیت از طریق فرزندخواندگی پیش‌بینی نشده است (Jansen & Van Waas, 2014, p. 31).

۲-۱-۳. ترک ارادی تابعیت و عدم تحصیل تابعیت جدید

چنانچه شخصی به‌طور ارادی تابعیت کشوری را ترک کند، درحالی‌که قوانین کشورش ترک تابعیت را مشروط به کسب تابعیت کشور دیگر نکرده باشد و وی تابعیت کشور جدیدی را کسب نکند یا کشور جدید با اعطای تابعیت به وی موافقت نکند، فرد بی‌تابعیت خواهد شد (Van Waas, 2008, pp. 80-81). به‌عنوان مثال مواد ۱۰ و ۱۱ قانون تابعیت چین ۱۹۸۰م^{۲۱} در شرایطی امکان خروج از تابعیت را بدون در نظرگیری کسب تابعیت جدید میسر کرده است.

با وجود همپوشانی‌هایی که علل بی‌تابیتی با یکدیگر دارند در بیان تفاوت این مورد با مورد اول یعنی سلب تابعیت می‌توان بیان داشت که در مورد اول فرد تابعیتش را به‌صورت غیرارادی توسط دولت از دست می‌دهد اما در این مورد فرد خود به‌صورت ارادی تابعیت‌اش را ترک کرده است.

۲-۱-۴. تخیر در انتخاب تابعیت (انتخاب خود شخص)

در مواردی که شخص مطابق قانون مخیر می‌شود که بین دو تابعیت یکی را انتخاب کند و وی هیچ‌کدام را انتخاب نمی‌کند (نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۳۰) یا اینکه اساساً اختیار کسب یک تابعیت را دارد ولی خود یا والدینش به کسب همان نیز اقدام نمی‌کنند. مثلاً شخص هنگام تولد قابل انتساب به دو دولت باشد و یکی از دولت‌ها سیستم خون را اعمال کند و دیگری سیستم خاک و هر دو دولت بقای بر تابعیتشان را منوط به انتخاب فرد در سن معین کرده باشند که فرد هیچ‌کدام از این دو تابعیت را انتخاب نکرده و در نتیجه بی‌تابعیت می‌شود (سهرابی، ۱۳۸۵، ص. ۳۴) یا به‌عنوان مثال در قوانین قبرس کودکی که از یک تبعه در خارج از کشور متولد می‌شود، می‌تواند از طریق یک ثبت‌نام ساده، تابعیت خود را کسب کند، اما این امر باید ظرف دو سال پس از تولد کودک به اختیار والدین صورت گیرد و در صورت از دست رفتن این مهلت هیچ تضمینی در برابر بی‌تابیتی وجود ندارد و اگر فرضاً طفل در کشوری با سیستم خون به دنیا آمده باشد، بی‌تابیت خواهد ماند (Jansen & Van Waas, 2014, p. 17).

۲-۱-۵. قانون خاص و از دست دادن تابعیت

چنانچه قانون کشوری مقرر کند که اگر کسی ترک وطن کند و در کشور دیگری سکنی گزیند، آنگاه تابعیت‌اش را از آن فرد سلب می‌کند یا فرد تابعیت‌اش را به‌طور خودکار از دست می‌دهد، حال اگر فرد تابعیت کشور محل اقامت را اخذ نکرده باشد یا آن کشور به او تابعیت اعطا نکند این فرد بی‌تابعیت خواهد شد (نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۳۰؛ Van Waas, 2008, pp. 78-79). به‌عنوان مثال به‌موجب مورد e از بند ۲ ماده ۱۰ قانون شهروندی هند ۱۹۵۵م^{۲۲} افرادی که به‌طور معمول در خارج از هند اقامت داشته باشند، با شرایطی تابعیت خود را از دست می‌دهند بدون آنکه احتمال بی‌تابعیتی وی در نظر گرفته شده باشد.

این علت با مورد اول (سلب تابعیت) اندکی متفاوت است و آن اینکه اینجا فرد به‌موجب قانون خاص از تابعیت خود محروم شده است که جنبه مجازات‌گونه به‌واسطه اقدامات ناپسند ندارد و هر گونه از دست دادن تابعیت غیر از سلب تابعیت به‌موجب مجازات را دربرمی‌گیرد.

۲-۱-۶. معاهده بین‌المللی

در موردی که یک معاهده بین‌المللی اختیار انتخاب تابعیت را به افراد می‌دهد اما افراد از انجام انتخاب سر باز می‌زنند، در این صورت بی‌تابعیت می‌مانند؛ مثال این حالت وقتی ست که قطعه‌ای از سرزمین کشوری به کشور دیگر واگذار می‌شود و برای ساکنین آن سرزمین اختیار داده می‌شود که یکی از دو تابعیت کشور قدیم یا جدید را انتخاب کنند اما هیچ‌کدام را انتخاب نمی‌کنند (سهرابی، ۱۳۸۵، ص. ۳۴؛ Tang, 2005, p. 17). به‌عنوان نمونه به‌موجب ماده ۲ پروتکل معاهده بین جمهوری چکسلواکی و اتحادیه جماهیر سوسیالیستی شوروی در مورد اوکراین ۱۹۴۵م^{۲۳} که متأثر از تغییرات سرزمینی بود، حق انتخاب تابعیت چکسلواکی برای برخی گروه‌های قومی که به دلیل جدایی سرزمین‌ها بی‌تابعیت شده بودند با شرایطی اعطا شد. این مورد می‌تواند مصداقی از مورد چهارم یعنی اختیار انتخاب به‌موجب معاهده بین‌المللی و متأثر از مورد پنجم یعنی جابه‌جایی دولت‌ها باشد.

۲-۱-۷. جابه‌جایی و تغییر دولت‌ها

زمانی که بخشی از دولت و کشوری جدا می‌شود و استقلال می‌یابد یا زمانی که کشوری به دولت‌های جدیدی تجزیه می‌شود، قانون دولت یا دولت‌های جدید و یا قدیم ممکن است سبب بی‌تابعیتی اشخاص شود. این امر ممکن است به سبب اختلاف نظام قوانین، عدم شناسایی اشخاص ساکن در برخی مناطق یا برخی نژادها به‌عنوان تبعه یا حتی اختیار انتخاب بین تابعیت دو کشور یا سایر موارد رخ دهد که برای مثال می‌توان به جدایی کشورهای اتحاد جماهیر شوروی سابق و یوگسلاوی یا جدا شدن اریتره از اتیوپی اشاره کرد. البته شایان ذکر است تا نیمه اول قرن بیستم این امر یکی از علل شایع بی‌تابعیتی بوده است (Tang, 2005, pp. 17-18; Molnár, 2014, p. 824). برخی از روس‌هایی که بعد از انقلاب روسیه به کشورهای خارجی پناهنده شدند، نه دولت جدید روسیه آنها را به‌عنوان تبعه خود می‌شناخت و نه دولت‌هایی که راهی آنها شده بودند (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، صص. ۴۹-۵۰؛ نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۲۹)

۲-۱-۸. موانع اداری و فقدان مدارک

ضعف در سیستم ثبت احوال، عدم دسترسی به آن در برخی مناطق کشورها، فقدان مدارک اثبات‌کننده ارتباط میان افراد و کشور محل تولد، وجود موانع برای اثبات این رابطه در فرایند اداری کشورها و اعطای تبعیض‌آمیز تابعیت به اشخاص و گروه‌های خاص در مواردی منجر به بی‌تابعیتی افراد می‌شود (Institute on Statelessness, 2014, pp. 26-27; Van Waas, 2008, p. 13). به‌عنوان مثال یکی از مشکلاتی که برای رومایی‌ها^{۲۴} جهت کسب تابعیت پس از تجزیه یوگسلاوی به‌وجود آمد این بود که مدارک مورد نیاز برای کسب تابعیت طبق قانون، به‌طور گسترده‌ای ناموجود و غیرقابل دسترسی بود و این سخت‌گیری قانون موجب بی‌تابعیتی جمعیت کثیری از آنها شد (Jansen & Van Waas, 2014, p. 25). ضعف در سیستم ثبت احوال و سایر موارد فوق‌الذکر موجب شده است که طبق آخرین آمار یونیسف در سال ۲۰۱۹، تولد حدود ۴۱ میلیون کودک زیر یکسال ثبت نشده باشد (Report of UNICEF, 2019, p.20).

۲-۱-۹. تبعیض در قوانین تابعیتی

تبعیض در اعطای تابعیت، اعم از تبعیض نژادی، مذهبی و جنسیتی از عوامل بی‌تابعیتی است. به‌عنوان مثال تبعیض جنسیتی در قوانین تابعیتی کشورها در مواردی همچون زمانی که تابعیت از طریق مادر به فرزند منتقل نمی‌شود، در بعضی موارد موجب بی‌تابعیتی فرزند می‌شود و این در حالی است که در قانون همان کشور تابعیت از طریق پدر به فرزند منتقل می‌شود (Tang, 2005, p. 18). به‌عنوان نمونه دیگر به‌صورت موردی در ایتالیا به فردی به دلیل داشتن سندروم داون تابعیت اعطا نشده است (Jansen & Van Waas, 2014, p. 29). به‌عنوان مثال دیگر در ایران سابقاً پیش از تصویب ماده واحده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیرایرانی مصوب ۱۳۹۸، تابعیت از طریق مادر ایرانی به طفل منتقل نمی‌شد درحالی‌که تابعیت از طریق پدر ایرانی منتقل می‌شد.

۲-۱-۱۰. ارث بردن بی‌تابعیتی

یکی از عوامل مهم بی‌تابعیتی که در ادامه دلایل فوق و به تبع آنها ایجاد می‌شود ارث بری بی‌تابعیتی از والدین است؛ توضیح آنکه به هر یک از دلایل فوق ابتدا اشخاصی بی‌تابعیت می‌شوند و در ادامه به دلیل عدم اصلاح قوانین آن کشور، تعارض قوانین کشورها یا سایر موارد، این بی‌تابعیتی به فرزندان نیز سرایت می‌کند و فرزندان نیز از بدو تولد بی‌تابعیت می‌شوند (Institute on Statelessness, 2014, p. 27) یا حتی بعد از تولد در پی از دست دادن تابعیت والدین، فرزندان نیز در شرایطی ممکن است بی‌تابعیت شوند. به‌عنوان مثال همان‌گونه که بیان شد، به‌موجب قوانین اتریش فرزندان خواندگی موجب کسب تابعیت نمی‌شود حال اگر این فرزندان خوانده تابعیت کشور مبدأ خود را به دلیل فرزندان خواندگی از دست داده باشد، در حال حاضر در اتریش یک فرد بی‌تابعیت می‌ماند و اگر وی بعداً با زنی خارجی ازدواج کند و در یک کشوری که سیستم خون را اعمال می‌کند مثل ایران بچه‌دار شود، فرزندان وی نیز بی‌تابعیت می‌مانند. یا به‌عنوان نمونه دیگر به‌موجب ماده ۲۲ قانون شهروندی اسلوونی ۱۹۹۹م^{۲۵} از دست دادن تابعیت والدین یا یکی از آنها، با شرایطی می‌تواند منجر به بی‌تابعیتی فرزندان شود.

موارد مذکور مواردی بود که حقوق‌دانان به آنها به‌عنوان عوامل ایجاد بی‌تابیتی پرداخته بودند. در مجموع به‌نظر می‌رسد شاید بتوان تمام این موارد را ذیل چهار عنوان ترک ارادی تابعیت، از دست دادن خودکار تابعیت، سلب تابعیت و عدم امکان کسب تابعیت جمع نمود با در نظر داشتن اینکه در برخی موارد ممکن است به‌صورت موردی یک پرونده ذیل چند علل از علل احصاء شده یا فقط یک علت قرار گیرد. حال که عوامل بی‌تابیتی مشخص شد، کشورها در جهت رفع بی‌تابیتی باید تلاش کنند تا این عوامل را مورد بررسی قرار دهند و با قانون‌گذاری صحیح از ایجاد بی‌تابیتی جلوگیری کنند که مفصلاً به این بحث در سطح بین‌المللی و حقوق ایران در فصل سوم پرداخته خواهد شد.

۲-۲. موارد مجاز بی‌تابیتی

با مطالب فوق علل بی‌تابیتی مشخص شد، لکن در مواردی بی‌تابیت بودن و نقض اصل لزوم تابعیت به دلیل مصالح عام‌تری مذموم نیست و از نظر دولت‌ها این امر لازم و حتی ضروری است که این موارد جزء استثنائات اصل لزوم تابعیت و به‌عنوان موارد مجاز سلب و عدم اعطای تابعیت توسط دولت‌ها شناخته می‌شوند. ضرورت پرداختن به استثنائات از آن جهت است که حدود رعایت اصل منع بی‌تابیتی جهت ارائه راهکارهایی مناسب برای جلوگیری از بی‌تابیتی مشخص شود زیرا برای این موارد مجاز بی‌تابیتی دیگر نیازمند راهکاری جهت جلوگیری از آن نیستیم و راهکارهای ارائه شده نباید در جهت جلوگیری از این موارد مجاز باشند.

شایان ذکر است آن مصالح عام‌تر و ادله‌ای که بی‌تابیتی در اثر سلب تابعیت را مجاز می‌نماید، این است که: اولاً. اصل اساسی برای تعیین تابعیت، وجود پیوند واقعی میان فرد و آن کشور است که این اصل در سلب تابعیت هم جاری است (Bauböck & Paskalev, 2015, p. 25) و در موارد مجاز و استثناء بی‌تابیتی خواهیم دید که این پیوند دیگر وجود ندارد؛ ثانیاً. در مواردی همچون وقتی که فرد تهدیدی علیه امنیت عمومی است یا وفاداری خود را به آن کشور نقض کرده است یا جنایات شدید مرتکب شده است، به واقع این فرد تهدیدی علیه آن جامعه محسوب می‌شود و مصلحت عام‌تر آن کشور و نظم عمومی آن اقتضا دارد که به مصلحت کوچکتر فقدان بی‌تابیتی یک فرد با این شرایط خاص توجه

نشود و حتی در مواردی همچون بند ۱ ماده ۹ قانون تابعیت هلند^{۳۶} صراحتاً به دلیل حفظ نظم عمومی، به طریق اولی درخواست کسب تابعیت چنین افرادی قابل پذیرش دانسته نشده است؛ ثالثاً. این امر همان‌طور که در ادامه مشاهده خواهد شد در قوانین کشورهای دیگر از جمله قانون تابعیت بریتانیا، هلند، الجزایر و قانون شهروندی کانادا و هند و اسناد بین‌المللی از جمله بند ۳ و ۲ ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی ۱۹۶۱م، امری پذیرفته شده است، رابعاً گرچه ممکن است این افراد از لحاظ قانونی بی‌تابعیت شوند اما آن کشور حسب حقوق بین‌الملل موظف است با تمهید راهکارهایی مثل ارجاع شخص بدون تابعیت به دولت سابق وی یا در نظر گرفتن حقوق محدودتری برای وی، از تحمیل آثار بی‌تابعیتی بر آن فرد تا حدودی جلوگیری نماید.

پیش از بیان استثنائات اصل لزوم تابعیت به سه مطلب باید اشاره نمود: اول اینکه موارد استثنای اصل لزوم تابعیت که همان موارد مجاز سلب تابعیت است غیر از موارد ترک ارادی تابعیت و همچنین موارد از دست دادن خودکار تابعیت است، جایی که دولت تحت شرایط خاصی از دست دادن خودکار تابعیت را در نظر می‌گیرد (قاسمی، ۱۳۹۷، ص. ۹۴۶) که جزء استثنائات اصل لزوم تابعیت نیستند و بلکه باید در موارد ترک ارادی تابعیت و در بیشتر موارد از دست دادن خودکار تابعیت نیز اصل لزوم تابعیت رعایت شود تا فرد بعد از ترک یا از دست دادن خودکار تابعیت دچار بی‌تابعیتی نشود. دومین مطلب بیان چستی سلب تابعیت است که عبارت است از عملی یک‌جانبه از سوی دولت برای قطع رابطه تابعیت به دلیل فعل یا ترک فعل آن تبعه (دماوندی، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۱). سومین مطلب آنکه در حقوق بین‌الملل سلب و محرومیت از تابعیت توسط دولت‌ها حتی‌الامکان مقید به ایفای تعهد بین‌المللی منع و جلوگیری از بی‌تابعیتی، رعایت استانداردهای داخلی حاکمیت قانون و اصول پذیرفته شده است (Bauböck & Paskalev, 2015, p. 34).

حال با توجه به مطالب فوق در ادامه به بیان موارد استثنای اصل لزوم تابعیت که همان موارد مجاز سلب تابعیت توسط دولت‌ها است، با ارائه نمونه پرداخته می‌شود که تمامی موارد به‌نوعی مجازات محسوب می‌شوند و دولت‌ها را مجاز به سلب تابعیت از تبعه خود می‌کند. شایان ذکر است به طریق اولی در صورت وجود این موارد همان‌گونه که بیان شد، معمولاً اعطای تابعیت نیز صورت نمی‌گیرد.

۲-۱. تهدید علیه امنیت عمومی

دولت‌ها می‌توانند از اشخاصی که امنیتشان را به شدت به خطر انداخته‌اند یا اقدام و قصد به مخاطره شدید انداختن آنرا کرده‌اند، سلب تابعیت کنند (Bauböck & Paskalev, 2015, pp. 15-17). به‌عنوان نمونه این مورد در بند (A۴) از بخش ۴۰ قانون تابعیت بریتانیا ۱۹۸۱م^{۲۷} انعکاس یافته است.

۲-۲. جنایات شدید

ارتکاب جنایات شدید و نه عادی در مواردی به‌خصوص در محدوده زمانی پیش از کسب تابعیت، منجر به سلب تابعیت از افراد توسط برخی دولت‌ها می‌شود (موسی‌زاده و دارابی راد، ۱۳۹۸، صص. ۷۴۷-۷۴۸). این مورد اغلب ناظر به موردی است که بعد از کسب تابعیت، جنایت شدیدی که پیش از کسب تابعیت ارتکاب یافته است، کشف می‌شود. به‌عنوان مثال در بند ۱ ماده ۱۴ قانون تابعیت هلند ۱۹۸۴م و ماده ۲۲ قانون تابعیت الجزایر ۱۹۷۰م^{۲۸} این امر شناسایی شده است.

۲-۳. نقض وظیفه وفاداری

وفاداری اتباع نسبت به دولت متبوع خود مفهومی گسترده است که در مواردی در صورت نقض آن، دولت‌ها می‌توانند اقدام به سلب تابعیت از تبعه خود کنند. به‌طور کلی می‌توان از سه مشخصه مجزا به‌عنوان معیار عدم وفاداری نام برد: ارتکاب اعمال ناقض منافع حیاتی دولت، خدمت به حکومت خارجی و انکار وفاداری به دولت متبوع و بیعت با کشور دیگر. این موارد در بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابیتی ۱۹۶۱م مورد تأکید قرار گرفته است. به این امر در مورد b و c بند ۲ ماده ۱۰ قانون شهروندی هند ۱۹۵۵م نیز پرداخته شده است.

۲-۴. خطا و تقلب در کسب تابعیت

در صورتی که فردی در فرایند کسب تابعیت مرتکب خطا و تقلبی شده باشد، معمولاً این مورد یک زمینه برای سلب تابعیت است (Bauböck & Paskalev, 2015, p. 19). این مطلب در بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابیتی ۱۹۶۱م نیز انعکاس یافته است و به‌عنوان استثنائی بر اصل لزوم تابعیت و مجوزی برای سلب تابعیت شناخته شده است.

این موضوع در ماده ۱۰ قانون شهروندی کانادا ۱۹۸۵م^{۲۹} نیز منعکس شده است. شایان ذکر است که مورد اول تا چهارم در خصوص اتباع دارای تابعیت اصلی اعمال نمی‌شود و اصولاً در سطح بین‌المللی سلب تابعیت به‌عنوان مجازات برای اتباع دارای تابعیت اصلی امری مذموم است لذا سلب تابعیت در این موارد اصولاً برای اتباع دارای تابعیت اکتسابی اعمال می‌شود (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۴۸).

۲-۲-۵. پناهندگی و مهاجرت

برخی نویسندگان پناهندگی و مهاجرت را نیز جزء موارد استثنای اصل لزوم تابعیت آورده‌اند (نصیری، ۱۳۹۰، ص. ۳۹). توضیح آنکه با وجود اینکه در بیشتر مواقع پناهندگی و مهاجرت از موارد از دست دادن خودکار تابعیت به‌خصوص با قانون خاص است، ولی همچنان در بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابعتی ۱۹۶۱م جزء استثنائات اصل لزوم تابعیت بیان شده است. باید دقت نمود که این مورد غیر از موردی است که فردی تابعیت خارجی کسب می‌کند و تابعیت قبلی‌اش به‌طور خودکار از دست می‌رود که در آن مورد بی‌تابعتی رخ نمی‌دهد.

در پناهندگی و مهاجرت با وجود اینکه سلب تابعیت ممکن است باعث به‌وجود آمدن بی‌تابعتی شود، مجوز این امر برای دولت‌ها وجود دارد. علت این امر این است که دولت اجباری ندارد اشخاصی را که ترک وطن می‌کنند و حکومت خودشان را به رسمیت نمی‌شناسند و قصد مراجعت ندارند و دولت هم نمی‌تواند نسبت به آنان اعمال حاکمیت کند تبعه خود بداند (نصیری، ۱۳۹۰، صص. ۳۹-۴۰). با این وجود به نظر می‌رسد این مورد را باید بسیار محدود نمود و شاید نهایتاً آنرا فقط در حالتی که فرد در کشور مقصد از حداقل حقوق برخوردار است، مجاز نمود زیرا در اینجا تابعیت اصلی و نه اکتسابی سلب می‌شود.

۳. راهکارهای جلوگیری و حل مسئله بی‌تابعتی

در این فصل با در نظر داشتن آنچه پیش از این بیان شد به‌خصوص علل و استثنائات بی‌تابعتی، به راهکارهای عملی که به منظور جلوگیری و رفع موارد غیرمجاز بی‌تابعتی اتخاذ شده است یا باید اتخاذ شود در اسناد بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی پرداخته می‌شود تا ضمن دستیابی به جمیع راهکارها در عرصه بین‌الملل، اقدام به

ارزیابی حقوق ایران در موضوع بی‌تابیتی و به‌کار بستن این راهکارها نمایم و از این رهگذر به خلأها، چالش‌ها و موارد ایجادکننده بی‌تابیتی در حقوق ایران دست یابیم و بتوانیم راهکارهایی جهت جلوگیری از بی‌تابیتی و پر کردن این خلأها در حقوق ایران ارائه نمایم. بنابراین ابتدا راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در اسناد بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی مطرح و سپس راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در حقوق ایران در پرتو ارزیابی نظام حقوقی ایران ارائه خواهد شد.

در نظر برخی نویسندگان برای جلوگیری کامل از بی‌تابیتی راهکاری وجود ندارد؛ اما راهکار موقت، تنظیم قواعد تابعیت در کشورها با در نظر گرفتن اصل منع بی‌تابیتی است. برای مثال، قوانین کشورها، افراد بی‌تابیتی را که با آنها رابطه مؤثر دارند تحت پوشش حمایتی قرار دهد یا کشورها به اتباع خود تنها در صورت کسب تابعیت کشور دیگر اجازه ترک تابعیت بدهند (سلجوقی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۶۲). در ادامه به برخی از راهکارهای عملی برای رفع بی‌تابیتی در اسناد بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی پرداخته می‌شود.

۱-۳. راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در آیین اسناد بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی

۱-۱-۳. ارجاع شخص بدون تابعیت به دولت سابق خود

به‌موجب ماده ۱ پروتکل ویژه لاهه مربوط به بی‌تابیتی مصوب کنفرانس تدوین قوانین بین‌الملل ۱۹۳۰م، کشور محل اقامت شخص بدون تابعیت با وجود شرایطی می‌تواند از دولت سابق فرد تقاضا کند که فردی را که از آن به دلیل اقامت گزیدن در کشور خارجی سلب تابعیت کرده است، به تابعیت خود بپذیرد (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۵۲).

۱-۲-۳. امکان پذیر بودن ترک و از دست دادن تابعیت فقط در صورت کسب تابعیت کشور دیگر

دولت‌ها باید شرایطی را فراهم آورند که ترک و از دست دادن تابعیت فقط در صورت کسب تابعیت کشور دیگر میسر باشد (Van Waas, 2008, p. 80). به‌موجب مواد ۵ تا ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابیتی ۱۹۶۱م ترک و از دست دادن تابعیت فقط در صورت کسب تابعیت کشوری دیگر امکان‌پذیر است. قبول ترک ارادی تابعیت در صورت کسب تابعیت کشور دیگر در قوانین تقریباً تمامی کشورهای اروپایی انعکاس یافته است (Dumbrava, 2014, p. 59).

۳-۱-۳. ممنوع بودن موارد غیر مجاز سلب تابعیت در صورت به وجود آمدن بی‌تابعیتی

اصولاً دولت‌ها تنها زمانی مجاز به سلب تابعیت از تبعه خود هستند که وی دچار بی‌تابعیتی نشود که این امر در بند ۱ ماده ۸ کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی ۱۹۶۱م نیز بیان شده است. البته این اصل همان‌طور که در بخش قبل گفته شد دارای استثنائاتی است (Molnár, 2015, pp. 73&80).

۳-۱-۴. عدم رد درخواست تابعیت، از دست دادن یا محرومیت از تابعیت به صورت تبعیض آمیز

به موجب اقدام چهارم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م کمیساریای عالی پناهندگان سازمان ملل متحد، باید از رد درخواست تابعیت یا از دست دادن یا محرومیت از تابعیت بر اساس تبعیض جلوگیری نمود. توضیح آنکه تبعیض بر اساس نژاد، رنگ و غیره همیشه از علل بی‌تابعیتی بوده است لذا دولت‌ها باید از رد یا محروم کردن تبعیض‌آمیز افراد از تابعیت خودداری کنند (Achiron & Govil, 2014, p. 30). شایان ذکر است تفاوت این راهکار ارائه شده با راهکار قبلی در این است که اینجا: اولاً. بر اساس تبعیض، بی‌تابعیتی رخ می‌دهد؛ ثانیاً. علاوه بر سلب تابعیت، به رد درخواست تابعیت نیز اشاره شده است.

۳-۱-۵. اعمال سیستم خاک در کشورها برای متولدین بی‌تابعیت

به‌طور کلی وجود سیستم خاک باعث عدم سرایت بی‌تابعیتی بین نسل‌ها می‌شود (Lawrance & Stevens, 2017, pp. 38 & 41). به موجب کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی ۱۹۶۱م دولت‌ها باید تابعیت خود را به فردی که در آن سرزمین متولد شده است و در صورت عدم اعطای تابعیت مذکور فرد بی‌تابعیت می‌شود، اعطا نمایند. این طفل مذکور که در صورت عدم اعطای تابعیت، بدون تابعیت می‌ماند، مطابق این کنوانسیون می‌تواند طفل نامشروع یا طفل سرراهی پیدا شده در قلمرو کشور متعهد یا طفل مشروع متولد از مادری که تبعه آن کشور است، باشد. این امر در اقدام دوم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م تحت عنوان «حصول اطمینان از اینکه هیچ کودکی بی‌تابعیت به دنیا نخواهد آمد»^{۳۰} مورد تأکید قرار گرفته است.

۳-۱-۶. اعطای تابعیت با وجود شرایط خاص و یا ارتباط مؤثر

به موجب برخی قوانین داخلی کشورها یا قراردادهای بین‌المللی در صورت وجود شرایطی خاص برای فرد بی‌تابعیت یا وجود ارتباط مؤثر به منظور جلوگیری از بی‌تابیتی، تابعیت به فرد بی‌تابعیت اعطا می‌شود؛ به عنوان مثال به موجب کنوانسیون کاهش بی‌تابیتی ۱۹۶۱م طفل متولد شده در هواپیما یا کشتی، تابع کشور صاحب پرچم آن کشتی یا هواپیما می‌شود یا اگر فرد بی‌تابیتی که در قلمرو کشور متعهد محل سکونتش متولد نشده، یکی از والدینش به هنگام تولد متبوع آن کشور بوده باشند، به آن فرد تابعیت آن کشور اعطا می‌شود یا حتی در شرایطی که تابعیت والدین طفل متعلق به کشور مذکور نیست باز تحت شرایطی که ذیل ماده ۴ این کنوانسیون بیان شده است تابعیت کشور مورد نظر به آن فرد اعطا می‌شود (Achiron & Govil, 2014, p. 32) یا در صورت جابه‌جایی و تغییر دولت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل، قطعنامه ۵۵/۱۵۳ مجمع عمومی سازمان ملل^{۳۱} و ارتباط با همان خاک باید تابعیت کشور جدید به افراد داده شود تا از بی‌تابیت شدن افراد جلوگیری شود (Edwards & Van Waas, 2014, p. 228).

۳-۱-۷. حذف تبعیض جنسیتی از قوانین تابعیتی کشورها

پیروی از اصل عدم تبعیض و برابری جنسیتی در برخوردار کردن افراد از حقوق بشر توسط دولت‌ها موجب جلوگیری از بی‌تابیتی زنان و فرزندانشان می‌شود (حسینی، ۱۳۹۶، ۱۱۱). این موضوع در ماده ۹ کنوانسیون رفع هر گونه تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹م^{۳۲} و در اقدام سوم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م به صراحت بیان شده است.

۳-۱-۸. پیوستن کشورها به کنوانسیون‌های افراد بی‌تابعیت

با این اقدام کشورها ملزم و متعهد می‌شوند تا راهکارهای ارائه شده برای جلوگیری از بی‌تابیتی و حل آن را به کار گیرند. شایان ذکر است که هنوز بسیاری از کشورها به دو کنوانسیون اصلی و مهم در بحث بی‌تابیتی یعنی کنوانسیون ۱۹۵۴م مربوط به وضعیت افراد بی‌تابعیت و کنوانسیون ۱۹۶۱م در مورد کاهش بی‌تابیتی ملحق نشده‌اند (Edwards & Van Waas, 2014, p. 94). این مطلب در اقدام نهم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م نیز بیان شده است.

۳-۱-۹. اصلاح قوانین و سیاست‌ها

یکی از راهکارهایی که کمک عملی می‌کند، اصلاح قوانین تابعیتی و محدوده شمول آنهاست (Coventry Peace House, 2008, p. 87). توضیح آنکه کشورها به‌خصوص کشورهای مواجه با مشکل بی‌تابعیتی، جهت جلوگیری از ایجاد و ادامه یافتن بی‌تابعیتی و کاهش آن باید چارچوب قانونی و سیاسی خود را با اصل منع بی‌تابعیتی و لزوم تابعیت همسو کنند (Institute on Statelessness, 2014, p. 137)؛ بدین معنی که موارد مذکور در این بخش را در قوانین خود بگنجانند و سیاست‌های تابعیتی خود را در راستای این اصل کنند و حمایت‌های لازم را به عمل آورند.

۳-۱-۱۰. بهبود سیستم ثبت احوال و فرایند اداری صدور سند تابعیت

یکی از مؤثرترین راهکارهای پیشگیری از ایجاد بی‌تابعیتی، بهبود سیستم ثبت احوال در کشورها برای اطمینان از ثبت تولد نوزادان در هنگام تولد است که در اسناد بین‌المللی (Southwich & Lynch, 2009, p. 4) و اقدام هفتم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م به آن تصریح شده است. همچنین بهبود فرایند اداری کسب تابعیت و برداشتن موانع سخت‌گیرانه و بعضاً تبعیض‌آمیز آن می‌تواند به‌عنوان راهکاری جداگانه موجب حل مسئله بی‌تابعیتی و تسهیل کسب تابعیت برای افراد بی‌تابعیت شود که در اقدام هشتم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م مورد تأکید قرار گرفته است. راهکار بهبود فرایند اداری صدور سند تابعیت می‌تواند مصداقی از راهکار عدم رد درخواست تابعیت باشد.

در پایان این بخش شایان ذکر است راه‌هایی برای از بین بردن موقت برخی آثار بی‌تابعیتی وجود دارد که البته به‌عنوان راهکار برای جلوگیری از بی‌تابعیتی شناخته نمی‌شوند. به‌عنوان مثال در نظر گرفتن امتیازاتی برای اشخاص بی‌تابعیت و اعطای برخی حقوق همانند حق کار، تحصیل یا درمان برای پناهنجویان و افراد بی‌تابعیت به‌عنوان راهکاری موقت جهت بهبود وضعیت بی‌تابعیت‌ها ارائه شده است (Coventry Peace House, 2008, p. 105). توضیح آنکه به‌موجب برخی قراردادهای بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها، امتیازاتی برای اشخاص بدون تابعیت در نظر گرفته شده است؛ مانند ورقه هویت مخصوصی با عنوان گذرنامه نانس‌ن که برای پناهندگان روسی و ارمنی در

نظر گرفته شده بود یا به‌عنوان مثال به‌موجب کنوانسیون ۱۹۵۴ م مربوط به وضعیت افراد بی‌تابیتی، برای اشخاص بی‌تابیتی در مواردی حقوقی در حد اتباع در نظر گرفته شده است (ارفع‌نیا، ۱۳۸۹، ج ۱، صص. ۵۲-۵۳) تا این افراد حداقل از برخی حمایت‌ها و حقوق ابتدایی برخوردار باشند اما این دسته اقدامات به‌عنوان درمان موقت برخی آثار بی‌تابیتی مثل برخورداری از بعضی حقوق اساسی بشر است نه از بین بردن خود بی‌تابیتی و تنها زمانی این امتیازات و حمایت‌ها منجر به از بین رفتن بی‌تابیتی می‌شود که امکان کسب تابعیت برای افراد بی‌تابیتی تسهیل شود که به این امر در اقدام ششم از برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴ م اشاره شده است.

۲-۳. راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در آینه حقوق ایران در پرتو ارزیابی نظام حقوقی ایران

برای به‌دست آوردن راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی در حقوق ایران، ابتدا باید موارد بی‌تابیتی، خلأها و چالش‌های موجود در حقوق ایران را به‌دست آورد و شناسایی این موارد تنها با ارزیابی حقوق ایران با توجه به تمام آنچه به‌دست آمد از جمله علل و موارد مجاز بی‌تابیتی و راهکارهای مذکور، محقق می‌شود. برای ارزیابی حقوق ایران نیز ابتدا باید به اقدامات ایران در همسویی با قواعد بین‌المللی، پیاده‌سازی اصل لزوم تابعیت و منع بی‌تابیتی و به‌عبارت دیگر به‌کار بستن راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی پرداخته شود تا بدین طریق خلأهای موجود در حقوق ایران و قوانین و موارد ایجادکننده بی‌تابیتی مشخص شود و راهکارهای مناسب جهت جلوگیری از این موارد و اصلاح وضع موجود اتخاذ شود. بنابراین در این بخش ابتدا به راهکارهای موجود در نظام حقوقی ایران جهت رفع بی‌تابیتی با توجه به راهکارهای ذکر شده در مقررات بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی پرداخته می‌شود و سپس با بررسی خلأهای قانونی، راهکارهای پیشنهادی جلوگیری از بی‌تابیتی در نظام حقوقی ایران ارائه می‌شود.

۱-۲-۳. راهکارهای موجود در نظام حقوقی ایران جهت رفع بی‌تابیتی

یکی از راه‌های شناسایی چالش‌ها و موارد ایجادکننده بی‌تابیتی در حقوق ایران و ارائه

راهکارهای مناسب برای حل آن، ارزیابی نظام حقوقی ایران در زمینه بی‌تابعیتی و شناسایی موارد همسویی آن با مقررات بین‌المللی و به‌عبارت دیگر شناسایی راهکارهای موجود در نظام حقوقی ایران جهت رفع بی‌تابعیتی است زیرا شناسایی این موارد، منجر به مشخص شدن خلأها و موارد ناهمسو و ارائه راهکارهای مناسب برای آنها می‌شود. فایده شناسایی موارد همسویی تنها شناسایی خلأهای موجود و ارائه راهکار نیست بلکه فواید دیگری نیز دارد از جمله اینکه وضعیت و اقدامات مثبت کشورمان را به لحاظ حقوق بشری روشن می‌کند. حال در ادامه به موارد همسویی حقوق ایران با اصل منع بی‌تابعیتی پرداخته می‌شود.

الف. ممنوع بودن سلب و محرومیت از تابعیت

بعد از حذف ماده ۹۸۱ قانون مدنی^{۳۳} - که سلب تابعیت را در مواردی مجاز می‌نمود - به علت مغایرت با اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی - همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، سلب تابعیت را به اختیار دولت تنها در حالت کسب تابعیت دیگر ممکن می‌داند - (فدوی، ۱۳۸۲، ص. ۱۰۳)، در حقوق ایران امروزه اصولاً سلب و محرومیت از تابعیت به کلی وجود ندارد که باعث ایجاد بی‌تابعیتی شود و از طرف دیگر طبق اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی اختیار سلب تابعیت فقط در صورت درخواست فرد یا کسب تابعیت کشوری دیگر امکان‌پذیر است که اطلاق سلب تابعیت در صورت درخواست فرد، مبتنی بر مسامحه بوده و مقصود همان ترک تابعیت است و سلب تابعیت در صورت کسب تابعیت کشور دیگر نیز منجر به بی‌تابعیتی نمی‌شود که این مطلب در بدو امر مطابق با راهکار سوم ارائه شده در بخش قبل یعنی راهکارهای جلوگیری از بی‌تابعیتی در آیین اسناد بین‌المللی، منطقه‌ای و حقوق خارجی به نظر می‌رسد. اما باید گفت در مجموع این دو اصل از سویی با اصل منع بی‌تابعیتی همسو است و از سوی دیگر ناهمسو (سلجوقی، ۱۳۷۰، ج ۱، صص. ۱۶۲ و ۱۹۸ و ۲۳۵). قسمت ناهمسو یعنی سلب تابعیت با درخواست فرد که موجب بی‌تابعیتی می‌شود، در ادامه در بخش خلأهای قانونی و راهکارهای پیشنهادی در نظام حقوقی ایران خواهد آمد. اما در قسمت همسو با اصل منع بی‌تابعیتی یعنی سلب تابعیت فقط در صورت کسب تابعیت کشوری دیگر، با وجود اینکه به‌طور کلی محدود شدن سلب تابعیت و صرف امکان آن

در صورت کسب تابعیت کشوری دیگر، مانع از ایجاد بی‌تابیتی است، اما اعمال مطلق آن حتی در موارد مجاز بی‌تابیتی مورد نقد است زیرا آنچه در حقوق بین‌الملل مذموم است و این پژوهش در پی رفع آن است، موارد غیرمجاز بی‌تابیتی است اما حقوق ایران حتی در مواردی که با عنوان موارد مجاز بی‌تابیتی بیان شد - که گفته شد در این موارد به دلیل مصالح عالی تری دولت‌ها مجوز سلب و محروم کردن افراد از تابعیت را دارند - نیز اجازه سلب تابعیت نمی‌دهد و به‌عنوان مثال حتی اگر یک فرد ایرانی شدیدترین اتهامات جاسوسی را داشته باشد درحالی‌که هیچ‌گونه تعلق به ایران ندارد، نمی‌توان از او سلب تابعیت نمود مگر خود وی درخواست کند یا به تابعیت کشور دیگری درآید و حتی به‌واسطه پناهندگی و مهاجرت نیز نمی‌توان اتباع ایران را از تابعیت ایرانی محروم کرد.

ب. اعمال سیستم خاک برای متولدین بی‌تابیت

همان‌طور که در راهکار پنجم موجود در عرصه بین‌الملل گفته شد، یکی از راهکارهای جلوگیری از بی‌تابیتی، اعمال سیستم خاک برای اطفالی است که در صورت عدم اعطای تابعیت، بی‌تابیت می‌شوند. در حقوق ایران اعمال سیستم خاک به‌نحوی در نظر گرفته شده است که مانعی محکم از ایجاد بی‌تابیتی و راه‌حلی برای آن باشد (غفران‌راد، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۷). برای مثال طبق بند ۳ ماده ۹۷۶ قانون مدنی کسانی که در ایران متولد شوند و مادر و پدرشان نامعلوم باشد، تبعه ایران محسوب می‌شوند. همچنین مطابق بند ۴ همین ماده کسانی که در ایران متولد شده باشند و یکی از مادر و پدرشان نیز در ایران متولد شده باشد هم تبعه ایران محسوب می‌شوند. از دیگر موارد می‌توان به تبصره ۲ ماده واحده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیرایرانی مصوب ۱۳۹۸ اشاره نمود که امکان کسب تابعیت را برای افراد بی‌تابیت به صرف تولد وی یا حداقل یکی از والدینش در ایران، فراهم شده است.

در کنار نمونه‌های فوق‌الذکر، تابعیت طفل طبیعی (نامشروع) است که حسب نظری با اعمال سیستم خاک (فدایی تهرانی، ۱۳۹۴، ص. ۳۸) و حسب نظر دیگر با اعمال سیستم خون امکان‌پذیر است (دانش‌پژوه، ۱۳۸۲، ص. ۷۰) که مانع بی‌تابیتی آن می‌شود.

ج. اعطای تابعیت با وجود شرایط خاص و یا ارتباط مؤثر

درباره اعطای تابعیت با وجود شرایط خاص و یا ارتباط مؤثر که به عنوان راهکار ششم در عرصه بین‌الملل ذکر شد نیز همانند سایر موارد، راهکار و مقرراتی در حقوق ایران وجود دارد که با وجود برخی شرایط خاص یا ارتباط مؤثر، تابعیت اعطا می‌شود. برای مثال طبق نص بند ۱ ماده ۹۷۶ نیز می‌توان به ساکنین ایران که تابعیت خارجی آنها غیرمسلم هست، تابعیت ایرانی اعطا کرد که اعمال این بند با وجود داشتن معایب قابل رفع، بی‌تابعتی را به‌طور کامل از بین می‌برد (غفران‌راد، ۱۳۹۳، صص. ۱۶۳-۱۶۶). همچنین مطابق بند ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی کسی که پدرش تبعه کشور خارجی است و در ایران متولد می‌شود، تحت شرایطی بعد از ۱۸ سالگی ایرانی محسوب می‌شود یا طبق ماده ۹۸۴ همان قانون زن و اولاد صغیر کسب‌کنندگان ذکور تابعیت ایرانی نیز ایرانی محسوب می‌شوند. مورد دیگر امکان بازگشت به تابعیت ایرانی به درخواست زن مطلقه از شوهر خارجی است که در ماده ۹۸۷ منعکس شده است، که همگی موارد فوق مانع وجود بی‌تابعتی به دلیل شرایط خاص یا ارتباط مؤثر است.

د. حذف تبعیض جنسیتی در اعطای تابعیت

یکی از راهکارهای به‌کار گرفته شده در حقوق ایران که به عنوان راهکار هفتم در بخش قبل و حقوق خارجی ذکر شد، حذف تبعیض جنسیتی در اعطای تابعیت است. بارزترین مورد در خصوص حذف تبعیض جنسیتی در اعطای تابعیت در حقوق ایران، ماده واحده تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیرایرانی مصوب ۱۳۹۸ است که طبق آن انتقال تابعیت از طریق زن (مادر) به فرزند ممکن شده است تا بین مرد (پدر) و زن در انتقال تابعیت به فرزند تبعیضی نباشد و بی‌تابعتی در نتیجه عدم انتقال تابعیت از طریق مادر به وجود نیاید. برای مثال پیش از تصویب این قانون در صورتی که سیستم اعطای تابعیت کشور پدر غیرایرانی سیستم خاک بود و طفل متولد از مادر ایرانی در خاک ایران متولد شده بود آنگاه این طفل بی‌تابعتی می‌شد.

شایان ذکر است رویکرد افراطی قانون‌گذار به‌خصوص در عدم توجه به وجود علقه و ایجاد پدیده دو تابعیتی در ماده واحده فوق‌الذکر که بعد از تحولات گسترده‌ای در

حقوق ایران به تصویب رسیده است محل نقد است (قاسمی و بافهم، ۱۳۹۹، صص. ۱۴۵-۱۴۶).

هم عدم از دست دادن تابعیت در صورت کسب تابعیت کشور دیگر

در حقوق ایران مطابق با راهکار دوم ارائه شده در عرصه بین‌الملل، اصولاً از دست دادن خودکار تابعیت وجود ندارد مگر در یک صورت که آن هم مشروط به گرفتن تابعیت کشور دیگر است که از بی‌تابیتی جلوگیری می‌کند و آن مورد ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی است که مطابق ماده ۹۸۷ قانون مدنی تابعیت ایرانی زن در صورتی که تابعیت کشور شوهر به زن تحمیل شود، از دست می‌رود. شایان ذکر است که از دست دادن خودکار تابعیت در اینجا غیر از سلب تابعیت است که به واسطه اقدام مستقیم دولت اتفاق می‌افتد و نیز متفاوت از ترک ارادی تابعیت است.

با وجود اینکه نبود مقرره‌ای برای از دست دادن خودکار تابعیت در حقوق ایران، مانع از بی‌تابیتی است و علی‌الاصول مانع از کسب تابعیت خارجی نمی‌باشد ولی ممکن است در موارد نادری منجر به ایجاد تابعیت مضاعف شود. توضیح آنکه در حقوق بین‌الملل همان‌طور که در ماده ۱۶ کنوانسیون تابعیت اروپا ۱۹۹۷م هم آمده است، کسب تابعیت خارجی در مواردی که ترک تابعیت قبلی ممکن نیست یا منطقاً نیاز نیست یا موجب بی‌تابیتی است، منوط به ترک تابعیت قبلی نیست و این امر در قوانین کشورها به‌عنوان مثال در مورد b بند ۱ ماده ۹ قانون تابعیت هلند، انعکاس یافته است لذا در حالات مذکور در صورت عدم خروج فرد از تابعیت ایرانی، تابعیت مضاعف رخ می‌دهد. اما از سوی دیگر برای جلوگیری از تابعیت مضاعف کشورهای بی‌مخالف تابعیت مضاعف هستند، بعد از کسب تابعیت کشورشان، در مواردی که ترک تابعیت قبلی ممکن است، شرط بقای تابعیت جدید را خروج از تابعیت قبلی عنوان کرده‌اند به‌عنوان نمونه مورد d بند ۱ ماده ۱۵ قانون تابعیت هلند اشاره به این امر دارد. بنابراین با شرط کردن خروج از تابعیت قبلی بعد از کسب تابعیت جدید آن هم منوط به ممکن بودن آن، هم کسب تابعیت جدید ممکن شده و هم حتی‌الامکان از تابعیت مضاعف جلوگیری شده است.

و. موارد استثنایی امکان پذیر بودن ترک ارادی تابعیت در صورت کسب تابعیت کشور دیگر

همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، طبق ماده ۹۸۸ قانون مدنی اصل در حقوق ایران مبنی بر ترک ارادی تابعیت بدون نیاز به کسب تابعیت کشور دیگر است اما در برخی موارد موارد استثنایی در حقوق ایران، همسو با راهکار دوم ارائه شده در حقوق خارجی، ترک تابعیت منوط به ارائه مدارک کسب تابعیت کشور دیگر است تا بی‌تابعیتی رخ ندهد؛ برای مثال می‌توان به ماده ۹۷۷ قانون مدنی اشاره کرد که تبعه ایران مذکور در بندهای ۵ و ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی با وجود شرایط ماده ۹۷۷ باید گواهی پذیرش تابعیت کشور دیگر را برای ترک تابعیت ایران ارائه دهند تا بی‌تابعیتی رخ ندهد. همچنین ترک تابعیت ایران مطابق با ماده ۹۸۴ قانون مدنی توسط زن و اولاد کسانی که به تابعیت ایران درآمده‌اند نیز با وجود شرایط مذکور در ماده منوط به ارائه گواهی پذیرش تابعیت کشور دیگر است.

از مطالب فوق در می‌یابیم در حقوق ایران در بیشتر موارد توجه به اصل منع بی‌تابعیتی وجود دارد و قوانینی همسو با آن وضع شده‌اند و نظام حقوقی ایران در بحث تابعیت اصولاً با مقررات بین‌المللی همسو است.

۲-۳. راهکارهای پیشنهادی در نظام حقوقی ایران در پرتو بررسی خلأهای قانونی

حال که راهکارهای موجود در نظام حقوقی ایران و موارد همسویی با اصل منع بی‌تابعیتی و راهکارهای موجود در عرصه بین‌الملل مشخص شد، خلأهای قانونی و مواردی که حقوق ایران با این اصل در تضاد هست نیز مشخص می‌شود تا جهت رفع آنها راهکارهای مناسب ارائه شود و اقدامات و اصلاحات لازم برای وضع موجود صورت گیرد. بنابراین در ادامه با توجه به تمام آنچه که با پیمودن سیر این مقاله به دست آمد، در راستای حل این چالش حقوقی موجود در جامعه و برای رعایت صحیح اصل منع بی‌تابعیتی و تکمیل راهکارهای اتخاذ شده و همچنین برطرف کردن آثار سوء زیاده روی در اجرای این اصل در حقوق ایران، راهکارهایی در پرتو بررسی خلأهای قانونی و موارد ایجادکننده بی‌تابعیتی در نظام حقوقی ایران ارائه می‌شود که هر راهکار خود دربردارنده توضیح، چند اصلاح و پیشنهاد است.

الف. مشروط کردن ترک تابعیت به کسب تابعیت جدید یا لغو خودکار تابعیت در صورت کسب تابعیت دیگر

در حقوق ایران از دست دادن ارادی تابعیت یا همان ترک ارادی تابعیت، طبق نص ماده ۹۸۸ قانون مدنی که شرایط ترک تابعیت را ذکر کرده است و اصل ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی که گفته شد مقصود از سلب در صورت درخواست فرد همان ترک تابعیت است، نیازی به أخذ و پذیرش تابعیت کشور دیگر ندارد (سلجوقی، ۱۳۷۰، ج ۱، صص. ۱۹۸ و ۲۲۸ و ۲۲۹) و این امر در صورتی که فرد نتواند تابعیت خارجی کسب کند، منجر به ایجاد بی‌تابیتی است و مغایر با اصول منع بی‌تابیتی و لزوم تابعیت است که به‌عنوان یک خلأ قانونی ایجادکننده بی‌تابیتی در نظام حقوقی ایران شناسایی می‌شود. با این توصیف اولین راهکار پیشنهادی جهت جلوگیری از ایجاد بی‌تابیتی در حقوق ایران، مربوط به معضل ترک ارادی تابعیت بدون کسب تابعیت کشور دیگر است و آن اصلاح ماده ۹۸۸ قانون مدنی و اضافه کردن شرط ارائه سندی مبنی بر پذیرش تابعیت کشور دیگر جهت ترک تابعیت ایران است تا فرد در صورت ترک تابعیت، بدون تابعیت نشود. گذاشتن چنین شرطی نه تنها در قوانین سایر کشور همچون بند ۳ از بخش ۱۲ قانون تابعیت بریتانیا ۱۹۸۱م مسبوق به سابقه است بلکه مانع از کسب تابعیت خارجی نیز نمی‌باشد زیرا بیان شد که اصولاً در حقوق بین‌الملل کسب تابعیت جدید منوط به خروج از تابعیت قبلی نیست و کشورها بعد از کسب تابعیت جدید، شرط خروج از تابعیت قبلی را می‌کنند لذا نظام حقوقی ایران باید ترک ارادی تابعیت را منوط به کسب تابعیت جدید و درخواست فرد با ارائه اسناد کند. همچنین حقوق ایران می‌تواند به‌گونه دیگری اصلاح شود و آن اینکه به‌جای آنکه ترک ارادی تابعیت پیش‌بینی شود، از دست دادن خودکار تابعیت ایرانی مشروط به کسب تابعیت جدید پیش‌بینی شود و به صورت خودکار در صورت کسب تابعیت جدید، تابعیت ایرانی لغو شده به حساب آید. این اصلاح، هم کسب تابعیت جدید را آسان می‌کند و هم از تابعیت مضاعف جلوگیری می‌کند. مضافاً برای جلوگیری از مشکلات بعدی نیز امکان رجوع آسان به تابعیت ایرانی در صورت لغو تابعیت جدید نیز پیش‌بینی شود.

ب. پیوستن ایران به کنوانسیون‌های اصلی مربوط به بی‌تابعیتی

کشور ایران به هیچ‌یک از کنوانسیون‌های اصلی مربوط به بی‌تابعیتی یعنی کنوانسیون ۱۹۵۴ و ۱۹۶۱م ملحق نشده است (Achiron & Govil, 2014, pp. 58&60). این امر سبب شده است تا در برخی از خلأها و موارد ایجادکننده بی‌تابعیتی موجود، منبع تکمیلی وجود نداشته باشد. با این وجود شایان ذکر است که ایران در موارد معدودی به برخی کنوانسیون‌های مربوط ملحق شده است؛ برای مثال مطابق قانون کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان و پروتکل آن، ایران به کنوانسیون مربوط به وضع پناهندگان ۱۹۵۱م ملحق شده است که در ماده ۳۴ آن اشاره به بی‌تابعیتی می‌شود و همچنین طبق قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات جنایت آپارتاید، ایران به این کنوانسیون نیز ملحق شده است که یکی از آثار ممنوعیت مجازات آپارتاید، عدم سلب تابعیت به واسطه تبعیض نژادی است.

پیوستن به کنوانسیون‌های اصلی و مربوط به بی‌تابعیتی به‌عنوان راهکار پیشنهادی، هم در جهت رفع خلأهای موجود و حل معضل بی‌تابعیتی است و هم در جهت برطرف کردن آثار سوء زیاده‌روی در اجرای اصل منع بی‌تابعیتی است با این هدف که هم راه برای جلوگیری از بی‌تابعیتی بیش از پیش فراهم شود و خلأهای قانونی پر شود و هم امکان اعمال سلب تابعیت به‌عنوان مجازات در موارد مجاز نیز فراهم شود زیرا فقدان سلب تابعیت به‌عنوان مجازات در موارد مجاز و استثنای اصل منع بی‌تابعیتی امری ضروری و یک خلأ قانونی در حقوق ایران است که تأمین مصالح عالی‌تر را ناممکن می‌سازد و همان‌طور که بیان شد اکثر کشورها در این زمینه مقرراتی دارند. شایان ذکر است در این خصوص در بدو امر اصلاح قوانین داخلی جهت برگرداندن سلب تابعیت به قوانین در موارد مجاز و استثنای اصل لزوم تابعیت از جمله تهدید علیه امنیت عمومی و نقض وظیفه وفاداری، امری لازم است لکن پیوستن به کنوانسیون‌ها در مرحله بعد به‌عنوان منابع تکمیلی توصیه می‌شود.

ج. تقویت سیستم ثبت احوال و برداشتن موانع قانونی کسب تابعیت

به‌طورکلی هر چند در ایران تلاش‌ها و اقدامات قانونی و حمایتی خوبی در زمینه بی‌تابعیتی به‌خصوص در استان سیستان و بلوچستان صورت گرفته است و به‌عنوان

مثال در روند صدور شناسنامه برای درخواست‌های موجود تسریع و یا کارت شناسایی موقت برای پناهندگان صادر شده است تا دسترسی آنها به خدمات تضمین شود اما حسب گزارش سالانه کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد در سال ۲۰۱۸م^{۳۳} در خصوص وضعیت حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران که به نقل از مقامات و سایت‌های رسمی کشور است، با وجود اینکه آمار رسمی از تعداد شهروندان بلوچ بدون مدرک تابعیت وجود ندارد اما داده‌های رسمی موجود نشان می‌دهد که این رقم بیش از ۲۰۰۰۰ نفر است زیرا فقط حدود ۲۰ هزار کودک بی‌تابعیت در سیستان و بلوچستان وجود دارد که با استفاده از کارت ویژه کودکان در مدارس ثبت‌نام کرده‌اند اما تعداد افراد بی‌تابعیت در سیستان بیش از این مقدار است زیرا رقم مذکور شامل بزرگسالان یا کودکان بدون این کارت نمی‌شود.

عمده دلیل بی‌تابیتی و عدم صدور شناسنامه در این استان ناشی از عدم اقدام مقتضی برای دریافت شناسنامه در موعد مقرر، ضعف سیستم ثبت احوال و فقدان مدارک لازم برای دریافت شناسنامه یا عدم دسترسی به آن است. هر چند حفظ نظم عمومی ایجاب می‌کند که برای کسب تابعیت و صدور شناسنامه، مدارک کافی در دسترس باشد اما راه‌هایی وجود دارد که در این موارد تا حدی از سختگیری کاسته شود.

راهکار پیشنهادی به‌طور خلاصه تقویت سیستم ثبت احوال برای ثبت تولد کودکان و برداشتن موانع قانونی کسب تابعیت برای بزرگسالان است. توضیح آنکه یکی از راهکارها برای جلوگیری از عدم ثبت تولد کودکان، هماهنگی بین سیستم ثبت احوال با بیمارستان‌ها است تا به محض تولد، احوال کودک ثبت شود و گرفتن شناسنامه در مراحل بعدی منوط به مراجعه حضوری و ارائه سایر مدارک باشد. اما برای حل مشکل بی‌تابیتی بزرگسالان، در صورت فقدان مدارک لازم برای دریافت شناسنامه یا عدم دسترسی به آن، باید دلایل اثبات‌کننده رابطه فرد با ایران گسترده‌تر شود و محدود به مدارک منحصر به فردی نباشد به‌خصوص زمانی که اثبات ایرانی‌بودن به‌وسیله ادله دیگری از جمله شهادت مقامات یا ساکنین آن محل میسر است یا حداقل به‌صورت موردی برای مناطق خاصی همچون سیستان و بلوچستان، قوانین تسهیل‌کننده کسب تابعیت به تصویب برسد.

د. ایجاد چارچوب صریح قانونی در پذیرش و رد درخواست تابعیت

همان‌گونه که پیش از این ذکر شد، فقدان چارچوب صریح قانونی و به وجود آمدن امکان اعمال تبعیض آمیز و سلیقه‌ای قانون، از علل بی‌تابعیتی در کشورها است اما از این امر در غالب کشورها با ارائه چارچوبی مشخص برای کسب و سلب تابعیت تا حدودی جلوگیری شده است. در حقوق ایران فقدان چارچوب مشخص و صریح قانونی در پذیرش و رد درخواست تابعیت سبب شده است رد درخواست تابعیت بر اساس تبعیض با وجود داشتن تمامی شرایط قانونی امکان‌پذیر باشد و در اکثر موارد به واسطه منوط بودن تمام تصمیمات به نظر هیئت وزیران همچون ماده ۹۸۳ قانون مدنی و ماده ۳ نظام‌نامه قانون تابعیت ایران مصوب ۱۳۱۴، رد درخواست به راحتی در حقوق ایران امکان‌پذیر است و این امر به وضوح مخالف اقدام چهارم برنامه اقدام جهانی برای پایان دادن به مسئله بی‌تابعیتی ۲۰۱۴-۲۰۲۴م است که باید در حقوق ایران شرایطی فراهم شود که در صورت وجود تمامی شرایط قانونی، امکان اعمال سلیقه‌ای در کسب یا رد و سلب تابعیت فراهم نباشد.

با این توصیف راهکار پیشنهادی این است که قوانینی با بیان صریح شرایط، جهت ایجاد چارچوبی برای پذیرش درخواست تابعیت در صورت وجود تمامی شرایط تصویب شود تا از ایجاد تبعیض در رد و پذیرش درخواست تابعیت جلوگیری شود که منجر به ایجاد و بقای بی‌تابعیتی نشود. مشخصاً تدوین قانونی جداگانه همچون کشورهای دیگر با عنوان قانون تابعیت ایران می‌تواند زمینه‌ساز ارائه چارچوبی مشخص و حل مشکلات دیگر باشد.

نتیجه‌گیری

بی‌تابعیتی امری مذموم در حقوق بین‌الملل است که آثار متعدد مخربی از جمله محرومیت از حقوق ابتدایی دارد که اهمیت آن از دقت در آثار آن قابل درک است. بی‌تابعیتی دارای علل مختلفی است و هر چند اصولاً باید از آن جلوگیری کرد اما در برخی موارد به دلیل مصالح عالی‌تری مجاز شمرده شده است. اصل لزوم تابعیت و منع بی‌تابعیتی از اصول مهم حقوق بین‌الملل است که در اسناد بین‌المللی ظهور دارد و از بی‌تابعیتی جلوگیری می‌کند. با عنایت به مطالب بیان شده از جمله علل بی‌تابعیتی، برای

پایه‌سازی این اصل و جلوگیری از بی‌تابعیتی، راهکارهای مؤثر و متفاوتی در حقوق بین‌الملل وجود دارد و از آنجاکه کشورمان از گزند مشکل بی‌تابعیتی در امان نمانده است باید حقوق ایران را در زمینه به‌کار بستن این راهکارها و رعایت اصل منع بی‌تابعیتی مورد ارزیابی قرار داد تا بتوان راهکارهایی برای جلوگیری و حل این مشکل در حقوق ایران ارائه داد. با توجه به یافته‌های به‌دست‌آمده این اصل در قوانین ایران غیر از چند مورد اصولاً رعایت شده است اما برای تحقق کامل و صحیح آن و جلوگیری از موارد غیرمجاز بی‌تابعیتی راهکارهایی وجود دارد که به‌کار بستن آنها به نظام قانون‌گذاری کشور پیشنهاد می‌شود. از جمله این راهکارها مشروط کردن ترک تابعیت به کسب تابعیت جدید، تقویت سیستم ثبت احوال و برداشتن موانع قانونی کسب تابعیت در موارد خاص، پیوستن به کنوانسیون‌های اصلی در بحث تابعیت، اضافه کردن موارد مجاز سلب تابعیت به قوانین و تدوین قانونی مجزا و مشخص‌کننده چارچوب دقیق کسب و سلب تابعیت است.

یادداشت‌ها

1. United Nations High Commissioner for Refugees.
2. The Global Action Plan to End Statelessness 2014-2024. (Available at: www.unhcr.org/54621bf49.html)
3. The principle of prevention of statelessness.
4. Apatride.
5. The Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws 1930. (Available at: www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html)
6. The Hague Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness 1930. Available at: www.refworld.org/docid/3ae6b39520.html.
7. "The undersigned Plenipotentiaries, on behalf of their respective Governments, With a view to preventing statelessness arising in certain circumstances, Have agreed as follows".
8. The Hague Special Protocol Concerning Statelessness 1930. (Available at: www.refworld.org/docid/3ae6b36f1f.html)
9. The Universal Declaration of Human Rights 1948. (Available at: www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights)
10. "Everyone has the right to a nationality"
11. The Convention relating to the Status of Stateless Persons 1954. (Available at: www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf)

12. The Convention on the Reduction of Statelessness 1961. (Available at: www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf.)
13. The European Convention on Nationality 1997. (Available at: rm.coe.int/168007f2c8)
14. The International Covenant on Civil and Political Rights 1966. (Available at: www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx)
15. The Convention on the Rights of the Child 1989. (Available at: www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx.)
16. The Convention Relating to the Status of Refugees 1951. (Available at: www.unhcr.org/4ca34be29.pdf)
17. "The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings".
18. Council of Europe Convention on the Avoidance of Statelessness in relation to State Succession 2006. (Available at: rm.coe.int/1680083747.)
19. De jure statelessness.
20. De facto statelessness.
21. The Nationality Law of the People's Republic of China 1980 Article 10 and 11. (Available at: <https://www.mfa.gov.cn/ce/ceus/eng/ywzn/lsyw/vpna/faq/t710012.htm>)
22. The Citizenship Act of India 1955 Article 10. (Available at: https://www.tiss.edu/uploads/files/Citizenship_Act_1955.pdf)
23. Protocol to the Treaty between the Czechoslovak Republic and the Union of Soviet Socialist Republics concerning the Transcarpathian Ukraine 1945. (Available at: <http://www.forost.ungarisches-institut.de/pdf/19450629-1.pdf>)
۲۴. رومایی‌ها یا مردم کولی یا رومنی، اعضای جامعه روما و مردمی هندوآریایی هستند که به صورت کوچ‌نشین و دوره‌گرد در سراسر اروپا و خاورمیانه یافت می‌شوند که با مشکلات زیادی از جمله بی‌تابعیتی درگیر هستند. (برای اطلاعات بیشتر مشاهده شود:
https://www.coe.int/en/web/commissioner/blog/-/asset_publisher/xZ32OPEoxOkq/content/stateless-roma-no-documents-no-rights?)
25. The Citizenship Act of Slovenia 1999 Article 22. (Available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b59118.html>)
26. The Netherlands Nationality Act 1984 Article 9. (Available at: https://www.legislationline.org/download/id/5937/file/Netherlands%20Nationality%20Act_2010_en.pdf)
27. The British Nationality Act 1981 Section 40. (Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61#commentary-c19261771>)
28. The Nationality Law of Algeria 1970 Article 22. (Available at: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5b8fa1ba4>)
29. The Citizenship Act of Canada 1985 Article 10. (Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-29/page-3.html#h-81902>)

30. "Ensure that no child is born stateless".
31. Resolution 55/153 on Nationality of natural persons in relation to the succession of States, adopted 30 January, 2001 (A/RES/55/153). (Available at: www.refworld.org/docid/4ae9accb8.html)
32. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979. (Available at: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>.)
۳۲. متن ماده ۹۸۱ سابق قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳/۱۱/۲۷ بدین شرح است: «اگر در ظرف مدت پنج سال از تاریخ صدور سند تابعیت معلوم شود شخصی که به تبعیت ایران قبول شده فراری از خدمت نظام بوده و همچنین هر گاه قبل از انقضای مدتی که مطابق قوانین ایران نسبت به جرم یا مجازات مرور زمان حاصل می‌شود معلوم شود شخصی که به تبعیت قبول شده محکوم به جنحه مهم یا جنایت عمومی است هیئت وزراء حکم خروج او را از تابعیت ایران صادر خواهد کرد. تبصره - اتباع خارجه که به تابعیت ایران قبول می‌شوند در صورتی که در ممالک خارجه متوقف باشند و مرتکب عملیات ذیل شوند علاوه بر اجرای مجازات‌های مقرر، با اجازه هیئت وزراء تابعیت ایران از آنها سلب خواهد شد: الف) کسانی که مرتکب عملیاتی بر ضد امنیت داخلی و خارجی مملکت ایران شوند و مخالفت و ضدیت با اساس حکومت ملی و آزادی بنمایند. ب) کسانی که خدمت نظام وظیفه را به طوری که قانون ایران مقرر می‌دارد ایفا ننمایند».
33. Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2018. (Available at: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session37/Documents/A_HRC_37_24.docx)

کتابنامه

- آل کجباف، حسین (۱۳۹۰). *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (۱)*. تهران: جنگل.
- ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۳). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: سمت.
- ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۸۹). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: بهتاب.
- حسینی، سیده‌لطیفه (۱۳۹۶). *بررسی حقوقی وضعیت تابعیت و بی‌تابعیتی زنان از منظر حقوق بشر*. فصلنامه مطالعات زن و خانواده، ۵(۲)، صص. ۱۰۱-۱۲۸.
- دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۲). *تابعیت طفل طبیعی در نظام حقوقی ایران*. روش‌شناسی علوم انسانی، ۳۶(۳)، صص. ۳۹-۷۵.
- دماوندی، فاطمه (۱۳۹۰). *سلب تابعیت در ایران و اسناد بین‌المللی*. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، دانشکده حقوق، تهران، ایران.
- سلجوقی، محمود (۱۳۷۰). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

- سهرابی، محمد (۱۳۸۵). حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: گنج دانش.
- غفران‌راد، حسین (۱۳۹۳). تحول قواعد تابعیت در نظام بین‌المللی حقوق بشر و مقایسه آن با حقوق ایران. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه قم، دانشکده حقوق، قم، ایران.
- فدایی تهرانی، نسرين (۱۳۹۴). مقایسه تطبیقی وضعیت حقوقی افراد بدون تابعیت در نظام حقوق ایران و افغانستان با تأکید بر اسناد بین‌المللی. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه پیام نور مرکز تهران جنوب، دانشکده علوم انسانی گروه حقوق بین‌الملل، تهران، ایران.
- فدوی، سلیمان (۱۳۸۲). بررسی وضعیت تابعیت در حقوق ایران ۲. نشریه کانون، آبان و آذر، (۴۶)، صص. ۸۵-۱۰۶.
- قاسمی، غلامعلی (۱۳۹۷). بررسی سلب تابعیت اتباع بحرین در پرتو حقوق بین‌الملل بشر. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، (۳)۴۹، صص. ۹۴۱-۹۵۹.
- قاسمی، غلامعلی و بافهم، محمد (۱۳۹۹). نقد و بررسی تحولات قانون ایران در خصوص تابعیت افراد متولد از مادران ایرانی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، (۱) ۵۰، صص. ۱۳۳-۱۵۱.
- موسی‌زاده، رضا و دارابی‌راد، سپیده (۱۳۹۸). بررسی تطبیقی سلب تابعیت به‌عنوان مجازات عاملان ارتکاب تروریسم در برخی کشورهای اروپایی و حقوق بین‌الملل. دو فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، (۲)۱۰، صص. ۷۴۳-۷۶۱.
- نصیری، محمد (۱۳۹۰). حقوق بین‌الملل خصوصی. تهران: نشر آگه.

- Achiron, Marliyn and updated by Radha Govil (2014). *Nationality and Statelessness: Handbook for Parliamentarians N° 22*. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). [Available at: <https://www.refworld.org/docid/53d0a0974.html>.]
- Bauböck, Rainer and Paskalev, Vesco (2015). Citizenship Deprivation: A Normative Analysis. *CEPS Liberty and Security in Europe*, (82), pp. 1-37. [Available at: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2015/03/LSE82_CitizenshipDeprivation.pdf.]
- Coventry Peace House (2008). *Statelessness: The Quiet Torture of Belonging Nowhere*. UK: Coventry Peace House. [Available at: <https://ir1.lib.org/dl/852175/0ee522>.]
- Dumbrava, Costica (2014). *Nationality, Citizenship and Ethno-Cultural Belonging*. UK: Palgrave Macmillan. [Available at: <http://library.lol/main/CC4169475B307C227D9B3FF0E2FC9CD1>.]
- Edwards, Alice and Van Waas, Laura (2014). *Nationality and Statelessness under International Law*. UK: Cambridge University Press. [Available at: <http://library.lol/main/41BB19C21CF2E0BDE0AA03320C9A43BE>.]

- Institute on Statelessness and Inclusion (2014). *The World's Stateless*. The Netherlands: Wolf Legal Publishers. [Available at: <https://files.institutesi.org/worldsstateless.pdf>.]
- Institute on Statelessness and Inclusion (2020). *The World's Stateless: Deprivation of Nationality*. UK: UNICORN Publishing Group. [Available at: <https://files.institutesi.org/WORLD's STATELESS 2020.pdf>.]
- Jansen, Stefanie and Van Waas, Laura, (2014), *Preventing Childhood Statelessness in Europe: Issues, Gaps and Good Practices*, UK: European Network on Statelessness. [Available at: <https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/54c255034.pdf>.]
- Lawrance, Benjamin Nicholas and Stevens, Jacqueline [editors] (2017). *Citizenship in question: evidentiary birthright and statelessness*. USA: Duke University Press. [Available at: <http://library.lol/main/E1FC1BD963984B0B5D4D244C831FC447>.]
- Molnár, Tamás (2014). Remembering The Forgotten: International legal regime protecting the stateless persons-stocktaking and new tendencies. *US-China Law Review journal*, Volume 11: 822, pp. 822-848. [Available at: <http://www.davidpublisher.org/Article/index?id=18406.html>.]
- Molnár, Tamás (2015). The prohibition of arbitrary deprivation of nationality under international law and EU law: new perspectives. In *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014*, published at 8 May 2015, p. 67-92. [Available at: <http://real.mtak.hu/29148/>.]
- P.Roche, John (1950), The Loss of American Nationality. The Development of Statutory Expatriation. *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 99, no 1, p. 25-71. [Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8181&context=penn_law_review.]
- Report of UNICEF (2019). *Birth Registration for Every Child by 2030: Are we on track?*. UNICEF. [Available at: <https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2019/12/Birth-registration-for-every-child-by-2030-brochure-English.pdf>.]
- Siddika, Bilkis Afroza (2019). Impact of Statelessness: Are We Ready to Face?. *Open Journal of Social Sciences*, volume 7, no 12, pp. 1-11. [Available at: <http://www.oalib.com/paper/5425227>.]
- Southwich, Katherine and Lynch, M (2009). *Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness*. USA: Refugees International. [Available at: <https://www.refworld.org/docid/49be193f2.html>]
- Tang, Lay Lee (2005). *Statelessness, Human Rights and Gender: Irregular migrant workers from Burma in Thailand*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. [Available at: <http://library.lol/main/DE6DF747C1AD93BB27D1DC127685AD59>.]
- Van Waas, Laura (2008). *Nationality matters: Statelessness under international law*. The Netherlands: Intersentia. [Available at: https://www.researchgate.net/publication/254797325_Nationality_matters_Statelessness_under_international_law.]

مسئولیت مدنی اشخاص مشهور در تأیید کالاها و خدمات

عباس میرشکاری*

نفیسه ملکی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

امروزه تبلیغ کالاها و خدمات در رسانه‌ها توسط اشخاص مشهور به یکی از تأثیرگذارترین روش‌های تبلیغاتی تبدیل شده که به‌ویژه عرضه‌کنندگان بزرگ از آن برای ترغیب مخاطبین به خرید استفاده می‌کنند و از این طریق فروش و عرضه خود را افزایش می‌دهند. از این طریق، شخص مشهور نیز در ازای استفاده عرضه‌کننده از شهرت و فعالیت تبلیغاتی‌اش، مابه‌ازای مالی دریافت می‌کند. همچنین او می‌تواند مانع استفاده بدون اجازه دیگران از نشانه‌های هویتی خود مانند تصویر، نام و غیره شود. از این دو اختیار شخص مشهور، می‌توان با عنوان حق جلوت یاد کرد. حال اگر در اثر استفاده مصرف‌کننده از آنچه شخص مشهور با به‌کارگیری حق جلوت خود در تبلیغ آن شرکت کرده، خسارتی به او وارد شود، آیا او نیز علاوه بر تولیدکننده به دلیل حضور در تبلیغ و ترغیب مخاطبین به خرید مسئولیت دارد؟ پژوهش پیش‌رو در پی اثبات این فرضیه است که در حقوق ایران با پذیرش کلی امکان مسئولیت شخص مشهور بر اساس قواعد مسئولیت مدنی، به‌ویژه قاعده غرور، در مواردی که شخص مشهور در جهت تأیید کالا یا خدمتی فعالیت تبلیغاتی انجام می‌دهد، باید او را در برابر مصرف‌کننده مسئول دانست، مشروط بر اینکه در نگاه عرف، اعتماد مصرف‌کننده به اظهار شخص مشهور، قابل قبول باشد.

واژگان کلیدی: شخص مشهور، حق جلوت، تأیید کالا و خدمت، ظاهر قابل اعتماد، مسئولیت مدنی.

* استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Nafiseh.maleki@ut.ac.ir



مقدمه

از هنگامی که رسانه‌های ارتباط جمعی شکل گرفته و گسترش یافته‌اند، فعالیت اشخاص مشهور در این رسانه‌ها و آگهی‌های تجاری تبلیغی، به یکی از عوامل مهمی تبدیل شده که تولیدکنندگان کالاها و خدمات، از آن برای جذب مصرف‌کنندگان استفاده می‌کنند. این نکته نه تنها با نگاهی اجمالی به وضعیت فعالیت اشخاص مشهور در این رسانه‌ها و مشاهده میزان اقبال و توجه عامه مردم، واضح است بلکه علاوه بر آن برخی تحقیقات تجربی نیز مثبت این مسئله هستند که شخصیت‌های برجسته با در اختیار قراردادن تصویر، اعتبار، شهرت و نام تجاری خود به‌عنوان تأیید یا تضمین یک کالا، موجب ترغیب مخاطبان و درنهایت، تصمیم آنها به خرید می‌شوند (محمودی میمند و خسروآبادی، ۱۳۹۶، صص. ۵۹-۷۴). در این وضعیت، به لحاظ حقوقی فعالیت اشخاص برجسته را در تبلیغ کالاها می‌توان از دو منظر بررسی کرد:

نخستین وجه در بررسی حقوقی این فعالیت‌ها، در نظر گرفتن امکان استفاده از نام، صدا، تصویر و سایر نشانه‌های هویتی شخص مشهور به‌عنوان یک «حق» برای خود اوست. شناسایی چنین حقی برای شخص مشهور به این معنا خواهد بود که او می‌تواند از نشانه‌های هویتی خویش مانند صدا، تصویر، نام و دیگر ویژگی‌های شخصیتی‌اش آن‌گونه که می‌خواهد، استفاده تجاری کرده و از بهره‌برداری بدون اجازه دیگران از این نشانه‌ها جلوگیری کند. در ادبیات حقوقی موجود، این موضوع با عنوان «حق شهرت» یا «حق جلوت» مورد بررسی قرار گرفته است (ر.ک. قبولی درافشان و خوانساری، ۱۳۹۷، صص. ۱۳۳-۱۵۱؛ محمدی؛ صالحی مازندرانی و زاهدی، ۱۳۹۶، صص. ۱۸۶-۲۱۴؛ میرشکاری، ۱۳۹۸، صص. ۵۲۳-۵۴۲؛ ۱۳۹۹، صص. ۳۳۹-۳۶۱).

مسئله دوم در بررسی حقوقی فعالیت‌های افراد مشهور این است که اگر استفاده از نشانه‌های هویتی را به‌مثابه یک حق برای شخص مشهور در نظر گرفتیم و او از این حق برای تبلیغ کالا یا خدمتی استفاده کرد، آیا می‌توانیم در صورت وارد شدن خسارت ناشی از آن کالا یا خدمت بر مصرف‌کننده، بر شخص مشهور نیز مسئولیتی بار کنیم؟ این مسئله برخلاف مسئله پیشین نه در رابطه میان «تولیدکننده» از یک طرف و «شخص مشهور» از طرف دیگر، بلکه در رابطه میان «شخص مشهور» و کسی مطرح می‌شود که «از کالا یا خدمتی که شخص مشهور آن را تبلیغ کرده، استفاده کرده و از این طریق

خسارتی را متحمل شده است». در نگاه اول، ممکن است چنین به نظر برسد که حق بودن جلوت با مسئولیت دارنده شهرت مغایرت داشته باشد؛ او از حق خود برای تبلیغ کالا یا خدمت استفاده کرده و دلیلی ندارد که او را مسئول بدانیم. به علاوه، مصرف‌کننده، خود باید زیرک باشد و با شناسایی دقیق کیفیت کالای خویش، از خسارت‌زا نبودن آن اطمینان حاصل کند. در فرضی هم که با وجود بررسی مصرف‌کننده، آسیبی به او وارد می‌شود، مسئولیت در درجه نخست با تولیدکننده است نه شخص مشهور که هیچ‌گونه فعالیتی در چرخه تولید کالا یا ارائه خدمت نداشته است. اما همان‌طور که در ادامه مقاله خواهیم دید، از منظر دیگری می‌توان مسئولیت این اشخاص را بررسی کرد. در نظام حقوقی ما هر حقی محدود به سوءاستفاده نکردن از آن است و وقتی شخص مشهور حق داشته باشد از شهرت خود استفاده تجاری کند، به تلازم آن این تکلیف را نیز دارد که دیگران را فریب ندهد. از سوی دیگر، اتفاقاً اینکه شخص مشهور را مسئول خسارت مصرف‌کننده بدانیم، نتیجه منطقی حقی است که برای او قائل شده‌ایم. چراکه اگر برای اشخاص مشهور حقی در استفاده تجاری از ویژگی‌های هویتی‌شان شناسیم، نتیجه‌اش این خواهد شد که هر کس می‌تواند بدون اجازه شخص مشهور از نام و شهرت او برای تبلیغ کالا یا خدمت مورد عرضه خود استفاده کند؛ در نتیجه استفاده از ویژگی‌های هویتی شخص مشهور بر کالاها و خدمات مختلف، چه توسط خود او و چه توسط دیگران، نمی‌تواند نشان‌دهنده تأیید آن کالا یا خدمت توسط شخص مشهور باشد و ارتباط شخص مشهور با کاربرد تجاری ویژگی‌های هویتی‌اش منقطع می‌شود. در نتیجه بحث از مسئولیت شخص مشهور نیز منتفی است. بدین‌سان شاید در وهله نخست چنین به نظر برسد که هدف از شناسایی حق جلوت، حمایت از شخص مشهور است اما کاربرد دیگر این حق، حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر شخص مشهور است؛ به این ترتیب که اگر حق جلوت را برای شخص مشهور در نظر بگیریم، فقط او می‌تواند بر کاربرد تجاری شهرتش کنترل داشته باشد و اگر در نتیجه استفاده نادرست از شهرت، خسارتی به مصرف‌کننده وارد شد، شخص مشهور مستقیماً در برابر مصرف‌کننده مسئولیت دارد.

برای تنقیح موضوع اصلی بحث، توجه به این نکته لازم است که مسئله مسئولیت

اشخاص مشهور در تبلیغ کالاها و خدمات متفاوت با موضوعی است که تحت عنوان «مسئولیت ناشی از تبلیغات خلاف واقع» در ادبیات حقوقی ما و دیگر نظام‌های حقوقی مطرح شده است. در واقع، در موضوع مسئولیت ناشی از تبلیغات خلاف واقع، مسئولیت «تولیدکننده» و «فروشنده» در عملیات تبلیغی مدنظر قرار می‌گیرد (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶، ص. ۳۴). در برخی آثار نیز، گاه به‌طور مختصر مسئولیت محدود رسانه‌های سازنده و پخش‌کننده تبلیغات مورد بررسی قرار گرفته (عادل و شمس‌الهی، ۱۳۹۵، ص. ۵۸۸)، اما از آنجاکه در این آثار، به امکان مسئول دانستن اشخاص مشهور که کالایی را تبلیغ می‌کنند پرداخته نشده است، به‌نظر می‌رسد موضوع درخور توجه باشد. بدین ترتیب، در مقاله پیش‌رو، به مسئولیت تولیدکننده یا رسانه‌های پخش‌کننده آگهی پرداخته نمی‌شود بلکه تنها مسئولیت شخصی بررسی می‌شود که در فرایند تأیید کالا نقش داشته است.

در حقوق خارجی ناظر بر همین موضوع برای بیان تبلیغی که اشخاص مشهور نسبت به کالایی انجام می‌دهند نه از واژه تبلیغ^۱ بلکه از واژه‌ای معادل تأیید یا اعلام حمایت^۲ استفاده می‌شود. بنابراین در حقوق خارجی نیز «مسئولیت ناشی از تبلیغات خلاف واقع^۳»، مسئله‌ای متفاوت با «مسئولیت ناشی از تأیید کالا^۴» است که توسط اشخاص مشهور انجام می‌شود.^۵ در تبلیغات خلاف واقع، مسئولیت تولیدکننده ناشی از فعالیت تبلیغاتی که به آن مبادرت کرده مطرح است (Handler, 1929, pp. 22-51)، حال آنکه در مسئولیت ناشی از تأیید کالا، اولاً. مسئولیت شخص مشهوری محل بحث است که مصرف‌کننده با اعتماد به تأیید او، کالا را خریداری و از آن استفاده کرده است (Aicher, 2001, pp. 373-374). ثانیاً. بخش مهمی از مباحث مربوط به مسئولیت ناشی از تبلیغات خلاف واقع مربوط به ضمانت اجرای قراردادی و مسئولیت قراردادی است؛ به این معنا که برای مثال اگر تبلیغات خلاف واقع موجب اشتباه در موضوع معامله گردد یا شرایط تحقق خیار تدلیس فراهم شود، حسب مورد، ضمانت اجرای قراردادی متناسب توسط مصرف‌کننده قابل اعمال خواهد بود اما در مسئولیت اشخاص مشهور، اساساً رابطه قراردادی میان شخص مشهور و مصرف‌کننده وجود ندارد و تنها از دریچه مسئولیت مدنی (قهری) می‌توان موضوع را بررسی کرد.

به این ترتیب پرسش اصلی این پژوهش این است که آیا شخص مشهور در برابر

اجازه‌ای که به دیگری برای استفاده از نشانه‌های هویتی خود داده و بدین منظور، منفعتی تحصیل کرده، مسئولیت دارد یا خیر. برای پاسخ به این پرسش ابتدا نگاهی بر حق جلوت و مبانی آن خواهیم انداخت. سپس پاسخ منفی به آن (عدم مسئولیت شخص مشهور) و دلایل قابل ارائه برای آن و همچنین پاسخ مثبت (امکان مسئولیت شخص مشهور) به پرسش فوق که فرضیه اصلی این پژوهش است و دلایل قابل ارائه برای آن را نیز بررسی می‌کنیم. در این میان به نظر می‌رسد قاعده غرور می‌تواند به عنوان قاعده‌ای مناسب برای برقراری مسئولیت مدنی شخص مشهور به کار آید. در بند پایانی نیز نحوه تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان (عرضه‌کننده و شخص مشهور) مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. حق جلوت

هر شخص لااقل در مقاطعی ترجیح می‌دهد از دیگران فاصله بگیرد و به خلوت پناه ببرد. قوانین و مقررات و آثار نگاشته شده راجع به حریم خصوصی تلاش می‌کنند تا حد مقدور از این امکان برای اشخاص هم در برابر دیگران و هم در برابر دولت‌ها حمایت کنند (=حق خلوت^۱). به لحاظ پیشینه طرح موضوع، به نظر می‌رسد بیش از هر نظام حقوقی دیگر مباحث مربوط به این دو حق در نظام حقوقی آمریکا مطرح شده و قوام یافته است. در ارتباط با حق خلوت، برخی دادگاه‌های آمریکایی بر این باور بودند که اساساً اشخاص مشهور، حق حریم خصوصی خود را لااقل در مواقعی که در اجتماع حضور دارند اسقاط کرده‌اند^۲. همچنین موضوع استفاده از شهرت اشخاص مشهور اساساً به معنای حق شخص برای عرضه شهرت و جلوه‌گری اوست و مفهومی به کلی متفاوت با حق او برای خلوت‌گزینی است که در آن به ارزش اقتصادی به‌کارگیری شهرت افراد توجهی نمی‌شود. این تفاوت‌ها در نهایت موجب شد حق جلوت به عنوان یک حق ابداعی مستقل در حقوق آمریکا مورد شناسایی قرار گیرد (Grodin, 1953, p.1127). به این ترتیب حق جلوت به این معناست که شخص حق دارد از نشانه‌های هویتی خود (صدا، تصویر، امضا، نام و غیره) آن‌گونه که می‌خواهد بهره‌برداری تجاری کند؛ به نحوی که هم بتواند از ارزش اقتصادی آن استفاده کند و در برابر دریافت عوض مناسب، این حق را به دیگری منتقل کند (کاربرد مثبت اعمال حق جلوت) و هم بتواند

از بهره‌برداری بدون اجازه دیگران از نشانه‌های هویتی خود جلوگیری کند (کاربرد منفی اعمال حق جلوت) (میرشکاری، ۱۳۹۸، ص ۵۲۵).

در ارتباط با مبنای حقوقی حمایت از حق جلوت، نظریات مختلفی ارائه شده است که آخذ هر یک از آنها بر دایره شمول این حق تأثیرگذار است (Sheff, 2019, p.333). در حقوق آمریکا به نظر می‌رسد همچنان گفتگو و نقد درباره مبنای توجیه این حق میان حقوق‌دانان جریان دارد (Zimmerman, 1998, p.35-48) و برخی با نقد همه مبنای ارائه شده از ضرورت نظریه‌پردازی کامل‌تری صحبت می‌کنند (Sheff, 2019, p.336). به‌طور کلی می‌توان نظریات مختلف درباره مبنای حق جلوت را به دو گروه تقسیم کرد. گروهی بر حق جلوت به‌عنوان یک حق طبیعی و اخلاقی برای شخص مشهور تأکید دارند که به دکتترین حقوق طبیعی در توجیه حق جلوت معروف شده‌اند. نظریه کار، نظریه داراشدن بلاجهت و نظریه حمایت از حق جلوت بر مبنای حقوق شخصیت در این دسته قرار دارند. در دسته‌ای دیگر نظریات مطرح شده، بیشتر ابعاد اقتصادی این حق را در نظر می‌گیرند (برای مطالعه تفصیلی درباره مبنای شش‌گانه حق جلوت ر.ک: میرشکاری، ۱۳۹۸، صص. ۳۳۹-۳۶۱). نظریه حمایت از حقوق مصرف‌کننده، نظریه بهره‌وری اختصاصی و نظریه فایده‌گرایانه (=نظریه انگیزه) در گروه اخیر قرار دارند (Helling, 2005, p.18).

در نظام حقوقی ایران، هر چند تاکنون قانون‌گذار توجهی مستقیم به حق جلوت نکرده، اما با در نظر گرفتن مبنای ارائه‌شده برای این حق که در حقوق ایران نیز یافت می‌شود (مبنای کار، مبنای حمایت از حقوق مصرف‌کننده، مبنای استفاده بلاجهت و غیره)، می‌توان از برخی قوانین موجود تفاسیری مرتبط با این حق ارائه داد و با جمع آنها تصویری کلی از این حق را در نظام حقوقی ایران شناسایی کرد. از جمله، مطابق ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد را مسئول جبران دانسته است. ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نیز تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده شود را ممنوع دانسته و مطابق ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی همین قانون نیز استفاده از اسامی، عناوین و نشان افراد و مؤسساتی که دارای شهرت هستند به‌نحوی که مصرف‌کننده را فریب دهد از جمله

مصادیق تبلیغات خلاف واقع محسوب می‌شود. البته در موضوع تبلیغات خلاف واقع، مسئولیت تولیدکننده مطرح است و این مواد نمی‌توانند وجود حقی برای اشخاص مشهور را اثبات کنند. اما انتشارات خلاف واقع مقرر در ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی، خود شخص که برخلاف واقع از او برای تبلیغ کالا استفاده شده را موضوع قرار داده و از آن می‌توان در جهت اثبات حق برای خود شخص مشهور استفاده کرد. با این وجود مطابق ماده ۸ باید ورود خسارت به شهرت شخص ثابت شود درحالی‌که حق جلوت، مانع استفاده تجاری بدون اجازه از شهرت شخص به‌نحو مطلق است و حتی اگر آسیبی به حیثیت و شهرت شخص وارد نشود، او باز هم به استناد این حق، می‌تواند مانع استفاده دیگران از شهرتش شود. همچنین به‌نظر می‌رسد در حقوق ایران حقوق‌دانان بر این موضوع اتفاق نظر دارند که اگر در جامعه چیزی ارزش اقتصادی و قابلیت اختصاص داشته باشد و عرف حاضر باشد در ازای آن مبلغی پرداخت کند، ناگزیر باید آن را مال تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۱۰؛ امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲). بر این اساس عرف تجاری امروزه از شهرت اشخاص بهره‌برداری تجاری می‌کند و حاضر است در قراردادهای سفارش تبلیغ، به اشخاص مشهور مبالغی گاه بسیار سنگین نیز پرداخت کند و در نتیجه باید شهرت اشخاص مشهور را حق مالی آنان تلقی کرد. بدین‌سان مانند هر مال دیگری، این مالک است که حق دارد مال خود را برای استفاده به دیگران بدهد. به‌علاوه اصل ۴۶ قانون اساسی مالکیت شخص بر کسب‌وکار مشروع خود را محترم دانسته است. بر این بنیاد باید کسب درآمد اشخاص مشهور از شهرتشان را که البته حاصل فعالیت مثبت این اشخاص باشد و دلیلی برای نامشروع و غیرقانونی بودن آن وجود نداشته باشد، تحت حمایت این اصل کلی بدانیم.

۲. امکان‌سنجی مسئولیت اشخاص مشهور در تأیید کالاها و خدمات موضوع تبلیغ

همان‌گونه که در بند پیش اشاره شد یکی از نظریاتی که بررسی آن به‌عنوان مبنای حق جلوت می‌تواند این حق را به مسئولیت اشخاص مشهور پیوند دهد و زمینه‌ساز ایجاد مسئولیت برای آنها باشد، مبنای حمایت از حقوق مصرف‌کننده است. استفاده از مبنای حمایت از حقوق مصرف‌کننده، در بحث استفاده تجاری از شهرت دو کاربرد و اثر مهم

در حمایت از حقوق مصرف‌کننده در فعالیتهای تبلیغی دارد:

۱- در صورتی که تولیدکننده کالا یا ارائه‌دهنده خدمتی، به دروغ و برای فریب مخاطبین، در تبلیغ خود از ویژگی‌های هویتی اشخاص مشهور استفاده کند تا آنها را تأییدکننده کالای خود نشان دهد، تولیدکننده از یک سو به استناد حق جلوت، در برابر شخص مشهور مسئولیت دارد و از سوی دیگر در برابر مصرف‌کننده مسئول است چراکه او را با تأیید دروغین^۸ کالای خود فریب داده است (Dogan & Lemley, 2006, p. 1190). در حقوق ایران، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده^۹ این موضوع را به‌عنوان یکی از مصادیق تبلیغات خلاف واقع مورد توجه قرار داده است.

۲- اما در صورتی که شخص مشهور با استفاده از حق جلوت خود، واقعاً کالا یا خدمت را تأیید کرده باشد و مصرف‌کننده با اعتماد به این تأیید، کالا یا خدمت را مورد استفاده قرار دهد و از این ناحیه دچار خسارت شود، مبنای حمایت از مصرف‌کننده چه اقتضائی خواهد داشت؟ آیا می‌توان شخص مشهور را در برابر مصرف‌کننده مسئول دانست؟

در این بخش دو پاسخ ممکن به این پرسش و ادله قابل ارائه برای هر یک را بررسی می‌کنیم تا در نهایت نظر صحیح‌تر را انتخاب کنیم. برای نمونه، تصور کنید یک متخصص مغز و اعصاب، در برنامه تبلیغاتی یک بیمارستان شرکت می‌کند و عملکرد آن بیمارستان را تأیید می‌کند یا یک آرایشگر مشهور، استفاده از یک وسیله آرایشی یا یک فوتبالیست استفاده از یک خمیر دندان خاص را تأیید می‌کند. حال، فرض کنید بیمارستان مزبور در درمان بیماران درست عمل نکرده و موجب ایراد خسارت به بیماران می‌شود یا آنکه استفاده از وسیله آرایشی یا خمیر دندان یادشده، سبب ورود آسیب به مصرف‌کننده می‌شود. پرسش در این بخش این است که آیا در این فرض، می‌توان قائل به مسئولیت متخصص مغز و اعصاب، آرایشگر و یا فوتبالیست مذکور شد.

۱-۲. دیدگاه نخست: عدم مسئولیت شخص مشهور

به نظر می‌رسد پاسخی که با نگاه اولیه به قواعد مسئولیت مدنی در حقوق ایران نسبت به این پرسش قابل ارائه باشد، ما را به عدم مسئولیت شخص مشهور رهنمون می‌شود و مسئولیت خسارات وارد شده بر مصرف‌کننده را تنها بر تولیدکننده قابل حمل می‌داند.

دلایل قابل ارائه برای این فرضیه را می‌توان در موارد ذیل خلاصه کرد:

الف. انتساب خسارت به تولیدکننده: واقعیت این است که در مثال‌های فوق، ایراد خسارت در درجه نخست به بیمارستان یا تولیدکننده وسیله آرایشی منتسب است؛ بیمارستان است که دقت کافی نداشته و سبب شده تا بیمار دچار آسیب شود. در این موارد، انتساب خسارت به تولیدکننده یا ارائه‌دهنده خدمت آن‌چنان روشن و قوی است که به دشواری می‌توان گفت فعل تأییدکننده رابطه یاد شده را قطع و به خود، منتسب می‌کند. حتی اگر نقش تأییدکننده را در وارد کردن خسارت فرض بگیریم، باز هم وضعیت تغییری نمی‌کند چراکه در وضعیت جمع مباشر و سبب یا جمع اسباب، لازمه جمع مسئولیت میان مباشر و سبب و یا اسباب متعدد این است که وارد کردن خسارت به هر دو مستند باشد و بنابراین عواملی که در زمره شروط و مقدمات باشند مسئولیتی نخواهند داشت (صفایی و دیگران، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۷).

ب. اقدام مصرف‌کننده: امروزه نه تنها رسانه‌ها، بلکه حتی خیابان‌ها و بزرگراه‌ها آکنده از تصاویری است که در آنها اشخاص مشهور کالایی را در دست گرفته‌اند و یا آن را با اطمینان و رضایت‌خاطر به مخاطبان نشان می‌دهند. کمتر کسی است که به این موضوع توجه نکند که این اشخاص برای کسب سود به این فعالیت‌های تبلیغی دست می‌زنند و به حکم عقل سلیم می‌داند نباید به آنها اکتفا کند. برای مثال اینکه در تبلیغی ببینیم ورزشکار مشهوری ماده‌ای خوراکی را مصرف و طوری وانمود می‌کند که گویی قدرت بدنی خود را از آن خوراکی گرفته، یک تبلیغ آشکارا بی‌ارزش است و برای یک مصرف‌کننده عاقل نباید مهم باشد که برای مثال یک ورزشکار مشهور در صبحانه‌اش چه می‌خورد (Jordan & Rubin, 1979, p. 528). این خود مصرف‌کننده است که به جای دقت و بررسی کالا یا خدمت، به حرف شخص مشهور اکتفا کرده و با این کار به ضرر خودش اقدام کرده است و هر گاه کسی به زیان خود اقدام کند، حق ندارد جبران آن را از دیگری بخواهد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۰).

ج. اعمال حق: اگر جلوت را به‌عنوان یک حق اثبات کردیم، باید بپذیریم این حق شخص مشهور بوده که از شهرت خود استفاده کند و با شرکت در آگهی‌های

بازرگانی برای خویش کسب درآمد کند. بنابراین، چگونه می‌توان اعمال حق فرد را تقصیر و سبب مسئولیت مدنی او دانست؟ به‌ویژه اگر این حق را حقی مالی تلقی کنیم، لاجرم اصل تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) آن را دربرمی‌گیرد و باید بپذیریم که مالک حق هر گونه تصرف در ملک خود را دارد و استثنای این قاعده باید تنها در قانون مطرح شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۶)، حال آنکه چنین منعی در قوانین برای شخص مشهور دیده نمی‌شود.

۲-۲. دیدگاه دوم: مسئولیت شخص مشهور

مسئول دانستن اشخاص مشهور نسبت به تأیید کالا و خدمات موجب می‌شود این اشخاص در فعالیت‌های تبلیغی که انجام می‌دهند دقت کنند و بی‌دلیل با تأیید کالاها و خدمات، برای مخاطبین اعتماد ایجاد نکنند. اینک، باید دید در نظام حقوقی ما، بر اساس کدام‌یک از قواعد و مبانی می‌توان برای شخص مشهور، قائل به مسئولیت شد؟ پیش از پاسخ به این پرسش، باید به یاد داشت که در نظام حقوقی ما که در حوزه مسئولیت مدنی تحت تأثیر قواعد فقهی است، همانند نظام‌های حقوقی کامن‌لا نوعی تکرر در موجبات ضمان ملاحظه می‌شود (بابایی و کشاورز صفی‌ئی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴) و نمی‌توان موجبات ضمان را محدود به اتلاف و تسبیب دانست. بر این اساس علاوه بر اتلاف و تسبیب (ر.ک. رشتی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۱؛ حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۳۵)، ضمان ید (ر.ک. رشتی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۵۱)، استیفا (ماده ۳۰۷ قانون مدنی)، ایفای ناروا (ماده ۳۰۱ق.م)، غرور (ر.ک. صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص. ۲۶۹)، اداره فضولی مال غیر (ماده ۳۰۶ق.م)، قاعده ملازمه سود و خطر (=من له الغنم: ر.ک. کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص. ۲۶۹)، مقبوض به عقد فاسد (ر.ک. محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۹۹)^{۱۱} و قواعد دیگر را می‌توان از جمله اسباب ضمان به معنای عام در نظر گرفت. با توجه به این نکته در ادامه تلاش می‌کنیم با در نظر گرفتن قواعد عام مسئولیت مدنی مرتبط با موضوع بحث، ادله قابل ارائه برای مسئولیت اشخاص مشهور را بیابیم و همچنین در میان مباحث، دلایلی که در بند پیش برای رد مسئولیت این اشخاص ارائه شد را نقد کنیم. به‌علاوه با پذیرش کلی امکان مسئولیت اشخاص مشهور، حدود آن را در میان مباحث نیز بررسی می‌کنیم تا ببینیم آیا هر گونه

فعالیت تبلیغی شخص مشهور را می‌توان موجب مسئولیت او دانست یا آنکه باید میان فعالیت‌های تبلیغی این اشخاص تفاوت گذاریم و نوع خاصی از این فعالیت‌ها را موجب ضمان بدانیم.

الف. تلازم سود و زیان: شخص مشهور، در برابر استفاده تولیدکننده از شهرتش مابه‌ازای مالی به دست می‌آورد و به حکم ملازمه میان سود و زیان نیز، باید پاسخگویی زیان‌های احتمالی ناشی از عملش باشد. در واقع، می‌توان موقعیت شخص مشهور را مشمول قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم»^{۱۲} دانست. این قاعده، به این معنا است که هر کس از عمل یا مالی سود می‌برد نسبت به پرداخت زیان‌های ناشی از آن مال یا عمل نیز متعهد است و اگر سودی می‌کند باید خسارات و خطرات ناشی از آن را نیز بپذیرد. هر چند برخی برای بررسی اعتبار این قاعده به استقراء در موارد فقهی دست زده‌اند و با بررسی موارد مرتبط، نهایتاً در امکان پذیرش این قاعده به‌عنوان دلیلی مستقل در مسئولیت مدنی تردید کرده‌اند (علوی قزوینی و مسعودیان‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۷۷)، اما علاوه بر تلاش‌هایی که برای اثبات اعتبار این قاعده فقهی صورت گرفته (کریمی؛ صادقی‌راد و تقی‌زاده، ۱۳۹۷، صص. ۲۳۷-۲۷۲)، به نظر می‌رسد می‌توان تلازم سود و زیان را به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی در نظر گرفت که به دلیل ضرورت برقراری عدالت اجتماعی در جامعه سرمایه‌داری و صنعتی امروزی، اهمیتی افزون نسبت به گذشته پیدا کرده است (جعفری‌تبار، ۱۳۹۹، ص. ۶۵). بدین معنا عدالت حکم می‌کند خسارات ناشی از فعالیت تولیدکننده برعهده او قرار گیرد نه مصرف‌کننده، زیرا سود حاصل از بازار مصرف، عاید او می‌شود (Mazeaud et al., 1956, p. 387)؛ پس منطقی است که خسارات هم بر او تحمیل شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۲۲۵). در برابر مصرف‌کننده، شخص مشهوری که کالا یا خدمتی را تأیید می‌کند نیز موضعی همانند موضع تولیدکننده و عرضه‌کننده دارد. او با تأیید کالا و ایجاد اعتماد برای مصرف‌کننده درآمد کسب می‌کند و بنابراین باید در جبران خساراتی که از تأیید و ایجاد اعتماد او بر مصرف‌کننده وارد می‌شود، مسئولیت داشته باشد. هر چند به دشواری می‌توان برای اعمال این قاعده بر موضوع مورد بحث استناد قانونی مشخصی یافت، اما همان‌گونه که گفته شد می‌توان آن را به‌عنوان یک اصل حقوقی کلی در موضوع مورد بحث به‌کار

گرفت (برای مطالعه درباره ارزش جدلی اصول حقوقی و استغناهای آنها از تصریح قانونی ر.ک. جعفری تبار، ۱۳۹۹، ص. ۸۳)؛ به این معنا که این اصل می‌تواند ذهن حقوق‌دان را در انتخاب مسیر درست، یاری داده و مقصد مناسب را نشان دهد. ولی به هر حال برای ورود به جزئیاتِ مسئولیت اشخاص مشهور و ارائه ضوابط روشن برای دادگاه‌ها به قاعده‌ای گویاتر نیاز داریم.

ب. **منع سوءاستفاده از حق:** در وهله اول ممکن است این تلقی ایجاد شود که با در نظر گرفتن حق جلوت برای شخص مشهور، این حق او بوده که با شرکت در تبلیغ کالاها و خدمات برای خویش کسب درآمد کند. در این صورت تناقض آمیز است که از یک طرف به شخص حق دهیم و از طرف دیگر او را بابت به‌کارگیری حقش مورد بازخواست قرار دهیم. با این وجود به نظر می‌رسد مسئله حق اشخاص مشهور در کنار مسئولیت آنها چهره‌ای از تراحم اصل تسلیط و قاعده لاضرر باشد. در نظام حقوقی ما، هر حق مقید به عدم اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی محترم است. مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی، «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». مطابق ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز قاعده لاضرر اجازه نمی‌دهد مالک از حق خود - حتی حق مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین مصداق و فرد اجزای حق‌های فردی - به ضرر دیگری استفاده کند. بر همین اساس، در فرضی که شخص مشهور، در آگهی‌های تجاری شرکت می‌کند، اگرچه در مقام اعمال حق خویش است اما نمی‌تواند خود را معاف از مسئولیت بپندارد و در اعمال حق خویش، به نحوی عمل کند که با ایجاد اعتماد کاذب برای مصرف‌کنندگان سبب ایراد زیان به آنها شود.

با وجود فایده قاعده سوءاستفاده از حق در توجیه کلی مسئولیت اشخاص مشهور، اعمال کامل این قاعده نیز همانند قاعده پیشین با موانعی مواجه است. از یک طرف، استناد به قاعده سوءاستفاده از حق، در رویه قضائی چندان معمول نیست و از طرف دیگر اگر معیار تشخیص سوءاستفاده از حق را قصد اضرار و سوءنیت استفاده‌کننده یا لاقط تقصیر او در اجرای حق بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۸)، بار اثبات سوءنیت یا تقصیر شخص مشهور در اعمال حق، با مصرف‌کننده خواهد بود.

ج. حمایت از مصرف‌کننده: ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغاتی شود را ممنوع دانسته است. با توجه به اینکه ماده ۷ در فصل دوم (وظایف عرضه‌کنندگان کالا و خدمات) آمده به نظر می‌رسد مسئولیت عرضه‌کنندگان کالا را بیان می‌کند و دلالتی بر امکان مسئولیت شخص مشهور ندارد، اما اگر مبنای کلی این قانون که حمایت از مصرف‌کننده است را در نظر بگیریم می‌توانیم این تکلیف قانونی را منحصر به عرضه‌کننده ندانیم و علاوه بر عرضه‌کننده، سازنده تبلیغ و شخص مشهور را نیز بر اساس این قانون مسئول ارائه اطلاعات صحیح بدانیم. به نظر می‌رسد آیین‌نامه اجرایی این ماده مصوب ۹۱/۲/۱۰ همین تفسیر را از قانون داشته و علی‌رغم اینکه ظاهراً ماده ۷ درباره مسئولیت عرضه‌کننده ذکر شده، سازنده تبلیغ را نیز مسئول دانسته است (ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ ق.ح.م). در حقیقت مطابق محتوای کلی ماده ۷ هدف اصلی این ماده در مورد فعالیت‌های تبلیغی، حمایت مصرف‌کننده از تبلیغاتی است که موجب فریب او شود و اینکه فریب از جانب تولیدکننده، عرضه‌کننده، سازنده آگهی یا شخص مشهور ایجاد شود تفاوتی ندارد. البته اگر این تفسیر از ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کننده را بپذیریم، باید توجه کنیم که این ماده نیز با تأکید بر «ایجاد فریب برای مصرف‌کننده»، ما را به قاعده غرور ارجاع می‌دهد و در نهایت ملاک نهایی درباره مسئولیت اشخاص مشهور را باید در این قاعده جستجو کنیم.

د. قاعده تسبیب: در قاعده تسبیب، اتلاف مال یا جنایت بر نفس به‌طور غیرمستقیم و با زمینه‌سازی و تمهید مقدمات صورت می‌گیرد، مثال‌های مشهور در این باره حفر چاه در راه، افروختن آتش و سرایت دادن آن به ملک دیگری، شهادت دروغ دادن بر ضد کسی و باز کردن در قفس حیوانات که موجب تلف شدن آنها یا وارد آمدن خسارت می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۳۰؛ حسینی مراغی، ج ۲، ص ۴۳۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۸۶، ج ۴، ص ۲۳۷؛ ابن‌قُدّامه، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۴۹-۴۵۰). همچنین با توجه به منابع فقهی و حقوق موضوعه به نظر می‌رسد بنا به دلایل ذیل باید در اجرای قاعده تسبیب، تقصیر را شرط بدانیم: هر چند قانون‌گذار صریحاً در هیچ نصّ

قانونی، لزوم تحقق تقصیر را در تسبیب مقرر نکرده است، اما مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی که در مقام تبیین چند مصداق رایج تسبیب است، در همه فروض، تحقق تقصیر را شرط ضمان تلقی کرده‌اند. قانون‌گذار در مواد ۵۲۶ به بعد قانون مجازات اسلامی نیز به کرات تقصیر زیان‌زننده را شرط مسئولیت او در جنایات و اضرارهای بالتسبیب معرفی کرده است. در بسیاری از احکام تسبیب که در فقه بررسی شده ثبوت ضمان، منوط به تفریط (سهل‌انگاری مسبب در ایفای وظایف خویش) است، به طوری که عرفاً تلف به وی منتسب شود، مانند افروختن آتش در ملک خود با احتمال سرایت آن به ملک مجاور، کوتاهی در تعمیر دیوار خراب خانه و سهل‌انگاری در نگهداری حیوانات (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۶؛ خویی، ۱۳۹۶، ص. ۲۴۴؛ بهرامی، ۱۳۸۱، ص. ۳۰). در برخی منابع فقهی برای ضمان‌آور بودن تسبیب شرایطی ذکر شده است، از جمله آنکه فعل مسبب در خارج از محدوده ملک خود باشد، مباح شرعی و واجد مصلحت عقلایی نباشد و از نظر عرف، عدوانی تلقی شود (به عنوان مثال ر.ک. علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۶۵۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص. ۵۶). از مجموع این عبارات، می‌توان به لزوم تقصیر در تسبیب پی برد.

حال با توجه به این نکات لازم است ببینیم آیا می‌توان از قاعده تسبیب برای اثبات مسئولیت شخص مشهور استفاده کرد؟ در نگاه نخست به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش مثبت باشد. در مثال معروف چاه، فرض کنید یک نفر چاهی را کنده و دیگری تلاش می‌کند فردی را با فریب به سمت چاه ببرد. در این صورت قطعاً فریب‌دهنده نیز در کنار کسی که چاه را کنده ضامن خواهد بود و خود به‌عنوان یکی از اسباب در نظر گرفته می‌شود. موقعیت شخص مشهور در تأیید کالاها و خدمات نیز چنین است. او با تأیید خود مصرف‌کننده را به خرید آن کالا یا خدمت ترغیب کرده و او را فریب داده است و بنابراین باید او را به‌عنوان یکی از اسباب در نظر گرفت.

اما در نقطه مقابل این ادعا، واقعیت این است که به‌راحتی نمی‌توان از قاعده تسبیب برای اثبات مسئولیت شخص مشهور استفاده کرد. در نظر گروهی از فقهای امامیه (به عنوان مثال ر.ک. علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۶۵۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص. ۵۶)، سبب امری است که اگر نبود، خسارت یا جنایت واقع نمی‌شد، بدون اینکه وجود آن برای تحقق خسارت کافی باشد. بدین ترتیب لازم است برای تشخیص سبب، مشابه

معیار «اگر... نبود» در حقوق کامن‌لا (رستمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۵، ص. ۱۴۸)، این پرسش مطرح شود که «اگر تبلیغ کالا توسط شخص مشهور صورت نمی‌گرفت آیا باز هم خسارت واقع می‌شد؟» به نظر می‌رسد در بسیاری از موارد نتوان به راحتی چنین گفت که اگر تأیید شخص مشهور نبود، خسارت ایجاد نمی‌شد و بعید نیست ادعا شود مصرف‌کننده حتی بدون فعالیت شخص مشهور، نهایتاً باز هم همان کالا یا می‌خرید. همچنین حتی اگر معیار فوق را برای تشخیص سبب پذیریم و ضابطه عرفی را ملاک تعیین سبب قرار دهیم، باید توجه کنیم در وقوع یک خسارت که عوامل متعددی می‌توانند دخالت داشته باشند، نمی‌توان هر عاملی را سبب محسوب کرد بلکه عواملی که در زمره شروط و مقدمات باشند مسئولیتی نخواهند داشت. در این صورت چه‌بسا بتوان گفت عرف، عرضه‌کننده را مسئول خسارت وارد شده به مصرف‌کننده می‌بیند؛ اوست که با عرضه کالا یا خدمت موجب ورود زیان شده و تبلیغ کالا توسط شخص مشهور صرفاً می‌تواند در حد یک پیشنهاد و ترغیب محسوب شود نه بیشتر. به‌علاوه، مشکل دیگری که استفاده از قاعده تسبیب برای اثبات و توجیه مسئولیت شخص مشهور دارد این است که همان‌طور که در فوق توضیح داده شد، مسئولیت سبب در حقوق ما، مسئولیتی مبتنی بر تقصیر است و بنابراین لازم است مصرف‌کننده در دعوی مسئولیت مدنی شخص مشهور، تقصیر شخص مشهور را نیز اثبات کند؛ به این معنا که او باید اثبات کند شخص مشهور وقتی تبلیغ آن کالا را انجام داده بررسی‌های لازم برای ارزیابی محصول را انجام نداده؛ کاری دشوار که به نظر می‌رسد در بسیاری از موارد از عهده مصرف‌کننده برنیاید، چراکه در زمان انجام فعالیت تبلیغی توسط شخص مشهور اساساً او هیچ آگاهی و حضوری در این فعالیت نداشته است. حال چگونه می‌تواند درباره این فرایند که سابقاً خارج از دسترسی او صورت گرفته، تقصیر شخص مشهور را اثبات کند؟ به این ترتیب استفاده از قاعده تسبیب نمی‌تواند به اندازه کافی از حقوق مصرف‌کننده حمایت کند.

هـ قاعده غرور: پژوهش‌های تجربی متعددی که در ارتباط با تأثیر اشخاص مشهور بر نگرش مصرف‌کنندگان در مطالعات بازاریابی صورت گرفته به روشنی نشان می‌دهد که شخصیت‌های مشهور و برجسته «گروه مرجع» شناخته می‌شوند و با در اختیار قرار

دادن تصویر، اعتبار، ویژگی‌ها، شهرت و در مجموع نام تجاری مطلوب خود به یک محصول به‌عنوان تأیید، موجب ترغیب مخاطبان و در نهایت تصمیم آنها به خرید می‌شوند (اسماعیل پور، بحرینی‌زاد و زارعی، ۱۳۹۶، صص. ۱-۲۱؛ محمودی میمند و خسروآبادی، ۱۳۹۶، صص. ۵۹-۷۴؛ خواجه جعفری؛ فرهنگی و ساروخانی، ۱۳۹۷، صص. ۱۶۳-۱۸۹؛ McCracken, 1989, pp. 310-321). در نظام حقوقی آمریکا در بحث مسئولیت اشخاص مشهور در تأیید کالاها و خدمات می‌توان یک محور اصلی یافت که مباحث مربوط به مسئولیت این اشخاص، ابعاد و حدود آن پیرامون آن شکل می‌گیرد و آن، معیار «اعتماد معقول»^{۱۳} است. بر این اساس ایجاد اعتماد معقول از جانب اشخاص مشهور در فعالیت‌های تبلیغی‌شان مبنای مسئولیت آنها در ایجاد خسارت برای مصرف‌کننده تلقی می‌شود^{۱۴}؛ علاوه بر این، اعتماد معقول^{۱۵} به‌عنوان یک ضابطه، حدود مسئولیت و موارد معافیت اشخاص مشهور را از مسئولیت تبیین می‌کند به این معنا که اگر فعالیت تبلیغی شخص مشهور به‌گونه‌ای نباشد که ایجاد اعتماد از آن برداشت شود و شخص مشهور صرفاً در مقام معرفی باشد مسئولیتی ندارد. در این صورت عواملی مانند شهرت تأییدکننده در یک زمینه خاص (شهرت حرفه‌ای) و یا تخصص او در زمینه‌ای مرتبط با محصول (شهرت تخصصی) و اعتبار و مقبولیت بالای شخص مشهور در تشخیص قابل اعتماد بودن تأیید او برای دادگاه‌ها اهمیت زیادی دارد. با در نظر گرفتن این معیار، در مواردی دادگاه‌ها اعتماد مصرف‌کننده به شخص مشهور را معقول و موجه ندیده و در نتیجه حکم به عدم مسئولیت شخص مشهور داده‌اند (Aicher, 2020, p. 373). همچنین اعتماد معقول و در نتیجه مسئولیت اشخاص مشهور زمانی مطرح می‌شود که از جانب آنها تدلیس^{۱۶} یا به بیان دقیق‌تر اظهار خلاف واقع صورت گرفته باشد.^{۱۷} البته مفهومی عام از اظهار خلاف واقع در این زمینه ملاک است و لازم نیست شخص مشهور از امکان ایجاد خسارت آگاه باشد تا او را مسئول بدانیم (Kertz & Ohanian, 1992, p. 13)، زیرا باور بر این است که شخص مشهور در برابر گفته‌ها و اعمال خودش در تأیید کالا مسئول است و تکلیف به بررسی و تحقیق درباره کالا یا خدمت و حتی استفاده از یک متخصص دارد تا مطمئن شود محصول موردنظر خسارتی ایجاد نمی‌کند. برای مثال در پرونده‌ای دو بازیگر مشهور (Lloyd Bridges and George Hamilton) که از اعتبار و مقبولیت بالایی برخوردار بودند، مردم را به

سرمایه‌گذاری در یک شرکت (Diamond) تشویق کردند و با مورد اعتماد خواندن آن شرکت، وعده دادند که به واسطه تضمین یک شرکت دیگر (Obie & Associates) سود بالایی به سرمایه‌گذاران تعلق گرفت. پس از ورشکستگی هر دو شرکت علیه این بازیگران طرح دعوا شد. دفاع آنها این بود که هیچ‌گونه فریب آگاهانه‌ای از سوی آنها انجام نشده و خودشان هم فریب دو شرکت نام‌برده را خورده‌اند. اما دادگاه این دفاع آنها را رد کرد و آگاهی یا ناآگاهی آنها را در وقوع فریب بی‌ارتباط تلقی کرد.^{۱۸} بنابراین ضرورتی به آگاهی شخص مشهور نسبت به نادرست بودن اظهاراتش نیست و دادگاه‌ها چنین استدلال می‌کنند که شخص مشهور یا واقعاً می‌دانسته یا دست کم باید می‌دانسته که محصول یا خدمت مورد تأیید او می‌تواند خسارت‌زا باشد و تأییدکننده تنها زمانی از مسئولیت معاف می‌شود که ثابت کند یک دلیل معقول برای تأیید کالا داشته و تمامی جوانب احتیاطی را رعایت کرده است (Aicher, 2020, p. 374). بدیهی است با توجه به شناسایی حق جلوت در حقوق آمریکا اگر شخص مشهور اثبات کند استفاده تولیدکننده از شهرت او بدون اجازه او صورت گرفته از مسئولیت معاف خواهد شد (Kertz & Ohanian, 1991, p. 649). مطابق قانون کمیسیون فدرال تجارت آمریکا^{۱۹}، یکی از وظایف اصلی این کمیسیون این است که وقتی با فعالیت‌های تبلیغی مواجه می‌شود که منافع عمومی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهند، به آنها رسیدگی کند. در این صورت نه تنها بر تولیدکننده بلکه بر شرکت تبلیغاتی و شخص مشهور تأییدکننده، تحت این مقررات و سایر مقررات فدرال مسئولیت بار می‌شود. این صلاحیت برای کمیسیون زمانی ایجاد می‌شود که با تعداد کافی از شکایات افراد درباره یک فعالیت مواجه شود و در این صورت برای آن فعالیت محدودیت‌ها یا ممانعت‌هایی ایجاد می‌کند یا راه‌هایی را برای جبران خسارت عمومی پیش‌بینی می‌کند. این کمیسیون همچنین یک راهنمای استفاده از تأیید منتشر کرده و در آن قواعد و مثال‌هایی برای فعالیت‌های تبلیغی تأییدی اشخاص مشهور ارائه داده^{۲۰} که در رسیدگی‌ها بر مبنای آن عمل می‌کند.^{۲۱} به هر حال علاوه بر صلاحیت خاص این کمیسیون برای مصرف‌کنندگان خسارت‌دیده امکان طرح دعوای شخصی در دادگاه‌ها وجود دارد.^{۲۲}

در حقوق ایران قاعده غرور در بحث مسئولیت اشخاص مشهور هم در ایجاد

مسئولیت برای آنها و هم در تعیین حدود آن می‌تواند راهگشا باشد و قواعد مربوط به اتلاف و تسبیب نیز که ناظر بر مسئولیت تولیدکننده هستند، مانع ایجاد مسئولیت برای شخص مشهور تأییدکننده نمی‌شوند چراکه همان‌گونه که گفته شد، منابع ضمان را نمی‌توان محدود به این دو کرد. همچنین مسئول دانستن شخص مشهور به معنای قطع رابطه سببیت میان فعل تولیدکننده - به‌عنوان عامل زیان - و خسارت واردشده به مصرف‌کننده نیست و می‌توان هر دو را مطابق قواعد اشتراک مسئولیت در برابر مصرف‌کننده مسئول دانست (بند چهارم).

از نظر فقها قاعده غرور عبارت از این است که شخصی کاری انجام دهد که آن کار موجب تضرر شخص دوم به دلیل فریب خوردن او از شخص اول باشد (بجنوردی، ۱۳۸۶، ص. ۲۶۹). با توجه به تعاریف ارائه شده در باب قاعده غرور جوهر اصلی این قاعده به‌عنوان یکی از اسباب ایجاد ضمان را می‌توان در ایجاد «ظاهر قابل اعتماد» برای دیگری خلاصه کرد؛ در تعریف این قاعده گفته می‌شود «هر گاه فردی ظاهری فراهم آورد که دیگری به آن اعتماد کند و در نتیجه این اعتماد به وی لطمه‌ای وارد آید، غرور محقق شده و او موظف است بر مبنای قاعده غرور، زیان وارده را جبران نماید» (شهابی، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۰). در تعریفی دیگر نیز چنین می‌خوانیم که «هر گاه از شخص عملی صادر شده که منجر به فریب خوردن دیگری شود و به این وسیله ضرری به او وارد آید، غرور محقق شده است» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۶۳). در فقه در ارتباط با اینکه مغرور باید نسبت به فریب جاهل باشد تردیدی وجود ندارد و فقها ضمان فریب‌دهنده را منوط به جهل خسارت‌دیده نسبت به فریب می‌دانند و گرنه اساساً عنوان مغرور بر شخص عالم به فریب، صادق نخواهد بود (بجنوردی، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۸) اما نسبت به اعتبار یا عدم اعتبار قصد در تحقق غرور دو دیدگاه فقهی عمده وجود دارد. گروهی بر این باورند که قصد فریب‌دهنده در تحقق غرور معتبر است (برای نمونه: شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص. ۸۹). اما نظر دیگر این است که تحقق بسیاری از عناوین نیاز به قصد ندارد و در اصطلاح از عناوین قصديه نیستند یعنی هر چند در اقدام به فعل نوعی اراده وجود دارد، ولی نتیجه حاصل از آن یا اثر مترتب بر آن، همیشه مقصود و منظور نیست و تفریر نیز از این دسته است. بنابراین، هر گاه شخصی دیگری را با تحریض، تحریک و یا توصیف در معرض ضرری قرار بدهد،

ضامن خواهد بود، هر چند در ارتکاب این اعمال تصور می‌کرده برای مغرور نفعی وجود خواهد داشت. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۷۰) و همین اندازه که از وی فعلی صادر شود که دیگری با توجه به آن فریب خورد، برای صدق عنوان غرور کافی است، هر چند شخص قصد فریب نداشته و خود نیز فریب خورده یا ناآگاه و در اشتباه بوده باشد؛ چه در اسباب ضمان بین عمد و خطا تفاوتی نیست (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص. ۳۰۱) و قاعده لاضرر نیز همین برداشت را تأیید می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۱۵۵). همچنین به نظر می‌رسد قانون مدنی نیز نظر اخیر را پذیرفته و در مواد مربوط به قاعده غرور (مواد ۲۶۳، ۳۰۵ و ۳۲۵ قانون مدنی) تنها به جهل مغرور به عنوان شرط مسئولیت مدنی فریب‌دهنده تصریح کرده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۱). با پذیرش نظر اخیر هر گاه در فعالیت تبلیغی، شخص مشهور ظاهر قابل اعتمادی برای مصرف‌کنندگان فراهم آورد مسئولیت دارد؛ خواه نسبت به ایجاد خسارت آگاه و خواه ناآگاه باشد. همچنین به نظر می‌رسد فقها برای تحقق غرور نوع عمل موجب غرور را محدود به فعل یا گفتار نکرده‌اند.^{۳۳} بنابراین صرف اجازه استفاده از عکس شخص مشهور بر روی یک کالا بدون اینکه آن شخص سخنی درباره آن کالا بگوید، می‌تواند موجب مسئولیت او شود.

اما نکته مهم دیگری که در اعمال قاعده غرور بر موضوع مورد بحث باید بررسی شود این است که آیا هر فعالیت تبلیغی که شخص مشهوری در آن حضور داشته باشد، ظاهر قابل اعتماد به وجود می‌آورد و برای شخص مشهور مسئولیت ایجاد می‌کند؟ به نظر می‌رسد عرف ملاک قابل اعتماد بودن را مشخص می‌کند. واقعیت این است که نقش اشخاص مشهور در آگهی‌های تجاری یکسان نیست. استفاده شرکت‌های تجاری از اشخاص مشهور در تبلیغات گاه تنها برای جلب توجه و مطرح کردن برند تولیدکننده یا ایجاد حس هم‌ذات‌پنداری مخاطب با شخص مشهور است (صادقی سالارآبادی، ۱۳۹۴، ص. ۳۹). اما گاه هدف، تزریق حس اعتماد و اقبال مخاطب است. با توجه به این مسئله حضور صرف در تبلیغ را نمی‌توان خدعه و فریب تلقی کرد. این حضور، زمانی عرفاً سبب گمراهی می‌شود که کالای مورد تبلیغ تأیید شده و اعتماد دیگری جلب شود. در فرضی که اشخاص مشهور، در زمینه تخصصی یا حرفه‌ای خودشان،

کالایی را تأیید می‌کند، عرف اعتماد به گفته آنها را غیرمتعارف نمی‌بیند. برای مثال اگر یک متخصص مغز و اعصاب فعالیت یک بیمارستان را تأیید کند یا اینکه یک آرایشگر شناخته شده، استفاده از یک وسیله آرایشی را تبلیغ می‌کند، عرف اعتماد به سخن آنها را معقول می‌پندارد اما در فرضی که فوتبالیست استفاده از خمیر دندان مشخصی را تأیید می‌کند، عرف، اعتماد به سخن او را نادرست دیده و مصرف‌کننده‌ای که به سخن یک فوتبالیست اعتماد کرده و خمیردندانی را مصرف می‌کند، مقصر می‌بیند. در واقع، عرف عمل مصرف‌کننده را در این فرض، مشمول قاعده اقدام تلقی می‌کند.

مطالعات انجام شده نیز این موضوع را تأیید می‌کنند که افراد مشهور اگر در زمینه «تخصص» یا حرفه خودشان به حمایت از کالای مرتبط بپردازند به منزله مرجعی معتبر برای مصرف‌کننده محسوب شوند (محمودی میمند و خسروآبادی، ۱۳۹۶، صص. ۵۹-۷۴)؛ مانند پزشکی که دارو یا بیمارستانی را تأیید می‌کند. «تناسب» فرد مشهور با کالای مورد تأیید نیز در برخی مطالعات مهم‌ترین عامل در اثربخشی تبلیغات توسط اشخاص مشهور است (عارفی، ۱۳۹۲، ص. ۹۴)؛ مانند آرایشگر مشهوری که یک وسیله آرایشی را تأیید می‌کند. با توجه به این تأثیرگذاری، فرد مشهوری که تخصص داشته یا در زمینه تبلیغی که در آن شرکت می‌کند شناخته شده است و محصولی را تأیید می‌کند، باید از تأثیر سخنش باخبر باشد و نمی‌تواند شخصی که به سخن او اعتماد کرده را مقصر بداند. علاوه بر تأثیرگذاری تخصص و تناسب، ممکن است گاهی اوقات شخص مشهور تخصص یا فعالیت حرفه‌ای در زمینه محصول مورد تأیید خود نداشته باشد اما در عرف از اعتبار و مقبولیت اجتماعی بالایی برخوردار باشد و در تبلیغات نیز به نحوی رفتار کند که اعتماد مخاطبان را نسبت به کالا یا خدمت برانگیزد. در این موارد دادگاه باید تشخیص دهد که آیا فعالیت شخص مشهور را عرف قابل اعتماد می‌داند یا خیر و در صورتی که عرف قابل اعتماد بودن را تأیید کند، دادگاه حکم به مسئولیت شخص مشهور می‌دهد. در سایر موارد که عرف اعتماد به شخص مشهور را در فعالیت تبلیغی اش موجه نمی‌داند، قاعده اقدام مانع جریان قاعده غرور می‌شود؛ چراکه فرد همانند یک انسان متعارف و معقول عمل نکرده و به‌زیان خود عمل کرده است. همچنین باید این نکته را در نظر گرفت که آنچه متعلق تأیید شخص مشهور قرار می‌گیرد نوع کالا است و تنها خسارتی از او قابل مطالبه است که مرتبط با تأیید او نسبت

به نوع متعارف کالا باشد؛ برای مثال پزشکی دارویی را تأیید می‌کند و سپس این دارو به تعدادی از مصرف‌کنندگان خسارت وارد می‌کند و معلوم می‌شود فرمولاسیون دارو ایراد داشته است. در این صورت قطعاً پزشک تأییدکننده مسئولیت دارد. اما در مواردی که خسارت مربوط به نوع محصول نباشد و در فرایند تولید، یکی از کالاها به‌طور اتفاقی معیوب‌شده و مصرف‌کننده را دچار خسارت کرده باشد، این خسارت ارتباطی با تأیید شخص مشهور ندارد و تنها از تولیدکننده قابل مطالبه است، چراکه شخص مشهور حتی اگر تمام اقدامات لازم برای بررسی کالا را انجام داده باشد و از تأیید خود اطمینان داشته باشد، به‌رحال در فرایند تولید ممکن است اتفاقاتی رخ دهد که خارج از دید او در هنگام تأیید باشد. او فقط با یک دید کلی محصول را ارزیابی می‌کند و بر تک تک محصولات تولیدی نظارت ندارد و چنین انتظاری هم از او معقول نیست. در چنین مواردی خسارت تنها از تولیدکننده و نه شخص مشهور قابل مطالبه است. البته شخص مشهور، خود باید اثبات کند که عیب مربوط به نوع متعارف کالا نبوده و همچنین باید اثبات کند تمام اقدامات لازم برای بررسی کالا را انجام داده است، چراکه با توجه با ظاهر قابل اعتمادی که ایجاد کرده، اصل بر مسئولیت او در مقابل مصرف‌کننده است.

در پایان این بند با مقایسه میان چهار مبنای مطرح‌شده برای مسئولیت شخص مشهور، به‌نظر می‌رسد قاعده‌ای که هم می‌تواند اصل امکان مسئولیت اشخاص مشهور را در فعالیت‌های تبلیغی‌شان به‌خوبی تبیین کند و هم قواعد، شرایط و چارچوب‌هایی منطقی برای مسئولیت آنها در نظر بگیرد و از سوی دیگر نسبت به مصرف‌کننده نیز از موضع حمایتی برخوردار باشد، قاعده غرور است. سایر قواعد علی‌رغم شناسایی کلی مسئولیت اشخاص مشهور، در بررسی ابعاد مختلف این مسئولیت کارآمد نیستند و یا دایره مسئولیت را بسیار وسیع در نظر می‌گیرند و هر گونه فعالیت تبلیغی شخص مشهور را منجر به مسئولیت او می‌دانند (قاعده تلازم سود و زیان)، یا دایره مسئولیت آنها را محدود و مقید به اثبات سوءنیت یا تقصیر تأییدکننده می‌کنند (قاعده سوءاستفاده از حق) و یا به‌تنهایی کافی نیستند و خود، نهایتاً مسئولیت تأییدکننده را به قاعده غرور ارجاع می‌دهند (مبنای حمایت از مصرف‌کننده). علاوه بر این در رویه قضائی قاعده

غرور بیش از سایر قواعد مانند سوءاستفاده از حق یا تلازم سود و خطر شناخته شده است و این عامل نیز البته در موضوع مورد بحث مقاله، موجب ترجیح قاعده غرور بر سایر قواعد می‌شود.

۳. نحوه تقسیم مسئولیت میان عرضه‌کننده و شخص مشهور و روابط آنها با یکدیگر

تولیدکننده نه تنها مطابق قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده، در برابر خسارتی که کالا یا خدمت او به مصرف‌کننده وارد کرده مسئولیت دارد بلکه علاوه بر این از آنجا که قواعد مربوط به تبلیغات این قانون را رعایت نکرده نیز مسئول است. البته قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده در ماده ۱۹ برای تولیدکننده‌ای که برخلاف واقع تبلیغ کرده، جزای نقدی حداکثر معادل دو برابر خسارت وارده در نظر گرفته است. اما براساس اصول حقوق کیفری (اصل برائت و تفسیر مضیق) به نظر می‌رسد نمی‌توان چنین مجازاتی را برای اشخاص مشهور نیز قابل اعمال دانست. اما در ارتباط با مسئولیت مدنی شخص دادگاه باید چگونه حکم به جبران خسارت مصرف‌کننده توسط این دو گروه بدهد؟

در حقوق آمریکا هر چند تصریحی در این رابطه وجود ندارد اما نویسندگان مهم‌ترین کاربرد طرح دعوای مصرف‌کننده علیه اشخاص مشهور را مربوط به فرضی می‌دانند که تولیدکننده ورشکسته شده یا به هر ترتیب امکان دریافت خسارت از او با مانعی مواجه باشد (Ketz & Ohanian, 1991, p. 628)؛ در این صورت، به نظر می‌رسد نوعی مسئولیت بدلی و تضامنی میان این دو پذیرفته شده است. در حقوق ایران نه تنها مسئولیت تضامنی در هیچ قسمتی از قواعد عام مسئولیت مدنی پذیرفته نشده بلکه قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده نیز حتی میان عرضه‌کنندگان متعدد مسئولیت تضامنی را نپذیرفته است (بادینی، ۱۳۹۱، ص. ۵۴۰). البته برقراری مسئولیت تضامنی میان تولیدکننده و شخص مشهور تأییدکننده چندان منطقی به نظر نمی‌رسد چراکه به‌رحال مسئولیت اولیه تأمین سلامت و امنیت کالا متوجه خود تولیدکننده است؛ تولیدکننده است که کالا را عرضه کرده و سود اصلی هم به او می‌رسد و بنابراین تردید در مسئولیت مستقیم او در برابر مصرف‌کننده چندان قابل توجیه نیست. در این صورت قواعد مربوط به اشتراک مسئولیت قابل اعمال خواهد بود.

مطابق قواعد اشتراک مسئولیت در قانون مجازات اسلامی، در مسئولیت ناشی از تأیید اشخاص مشهور در کنار مسئولیت عرضه‌کننده دو حالت ممکن است:

- ۱- شخص مشهور در تبلیغات، خدمت عرضه‌کننده‌ای را تأیید کند و عرضه‌کننده مباشرتاً خسارت وارد کند. برای مثال شخص مشهوری آرایشگری را تأیید می‌کند و آرایشگر، مراجعه‌کننده را دچار جرح می‌کند. در این صورت مطابق ماده ۵۲۶ ق.م.ا. هر یک به میزان تأثیر رفتارشان ضامن هستند (امینی و عنایت‌تبار، ۱۳۹۷، ص. ۸).
- ۲- شخص مشهور کالا یا خدمت عرضه‌کننده‌ای را تأیید کند و عرضه‌کننده نیز سبب ورود زیان شود. برای مثال فرضی را در نظر بگیرید که تولیدکننده کالای معیوبی تولید کرده و تأییدکننده نیز آن را تأیید کند و مصرف‌کننده بر اثر استفاده دچار خسارت شود. در این صورت مطابق ماده ۵۳۳ که اصل کلی در تقسیم مسئولیت میان اسباب متعدد است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۷)، تولیدکننده و تأییدکننده به‌طور مساوی ضامن‌اند.

حال، جای این پرسش است که آیا شخص مشهور، می‌تواند بعد از جبران خسارت مصرف‌کننده، به تولیدکننده رجوع کند؟ در مواردی که شخص مشهور آگاهی از احتمال خسارت‌زا بودن محصول نداشته باشد، بعد از آنکه خسارت مصرف‌کننده را جبران کرد می‌تواند خودش هم براساس قاعده غرور به تولیدکننده مراجعه کند. در حقیقت با توجه به شرط نبودن علم غار در مقابل مغرور این امکان وجود دارد که فریب‌دهنده (تأییدکننده) خود فریب دیگری (تولیدکننده) را خورده باشد و در عین حال در مقابل مغرور (مصرف‌کننده) مسئولیت پیدا کند. اما در صورت علم تأییدکننده به خسارت‌زا بودن محصول یا خدمت، امکان مراجعه به تولیدکننده وجود نخواهد داشت؛ چراکه در غرور هر چند علم یا جهل فریب‌دهنده بی‌تأثیر است ولی بی‌گمان جهل مغرور شرط است و اگر شخص مشهور از این موضوع آگاهی داشته باشد فریب اساساً محقق نمی‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۴).

در انتها، ذکر این نکته لازم است که در قراردادی که میان تولیدکننده و شخص مشهور برای سفارش تبلیغ منعقد می‌شود، ممکن است شرط عدم مسئولیت شخص مشهور درج شود. بدیهی است چنین شرطی هیچ تأثیری بر امکان مصرف‌کننده برای مطالبه خسارت

از شخص مشهور نمی‌گذارد؛ چراکه قرارداد میان تولیدکننده و شخص مشهور منعقد شده و با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ قانون مدنی) چنین شرطی تأثیری بر حقوق مصرف‌کننده که نسبت به قرارداد ثالث محسوب می‌شود ندارد.

نتیجه‌گیری

اگر شخص مشهور با استفاده از حق جلوت، در تبلیغات محصول یا خدمتی شرکت کند و با این کار، موجب ترغیب مخاطبین به خرید شود، در صورت ورود خسارت به مصرف‌کننده، امکان مسئولیت شخص مشهور قابل بحث است. از یک سو دلایلی مانع برقراری این مسئولیت می‌شوند:

- ۱- انتساب مسئولیت به تولیدکننده،
 - ۲- اقدام مصرف‌کننده به تهیه محصول به ضرر خودش بر اساس تبلیغات‌هایی که غالباً فریبنده و غیرواقعی‌اند،
 - ۳- حق شخص مشهور برای تبلیغ به موجب حق جلوت و عدم امکان بازخواست شخص به دلیل به‌کار گرفتن حقی که برای او ثابت شده، مانع مسئول شناخته شدن شخص مشهور می‌شوند.
- اما در مقابل می‌توان با استفاده از برخی قواعد مسئولیت مدنی، دلایل فوق را نقد کرد و امکان مسئولیت شخص مشهور را در فعالیت‌های تبلیغی فی‌الجمله اثبات کرد؛
- ۱- علاوه بر تولیدکننده شخص مشهور از تبلیغ سود می‌برد و او هم باید بر اساس تلازم سود و زیان (من له الغنم فله الغرم) در برابر خسارات مسئولیت داشته باشد. انتساب ضمان به تولیدکننده نیز مانع انتساب ضمان به شخصی دیگر نیست و قواعد مربوط به اشتراک مسئولیت قابل اعمال خواهد بود.
 - ۲- اثبات حق جلوت برای شخص مشهور به این معنا نیست که او می‌تواند مخاطبین خود را با فعالیت تبلیغاتی خود فریب دهد. هر حقی مقید به عدم سوءاستفاده از آن است و شخص مشهور به تلازم حق خود تکلیف به عدم فریب دیگران دارد.
 - ۳- حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مقتضی برقراری مسئولیت برای اشخاص مشهور است و فعالیت تبلیغاتی فریب‌آمیز شخص مشهور یکی از مصادیق تبلیغات خلاف واقع است که ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان آن را ممنوع

کرده است.

۴- شخص مشهور با تأیید خود مصرف‌کننده را به خرید آن کالا یا خدمت ترغیب کرده و به نحو تسبیب موجب ورود خسارت به مصرف‌کننده شده است.

۵- بر اساس قاعده غرور، شخص مشهور برای مصرف‌کننده ظاهر قابل اعتماد برای خرید محصول ایجاد کرده و بنابراین مسئولیت دارد.

حال پرسش اینجاست که از میان قواعد فوق باید از کدام یک برای برقراری مسئولیت مدنی شخص مشهور استفاده کرد؟ در حقوق مسئولیت مدنی ایران به تبع فقه، ما صرفاً با یک یا دو قاعده کلی برای برقراری مسئولیت مدنی مواجه نیستیم بلکه با قواعدی متکثر مواجهیم که لازم است برای اثبات مسئولیت مدنی و توجیه ابعاد مختلف آن در موضوعاتی مانند مسئولیت مدنی شخص مشهور هر یک را مورد ارزیابی قرار دهیم و از میان آنها دست به انتخاب بزنیم. بر این اساس از میان قواعد فوق، قاعده غرور، هم به دلیل سابقه فقهی روشنی که دارد در رویه قضایی شناخته شده است و هم بهتر از سایر قواعد می‌توان براساس آن ابعاد و شرایط مختلف مسئولیت اشخاص مشهور را بررسی کرد. با در نظر گرفتن این قاعده می‌توان شرایط زیر را برای مسئولیت اشخاص مشهور در نظر گرفت:

۱- ایجاد ظاهر قابل اعتماد: هر گونه فعالیت تبلیغی اشخاص مشهور را نمی‌توان موجب مسئولیت آنها دانست. ملاک اصلی برای برقراری مسئولیت ایجاد «ظاهر قابل اعتماد» برای مصرف‌کننده است که عرف آن را تعیین می‌کند. در حقوق آمریکا نیز تنها تأییدی موجب مسئولیت شخص مشهور می‌شود که معیار «اعتماد معقول» بر آن قابل اعمال باشد. اگر عرف اعتماد به تأیید شخص مشهور را معقول نداند، ظاهر قابل اعتمادی ایجاد نشده، در نتیجه قاعده غرور محقق نشده و نهایتاً شخص مشهور مسئولیتی ندارد.

۲- عدم تأثیر آگاهی یا ناآگاهی شخص مشهور: مطابق دیدگاه درست‌تر در قاعده غرور، علم یا جهل فریب‌دهنده تأثیری بر ضمان ناشی از غرور نمی‌گذارد. در حقوق آمریکا نیز رویه قضائی در این مسیر حرکت کرده که مفهوم تدلیس را در این مسئله عام در نظر بگیرد و چنین فرض کند که یا شخص مشهور تأییدکننده

می دانسته یا دست کم باید می دانسته که محصول خسارت ایجاد می کند.

۳- خسارت وارد شده بر مصرف کننده باید به تأیید شخص مشهور مرتبط باشد و ناشی از نوع متعارف کالا باشد: خساراتی که در نتیجه ایرادات تصادفی که در فرایند تولید محصولات ایجاد می شود به تأیید شخص مشهور ارتباطی ندارد. در حقیقت او نوع کالا را تأیید می کند و تک تک محصولات را بررسی نمی کند. در نتیجه اگر تمام اقدامات احتیاطی را برای بررسی دقیق محصول به کار گرفته باشد و اثبات کند ایراد ناشی از نوع معمول کالا نبوده از مسئولیت معاف می شود. در حقوق آمریکا نیز اگر شخص مشهور اثبات کند تمام اقدامات لازم برای بررسی کالا را انجام داده از مسئولیت معاف خواهد شد. به هر حال بار اثبات بر دوش خود اوست.

۴- تأیید باید توسط خود شخص مشهور انجام شده باشد: اگر کسی بدون اجازه شخص مشهور از ویژگی های هویتی او برای تأیید محصولی استفاده کرده باشد و آن محصول به دیگری خسارتی وارد کند، فریبی از جانب شخص مشهور محقق نشده و او مسئولیتی ندارد.

پس از آنکه تأییدکننده با توجه به شرایط فوق مسئول شناخته شد، باید نحوه تقسیم مسئولیت میان او و عرضه کننده را بررسی کنیم. در این موارد اگر جمع آنها از نوع جمع سبب و مباشر باشد، با توجه به ماده ۵۲۶ هر یک به میزان تأثیر مسئول اند و اگر جمع آنها از نوع جمع اسباب باشد، با توجه به ماده ۵۳۳ به تساوی در مقابل مصرف کننده مسئولیت دارند.

یادداشت‌ها

1. advertisement
2. endorsement
3. liability for false advertisement
4. endorsement liability
۵. بیشتر آثاری که تا کنون در زمینه مسئولیت اشخاص مشهور در حقوق کشورهای مختلف نگاشته شده مربوط به دو نظام حقوقی آمریکا و هند است و به نظر می رسد یکی از علت های توجه خاص حقوق دانان این دو نظام حقوقی به این موضوع، وسعت صنعت سینمای این دو کشور و شهرت فراگیر فعالان آن باشد (Viswanath and Chawla, 2017, p. 170).

6. right to privacy
 7. Waiver of the right to privacy by celebrities (Nimmer, 1954, p. 204-215; Yankwich, 1952, p. 519).
 8. False endorsement
 ۹. ماده ۷ ق.ح.م: تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست که موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده از جمله از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌های گروهی و برگه‌های تبلیغاتی شود ممنوع می‌باشد. ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ ق.ح.م: موارد زیر تبلیغ خلاف واقع و اطلاعات نادرست محسوب می‌شود: ط - استفاده از اسامی، عناوین و نشان افراد و مؤسساتی که دارای شهرت هستند به نحوی که مصرف‌کننده را فریب دهد.
 ۱۰. کریمی؛ صادقی‌راد و تقی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۹؛ کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص. ۱۹۹.
 ۱۱. محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۰۳.
 ۱۲. «فإنَّ المستفاد...قاعدة کلی و هی أن من له الغنم فعلیه الغرم بل فی نبوی آخر مشهور لا یعلق الرهن من صاحبه له غنمه و علیه غرمه» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۵۶). «من له الغنم فعلیه الغرم المعنی: معنی القاعدة هو التلازم بین الخسارة و الفائدة، فکل من کان له فائدة المال شرعاً کان علیه خساره ذلک المال کذلک، و علیه قد یعبر من هذه القاعدة بقاعدة التلازم بین النماء و الدرک. و قد یعبر عنها بقاعدة الخراج بالضمن...» (مصطفوی، ۱۳۹۷، ص. ۲۸۴؛ نیز ر.ک. روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۴۰۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۵۶).
 13. Reasonable/Justifiable Reliance
 14. A consumer may rely on the endorser's opinion only if such "reliance" is "reasonable" (Aicher, 2020, p. 373).
 ۱۵. همان‌گونه که در مقدمه بیان شد در حقوق آمریکا برای بیان این‌گونه فعالیت‌ها از واژه endorsement به معنای تأیید، صحه‌گذاری یا در اصطلاح حقوقی، ظهنویسی استفاده می‌شود که در بحث اسناد تجاری کاربرد دارد و در ارتباط با مسئولیت اشخاص مشهور، این واژه بار معنایی قابل توجهی دارد. در اسناد تجاری وقتی کسی سند تجاری را ظهنویسی می‌کند، با اینکه مدیون اصلی سند نیست، در برابر دارنده مسئولیت پیدا می‌کند و در حقیقت همین «ظاهر» کفایت می‌کند تا شخص مسئول تلقی شود (Black, 1968, p. 914).
 16. misrepresentation
- این اصطلاح به معنای اظهار خلاف واقع است و مسامح تا در این مقاله به عنوان تدلیس از آن یاد شده و مقصود نه معنای اصطلاحی تدلیس در بحث خیارات، بلکه معنای لغوی آن است. در حقوق کامن‌لا، اظهار خلاف واقع شامل سه قسم عمدی، غیرعمدی و تقصیری می‌شود و منحصر به رابطه قراردادی نیست؛ در حالی که در فقه و حقوق ما، تدلیس به معنای

اصطلاحی آن اولاً. در حقوق قراردادهای و در بحث خیارهای مطرح شده و ثانیاً. مطابق نظر مشهور فقهی علم مدلس در تحقق تدلیس شرط است. در ادامه خواهیم دید که در حقوق ایران می‌توان از قاعده غرور برای مقابله با اظهار خلاف واقع شخص مشهور استفاده کرد. ۱۷. بنابراین اگر شخص مشهور اظهاراتی که منجر به فریب شود بیان نکرده باشد، اظهار خلاف واقع صورت نگرفته و در نتیجه اعتماد معقولی نیز ایجاد نمی‌شود و در نهایت، شخص مشهور مسئولیتی نخواهد داشت. برای مثال در پرونده Kramer v. Unitas، جانی یونیتاس، بازیکن معروف آمریکایی در تبلیغ یک بانک (First Fidelity) صرفاً آن را معرفی کرده بود و مخاطبین را دعوت کرده بود که برای آگاهی از فعالیت‌های بانک، با خود بانک تماس بگیرند. دادگاه در این مورد رأی به عدم مسئولیت یونیتاس داد؛ با این استدلال که او هیچ گزاره‌ای که مخاطب از آن برداشت توصیف یا اظهار (representation) کند، بیان نکرده است. برای مطالعه رأی ببینید: <https://casetext.com/case/kramer-v-unitas>

18. "...state of mind is immaterial, and a defendant need not be motivated by an intent to deceive.... Even innocent misrepresentations may be actionable...".

See: <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/668/1162/1403642>

19. FTC: Federal Trade Commission

۲۰. برای مثال در این راهنما ذکر شده که در فعالیت‌های تبلیغاتی، اشخاص مشهور باید در بیان عقاید، یافته‌ها و تجربه خود از استفاده محصول صادق باشند؛ صحت ادعاهای شخص مشهور و هر ادعایی درباره کارایی محصول باید با دلیل و مدرک ثابت شده باشد؛ اگر شخص مشهور ادعا می‌کند از آن کالا استفاده کرده باید واقعاً مصرف‌کننده با حسن نیت باشد و.... برای مطالعه این موارد ر.ک:

see: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf>

21. Moorman, Anita, "False Advertising and Celebrity Endorsements: Where's My Script? Sport Marketing Quarterly, Vol. 15, No. 2, (2006), p.111.

۲۲. به طور کلی با نگاهی به آرای صادرشده در حقوق آمریکا درباره مسئولیت اشخاص مشهور، دادگاه‌ها برای توجیه رأی خود این موارد را مورد استناد قرار داده‌اند: قانون کمیسیون تجارت فدرال (FTC Act)، قانون منع اعمال و رفتارهای همراه با بی‌انصافی، فریب و سوءاستفاده (UDAP statute)، قاعده تقلب مبتنی بر کامن‌لا (Common Law Fraud) و قوانین ایالتی حمایت از مصرف‌کننده (State Consumer Protection Laws). برای مطالعه بیشتر درباره محتوای این مواد و نحوه تفسیر دادگاه‌ها از آنها در پرونده‌های مرتبط ر.ک:

Kertz, Consuelo Lauda and Ohanian, Roobina, "Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising", Op.cit, 603-656; Moorman, Anita, Op.cit, 111-113;

Kertz, Consuelo Lauda, and Roobina Ohanian, "Source Credibility, Legal Liability, and the Law of Endorsements", Op.cit, 12-23

۲۳. به نظر می‌رسد برای تحقق غرور لزومی به وجود گفتار یا عمل خاصی از سوی فریب‌دهنده نیست و ایجاد ظاهر قابل اعتماد از سوی او می‌تواند به صورت گفتار یا فعل (مثلاً تقدیم غذای غصبی به ثالث) انجام شود. حتی ترک فعل نیز می‌تواند غرور تلقی شود. برای مثال اگر مشتری از شخص فضول چیزی را بخرد، بدون اینکه فضول بگوید مال متعلق به دیگری است و مشتری با توجه به اماره ید به او اعتماد کند و تصور کند مال خود فضول است، اما بعد مال و خسارات را از مشتری مطالبه کند، مشتری می‌تواند به فضول مراجعه و کلیه خسارات وارد را مطالبه کند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۷۲). بنابراین نوع عمل فریب‌دهنده خصوصیتی ندارد.

کتابنامه

- ابن قدامه، عبدالرحمن (بی تا). الشرح الکبیر. بیروت: دارالکتاب العربی.
- امینی، منصور و عنایت تبار، رشید (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی سبب و مباشر در حقوق ایران و عامل مداخله‌گر در حقوق انگلستان. مطالعات حقوق تطبیقی، ۹(۱)، صص. ۲۳-۱.
- اسماعیل‌پور، مجید؛ بحرینی‌زاد، منیژه و زارعی، کوروش (۱۳۹۶). بررسی تأثیر استفاده از تأییدکننده‌های مشهور در تبلیغات بر نگرش مصرف‌کنندگان نسبت به تبلیغ. تحقیقات بازاریابی نوین، ۷(۲۴). صص. ۲۲-۱.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- بابایی، ایرج و کشاورز صفی‌ئی، اسماعیل (۱۳۹۷). بررسی تطبیقی ساختار مسئولیت مدنی در حقوق کامن‌لا و اسلام. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۵(۱۵). صص. ۲۴-۱.
- بادینی، حسن (۱۳۹۱). نقدی بر مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات. تحقیقات حقوقی، ۱۵(۵۸). صص. ۵۱۱-۵۵۴.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۳۸۶). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات دلیل ما.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- بهرامی، محمدکاظم (۱۳۸۱). قاعده تسبیب. مجله دادرسی، آذر و دی، (۳۵)، صص. ۳۰-۳۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). حقوق اموال. تهران: گنج دانش.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی کالاها. تهران: نگاه معاصر.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۹). منطق حیرانی؛ در باب استدلال حقوقی. تهران: فرهنگ نشر نو.

حسینی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیہ*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیہ*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
خواجه جعفری، حسین؛ فرهنگ، علی اکبر و ساروخانی، باقر (۱۳۹۷). بررسی و تبیین نقش ستارگان در فرایند ارتباطی پیام‌های ارتباط جمعی. *پژوهش‌های ارتباطی*، ۲۵(۹۵). صص. ۱۶۳-۱۸۹.

خویی، ابوالقاسم (۱۳۹۶). *مبانی تکملة المنهاج*. ج ۲، قم: العلمیه.
رستمی، هادی و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵). احراز رابطه سببیت در فرض مداخله عوامل گوناگون در جنایات و خسارات مالی (با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲). *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، ۴(۱۵)، صص. ۱۴۳-۱۷۱.
رشتی، میرزاحبیب‌الله (بی‌تا). *کتاب‌الاجاره*. بی‌جا: بی‌نا.
روحانی، سیدمحمد (۱۴۲۰ق). *المرتقی الی الفقه الارقی*. تهران: دارالجللی.
شهابی، محمود (۱۳۹۰). *قواعد فقه*. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *شرح‌المعه*. قم: منشورات مکتبه الداوری.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

صاحب جواهر، محمدحسین (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
صادقی سالارآبادی، نسترن (۱۳۹۴). *تأثیر هم‌زادپنداری و صحه‌گذاری ورزشکاران مشهور بر ابعاد مدل آیدا*. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران.
صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. تهران: سمت.

صفایی، سیدحسین؛ بادینی، حسن؛ عباسلو، بختیار و صالحی، سعیده (۱۳۹۷). معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران. *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۲۴(۸۴). صص. ۱۴۷-۱۶۴.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰). *حاشیه‌المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن (۱۳۹۵). مسئولیت ناشی از تبلیغات خلاف واقع. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۷(۲). صص. ۵۶۹-۵۹۹.

عارفی، امین (۱۳۹۲). *شناسایی عوامل موثر بر اثربخشی تبلیغات با استفاده از افراد مشهور*. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده مدیریت و حسابداری دانشگاه علامه طباطبایی،

تهران، ایران.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
علوی قزوینی، سیدعلی و مسعودیان‌زاده، سیدذبیح‌اله (۱۳۹۳). قاعده من له الغنم فلیه الغرم.
پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، (۴)، صص. ۷۵-۹۲.

قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۸). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. تهران: میزان.
قبولی درافشان، محمدهادی و خوانساری، سمانه (۱۳۹۷). حق شهرت؛ مطالعه در حقوق
آمریکا، کوشش برای شناسایی در فقه امامیه و ساماندهی آن در حقوق ایران. مطالعات
حقوق خصوصی، ۴۸(۱). صص. ۱۳۳-۱۵۱.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). مسئولیت ناشی از عیب تولید. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق. نشریه دانشکده حقوق و
علوم سیاسی، (۶۲)، صص. ۳۱۷-۳۴۲.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). اموال و مالکیت (دوره مقدماتی حقوق مدنی). تهران: میزان.
کاشف‌الغطاء، محمدحسین (بی‌تا). تحریرالمعجله. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه‌السلام).
کریمی، عباس؛ صادقی‌راد، الهام و تقی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۷). تلاشی در راستای تبیین قاعده
ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ضمان قهری شرعی. مطالعات حقوقی، ۱۰(۲۷)،
صص. ۲۳۷-۲۷۲.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام. قم: نشر مؤسسه اسماعیلیان.
محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محمدی، امید؛ صالحی‌مازندرانی، محمد و زاهدی، مهدی (۱۳۹۶). حمایت از حق شهرت در
پرتو حقوق مالکیت فکری با رویکرد تطبیقی. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۱(۳)، صص.
۱۸۵-۲۱۴.

محمودی میمند، محمد و خسروآبادی، ملیحه (۱۳۹۶). مطالعه رابطه اعتبار شخصیت‌های
مشهور با ارزش ویژه برند با نقش میانجی‌گرانه اعتماد برند. بررسی‌های بازرگانی، ۲۲(۸۶)،
صص. ۶۵-۸۸.

مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۳۹۷). مائة قاعدة فقهیه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
میرشکاری، عباس (۱۳۹۸). حق جلوت. مطالعات حقوق خصوصی، ۹(۳)، صص. ۵۲۳-۵۴۲.
میرشکاری، عباس (۱۳۹۹). مبانی حمایت حقوقی از شهرت. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۱(۱)،

نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۷ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- Aicher, Robert (2020). Endorsement Liability: Putting Your Good Name at Risk. *Aesthetic Surgery Journal*. 21(4).
- Black, Henty (1968). *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co.
- Dogan, Stacey and Lemley, Mark (2006). What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law, *Stanford Law Review*. 58(3). pp. 1161-1220.
- Grodin, Joseph R. (1953). The Right of Publicity: A Doctrinal Innovation. *The Yale Law Journal*, 62(7). pp. 1123-1130.
- Handler, Milton (1929). False and Misleading Advertising. *The Yale Law Journal*, 39(1). pp. 22-51.
- Helling, Anna (2005). Protection of Persona in the EU and in the US: a Comparative Analysis. *LLM Theses and Essays*, University of Georgia.
- Jordan, Ellen and Rubin, Paul (1979). An Economic Analysis of the Law of False Advertising. *The Journal of Legal Studies*, 8(3).
- Kertz, Consuelo Lauda and Ohanian, Roobina (1991). Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising: Infomercials, Celebrity Endorsers and Nontraditional Defendants in Deceptive Advertising Cases. *Hofstra Law Review*. 19(3). pp. 603-656.
- Kertz, Consuelo Lauda and Roobina Ohanian (1992). Source Credibility, Legal Liability, and the Law of Endorsements. *Journal of Public Policy & Marketing*, 11(1). pp. 12-23
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean (1956). *Leçons de droit civil, Tome deuxième: Obligations*. Paris: Éditions Montchrestien.
- McCracken, Grant (1989). Who Is the Celebrity Endorser?. *Journal of Consumer Research*, 16(3). pp. 310-321.
- Nimmer, Melville (1954). The Right of Publicity. *Law and Contemporary Problems*, No.19. pp. 203-223.
- Sheff, Jeremy (2019). Scope & Justification of the Right of Publicity. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 42(3). pp. 333-336.
- Viswanath, Raghavi and Chawla, Twinkle (2017). Two Minute Experiment Gone Bad: Stars to Bear Liability?. *NALSAR Student Law Review*, 11(7). pp. 169-196.
- Yankwich, Leon (1952). The Right of Privacy: Its Development, Scope and Limitations. *Notre Dame Law Review*, 27(4).
- Zimmerman, Dianel (1998). Who Put the Right in the Right of Publicity?. *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 9(1).

مداخله قضائی در موازنه ارزش بر مبنای تحلیل اقتصادی عوضین؛ راهکاری جهت عدول از انحصار فسخ

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

منصور امینی*

سید امین پشناماز**

احسان بهرامی***

چکیده

یکی از عناصر قراردادهایی که حاوی تعهدات دوجانبه مالی است، موازنه در ارزش عوضین است. موازنه، محصول ایفای صحیح (درست، کامل، به‌موقع) تمامی تعهدات مالی مؤثر در ارزش عوضین است. با این حال، همواره محتمل است که تعهدات مالی بر اثر عواملی چون جهل، تأخیر، تخلف، تعذر، تغییر بنیادین اوضاع و احوال و... به‌درستی ایفاء نشود و موازنه ارزش مورد انتظار طرفین مختلوش شود. در متون قانونی و آرای فقهی و حقوقی، از اعطای حق فسخ به‌عنوان یگانه داروی مقابله با این خدشه، یاد می‌شود. با وجود این، پذیرش انحصار فسخ، با عنایت به مبانی آن، با اشکالاتی همراه است و مصلحت نهفته در بقای قرارداد از یک‌سو، و مضرات فسخ قرارداد به‌عنوان ضمانت اجرای انحصاری به‌هم‌خوردن موازنه از سوی دیگر، ضرورت شناسایی طریق موازی را یادآور می‌سازد. به این منظور، مقاله حاضر با روشی کتابخانه‌ای، پس از بررسی پشتوانه‌های فکری، چون نظریه ابقاء عقد و کارایی اقتصادی بقاء قرارداد و مطالعه تطبیقی آن، همچنین کاربرد قاعده نفی ضرر، و ضمن جرح موانع احتمالی عدول از انحصار فسخ، همچون عدم تقابل شرط و صفت با عوض و تفاسیر مضیق از عین مورد معامله و ارزش، راهکار مداخله قضائی را جهت بازگشت به مقتضیات موازنه ارزش مورد نظر متعاقدين با اتکاء به تفسیر قصد طرفین یا مراجعه به اصول حقوقی پیشنهاد می‌کند. در این راستا این مقاله، ابتدا ابعاد مختلف مفهوم موازنه در ارزش عوضین را با رویکردی آمیخته به تحلیل اقتصادی مورد مطالعه قرار می‌دهد. سپس با تشریح مبانی عدول از انحصار فسخ در صورت به‌هم‌خوردن موازنه و تردید در موانع آن، زمینه لازم را جهت پذیرش مداخله قضائی به‌عنوان راهکاری در عرض فسخ قرارداد فراهم می‌کند.

واژگان کلیدی: موازنه در ارزش عوضین، تحلیل اقتصادی عوضین، فسخ قرارداد، ابقاء عقد، مداخله قضائی، اصول حقوقی.

* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
aminimansour@yahoo.fr

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
s_pishnamaz@sbu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
e_bahramy@sbu.ac.ir



تعهدات مالی در قراردادهای معوض که از آن می‌توان به عوضین یاد کرد، محصول اراده مشترک طرفین (تراضی) است. ماهیت این قراردادها، ولو طرفین بدان هرگز نیاندیشند، مقتضی توازن و تعادل است. نمی‌توان عقدی را معوض مالی دانست ولی در آن، احد متعاقدين مالی را به دیگری تمليک نماید؛ درحالی‌که از طرف مقابل، عوضی دریافت نکند و یا التزامی را نسبت به دیگری بر عهده گیرد درحالی‌که نتواند طرف مقابل را مأخوذ به تعهدی نماید؛ لذا اقتضاء ذات این عقود، تقابل تعهدات است.

نظریه موازنه، نظریه‌ای نوظهور در دکترین حقوقی ایران است که هدف آن ترسیم نقشه حاکم بر تراضی طرفین در عقود معوض مالی است. به موجب این نظریه، تراضی متعاقدين که حاوی تعهدات آنهاست، ماده و درون‌مایه قرارداد را تشکیل داده و اصول موازنه، به این مواد جاری و سیال، قالب و صورت می‌بخشند. مبدع نظریه موازنه، نخست در کتاب فلسفه عمومی حقوق، بر پایه اصالت عمل - نظریه موازنه - سه اصل موازنه تمليک، موازنه ارزش و موازنه در تسلیم را برای نظم‌بخشی به مفاد تراضی طرفین ارائه کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴). ایشان در جلد چهارم از کتاب رنسانس فلسفه، چهار اصل بر اصول فوق افزوده‌اند که عبارتند از: موازنه التزام در برابر التزام، موازنه در حدوث ملتزم به، موازنه در تأسیس اثر عقد و موازنه ثبوتی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، الف، ج ۴، صص. ۲۱۷-۲۲۴).

نوعی از تخلف نسبت به توازن عقد، تخلف از موازنه در ارزش است. بر این اساس، موازنه ارزش بر دو پایه کمیت و کیفیت، قابل بنا است و در این نوع از تخلف، قراردادی به‌طور صحیح واقع شده که حتی تا مرحله اجراء نیز پیش رفته، لکن نتیجه آن یا در اثر اختلال اولیه یا طاری، منطبق با توقعات یکی از طرفین نسبت به ارزش مطلوب نمی‌باشد. از این منظر، برهم‌خوردن موازنه ارزش، عرصه‌ای است که در آن، حمایت از بقاء قرارداد موضوعیت می‌یابد و در دو فرض، قابل تخلف است: فرض نخست زمانی است که شرایط، اوضاع و احوال از حین عقد تا اجراء، دارای ثبات بوده و فرض دیگر، زمانی است که اوضاع و احوال، دچار دگرگونی بنیادین شده است. در فرض اخیر، دادرس یا قانون یا طرفین مبادرت به تعدیل قرارداد می‌کنند؛ یعنی نقشه موازنه جدیدی را به‌عنوان حکم ثانویه مصطلح ترسیم می‌کنند ولی در فرض نخست که

موضوع پژوهش حاضر است، هنوز همان حکم اولیه حاکم است و موازنه ارزش مورد توافق، قابل استناد است. در این صورت، علی‌رغم آنکه توافقات طرفین، در عمل منتهی به موازنه نشده لکن همان موازنه مورد نظر به طریقی دیگر قابل تحقق است. یکی از طرق علاج موازنه مخدوش، فسخ قرارداد و از میان برداشتن صورت مسئله است. با این حال اگر از یک سو فسخ قرارداد، مطلوب متضرر از تخلف نباشد و از سوی دیگر، طرفین نتوانند با توافق، موازنه را زنده نگه دارند، مداخله قضایی که تجویز آن، هدف اصلی این نوشتار است، ضرورت می‌یابد.

در این مقاله تلاش می‌شود: نخست، ماهیت موازنه ارزش مورد مطالعه قرار گیرد و سپس، آنچه که سبب این امر در اعمال حقوقی می‌شود، معین شود و در نهایت، اینکه موازنه ارزش در کدام دسته از اعمال حقوقی، قابل جریان و تصور است، شناسایی شود. دوم، در دو فرع مبانی و موانع، نظریه‌ای تمهید شود که بتوان با تمسک به آن، از تلقی فسخ به عنوان تنها داروی برهم‌خوردن موازنه ارزش، جلوگیری شود. سوم، روش‌ها و ابزارهای مداخله دادرسی برای نیل به موازنه در ارزش، ترسیم شود.

در این حوزه، دو مقاله تحت عنوان «امکان تعمیم ارزش به سایر خیارات» و «ارزش شروط»، پیش از این نگاشته شده است که البته با نوشته حاضر در ابعاد زیر، دارای تفاوت‌هایی است: اولاً، در این اثر، مطالعه دقیق ضرورتی به نام موازنه ارزش، در دستور پژوهش قرار می‌گیرد؛ ثانیاً، تلاش می‌شود با شناسایی مبانی و موانع عدول از انحصار فسخ، فسخ تنها داروی برهم‌خوردن موازنه ارزش طرفین تلقی نشود؛ ثالثاً، سعی می‌شود روش‌ها و ابزارهایی که مقام قضایی با تمسک به آن، می‌تواند موازنه ارزش را اجرا کند مورد تحلیل قرار بگیرد. از این رو بنیاد مباحث این مقاله، سه فراز پیشین می‌باشد که پژوهش‌های پیشینیان - اگر نگوییم دلالتی بر آن نداشته‌اند - حاوی دلالت کمینه‌ای در این زمینه می‌باشند. افزون بر این باید توجه داشت که همان‌طور که اشاره شد تمرکز مقاله حاضر بر اعاده موازنه منظور متعاقدین در فرضی است که اوضاع و احوال و شرایط اقتصادی دستخوش تغییر بنیادین نشده است؛ از همین رو از کاربرد لفظ تعدیل قرارداد که در ادبیات حقوقی ایران رواج فراوان دارد و منصرف به فرض اخیر است، اجتناب شده است.

۱. موازنه در ارزش عوضین؛ ماهیت، اسباب و مجری

۱-۱. ماهیت

عوضین شامل عوض و معوض بوده که از باب تغلیب، بدان عوضین گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱۶). معوض، مالی است که ایجاب‌کننده از دارایی خود به طرف دیگر عقد می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ب، ص. ۵۲۴) و عوض نیز آن چیزی است که بابت ارزش مال (معوض) در عقدی معوض داده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱۶). طرفین قرارداد بر مبنای توافق، تعهدات متنوعی نسبت به یکدیگر بر عهده می‌گیرند. تمامی این تعهدات در چارچوب عوض و معوض تفسیر نمی‌شوند؛ بلکه عوضین اشاره به آن دست از تعهدات مالی دارد که در عقود معوض مالی، مورد توافق واقع شده است.

در خصوص گستره شمول عوضین، نظرات متفاوتی را می‌توان ارائه کرد بدین نحو که: عوضین در یک رویکرد، صرفاً متعلق موضوع عقد یا همان موضوع تعهد است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۰۴). در این رویکرد، برای مثال صرفاً خود ثمن (جوهر) و خود مبیع، عوضین محسوب شده و در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند.^۱ در رویکردی گسترده‌تر، عوضین نه تنها شامل خود موضوع تعهد شده، بلکه عوارضی چون اجل، اوصاف و شروط منضم به مورد معامله نیز داخل در مفهوم عوضین و جزء آن یا در حکم آن هستند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، صص. ۳۳۱-۳۳۲).^۲ در رویکرد سوم، یعنی همراه با تحلیل اقتصادی که تا حدودی مشابه رویکرد دوم است، عوضین، تعهدات مالی طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر است؛ با این تفاوت که خود مورد معامله صرفاً موضوعیت ندارد، بلکه مجموعه تعهدات مالی مشتمل بر خود مورد معامله و اوصاف و شروط آن، نماینده یک موقعیت مطلوب قراردادی و نفع متوقع است. این نفع و انتظار می‌تواند در قالب مورد معامله توافق شده، تحقق یافته و یا ممکن است از طرق دیگر حاصل شود. در واقع، در این رویکرد آنچه دارای اهمیت است، دستیابی متعهدله به مطلوب قراردادی است و عین، در درجه دوم اهمیت قرار داشته و موضوعیتی ندارد (رضایی استخری و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، صص. ۳۰۲-۳۰۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، الف، ج ۴، ص. ۲۱۲). بر اساس این تلقی، موازنه در ارزش

عوضین، صرفاً ناظر به اعیان مورد توافق نبوده و اعیان در خدمت نفع متوقع خواهد بود، بنابراین، چون مفهوم عوضین توسعه داده شده است، ایجاد موازنه از طرق جدیدی ممکن می‌شود.

با این اوصاف، در عقود معوض مالی، تعهدات طرفین نسبت به یکدیگر بدون محاسبه موازنه در ارزش عوضین - به هر یک از سه معنای فوق - انجام نمی‌گیرد؛ بلکه عقود مشتمل بر تعهدات متعاقدین، بر مبنای تراضی و موازنه ارزش‌ها است؛ به نحوی که تعهدات طرفین، ماده^۳ و موازنه ارزش، صورت ماهیت حقوقی عقود معوض مالی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶). در واقع، موازنه ارزش، حالتی است که از تحقق همه عواملی که نوعاً یا شخصاً مؤثر در ارزش اقتصادی تعهدات مالی محسوب می‌شوند، حاصل می‌شود. این عوامل سازنده موازنه، ریشه در توافق طرفین، عرف و مقررات حاکم دارند.

با این توضیح، می‌بایست بین موازنه ارزش، تعادل اقتصادی عوضین و همچنین، نظریه همبستگی عوضین، قائل به تمییز شد. در این راستا، تعادل اقتصادی عوضین اشاره به لزوم برابری عرفی با لحاظ اقتضائات شخصی در ارزش عوضین دارد، بنابراین در جایی می‌توان از خیار غبن صحبت کرد که قرارداد با لحاظ تعادل اقتصادی دو عوض منعقد شده باشد؛ درحالی‌که موازنه ارزش، اعم از تعادل اقتصادی عوضین است. به دیگر بیان، تعادل اقتصادی از این حیث که عرفاً عوض و معوض (در معنای حداقلی آن) با یکدیگر هم ارزش باشند، یکی از مصادیق موازنه ارزش‌ها است. اما موازنه ارزش، معلول تحقق تمامی اسباب مؤثر در ارزش در تعهدات مالی است که یکی از آنها، لزوم تعادل ارزش اقتصادی موضوعات تعهد است. قابل تصور که در فرضی، تعادل اقتصادی عرفی یا شخصی بین عوض و معوض فراهم باشد، لکن به سبب تخلف از یکی دیگر از عوامل مؤثر در ارزش، مجموعه تعهدات متعاقدین، همسنگ یکدیگر نباشد که در این صورت، موازنه ارزش برهم می‌خورد، نظیر جایی که وجود عیب یا فقدان وصفی که گرچه در موازنه ارزش مؤثر است، لکن تعادل اقتصادی را به آن معنا که منتهی به غبن است، به هم نمی‌زند.

اصل همبستگی عوضین در عقود معوض نیز به معنای آن است که تعهدات طرفین،

به موجب تراضی به هم پیوند خورده‌اند و مستقل از یکدیگر به وجود نمی‌آید. در نتیجه، این تعهدات نمی‌توانند در مرحله اجراء نیز منفک از یکدیگر باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۴، صص. ۷۹-۸۰). البته در این اصل، تقابل، تنها در عوضین (به معنای حداقلی) وجود داشته و به تعهدات فرعی تسری نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۴، ص. ۸۰). همچنین، همبستگی عوضین بر خلاف موازنه ارزش، متوجه کیفیت و کمیت تعهدات نیست، بلکه تنها ضرورت وجود دو تعهد در مقابل یکدیگر را بیان می‌کند. موازنه در توافق طرفین می‌تواند به صورت کمی یا کیفی رخ دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص. ۲۰-۲۱). موازنه کمی بر مبنای عوامل و معیارهای عددی و مقداری است. برای مثال، بایع و مشتری در توافق خود بر حسب مقدار مبیع، ارزش ثمن را تعیین می‌کنند و در ازای صد کیلوگرم گندم از قرار هر کیلوگرم پنج هزار تومان، پانصد هزار تومان ثمن پرداخت می‌شود. اما در موازنه کیفی، تعادل عوضین از طریق عوامل غیرکمی برقرار می‌شود. به عنوان نمونه، مشتری در ازای اسقاط کافه خیارات از بایع تخفیف می‌گیرد و یا در بیع شرط، مشتری در ازای جعل خیار برای بایع، از میزان ثمن می‌کاهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۱).

۲-۱. اسباب

اراده طرفین، گستره تعهدات قراردادی آنان را مشخص می‌کند و عدالت معاوضی، نتیجه اعمال اراده آزاد طرفین در تعیین تعهدات قراردادی و سپس، اجرای آن است. متعاملین، تعهدات مالی را در قبال یکدیگر با هدف رسیدن به موازنه ارزش بر عهده می‌گیرند. این تعهدات مشتمل بر اجزایی است که سبب موازنه می‌شوند. موازنه در ارزش، بر اساس ملاک شخصی شکل می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵)؛ از این رو، در هر قرارداد، اسباب موازنه ممکن است متفاوت باشد. به طور کلی، عواملی چون اوصاف عوضین، شروط ضمن عقد، مقدار و کمیت (اجزاء مورد معامله)، قرار دادن اجل یا تأخیر در انجام تعهد، شخصیت طرف معامله، انگیزه و شرایط اضطراری حاکم بر یکی از طرفین، ملاحظه تعادل عرفی در ارزش، ثبات اقتصادی در جامعه و... از مهمترین اسباب ایجاد موازنه ارزش نزد متعاقدين هستند و بالتبع، تخلف از هر یک می‌تواند موازنه را بر هم بزند.

نکته اساسی در شناسایی اسباب این موازنه آن است که می‌بایست شرایط حاکم بر انعقاد قرارداد و همچنین، تراضی طرفین را در نظر گرفت. برای مثال، برخی از شروط و اوصاف، ممکن است در نظر عرف، ارزش‌ساز نبوده و در موازنه لحاظ نشود، لکن طرفین، صریحاً یا ضمناً آن شرط را در محاسبه ارزش دخیل دانسته باشند. بنابراین هر چند تعیین اسباب مؤثر در ارزش، تراضی طرفین با ملاک شخصی است، نقش ملاک نوعی، درباره اثبات دعوی است؛ یعنی اگر عرف، وصف یا شرطی را مؤثر بداند، مدعی خلاف آن باید مدعای خود را اثبات کند.

خداشه در موازنه ارزش، ممکن است ناشی از تخلف یک طرف نسبت به سبب موازنه، جهل یک یا هر دوی ایشان و یا عوامل خارجی چون برهم‌خوردن شرایط اقتصادی باشد. برخی از اختیارات در قانون مدنی به‌عنوان علاجی برای برهم‌خوردن موازنه ارزش وضع شده‌اند. خیار غبن، عیب، تدلیس، تخلف از وصف، تخلف از شرط، تعذر و فساد شرط، از جمله این موارد هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶۵). باین‌حال باید توجه داشت که به غیر از دو خیار نخست، رابطه سایر اختیارات با موازنه ارزش، عموم و خصوص من‌وجه است؛ یعنی ممکن است خیار ایجاد شود، لکن علت آن، خداشه در موازنه در ارزش نباشد. به‌عنوان نمونه، تدلیس گاهی موجب برهم‌خوردن موازنه ارزش می‌شود. گاهی نیز فریب، زیانی به بار نمی‌آورد و در ارزش، لحاظ نمی‌شود ولی باز هم مستلزم خیار تدلیس است (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص. ۳۰۷-۳۰۸). به‌علاوه، قانون مدنی در ماده ۷۶۴، مطلق صلح را مجرای خیار تدلیس می‌داند ولو آنکه صلح، مسامحی یا محاباتی (یعنی بدون لحاظ توازن در ارزش) باشد. همین‌طور است خیار تخلف از شرط و وصف، در جایی که این دو در ارزش، نقشی نداشته باشند.

۳-۱. مجری

موازنه در ارزش عوضین همان‌طور که از عنوان آن به‌دست می‌آید، در جایی خواهد بود که دو عوض وجود داشته باشد. بنابراین در گام نخست، عقود مجانی و یا یک تعهدی نمی‌توانند مجرای موازنه ارزش باشند. در میان عقود معوض نیز تنها در آن دسته از عقود که تعهدات طرفین جنبه مالی دارد، موازنه قابل طرح است. از این‌رو، عقود

معوض مالی را می‌توان مجرای اصلی موازنه ارزش‌ها دانست مگر آنکه قیودی چون محاباتی بودن، مانعی برای موازنه باشد.

در واقع، یکی از مجاری موازنه ارزش، عقود معاوضی است. برخی از نویسندگان، معاوضی بودن را همان معوض بودن می‌دانند (صفایی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۵۰۵؛ ره‌پیک، ۱۳۹۴، ص ۵۵)، ولی برخی دیگر، عقود معوض را به معاوضی و غیرمعاوضی تقسیم می‌کنند. در این میان برخی، مالی و متقابل بودن تعهدات را ارکان معاوضی بودن عقد دانسته‌اند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۰۱) و برخی، معلوم و مشخص بودن میزان تعهدات را ملاک معاوضی بودن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۱، صص ۱۲۸-۱۳۰).

در نظر گروه نخست از دو دیدگاه اخیر، عقود غیرمعاوضی شامل عقود قیودی چون نکاح که موجد تعهدات مالی نیستند و همچنین، عقودی که در آن، تقابل عوضین وجود ندارد مانند هبه معوض و عقود مشارکتی، نخواهد بود. در دیدگاه دوم، در مقابل عقود معاوضی، عقود مخاطره‌ای قرار دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۱، صص ۱۲۸-۱۳۰).

با این همه، در عقود معوض غیرمعاوضی در هر دو معنا، طرفین بدون لحاظ موازنه ارزش‌ها عقد را منعقد نمی‌کنند. درست است که در عقود مخاطره‌ای، متعاقدین به استقبال خطر و غرر می‌روند، اما نسبت به تمامی جنبه‌های تعهداتشان که مرتبط با ارزش است، مسامحه نمی‌کنند؛ از این رو است که خیار تدلیس در عقدی چون بیمه^۴ وجود دارد. دارد. از این رو است در خصوص عقد بیمه و همچنین، عقود قیودی چون قبالة^۵ گفته شده است موازنه به‌طور ظنی برقرار می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص ۲۱-۲۲).

افزون بر این، در عقود مشارکتی نیز که ماهیتی احتمالی دارند، طرفین، موازنه ارزش را لحاظ می‌کنند. برای مثال در عقد مضاربه ولو قائل به تقابل دقیق عوضین در آن نباشیم، موارد خدشه در توازن ارزش مانند غبن قابل تصور است. حتی در عقودی که ممکن است از دید برخی مسامحه‌ای تلقی شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، صص ۲۱۶)، بنای طرفین همواره بر عدم موازنه ارزش نمی‌باشد. از این رو در عقد جعالة نیز خدشه در اسباب موازنه، قابل تصور است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۶، ج ۱، صص ۲۱۸-۲۱۹) و علی‌رغم جایز بودن، از موجبات ضمان است.

همچنین، هر چند در هبه معوضی که شرط عوض در آن، در تراضی طرفین با

احتساب ارزش عین موهوبه، لحاظ شده است، در صورت عیب عین موهوبه، بعضی از اساتید قائل به حق فسخ و ازش نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ح ۵، ص ۲۴۶). باین حال، به نظر می‌رسد صرف نظر از اینکه قرارداد هبه، عقدی مسامحه‌ای و رایگان است، شرط عوض در آن، می‌تواند در مقابل مال موهوب قرار گیرد. در این صورت، موازنه ارزش عوض و موهوب، آشکارا مدنظر طرفین بوده است و از این رو است که برخی نیز ارزش را در فرض عیب عوض، تجویز کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۱۰). به همین قیاس، در عقد رهن نیز از آنجایی که عقد، معوض است، می‌بایست موازنه ارزش برقرار باشد و در صورت عیب عین مرهونه، علی‌رغم جایز بودن عقد از سوی مرتهن، مطالبه ازش ممکن است.

علاوه بر عقود معوض مالی، در ایقاعاتی که در آن، دو تعهد مالی وجود دارد نیز موازنه جاری است. برای مثال در اخذ به شفعه که در آن، شفیع در برابر مبیع، بدل ثمن را به‌عنوان عوض می‌پردازد، موازنه در ارزش لحاظ شده است.^۶ همین‌طور در خُلَع (اگر ماهیت آن عقد معوض تلقی نشود)، خدشه در ارزش فدیسه، غیر قابل پذیرش و در صورت عیب عوض، زوج مستحق ازش است (شهید ثانی، ۱۳۹۱، ج ۱۰، ص ۳۲۶). به‌اضافه، در فسخ عقود معوض نیز موازنه حاکم است و در این فرض، هر یک از طرفین می‌بایست عوضی که دریافت نموده را مسترد نماید و در صورت رخ داد عیب یا تلف، ضامن ازش یا بدل مورد معامله می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص ۸۵-۸۶).

۲. عدول از انحصار فسخ؛ مبانی و موانع

برهم‌خوردن موازنه ارزش، یکی از انحاء نقض قرارداد است؛ نقضی که قانون مدنی ایران به‌تبع نظرات مشهور فقه امامیه، اعطای حق فسخ را ضمانت اجرای اصلی آن، تلقی کرده است. باین حال، ضمانت اجراهایی چون دریافت ازش در خیار عیب^۷، اجرای اجباری در شرط فعل^۸، مطالبه بدل در معامله مال کلی^۹ نیز به‌طور محدود در قانون مدنی پذیرفته شده است. در تلقی فسخ به‌عنوان ضمانت اجرای اولیه، از آن حیث که این نوع از نقض، عقلاً و عرفاً قابل جبران می‌باشد، جای تردید است؛ خصوصاً آنکه در نظام حقوقی ایران، اجرای اجباری عین تعهد، طریق اصلی مقابله با نقض، شناخته می‌شود (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۴۳). با این توضیح، در این مجال، نخست مبانی

اجتناب از فسخ به عنوان یگانه راه حل مقابله با خدشه در موازنه ارزش و سپس، موانع ارائه راهکارهایی در عرض فسخ قرارداد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱. مبانی

۲-۱-۱. ابقاء قرارداد

اصل ابقاء قرارداد در متون حقوقی داخلی، حاوی این اندیشه است که تا حد امکان، می‌بایست در انتخاب بین انحلال قرارداد و بقای آن، جانب بقاء را گرفت و قرارداد منعقد شده را زنده نگه داشت. در حقوق ایران، دکتر جعفری لنگرودی این نظریه را از ابداعات خود دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ب، ص. ۲۶) و در تشریح عناصر لازم جهت تمسک به اصل ابقاء عقد گفته‌اند: ۱- قرارداد باید با تمامی عناصر عمومی و اختصاصی آن واقع شده باشد. ۲- در خود عقد یا در اجراء آن خللی وارد شده باشد. ۳- ابقاء و اصلاح قرارداد ممکن باشد. ۴- مصلحت اجتماعی در نظام معاملات و عقود به حسب قانون و یا عرف مسلم، اقتضاء ابقاء آن عقد را کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۲۶۳).

ایشان که مبنای اولیه این اصل را در میل فطری به بقاء و حبّ ذات می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۱)، بر این باور است که انسان از دیرباز به دنبال جاودانگی است و در تقابل میان بقاء و فنا، تداوم موجود در نظر نوع بشر، مرجح است. در عرصه قراردادها نیز سیره عقلاء و عرف می‌پذیرد که قراردادی که با توافق طرفین به منظور دستیابی به منافع مشخصی منعقد شده است، در مواجهه با اختلالات حفظ شود. باین حال، موجبات خدشه می‌بایست برطرف شده و قرارداد مرمت شود. تکیه اصلی این اندیشه در حوزه قرارداد را شاید بتوان منافع ناشی از حفظ قرارداد دانست. به دیگر بیان، اینکه قرارداد در صورت به وجود آمدن هر گونه خدشه در معرض نابودی قرار گیرد، نه اهداف قراردادی متعاقدين و نه مصلحت جامعه در پایداری و استحکام معاملات را محقق می‌سازد و نه رونق تجاری و اقتصادی را به همراه می‌آورد. فسخ قرارداد علی‌رغم آنکه در برخی موارد همان‌طور که از تحلیل‌های اقتصادی مبتنی بر کارآمدی قرارداد و کسب حداکثر سود برمی‌آید، مؤثر به نظر می‌رسد، در نگاهی عمیق‌تر نمی‌تواند منافع فرد و جامعه را به‌طور متعادل تأمین سازد. انعقاد قرارداد، یک

کنش فعالانه است که به دنبال اثبات موقعیت و اهدافی مشخص است و فسخ در مقابل، آثار اثباتی را محو می‌سازد و متعاقبین را به نقطه آغاز بازمی‌گرداند؛ نقطه‌ای که اگر مطلوب بود، منشأ تحرک قراردادی نبود.

افزون بر این سیره، روایات متعددی، مؤید ابقاء قرارداد مخدوش، گرفته شده و قرارداد از اساس، باطل اعلان نگشته است. گویی این مبنا به ضمیمه روایات مؤید آن، مستند قانون-گذار در وضع مواد مختلفی از قوانین موضوعه شده است. قابلیت تنفیذ عقود اکراهی و فضولی (مادتین ۲۰۹ و ۲۴۷ قانون مدنی)، ارش عیب (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)، اجرای اجباری شرط فعل (ماده ۲۳۸ قانون مدنی)، عدم تسری بطلان شرط به عقد در همه مصادیق (ماده ۲۳۲ قانون مدنی)، الزام به تسلیم مال کلی دیگر (مواد ۴۱۴، ۴۳۲، ۴۸۷ قانون مدنی)، تبعض صفقه و تقلیل ثمن و اجاره بها در عین ابقاء عقد (مادتین ۴۴۱ و ۴۸۳ قانون مدنی)، سقوط خیار عیب در اجاره در فرض تعمیر و رفع عیب (ماده ۴۷۸ قانون مدنی)، تعویض کالا یا تعمیر و رفع عیب (بند ۳ ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده و مواد ۳ و ۴ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو)، اختیار فسخ یا دریافت اضافه حق بیمه برای بیمه‌گر در ماده ۱۳ قانون بیمه در فرض تدلیس غیر عمد، تعمیر عین مستأجره (بندهای ۲ و ۵ ماده ۱۲ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶ و بند ۳ ماده ۶ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۶۲)، عدم اجرای حکم تخلیه در صورت پرداخت اجاره بها (موضوع ارفاق بند ۹ ماده ۱۴ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۵۶) و تعیین اجاره بها توسط دادگاه (ماده ۳ قانون روابط مؤجر و مستأجر ۱۳۶۲) نمونه‌هایی از گرایش قانون‌گذار به پذیرش اصل ابقاء عقد در عین مرمت و اصلاح آن می‌باشد.

در حقوق خارجی نیز از اصل ابقاء عقود با مضمونی نسبتاً مشابه تحت عنوان «اصل به نفع قرارداد»^{۱۱} یاد می‌شود؛ اصلی که بر مبنای آن، تمامی تمهیدات حقوقی می‌بایست در خدمت حفظ و نگهداری قرارداد به کار گرفته شود. به عبارت دیگر، در هر جا که ممکن باشد، می‌بایست راهکاری اتخاذ شود که به نفع بقای معتبر قرارداد در برابر فسخ زودرس آن به ابتکار یکی از طرفین باشد (Keller, 2008, pp. 247, 249).

گفتنی است که آثار پذیرش این اصل در مواد مختلفی از اسناد بین‌المللی چون کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^{۱۱}، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۲} و اصول اروپایی

حقوق قراردادها^{۱۳} نیز منعکس شده است. در این اسناد، رویکرد حفاظت از قرارداد و تفسیر اعمال طرفین در جهت تحقق و حفظ قرارداد، قابل شناسایی است و آثار پذیرش این اصل در اسناد بین‌المللی مذکور، در دو گروه قابل دسته‌بندی است: گروه نخست، مواردی از اعمال قاعده است که صرفاً در جهت حفظ قرارداد و تلاش برای اثبات انعقاد قرارداد بدون لحاظ موازنه ارزش می‌باشد، مانند استقرار ثمن المثل در فرض عدم توافق طرفین به منظور پیشگیری از بطلان قرارداد موضوع مواد ۵۵ کنوانسیون بیع و همچنین مواد ۷،۱،۵ اصول قراردادهای تجاری و ۶،۱۰۴ اصول اروپایی. همچنین است رویکردی موسع به قبول معتبر موضوع مواد ۱۹،۲،۱،۱۱ و ۲:۲۰۸ این اسناد (به ترتیب پیشین). در نتیجه چنین رویکردی است که گفته شده هر گاه در ایجاد قرارداد در اثر شک نسبت به تراضی، شبهه ایجاد شود، می‌بایست به گونه‌ای تفسیر شود که قرارداد محقق شده باشد (Gavrilovic, 2020, pp. 1-2).

گروه دوم اما قواعدی است که ناظر به بحث حاضر در جهت اعاده موازنه در ارزش است، مانند پذیرش نهاد نقض اساسی در این اسناد به منظور پیش بینی ضمانت اجراهای شدیدتر نسبت به سایر اقسام نقض و اختصاص فسخ به تحقق عنوان نقض اساسی موضوع مواد ۴۹،۷،۳،۱ و ۹:۳۰۱ و ۹:۳۰۴ این اسناد. همچنین، ساز و کارهایی چون تقلیل ثمن در مواد ۵۰،۷،۳،۶ و ۹،۴۰۱، تعمیر، تعویض کالا موضع مواد ۴۶ و ۷،۲،۳ و تعدیل^{۱۴} قرارداد در فرض تعسر ایفاء تعهد و تغییر اوضاع و احوال^{۱۵} موضوع مواد ۶:۱۱۱ و ۷۹،۶،۲،۳ این اسناد، از جمله آثار پذیرش این اصل است. بنابراین، در این اسناد، به صورت آشکار پذیرش فسخ در بسیاری از مصادیق نقض تعهد، ضمانت‌اجرائی سنگین دانسته شده و بازنگری در قرارداد، جایگزین آن شده است (Kornet, 2011, p. 17).

با این توضیح، کاربرد این اصل در بحث حاضر از این جهت است که برهم‌خوردن موازنه در بسیاری از مصادیق، قابل جبران از طریق غیر از فسخ عقد می‌باشد. از این رو، برای نمونه در موردی که مورد معامله معیوب بوده یا فاقد اوصاف فرعی مورد نظر است، می‌توان در جهت پایبندی به اصل ابقاء قرارداد و پرهیز از فسخ آن، از ملزومات اراده متعاقدين، عرف و اصول حقوقی استمداد نمود و طریقی در عرض فسخ یا مقدم بر آن مانند ماده ۴۷۸ قانون مدنی ارائه کرد.

۲-۱-۲. نفی ضرر

یکی از مبانی یا مؤیدات اصلی برخی از خیارات، قاعده لاضرر می‌باشد؛ با این تقریر که حکم لزوم قراردادی که مستلزم اضرار به یکی از متعاقدين است، به موجب این قاعده برداشته می‌شود و در نتیجه حکم ثانویه، قرارداد قابل فسخ می‌شود (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص ۶۲-۶۳؛ محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۱، صص ۱۴۳-۱۴۴). باین حال، باید توجه داشت که برخی اوقات، محصول اعمال قاعده لاضرر ممکن است مضراتی را در پی داشته باشد؛ یعنی فسخ قرارداد مستلزم ضرر متعاقدين به خصوص ذوالخيار باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، صص ۱۴-۱۶). در این بند، ضرر ناشی از فسخ قرارداد را در دو قسمت بررسی می‌کنیم:

الف) ذوالخيار ممکن است از فسخ قرارداد زیان کند و بخشی از این زیان، به دلیل محرومیت از مورد معامله است که علی‌رغم آنکه در اثر وجود یک اختلال، موازنه در عوضین به هم خورده، لکن حفظ کلیت آن برای متعهدله، واجد نفع است. در مواردی که به علت تخلف، امتناع یا فساد شرط، تخلف از وصف، برهم خوردن تعادل اقتصادی در ارزش عوضین، دروغ و کذب بایع در بیع مرابحه و... حق فسخ ایجاد می‌شود، نمی‌توان ادعا کرد که خدشه در موازنه، علی‌رغم اهمیت آن، تمامی مطلوبیت و منفعت متوقع از قرارداد را برای متعهدله ذوالخيار از بین می‌برد؛ بلکه ممکن است علی‌رغم تخلف، عین مبیع برای مشتری مطلوب باشد؛ به خصوص آنکه در شرایط اقتصادی عصر حاضر، فسخ قرارداد و بازگشت به وضعیت حین العقد، حداقل برای یکی از طرفین (معمولاً متعهد به پرداخت عوض) زیان‌بار است. در این صورت، اعطای این اختیار به او که یا قرارداد را فسخ کند و عوض یا معوض خود را دریافت کند و یا قرارداد را ابقاء کند و ضرر ناشی از عدم موازنه ارزش را متحمل شود، موجب اضرار و تحمیل احد الضررين است؛ در حالی که ذوالخيار به قرارداد پایبند بوده و تخلفی نکرده است.

افزون بر این، غرض متعاقدين از انعقاد قرارداد، نیل به موضوع تعهد طرف مقابل است؛ تخلف از این غرض تنها در صورتی مجاز است که هیچ راه دیگری برای دفع ضرر از متضرر نباشد، و اِلّا تجویز فسخ، نقض غرض قرارداد است. از این رو، اگر ضرر ناشی از برهم خوردن موازنه ارزش جبران نشود و در عین حال، متضرر فقط بتواند

عقد را فسخ کند (که آن هم مستلزم زیان است)، نه قرارداد و نه لاضرر به هدف خود نرسیده و ضرر ادامه خواهد داشت. برای نمونه، در عقد بیعی مشتری بدون رؤیت و به صرف توصیف بایع، باغی با موقعیت مناسب و خاک حاصلخیز متصف به دو هزار درخت گردو ابتیاع می‌کند. بعد از انعقاد قرارداد و تسلیم، مشخص می‌شود باغ دارای هزار و پانصد درخت است. در این صورت، بدیهی است که تخلف از وصف، منجر به ضرر مشتری است و او می‌تواند با فسخ عقد، ثمن خود را دریافت نماید.^{۱۶} لکن از آن بدیهی‌تر این است که ضرر ناشی از فسخ بیع باغی با این اوصاف به علت نقصان پانصد درخت، برای مشتری آن هم در مورد مبیعی قیمی که اشباه و نظائر آن یافت نخواهد شد، بیشتر از زیان حفظ باغ موصوف است.

ب) جدای از زیان ناشی از محرومیت از عین مورد معامله، خسارات دیگری در اثر انحلال قرارداد به طرفین وارد می‌شود. توضیح آنکه بر مبنای رویکرد اقتصادی، انجام معامله هزینه‌هایی را به طرفین تحمیل می‌کند و در این میان، فسخ قرارداد هزینه‌های وارده را عبث و بیهوده می‌سازد. توضیح آنکه هزینه‌های معامله را می‌توان به دو دسته هزینه‌های مستقیم ناشی از انجام معامله و هزینه‌های غیرمستقیم تقسیم کرد. هزینه‌های مستقیم شامل مواردی چون صرف وقت برای یافتن طرف معامله و مذاکره برای رسیدن به توافق و همچنین، هزینه‌های تنظیم قرارداد (رضایی استخرویه و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، ص. ۲۹۷)، ساخت و تهیه، حمل و تسلیم آن و... می‌باشد. هزینه‌های غیرمستقیم نیز شامل مواردی است که بدون واسطه، معلول قرارداد نبوده، ولی انعقاد قرارداد و سپس فسخ، آن را به طرفین تحمیل می‌نماید. برای مثال، محرومیت از انجام معاملات دیگر و همچنین، اختلال در ایفای تعهدات طرفین نسبت به اشخاص ثالث (حسینی مدرس و گلشنی، ۱۳۹۲، ص. ۳۰) به سبب محرومیت ایشان از عوضین قرارداد فسخ شده، از این دست خسارات محسوب می‌شوند.

البته به نظر می‌رسد مفاد قاعده لاضرر و قلمرو آن، تحمل این حجم از خسارات ناشی از فسخ را ندارد. از این رو اگر مبنای اصلی یا یکی از مبنای فسخ قرارداد در صورت برهم خوردن موازنه ارزش، لاضرر باشد، خود لاضرر از سوی دیگر علیه فسخ قرارداد، قابل جریان است. از این منظر اگر توان قاعده لاضرر را صرفاً در نفی احکام

ضرری خلاصه نماییم، دو قاعده لاضرر با یکدیگر تعارض نموده و در صورت عدم رجحان، تساقط می‌کنند. اما اگر لاضرر را صرفاً نافی احکام ضرری ندانیم و بر مبنای مستندات عقلی، این قاعده را مثبت حکم بدانیم (محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۱۶۰-۱۶۱) استخدام قاعده لاضرر در مواضع برهم خوردن موازنه ارزش‌ها می‌تواند از نفی ضرر ناشی از فسخ و ضرر ناشی از لزوم، حکمی جدید بر جبران ضرر را از طریق غرامت اعم از عین، مثل یا قیمت اثبات نماید.

۲-۲. موانع

۲-۲-۱. عدم تقابل شرط و وصف با عوض

در میان فقهای امامیه، در خصوص آنکه وصف و شرط چه جایگاهی در قرارداد دارند، اختلاف نظر وجود دارد. بر مبنای دو اصطلاح «الواصف لاتقابل بالاعواض» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص. ۱۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۱۲۵) و «ان الشروط لا یوزع علیها الثمن» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۲۳؛ شهید اول، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۱۶) که برخی از نویسندگان در اعتبار آنها تردید کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، صص. ۱۷۹، ۱۸۶)، شرط و وصف در عقود معوض بخشی از عوض را به خود اختصاص نمی‌دهند. در توجیه این نگرش گفته شده است که عوض در مقابل اجزاء معوض یعنی ذات معوض قرار می‌گیرد. در مقابل، گروهی از فقیهان، برای وصف و شرط، سهمی در ثمن قائل شده «للو وصف قسط من الثمن» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۸۴) و «ان للشرط قسطاً من الثمن» (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۲۸۳) و در صورت تخلف از شرط یا وصف و تعذر شرط، کاستن از ثمن را تحت عنوان ارزش ممکن می‌دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۴۲؛ سبحانی، ۱۴۲۳ق، ص. ۸۱).

در مقام امعان نظر راجع به ارتباط این دو مؤثوره، گروهی از فقیهان جانب یکی از دو عبارت را گرفته و وفق آن حکم داده‌اند. برخی دیگر اما میان این دو، جمع نموده‌اند. مطالعه طرق جمع بین این دو قاعده، رساله‌ای جداگانه می‌طلبد؛ کما اینکه پیشینیان بدان پرداخته‌اند (نریمانی زمان‌آبادی و فخلعی، ۱۳۹۴، صص. ۳۲-۳۳) و البته، در بحث حاضر آنچه مورد نظر است، ارزیابی دو مؤثوره نخست و نقد نتیجه احتمالی آن است که «چون شرط و وصف در مقابل عوض نیستند، در مواردی که تخلفی از شرط یا وصف

رخ می‌دهد، تنها راهکار مشروط‌آله یا موصوف‌آله، فسخ قرارداد یا بقاء عقد با موازنه مخدوش است، زیرا ارزشی از عوض در مقابل وصف یا شرط واقع نشده که در نتیجه تخلف مسترد گردد».

به نظر ما، این دو قاعده (تقابل و عدم تقابل) با یکدیگر قابل جمع و با عدول از انحصار فسخ در تعارض نیستند، بلکه در خدمت آن خواهد بود. توضیح آنکه شرط یا وصف در مقابل جزئی از ثمن نیست و ثمن بر آن توزیع نمی‌شود. لکن این بدین معنا نیست که برخی از شروط یا صفات در ارزش مورد معامله بی‌تأثیر باشند. به عبارت دیگر، بسیاری از اوصاف و شروط باعث زیادت ارزش و ثمن خواهند بود، لکن در انشاء عقد، از آنجایی که ثمن و عوض در برابر اجزاء ذات مبیع و معوض هستند، شروط و صفات در مقابل ثمن محاسبه نمی‌شود (نجفی خوانساری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۹۸). برای مثال، مشتری نمی‌گوید نود میلیون را برای خود آپارتمان می‌دهم و ده میلیون ثمن را برای کاغذ دیواری موصوف، بلکه تمام صد میلیون برای تمام آپارتمان است. باید توجه داشت که در این مثال، عوض برای معوض موصوف یا مشروط پرداخت شده است و در محاسبه موازنه ارزش در نزد طرفین، شرط و وصف، نقش داشته و آن را افزوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۸۴). در حقیقت، در هر جزء معوض، تأثیر ارزش شرط یا وصف، توزیع شده و جزء جزء معوض با آن وصف یا شرط لحاظ شده است.

به باور ما، مقتضای این نوع جمع آن است که: نخست، در صورت تخلف از آن دو، عقد تجزیه نمی‌شود، تبعض صفتی رخ نمی‌دهد و چون جزئی از معوض نبوده، موجب جهل به عوضین نبوده و تخلف از آن، منجر به بطلان کل قرارداد نمی‌شود. دوم، در صورت تخلف، غرامت (ارش) وصف یا شرط لازم نیست از ثمن یا عوض پرداخت شود؛ چرا که این دو در مقابل عوض محسوب نشده و می‌تواند از خارج پرداخت شود. از همین رو گفته شده، حتی در صورت شخصی بودن ثمن، پرداخت ارش از محل عین ثمن متعین نبوده، بلکه می‌تواند از نقدین یعنی طلا و نقره پرداخت شود؛ و اینکه در روایت گفته شده «از ثمن به مقدار عیب کاسته می‌شود»، ناظر به غالبی بودن وصول ثمن از نقدین است و الفاظ روایت بر موردی که ثمن کلی فی‌الذمه بر ذمه مشتری بوده است، حمل می‌شود (انصاری، ۱۳۹۵، ج ۱۰، صص. ۷۹-۸۰). می‌بایست توجه داشت

که در مقابل، برخی صاحب‌نظران، ارزش مصطلح را بخشی از عوض دانسته‌اند که می‌بایست مسترد شود، لکن از نظر ایشان نیز پرداخت مابه‌التفاوت شرط در قالب چیزی مشابه ارزش که عوض نبوده بلکه در حکم آن است، ممکن می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۳۳۲). سوم، ارزش شرط و وصف مورد تخلف، بر مبنای نسبت آن در عوض خواهد بود، نه ارزش بازاری آن؛ زیرا این دو، داخل در ثمن محاسبه شده‌اند.

بر این بنیاد، اگر شرط یا وصفی در ارزش دخیل باشد، بنابر مقتضای اول، عقد باطل نبوده؛ چون جزء معوض نمی‌باشد. این تعبیر، مطابق با قاعده ابقاء عقود و پرهیز از بطلان کلی یا جزئی قرارداد می‌باشد. افزون بر این، چون مابه‌التفاوت فرض ایفاء شرط و وصف و تخلف از آن، به‌عنوان ارزش قابل پرداخت است، عدم فسخ، ضرری را برای متعهدله به همراه ندارد و از این رو، هدف ابقاء عقد تضمین می‌شود. این تقریر همچنین با قاعده منع دارا شدن بلاجهت نیز سازگار است؛ به این صورت که بر وفق این قاعده که یکی از مستندات آن در فقه اسلامی را می‌توان صدر و ذیل آیه تراضی^{۱۷} دانست، تملک و انتفاع از اموال اشخاص، مورد نهی قرار گرفته است، مگر آنکه در اصطلاح، اکل مال ناشی از تراضی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، الف، ج ۲، ص. ۳۹۱). در فرض حاضر نیز در صورت تخلف از شرط یا وصف، تراضی مدنظر متعاقدين (که در قالب سه اصل موازنه تجلی یافته)، مخدوش می‌شود. بنابراین وصول کامل عوض که وصف یا شرط متخلف عنه مؤثر در زیاده آن بوده، نسبت به آن زیاده، اکل مال به باطل محسوب شده و منهی است و پیش‌بینی امکان فسخ قرارداد و عدم فسخ از سوی ذوالخیار به‌خودی‌خود مستلزم حصول تراضی و یا رضایت وی به این دارا شدن (نسبت به مابه‌التفاوت) نمی‌باشد.

۲-۲-۲. عدم حمایت فقهی - قانونی

قانون مدنی به‌عنوان قانون مادر در حوزه قراردادها، بیشترین بها را به فسخ داده است؛ با این وصف، از نقطه نظر قانون مدنی، مهم‌ترین مانع برای عدول از انحصار فسخ، سکوت قانون‌گذار است. با این حال، باید توجه داشت که مقنن در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی امکان توسل به طرق دیگر را منع نکرده است؛ افزون بر آنکه قانون‌گذار در قوانین خاص، در مواضع خدشه در موازنه، تسلیم انحصار فسخ نبوده است.^{۱۸} از این رو،

چه بسا بتوان علت سکوت قانون‌گذار را در منابع فقهی قانون مدنی جستجو نمود؛ چرا که در منابع فقهی، فسخ قوی‌ترین ضمانت اجرای برهم‌خوردن تعادل و توازن ارزش‌هاست. در این مجال از نوشتار، ابتدا به طرح مهمترین علل انحصار فسخ و سپس، به استدلال در جهت رفع آن خواهیم پرداخت.

الف) ارش، خلاف قاعده است و تنها به جهات منصوص، پذیرفته شده و اصل نیز برائت ذمه از ارش است. مهم‌ترین مستند ارش را فقهاء عظام، اخبار مربوط به خیار عیب دانسته‌اند (حر عاملی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸، ص ۳۰) به طوری که نصوص مذکور را مخصّص قاعده عام عدم تقابل اوصاف (در این فرض، وصف صحت) با اعواض می‌دانند. در نتیجه، برخی برای وصف صحت قائل به جزئیت شده و ارش را برای آن ممکن می‌دانند (صاحب‌جوهر، ۱۳۶۳، ج ۲۳، صص ۲۳۶-۲۳۷) و در این اخبار، ارش در فرضی برای عیب قابل مطالبه است که امکان رد مبیع و فسخ وجود نداشته باشد. مشهور فقهاء لکن این تفسیر از روایات خیار عیب را نپذیرفته و مستنداً به اجماع، قائل به ارش در عرض فسخ شده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۲۵۸). بنابراین، این استدلال که ارش خلاف قاعده است و تنها در مورد روایت، قابل مطالبه است و اصل نیز برائت ذمه نسبت به ارش می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۶، ص ۴۲۷)، از هر سه جهت خدشه‌پذیر است.

به باور ما، از یک‌سو، ارش بنابر ماهیت ارائه شده، از ثمن نبوده و غرامتی مجزاست (انصاری، ۱۳۹۵، ج ۱۰، ص ۷۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص ۲۶۳). بنابراین در تقابل با قاعده «الاصاف لایقابل بالاعواض» نمی‌باشد. از سوی دیگر، روایت مؤید ارش عیب، در حدود ظاهر خود تفسیر نمی‌شود بلکه به دلیل خارجی اجماع (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص ۴۳۰) در عرض حق فسخ قرار گرفته است. از همین رو برخی از فقیهان، ارش را فی‌الجمله امری عقلایی دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۲۶).

افزون بر این، مجرای اصل عملی برائت جایی است که شک در اصل مکلف به وجود دارد؛ حال آنکه بر مبنای تراضی متعاقدین، طرفین با لحاظ وصف، شرط و... در ارزش مورد معامله نسبت یکدیگر تعهد کرده‌اند. بنابراین، هر گاه در خصوص تکلیف بایع نسبت به شرط یا وصف متخلف‌عنه و بدل آن شک شود، با شبهه بدویه

مواجه نیستیم تا اصل برائت جاری شود؛ زیرا اصل تکلیف، محرز است. همچنین، موضوع از قبیل دوران امر بین اقل و اکثر استقلالی نیست که قائل به علم تفصیلی نسبت به اقل (تعهد به عین) و قائل به برائت نسبت به اکثر (بدل) شویم؛ بلکه یک مکلف به (وجوب شرط یا وصف) به عهده متعهد وجود دارد که در صورت تعذر یا تخلف، برای آن، بدل طولی وجود دارد که همان مثل یا قیمت است.

در نتیجه، مانع فقهی برای تعمیم ارزش به سایر خيارات وجود ندارد؛ چون ارزش نه بر خلاف اصل است و نه منشأ آن در عیب، صرف روایت است؛ بلکه مبنای ارزش، سیره عقلاء نسبت به بقاء عقد است و این سیره تنها اختصاص به خيار عیب ندارد. افزون بر این، مورد مخصص نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص. ۲۴۹)؛ بدین معنا که ورود روایت راجع به عیب مانع از تسری آن به سایر خيارات نخواهد بود و چون ما اثبات کردیم که ارزش، خلاف قاعده نیست، بنابراین اکتفاء به قدر متیقن، بی‌دلیل است؛ به علاوه، از ملاحظه نظرات فقهای امامیه اجماع یا ادعای اجماعی بر اختصاص ارزش به خيار عیب به دست نمی‌آید؛ البته، شهرت این نظر که ارزش مختص به خيار عیب است غیرقابل انکار است؛ لکن در مقابل این شهرت، از نقطه نظر اصولی می‌توان پاسخ داد که حداقل مشهور اصولیون شهرت فتوایی را حجت نمی‌دانند (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۳۹۴؛ مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۱۴۶). در نتیجه نمی‌توان قائل به استنباط حکم شرعی بر مبنای وجود شهرت بر اختصاص ارزش به خيار عیب شد.

ب) تفسیر مضیق از عین مورد معامله. محدود دانستن مورد معامله به مصداق خارجی مبیع در عین معین یا مصداق تعیین شده سبب می‌شود، در صورت تخلف نسبت به اوصاف یا شروط مقرر، عملاً امکان ایفای تعهد منتفی شده و قرارداد در معرض انحلال قرار گیرد. این رویکرد منتج به احکامی می‌شود که ذیلاً بدان اشاره می‌شود.

مشهور فقهاء در فرض تخلف از وصف، در معامله بر عین معین، بذل مابه‌التفاوت و یا تعویض کالا را مانع سقوط خيار ندانسته‌اند (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، ص. ۴۱۰). علاوه بر این در جایی که مبیع، مال متساوی الاجزاء (به صورت عین معین) یا مختلف الاجزاء باشد و از شرط مقدار تخلف شود، مشهور فقیهان تنها قائل به تخییر بین فسخ قرارداد و یا امساک عقد و مطالبه زیاده ثمن شده‌اند و حقی برای مطالبه مابقی مبیع

موصوف قائل نمی‌شوند. در دو فرض پیش گفته، مبنای مشهور آن است که عقد بر روی عین معین واقع شده و دادن عین دیگر، خارج از تراضی متعاقدین بوده و نیاز به معاوضه جدید دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، صص. ۱۷۴-۱۷۵).

در رابطه با موضوع اخیر، روایت عمر بن حنظله از حضرت صادق (علیه‌السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸، ص. ۲۸) مبنای تخییر مشتری بین فسخ و امساک با دریافت مابه‌التفاوت است. در این روایت، معصوم (علیه‌السلام) در مورد بیع زمینی است که قرار بوده ده جریب باشد ولی بعد از بیع و اندازه‌گیری پنج جریب درآمده، دو اختیار را به مشتری می‌دهد: ۱- مطالبه اضافه ثمن پرداختی از بایع، ۲- فسخ عقد و استرداد کل ثمن. در ادامه ایشان می‌فرماید: در صورتی که بایع زمینی در اطراف آن داشت، می‌بایست از آن به مشتری بدهد و عقد لازم خواهد بود.

در مقام عمل به روایت، مشهور فقیهان به صدر روایت عمل کرده و ذیل روایت را رد نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ص. ۸۶). در این میان، برخی ذیل روایت را نیز معتبر دانسته و بدان عمل کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۲۸۷؛ مامقانی، ۱۳۵۰، ص. ۱۷۷). شیخ انصاری در اشکال به نظر اشخاصی که ذیل روایت (دادن زمین اضافه) را پذیرفته‌اند، می‌فرماید زمین از اموال مثلی نیست که مثل آن داده شود و نسبت به مقدار کاستی (پنج جریب) از ابتداء معاوضه‌ای واقع نشده تا الان بایع ضامن باشد و بخواهد مثلش را به جای قیمتش بدهد. ایشان در مورد عمل به صدر روایت نیز می‌فرماید: اگر هم ذیل روایت منطبق با قواعد نبوده و ظاهر آن مخالف اجماع باشد، ترک ذیل، مسقط قابلیت استدلال به صدر آن نخواهد بود» (انصاری، ۱۳۹۷، ج ۹، صص. ۴۱۰-۴۱۱).

در مقام قضاوت در خصوص نزاع، به نظر می‌رسد روایت در مقام بیان حکم در صورت تخلف از شرط مقدار است (که البته از حیث نتیجه، قابل تسری به سایر تخلفات نیز می‌باشد) و در این مقام، نمی‌توان روایت قوی‌السند و تمام‌الدلاله (مامقانی، ۱۳۵۰، ص. ۱۷۷) را طرد و تجزیه نمود و به برخی از آن عمل کرد و برخی از آن را ترک کرد؛ زیرا:

اولاً. اجماعی مخالف با ذیل روایت دیده نمی‌شود. توضیح آنکه در مقابل ایده عدول از انحصار فسخ، اجماعی وجود ندارد جز در همین فرض؛ یعنی اجماع بر تحقق تراضی

بر عین معینی که قابل تسری بر سایر اعیان نباشد. به علاوه، در اجماع منقول از شیخ انصاری در بحث حاضر، تردید وجود دارد؛ تردیدی جدی با این منشأ که مبنای اجماع نمی‌تواند حس باشد؛ زیرا در عصر غیبت، امام به صورت شناخته شده در میان مُجموعین حضور ندارد. همچنین، دلیل حجیت این اجماع نمی‌تواند لطف باشد؛ زیرا شیخ طوسی از متقدمین و علامه حلی از متأخرین، با آن مخالف هستند و خبر واحد مخالف نیز ضرورت لطف را از بین می‌برد. مضافاً، مبنای این اجماع نیز نمی‌تواند حدس از کشف رأی معصوم باشد؛ زیرا به نظر می‌رسد مبنای این نظر و حدس به انتساب آن به معصوم (علیه السلام) از مقدمات نظری و اجتهادی حاصل شده است که نمی‌تواند حجت باشد (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۱، صص. ۳۱۲-۳۱۳، ۳۲۴).

ثانیاً، منشا این تصور که اعیان دیگر، خارج از توافق طرفین می‌باشد، کجاست؟ طرفین بر بیع ده جریب زمین توافق کرده‌اند و حال، بیع از یکسو واجد شرط مقدار است و از سوی دیگر، حاوی اشاره‌ای به عین معین است. چه دلیلی برای تقدم اشاره بر شرط وجود دارد که ما قائل شویم چون مشارالیه، زمینی است که پنج جریب است، پس پنج جریب دیگر خارج از معاوضه است؟ به خصوص آنکه روایت اگر نگوییم نص، لاقلاً ظهور در لزوم جبران نقصان مبیع دارد.

از این رو، به باور ما، صدر و ذیل روایت فوق قابل پذیرش است؛ باوری که توالی زیر از آن، حاصل می‌شود: نخست، شرط تخلف از مقدار در اموال مثلی، به طریق اولی مشمول ذیل روایت می‌شود. به عنوان نمونه، در بیع کیسه گندم معینی که به جای صد کیلوگرم، نود کیلوگرم باشد، مشتری به طریق اولی مستحق ده کیلوگرم گندم مازاد است. دوم، در خصوص خیار تخلف از وصف، گفته شد که نظر مشهور، عدم سقوط خیار بر اثر پرداخت مابه‌التفاوت یا تعویض کالا است. لکن مشهور راجع به امکان مطالبه تعویض یا مابه‌التفاوت بحثی نکرده‌اند. در این خصوص، گفتیم که از یکسو، مجرای اصل براءت نمی‌باشد و لذا با لحاظ استدلال راجع به ارش، مطالبه مابه‌التفاوت ممکن است. راجع به مطالبه بدل کالا نیز قدر متیقن آن است در صورتی که مورد معامله مثلی باشد، بنابر ذیل روایت عمر بن حنظله این امکان وجود خواهد داشت.

در مقام جمع‌بندی باید یادآوری کرد همان‌طور که در ابتدای این نوشتار بدان

پرداختیم، نظریات مختلفی راجع به قلمرو عوضین ارائه شده است؛ نظریات مشهور بر این مبنا استوار شده است که مورد معامله صرفاً عینی است کلی یا معین، لکن بر مبنای تحلیل اقتصادی، مورد معامله مصداقی از موقعیت و مطلوب قراردادی است که بنا بر غلبه، موضوع تعهد طرفین واقع می‌شود؛ حال آنکه عین تسلیم شده چه به صورت معین و چه کلی، در جریان معامله موضوعیت ندارد (رضایی استخریویه و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴، صص. ۳۰۲ و ۳۰۳) مگر در فرض نادری که مورد معامله عین معین قیمی بوده و افزون بر این واجد خصیصه‌ای است که آن را به طور غیرقابل اغماض از سایر اعیان متمایز می‌سازد؛ مانند اموال عتیقه. این تلقی از مورد معامله سبب می‌شود، ضمانت اجرای اجباری عین تعهد با بن بست مواجه نشده و کارایی خود را باز بیاید؛ زیرا عین تعهد محصور در مصداق خارجی مورد توافق یا تسلیم نخواهد بود.

۳. مداخله قضائی در موازنه و ابزارهای آن

در فرض اختلال موازنه به علت دگرگونی بنیادین اوضاع و احوال دو نظر ارائه شده است: یک نظر به دنبال تعدیل قرارداد و حفظ آن و نظر دیگر در پی خاتمه قرارداد و انحلال آن (باستانی نامقی و پارسا پور، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۳) در این صورت، مشهور نویسندگان، جانب تعدیل قرارداد را گرفته و بر حفظ قرارداد تأکید کرده‌اند (صفایی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۱۷۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۷۹). لکن در فرض حاضر که خدشه موازنه در شرایطی مشابه با اوضاع و احوال حین انعقاد، رخ داده است، پیشنهاد غالب نظریه پردازان، خاتمه قرارداد است. در صورت عدم توافق مجدد طرفین و اقامه دعوی، در وضعیت فعلی قوانین حاکم، دادگاه برای اعاده موازنه مخدوش، دو روش را می‌تواند به کار گیرد: نخست، تفسیر قرارداد و مراجعه به اراده متعاقدین و دوم، مراجعه به اصول حقوقی.

۳-۱. تفسیر قرارداد

گاه ممکن است طرفین در قرارداد به صراحت توافقاتی راجع به صور خدشه در موازنه انجام دهند. برای مثال، بایع از عیوب مبیع تبری جوید و یا خیار غبن، اسقاط شود. در این صورت، قاضی نیازمند تفسیر قرارداد نبوده و در صورت اقامه دعوی راجع به

مطالبه ارزش یا مابه‌التفاوت ثمن و قیمت، وفق توافق طرفین رسیدگی کرده و حکم صادر می‌کند. با وجود این، عمدتاً طرفین راجع به اسباب اختلال در موازنه ارزش، از پیش توافق نمی‌کنند. در این صورت است که بعد از تحقق اختلاف و رجوع به محکمه، دادگاه می‌بایست اقدام به تفسیر قرارداد نماید. در این فرض ممکن است به‌طور ضمنی در قرارداد طرفین، شروطی وجود داشته که گرچه درج نشده است، لکن از مذاکرات طرفین یا عادات معاملاتی طرفین، قابل استنباط باشد. برای مثال، در رویه معاملاتی طرفین، رفع عیوب مبیع بر عهده بائع بوده و در معاملات قبلی، بائع، خود مبادرت به تعمیر کالا می‌نموده است. در این صورت نیز قضایی با مشکلی مواجه نیست.

فرض دیگر در جایی است که طرفین صریحاً یا متبانیاً توافقی راجع به حالت برهم خوردن موازنه نداشته باشند. در این صورت، قضایی می‌تواند به وسیله تفسیر شروط ارتكازی یا ضمنی عرفی در قرارداد به راه‌حل برسد. ارتكازیات، اموری هستند که در فطرت آدمی پایگاه دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص. ۵۲) و منظور از ارتكازیات توافق طرفین، آن شروطی است که طرفین بدون آنکه صریحاً یا ضمناً در قرارداد خود بدان اشاره کرده باشند و یا از رویه معاملاتی آنان قابل استنباط باشد، در ذهن طرفین رسوخ کرده و آن را از بدیهیات و مسلمات معامله خود دانسته باشند. با این وصف، تفاوت شروط ارتكازی با شروط ضمنی عرفی، در پشتوانه آن است به این نحو که شروط اول می‌بایست در ذهن طرفین وجود داشته باشد، لکن شروط دوم ولو طرفین بدان جاهل باشند، به سبب دلالت و انصراف الفاظ توافق بر عرف رایج، قابل استناد است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۱، صص. ۲۸۳-۲۸۴).

دادرس در مراجعه به ارتكازیات طرفین، به‌منظور اعمال موازنه قضایی موردنظر که حال با اقامه دعوا رسمیت یافته و احتمالاً به سبب عدم رعایت فوریت در اعمال خیار، تنها راهکار موجود است، می‌بایست دو امر را احراز نماید: نخست، شرط ارتكازی طرفین نسبت به لزوم برقراری موازنه ارزش در تعهدات و دوم، شرط ارتكازی نسبت به ترجیح ابقاء قرارداد و بازگرداندن موازنه به طریقی غیر از فسخ. احراز مورد نخست با مشکل چندانی مواجه نیست؛ زیرا اساساً وقتی طرفین، دو عوض متقابل را در قبال یکدیگر می‌پذیرند، در اعماق ذهن آنها، این دو نامتعادل نیستند، بلکه تعهد هر یک،

بهای تعهد دیگری است ولو آنکه آنها هرگز به برهم خوردن موازنه بر اثر تخلف از اجل یا شرط صفت یا... فکر نکرده باشند. احراز امر دوم اما در ذهن طرفین دشوار است. همان‌طور که گفته شد، ابقاء، ریشه در فطرت آدمی دارد و بنای عقلاء آن را تأیید می‌نماید. لکن با توجه به شیوع فسخ در معاملات و تمرکز قانون‌گذار بر اعطای فسخ و سکوت او نسبت به طرق دیگر، بعید است که با رویکردی منصفانه بتوان ضرورت ابقاء قرارداد را به اراده افراد (به‌خصوص اصل ابقاء ریشه در اصالت اجتماع دارد)، مستند ساخت. در این راه، در صورت وجود عرف مسلم، شرط ضمنی عرفی، می‌تواند بر مقررات تکمیلی خیارات (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵، ص. ۵۹) پیشی گیرد. برای مثال، در معامله کالایی خاص با وصف معین که دارای ارزش است، عرف در صورت تخلف از صفت، مبلغی را برای غرامت لازم الاداء بداند.

۳-۲. مراجعه به اصول حقوقی

به‌موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاه‌ها موظفند... در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده... یا اصلاً قانونی در قضیه مطروح وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». بنابراین در صورتی که دعویایی طرح شود که در آن، مشتری به سبب تخلف از وصف یا عدم تعادل عوضین، متقاضی پرداخت مابه‌التفاوت باشد (به‌ویژه آنکه خیار فسخ به سبب تراخی ساقط شده باشد)، قاضی با سکوت قانون‌گذار مواجه است و با نگاهی به ماده ۴۲۱ قانون مدنی متوجه می‌شود که هر چند مشخصاً پرداخت مابه‌التفاوت، موجب سقوط خیار نخواهد بود، لکن این قانون در خصوص امکان مطالبه مابه‌التفاوت از سوی مغیون یا موصوفله، ساکت است. در این صورت است که قاضی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی با قید مذکور مراجعه کند.

در خصوص اینکه آیا میان این سه منبع تقدم و تأخر وجود دارد، اختلاف نظر می‌باشد (جغتایی؛ نصیران نجف‌آبادی و عباسیان، ۱۳۹۸، صص. ۲۸۴-۲۸۹). با این حال، هر چند تلقی این سه منبع در عرض یکدیگر، موجه‌تر می‌باشد، مراجعه به اصول حقوقی در بحث حاضر، برای قضات و سیستم قضائی، منطقی‌تر و جهت‌پرهیز از

تشتت آراء، مرجح است؛ چرا که در مسئله حاضر، ادله اربعه مؤثر در مقام نبوده (به‌خصوص دیدیم که اجماعی وجود ندارد) و در میان فتاوی فقیهان نیز اختلاف نظر وجود دارد. به‌راستی آیا شخصی می‌تواند ادعا کند که تنها فتوایی معتبر است که تخلف از وصف یا شرط را مستحق غرامت نمی‌داند؟ (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳، صص. ۹۴-۹۵؛ خوانساری، بی تا، ج ۳، ص. ۱۲۵) یا بالعکس (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص. ۱۸۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص. ۴۲۶).

لذا به نظر می‌رسد قاضی باید حکم قضیه را با عنایت به اصول حقوقی استنباط نماید. در مسئله خدشه در موازنه ارزش‌ها، چند اصل حقوقی مهم که پیش‌تر عدم تغییر بلکه تناسب آن با موازین شرعی احراز گردید، قابلیت جریان دارد. اصل نخست، اصل موازنه ارزش است که از ابتدای توافق تا مرحله اجرای قرارداد، لازم‌التبعیت است. اصول دیگر نیز اصل ابقاء عقد، اصل لاضرر، اصل منع دارا شدن بلاجهت مستنبط از آیه تراضی، اصل تقدم اجرای اجباری عین تعهد بر فسخ و مطالبه خسارت می‌باشد. با این تجویز، در خصوص اینکه دادرس می‌بایست در مقام اعاده توازن چه کند، پیش‌بینی نسخه‌ای واحد غیرممکن است؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، ملاک موازنه در هر قرارداد، شخصی بوده و گستره تعهدات طرفین با لحاظ شرایط و اوضاع و احوال حاکم، منتهی به‌صورتی از توازن می‌گردد. باین حال، در دسته‌بندی طرق موازنه قضایی باید توجه داشت که اجرای عینی تعهد بر دادن بدل، اعم از مثل یا قیمت مقدم است؛ زیرا عین تعهد، مطلوب شخصی طرفین از قرارداد را محقق می‌سازد و بر عکس، اعطاء بدل غالباً مطلوبیت نوعی را به ارمغان می‌آورد. بر این مبنا، در فرض وجود عیب، تعمیر کالای معیب (همان‌گونه که در پاره‌ای از قوانین نیز پذیرفته شده است) یا تعویض کالای معیب و یا فاقد وصف یا شرط و تسلیم کالای منطبق با توافق (ولو مورد عین معین باشد) بر دادن ارزش به‌عنوان بدل، مقدم است. در همین راستا، می‌توان از ملاک ماده ۴۷۸ قانون مدنی در اجاره بهره برد و حتی قائل به ایجاد حق برای متعهدله نسبت به رفع عیب در عرض یا مقدم بر فسخ شد. به‌طورکلی، به‌عنوان یک ضابطه می‌توان امکان جایگزینی موضوع تعهد را در مصداق منطبق در تمامی صورتی که کالا قیمتی نباشد، پذیرفت. در موردی که موضوع تعهد قیمتی باشد، نیز به نظر می‌رسد با نظر به

ذیل روایت عمر بن حنظله (در مورد اراضی مجاور) در صورتی که برای متعهد عرفاً امکان‌پذیر باشد، اجراء عینی تعهد مقدم خواهد بود و آلاً، پرداخت مابه‌التفاوت آن‌گونه که در ماده ۱۴۹ قانون ثبت و ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان مقرر شده، مقدم خواهد بود. در سایر موارد مانند تدلیس، تخلف، تعذر یا فساد شرط، تخلف از وصف، کذب، تأخیر ثمن و تعذر تسلیم (عدم رعایت اجل)... به نظر می‌رسد پرداخت غرامت برای بازگرداندن موازنه، موجه باشد.

نتیجه‌گیری

موازنه ارزش عوضین، محصول تراضی متعاقدين در عقود معوض مالی است. موازنه در صورتی محقق می‌شود که تمامی اجزای تعهدات مالی مؤثر در ارزش، به‌نحو صحیح به اجراء در آید. راهکار اصلی نظام حقوقی ایران به تبع فقه امامیه در مواجهه با برهم‌خوردن موازنه، اعطای حق فسخ به طرف متضرر است. فسخ، ابزار رفع زیان در معاملات است. در صورتی که مغبون یا مدلس و... نتواند قرارداد را منحل سازد، لزوم عقد برای وی ضرری خواهد بود. با این حال، باید توجه داشت که در فرض برهم‌خوردن موازنه ارزش، قرارداد صحیحی منعقد شده که تا مرحله اجراء نیز پیش رفته است. از این‌رو، حفظ قرارداد موصوف نسبت به انحلال آن، مرجح است، به‌خصوص آنکه اندیشه ابقاء قرارداد مشتمل بر مستندات و مؤیدات عقلی، نقلی و قانونی است. افزون بر این، فسخ قرارداد، هدف و مطلوب قراردادی طرفین را نادیده گرفته و با برداشتن صورت مسئله، متعاقدين را به نقطه شروع بازمی‌گرداند که در نتیجه آن، تمامی مساعی طرفین جهت تنظیم، انعقاد و اجراء قرارداد را بی‌حاصل می‌شود. از این‌رو، می‌باید به فکر برون‌رفت از انحصار فسخ بود.

عدول از انحصار فسخ، در صورتی امکان‌پذیر است که علاوه بر پذیرش مبانی نظری چون ضرورت ابقاء قرارداد و فسخ مستلزم ضرر، حتی برای ذوالخیار، موانع قانونی و فقهی در این مسیر از میان برداشته شود. سکوت قانون‌گذار مدنی در بخش‌های اختیارات، مشهورات فقهی چون عدم تقابل وصف و شرط با عوض و به تبع آن، خلاف قاعده بودن ارش، برائت ذمه متعهد از ارش یا هرگونه جایگزینی غیر از عین مورد معامله، ارائه تفسیر حداقلی از عوضین که به موجب آن عین مورد معامله موضوعیت

پیدا می‌نماید، مهم‌ترین موانع برای ارائه راهکارهای ایجاد موازنه در عرض فسخ، محسوب می‌شود. ارائه تحلیل اقتصادی از عوضین باعث توسعه قلمرو موضوع تعهد شده و کارایی ضمانت اجرای اجباری عین تعهد را با توجه به اهمیت و اولویت آن در نظام حقوقی ایران به ارمغان می‌آورد.

با عبور از موانع مذکور، در صورت عدم توافق طرفین، به فرض آنکه فسخ، مستلزم ضرر تلقی شود، مداخله قضایی مخصوصاً در فرضی که به سبب تراخی، راه فسخ مسدود است، ضرورت پیدا می‌کند. دادگاه نمی‌تواند نسبت به برهم‌خوردن موازنه ارزشی که موضوع رسیدگی است، بی‌تفاوت باشد و در این راستا، دادرسی می‌بایست تمامی ابزارهای قانونی را جهت احیای موازنه مورد توافق، به‌کار گیرد. در این مسیر، تفسیر اراده متعاقدین که مشتمل بر شروط ارتكازی و ضمنی عرفی، بر فرض آنکه حاوی لزوم برقراری موازنه ارزش و ابقاء عقد باشد، ابزاری برای الزام یکی از طرفین به اعاده موازنه شخصی مورد توافق خواهد بود. به‌علاوه، در صورتی که نتوانیم این تفسیر موسع از اراده طرفین را بپذیریم، به سبب سکوت قانون در اکثر فروض خدشه در موازنه، با استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با مراجعه به اصول حقوقی چون اصل موازنه ارزش، ابقاء عقد، لاضرر، منع دارا شدن بلاجهت و تقدم اجرای اجباری عین تعهد با توجه به پذیرش تفسیر جدید، موازنه ارزش به طریقی غیر از فسخ قرارداد، اعاده خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. الاوصاف لاتقابل بالاعواض و ان الشرط لایقسط علیه الثمن.
 ۲. للاجل و للشرط و للوصف قسط من الثمن.
 ۳. ماده در برابر صورت، آن چیزی است که شیء از ترکیب آن ایجاد می‌شود. صورت نیز شکل ساختار شیء است (صلیبا و صانعی دره بیدی، ۱۳۶۶، ص. ۵۶۲).
 ۴. ماده ۱۳ قانون بیمه
 ۵. عقدی است معوض و مالی بین شرکای درخت یا زراعت که کارشناس قبل از برداشت محصول، آن را تخمین می‌زند و سپس شرکاء بر اساس تخمین او اقدام به تعویض حصه می‌کنند، به این صورت که یک شریک به نفع دیگری سهم مشاع خود را ساقط می‌کند و در مقابل، شریک دیگر، تعهد می‌کند که قدر معینی از محصول مشترک را به او بدهد. این عقد از عقود مخاطره است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص. ۵۴۹)
 ۶. ماده ۸۱۸ قانون مدنی
 ۷. ماده ۴۲۲ قانون مدنی
 ۸. ماده ۲۳۷ قانون مدنی
 ۹. ماده ۴۱۴ قانون مدنی
10. Favor Contractus
11. CISG
12. UPICC
13. PECL
14. Adaption
15. Hardship
۱۶. ماده ۴۱۰ قانون مدنی
 ۱۷. آیه ۲۹ سوره نساء
 ۱۸. مراجعه شود به شماره ۱-۲-۱. این مقاله با عنوان «ابقاء قرارداد».

کتابنامه

- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *کتاب السرائر*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۴). *رسائل*. شرح و ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.
- انصاری، مرتضی (۱۳۹۷ و ۱۳۹۵). *مکاسب*. توضیح و تعلیق احمد پایانی، ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.

باستانی نامقی، رضا و پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۹). رهیافت‌هایی از نظریه دشوار شدن اجرای قرارداد در نظام‌های حقوقی فرانسه، آلمان و انگلستان. *مجله حقوق فناوری‌های نوین*، ۱(۲)، صص. ۱-۲۸.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). *مسائل منطقی حقوق و منطق موازنه*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). *وسیط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *مقدمه عمومی علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴). *صد مقاله در روش تحقیق در علم حقوق*. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل (تئوری موازنه)*. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ الف). *رئسانس فلسفه*. تهران: گنج دانش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸ ب). *فرهنگ عناصرشناسی*. تهران: گنج دانش.
جغتایی، عباس؛ نصیران نجف‌آبادی، داوود و عباسیان، رضا (۱۳۹۸). *قلمرو اجرایی اصول حقوقی و رابطه آنها با منابع معتبر اسلامی و فتاوی*. *مجله فقه و حقوق اسلامی*، سال دهم، ۱(۱۸)، صص. ۲۷۹-۳۰۳.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.

حسینی مدرس، سیدمهدی و گلشنی، عصمت (۱۳۹۲). *طریق جبرانی خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران*. *مجله دانش حقوق مدنی*، ۴(۴)، صص. ۲۷-۳۹.

حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقہیہ*. قم: مؤسسه نشر اسلامی تابع جامع مدرسین.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*. تهران: مکتبه الصدوق.

- رضایی استخری، مصطفی و اسفندیاری مهنی، افلاطون (۱۳۹۴). تحلیل اقتصادی مورد معامله و تأثیر آن بر ضمانت اجراهای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی. مجله مجلس و راهبردها، سال بیست و دوم، (۸۱)، صص. ۲۸۳-۳۱۵.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۹۴). حقوق مدنی (حقوق قراردادها). تهران: خرسندی.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۳ق). دراسات موجزه فی الخیار والشروط. قم: المرکز العالمی لدراسات الاسلامیه.
- شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی تابع جامع مدرسین.
- شهید ثانی، زین‌الدین (۱۳۹۸). الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه. ترجمه و شرح علی شیروانی و محمد مسعود عباسی زنجانی، قم: دارالعلم.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۶۳). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. محقق علی آخوندی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۷). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله، الفت (۱۳۸۹). اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر فسخ قرارداد. نامه مفید، (۷۹)، صص. ۴۳-۶۲.
- صلیبا، جمیل و صانعی دره بیدی، منوچهر (۱۳۶۶). فرهنگ فلسفی. تهران: انتشارات حکمت.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۳ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق). عروة الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلام.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق). قواعد الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم السلام).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸. الف). الزامهای خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی). تهران: گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸، ب). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
مامقانی، عبدالله بن محمدحسن (۱۳۵۰). *نهایه المقال فی تکمله اغایه الآمال*. قم: مجمع الذخائر
الإسلامیة.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران:
مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳). *قواعد فقه بخش مدنی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران (۱۳۹۶). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سمت.
محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البیت
(علیهم السلام)، قم.

مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه
قم.

نجفی خوانساری، موسی (بی تا). *منیه الطالب تقریر بحث میرزای نایینی*. بی جا: مکتب محمدیه.
نریمانی زمان آبادی، سیدمهدی و محمدتقی، فخلعی (۱۳۹۴). بررسی تناقض نمایی قاعده
«الشروط لایوزع علیه الثمن» با قاعده «للشروط قسط من الثمن». *مجله آموزه‌های فقه مدنی*،
سال هفتم، (۱۱)، صص. ۲۳-۴۸.

Gavrilovic, Nenad (2020). European contract law and the problem of modified acceptance: is there room for a unified approach?. *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 11, No. 1.

Keller, Bertram (2008). *Favor contractus reading CISG in favor of the contract*. International commercial law across international boundaries, wildy simmonds and hill publishing.

Kornet, Nicole (2011). *Evolving General Principles of International Commercial Contracts: The Unidroit Principles and Favor Contractus*. Maastricht Faculty of Law Working Paper Series.

جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۲۵

نوع مقاله: پژوهشی

محبوبه مینا*

هاجر یاسینی نیا**

چکیده

قانون گذار به موجب مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲، ۱۱۲۸ قانون مدنی جهت جلوگیری از ضرر زوجه به وی حق فسخ نکاح اعطاء کرده است. به نظر می رسد نبایست به اعطای «حق فسخ» به عنوان تنها ضمانت اجرا بسنده کرد و باید مقارن با آن، حمایت های مالی در جهت جبران زیان های مادی و معنوی ناشی از فسخ نکاح، صورت دارد؛ زیرا در فرضی که علت فسخ متناسب به زوج است (مانند خصاء، جب، تدلیس و تخلف از شرط صفت)، هر چند فسخ از سوی زوجه صورت می گیرد لیکن عدم استحقاق وی به مهریه، در فسخ قبل از مباشرت با توجه به زیان های مادی و معنوی وارد بر وی قابل تأمل می باشد، از این رو لزوم توجه به جبران زیان های وارده بر زوجه، بسیار مشهود است. رفع خلأ موجود در قوانین و بازنگری ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی ضرورت دارد. این پژوهش با بررسی استحقاق زوجه به حداقل نیمی از مهرالمسمی یا مهرالمتعهد در سایر موارد انحلال نکاح قبل از نزدیکی، بر این نظر است که از نظر فقهی کل مهریه صرفاً در مقابل مقاربت قرار نمی گیرد و مقداری از آن در مقابل عقد است و مهر معیاری برای جبران خسارت است؛ از این رو با توجه به بحث مسئولیت مدنی جبران خسارات معنوی وارد بر زوجه حائز اهمیت می باشد.

واژگان کلیدی: مهریه، فسخ نکاح قبل از نزدیکی، خصی، جب، جبران خسارت، بضع.

* استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول).
mmina@shirazu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

H.yasinyeniya@gmail.com



مقدمه

از دیدگاه جامعه‌شناسی و روان‌شناسی، آسیب‌های ناشی از جدایی بر زن بیش از مرد است. به نظر می‌رسد جبران بخشی از این آسیب‌ها از طریق مالی امکان‌پذیر می‌باشد. هر چند حمایت از زنان بی‌سرپرست توسط دولت و سازمان‌های مردم‌نهاد بسیار راهگشاست اما در برخی موارد جبران مالی باید از طریق همسر سابق وی که سبب انحلال نکاح گشته، صورت گیرد که این مقاله به جبران خسارت‌های ناشی از فسخ نکاح قبل از نزدیکی در مواردی که علت فسخ منتسب به زوج است، می‌پردازد.

طبق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ «عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: ۱- خصاء، ۲- عنن به شرط اینکه ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد، ۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد». همچنین بر اساس ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد» و در خصوص وضعیت مهریه ملاحظه می‌شود براساس ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی «هر گاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح، زن مستحق نصف مهر است» قانون‌گذار در بین خیارات، صرفاً در عنن برای زوجه تصنیف مهریه قائل شده است و در سایر موارد فسخ، هیچ مهریه‌ای به زن تعلق نمی‌گیرد که این امر به جد مورد تأمل می‌باشد.

قانون‌گذار در خصوص انحلال قراردادها در جدیدترین نگرش خود در ماده ۸ قانون پیش‌فروش آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۸۹ به این نتیجه رسیده که صرف اعطای «حق فسخ» به متضرر، کافی نمی‌باشد و این مهم ضرورت دارد که وی از نظر مالی نیز مورد حمایت قرار گیرد؛ لذا در تمام مواردی که به دلیل تخلف پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار حق فسخ خود را اعمال می‌کند پیش‌فروشنده باید تمام مبالغ پرداختی را بر اساس قیمت روز بنا به پیش‌خریدار مسترد کند.

به نظر می‌رسد در نکاح نیز در کنار حق فسخ، این نوع نگاه حمایتی از متضرر ضروری است، چراکه در فرهنگ کشورمان، به محض انعقاد عقد، امکان ضرر قطعی

برای دختر فراهم می‌شود، از این رو بعد از انحلال نکاح اول، رغبت و میل مورد خواستگاری قرار گرفتن و امکان تشکیل دوباره زندگی کاهش می‌یابد و یا هیچ‌گاه فراهم نمی‌شود؛ لذا جبران ضرر و زیان معنوی وارد بر زن با توجه به قاعده لاضرر و تسبیب از طریق مادی، موضوع این پژوهش می‌باشد.

تاکنون پژوهش مستقلی در این زمینه صورت نگرفته است هر چند که در برخی از مقالات نگاهی انتقادی و بسیار گذرا به این امر شده است (روشن و محمدپور، ۱۳۹۳، صص. ۹۳-۱۱۴). از این رو پژوهش حاضر ضمن بررسی موارد فسخ نکاح از جانب زوجه، به وضعیت مهریه در آن و نیز سایر موارد انحلال نکاح قبل از نزدیکی که علت انحلال منتسب به زوج است (طلاق، انفساخ اعم از ارتداد، تغییر جنسیت، اسلام آوردن) پرداخته تا رویکرد فقه در این خصوص تبیین شود که در صورت انحلال نکاح، ملکیت زن نسبت به مهر منوط به انجام رابطه زناشویی است و این امر تنها عامل استحقاق زوجه به مهر نمی‌باشد. در نهایت از کارکرد مهریه به منظور جبران خسارات وارد بر زوجه بحث خواهد شد.

۱. موجبات فسخ نکاح از سوی زوجه

نکاح یک قرارداد مالی نیست ضمن آنکه تثبیت خانواده و محدود کردن موارد انحلال آن مورد توجه قانون‌گذار بوده؛ از این رو همه خیاراتی که در قراردادهای مالی پیش‌بینی شده است، در نکاح مطرح نمی‌شود. در این قسمت نخست از عیوب و سپس از تدلیس و تخلف از شرط سخن گفته خواهد شد که به موجب آن، زوجه حق فسخ نکاح را خواهد داشت.

۱-۱. خیار عیب

خیار عیب شامل عیوب مشترک زوجین، عیوب ویژه زنان، عیوب ویژه مردان می‌شود که صرفاً قسم اخیر مرتبط با مقاله می‌باشد و شامل عنن، جب و خصاء است و انحلال منتسب به زوج، بحث ورود به جبران خسارت وارده بر زوجه را در پی خواهد داشت.

۱-۱-۱. عنن

عده‌ای از اهل لغت بر این باورند که عنن عارضه‌ای است که در مردان روی می‌دهد و

در اثر آن قادر بر نزدیکی نبوده یا اساساً تمایلات جنسی نسبت به زنان ندارند (مقری فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۳۳؛ حمیری، ۱۳۱۴ق، ج ۷، ص. ۲۸۷؛ زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۳۸۷). برخی دیگر از لغت‌شناسان، صرفاً عدم قدرت بر جماع را شرط می‌دانند (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۵۰). در کلمات فقهاء نیز تنها به عدم توانایی مباشرت به دلیل عدم انتشار عضو اکتفاء شده است بدون آنکه تمایلات جنسی در آن دخالتی داشته باشد (شهید ثانی، ۱۳۱۳ق، ج ۸، ص. ۱۰۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۶۱؛ سبزواری، ۱۳۱۳ق، ص. ۱۱۶؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۰) «در روایات نیز خیار فسخ دائر مدار عدم تمایل به جنس مخالف نیست» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص. ۶۴۴۸). از منظر حقوق‌دانان نیز عنین بیماری است که موجب می‌شود قوه نشر آلت تناسلی مرد ضعیف شود به طوری که نتواند نزدیکی کند (امامی، ۱۳۴۰، ج ۴، ص. ۴۶۴).

طبق روایات، در صورت عنین بودن زوج و فسخ نکاح از سوی زوجه قبل از نزدیکی، وی مستحق نیمی از مهرالمسمی است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۱۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۴۲۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۳۳؛ ح. ۲۶۹۷۴) و علت آن از دیدگاه برخی فقهاء، اشرافی است که زوج بر مواضعی از بدن زوجه - مانند: شرمگاه، سینه، ران و غیر آن - که قبل از عقد بر وی حرام بوده پیدا کرده؛ لذا مناسب است که خالی از عوض نباشد اما کل مهر لازم نیست چون دخول منتفی می‌باشد (شهید اول، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۳۹۴؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۵۲۴؛ وجدانی فخر، ۱۴۲۶ق، ج ۱۲، ص. ۱۹۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۴۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۶۱).

۱-۲-۱. خصاء

خصاء (به کسر خاء و مدّ) عبارت از اخته بودن مرد به وسیله کشیدن بیضه‌های او می‌باشد. شخص مزبور را خصی (به فتح خاء) می‌گویند. «و جاء» نیز در حکم خصاء و آن عبارت از کوبیده بودن بیضه‌های مرد است (امامی، ۱۳۴۰، ص. ۴۶۵). در واقع «خصی» یعنی کسی که خصیتین (بیضه) او تخلیه شده است و بعضاً از او به «مسلول» نیز یاد می‌شود. در فارسی نیز کلمه «اخته» به همین معنا به کار می‌رود (شبیری زنجانی،

۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص. ۶۴۰۵). البته به عبارت دقیق‌تر خصی کسی است که مادرزادی خصی بوده و مسلول فردی است که بعداً بیضه‌های او را تخلیه کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۱). خصاء به سه گونه است: ۱- از روز اول خصی متولد شده است، ۲- عضو مخصوص را خارج کنند، ۳- عضو مخصوص را بکوبند و از کار بیاندازند. خصاء به یقین یکی از عیوب است و از دو جهت عیب محسوب می‌شود: یکی اینکه جلوی توالد و تناسل را می‌گیرد. دوم اینکه ضعف و فتور در آمیزش ایجاد می‌کند و به تدریج آمیزش به‌طور کلی منتفی می‌شود و دلیل آن هورمون‌هایی است که این دو غده ترشح کرده و در خون می‌ریزد و صفات مردانگی را حفظ می‌کند مثل آهنگ صدا، موی صورت و علاقه به آمیزش جنسی و وقتی این دو غده از کار افتاد و هورمون‌ها ترشح نشد حالت رجولیت تضعیف می‌شود، بنابراین عیب بودن آن مسلم و تمسک به لا ضرر و لا حرج بلاشکال است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۰). مشهور بر این نظرند که خصی اگرچه بتواند نزدیکی بنماید، زن او حق فسخ دارد (امامی، ۱۳۴۰، ص. ۶۶۵؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۲۳۶)؛ زیرا اساس نکاح بر تناسل است و وی بر این امر ناتوان و شخصی انقطاع النسل می‌باشد؛ بنابراین خصاء، عیب محسوب می‌شود (صیمری، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۳۵۰). در کتب روایی در مورد فسخ به‌موجب عیب خصاء و وضعیت مهریه روایاتی^۱ وجود دارد.

برخی فقهای معاصر، چهار روایت اول (روایت ابن مسکان، سماعه، ابن بکیر، عبدالله بن جعفر) را از نظر روایی بررسی و در مجموع معتقدند که از نظر سند معتبر است (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، صص. ۶۴۱۶-۶۴۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، صص. ۱۰۱-۱۰۲). هر چند که روایت پنجم (نقل از فقه‌الرضا) از نظر روایی معتبر نمی‌باشد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۶۶۳).

از نظر فقهی، در خصوص وضعیت مهریه در صورتی که زوجه به دلیل خصاء، نکاح را فسخ کند اختلاف نظر وجود دارد:

نظر اول: مشهور بر آن است که در صورت فسخ نکاح قبل از نزدیکی توسط زوجه به دلیل عیب خصاء، مهری به وی تعلق نمی‌گیرد (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۹۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۵۶) و حتی صاحب جواهر در بیان عدم

استحقاق زوجه به مهریه از عبارت «بلا خلاف و لا اشکال نصاً و فتوی» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص. ۳۴۹) استفاده کرده است درحالی که برخی دیگر معتقدند این ادعا صحیح نیست و در مسئله اختلاف وجود دارد (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۶۵۴).

نظر دوم: صاحب فقه رضوی و علی بن بابویه قائل به استحقاق زوجه به نصف مهریه هستند (ر.ک: علی بن موسی الرضا (علیه السلام)، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۳۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ب، ج ۷، ص. ۲۱۰).

نظر سوم: با مراجعه به مقنع مشاهده می‌شود که شیخ صدوق معتقد است که مرد باید صداق را بدهد و ظاهر صداق نیز تمام مهریه است و در این مورد فرقی هم بین دخول و عدم دخول نیست (ر.ک: ابن بابویه، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۰۴) و فاضل مقداد نیز بر این اعتقاد است که در خصاء قبل از دخول نیز تمام مهریه باید پرداخت شود (فاضل حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۱۹۰؛ ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۶۵۴).

نظر چهارم: شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۰ق، متن، ص. ۴۸۸) و اکثر اصحاب، خلوت کردن را نیز مثل دخول دانسته و قائل به پرداخت تمام مهریه شده‌اند (ر.ک: طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص. ۳۹۱).

نظر پنجم: قول دیگری که صاحب ریاض و به تبع او صاحب جواهر نقل کرده‌اند ولی قائل آن مشخص نیست، این است که خصی مثل عین است، یعنی با دخول تمام مهر و با عدم دخول نصف را باید بدهد. که این قول بر اساس جمع بین ادله حاصل شده است، یعنی ادله‌ای که کل مهر را ثابت می‌کند ولی قید دخول ندارد و دلایلی که چنین نیستند و در این بین روایت قرب الاسناد (روایت چهارم) که تفصیل بین صور داده شاهد جمع این قول است (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۶۵۷؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۳۴۳).

۱-۳-۱. جب

جب (به فتح جیم و تشدید باء) به قطع شدن کامل یا مقداری از آلت تناسلی مرد گویند، به گونه‌ای که کمتر از مقدار ختنه‌گاه باقی بماند و به فرد آلت بریده «مجبوب»

گفته می‌شود (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۳۶۷؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۶۷؛ امامی، ۱۳۴۰، ج ۴، ص. ۴۶۶).

قانون مدنی در ماده ۱۱۲۱ به تبع نظر مشهور (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۲۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۵). برای زوجه فرد محبوب حق فسخ قائل شده است. دلیل مطرح نشدن جب در روایات، ندرت تحقق آن است و در موضوعات نادره، عدم تصریح به خلاف در روایات علامت اتصال نظر مجمعین به زمان معصوم نیست (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص. ۶۴۷۶). هر چند به صراحت در روایات، برای جب حق فسخ مطرح نشده لیکن مدرک حکم بر جواز فسخ در آن، قیاس اولویت است^۱؛ زیرا ضرر جب شدیدتر از عنن است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۳؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۶۸). در خصوص مهریه نیز روایتی^۲ وجود دارد که از لحاظ سند و دلالت ضعیف می‌باشد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۵)؛ به همین علت مورد استناد فقها واقع نشده است.

۲-۱. تدلیس و تخلف از شرط

قانون مدنی به پیروی از فقهای معاصر (خمینی، بی تا، ص. ۳۰۲) هر گونه شرطی که توسط زوجین در ضمن عقد نکاح ذکر شده باشد، در صورت تخلف موجب خیار تخلف از شرط صفت دانسته‌اند. تدلیس نیز اخفاء عیب موجود و ادعای کمال غیرموجود است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۲۵۹). خیار تدلیس گاهی با خیار عیب توأم است و گاهی با خیار تخلف از وصف. به عبارت دیگر «تدلیس در صورت بازگشت به عیوب مجوز فسخ نکاح یا تخلف از شرط صفت، موجب فسخ نکاح خواهد شد» (حاتمی و توجهی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۱). لازم به ذکر است آنچه در فقه مسلم می‌باشد آن است که خیار تدلیس توأم با اشتراط در ضمن عقد می‌باشد اعم از آنکه تدلیس در عیب، یا در صفت کمال و یا حسب و نسب باشد (محقق داماد، ۱۳۷۲، ص. ۳۶۲).

البته از نظر برخی فقها نفس سکوت از نقص همراه با عدم علم طرف مقابل به آن، تدلیس به شمار می‌آید (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۲۵۹). به‌طور کلی از معنای تدلیس در روایات، نیز استفاده می‌شود که مصداق تدلیس، نفس سکوت از عیب

است (شیرینی زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۷۰۶)؛ زیرا تدلیس لازم نیست همیشه با لفظ باشد و گاهی با سکوت هم حاصل می‌شود، در جاهایی که سکوت عرفاً غلط است، سکوت تدلیس است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۳).

به نظر مشهور حقوق‌دانان، تدلیس مستقل از عیوب منصوصه و اشتراط صفت از موجبات فسخ نکاح است. هر چند قانون مدنی ماده‌ای را به خیار تدلیس در نکاح اختصاص نداده، از قسمت اخیر ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی خیار تدلیس قابل استنباط است؛ زیرا تخلف از اوصافی را که «عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد» موجب حق فسخ ذکر می‌کند (ر.ک: شایگان، ۱۳۷۵، ص. ۳۴۴، ش ۷۴۳؛ امامی، ۱۳۴۰، ج ۴، صص. ۴۷۰-۴۷۱؛ کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص. ۲۵۸؛ دیانی، ۱۳۷۹، ص. ۱۵۷؛ وفادار، ۱۳۸۰، ص. ۱۵۶). در برابر این نظر معدودی از حقوق‌دانان قائل به عدم استقلال تدلیس در نکاح هستند (محقق داماد، ۱۳۷۲، ص ۳۶۲).

در صورت تدلیس یا تخلف از شرط توسط زوج و فسخ نکاح قبل از نزدیکی از ناحیه زوجه، نظر فقها بر آن است که مهریه‌ای به زن تعلق نمی‌گیرد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۴۰۰؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۳۵۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۲۵۳) اطلاق ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی نیز مبین این نظر است.

فقها در بحث تدلیس، صرفاً به تدلیس زوجه و اثر آن بر مهریه نظر داده‌اند (خمینی، بی‌تا، ص. ۲۹۶). حال آنکه فرض تدلیس زوج در نکاح و جبران خسارت وارد بر زوجه مغفول مانده است البته برخی حقوق‌دانان بحث جبران خسارت مادی و معنوی را به استناد ماده یک قانون مسئولیت مدنی مطرح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص. ۲۷۱). دادگاه جهت تقویم خسارات معنوی وارد به متضرر می‌تواند از نظر روان‌شناسان، روان‌پزشکان و مددکاران اجتماعی استفاده کرده و با توجه به زندگی زیان‌دیده، وضعیت خانوادگی و موقعیت اجتماعی وی میزان خسارت را اعلام کند (حاتمی و توجهی، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۹) که این نظر قابل تقدیر می‌باشد اما بر عهده زوجه است که خسارت را ثابت کند.

به نظر می‌رسد این نوع از نکاح در فرهنگ ما شکست و ناکامی تلقی می‌شود؛ لذا شایسته است با توجه به ضرر مفروض، چنین زوجه‌ای بدون مهر نماند و جهت جبران، مستحق درصدی از مهرالمثل شود.

از دیدگاه فقها هنگامی که زوج، نکاح را قبل از دخول فسخ می‌کند مهری برای زن - به دلیل تضافر روایات - نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۰۹) و در مجموع با توجه به روایات باب فسخ نکاح از عبارت «بما استحل من فرجها» استفاده می‌شود که معیار، دخول است که بر خصی هم صدق می‌کند هر چند مورد این روایات، عیب زن است ولی تعلیل آن کلی است و تعمیم دارد که آنچه مهر را تثبیت و یا مستقر می‌کند مباشرت است و عیب زن و یا مرد خصوصیتی ندارد (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص. ۶۶۶۰).

اما در درستی این دیدگاه جای تردید وجود دارد؛ آیا مردی که علم به خصای خود دارد و علی‌رغم آن با زوجه تزویج می‌نماید نباید هیچ مهری حتی نیم هم بپردازد و حال آنکه اتفاقاً علم بر خصی بودن برای مرد بسیار سهل‌تر از علم بر عین بودن است؛ زیرا که عین عیب نهان است و خصاء عیب ظاهر است و عیان (روشن و محمدپور، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۳) به مراتب در جب این موضوع پررنگ‌تر است.

فرد محبوب و خصی نسبت به عیوب خود علم دارند و با سکوت، تدلیس می‌کنند؛ لذا جبران خسارت توسط مدلس ضروری است. به عقیده برخی فقها، با توجه به حدیث صححه ابن مسکان در مورد خصی (روایت اول)، احتمال می‌رود که اختصاص جواز رد (فسخ) به دلیل تدلیس است، در موثق سماعه (حدیث دوم) نیز چه‌بسا گفته شود که کاف برای تعلیل است و ذکر تدلیس به دلیل جهل زن به حال مرد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۱۸) می‌باشد.

شایان توجه است که تدلیس لازم نیست همیشه با لفظ باشد و گاهی با سکوت هم حاصل می‌شود، در جاهایی که سکوت عرفاً غلط است، سکوت تدلیس محسوب می‌شود. در ما نحن فیه نیز که مقام نکاح است، چنانچه هر یک از زوج و زوجه نتوانند به اغراض نکاح برسند اگر طرف مقابل با وجود علم سکوت کرده، خدعه و نیرنگ می‌باشد اما اگر زوج علم نداشته، عیب است و از آنجایی که خصاء چیزی نیست که صاحبش آن را نداند، از این جهت در تمام روایات، خصاء به‌عنوان تدلیس ذکر شده است، چون سکوت از بیان آن تدلیس تلقی می‌شود. بنابراین روایات مذکور که بحث تدلیس را مطرح می‌کند نیاز به توجیه ندارد چون مصداق هر دو (عیب و تدلیس)

می‌باشد و تدلیس در اینجا اخصاً از عیب است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۳). لذا ملاحظه می‌شود که در صورت علم زوج به عیب (جب و خصاء) تدلیس رخ داده و الا عیب است و در هر دو حالت جبران خسارت از زوجه در فرض انحلال نکاح قبل از نزدیکی، ضرورت دارد. لازم به ذکر است در فرض حدوث جب و خصی بعد از عقد بین فقها در اصل استحقاق زوجه به فسخ اختلاف نظر وجود دارد (ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۰۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، صص. ۶۴۸۲-۶۴۷۸). چنانچه نظری پذیرفته شود که حق فسخ وجود داشته باشد از باب عیب خیار فسخ اعمال می‌شود و در هر حال چون ضرر معنوی بر زوجه وارد شده است جبران خسارت وارد بر وی ضروری است.

۲. ماهیت مهریه در انحلال نکاح قبل از نزدیکی

به نظر می‌رسد بحثی که باید جهت رفع ابهام تبیین شود این است که آیا کل مهریه در برابر رابطه زناشویی است یا با عقد، زوجه مالک نیمی از مهر می‌شود و نیمی از آن با نزدیکی مستقر می‌شود و یا به مجرد عقد زوجه مالک تمام مهریه می‌شود و تنها طلاق قبل از دخول منصف مهر است؟

با وجود اینکه اکثر فقها معتقدند قول اصح این است که به مجرد عقد، زوجه مالک تمام مهر می‌شود (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۴۸). این سؤال مطرح است که چرا از دیدگاه آنها در فسخ قبل از نزدیکی توسط زوجه، مهریه‌ای به وی تعلق نمی‌گیرد؟

مهم‌ترین دلیلی که جهت عدم استحقاق زوجه به مهریه در صورت فسخ قبل از نزدیکی توسط برخی فقها بیان می‌شود این است که مهریه در مقابل بضع است و چون در این مورد، مباشرت صورت نگرفته و بضع تلف نشده، مهری به وی تعلق نمی‌گیرد؛ لذا از آنجا که طبیعت و ماهیت فسخ این است که هر چیز به جای خودش برگردد، در بیع نیز چنین است و نکاح هم که شبیه معاوضه است این گونه می‌باشد؛ از این رو وقتی زوجه به نزد خانواده خودش برمی‌گردد (یرد الی اهلها) مهر هم به جای خودش برمی‌گردد، که صاحب جواهر از آن به «بل الاصل فی الفسخ اقتضاؤه ردّ کلّ عوض الی مالک» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص. ۳۴۶) یاد می‌نماید، نتیجه اینکه از نظر فقها

«لا مهر لها» تعبدی نیست و علی القاعده است و به خاطر حفظ حقیقت و ماهیت فسخ است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۱۴۶).

هر چند که پذیرش این استدلال در مواردی که علت فسخ منتسب به زوجه باشد (عیوب زنان، تدلیس و تخلف از شرط) به ذهن نزدیک‌تر است اما در حالتی که علت فسخ منتسب به زوج باشد تعلیل فوق، به جد مورد تأمل است؛ زیرا این دیدگاه که مهر در مقابل بضع قرار می‌گیرد به دلایل زیر قابل خدشه می‌باشد:

۱- بحث جعل بضع به عنوان احد العوضین - که سرآمد این دیدگاه، صاحب جواهر می‌باشد - روشن نیست. معاوضه بین مهر و بضع لوازمی دارد که صاحب جواهر نیز به آن قائل نمی‌باشد: اگر زن تمکین کند ولی به عللی مباشرت از ناحیه مرد واقع نشود، بنابر نظر ایشان باید مورد را از قبیل تلف احد العوضین قبل از قبض دانست، درحالی که این ادعا ناتمام است. نه مهر تنها در مقابل نزدیکی قرار می‌گیرد و نه عدم امکان مباشرت، ملازم منع هر نوع تمتع دیگری است و نه سایر تمتعات، خارج از دایره قانون ضمان است و حتی اگر مهر در برابر رابطه زناشویی نیز قرار گرفته باشد، مسلماً مقداری از آن، مقابل تمتعات غیر از نزدیکی خواهد بود.

علاوه بر آن، پذیرش این قول به معنای قائل شدن به استقرار وجوب پرداخت تمام مهر با یک مرتبه مباشرت است و این قابل ایراد است؛ زیرا مسئله ازدواج به هیچ وجه در مباشرت خلاصه نمی‌شود. جواز و بعضاً وجوب رابطه زناشویی، تنها یکی از آثاری است که اگر زمینه مساعد برای آن از سوی دو طرف موجود باشد، از ناحیه شرع بر عقد نکاح مترتب شده است. پذیرش همسری، از دست دادن آزادی، تحت قیمومت و در اختیار شوهر قرار گرفتن و برگزیدن سرپرستی او بر خود، از عمده‌ترین مسائلی است که در برابر مهریه قرار می‌گیرد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۵۴)؛ زیرا رفع آزادی و تحت قیمومت دیگری قرار گرفتن، قابل تقویم نبوده و حد و مرزی برای ارزش آن تصور نمی‌شود. تعیین مقدار مهر نیز صرفاً برای جلوگیری از اختلال نظام بوده و هر مبلغی هر چند زیاد، مازاد بر ارزش آنچه در اختیار شوهر قرار گرفته، به حساب نخواهد آمد (رک: شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۵۵).

۲- اگر نکاح معاوضه حقیقی بود باید با تلف عوض، معوض نیز به صاحبش مرجوع گردد و حال آنکه در طلاق قبل از دخول با آنکه مرد از بضع زن که در مقابل مهر قرار می‌گیرد متمتع نشده است باید نیمی از عوض یا همان مهر را بپردازد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۰)؛ لذا واضح است که تقابلی بین بضع و مهر وجود ندارد.

۳- روایاتی که وجوب جمیع مهر در آنها منوط به نزدیکی شده، در کتب روایی تحت باب «ما یوجب المهر کملاً» ذکر شده است (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، صص. ۱۱۰-۱۰۹؛ طوسی، ۱۳۹۰، صص. ۲۲۶-۲۲۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، صص. ۴۶۴-۴۶۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۲۲، صص. ۵۱۳-۵۱۵) این روایات دلالت دارند که تمام مهریه جز با نزدیکی واجب نمی‌شود لیکن دلالت بر انتفاء اصل مهریه هنگامی که جدایی (افتراق) قبل از آن است، ندارد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص. ۱۱۳)؛ ضمن آنکه اثبات شی، نفی ماعدها نمی‌کند.

۴- در خصوص تبیین مفهوم بضع در فقه، برخی بضع را فرج و خاصه آلت تناسلی زن می‌دانند و عده‌ای آن را در معنای جماع (طریحی، ۱۴۰۸، ص. ۲۰۸ به نقل از: ثمنی و بهرامی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱) و برخی نیز به معنای نکاح دانسته‌اند (زمخشری، ۱۴۱۷، ج ۱، ص. ۱۱۵؛ ابن سکیت، ۱۴۱۲، ص. ۷۹ به نقل از: ثمنی و بهرامی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱) این اختلاف دیدگاه‌ها در کنار سایر احکام جاری بر منافع جنسی زنان، مفهوم دیگری از بضع را به ذهن متبادر می‌کند. بضع نمی‌تواند صرفاً به معنای فرج باشد؛ زیرا تمام مظاهر جنسی زنان با نکاح در اختیار شوهر قرار می‌گیرد جماع نیز نمی‌تواند معنای جامع بضع باشد و نکاح هم ماهیتاً با بضع تفاوت دارد؛ لذا به نظر می‌رسد این واژه با توجه به مباحث مختلف فقهی به خصوص کتاب نکاح، ناظر به تمام مظاهر و منافع جنسی زنان است شواهدی مانند جواز انواع مظاهر تمتع جنسی غیر دخول با زن باکره یا صغیره یا حائض که در حین حال مستوجب پرداخت حقوق مالی زوجه مانند مهریه و نفقه می‌باشد این نظریه را تأیید می‌کند (ثمنی و بهرامی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱).

بدین ترتیب دور از انصاف است زوجه‌ای که در دوران عقد مورد تمتع و تلذذات، غیر از دخول، قرار گرفته در صورت فسخ نکاح - به دلایلی که علت فسخ منتسب به زوج است - بدون پرداخت هیچ‌گونه مهریه به‌صرف این استدلال که چون

مباشرتی صورت نگرفته رها شود و مستحق مهریه یا جبران خسارت نشود.

۵- با تتبع در باب فسخ نکاح در کتب روایی، در روایاتی که عیوب ویژه زنان وجود دارد در صورت فسخ قبل از نزدیکی توسط زوج به دلیل عیوب یا تدلیس زوجه، از عبارت «لا مهر لها» استفاده شده و به صراحت روایات، به چنین زوجه‌ای مهر تعلق نمی‌گیرد اما ملاحظه می‌شود در مواردی که فسخ به دلیل عیوب مردان بوده صرفاً به حق فسخ زوجه اشاره شده و در خصوص «نفی مهر» بحثی صورت نگرفته است.

۶- انفساخ نیز نوعی فسخ است لیکن در کتب فقهی در مصادیق انفساخ (ارتداد، اسلام آوردن و تغییر جنسیت زوج) نه تنها به شباهت بازگشت عوضین به مالکان و رابطه تقابل بضع و مباشرت پرداخته نمی‌شود بلکه فقها با استدلالاتی که در ادامه بیان خواهد شد، برای زوجه قائل به تنصیف و در مواردی حتی قائل به کل مهریه می‌باشند.

به نظر می‌رسد در صورت فسخ نکاح قبل از نزدیکی از ناحیه زوجه، حتی بتوان از باب مسئولیت مدنی برای زوج ضمان قائل شد و زوجه را مستحق اعطای مالی معادل درصدی از مهرالمثل دانست. در حقیقت مهر معیاری برای جبران خسارت است. علاوه بر این، سفارش به پرداخت متعه طلاق موضوع آیه ۲۴۱ سوره بقره «و للمطلقات متاع بالمعروف حقا علی المتقین» به تفسیر برخی مفسرین - که در ادامه به آن اشاره خواهد شد - هدیه‌ای جداگانه برای جبران ناراحتی‌ها و دل‌شکستگی‌های زن از شوهر و دلجویی از وی دارد، می‌باشد که می‌تواند ملاکی برای محاسبه جبران خسارت قرار گیرد.

۳. وضعیت مهریه در سایر موجبات انحلال نکاح قبل از نزدیکی

شایسته است که ابتدا سایر موارد انحلال نکاح که علت آن منتسب به زوج است، بررسی تا روشن شود وضعیت مهریه در آنها چگونه است. با این بیان که در فقه مواردی از انحلال نکاح قبل از نزدیکی وجود دارد (طلاق قبل از نزدیکی، ارتداد زوج، اسلام آوردن زوج، تغییر جنسیت زوج) که علت آن منتسب به زوج و وی موظف به پرداخت نصف مهرالمسمی و در مواردی در صورت عدم تعیین مهرالمسمی، مهرالمتعه است، که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۳-۱. طلاق قبل از نزدیکی

به موجب آیه ۲۳۷ سوره بقره در صورتی که مرد قبل از نزدیکی همسر خویش را طلاق دهد نیمی از مهرالمسمی به زوجه تعلق می‌گیرد. ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی نیز اقتباسی از این آیه است.

در مواردی که مهر برای زن معین نشده و مرد قصد طلاق وی را داشته باشد هر چند علت انحلال مستند به مرد است، زن بدون مهر رها نشده است به همین دلیل طبق آیه ۲۳۶ سوره بقره به زوجه «متعّه» تعلق می‌گیرد و طبق روایتی، متعّه جنبه جبران خسارت و دلجویی از زن دارد. به تعبیر برخی فقها متعّه قبل از دخول، دلالت بر جبران ضرر دارد. بنابراین خداوند با نصف مهر و بلکه با متعّه در فرضی که مهری وجود ندارد، جبران نموده (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۲۵) و بنابراین اگر به چنین زنی مالی اعطا نشود برای او خفت و حقارت عظیم است (اراکی، ۱۴۱۹ق، ص. ۵۵۳).

جمله «جَمَلُوهُنَّ بِمَا قَدَرْتُمْ» یعنی جمالی به آنها بدهید تا با این طلاق تحقیر نشوند و جمله «فَإِنَّهُنَّ يَرْجِعْنَ بِكَآبَتِهِ» به معنی حزن و اندوه است، یکی از احترام‌ها در حق زوجه این است که با مهربانی از هم جدا شوند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۳۶) طلاق برای زن وهن و ننگ است و خدا خواسته که این امر جبران شود به خصوص در موردی که زن باید دست خالی از خانه مرد بیرون رود مانند آنکه به واسطه عیب نکاح فسخ شود (ثقفی تهرانی، ۱۳۹۸، ص. ۳۰۶؛ حسینی همدانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۳۰۶).

از این رو برخی فقها معتقدند که در سایر موارد جدایی غیر از طلاق نیز چنانچه برای زوجه مهرالمسمی تعیین نشده باشد، باید به وی متعّه پرداخت شود؛ زیرا طلاق خصوصیتی ندارد بلکه طبق عرف، ملاک جدایی است. بنابراین اگر علتی که از روایت استفاده می‌شود ملاک قرار داده شود باید به عمومیت متعّه در طلاق و غیر آن قائل شد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۳۷)؛ لذا یکی از ادله‌ای که برای وجوب متعّه ذکر کرده‌اند، تنقیح مناط است؛ از اینکه در مورد مفوضه غیر مدخوله در صورت طلاق، حکم به متعّه شده، قابل استنباط است که هدف دلجویی از زن بوده و همین مناط در رابطه با اسباب مفارقت به غیر طلاق هم وجود دارد و در آنها نیز باید حکم به وجوب متعّه شود (رک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۵۹). هر چند که این نظرات مورد

انتقاد قرار گرفته است (ر.ک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۵۹؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۱۱۶).

یکی از فقهای متقدم، در صورت ارتداد زوج و جدایی به سبب آن، خلع، اسلام آوردن و ارتداد زوج در صورت مفوضه بودن زن، قائل به وجوب متعه شده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۲۰؛ ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۱۱۴). بعضی دیگر بر این نظرند که در تمامی فرضی که طلاق یا فسخ و یا انفساخی حاصل می‌شود، متعه واجب است و همچنین اگر مرد عین باشد و زن فسخ کرده باشد که طبعاً فسخ قبل از دخول واقع می‌شود (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۱۱۶). یکی دیگر از فقها نیز در خصوص فوت زوج در صورتی که زوجه مفوضه البضع باشد قائل به متعه است (حلی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۳؛ ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۷۱۱۶). به عقیده یکی از فقهای معاصر نیز اگر زن قبل از دخول به واسطه فسخ از مرد جدا شود (مثلاً فسخ به عیوب ویژه مردان یا تدلیس و امثال آن) درحالی که مهری در عقد تعیین نکرده‌اند، انصاف این است که چون طلاق فرقی با انفساخ ندارد و احتیاط واجب است که زوج متعه بدهد؛ زیرا در شرع اسلام موردی وجود ندارد که کسی شوهر کند و چیزی به او تعلق نگیرد والا مانند هبة البضع است که این موضوع از خصایص النبی (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است؛ لذا احتیاط واجب این است که مرد متعه را بدهد به خصوص اگر تمتعاتی هم برده باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۳۷).

در مقابل این نظر، مشهور بر این دیدگاه است که این الغای خصوصیت و تنقیح مناط قطعی نیست ضمن آنکه روایت از نظر سند (ر.ک: مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۳، ص. ۲۷۷) و دلالت اشکال دارد؛ زیرا آنچه معصوم ذکر فرموده حکمت است نه علت، ضمن اینکه روایت در مورد مطلقه است پس در غیر مورد طلاق، متعه واجب نیست؛ از این رو شایسته نیست که با وجود ضعف خبر منشأ تعمیم قرار گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۳۷؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص. ۱۷۰).

در مجموع قابل فهم است که عدم جبران خسارت از زوجه در مواردی که برای وی در عقد نکاح مهرالمسمی تعیین نشده، مورد تردید برخی فقها قرار گرفته است؛ از این رو آنها تمایل به جبران خسارات از وی در قالب مهرالمتعه دارند و نمونه بارز آن در

بحث ارتداد زوج قبل از نزدیکی است که عده کثیری از فقها نظر به استحقاق زوجه به مهرالتمعه می‌باشند که در ادامه از آن بحث خواهد شد.

با این وجود جای تعجب و تأمل است که حتی این دسته از فقها در مواردی که زوجه دارای مهرالمسمی در زمان عقد بوده و به دلایلی مانند فسخ - در صورت وجود علل متناسب به زوج - زن مستحق هیچگونه مهریه نمی‌شود، توجهی ننموده‌اند تا به گونه‌ای از وی جبران خسارت به عمل آید؛ لذا به نظر می‌رسد مناسب است با توجه به معیارهای محاسبه مهرالمثل، مالی به وی تعلق گیرد.

۳-۲. ارتداد زوج

در صورتی که زوج قبل از نزدیکی مرتد شود برخی فقها بر این عقیده‌اند که تمام مهریه به زوجه تعلق می‌گیرد (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۵۰۹ مسئله ۲۹۲۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص. ۲۷۱) و در مجموع استدلال آن‌ها در دو قسمت قابل طرح است:

- ۱- تنصیف از آثار طلاق است و فسخ باعث تنصیف نمی‌شود، از این رو به محض نکاح استحقاق تمام مهر حاصل شده هر چند دخول هم حاصل نشده باشد؛ لذا زوجه مستحق تمام مهر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۱۴۹).
- ۲- اصل اولیه این است که تمام مهر با نکاح مستقر می‌شود حال اگر تردید حاصل شد که نصف شده یا خیر، چنانچه قائل به نظری باشیم که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری می‌دانند، می‌توان به استصحاب تمسک کرده و تمام مهر ثابت می‌شود و اگر استصحاب را در شبهات حکمیه جاری ندانیم می‌توان به عمومات تمسک کرد، به همین جهت است که زن بعد از عقد می‌تواند شرط کند تا تمام مهر را نگیرد تمیکن نمی‌کند؛ لذا به مجرد نکاح تمام مهر مستقر می‌گردد و طلاق است که آن را نصف می‌کند نه اینکه به مجرد عقد نصف مهر و با دخول نصف دیگر بیاید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۱۵۰)؛ لذا اقوا تمام مهریه است بر زوج در صورتی که مهریه صحیح باشد و اگر صحیح نباشد (فاسد و باطل باشد) مهرالمثل یا مهرالتمعه منتقل می‌شود (بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص. ۵۷۷).

این گروه معتقدند مقتضای قاعده، وجود تمام مهر است؛ زیرا به مجرد عقد زوجه مالک تمام مهریه می‌شود و صرفاً طلاق و موت قبل از دخول منصف مهریه است (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۳۶۳). اما اکثر فقها به نصف مهرالمسمی نظر دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۴، ص. ۱۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۸۰؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۶۸) و اگر مهرالمسمی فاسد و باطل باشد (مثل شراب و خوک) نصف مهرالمثل و اگر برای او مهریه‌ای معین نشده باشد متعه به زن تعلق می‌گیرد (کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۴۰۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۲۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص. ۴۹۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۴۷؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص. ۴۷۳).

لازم به ذکر است که نظر صاحب جواهر (ر.ک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص. ۷۶) - مانند سایر موارد انفساخ و فسخ - این است که عقد نکاح، معاوضه است و عوضین آن، مهریه و بضع است و از شأن معاوضات این است که اگر قبل از تسلیم یکی از عوضین، نکاح از بین برود معاوضه به هم خورده و وجوب تسلیم عوض به دیگری نیز ساقط خواهد شد بنابراین در فرض مسئله ارتداد قبل از دخول بوده و عقد منفسخ شده و عوض به مرد منتقل نشده است مقتضای قاعده این است که زن نیز از مهریه چیزی طلب نداشته باشد بنابراین به مقتضای قواعد باید حکم به معافیت مرد از پرداخت مهریه کرد لیکن به مقتضای اجماع منعقد شده مبنی بر ضرورت پرداخت نصف مهریه، باید به آن قائل شد (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۵۳). در لسان فقها، حمایت از زوجه در فرضی که زوج مرتد می‌شود کاملاً مشهود است و در قالب پرداخت نیم یا حتی کل مهریه نمود پیدا کرده است؛ زیرا ضرر وارد بر زوجه مفروض است هر چند که بین آنها نزدیکی صورت نگرفته است.

۳-۳. اسلام آوردن زوج

اگر مرد اسلام بیاورد و زن وی کافر غیرکتابی باشد عقد منفسخ می‌شود و در خصوص حکم مهریه در صورت اسلام زوج قبل از دخول، سه قول وجود دارد که عبارتند از: ۱- استحقاق نصف مهریه، که قول مشهور است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۴۱۶؛

انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۹۹).

۲- استحقاق تمام مهریه، که قول غیر واحدی از متأخرین است.

۳- انتفاء مهریه با انتفاء دخول، که مختار صاحب جواهر است.

به نظر مشهور در عقد نکاح به صرف اجرای عقد، زن تمام مهر را مالک می‌شود، منتها مالکیت او نسبت به نصف آن مستقر است و تزلزلی ندارد و نسبت به نصف دیگر، مالکیت او در رابطه با طلاق و عدم آن متزلزل است؛ زیرا طلاق قبل از دخول آن را نصف می‌کند.

نظر دیگر این است که با اجرای عقد، زن نصف مهر را مالک می‌شود و نصف دیگر را پس از دخول مالک می‌شود، همان‌طور که در بیع سلف و سلم هم انشاء معاوضه و ملکیت می‌شود ولی فعلیت ملکیت بعد از قبض حاصل می‌شود، منتها در آنها ملکیت تمام مال مشروط به قبض است، اما در اینجا فقط نسبت به نیمی از مال، فعلیت ملکیتش منوط به دخول شده است.

البته به نظر برخی فقهای معاصر (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، صص. ۵۵۵ و ۵۵۵۶)، نظر مشهور صحیح می‌باشد و حکم به تنصیف مهریه در صورت طلاق قبل از دخول، حکمی بر خلاف قاعده است و لذا حکم به تنصیف در صورت فسخ به واسطه اختلاف در دین هم نیاز به دلیل خاص دارد و الا حکم به استحقاق تمام مهر می‌شود، کما اینکه در صورت موت زوج قبل از دخول، زوجه تمام مهر را مستحق می‌شود. پس بالاخره قول به استحقاق نصف مهر متفرع است بر قبول یکی از دو مطلب؛ اول اینکه سببیت عقد را نسبت به ملکیت خصوص نصف مهر بپذیریم و اما ملکیت نصف دیگر را تابع دخول بدانیم و دوم اینکه سببیت عقد نسبت به ملکیت تمام مهر را بپذیریم لکن قائل به وجود دلیل خاص بر تنصیف مهر در صورت فسخ به واسطه اختلاف در دین بشویم و اما اگر عقد را سبب ملکیت زن نسبت به تمام مهر بدانیم و قائل به وجود دلیل خاص بر تنصیف در صورت مورد بحث نباشیم، باید قول به استحقاق تمام مهر در مسئله محل بحث را بپذیریم.

حتی در بحث اسلام آوردن زوجه (به عبارت دیگر اسلام نیاوردن زوج) برخی از فقها نظر بر استحقاق تنصیف مهریه دارند؛ زیرا:

اولاً. در روایت سکونی، امام علی (علیه السلام) برای زوجه مجوسه‌ای که قبل از

دخول مسلمان شده نصف مهر را ثابت دانسته است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۵۸۴، ح ۲۶۳۱۲). چون پس از آنکه زوجه مسلمان شد حضرت، از زوج نیز خواست که مسلمان شود اما وی نپذیرفت و در حقیقت در اینجا فسخ نکاح از ناحیه زوج صورت گرفته (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۳۴۶)؛ زیرا امام مرد را به سوی اسلام فراخوانده ولی وی اجابت نکرد؛ لذا فسخ از ناحیه مرد است که در حکم طلاق می‌باشد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۳۳).

ثانیاً اسلام آوردن موجب ازدیاد عزت می‌شود نه اینکه باعث شود حق زوجه پایمال و جریمه شود (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص. ۵۵۵۲) البته بین دو روایت تعارض وجود دارد و برخی در مقام رفع تعارض برآمده‌اند (ر.ک: شبییری زنجانی، ج ۱۷، ص. ۵۵۵۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۳۳) لیکن در هر حال، فقها در این امر اختلاف نظر دارند.

غالب فقها معتقدند که در این فرض، مهری برای زوجه متصور نمی‌باشد (علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۴۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۳۹۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص. ۲۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۲۷۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص. ۶۴)؛ زیرا طبق روایت عبدالرحمن، زن نصرانی قبل از نزدیکی اسلام آورد درحالی‌که مرد ایمان نیاورد حضرت علی (علیه‌السلام) فرمود مهری برای زن نیست (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۳۶؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ص. ۴۵۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۵۴۸، ح ۲۶۳۱۱؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۰۱) علت هم روشن است؛ زیرا انحلال منتسب به وی است.

۳-۴. تغییر جنسیت زوج

با توجه به اینکه تغییر جنسیت از مسائل مستحدثه می‌باشد نظری از فقهای متقدم در این زمینه وجود ندارد، فقهای معاصر، اعتقاد به استحقاق زوجه به مهریه دارند و صرفاً اختلاف در نصف یا تمام مهریه است بدین توضیح که به اعتقاد عده‌ای از آنها، اگر زوج قبل از نزدیکی تغییر جنسیت دهد پرداخت کل مهریه - چه دخول شده باشد یا نه - مطلقاً لازم است (خمینی، بی‌تا، ص. ۶۲۷). لذا حتی در صورت عدم آمیزش علی‌الاقوی

تمام مهر را باید بدهد (فاضل لنکرانی، بی تا، مسئله ۳۴۲، صص. ۱۳۴-۱۳۵) و به نظر برخی دیگر در صورت دخول پرداخت کل مهر و الا نصف مهریه لازم است (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۰۹؛ مؤمن قمی، ۱۳۷۵، ص. ۱۰۳؛ رحمانی، ۱۳۷۴، ص. ۲۸۸).

همان گونه که ملاحظه می شود در مجموع در موارد انحلال چهارگانه فوق، نکاح قبل از نزدیکی منحل شده با این وجود، فقها حداقل (دست کم) به استحقاق زوجه در نیمه از مهریه معتقدند و قائل به اینکه «کل مهریه در مقابل بضع قرار می گیرد و چون مباشرت صورت نگرفته نصف مهریه نیز منتفی است»، نمی باشند مگر صاحب جواهر که به رابطه معاوضی مهر و بضع نظر دارد.

مشاهده می شود که یک نوع تشتت در زمینه مبنای تنصیف مهر در میان فقها بین فسخ با سایر موجبات انحلال نکاح در مواردی که علت انحلال منتسب به زوج است، وجود دارد. اما به هر حال عدم جبران زیان معنوی وارد بر زوجه قابل تأمل است که باید از طریق مسئولیت مدنی چاره‌ای بر آن اندیشید.

۴. ملاک مهریه جهت جبران خسارت

در تعریف مهر آمده «مالی است که در مورد وطی به غیر زنا یا به عقد نکاح یا تفویض قهری بضع مانند رضاع^۱ و رجوع شهود از شهادت به زن تعلق می گیرد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۱۵۷). به تعبیر یکی از فقهای معاصر «چیزی را که در مقابل تفویض بضع می دهند مهر نمی گویند چون آنچه که می دهد از باب خسارت و ضمان است نه اینکه مهر باشد در واقع خسارت المهر است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۸).

همان گونه که ملاحظه می شود هر چند مفهوم متبادر از مهر، مالی است که در قبال عقد نکاح به زوجه تعلق می گیرد اما در فقه اختصاص مهر به زن صرفاً از باب نکاح نیست بلکه در مواردی که به زن خسارتی وارد می شود جبران آن معادل مهریه‌ای است که به وی تعلق می گیرد که در ادامه مصادیقی از آن ذکر می شود، ضمن آنکه در حقیقت حتی قسمتی از ماهیت مهریه در عقد نکاح نیز چیزی است که به عنوان جبران خسارت برای زن، وسیله‌ای برای تأمین زندگی آینده او و در حین حال ترمزی در برابر تمایلات مرد نسبت به طلاق محسوب می شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص. ۲۹۷).

در برخی موارد در فقه و حقوق مشاهده می گردد که جهت جبران خسارت از زن،

از ملاک مهر استفاده می‌شود بدون اینکه ماهیت واقعی آنها مهریه (مالی که زوج به زوجه در قبال بضع می‌پردازد) باشد، از جمله:

۱- در ماده ۶۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ که اقتباس از فقه می‌باشد «ازاله بکارت غیرهمسر با مقاربت یا به هر وسیله دیگری و بدون رضایت صورت گرفته باشد موجب ضمان مهرالمثل است».

۲- مهر المثل در زنای به عنف در فقه (ر.ک: خمینی، بی‌تا، ص. ۵۸۴) و حقوق، مبنایی برای جبران خسارت وفق ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ معرفی شده است.

۳- طبق ماده ۵۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ «کندن و یا از بین بردن تمام موی سر زن، در صورتی که دیگر نروید موجب ديه کامل زن و اگر دوبار بروید موجب مهرالمثل است در این حکم فرقی میان موی کم‌پشت و پرپشت و کودک و بزرگسال نیست» (ر.ک: خمینی، بی‌تا، ص. ۵۷۰).

۴- در موردی که وطی به شبهه صورت گرفته باشد چون وطی محترم است، به زن مهرالمثل تعلق می‌گیرد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۶۳۱).

۵- طبق ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی در نکاح باطل چنانچه زن جهل به بطلان داشته و نزدیکی صورت گرفته باشد مهرالمسمی منتفی است ولی از باب جبران خسارت، به وی مهرالمثل تعلق می‌گیرد.

۶- هر گاه مادری به وکالت از پسرش، دختری را برای وی تزویج نماید و پسر منکر وکالت شود و نکاح را تنفیذ نکند عقد باطل است و در خصوص مهر سه نظر وجود دارد: گروهی معتقدند مادر ضامن مهر نیست چون ضمان تقویت بضع در این است که بضع با مباشرت و وطی از بین رفته باشد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۱۹۵؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۹۵). لذا چون وطی صورت نگرفته ضمان منتفی است. عده‌ای بر این نظرند که مادر ضامن کل مهر است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۶۸؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۹۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۸۰).

مشهور بر این نظر است که مادر باید نصف مهریه را بپردازد به دو دلیل: اول اینکه

مادر با ادعای وکالت دختر را فریب داده و تفویت بضع^۷ کرده است (ر.ک: مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۰۴) دوم روایتی^۸ را که در این زمینه وجود دارد باید با دو روایت عمر بن حنظله^۹ و ابی عبیده (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۱۹، ح ۴۴۵۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۴۸۳، ح ۱۹۴۴؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص. ۲۷۰، ح ۴۴۵۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۲، ص. ۶۸۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص. ۱۴۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۳۰۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲، ص. ۵۰۳ روایت صحیحه) جمع و بر نصف مهریه حمل نمود و در مورد این دو روایت اخیر، فقها موافق مهریه هستند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۴۶۸؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۹۶؛ میرزای قمی گیلانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۵۵۰)؛ زیرا وکیل به دلیل اینکه شاهدی در توکیل نگرفته، مرتکب تقصیر شده و بر زوجه تفویت مهر کرده است.^{۱۰}

به نظر می‌رسد استحقاق دختر به گرفتن حداقل نصف مهریه با مفهوم خسارت معنوی قابل تطبیق باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۷۴) دادن مهر از این روست که کرامت زن تخدیش شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۹) و مادر با ادعای وکالت، زوجه را مغرور ساخته و هتک حرمت کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۱۱۳) همان‌طور که در روایت عمر بن حنظله از عبارت «ضیع حقها» استفاده شده که مؤید این تفسیر است.

در مجموع می‌توان بیان داشت که در برخی مسائل، جبران خسارت وارد بر زن در قالب مهریه است تا در خصوص میزان و نحوه محاسبه آن مشکلی پیش نیاید لذا در موضوع خسارات وارده به دلیل فسخ نکاح قبل از مباشرت، نیز می‌توان با نظر کارشناس با توجه به ملاک‌هایی مانند: «طول دوران عقد»، «خلوت‌های زوجین»، «میزان رفت‌وآمد و معاشرت طرفین و خانواده آنها»، «وضعیت و شخصیت اجتماعی، خانوادگی و مالی طرفین»، «عرف محل زندگی آنها» و... مبلغی را به‌عنوان جبران خسارت تا سقف مهرالمثل در نظر گرفت.

نتیجه‌گیری

۱- ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی در خصوص عدم استحقاق زوجه در فسخ قبل از نزدیکی در موردی که علت فسخ منتسب به زوج است، قابل ایراد می‌باشد؛ زیرا صرفاً در

فرض عنن، قائل به تنصیف مهر است حال آنکه در سایر موارد نیز قانون‌گذار باید از زوجه حمایت مالی نماید.

۲- در روایات باب فسخ نکاح در کتب روایی، در مواردی که فسخ از ناحیه زوج صورت می‌گیرد عبارت «لا مهر لها» به کار برده شده است اما در مواردی که نکاح توسط زوجه فسخ می‌شود نه تنها چنین عبارتی استفاده نشده بلکه در عنن صراحت به تنصیف پرداخته شده، در خصاء نیز به تنصیف اشاره شده است و در سایر موارد فسخ (جب، تدلیس و تخلف از شرط) سکوت شده است؛ لذا روایات صراحتی در نفی تنصیف مهریه ندارند، ضمن آنکه فرد مجبوب و خصی نسبت به عیوب خود علم داشته و با سکوت، تدلیس نموده‌اند؛ لذا جبران خسارت توسط مدلس ضروری است.

۳- اهم استدلال برخی از فقها در عدم استحقاق زوجه به تنصیف، ماهیت فسخ و اقتضای بازگشت هر یک از عوضین به مالک خود و تقابل بین بضع و مباشرت است، که این امر در انفساخ، مورد انتقاد برخی دیگر از فقها نیز قرار گرفته است ضمن آنکه در مصادیق انفساخ نکاح - که خود نوعی فسخ - به شمار می‌آید چنین استدلالی مطرح نمی‌شود. از این رو به نظر می‌رسد بازخوانی مجدد استحقاق زوجه به تنصیف مهریه در فرض فسخ نکاحی که از ناحیه وی صورت می‌گیرد، ضروری است.

۴- هر چند در فقه تمرکز بر روی تدلیس زوجه است و جبران خسارت از زوجه به دلیل اعمال خیار تخلف از شرط توسط زوج یا تدلیس زوج مغفول مانده، حقوق دانان آن را بر مبنای قواعد مسئولیت مدنی پذیرفته‌اند. می‌توان ضرر وارده را مفروض تا زوجه از دشواری بار اثبات خسارت رها شود و با نظر کارشناس با توجه به معیارها و ملاک‌های نحوه محاسبه میزان خسارت مانند طول دوران عقد، خلوت‌های زوجین، میزان رفت‌وآمد و معاشرت طرفین، وضعیت و شخصیت اجتماعی خانوادگی و مالی طرفین، عرف محل زندگی آنها مبلغی را به‌عنوان جبران خسارت تا سقف مهرالمثل در نظر گرفت.

یادداشت‌ها

۱. روایات به شرح ذیل عبارت است از:
 - ۱- الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ قَالَ بَعَثْتُ بِمَسْأَلَةٍ مَعَ ابْنِ أَعْيَنَ قُلْتُ سَلَّهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ وَدَخَلَ بِهَا فَوَجَدَتْهُ خَصِيًّا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ يُوجِعُ ظَهْرَهُ وَ يَكُونُ لَهَا الْمَهْرُ بِدُخُولِهِ عَلَيْهَا (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۳۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۷، ح ۲۶۹۵۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۶۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۵۷۱) که از نظر علم رجال حسن کالصحیح است (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۹۶).
 - ۲- أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَيْسَى فِي نَوَادِرِهِ، عَنْ زُرْعَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام): أَنَّ خَصِيًّا دَلَسَ نَفْسَهُ عَلَى امْرَأَةٍ قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ يُؤْخِذُ مِنْهُ صَدَاقَهَا وَ يُوجِعُ ظَهْرَهُ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۳۴؛ ح ۱۷۳۱؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۱۱، ح ۶؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۵۷۱؛ ح ۲۱۷۳۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۷، ح ۲۶۹۵۵؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۶۰، ح ۶) که از نظر علم رجال موثق است (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۹۶، ح ۳۲).
 - ۳- الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّابٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحَدِهِمَا ع فِي خَصِيٍّ دَلَسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ مُسْلِمَةٍ فَتَزَوَّجَهَا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ وَ يُوجِعُ رَأْسَهُ فَإِنْ رَضِيَتْ وَ أَقَامَتْ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ رِضَاهَا بِهِ أَنْ تَأْبَاهُ (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۲۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۳۲؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۱۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۵۷۱؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۵۹) که از نظر علم رجال موثق حسن است (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۹۵).
 - ۴- عبدالله بن جعفر فی قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن جده علی بن جعفر عن اخیه قال: سَأَلْتُهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: «يُوجِعُ ظَهْرَهُ، وَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، وَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ» (حمیری، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۴۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۸، ح ۲۶۹۵۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۶۲).
 - ۵- فَهَّ الرِّضَا (عليه السلام): وَ إِنْ تَزَوَّجَهَا خَصِيٌّ فَدَلَسَ نَفْسَهُ لَهَا وَ هِيَ لَا تَعْلَمُ فُرَّقَ بَيْنَهُمَا وَ يُوجِعُ ظَهْرَهُ كَمَا دَلَسَ نَفْسَهُ وَ عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا مِنْهُ فَإِنْ رَضِيَتْ بِذَلِكَ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا وَ لَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ بَعْدَ ذَلِكَ (علی بن موسی الرضا(عليه السلام)، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۳۷، باب

۱. النکاح و المتعه و الرضاع؛ مجلسی دوم، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۶۳؛ محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۵، ص. ۵۳، ح (۱۷۵۱۵).
۲. اخباری که بیان می‌کند «فلا یقدر علی جماع» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۲۹، ح ۲۶۹۶۱) و روایه عباد «لا یأتی النساء» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۳۰، ح ۲۶۹۶۲) و صحیح ابی الصباح الکنانی «فلا یقدر علی الجماع أبدا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۲۳۱، ح ۲۶۹۶۶).
۳. «دَعَائِمُ الْإِسْلَامِ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ (عليه السلام): أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مُجَبَّبٍ دَلَسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ فَتَزَوَّجَتْهُ فَلَمَّا دَخَلَتْ عَلَيْهِ أَطَّلَعَتْ مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ فَقَامَتْ عَلَيْهِ قَالَ يُوجَعُ ظَهْرُهُ وَ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا وَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ قِيلَ لَهُ فَمَا تَقُولُ فِي الْعَيْنِ قَالَ هُوَ مِثْلُ هَذَا سِوَاءً» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۵، ص. ۵۴).
۴. باب التذليس فی النکاح و ما یرد منه و ما یرد، طوسی، ۱۴۰۷ق، صص. ۴۲۲-۴۳۵، حدیث ۱۶۹۰ الی ۱۷۳۶؛ باب ما یرد منه النکاح در طوسی، ۱۳۹۰، صص. ۲۴۵-۲۵۲، حدیث ۸۷۸ الی ۹۰۳؛ باب العیوب و التذليس در حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، صص. ۲۰۷-۲۳۹، حدیث ۲۶۹۰۵ الی ۲۶۹۸۶ حدود ۸۳ روایت).
۵. رَوَى عَمْرُو بْنُ شَيْمَرٍ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا قَالَ مَنْعُوهُنَّ أَيْ جَمَلُوهُنَّ بِمَا قَدَرْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ مَعْرُوفٍ فَإِنَّهِنَّ يَرْجِعْنَ بِكَآبَةِ وَ وَحْشَةِ وَ هَمَّ عَظِيمٍ وَ سَمَاتَةَ مِنْ أَعْدَائِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ كَرِيمٌ يَسْتَجِيبُ وَ يُجِبُّ أَهْلَ الْحَيَاءِ إِنْ أَكْرَمَكُمْ أَسَدُّكُمْ إِكْرَامًا لِحُلَائِلِهِمْ (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۰۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۱۴۱، ح ۴۸۸؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ص. ۶۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۲۲۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۱۱).
۶. اگر مادر زن، نوه دختری را شیر دهد، دخترش در خانه شوهر حرام می‌شود و چون تفویض بضع کرده باید مهر را بدهد، همچنین اگر شهودی شهادت دادند که مردی با زنی ازدواج کرده و مهر را از زوج گرفته و به زن دادند، حال اگر شهود از شهادت خود برگردند، چون تفویض بضع کرده‌اند باید مهر را به زوج بدهند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۸؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۵، ص. ۲۵۳).
۷. غرتها بدعوى الوكاله

۸. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ - قَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ - فَإِنْ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَزْوِجَهُ فَأَلْمَهُرُ لَأُمَّهِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۰۵، ح ۲۷۱۳۹).
۹. فردی با ادعای وکالت زنی از اهل بصره را برای مردی تزویج کرد اما مرد منکر وکالت شد و در روایت مرد ملزم به پرداخت نصف صدق گردید (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص. ۱۶۶، حدیث ۲۴۳۷۱؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۱۹، ح ۴۴۵۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۴۸۳، ح ۱۹۴۴؛ مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص. ۲۷۰، ح ۴۴۵۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۶۸۱؛ حر عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص. ۱۴۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۳۰۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲، ص. ۵۰۳ روایت صحیح).
۱۰. «انه هو ضیع حقها فلما لم يشهد» (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۴۸۹؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص. ۲۶۷).

کتابنامه

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۵ق). المقتنع. قم: مؤسسه امام هادی (علیه السلام).
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن سکت، یعقوب بن اسحاق (۱۴۱۲ق). اصلاح المنطق. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه ایران.
- اراکي، محمدعلی (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح. قم: نور نگار.
- امامی، حسن (۱۳۴۰). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق). رساله فی التحريم من جهة المصاهرة. قم: منشورات دارالذخائر.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق). جامع المسائل. قم: دفتر آیت الله بهجت.

جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه / محبوبه مینا و هاجر یاسینی نیا پژوهش‌های حقوق اسلامی ۲۸۹

- ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق). *الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية*. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- ثقفی تهرانی، محمد (۱۳۹۸ق). *تفسیر روان جاوید*. تهران: انتشارات برهان.
- ثمنی، لایلا و بهرامی، لایلا (۱۳۹۸). نظام حاکم بر بضع و منافع جنسی زنان در فقه امامیه. *دوفصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۵۲(۱)، صص. ۲۷-۷.
- حاتمی، صدیقه و توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۳). تحلیل انتقادی استقلال تدلیس در پیدایش خیار فسخ نکاح. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۹(۶۱)، صص. ۹۷-۱۱۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة* (جلدهای ۱۹، ۲۰، ۲۱). قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم‌السلام).
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ق). *هدایة الأمة إلى أحكام الأئمة - منتخب المسائل*. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه‌السلام)*. قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق (علیه‌السلام).
- حسینی همدانی، سید محمد (۱۴۰۴ق). *تفسیر انوار درخشان*. تهران: کتابفروشی لطفی (تحقیق محمدباقر بهبودی).
- حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۳۹۴ق). *نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه والنظائر*. قم: منشورات رضی.
- حمیری، عبدالله بن جعفر (۱۴۱۳ق). *قرب الإسناد (ط - الحدیثة)*. قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم‌السلام).
- خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). *تحریر الوسيلة*. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۹). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: امید دانش.
- رحمانی، محمد (۱۳۷۴). «معرفی تفصیلی کلمات سدیده». *مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، ۳(۳)، صص. ۲۷۵-۳۰۲.

- روشن، محمد و محمدپور، اسماعیل (۱۳۹۳). واکاوی ادله اجتهادی و مبانی تصنیف مهر در فقه امامیه و حقوق. پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی، ۲(۲)، صص. ۹۳-۱۱۴.
- زیبیدی واسطی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- زمخشری، جارالله (۱۴۱۷ق). الفایق فی غریب. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه السلام).
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله سبزواری.
- شایگان، علی (۱۳۷۵). حقوق مدنی. تهران: انتشارات طه.
- شیرازی زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی - رأی پرداز.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیة.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تفتیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- شوشتری، محمد تقی (۱۴۰۶ق). النجعة فی شرح اللمعة. تهران: کتابفروشی صدوق.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۰۸ق). تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (ط - الحدیث). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- طریحی، فخرالدین (۱۴۰۸ق). مجمع البحرین، قم: نشر فرهنگ اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ال مبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه / محبوبه مینا و هاجر یاسینی نیا پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۲۹۱

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامية.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. متن، بیروت: دار الکتب العربی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامية.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

عبدالرحمان، محمود (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. قاهره: دارالفضیله.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. الف). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. ب). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفة الأحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

علی بن موسی الرضا (علیه السلام) (۱۴۰۶ق). الفقه - فقه الرضا. مشهد: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

فاضل حلّی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، احکام پزشکان و بیماران، بی جا: بی نا.

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق). *الوافی*. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیه السلام).
- کلینی، محمد بن یعقوب (۴۰۷ق). *الکافی (ط - الإسلامية)*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیة کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)*. قم: أنوار الهدی.
- کیدری، محمد بن حسین (۱۴۱۶ق). *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات بهنشر.
- مجلسی اول، محمدتقی (۱۴۰۶ق). *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*. قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانبور.
- مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۰۴ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۰۶ق). *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۱۰ق). *بحار الأنوار (جلد ۱۰۰)*. بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.
- محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۳۷۲). *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*. قم: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- مقری فیومی، احمد بن محمد (بی تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*. قم: منشورات دار الرضی.

جبران خسارت ناشی از فسخ نکاح بر زوجه / محبوبه مینا و هاجر یاسینی نیا پژوهش‌های حقوق اسلامی ۲۹۳

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). الفتاوی الجدیة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق). نهاییة المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق). هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید.

مؤمن قمی، محمد (۱۳۷۵). سخنی درباره تغییر جنسیت. مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، (۷)، صص. ۹۱-۱۱۴.

مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵ق). کلمات سدیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.

وجدانی فخر، قدرت الله (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة. قم: انتشارات سماء قلم.

وفادار، علی (۱۳۸۰). حقوق خانواده. تهران: انتشارات وفادار.

سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین المللی بانک‌های ایرانی با نظر به ظرفیت‌های فقهی

ملیحه عبدالرحیمی*

علی رضائی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

بروز اختلافات در صنعت بانکی بالاخص در سطح بین الملل با توجه به نقش گسترده و روزافزون بانک‌ها در روابط اقتصادی داخلی و بین‌المللی امری ناگزیر است. آرای صادره توسط مراجع قضائی (خارجی و داخلی) در اختلافات بین‌المللی و همچنین وضعیت اجرای آراء، مبین این موضوع است که بانک‌های ایرانی به واسطه پیش‌بینی روش قضائی به‌عنوان روش حل اختلاف یا به سبب عدم تعیین تکلیف طرق حل اختلاف در قرارداد منعقد با چالش‌های حقوقی بسیاری در وادی عمل مواجه شده‌اند به‌نحوی که خود نیز بر ضرورت تغییر رویه حاضر اذعان دارند. بر این اساس و به‌منظور صیانت از امنیت حقوقی بانک‌های ایرانی، در تحقیق حاضر به دنبال ارائه راهکار این معضل با لحاظ تجربیات سیستم بانکی، بررسی روش‌های مرسوم حل و فصل اختلاف و تطبیق آن با ظرفیت‌های فقهی قابل انطباق با موازین حقوقی پذیرفته‌شده در جامعه بین‌الملل می‌باشیم. نتایج به‌دست‌آمده بیانگر آن است که از یک‌سو تکیه بر قاعده عمومی حل اختلاف بر پایه مراجعه به مراجع قضائی تنها راه حل ممکن نمی‌باشد و از سوی دیگر هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از روش‌های قضائی و غیرقضائی، خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به‌طور کامل تمام نیازها و خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. در این میان، ماحصل بررسی به‌عمل‌آمده آن است که استفاده از شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای روش مناسب‌تری برای حل اختلافات بانکی می‌باشد چراکه با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ، قاطعیت توأم با تخصص، تبعات سوء کمتر بر روابط طرفین و حفظ روابط دوستانه، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده می‌سازد.

واژگان کلیدی: اختلافات بین‌المللی بانک، ظرفیت فقهی، روش قضائی، روش‌های غیرقضائی، شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پردیس بین‌الملل، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.
malihe.abdolrahimi@yahoo.com

** گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
a-rezaei@shirazu.ac.ir

مقدمه

در حالی که بانک‌های ایرانی به‌عنوان یکی از اطراف اختلافات بانکی، همچنان بر اصل پذیرفته شده ارجاع تمام اختلافات خود اعم از داخلی و بین‌المللی به مراجع قضائی پافشاری می‌کنند و با هر توجیه ممکن آن را به یک قاعده عمومی بدل کرده‌اند، در مقابل کشورهای دارای نظام اقتصادی کارآمد قرار می‌گیرند که از مدت‌ها پیش در راستای تأمین منافع بانک‌های خود در عرصه بین‌المللی و متعاقباً کسب بیشترین سود با عدول از روش‌هایی که قبلاً برای آنها نیز کارکرد قاعده عمومی داشته است، متوجه مزایای روش‌های نوین حل و فصل اختلافات شده و با اعتبارآفرینی به روش‌های غیرقضائی و تأکید بر انتخاب روش مؤثر و کارآمد حل و فصل اختلاف، موجب تأمین هر چه بیشتر منافع بانک‌های کشور خود شده‌اند.

با وجود مراتب فوق، ضرورت‌های بانکی همچون:

- ۱- شرایط نامساوی و نامناسب بانک‌های ایرانی در مقایسه با سایر بانک‌های جهان به عللی از جمله کمبود نقدینگی و مواجهه با تحریم‌ها که موجب تضعیف موقعیت بانک‌های ایرانی در عرصه بین‌المللی شده و ورشکستگی آنها را در صورت عدم انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلافات محتمل ساخته است؛
- ۲- ناگزیری ایران در پیوستن به سازمان تجارت جهانی و به تبع آن افزایش مبادلات و معاملات بانکی، گسترش دایره صلاحیت بانک‌های ایرانی و ضرورت تبعیت نظام بانکی ایران از مدل بانکداری متعارف؛
- ۳- اسلامی بودن بانکداری ایران و ضرورت اعمال قواعد و احکام دین مبین اسلام در تمام سطوح آن از جمله حل اختلافات حادث و در مقابل غیراسلامی بودن بانکداری اغلب کشورها؛
- ۴- پویایی نظام پولی و بانکی و وقوع تغییرات بنیادین در سیستم بانکداری بانک‌های دنیا و در نتیجه رویارویی بانک‌ها با اختلافاتی که ماهیت و جنسی متفاوت از اختلافات سابق دارد و ضرورت حل و فصل صحیح و سریع چنین اختلافاتی؛
- ۵- ارتباط مسائل پولی و بانکی با منافع و دارایی‌های ملی و به تبع آن حساسیت انتخاب روش کارآمد حل اختلافات، از یک سو و ضرورت‌های اقتصادی از جمله:
 - ضرورت حل و فصل سریع اختلافات،

- ضرورت تخصص در رسیدگی به اختلافات،
- ضرورت انعطاف‌پذیری و قدرت انتخاب برای طرفین اختلاف،
- ضرورت پایین بودن هزینه رسیدگی به اختلاف،
- ضرورت دقت بالا در رسیدگی به اختلافات،
- ضرورت محرمانه بودن رسیدگی به اختلافات بانکی.

از سوی دیگر، عدول از قاعده عمومی ارجاع تمام اختلافات بانکی به محاکم و لزوم تجزیه و تحلیل اختلافات و توجه به ماهیت و شرایط هر دعوا در انتخاب روش مطلوب حل و فصل اختلافات را بر پایه قواعد فقهی حاکم از قبیل «قاعده نفی سبیل» و «قاعده مصلحت» و با نظر به ظرفیت‌های فقهی موجود در زمینه حل و فصل اختلافات، ضرورتی غیرقابل انکار و ناگزیر برای بانک‌های ایرانی کرده است.

یافته‌های حاصل از مطالعه در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی حاکی از آن است که اصولاً بانک‌های ایرانی به علت عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و ناآگاهی از اثر انتخاب هر یک از روش‌های قضائی و غیرقضائی به‌عنوان مکانیزم حل اختلافات بانکی، ناگزیر به انتخاب روش قضائی هستند؛ در میان دو علت «عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و فاقد آگاهی کافی از مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و قضائی نسبت به یکدیگر» و «وجود موانع و نبود زیرساخت‌های لازم برای استفاده از روش‌های غیرقضائی در حل و فصل اختلافات بانکی»، اصلی‌ترین علت پافشاری بانک‌های ایرانی به پیش‌بینی و انتخاب روش قضائی به‌عنوان تنها روش حل و فصل اختلافات در اغلب قراردادهای منعقد و دعاوی بانکی، همانا علت نخست است.

بر پایه مراتب فوق، در نوشتار حاضر با به‌کارگیری روش تحقیق «تحلیلی توصیفی» و از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و تحقیق میدانی تلاش شده بدو با بررسی مفهوم اختلافات بانکی در مبحث اول و بررسی انواع آن در مبحث دوم، ماهیت و عمده اختلافات بین‌المللی بانکی مشخص شود. متعاقباً با ایجاد دید کلی از تمامی روش‌های مرسوم حل اختلافات از طریق تبیین عیوب اصلی روش قضائی در حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانکی در مبحث سوم و بیان مزایای شیوه‌های غیرقضائی در حل اختلافات مبحث‌عنه با تکیه بر ظرفیت‌های فقهی در مبحث چهارم، نهایتاً «شروط حل

اختلاف چند مرحله‌ای» به‌عنوان سازوکار مطلوب برای حل و فصل اختلافات بانکی در مبحث پنجم پیشنهاد شود.

در حال حاضر جز مقاله‌ای با عنوان «حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی» (سربازیان و رضایی، ۱۳۹۴، صص. ۱۰۹-۱۴۰) که به معرفی روش «کارشناسی» در حل اختلافات اعتبارات اسنادی پرداخته است، سایر کتب و مقالات موجود در کشور در زمینه حل و فصل اختلافات بانکی، صرفاً به معرفی روش «داوری» پرداخته‌اند و در نتیجه منبعی که ارائه‌دهنده دیدی کلی برای بانک‌ها از تمامی روش‌های مرسوم حل اختلاف در راستای انتخاب هوشمندانه روش حل اختلاف باشد، وجود ندارد.

۱. مفهوم اختلافات بانکی

امروزه بانک‌ها از طرفی عملیات مختلفی در راستای انجام وظایف و بهره‌مندی از اختیارات بانکی خود انجام و خدمات گوناگون و وسیعی به اشخاص ارائه می‌دهند، از طرف دیگر علاوه بر قوانین عام، مکلف به تبعیت از قوانین خاص و مقررات متعددی از جمله بخش‌نامه‌های بانک مرکزی ج.ا.ا، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سازمان بازرسی کل کشور نیز می‌باشند که خود دارای پیچیدگی‌های بسیار بوده و در غالب موارد، در تفسیر آنها اختلاف نظر وجود دارد. همچنین بانک‌ها در راستای فراهم کردن شرایط لازم برای شروع و ادامه فعالیت خود به‌عنوان یک «بنگاه اقتصادی» نیز ملزم به انجام پاره‌ای امور از جمله خرید یا اجاره املاکی برای استقرار شعب و ساختمان‌های اداری، خرید خودرو برای جابه‌جایی وجوه و خرید لوازم می‌باشند.

اما پرسش این است که کدام یک از اختلافات حادث شده میان بانک‌ها و اشخاص دیگر یا دولت‌ها، «اختلاف بانکی» است. آیا هر اختلافی که بانک یکی از طرفین آن است، اختلاف بانکی است یا خیر؟

به نظر نگارندگان، صرفاً اختلافاتی در زمره اختلافات بانکی است که بانک به علت جایگاه «بانک بودن» با آن مواجه شده است. به‌عنوان مثال، چنانچه بانک به‌عنوان یک شخص حقوقی اقدام به خرید محلی برای استقرار شعبه نماید و میان بانک و فروشنده مورد معامله، اختلافی حادث شود، این اختلاف، اختلاف بانکی نیست. اما چنانچه در

همین راستا (خرید محلی برای استقرار شعبه)، به تشخیص بانک مرکزی ج.ا.ا، بانک مفاد «آیین‌نامه ایجاد یا تعطیل شعبه یا بوجه یا نمایندگی مؤسسات اعتباری در داخل کشور» را رعایت نکرده و از آن تخطی کرده باشد و در این راستا میان بانک و بانک مرکزی اختلافی حادث شود، این اختلاف، اختلاف بانکی است.

۲. انواع اختلافات بانکی

اختلافات بانکی از جهات مختلف از جمله موضوع اختلاف و وجود یا عدم عنصر خارجی در اختلاف حادث شده قابل تقسیم است. با توجه به اینکه اصولاً نوع اختلاف در تعیین سازوکار و مرجع حل اختلاف مؤثر است، در ذیل به پاره‌ای از اصلی‌ترین انواع اختلافات بانکی پرداخته شده است.

۲-۱. بر اساس موضوع اختلاف

بر اساس معیار «موضوع»، اختلافات بانکی به اختلافات مالی و غیرمالی - اختلافات حقوقی و کیفری - اختلافات معاملاتی (از جمله خرید و فروش املاک، تجهیزات، نرم‌افزارها و اجاره در مقام رفع نیازهای روزانه بانک) و اختلافات ناشی از عملیات بانکی (از جمله اعطای وام یا تسهیلات، افتتاح حساب، صدور ضمانت‌نامه، گشایش اعتبار اسنادی) قابل تقسیم می‌باشند؛ اختلافات ناشی از عملیات بانکی، همواره اختلاف بانکی است. اما اختلافات معاملاتی، صرفاً در صورتی که ناشی از جایگاه بانک بودن باشد، اختلاف بانکی محسوب می‌شود.

۲-۲. بر اساس وجود یا عدم عنصر خارجی

بر این اساس اختلافات به دو دسته داخلی و بین‌المللی تقسیم می‌شوند. به‌طور کلی بانک‌های جهان از جمله بانک‌های ایران در حدود قوانین حاکم، عملیات بانکی و بین بانکی بین‌المللی انجام می‌دهند و بر این اساس بانکداری به دو دسته داخلی و بین‌المللی تقسیم شده است. بنابراین برای تشخیص اختلافات بین‌المللی باید معیارهای تمیز بانکداری داخلی از بانکداری بین‌المللی را شناخت.

در مبنای تمیز بانکداری داخلی از بانکداری بین‌المللی به نظر می‌رسد صاحب‌نظران در ایران (رحیمی آتانی، ۱۳۹۷، ص. ۱۰؛ رشیدی، ۱۳۹۶، ص. ۲۵؛ مزینی و مهاجرانی

تهرانی، ۱۳۸۹، ص. ۳۶) علی‌الاطلاق «ارز» را ملاک تمیز این دو از یکدیگر می‌دانند به نحوی که گویا تنها و مطلقاً هر عمل بانکی که با واحد پولی غیر از واحد پول کشور بانک عامل، انجام شود بین‌المللی است.

اما مطالعه تعاریف ارائه شده از صاحب‌نظران در سایر کشورها نشان می‌دهد که معیارهای متفاوتی برای تمیز بانکداری بین‌المللی از بانکداری داخلی وجود دارد که عبارتند از: ۱- هویت مشتری، ۲- محل انجام عملیات بانکی، ۳- واحد پول، ۴- تابعیت بانک‌های دخیل در انجام عملیات بانکی.

به نظر نگارندگان بر خلاف ادبیات مرسوم بانکی در ایران، چنانچه ارز توسط اشخاص ایرانی در داخل کشور خرید و فروش شود و اختلافی ناشی از این معامله رخ دهد، اختلاف یادشده بر اساس معیارهای بین‌المللی فوق‌الذکر، یک اختلاف بین‌المللی نیست (کاشیان و دیگران، ۱۳۹۸، صص. ۷۱-۱۰۳).

مطابق مراتب فوق، اختلافات بین‌المللی بانکی عبارت است از اختلافات ناشی از بانکداری بین‌المللی که دارای یک عنصر خارجی بر اساس یکی از سه معیار هویت مشتری، محل انجام عملیات بانکی و تابعیت بانک‌ها می‌باشد.

در حال حاضر، بر پایه عمده دعاوی بین‌المللی که بانک‌های ایرانی با آن مواجه هستند، به‌زعم نگارندگان می‌توان غالب اختلافات بین‌المللی را از حیث منشأ به اقسام زیر تقسیم کرد:

الف) اختلافات ناشی از ارائه خدمات بانکی بین‌المللی مانند گشایش اعتبار اسنادی، صدور ضمانت‌نامه بانکی: امروزه منشأ اغلب اختلافات بین‌المللی، خدمات بانکی است. این اختلافات خود به دو گروه منقسم می‌شوند:

- اختلافات ناشی از ادعای یکی از طرفین دایر بر نقض تعهدات از سوی طرف مقابل در هر یک از خدمات مذکور مانند ادعای ذی‌نفع اعتبار اسنادی دایر بر تخلف یا تأخیر بانک گشایش‌کننده اعتبار در پرداخت مبلغ اعتبار یا ادعای ذی‌نفع ضمانت‌نامه بانکی دایر بر عدم تمدید ضمانت‌نامه توسط بانک ضامن بدون وجود وجوه و جاهت قانونی.

- اختلافات ناشی از روابط کارگزاری: بانک‌ها به‌ویژه در سال‌های اخیر به‌واسطه تحریم، جهت ارائه خدمات بانکی، به بانک‌های خارج از کشور یا صرافی‌ها یا شرکت‌های تراستی به‌عنوان کارگزار متوسل می‌شوند. گاه اختلافاتی میان بانک

ایرانی با کارگزار حادث می‌شود که از علل آن می‌توان به اختلاف در محاسبات و عدم پرداخت وجوه موجود توسط کارگزار به دلایلی همچون ورشکستگی کارگزار اشاره کرد.

ب) اختلافات ناشی از تسهیلات بین بانکی: گاهی منشأ بروز اختلاف تسهیلاتی است که بانک یک کشور به بانک کشور دیگر اعطا می‌کند و یکی از طرفین مدعی نقض مفاد قرارداد از سوی طرف مقابل می‌شود.

پ) اختلافات ناشی از تنزیل اعتبار اسنادی.

ت) اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بانک‌های ایرانی در خارج از کشور.

ث) اختلافات سیاسی که دارای ریشه سیاسی (نه قراردادی) است.

۳. علل لزوم حل اختلافات بین‌المللی بانکی به روشی غیر از روش قضائی

در کتب و مقالات متعددی معایب روش قضائی در مقایسه با روش‌های غیرقضائی تبیین شده است لیکن با عنایت به تعدد علل و عدم مجال بررسی تمامی آنها در نوشتار حاضر، سعی بر آن است که صرفاً به بیان دلایل عمده عدم حصول نتیجه مطلوب برای بانک‌های ایرانی در اختلافات بین‌المللی (که حسب تحقیق میدانی از سیستم بانکی ایران حاصل گردیده است) پرداخته شود:

۳-۱. تبیین منافع کشورها توسط محاکم قضائی آنها

علی‌رغم اینکه به نظر می‌رسد محاکم قضائی بایستی دارای استقلال در روند رسیدگی و صدور آرای قضائی باشند اما با تدقیق در پرونده‌های مختلف مشاهده می‌شود که بر خلاف انتظار، در وادی عمل، اقدام به صدور آرای جانبدارانه با لحاظ منافع و مواضع کشور خود در چارچوب سیاست‌های اتخاذی در عرصه بین‌الملل می‌کنند. همین امر باعث شده که بانک‌های ایرانی در پاره‌ای موارد در طرح ادعاهای خود که منبعث از مواضع سیاسی دولت کشور خوانده و حتی کشورهای هم‌پیمان آنهاست، به علت تبعات حقوقی موضوع خودداری کنند. ذکر وضعیت بانک‌های ایرانی در مصادیق زیر که هر دو ناشی از نقض تعهدات از سوی بانک‌ها و دولت بحرین متأثر از روابط سیاسی طی چند سال اخیر می‌باشد، مبین این موضوع است:

الف) انسداد حساب‌های بانک‌های ایرانی نزد بانک BMI بحرین: برخی بانک‌های ایرانی که به واسطه انجام عملیات کارگزاری خود اقدام به افتتاح حساب نزد بانک BMI بحرین کرده بودند، با انسداد حساب‌های متعلقه بدون هیچ‌گونه توضیحی از سوی بانک یادشده مواجه شدند. پس از پیگیری متوجه شدند که بانک مذکور حسب دستور بانک مرکزی آن کشور و متأثر از روابط سیاسی میان دولت ایران و بحرین اقدام به نقض تعهدات خود و بالتبع انسداد حساب بانک‌های ایرانی کرده است. این در حالی است که فرم‌های افتتاح حساب درباره حل و فصل اختلاف مسکوت است و حساب‌های افتتاح شده مشمول «موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت ایران و دولت بحرین» نمی‌شود و بر این پایه تنها راه برای اقدام علیه بانک یادشده یا دولت بحرین اقامه دعوا در کشور مذکور به‌عنوان کشور محل اقامت خوانده است. همین امر و احتمال زیاد شکست بانک‌های ایرانی در چنین دعوایی به علت صدور آرای جانبدارانه توسط محاکم آن کشور، موجب شده که تاکنون بانک‌های ایرانی موفق به دریافت وجوه خود نشوند.

ب) اقدام دولت بحرین به مصادره غیرمستقیم و غیرقانونی وضعیت سهام‌داری بانک‌های ملی و صادرات ایران در بانک فیوچر بحرین: بانک‌های صادرات و ملی که با هدف سرمایه‌گذاری اقدام به خرید سهام بانک فیوچر بحرین در زمان تأسیس آن کرده بودند، در سال ۲۰۱۵ مطلع می‌شوند که دولت بحرین بدون هیچ‌گونه اخطار و توجیه قبلی با انتصاب مدیر تصفیه، بانک مذکور را تحت کنترل خود درآورده است. متعاقباً بانک‌های یادشده به استناد «موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت ایران و دولت بحرین» که طی آن «دیوان داوری لاهه» به‌عنوان مرجع حل اختلاف پیش‌بینی شده است، دعوایی را علیه دولت بحرین نزد دیوان یادشده، طرح کردند که رسیدگی داوری به محکومیت دولت بحرین به پرداخت ۲۰۰ میلیون یورو غرامت انجامید.

بدیهی است که چنانچه حساب‌های افتتاح شده توسط بانک‌های ایرانی نزد بانک BMI بحرین نیز مشمول معاهده مذکور می‌گشت و یا در قرارداد افتتاح حساب، داوری به‌عنوان روش حل اختلاف پیش‌بینی شده بود چه‌بسا تاکنون بانک BMI یا دولت بحرین به رفع انسداد حساب‌های بانک‌های ایرانی و خسارات متعلقه محکوم می‌شد.

۲-۳. دشواری شناسایی و اجرای آرای صادره

در بسیاری از موارد به‌ویژه در خدمات بانکی، بانک‌های ایرانی، قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم و دادگاه ایران به‌عنوان مرجع صالح در رسیدگی به اختلاف را در قرارداد منعقدہ پیش‌بینی می‌کنند. با وجود این، همچنان شاهد عدم حصول نتیجه مطلوب می‌باشیم؛ حسب اعلام بانک‌ها، عدم قابلیت اجرای احکام صادره توسط محاکم ایران از علل این موضوع است. به‌طورمثال، بانک ایرانی «الف» در یک ضمانت‌نامه متقابل با وجود پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مبلغ ضمانت‌نامه صادره در وجه خود را از بانک فرانسوی (ضامن) مطالبه می‌کند لیکن بانک یادشده به استناد دستور قضائی دایر بر منع پرداخت، از پرداخت ضمانت‌نامه خودداری می‌ورزد. بانک «الف» به‌منظور احقاق حقوق خود و مطابق مفاد قرارداد، اقدام به اقامه دعوا در دادگاه ایران می‌کند. اما نهایتاً علی‌رغم صدور رأی به نفع بانک «الف»، تاکنون به علت شرایط اعلامی کشور فرانسه، موفق به اجرای رأی صادره نشده است. شایان ذکر است که در بسیاری از موارد همین امر موجب شده که بانک ایرانی از امتیاز خود به شرح پیش‌گفته عدول و به‌منظور سهولت اجرای حکم با امید به پیروزی در دعوا، اقدام به اقامه دعوا نزد محاکم کشور محل اقامت خواننده کند. این در حالی است که مجموعه‌ای از عهدنامه‌های دوجانبه و چندجانبه وجود دارد که موضوع آنها اجرای احکام داوری است که از آن جمله می‌توان به کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ اشاره کرد که محاکم بیش از ۱۴۶ کشور عضو را ملزم می‌سازد موافقت‌نامه کتبی داوری و احکام داوری حاصل از آن را اجرا کنند و در برابر اجرای حکم داوری، دفاعیات محدودی را پیش‌بینی کرده است که بیشتر مربوط به موضوعات شکلی مانند اعتبار موافقت‌نامه داوری، برخورداری از فرصت دفاع و نیز محدودیت صلاحیت داوری است (انصاری، ۱۳۸۴، صص. ۱۹۴-۲۰۳).

۳-۳. اطلاع رسیدگی در مراجع قضائی

صرف‌نظر از طولانی بودن رسیدگی‌های ترافعی، تشریفات ابلاغ اوراق قضائی (با توجه به فرایند و مبادی قانونی تعرفه‌شده برای وصول اوراق به یک کشور و متعاقباً به خواننده دعوا) موجب اطلاع دوچندان فرایند دادرسی می‌شود. به‌نحوی که امروزه حسب اظهار بانک‌های ایرانی یکی از معضلات، ابلاغ اوراق قضائی است؛ به‌منظور روشن

شدن موضوع، ذکر مثال زیر ضروری است:

شرکتی (خواهان) در کشور امارات علیه مستاجر بانک ایرانی مالک شناور جهت وصول عوارض متعلق به فعالیت شناور اقدام به اقامه دعوا می‌کند. دعوا منتج به صدور رأی به نفع خواهان و متعاقباً تملک شناور توسط محکوم‌له در راستای وصول مطالبات می‌شود. بانک ایرانی به علت بی‌اطلاعی از دعوی اقامه‌شده و رأی صادره و به‌واسطه ورود شناور به ایران و احراز استفاده غیرمستأجر از آن، اقدام به توقیف آن تا زمان روشن شدن موضوع که به‌واسطه شرایط ابلاغ اوراق قضائی چندین ماه به طول انجامید می‌کند. متعاقب روشن شدن موضوع و درنهایت رفع توقیف شناور، محکوم‌له، دعوی جدیدی با خواسته مطالبه عدم‌النفع مدت توقیف شناور علیه بانک ایرانی اقامه می‌کند.

۳-۴. عدم تخصص در رسیدگی به اختلافات

غالباً رسیدگی به اختلافات بانکی، مستلزم تخصص در امور بانکی است. امروزه شاهد آرای متعدد نادرست توسط محاکم به علت فقدان تخصص کافی در این زمینه می‌باشیم. به‌طورمثال، در یک ضمانت‌نامه بانکی، بانک ایرانی «الف» به‌عنوان ذی‌نفع ضمانت‌نامه درخواست تمدید ضمانت‌نامه را از بانک خارجی (ضامن) می‌کند لیکن بانک اخیر از تمدید ضمانت‌نامه به علت تکالیف تحریمی خودداری و پس از مدتی که بانک ایرانی مبلغ ضمانت‌نامه را پیگیری می‌شود، اعلام می‌دارد که اعتبار ضمانت‌نامه به علت عدم وصول دستور پرداخت، در سررسید به‌صورت خودکار خاتمه یافته است. بانک «الف»، با لحاظ دشواری اجرای احکام و با وجود اینکه در قرارداد منعقد شده میان بانک ایرانی و بانک ضامن، قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم و دادگاه ایران به‌عنوان مرجع صالح در رسیدگی به اختلافات پیش‌بینی شده بود، دعوا را در کشور محل اقامت خوانده اقامه می‌کند که در نتیجه دادگاه رسیدگی‌کننده بر پایه استدلال خوانده، اقدام به صدور رأی بر بی‌حقی بانک ایرانی می‌کند. حال آنکه مطابق صراحت مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۱ (حاکم بر قرارداد) چنانچه ضامن با درخواست تمدید ضمانت‌نامه موافقت نکند باید مبلغ ضمانت‌نامه را بدون لزوم درخواست مجدد ضمانت‌خواه پرداخت کند.

بر پایه مراتب فوق و همان‌گونه که بانک‌های ایرانی نیز خود بدان پی برده‌اند

شایسته است از قاعده ارجاع تمام اختلافات به محاکم عدول شود. اما آنچه در این میان بدیهی است اینکه هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از روش قضائی و روش‌های غیرقضائی خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به‌طور کامل تمام خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. از این‌روی، مقاله حاضر با بیان پاره‌ای مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و ارائه راهکار در جهت حل برخی از معایب با تمسک به ظرفیت‌های فقهی حاکم، درصدد کمک به بانک‌های ایرانی در انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلافات بر پایه خصوصیات هر دعوا و در نهایت معرفی سازوکاری است که پاسخگوی بیشترین نیاز بانک‌های ایرانی در حل اختلافات بانکی باشد.

۴. مزایای شیوه‌های غیرقضائی در حل و فصل اختلافات بانکی نسبت به یکدیگر با تکیه بر ظرفیت‌های فقهی

در این بخش روش داوری با سایر روش‌های مرسوم غیرقضائی شامل کارشناسی، میانجی‌گری، سازش و مذاکره مقایسه خواهد شد. با توجه به وجود تفاوت چشمگیر میان داوری با سایر روش‌های غیرقضائی از یک‌سو و اشتراک تقریبی سایر روش‌ها در آثار متصوره از سوی دیگر، در این قسمت به‌منظور تسهیل در رسیدن به نتیجه و انتخاب مطلوب‌ترین روش حل اختلاف، داوری با سایر روش‌های غیرقضائی مقایسه و با بیان معایب داوری در مقابل سایر روش‌ها، نقاط قوت و ضعف شیوه‌های غیرقضائی نسبت به یکدیگر مشخص خواهد شد. لازم به ذکر است که بانک‌های ایرانی برای حل و فصل اختلافات میان خود ناشی از عملیات بین بانکی مانند ساتنا، پایا و شتاب با وجود پیش‌بینی روش داوری در مقررات مربوطه بانک مرکزی ج.ا.ا. به‌عنوان روش حل اختلاف و معرفی بانک یادشده به‌عنوان داور (السان، ۱۳۹۲، صص. ۵۲۷-۵۵۰)، ترجیح می‌دهند برای حل اختلافات خود از روش مذاکره یا کارشناسی استفاده کنند به‌نحوی که بر پایه مصاحبه با مسئول ذیربط بانک مرکزی، صرفاً یک مورد اختلاف (مربوط به چکاوک) برای داوری به بانک مرکزی ارجاع شده است.

۴-۱. انتفای حق انتخاب در مراجعه به مراجع قضائی

با تنظیم شرط یا موافقت‌نامه داوری، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند با چشم‌پوشی از شرط یا موافقت‌نامه منعقد، دعوای خود را در دادگاه اقامه کند. اما در سایر روش‌ها، هر یک از طرفین می‌تواند به تنهایی موافقت‌نامه را نادیده بگیرد و در هر زمان (پیش از جریان میانجی‌گری، کارشناسی، سازش، مذاکره و یا در جریان آن) به دادگاه مراجعه کند.

مطلوب بانک‌ها این است که قراردادها به گونه‌ای تنظیم شود تا حداکثر انعطاف را در مراجعه به داوری یا مرجع قضائی با توجه به شرایط هر پرونده، در زمان بروز اختلاف به‌طور مجزی داشته باشد. چه‌بسا بانک تشخیص دهد که اگر به مرجع قضائی برای احقاق حقوق خود مراجعه کند، سهل‌تر و بهتر به هدف خود نایل می‌شود یا بالعکس؛ مثلاً ممکن است پس از بروز اختلاف، بانک تصمیم بگیرد که درخواست کشف مدارک به‌صورت وسیع درباره اعتبار اسنادی تحت اختلاف، به نفع او نیست؛ بنابراین ترجیح می‌دهد به داوری که احتمال کشف مدارک به مراتب کمتر از دعوای مطروحه نزد دادگاه‌ها است، مراجعه کند (پارک، ۱۳۸۲، ص. ۵۶).

بر پایه مراتب فوق، آنچه به نظر بررسی آن خالی از اهمیت نیست، شرط «داوری یک‌طرفه» است (Keyes, 2019, p.483)؛ شرط مذکور، بند حل‌وفصل اختلاف است که جا را برای یک طرف در مراجعه به داوری باز می‌گذارد اما به طرف دیگر صرفاً گزینه ارجاع دعوای به دادگاه در صورت تمایل را می‌دهد (ساری، باقری و رجب‌زاده اصطهباناتی، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

در اعتبار و قابلیت اجرای چنین شرطی، اتفاق‌نظر و رویه واحد وجود ندارد. سیستم‌های قضائی مختلف دیدگاه‌های متفاوتی در این‌باره دارند. به‌طورمثال در انگلستان تمایل به سمت معتبر دانستن این شروط است. اما در کشور سوئد اعتبار چنین شروطی منوط به این است که شرط یادشده توسط طرف ذی‌نفع و دارای قدرت بیشتر در قرارداد گنجانده نشده باشد.

در بعضی کشورها محاکم با استناد به اصل «تعهد متقابل^۲» و یا «طرفینی بودن طریق جبران^۳» و این دیدگاه که حق هر یک از طرفین به اینکه خواسته‌ای را مطالبه کند موکول به این است که این حق برای طرف دیگر نیز موجود باشد، چنین شروطی را بی‌اعتبار شناخته‌اند (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۸، صص. ۳۵۷-۳۸۰).

۴-۲. قطعی بودن آراء صادره

بانک‌ها می‌خواهند رأی داور در هر موردی که خود تشخیص دهند، قابل تجدیدنظر قضائی یا قطعی باشد. یکی از راه‌های برطرف کردن بیم بانک‌ها به شرح فوق، درج شرط «اختیار و حق بانک‌ها در تجدیدنظرخواهی آرای صادره توسط داور در محاکم است». البته در اعتبار چنین شرطی میان محاکم اختلاف رویه است. بعضی محاکم اقدامات مبتنی بر این قبیل شروط را که متضمن توسعه کنترل قضائی بر داوری است، به این اعتبار که داوری مبتنی بر تراضی طرفین است، تأیید کرده‌اند. مانند دعوای لپین فناوری کرپ علیه کایوسرا کرپ^۴ که در آن شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر ایالت کالیفرنیا (آمریکا) بر پایه پیش‌بینی شرط تجدیدنظرپذیری رأی داور در قرارداد داوری، صلاحیت دادگاه به بازبینی رأی داور را تأیید کرد (C.Corn, Rachel, 1998, p. 1085). اما بعضی از محاکم این رویه را نپذیرفته و باطل اعلام کرده‌اند. مانند رأی صادره در پرونده شیکاگو تایپاگرافیکال یونین علیه شیکاگو سان تایمز^۵ که طی آن شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر ایالت ایلینویز (آمریکا)، شرط تجدیدنظرپذیری رأی داور را به این علت که توافق خصوصی طرفین نمی‌تواند موجب صلاحیت قضائی فدرال باشد، نپذیرفت و آن را مخالف نظم عمومی دانست (C.Corn, Rachel, 1998, p. 1087-). به هر حال اعتبار شرط فوق بسته به نظام حقوقی هر کشور است (پارک، ۱۳۸۲، صص. ۵۸-۵۹).

در فقه نیز قاعده اولیه و نظر مشهور فقها مبنی بر قطعی بودن رأی قاضی جامع‌الشرایط است. امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه) در تأیید عدم جواز بازرسی رأی می‌فرماید: «ولیس للحاکم الثانی فیه و نقضه». آیت‌الله‌العظمی گلپایگانی نیز در همین خصوص اظهار داشته‌اند: «لاریب فی ان حکم الحاکم نافذ بالنسبه الی المحکوم‌علیه فلا يجوز له بعدالحکم الالباء عن قبوله او المطالبه بتجدیدالمرافعه عنده او عند حاکم آخر». اما همین فقها، در موارد استثنائی، رسیدگی مجدد را جائز دانسته‌اند. همچنین در مواردی که قاضی، فقیه جامع‌الشرایط نیست، این اجازه را داده‌اند که رأی صادره قطعی نباشد و توسط دیگری مورد ارزیابی قرار گیرد. محقق حلی در شرایع بیان می‌دارد: «لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله لکن لوزعم المحکوم‌علیه ان الاول حکم علیه

بالجور لزمه النظر فيه». یعنی تنوع در حکم قاضی قبل وظیفه قاضی دیگر نیست لیکن چنانچه محکوم علیه ادعا کند که قاضی اول در صدور حکم بر وی ظلم کرده تجدیدنظر در آن حکم لازم است (یوسفیان ملا و گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۸). میرزا حبیب‌اله رشتی درباره قطعی نبودن رأی قاضی غیرمجتهد می‌گوید: فایده قضاوت مقلد رفع فتنه و فساد و حفظ حقوق مردم است اما سایر احکامی که بر قضاوت مجتهد مترتب است مانند حرمت نقض و عدم امکان تجدید دعوا، بر آن بار نمی‌شود چون دلیل تجویز قضاوت قاضی غیرمجتهد منطقی عقلی است درحالی‌که احکام مزبور از اموری است که به وسیله ادله شرعی ثابت شده‌اند (یوسفیان ملا و گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۸).

۴-۳. مواجهه با اختلافات مقدماتی

ارجاع اختلاف به داوری بر پایه توافق پیشین، اغلب با اختلافات اولیه درباره صلاحیت داور و داوری مواجه می‌شود که علت آن، تنظیم بندهای داوری ضعیف است. البته با استفاده از مدل استاندارد مؤسسات داوری شناخته‌شده، طرفین می‌توانند از چنین مشکلاتی تا حدی جلوگیری کنند (Peter Berger, 2009, p. 56).

۴-۴. توافقی بودن رسیدگی

داوری همانند روش قضائی، به صورت توافقی (خدوی، ۱۳۹۴، صص. ۵۲۱-۵۳۱) و بر مبنای سنجش ادله انجام می‌پذیرد و اختلاف بر اساس رأیی که بر طرفین تحمیل می‌شود حل و فصل می‌شود. به همین علت به‌طور معمول پس از داوری، طرفین مناسبات و روابط دوستانه خود را از دست می‌دهند و گاه رأی داور دستاویز طرح اختلافات جدیدتر و شدیدتر میان طرفین می‌شود. این در حالی است که در سایر روش‌های غیرقضائی نقش و اراده طرفین بسیار پررنگ‌تر از نقش آنها در رسیدگی‌های داوری است و شروع به رسیدگی و حصول نتیجه مستلزم توافق طرفین است. بر این اساس می‌توان گفت ویژگی اصلی روش‌های اخیرالذکر حل و فصل دوستانه اختلافات و حفظ روابط دوستانه طرفین اختلاف است. این خصیصه به‌طور خاص در دعاوی تجاری از جمله دعاوی بانکی کارایی زیادی دارد؛ زیرا با حل دوستانه اختلاف، امید بر استمرار روابط تجاری طرفین بالا است.

البته این ایراد نیز با تکیه بر آموزه‌های فقهی و اسلامی نه تنها قابل رفع است بلکه مرجع داوری باید در راستای تحقق آن تمام سعی و تلاش خود را به کار گیرد. در منابع فقهی بسیار آمده است که قاضی و حکم باید به صلح و سازش تشویق کنند. حضرت علی (علیه‌السلام) در آخرین وصیتش به فرزندان فرمود: «فَإِنِّي سَمِعْتُ جَدَّ كَمَا يَقُولُ: إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ أَفْضَلُ مِنْ عَامَّةِ الصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ». از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) شنیدم که فرمود صلح و سازش بین مردم بهتر از همه نماز و روزه‌هاست. خداوند متعال نیز در قرآن کریم بارها به برقراری صلح و سازش توصیه کرده‌اند. برای مثال در آیات ۹ و ۱۰ سوره مبارکه حجرات آمده است: «اگر دو گروه از مؤمنان با یکدیگر به جنگ برخاستند میانشان آشتی افکنید»، «مؤمنان برادرانند. میان برادران آشتی بیافکنید». ظاهر گفته محقق در شرایع همین است: «اگر بعد از طرح دعوا، حکم روشن باشد بر قاضی است که قضاوت کند ولی مستحب آن است آن دو را به صلح و سازش تشویق کند» (یزدی، ۱۳۸۴، ص. ۸۲).

۴-۵. ضرورت صدور رأی بر اساس قوانین

داوری اصولاً باید مطابق قوانین انجام شود و رأی صادره متضمن مباحث حقوقی و بر اساس قانون حاکم باشد. اما در سایر روش‌های غیرقضائی، تبعیت از قانون و مباحث حقوقی ضروری نیست و به همین دلیل بر خلاف داوری، مشکلات مربوط به قانون قابل اعمال بر جریان رسیدگی کمتر بروز می‌کند. در کارشناسی، کارشناس رسیدگی و تحقیقات قضائی خاصی بر عهده ندارد و بنا به تعبیر یکی از قضات انگلیسی، باید به‌طور انحصاری و با استفاده از چشم‌ها، دانش و تخصص خویش تصمیم بگیرد. در میانجی‌گری و سازش نیز اصولاً میانجی‌گر یا سازش‌گر به جای قرار دادن طرفین اختلاف در موقعیت‌های صرف حقوقی، با نزدیک ساختن ایشان به یکدیگر و روشن ساختن منافع واقعی آنها تلاش می‌کند اختلاف را با رضایت طرفین حل و فصل کند. در مذاکره نیز طرفین قصد حفظ روابط خویش را دارند و به دنبال قرار دادن طرف مقابل در موقعیت حقوقی صرف نیستند (درویشی هویدا، ۱۳۸۹، ص. ۱۷۸). البته در داوری نیز چنانچه طرفین به داور اختیار صدور رأی بر مبنای عدل و انصاف یا کدخدامنشی را بدهند داور می‌تواند حتی برخلاف قانون نیز مبادرت به صدور حکم کند. درواقع،

اصدار رأی بر مبنای عدل و انصاف یا کدخدامنشی یکی از ظرفیت‌های فقهی است که بانک‌ها با اتکا بر آن می‌توانند از این عیب دآوری رهایی یابند. با کاوش در منابع فقهی می‌توان بدین عقیده دست یافت که ضرورت دخالت دادن «وجدان فقهی» در استنباط و صدور احکام توسط قاضی و به طریق اولی داور از مصادیق توجه به عدل و انصاف است. انصاف، شرایط زمانی و مکانی و عناصر و ابعاد مربوط به اختلاف را در نظر می‌گیرد و هنگامی که فرد منصف با موقعیت‌های نامطلوب روبه‌رو می‌شود، در مقابل آنها به صورت تک‌بعدی و یکسان‌نگر قضاوت نمی‌کند (نعیمی و موسوی، ۱۳۹۶، صص. ۱۲۳-۱۲۴).

۶-۴. سرعت کمتر در رسیدگی

سرعت حل و فصل اختلافات بانکی با توجه به اینکه تأخیر در رسیدگی می‌تواند موجب افزایش روزانه و چشمگیر میزان خسارات و وجه التزام‌های قراردادی شود، به حدی در حل و فصل این دست از اختلافات اهمیت دارد که برخی آن را «ارزش افزوده» روش‌های غیرقضائی می‌دانند. زیرا علاوه بر حل اختلاف، به علت سرعت در رسیدگی مانع ورود بسیاری از خسارات و هزینه‌های کنترل نشده می‌شوند (Siclari, 2015, p. 133).

۵. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات

در اینکه به راستی کدام یک از روش قضائی و روش‌های غیرقضائی و در میان روش‌های غیرقضائی کدام یک برای حل اختلافات بانکی مطلوب‌تر است، محل اختلاف است. علت وجود اختلاف نظر در تعیین مطلوب‌ترین روش، وجود مزایا و معایب برای هر یک از روش‌ها در مقایسه با سایر روش‌ها است. در پرتو همین مزایا و معایب است که می‌توان گفت هیچ مکانیزم حل و فصل اختلاف کامل و بدون عیب، وجود ندارد. بر این اساس نگارندگان در مقام معرفی یک روش واحد برای حل و فصل تمام اختلافات بین‌المللی نیستند بلکه صرفاً در مقام معرفی روشی هستند که به‌طور کلی و در شرایط عادی، می‌تواند بهتر خواسته طرفین اختلافات بین‌المللی بانکی را برآورده کند. برای این منظور، ضروری است جهت تعیین مطلوب‌ترین روش، ابتدا میان دو روش «قضائی» و «غیرقضائی»، به نتیجه برسیم.

۵-۱. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات میان دو روش قضائی و غیرقضائی

برای تعیین بهترین روش میان دو روش قضائی و غیرقضائی، به نظر مروری بر معایب هر یک از این دو روش با معیار «تصمیم یا رأی صادره» و در نهایت مقایسه عیوب هر روش و میزان اهمیت و اثر هر یک از آنها بر اصحاب دعوا، کارساز است.

بر پایه معیار فوق و تحقیقات میدانی به شرح بخش ۳ نوشتار حاضر، در میان تمام معایب روش قضائی در مقابل روش‌های غیرقضائی، اصلی‌ترین معایب روش قضائی بر اساس تجربه و اظهار بانک‌های ایرانی و مذاقه در کتب و مقالاتی همچون کتاب‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌المللی نوشته علیرضا مسعودی، دعاوی مطروحه در اختلافات اسنادی و حل و فصل آنها نوشته گلاویژ الماسی و مرضیه شیخ‌محمدی، حقوق تجارت بین‌الملل نوشته عبدالحسین شیروی، اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری نوشته سکینه کشاورز معتمدی و مقاله بررسی دلایل برتری داوری بر رسیدگی‌های قضائی در دعاوی نفت و گاز نوشته حمید حمیدیان عبارتند از:

- فقد تخصص لازم محاکم برای رسیدگی به اختلافات بانکی؛

- جانبداری محاکم از منافع و مواضع کشور خود؛

- دشواری اجرای آرای محکمه یک کشور در کشور دیگر؛

- اطاله رسیدگی؛

همچنین بر اساس معیار فوق، به نظر نگارندگان در میان ایرادات داوری (به شرح بخش ۴ نوشتار حاضر) با توجه به:

۱- ترافی بودن هر دو روش قضائی و داوری و ضرورت صدور رأی در آنها بر مبنای قوانین،

۲- عدم یا کاهش مواجهه با اختلافات مقدماتی در صورت تنظیم توافق‌نامه یا شرط داوری در چارچوب استانداردهای ارائه‌شده توسط مؤسسات داوری معتبر،

۳- اهمیت پایین انتفای حق مراجعه به مراجع قضائی با توجه به رسیدگی به اختلاف توسط داور یا داوران متخصص، باید پذیرفت که اصلی‌ترین ایراد داوری در مقایسه با روش قضائی، قطعی بودن رأی صادره توسط داور است.

بر اساس معیار یادشده، با توجه به ترافی نبودن روش‌های مذاکره، سازش،

میانجی‌گری و کارشناسی و عدم صدور رأی در طرق مذکور، به نظر نگارندگان ایراد روش‌های مذکور در مقایسه با روش قضائی عدم ضرورت منتج به نتیجه شدن مذاکره، سازش، میانجی‌گری و کارشناسی است.

در این میان باید دید کدام دسته از معایب دو روش قضائی و غیرقضائی به شرح فوق، عیوب اساسی‌تری محسوب می‌شود.

به نظر می‌رسد مواجهه با یک رأی نادرست صادرشده توسط مقام ناآگاه و غیرمتخصص یا دارای اطلاعات ناقص که تأیید آن توسط مراجع بالاتر نیز محتمل است (در صورت اعتراض) و یا عدم توانایی اجرای رأی صادره و احقاق حقوق بانک از طریق اجرای آن، به مراتب برای بانک‌ها خطرناک‌تر از قطعیت رأی داوری که با تخصص کافی و آگاهانه و با آزادی بیشتر اصحاب دعوا در طول رسیدگی آن صادر شده و همچنین عدم حصول نتیجه در مذاکره، سازش، میانجی‌گری و کارشناسی که منتج به رسیدگی مجدد به اختلاف توسط محکمه خواهد شد، است.

بر این اساس به نظر می‌رسد به‌طور کلی و در شرایط عادی، روش غیرقضائی به مصلحت بانک‌ها نزدیک‌تر بوده و پتانسیل لازم برای تبدیل شدن به یک روش حل اختلاف عمده را دارد.

۲-۵. مطلوب‌ترین روش حل و فصل اختلافات در میان روش‌های غیرقضائی

در حال حاضر داوری رایج‌ترین و شناخته‌شده‌ترین روش جایگزین برای رسیدگی در دادگاه است. این در حالی است که امروزه استفاده از روش‌های غیرقضائی دیگر به علت بیشتر شدن درجه اهمیت سرعت حل اختلافات و حفظ روابط میان طرفین اختلاف و حل اختلاف با عدم آسیب به روابط اصحاب دعوا یا کمترین آسیب، در محور توجه فعالان عرصه بین‌الملل قرار گرفته است.

در اینکه مطلوب‌ترین روش حل اختلاف در میان این روش‌ها کدام است، بهتر است از روش مقایسه به شیوه مقایسه روش قضائی با روش غیرقضائی که پیش‌تر بیان شد، استفاده شود.

با بذل توجه به اصلی‌ترین علت استقبال فعالان اقتصادی از روش‌های غیرقضائی (غیر از داوری) که همانا حفظ روابط مالی با وجود بروز اختلاف است به نحوی که اختلاف

حادث مزاحم یا قاطع روابط مذکور نباشد و همچنین با توجه به نبود ایرادات اصلی روش قضائی در هیچ‌یک از روش‌های غیرقضائی، به نظر نگارندگان می‌رسد که در میان معایب روش داوری در مقایسه با روش‌های غیرقضائی دیگر، اصلی‌ترین عیب روش داوری، ترافیعی بودن آن است که گرچه منتج به صدور رأی لازم‌الاجرا می‌شود اما به‌طور معمول پس از داوری طرفین مناسبات و روابط دوستانه خود را از دست می‌دهند و گاه رأی داور، دستاویز طرح اختلافات جدیدتر و گاه شدیدتر میان طرفین می‌شود.

اصلی‌ترین عیب از میان معایب سایر روش‌های غیرقضائی، الزام‌آور نبودن تصمیم گرفته‌شده در نتیجه استفاده از این روش‌ها و امکان مراجعه هر یک از اصحاب دعوا به محکمه برای رسیدگی مجدد به اختلاف است.

این در حالی است که فعالان در عرصه تجارت بین‌الملل از جمله بانک‌ها در عین نیاز به حل و فصل اختلافات خود به نحو قطعی و لازم‌الاجرا، خواستار حفظ روابط کاری و تجارتي خود نیز هستند. بر این پایه به نظر می‌رسد بهترین راه برای تأمین هر دو خواسته و نیاز فوق، استفاده از «شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای» است. چنین روشی با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ یعنی حل اختلافات کوچک در مراحل اولیه و باقی‌ماندن اختلافات عمده در مراحل پایانی (منصوری‌رضی، ۱۳۹۷، ص. ۴۱۴)، قاطعیت توأم با تخصص و حفظ روابط دوستانه، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده می‌سازد؛ در میانجی‌گری، میانجی‌گر با رویکرد حفظ روابط دوستانه طرفین سعی در حصول توافق دارد. در کارشناسی، متخصص یا گروه متخصصین در مقام صدور نظریه کارشناسی صرفاً بر پایه ضوابط استوار بر تخصص خود بدون ورود به مباحث حقوقی و ترافیعی می‌باشد که نتیجه چنین امری نیز حفظ روابط مسالمت‌آمیز است. چنانچه اختلاف با استفاده از دو مرحله یادشده حل و فصل نشود، طرفین ناگزیر به حل اختلاف از طریق داوری (که حسب مباحث پیش‌گفته روشی مطلوب‌تر در مقایسه با روش قضائی است) خواهند بود. بدیهی است که داوری در روش پیشنهادی دارای تبعات سوء کمتری بر روابط طرفین است زیرا وجود میانجی‌گری و کارشناسی پیش از داوری موجب می‌شود که خصوصیت ترافیعی داوری در این روش نسبت به داوری مرسوم تعدیل شود. همچنین وجود مرحله کارشناسی پیش از داوری در روش پیشنهادی و در نتیجه علم داور به نظر کارشناسان

منجر به تشهید ذهن داور و متعاقباً تسهیل داوری می‌شود.

با توجه به اینکه اختلافات بانکی اساساً قابلیت میانجی‌گری و کارشناسی و داوری‌پذیری را دارند و با عنایت به یکسان بودن خواست بانک‌ها از یک مکانیزم حل اختلاف در اکثر دعاوی و عدم تأثیر موضوع اختلاف یا طرف اختلاف در رویکرد مذکور، روش پیشنهادی می‌تواند در تمام اختلافات بانکی روش مناسبی تلقی شود. روشن است که روش پیشنهادی، صرفاً مختص اختلافاتی است که قانوناً رسیدگی به آنها در صلاحیت انحصاری مراجع قضائی نمی‌باشد به‌طورمثال دعاوی کیفری و دعاوی ورشکستگی در ایران در زمره دعاوی است که قابلیت حل و فصل از طریق روش پیشنهادی را ندارد. البته بررسی مصادیقی از این دست خود نیازمند پژوهش دیگری است و در این نوشتار قابل بحث و بررسی نیست.

حل اختلافات از طریق شروط چندمرحله‌ای بسیار متداول است. این شروط مکانیسمی برای حل اختلافات است که متضمن چندین مرحله، بنا به توافق طرفین می‌باشد. طرفین در تعیین مراحل و تعدد آنها و ارتباط این مراحل با یکدیگر مختارند. ایشان می‌توانند این مراحل را به‌صورت ترتیبی یا موازی یا دوگانه در نظر بگیرند. در انتخاب هر یک از این روش‌ها باید شرایط مختلف از جمله موضوع قرارداد، رابطه میان طرفین و موضوع اختلافات احتمالی میان طرفین، مدنظر قرار گیرد.

۳-۵. شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای، راهکاری مناسب برای حل اختلافات بانکی

با توجه به مراتب پیش‌گفته با فرض اشراف کامل مخاطب به ویژگی هر یک از روش‌های مرسوم غیرقضائی و با لحاظ ماهیت اختلافات بانکی که علی‌الاصول در زمره اختلافات فنی و تخصصی قرار دارند به نظر نگارندگان اصلح است در قراردادهای بانکی منعقدۀ چنین پیش‌بینی شود که در صورت حدوث اختلاف، طرفین ابتدا باید ظرف مدت مشخصی اختلاف خود را از طریق مذاکره حل و فصل کنند و در صورت عدم حل اختلاف حادث از طریق مذاکره و یا عدم مذاکره به هر علت، می‌بایستی مطابق توافق‌نامه حل و فصل اختلافات که در زمان انعقاد قرارداد تنظیم شده است، عمل شود؛ در توافق‌نامه روش حل اختلاف چندمرحله‌ای از نوع ترتیبی به ترتیب «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» معادل «co med exp arb»^۶ (نه «med exp arb»^۷)

(زرکلام، ۱۳۷۹، صص. ۸۶-۸۸)، به‌عنوان روش حل اختلاف تعیین شود. به‌نحوی که بدواً میانجی، طی شرایط و زمان مقرر در توافق‌نامه تلاش برای دستیابی طرفین به یک راه‌حل مناسب کند متعاقباً در صورت عدم حل و فصل اختلاف از طریق یادشده، با توجه به فنی بودن اختلافات بانکی، کارشناس یا کمیته کارشناسی پیش‌بینی شده، حسب اسناد نظریه کارشناسی صادر کند و نهایتاً در صورت اختلاف طرفین نسبت به نظریه کارشناسی مراتب به داور یا داوران تعیینی ارجاع شود. اینک و به‌منظور توجیه مصداقی شرط پیشنهادی، پرونده ذیل مورد مذاقه قرار می‌گیرد:

بانک ایرانی «الف» اقدام به گشایش اعتبار اسنادی به نفع فروشنده خارجی تبعه کشور (الف) می‌نماید. بانک کشور (ب) بانک کارگزار ابلاغ‌کننده و پرداخت‌کننده اعتبار گشایش یافته بوده است. فروشنده به علت تأخیر چندماهه بانک ایرانی در پرداخت مبلغ اعتبار اسنادی و عدم درج شرط حل اختلاف در قرارداد، علیه بانک یادشده در کشور (ب) اقدام به اقامه دعوا جهت دریافت خسارت تأخیر می‌کند. در نهایت دادگاه با این استدلال که تحریم به علت عدم درج در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی ۶۰۰^۱ و همچنین عدم شرط «معافیت بانک گشاینده اعتبار از تعهدات در صورت تحریم» در قرارداد، فورس ماژور محسوب نمی‌شود، بانک «الف» را طی رأی غیابی به پرداخت خسارت تأخیر محکوم می‌نماید. این در حالی است که صرف‌نظر از اینکه اولاً دادگاه بر پایه قوانین حل تعارض کشور خود، فاقد صلاحیت در رسیدگی به دعوا بوده. ثانیاً دادگاه قانون کشور خود را بر دعوا حاکم و بر پایه آن رسیدگی کرده است. درحالی‌که حسب قانون حل تعارض، آیین دادرسی بین‌المللی دادگاه رسیدگی‌کننده و رویه قضائی موجود در سیستم‌های حقوقی پیشرفته، قانون ماهوی قابل اعمال در پرونده، قانون ایران بوده و ثالثاً دادگاه در فرایند ابلاغ اوراق قضائی دچار اشتباه شده است، استدلال دادگاه به شرح فوق که منتج به صدور رأی شده، نادرست بوده است؛ گرچه در ماده ۳۶ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی ۶۰۰ در مصدیقی که برای فورس ماژور نام برده، اشاره‌ای به تحریم‌های اقتصادی نشده است اما این مصدیق حصری نیستند چرا که این ماده پس از برشمردن مصدیق فورس ماژور از عبارت «یا هر دلیل دیگری» استفاده کرده است. بر این پایه و با توجه به اینکه

تحریم‌های ایران دارای هر سه ویژگی که برای فورس ماژور بودن وجود دارد (شامل خارجی بودن، غیرقابل پیش‌بینی بودن، غیرقابل اجتناب بودن) می‌باشد، مبرهن است که رأی صادره بدون تخصص کافی صادر شده است. محل تأمل اینکه پس از اطلاع بانک «الف» از رأی صادره، طرفین از طریق مذاکره در کمترین زمان ممکن و با تأمین منافع بانک ایرانی به مصالحه رسیدند.

اگر شرط پیشنهادی به‌عنوان شرط حل اختلاف در قرارداد مبحث‌عنه گنجانده شده بود، شرکت ابتدا می‌بایست ادعا خود را طی مذاکره به بانک «الف» اعلام می‌کرد (که به احتمال زیاد نتیجه مطلوب حاصل می‌شد) و در صورت عدم حصول نتیجه، موضوع را از طریق میانجی‌گری پیگیری و در صورت عدم حل اختلاف، از طریق کارشناسی (که قطع به یقین کارشناس به‌واسطه تخصص خود، تحریم را در زمره مصادیق فورس ماژور محسوب می‌کرد) ادعا را پیگیری و با فرض اعتراض به نظر کارشناس نیز با طرح موضوع نزد داوری اختلاف منجر به حل و فصل می‌شد.

با وجود مراتب فوق، موانع زیر می‌تواند از عوامل بازدارنده بانک‌ها در به‌کارگیری روش پیشنهادی باشد:

الف) اطاله فرایند رسیدگی

عدم استقبال بانک‌ها از روش پیشنهادی به علت اطاله رسیدگی به جهاتی از جمله چندمرحله‌ای بودن آن، امکان بی‌اعتنایی هر یک از طرفین اختلاف به نتیجه حاصله در مرحله یا مراحل پیشین، زمان‌بر بودن انتخاب میانجی‌گر، کارشناس و داور در هر مرحله و عدم رعایت ترتیب حل اختلاف از سوی اصحاب اختلاف محتمل است. اما مانع موصوف با پیش‌بینی موارد زیر در توافق‌نامه داوری تا حدود چشمگیری مرتفع خواهد شد:

۱- برای هر یک از میانجی‌گری و کارشناسی مدت تعیین شود برای مثال برای میانجی‌گری از زمان پذیرش میانجی‌گری توسط میانجی‌گر، پنج روز در نظر گرفته شود و برای کارشناسی نیز به همین ترتیب عمل شود و برای داوری، داوری فوری همانند داوری فوری پیش‌بینی شده در قوانین مرکز تخصصی حل و فصل اختلافات بانکی و مالی که مطابق آن داور باید ظرف مدت پانزده روز از زمان ارائه درخواست حکم صادر کند، انتخاب شود.

۲- شرط الزام‌آور بودن تصمیم میانجی‌گر و کارشناس در توافق‌نامه پیش‌بینی شود؛ بدان معنا که چنانچه طرفین بر پایه میانجی‌گری یا کارشناسی به توافق و مصالحه رسیدند، دیگر مجاز به طرح مجدد موضوع نباشند. به نظر می‌رسد چنین الزامی از طریق اسقاط حق طرح مجدد اختلاف قابل تصور است. اما در اینکه آیا در نظام قضائی ایران، اسقاط حق یادشده جایز است یا خیر، بستگی به قرار داشتن یا نداشتن چنین اسقاطی در زمره اسقاط مالم یجب است. در این باره اختلاف نظر وجود دارد، برخی آن را صحیح (اکبری‌دهنو و شهبازی‌نیا، ۱۳۹۳، ص. ۱۸) و برخی دیگر مصداق اسقاط مالم یجب و باطل می‌دانند (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضائی، ۱۳۹۴، ص. ۲۰۶). بررسی نظرات فقهی گویای این واقعیت است که فقهای عظام در ممنوعیت اسقاط مالم یجب به دو دلیل تمسک جستند. یکی آنکه اسقاط مالم یجب عقلاً و ماهیتاً محال است. محمدحسن صاحب جواهر در جواهرالکلام بر این عقیده است. دومین دلیل، اجماع فقهای امامیه است (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹، ص. ۹۵). در مقام ارزیابی این دلایل می‌توان چنین پاسخ داد که اگر منظور از اسقاط مالم یجب، اسقاط حق در زمان نیستی حق باشد بی‌گمان چنین اسقاطی باطل است. اما اگر مراد، اسقاط حق در محل ثبوت یا از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق باشد مانعی عقلی برای امکان آن وجود ندارد. چون فرض بر این است که مردم در اعمال خود مطابق موازین عقلی عمل می‌کنند تا وقتی که خلاف آن ثابت نشده است. همچنین در پاسخ به ایراد عدم امکان تعلق اراده به امر معدوم باید گفت آنچه که متعلق اراده و مورد تصرف قرار می‌گیرد حقی است که در آینده به وجود می‌آید نه حقی که در زمان انشا معدوم است. در خصوص دلیل دوم یعنی اجماع باید گفت: اولاً. وقوع چنین اجماعی مسلم و محرز نیست؛ ثانیاً. اجماع یادشده اجماع محصلی نیست که حجیت آن مورد تردید نباشد بلکه اجماع منقولی است که تنها از سوی تعداد معدودی از فقها و البته گاهی با تردید بیان شده است؛ ثالثاً. حتی اگر وقوع چنین اجماعی را مسلم بدانیم احتمال بسیار وجود دارد که دلیل اجماع‌کنندگان امتناع عقلی اسقاط مالم یجب باشد. در این صورت اسقاط حق در محل ثبوت آن چون از لحاظ عقلی مانعی ندارد، در شمول اجماع قرار نمی‌گیرد (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹، صص. ۹۶-۹۸).

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز به تبعیت از فقه، می‌توان بر این عقیده بود که چنین اسقاطی، در صورتی از مصادیق «اسقاط مالم یجب» است که طرفین از منشأ و دلیل آن علم و آگاهی نداشته باشند. اما اگر اسقاط حق محتمل به غرر و جهل منتهی نشود می‌توان با پیش‌بینی و ذکر دقیق مختصات و مشخصات آنچه اسقاط می‌شود فرض جهل منتهی به غرر را نیز منتفی کرد (رضائی، ۱۳۹۹، ص. ۳۱۹).

۳- ضروری است فهرستی از کارشناسان خبره بانکی که در حل دعاوی بانکی حرفه‌ای هستند تهیه و در توافق‌نامه حل و فصل اختلافات به ضرورت انتخاب میانجی‌گر، کارشناس و داور از میان فهرست مذکور، توافق شود. مشابه فهرست موصوف، فهرستی است که هیئت کارشناسان رسمی بازار بین‌المللی فایننس (مرکز تخصصی حل و فصل اختلافات بانکی و مالی) در اختیار دارد (Oluwabiyi, 2015, p. 8).

۴- با توجه به اینکه عدم رعایت ترتیب مقرر در شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای صرفاً در صورت غیرالزامی بودن مراحل پیشین یا رضایت طرف مقابل امکان‌پذیر است، بنابراین ضروری است در توافق‌نامه حل و فصل اختلافات به الزام‌آور بودن طی مراحل حل اختلاف به ترتیب و عدم جواز کارشناس به رسیدگی پیش از طی مرحله میانجی‌گری و عدم جواز داور به رسیدگی پیش از طی مراحل میانجی‌گری و کارشناسی تصریح شود.

شایان ذکر است که مقصود از شرط حل اختلاف چندمرحله‌ای «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» معادل «co med exp arb» روشی است که بر خلاف روش «med exp arb» (که در آن داور خود به‌عنوان میانجی‌گر و کارشناس اقدام می‌کند و به‌عبارت دیگر داور پیش از داوری باید تلاش کند اختلاف را از طریق میانجی‌گری یا صدور نظر کارشناسی حل و فصل کند و تمام اقدامات حل اختلاف توسط شخص واحد انجام می‌شود و به همین علت ایرادات بسیاری به آن وارد است)، میانجی‌گری، کارشناسی و داوری به اشخاص متفاوتی واگذار می‌شود، بنابراین ضروری است به‌منظور جلوگیری از تعبیرهای نادرست و اشتباه گرفتن این روش با روش «med exp arb»، در توافق‌نامه به این موضوع (متفاوت بودن میانجی‌گر، کارشناس و داور) تصریح شود.

ایراد اساسی وارد به روش «med exp arb» این است که این روش به علت واحد بودن شخص داور، میانجی‌گر و کارشناس در آن، از کارایی میانجی‌گری و کارشناسی

سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین المللی بانک‌های... / ملیحه عبدالرحیمی و علی رضائی پژوهش‌های حقوق اسلامی ۳۱۹

می‌کاهد. زیرا طرفین اختلاف در میانجی یا کارشناس چهره یک داور آتی را می‌بینند (زرکلام، ۱۳۷۹، صص. ۸۶-۸۸).

۵- تدوین آیین رسیدگی به اختلاف در هر مرحله در راستای جلوگیری از بروز ابهام در فرایند رسیدگی.

ب) اصل ۱۳۹ قانون اساسی

اصلی‌ترین مانع قانونی در به‌کارگیری روش پیشنهادی، اصل تفسیربردار ۱۳۹ قانون اساسی پیرامون شرایط ارجاع اختلافات به داوری (به‌عنوان آخرین مرحله در روش فوق) و مقررات مبتنی بر آن است؛ با لحاظ مفاد اصل ۱۳۹ و قید «اموال عمومی و دولتی» در آن، در اینکه آیا بانک‌های دولتی مشمول محدودیت اصل مذکور می‌شوند یا خیر، اختلاف نظر است؛ به‌طورمثال برخی معتقد بر تسری آن به بانک‌های دولتی می‌باشند. برخی با توجه به اینکه اصل مذکور صرفاً معطوف به اموال دولتی و عمومی است و نه شرکت‌های دولتی، بر این باورند که اموال شرکت‌های دولتی (ازجمله بانک‌های دولتی)، در زمره اموال دولتی محسوب نمی‌شود. بر اساس این رویکرد، آرایبی نیز توسط محاکم صادر شده است که ازجمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۹۲۰۰۵۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۲ شعبه ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، اشاره کرد (هندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۴-۸۶؛ کشاورز معتمد، ۱۳۹۷، صص. ۸۳-۸۵). گروهی معتقدند صرفاً اموالی قابلیت ارجاع به داوری را ندارند که در محدوده تعریف اموال دولتی به معنای خاص (اموال عمومی) درآیند (عبد یزدان، ۱۳۹۷، ص. ۳۱)؛ برخی با تکیه بر نظریه شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۱۳۷۳/۰۹/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه، معتقدند با توجه به اینکه بانک‌های دولتی از بودجه عمومی کل کشور استفاده نمی‌کنند، بنابراین هیچ‌گونه محدودیتی در ارجاع اختلافات به داوری بر اساس اصل ۱۳۹ ندارند (فتاحی، ۱۳۹۴، ص. ۱۶۸؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص. ۲۱). از نظر نگارندگان بر پایه ظاهر اصل، بانک‌های دولتی مشمول اصل ۱۳۹ می‌شوند لیکن با مطالعه جلد دوم صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلسه ۴۸) در باب اصل مذکور، مشخص است که مقصود نمایندگان صرفاً اموالی است که ۱۰۰ درصد آن در مالکیت دولت می‌باشد. مؤید این استنباط مثال‌های به‌کاررفته توسط نمایندگان از

قبیل قرارداد خرید هواپیمای فانتوم از آمریکا و خرید ماشین‌آلات راه‌سازی برای دولت است. از سوی دیگر با توجه به اینکه فی‌الحال و در راستای اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی، اکثر بانک‌های ایرانی، خصوصی یا دولتی با مشارکت حداکثر ۴۹ درصدی بخش غیردولتی می‌باشند، با مذاقه در دیگر اصول قانون اساسی همچون اصل ۴۰ در باب منع اضرار به غیر، بند ج اصل ۲ در باب استقلال اقتصادی، بند ۱۲ اصل ۳ در باب پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه، عملاً دچار تعارض در اعمال اصل ۱۳۹ بدون لحاظ حقوق سهامداران خصوصی می‌شویم. در این راستا، شایسته است با نظر به مقصود قانون‌گذار اساسی از وضع اصل ۱۳۹ و سایر اصول فوق‌الذکر از یک‌سو و قواعد فقهی حاکم از جمله قاعده نفی سبیل و قاعده مصلحت نظر به اینکه مسائل پولی و بانکی نقش تعیین‌کننده در حفظ منافع و دارایی‌های ملی دارد (حقیقت، ۱۳۹۴، صص. ۹۰-۹۲) مراتب دایره شمولیت و حدود اصل ۱۳۹ با تأکید بر شرایط اقتصادی و نظام بانکی فعلی و حقوق سهامداران از شورای نگهبان استفسار شود.

شایان ذکر است که مشاور محترم وقت معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم و سرپرست اداره پیشگیری قضائی به‌عنوان متولی اصلی ترویج نهاد داوری در کشور استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی را به‌عنوان راهکار اتخاذ شده است؛ گاهی اوقات مسائلی با ابعاد گوناگون فرهنگی، اقتصادی و غیره مطرح می‌شوند که منحصراً مرتبط به یک وزارت‌خانه یا دستگاه معینی است. چون حل و فصل این‌گونه امور از نظر سازمانی و مادی فرایند ویژه‌ای را می‌طلبد، نهاد جدید «نماینده ویژه» به موجب اصل ۱۲۷ تأسیس شد (وکیل و عسکری، ۱۳۸۳، ص. ۳۷۴). بر این پایه تصویب ارجاع اختلافات بانک‌های دولتی (جز اختلافاتی که طرف آن خارجی است و یا اختلافات مهم که ارجاع آن به داوری علاوه بر تصویب هیئت وزیران، مستلزم تصویب مجلس نیز است) به داوری که مطابق اصل ۱۳۹ مستلزم تصویب هیئت وزیران است، به بانک مرکزی ج.ا.ا به‌عنوان «نماینده ویژه» محول می‌شود. در این صورت تصمیم بانک مرکزی ج.ا.ا در حکم تصمیم رئیس‌جمهور و هیئت وزیران خواهد بود. از نظر نگارندگان با توجه به اینکه اصل ۱۳۹ منقسم به دو جزء است، امکان به‌کارگیری راهکار اتخاذی مقام مذکور در جزء اول اصل متصور و موجب تسهیل فرایند ارجاع اختلاف به داوری خواهد شد. لیکن برای جزء دوم (اختلافاتی که طرف آن خارجی

است و یا اختلافات مهم)، راهکار اتخاذی ناکارآمد بوده و ناگزیر می‌بایست به راهکار استفسار از شورای نگهبان به شرح مذکور تمسک جست. لازم به ذکر است که تاکنون چنین اختیاری از سوی دولت به بانک مرکزی تفویض نشده لیکن پیش‌تر مستند به قانون راجع به اجازه ارجاع به داوری و تعیین داور برای دعاوی علیه بانک‌ها در خارج از کشور به بانک مرکزی ایران مصوب ۱۳۶۰ شاهد تجویز چنین اختیاری از سوی نهاد قانون‌گذار بوده‌ایم که فاقد ارتباط موضوعی با اصل ۱۲۷ است.

نتیجه‌گیری

با بررسی این مقاله که در آن سازوکار مؤثر حل و فصل اختلافات بین‌المللی بانکی به بحث گذارده شد، می‌توان نتایج زیر را بر شمرد:

اول؛ اختلافات بین‌المللی بانکی، اختلافات ناشی از بانکداری بین‌المللی است که دارای یک عنصر خارجی بر اساس یکی از سه معیار هویت مشتری، محل انجام عملیات بانکی و تابعیت بانک‌ها می‌باشد و به اقسام مختلفی از جمله اختلافات ناشی از ارائه خدمات بانکی بین‌المللی، اختلافات ناشی از تسهیلات بین بانکی، اختلافات ناشی از تنزیل اعتبار اسنادی، اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بانک‌های ایرانی در خارج از کشور و اختلافات سیاسی منقسم می‌شود.

دوم؛ حسب تحقیق میدانی از سیستم بانکی ایران و با تدقیق در پرونده‌های موجود، علل عمده عدم حصول نتیجه مطلوب برای بانک‌های ایرانی در اختلافات بین‌المللی عبارت از تبیین منافع کشورها توسط محاکم قضائی آنها، دشواری شناسایی و اجرای آرای قضائی صادره، اطاله رسیدگی در مراجع قضائی و عدم تخصص محاکم در رسیدگی به اختلافات است. روشن است که تمام علل مذکور ریشه در اتکا به روش قضائی برای حل و فصل اختلاف دارد. علل یادشده مستلزم عدول بانک‌های ایرانی از قاعده عمومی ارجاع تمام اختلافات بانکی اعم از داخلی و بین‌المللی به مراجع قضائی و متعاقباً اعتبارآفرینی به روش‌های غیرقضائی و تأکید بر انتخاب روش مؤثر و کارآمد حل و فصل اختلاف بر پایه قواعد فقهی حاکم از جمله قاعده «مصلحت» و قاعده «نفی سبیل» با نظر به ظرفیت‌های فقهی موجود در زمینه حل و فصل اختلافات است.

سوم؛ در میان دو علت «عدم شناخت روش‌های غیرقضائی و فاقد آگاهی کافی از مزایا و معایب روش‌های غیرقضائی و قضائی نسبت به یکدیگر» و «وجود موانع و نبود زیرساخت لازم برای استفاده از روش‌های حل و فصل غیرقضائی در حل اختلافات بانکی»، علت اول اصلی‌ترین علت پافشاری بانک‌های ایرانی به پیش‌بینی و انتخاب روش قضائی به‌عنوان روش حل اختلاف است.

چهارم؛ بهترین راه برای آگاهی بخشیدن به بانک‌های ایرانی درباره روش‌های مرسوم حل اختلاف، بیان مزایا و معایب هر یک از مکانیزم‌های حل اختلاف در مقام مقایسه با سایر روش‌ها است.

پنجم؛ هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل اختلاف اعم از قضائی و غیرقضائی خالی از عیب نیست و نمی‌تواند به‌طور کامل تمام خواسته‌های اصحاب دعوا از یک روش حل اختلاف را برآورده سازد. بر این پایه معرفی یک روش واحد برای حل تمام اختلافات بانکی فارغ از موضوع اختلاف، اطراف اختلاف و سایر شرایط، ناممکن است.

ششم؛ با مقایسه روش‌های قضائی و غیرقضائی بر مبنای «تصمیم یا رأی صادره» و با تمسک به پاره‌ای قواعد فقهی از جمله قاعده «اوفوا بالعقود» و قاعده «الناس مسلطون علی حقوقهم فی الاسقاط» در جهت رفع پاره‌ای عیوب مطروحه درباره روش‌های غیرقضائی، روش‌های اخیرالذکر به علت وجود تخصص لازم برای رسیدگی به اختلافات بانکی به‌عنوان اختلافات فنی و تخصصی، انعطاف‌پذیری و حق انتخاب برای اصحاب دعوا (که با توجه به تبعیت نظام بانکی ایران از نظام بانکداری اسلامی و ضرورت رعایت قاعده «نفی سبیل» دارای اهمیت بسزایی است) و سهولت بیشتر در اجرای احکام و آرای صادره، به‌طور کلی و در شرایط عادی، به مصلحت بانک‌های ایرانی نزدیکتر بوده و پتانسیل لازم برای تبدیل شدن به یک روش حل اختلاف عمده را دارد.

هفتم؛ استفاده از سازوکار شروط حل اختلاف چندمرحله‌ای «میانجی‌گری، کارشناسی و داوری» (معادل «co med exp arb» و نه «med exp arb») با پیش‌بینی الزام‌آور بودن طی مراحل حل اختلاف به ترتیب (عدم جواز کارشناس به رسیدگی پیش از طی مرحله میانجی‌گری و عدم جواز داور به رسیدگی پیش از طی مراحل میانجی‌گری و کارشناسی)، متفاوت بودن میانجی‌گر، کارشناس و داور از یکدیگر،

الزام آور بودن تصمیم میانجی و کارشناس، ضرورت انتخاب میانجی، کارشناس و داور از میان کارشناسان خبره بانکی، تعیین مدت مشخص برای هر یک از میانجی و کارشناس و انتخاب داوری فوری برای داوری و تدوین آیین رسیدگی به اختلاف در هر مرحله در توافق‌نامه حل و فصل اختلاف، می‌تواند با داشتن آثاری از جمله فیلترینگ، قاطعیت توأم با تخصص، تعدیل خصوصیت ترافعی داوری و حفظ روابط دوستانه و تسهیل داوری، غالب خواسته بانک‌ها را برآورده سازد.

هشتم؛ روش پیشنهادی در تمام اختلافاتی که قانوناً رسیدگی به آنها در صلاحیت انحصاری مراجع قضائی نمی‌باشد کارآمد است.

نهم؛ اطلاع فرایند رسیدگی و اصل ۱۳۹ قانون اساسی (پیرامون ارجاع اختلافات بانک‌های دولتی به داوری) دو مانع و عامل بازدارنده در به‌کارگیری روش پیشنهادی است. مانع نخست با تصریح بر موارد پیش‌گفته در توافق‌نامه تنظیمی، تا حدود چشمگیری مرتفع می‌شود لیکن در خصوص اصل ۱۳۹ شایسته است دایره شمولیت اصل یادشده با تأکید بر شرایط اقتصادی و نظام بانکی فعلی و حقوق سهامداران از شورای نگهبان استفسار شود. مبرهن است که ظرفیت اصل ۱۲۷ قانون اساسی در اختلافاتی که طرف دعوی خارجی است و یا موارد مهم داخلی (که ارجاع آن به داوری علاوه بر تصویب هیئت وزیران مستلزم تصویب مجلس است) راهکار مناسبی در رفع مانع مذکور نمی‌باشد.

یادداشت‌ها

1. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)
2. Mutuality of Obligation
3. Mutuality of Remedy
4. Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp
5. Chicago Typographical Union .V. Chicago Sun-Times
6. Combined- mediation- expert determination- arbitration: co med exp arb
7. Mediation-expert determination- arbitration: med exp arb
8. The Uniform Customs & Practice for Documentary Credits (UCP 600)

کتابنامه

- اکبری‌دهنو، میثم و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۳). تراضی اصحاب دعوا در پایان دادن به دادرسی مدنی. فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، ۲(۷)، صص. ۳۷-۹.
- السان، مصطفی (۱۳۹۲). حقوق بانک مرکزی. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- انصاری، باقر (۱۳۸۴). درآمدی بر مکانیزم‌های حل و فصل اختلافات تجارت بین‌المللی. حوزه و دانشگاه، ۱۱(۴۴)، صص. ۲۰۴-۱۷۹.
- پارک، ویلیام (۱۳۸۲). داوری در قراردادهای بانکی. ترجمه دکتر محسن مجببی. نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۲۰(۲۸)، صص. ۶۰-۴۵.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضائی (۱۳۹۴). مجموعه آرای قضائی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) - (فروردین، اردیبهشت، خرداد) ۱۳۹۲. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- حقیقت، سیدصادق (۱۳۹۴). نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه). فصل‌نامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۲(۶)، صص. ۱۰۶-۸۹.
- خدوی، صالح (۱۳۹۴). نقش مصلحت در حکومت اسلامی از دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه). فصل‌نامه اندیشه سیاسی در اسلام، ۶(۶)، صص. ۱۲۳-۸۹.
- درویشی‌هویدا، یوسف (۱۳۸۹). استفاده مستقیم از کارشناس در حل و فصل اختلافات. فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۴۰(۴)، صص. ۱۹۲-۱۷۳.
- رحیمی‌آتانی، عبدالکریم (۱۳۹۷). بانکداری بین‌المللی. تهران: مهرگان دانش.
- رشیدی، مهدی (۱۳۹۶). بانکداری بین‌المللی یک با تأکید بر مدیریت ریسک نوسانات نرخ ارز و بهره. تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران.
- رضایی، علی (۱۳۹۹). آزادی اراده طرفین در نظارت قضائی بر آرای داوری تجاری بین‌المللی.

- مجله حقوقی بین‌المللی، (۶۲)، صص. ۳۰۵-۳۳۲.
- زرکلام، ستار (۱۳۷۹). مزایا و معایب میانجی‌گری — داوری (med-arb) همانند روش جایگزینی حل اختلافات. *مجله کانون وکلا*، (۱۷۱)، صص. ۸۵-۱۰۰.
- ساری، افسانه؛ باقری، محمود و رجب‌زاده اصطهباناتی، علیرضا (۱۳۹۸). تطبیق و کاربرد مسائل داوری در حل اختلافات بانکی بین‌المللی (با تأکید بر مراکز داوری تجاری بین‌المللی). *فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ۱۲(۴۴)، صص. ۱۲۱-۱۴۷.
- سربازیان، مجید و رستم‌زاده اصلی، سروش (۱۳۹۸). اعتبار شروط یک طرفه تعیین صلاحیت داوری، در داوری تجاری بین‌المللی. *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۳۶(۶۰)، صص. ۳۵۷-۳۸۰.
- سربازیان، مجید و رضایی، علی (۱۳۹۴). حل و فصل اختلافات اعتبارات اسنادی از طریق ارجاع به کارشناسی. *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۷(۳)، صص. ۱۰۹-۱۴۰.
- عبد یزدان، مصطفی (۱۳۹۷). تحلیل رویکرد دادگاه‌ها نسبت به داوری دعاوی و اموال عمومی و دولتی. *دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت*، (۹)، صص. ۲۷-۴۸.
- فتاحی، مهدی (۱۳۹۴). نسبت بین نظرهای تفسیری شورای نگهبان و رویه قضائی درباره داوری راجع به اموال عمومی و دولتی. *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ۴(۱۱)، صص. ۶۹-۸۷.
- کاشیان، عبدالمحمد؛ بهرامی، زهرا؛ قلی‌پور، فهیمه و شهروی، زهرا (۱۳۹۸). درک ماهیت پول‌های رمزیایه و تعیین برخی از الزامات قانون‌گذاری آن در ایران از منظر اقتصاد اسلامی. *فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی*، ۷(۲۶)، صص. ۷۱-۱۰۳.
- کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱). داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی. *فصلنامه پژوهش حقوق*، ۴(۳۶)، صص. ۱۵۷-۱۸۴.
- کشاوری، معتمد، سکینه (۱۳۹۷). *اهمیت داوری در قراردادهای بانکی و اداری*. تهران: گپ.
- مزینی، مسعود و مهاجرانی تهرانی، محمدحسن (۱۳۸۹). *بانکداری بین‌المللی ۲*. تهران: مؤسسه عالی بانکداری.
- منصوری‌رضی، ایوب (۱۳۹۷). رجوع نابهنگام به داوری در شروط حل اختلاف چندمرحله-ای. *حقوق خصوصی*، ۱۵(۲)، صص. ۴۱۳-۴۳۰.
- مولودی قلاچی، محمد (۱۳۷۹). اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است. *فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ۴۷(۷۷۷)، صص. ۹۱-۱۰۷.
- نعیمی، طاهره سادات و موسوی، سیدفرج‌اله (۱۳۹۶). انصاف و عدالت در سیستم قانون‌گذاری

- ایران و رویکردهای قضائی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، پژوهشنامه متین، ۱۹(۷۷)، صص. ۱۱۱-۱۳۵.
- وکیل، امیرساعد و عسکری، پوریا (۱۳۸۳)، *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- هندی، سیداصغر (۱۳۸۶). بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی. *مجله حقوقی دادگستری*، ۷۱(۶۱)، صص. ۶۳-۸۶.
- یزدی، آیت‌اله محمدعلی (۱۳۸۴). آداب قضاوت. *فصلنامه فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، ۱۱(۴۱)، صص. ۸۲-۱۱۷.
- یوسفیان، ملاعزت‌اله و گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۸)، بررسی فقهی جواز تجدیدنظرخواهی از احکام و آرا محاکم قضائی ایران. *فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۵(۱۵)، صص. ۱۷۳-۲۰۱.
- C. Corn, R. (1998). *Lapine Technology Corp. V. Kyocera Corp.* OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION, 13(3), pp. 1085- 1094.
- Keys, M. (2019). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. Switzerland: Springer.
- Oluwabiyi, A. (2015). A Comparative Legal Analysis of the Application of Alternative Dispute Resolution (ADR) to Banking Disputes. *journal of Law, Policy and Globalization*, (J.L. POLY & Globalization), 38(1), pp. 1-13.
- Peter Berger, K. (2009). The aftermath of financial crisis: why arbitration makes sense for banks and financial institution. *Law and Financial Markets Riview* (Law & Fin. Mkt. Rev), 3(1), pp. 54-63.
- Siclari, D. (2015). *Italian Banking and Financial law*. New York: Palgrave Macmillan Publications.

مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۸

سید محمدحسین کاظمی بازردهی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۴

حیدر امیرپور**

نوع مقاله: پژوهشی

محمدحسن شیبانی فر***

سید محمد صدری****

رضا محبی مجد*****

چکیده

در هر حکومت و دولتی، مناصب و مسئولیت‌های مختلفی وجود دارد که صاحبان آنها بایستی طوری از عهده اداره و اجرای آنها بریبایند تا مصالح و منافع (غبطه) مردم و کشور به بهترین وجه مراعات شود. اگر شناخت کامل و درستی از مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی به دست آید می‌توان بدین وسیله جایگاه قانونی و فقهی آنها را به نحو صحیح تبیین نمود و در پرتو این آگاهی، موجبات برقراری نظم، امنیت و سعادت جامعه را فراهم ساخت. برای نیل به مقصود باید برای سؤالات مطرح در این باب، پاسخ یافت؛ پرسش‌هایی نظیر: «غبطه» و «مسئولیت‌های حاکمیتی» به چه معناست؟ حکم شرعی «مراعات غبطه توسط مسئولان» چیست؟ در واکاوی «رعایت غبطه در مسئولیت» چه نکاتی بایستی مدنظر قرار گیرد؟ و... روش تحقیق نیز شامل بررسی کلیات و واکاوی نظریه‌ها و تحلیل‌ها بوده و پژوهش، به صورت میان‌رشته‌ای است. پس از بررسی این موضوعات و در نتیجه، ضرورت رعایت غبطه در مسئولیت و همچنین توجه و التزام عملی به شاخص‌های مهمی شامل: عدالت، امنیت، قانون و وظیفه به معنای خاص که بایسته‌های یک مدیریت صحیح بوده و از مصادیق مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی است، تبیین می‌شود؛ اصولی که ادله اربعه نیز آنها را تأیید می‌کنند.

واژگان کلیدی: غبطه، مسئولیت، مسئولیت‌های حاکمیتی، دولت، عدالت.

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
kazemi.phd.pnu.teh.jonoub@gmail.com

** دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
d.amirpour@yahoo.com

*** استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
tosheybani@yahoo.com

**** دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
smsadri42@gmail.com

***** استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
m.majd64@yahoo.com



مقدمه

مسئولان حکومت اسلامی باید به نحوی امور تحت اختیار خود را مدیریت کنند که مصالح و منافع جامعه، مصون از آسیب و نابودی باشد. حفظ و حراست از منافع مردم در رهگذر آشنایی با مبانی فقهی و حقوقی این موضوع می‌باشد و توفیق در این راه با عملکرد صحیح ممکن خواهد بود. در ابتدای بحث، سؤالاتی مطرح است همچون: «غبطه» و «مسئولیت‌های حاکمیتی» به چه معناست؟ حکم شرعی «مراعات غبطه توسط مسئولان» چیست؟ ادله اثبات «رعایت غبطه در مسئولیت» کدام است؟ و... روش اجرای تحقیق نیز شامل بررسی کلیات و واکاوی نظریه‌ها و تحلیل‌ها است. ضمناً ضرورت این پژوهش هم بدان لحاظ می‌باشد که اگر شناخت کامل و درستی از مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی به دست آید، جایگاه قانونی آنها به نحو صحیح تبیین شده و در پرتو این آگاهی، موجبات برقراری نظم، امنیت و سعادت جامعه فراهم می‌آید و در غیر این صورت، زمینه‌های بروز فساد، ناامنی مادی و معنوی و تباهی جامعه ایجاد می‌شود. پیامون مسئولیت‌های حاکمیتی باید دانست که بر مبنای اندیشه اسلامی و توحیدی، حاکمیت، تنها در انحصار خداوند متعال قرار دارد: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»؛ حکم و فرمان، تنها از آن خداست (انعام / آیه ۵۷) و او حاکم و مالک بر همه جهان است و هیچ‌کس غیر از ذات باری تعالی حق تصرف در هیچ‌یک از امور مردم را ندارد مگر آن کسانی که از طرف وی نصب شده باشند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۵۴۶). بر همین اساس، پیامبران و با ظهور اسلام، پیامبر اعظم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و پس از ایشان ائمه اطهار (علیهم‌السلام) نیز دارای حق حاکمیت و یا به تعبیر دقیق‌تر «ولایت» بر امت می‌باشند که در ادبیات اسلامی، نزدیک‌ترین مفهوم نسبت به حاکمیت سیاسی نیز به حساب می‌آید (معرفت، ۱۳۷۷، ص. ۴۱). اگرچه هم‌نشینی مفاهیم سیاست و ولایت، قابل کتمان نیست (مفید، ۱۴۱۳ق، صص. ۱۶-۲۷) ولی باید به دو نکته مهم توجه کرد؛ اولاً، ولایت دارای مفهوم وسیع‌تری از حاکمیت سیاسی بوده و علاوه بر زعامت و رهبری، شامل: مرجعیت در احکام الهی، فصل خصومت‌ها و مرجعیت در قضا هم می‌شود؛ ثانیاً، در دوران غیبت کبری، این وظایف بر عهده فقیه جامع‌الشرایط برای رهبری است (خیمینی، ۱۳۹۸، ص. ۷۵). در آرا و عقاید حقوقی نیز مفهوم مورد نظر از حاکمیت، مفهوم حاکمیت سیاسی است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۲، ص. ۵) و بر قدرت برتر و بالاتری دلالت می‌کند که در

جامعه، قدرتی بالاتر از آن وجود ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۷). حقوق دانان می‌افزایند: حاکمیت عبارت است از قدرت برتر و عالی که دارای صلاحیت برای اتخاذ تصمیم نهایی است و در رأس همه قدرت‌ها قرار دارد (عالم، ۱۳۷۳، ص. ۲۵) و دارای ویژگی‌هایی چون دوام، مطلق بودن، عام بودن و تفکیک‌ناپذیری است (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۸). خلاصه اینکه حاکمیت یعنی قدرت عالی دولت که قانون‌گذاری و اجرای قانون را بر عهده دارد. با این اوصاف، حاکمیت در هر جامعه‌ای دارای سه ویژگی است:

الف. برتر از سایر قدرت‌ها و مقاومت‌ناپذیر؛

ب. دارای فعلیت و ظهور خارجی؛

ج. مستقر و پایدار (کاتوزیان، ۱۳۹۵، صص. ۱۸۶-۱۸۷).

مسئولیت‌های حاکمیتی به معنای تسلط همه‌جانبه امور است. در سطح ابتدایی، نوعی حاکمیت به معنای کنترل بر مردم و فضای جغرافیایی است و در ادامه، بر مسائل اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و... تسری می‌یابد. در این میان هنگامی یک مسئول، مراعات غبطه را کرده است که با فراهم کردن سازوکار مناسب، قانونی و قابل اجرا به بهترین نحو، منافع و مصالح مورد مسئولیتش را تأمین کرده باشد. بررسی پیشینه پژوهش نشان می‌دهد در پژوهش‌هایی که تاکنون انجام گرفته از «غبطه» در مباحث ذیل سخن به میان آمده است:

۱- در موضوع سرپرستی کودک از دیدگاه «فقه و حقوق» و ذیل عنوان آن، به جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودکان پرداخته شده است. همچنین به مسئله تحولات حضانت کودک اشاره شده و مقوله منافع و مصالح صغیر، مورد بررسی قرار گرفته است (نک. شریفی و دیگران، ۱۴۰۰، ص. ۱۵).

۲- برخی از پژوهشگران نیز در رابطه با موضوع محجوران و همچنین تصرفات ولیّ قهری به مباحث غبطه و مصلحت مولی‌علیه پرداخته‌اند (نک. کریمی و دیگران، ۱۳۹۳، ص. ۱).

۳- در موضوع «حقوق زن»، بعضی مباحثی را پیرامون حفظ منافع و غبطه زنان، مورد مطالعه قرار داده‌اند (نک. قنواتی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷).

۴- در مبحث وکالت، به جایگاه حُسن نیت در عقد وکالت و لزوم رعایت غبطه موکل، اشاره شده است (نک. زمانی، ۱۳۹۴، ص. ۷۹).

۵- برخی پژوهشگران، اصلی به عنوان «اصل حُسن نیت در قراردادها» را تحت عنوان غبطه و مصلحت مورد بررسی قرار داده‌اند (نک. عباسی، ۱۳۸۶).

۶- درباره مقوله غبطه و مصلحت، در مباحثی مانند: امور حسبی (نک. رزمان، ۱۳۹۶)، بانکداری (نک. کریمی، و مرادی، ۱۳۹۴) و همچنین در بحث موقوفات (نک. نورالدینی و علیشاهی قلعه‌جوقی، ۱۳۹۷)، پژوهش‌هایی شده است.

۷- اما آنچه بیش از موارد مذکور به پژوهش ما نزدیک‌تر است، اشارات و یافته‌هایی است که مصالح و منافع عمومی و اجتماعی را مورد بررسی قرار داده و علاوه بر مفاهیمی همچون حقوق عمومی (نک. نیکزاد، ۱۳۸۵) و عدالت، به مباحثی مانند: دکترین مصلحت دولت و مصالح حکومتی (نک. مکارم شیرازی و نوایی، ۱۳۸۰)، پرداخته است.

برآیند کار این است که هر چند در بسیاری از پژوهش‌ها - اعم از رساله‌های دکتری و مقالات حوزوی و دانشگاهی - به غبطه و نقش و اهمیت آن در موضوعات و امور مختلف پرداخته شده است ولی در مقوله «مسئولیت‌های حاکمیتی» به مبحث غبطه و مراعات آن، اشاره‌ای نشده است.

۱. کلیات

۱-۱. غبطه

غبطه در لغت به معنای رشک بردن بر سعادت کسی و آرزوی داشتن نعمت و سعادت وی بدون آرزوی زوال نعمت و سعادت از او است (ابن منظور، ۱۳۷۵، ج ۷، ص. ۳۵۸؛ نراقی، ۱۳۷۷، ص. ۳۴۷) و با این اوصاف، در مقابل حسد قرار می‌گیرد. زیرا حسد، روحیه خواری و خودکم‌بینی است که فرد حسود در خود می‌بیند و به دنبال آن آرزو می‌کند که فردی که دارای نعمتی واقعی یا خیالی است از آن نعمت محروم شود، حال چه آن نعمت واقعی یا خیالی را خود داشته باشد و یا نداشته باشد، یا به او برسد یا نرسد (خمنی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۵). در اصطلاح فقهی، غبطه به معنی مصلحت و منفعت است (حلی، ۱۴۰۵ق، ص. ۲۸۲؛ مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۵، ص. ۶۸؛ قمی، ۱۳۷۴، ج ۱،

ص. ۲۰۸). در علم حقوق نیز تعریفی مشابه فقه از غبطه به چشم می‌خورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ش. ۳۸۹۳).

۲-۱. مسئولیت‌های حاکمیتی

بر اساس جهان‌بینی و نگرش اسلام به جهان و انسان، حکومت به منزله ابزاری برای تکامل انسان است؛ اهداف و وظایفی که برای دولت اسلامی مقرر کرده است نیز در همین راستا می‌باشد. در این مکتب حیات‌بخش، چون هم «فرد» اصالت دارد و هم «جامعه»، اهداف و وظایف به‌گونه‌ای تعریف می‌شوند که تضمین‌کننده حقوق فرد در مقابل جامعه و جامعه در برابر فرد باشد.

البته حاکمیت دینی در واقع یک نوع خدمت است؛ به‌معنای پشتیبانی و نزدیکی به مردم و حفظ منافع و مصالح دنیوی و اخروی مردم؛ نه تنها وادار کردن مردم به چیزی یا اقتدارگرایی! و روشن است که چنین حکومتی باید افرادی صالح و زاهد داشته باشد و در همه زمینه‌ها به کلام‌الله با وسواس و دقت عمل کند؛ در سیاست، مدیریت، اقتصاد، معیشت، حقوق، قضاوت و بقیه زمینه‌های زندگی اجتماعی. خطر از جایی بروز می‌کند که صالحانی به هم نرسند و دنیادوستانی کارها را به‌دست گیرند و نفوذیانی فعال شوند و به توجیه کارهای نادرست خود پردازند (حکیمی، ۱۳۹۱، صص. ۱۷-۱۸).

روشن است حاکمیتی که امور جامعه را به‌دست می‌گیرد، برای انجام درست هر کار، به مسئولانی آگاه، کاردان و دارای مهارت، نیازمند است و برای آنان ضرورت شناخت دقیق و همه‌جانبه حوزه عمل، تردیدناپذیر می‌باشد.

طبق آنچه ذکر شد و با توجه به «ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری» که امور حاکمیتی را این‌گونه تعریف می‌کند: «آن‌دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت، شامل همه اقشار جامعه شده و بهره‌مندی از این نوع خدمات، موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود»، می‌توان گفت:

اولاً. «مسئولیت‌های حاکمیتی» یعنی قدرت برتر کسانی که مشروعیت قانونی دارند و در جامعه، نیرویی بالاتر از آنان نیست و علاوه بر مسائل سیاسی، در امور اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... نیز تسلط خواهند داشت؛ دامنه این سیطره، در آثار و نظرات

فقها نیز مشهود است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۳۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق. ب، ص. ۴۶۴؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۴۲).^۱ ثانیاً، مسئولیت‌های حاکمیتی عمدتاً شامل سه سطح ملی (حکومت و دولت)، اقتصادی (تجاری) و سازمانی (اداری) است و بر این اساس، مقام‌های مدیریتی و اداری نیز جزء مسئولیت‌های حاکمیتی محسوب می‌شوند و وظیفه متصدیان آنها همچون مسئولان حکومتی و مدیران ارشد دولتی، سنگین و جدی است. ثالثاً، با وجود اینکه تنظیم و اجرای مقررات در اختیار آنهاست، نسبت به اقدامات خود، متعهد و ملتزم‌اند و باید درباره فعالیت‌های خود و مطالباتی که از آنان می‌شود، پاسخگو باشند.

۲. حکم شرعی «مراعات غبطه توسط مسئولان»

حکم شرعی، قانونی است که از جانب خداوند متعال برای «تنظیم و ساماندهی زندگی انسان» صادر شده است (صدر، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۱۲۴) و از لحاظ اعمال انسان به دو قسم «تکلیفی» و «وضعی» تقسیم می‌شود؛ حکم تکلیفی، اعتبار صادر از شارع از حیث اقتضاء یا تخییر است که به‌طور مستقیم به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد شامل: وجوب، حرمت، اباحه، استحباب و کراهت. در مقابل، احکام وضعی، احکامی هستند که مشروط به شرایط تکلیف نیستند (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۸۵)، مقتضی پاداش و کیفر بوده و تعلق آن به افعال مکلفین به‌طور غیرمستقیم است (نائینی، ۱۳۷۶، ص. ۳۸۴). مانند: زوجیت، ضمان و...

با توجه به آنچه ذکر شد، کارهای یک مقام مسئول به‌خاطر آنکه متعهد به انجام وظایفی می‌شود، مسئولیت‌آور است و اثر شرعی دارد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ج ۲، ص. ۲۷۹) و چون به اعمال او مرتبط است دارای حکم تکلیفی و وضعی نیز می‌باشد؛ به علت الزامی بودن انجام تعهد، نوع حکم تکلیفی آن وجوب بوده و در صورت عدم مراعات غبطه، ایجاد حرمت می‌کند و حکم وضعی آن ضمان خواهد بود.

۳. واکاوی «رعایت غبطه در مسئولیت»

۳-۱. ضرورت مراعات

یک مقام مسئول با به عهده گرفتن مسئولیت، عهد و پیمان بسته که ملزم به انجام وظایف و مراقبت از مصالح و منافع کار خویش یعنی مراعات غبطه باشد. احترام به پیمان و لزوم عمل به آن نیز ریشه فطری دارد و به خاطر فطری بودن این اصل در جامعه انسانی، نقض عهد و پیمان‌شکنی از رذائل اخلاقی شمرده می‌شود و ضربات شکننده و جبران‌ناپذیری بر شخصیت و انسانیت فرد، وارد می‌سازد و می‌توان گفت که هیچ چیز رسواتر از پیمان‌شکنی نیست. در قرآن مجید نیز یکی از ویژگی‌های بهشتیان، عمل به عهد و پیمان ذکر شده است: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ... الَّذِينَ يَرْتُونَ الْفُرْدُوسَ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»؛ و آنان که امانت‌ها و پیمان خود را رعایت می‌کنند... همانان که بهشت را به ارث می‌برند و در آنجا جاودان می‌مانند (مؤمنون / آیات ۸-۱۱).

به هر صورت، ضرورت مراعات غبطه در مسئولیت را می‌توان با دلایل مختلف اثبات کرد:

۳-۱-۱. آیات قرآن

با نگاهی به آیات قرآن کریم، اهمیت ضرورت مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی مشاهده می‌شود که چند نمونه ذکر می‌شود:

۱- «وَكَذَلِكَ مَكَّنَّا لِيُوسُفَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُوا مِنْهَا حَيْثُ يَشَاءُ نُصِيبُ بِرَحْمَتِنَا مَنْ نَشَاءُ وَلَا نُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ»؛ و بدین‌گونه یوسف را در سرزمین - مصر - قدرت دادیم که در آن هر جا که می‌خواست سکونت می‌کرد. هر که را بخواهیم به رحمت خود می‌رسانیم و اجر نیکوکاران را تباہ نمی‌سازیم (یوسف / آیه ۵۶). این آیه، به محبت و احسان یوسف نبی به مردم مصر اشاره می‌کند و طبق آن نیکی به مردم باید اصلی اساسی در عملکرد حاکمان و مسئولان بوده و حکومت بر پایه احسان به امت و شهروندان، استوار باشد.

۲- «يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لَمَّا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ»؛ ای داوود، ما تو را در زمین خلیفه و جانشین گردانیدیم پس

میان مردم به حق داوری کن و از هوس پیروی مکن که تو را از راه خدا گمراه می‌کند (ص / آیه ۲۶). این آیه از قرآن، لزوم اجرای عدالت از سوی حاکمان و همچنین پرهیز از هوا و هوس کارگزاران جامعه را تبیین می‌کند.

۳- «فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ»؛ حق پیمانه و وزن را ادا کنید و از اموال مردم چیزی نکاهید (اعراف / آیه ۸۵). و همچنین «أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ»؛ پیمانه و وزن را با عدالت، تمام دهید و بر اشیا و اجناس مردم، عیب نگذارید و از حق آنان نکاهید (هود / آیه ۸۵). این آیات نیز نشان می‌دهند که کارگزاران و حاکمان جامعه باید امور اقتصادی مردم را اصلاح کنند.

۳-۱-۲. روایات

چند مورد از عنایت ویژه پیامبر و ائمه اطهار (علیهم السلام) به ضرورت مراعات غبطه توسط مسئولان ذکر می‌شود:

۱- رسول اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم): هیچ کس بر ده نفر به بالا فرمان نمی‌دهد - یا امیر و مسئول نمی‌شود - مگر آنکه در روز قیامت در حالی آورده می‌شود که دستانش به گردنش با غل و زنجیر بسته شده پس اگر نیکوکار بود آزاد می‌شود و اگر بدکار بود، زنجیری بر زنجیرهایش افزوده می‌شود (طوسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۶۴).^۲ به وضوح از این روایت می‌توان ضرورت مراعات غبطه توسط یک مسئول را دریافت.

۲- امیرالمؤمنین (علیه السلام): از خدا بترس و اموال این مردم را به آنان بازگردان که اگر این کار را نکنی و خدا تو را در اختیار من قرار دهد وظیفه‌ام را در برابر خدا نسبت به تو انجام خواهم داد و با این شمشیرم که هیچ کس را با آن نزد من مگر این که داخل جهنم شد، بر تو خواهم زد! (فیض الاسلام اصفهانی، ۱۳۶۸، ص. ۹۵۷).^۳ این کلام وقتی از امام علی (علیه السلام) صادر شد که یکی از کارگزاران حضرت، دست تعدی به اموال مردم باز کرده بود. از این روایت، ضرورت حفظ و رعایت منافع مردم به خوبی نمایان است.

۳- امام جعفر صادق (علیه السلام): خدا می‌داند که من می‌توانم خانواده‌ام را با نان گندم خالص اطعام نمایم و به بهترین صورت زندگی کنم اما دوست دارم خداوند

مرا در حال برنامه‌ریزی سنجیده و صحیح زندگی ببیند (کلینی، ۱۳۸۸ق، ص. ۱۶۶).^۴ این حدیث علاوه بر آن که لزوم ساده‌زیستی و اجتناب از اشرافی‌گری مسئولان جامعه را بیان می‌کند به لزوم توجه به معیشت و اقتصاد مردم به‌ویژه اقشار ضعیف، اشاره دارد.

۳-۱-۳. عقل

درک قسمت مهمی از مصالح و ملاکات احکام غیرعبادی از دسترس فهم بشر دور نیست زیرا تنها برای نیل به مصالح و دوری از مفاسد اخروی جعل نشده‌اند و همواره به مصالح و مفاسد دنیوی نیز توجه داشته‌اند مانند: معاملات. از سوی دیگر در پاره‌ای موارد، احکامی امضایی به‌شمار می‌آیند که خود شارع نیز به‌عنوان رئیس عقلا، آنها را تأیید کرده است (ولایی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۱۷۵) و امضایی بودن می‌تواند ما را به این حقیقت رهنمون سازد که عقلای جامعه توان دستیابی به مصالح و مفاسد موجود در این‌گونه احکام را دارا هستند. ضرورت مراعات غبطه در مسئولیت نیز در زمره همین مصالح و ملاکات است که عقلاً لازم بوده و از پشتیبانی شارع و عقلای جامعه برخوردار می‌باشد.

۳-۱-۴. علم حقوق

ضرورت مراعات غبطه در مسئولیت حاکمیتی، از این‌روست که دولت به‌عنوان یک شخص حقوقی (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۹، ص. ۴۹) همانند یک شخص حقیقی در قبال وضع قانون یا تحولات اداری که باعث تضییع برخی از حقوق و امتیازات به حق افراد یا عدم‌النفع آنان می‌شود، مسئولیت مدنی خواهد داشت. حتی مسئولیت دولت نسبت به اعمال کارکنان خود مسئولیتی مستقیم است. به این ترتیب که هر گاه کارمند دولت مرتکب عمل زیان‌بار شود، دولت نه به سبب خطا یا مسئولیت کارمند که به دلیل خطای خود مستقیماً عهده‌دار مسئولیت خواهد بود (غمامی، ۱۳۷۶، ص. ۴۰).

۳-۲. مصادیق مراعات با توجه به ادله‌ی اربعه

ادله اربعه عبارتند از: کتاب خدا، سنت معصوم (علیه‌السلام)، عقل و اجماع که بیشتر علمای شیعه و بعضی از آنها را علمای اهل سنت، به‌عنوان منابع فقه و مصادر تشریح

پذیرفته‌اند و هر یک از آنها به‌عنوان دلیلی معتبر برای استنباط احکام شرعی محسوب می‌گردد. البته برخی از اهل سنت به‌جای عقل، از قیاس نام برده‌اند (مظفر، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۶۹؛ خضری بک، ۱۳۸۹ق، ص. ۲۳۹). اکنون قصد بررسی این مسئله را داریم که بر اساس آنها چه چیزهایی در انجام وظایف حاکمان و مسئولان به‌معنای مراعات غبطه یا عدم آن در مسئولیت‌های حاکمیتی محسوب می‌شود:

۳-۲-۱. عدالت

اهمیت عدل و جور حاکمان به حدی است که دوام و زوال حکومت، وابسته به آن است به‌طوری‌که در مثل مشهور آمده است: «الْمُلْكُ يَبْقَى مَعَ الْكُفْرِ وَلَا يَبْقَى مَعَ الظُّلْمِ»؛ حکومت با کفر باقی می‌ماند ولی با ستم نه!

الف) در قرآن کریم بارها بر اجرای عدالت و نفی ظلم و جور تأکید شده است: «قُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ»؛ بگو به کتابی که خدا نازل کرده است، ایمان دارم و مأمور شدم که میان شما به عدالت رفتار کنم (شورا / آیه ۱۵). نمونه‌ای دیگر: «مَنْ ظَلَمَ فَسَوْفَ نَعَذِّبُهُ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِ فَيُعَذِّبُهُ عَذَابًا نُكْرًا»؛ هر که ستم ورزد عذابش خواهیم کرد. سپس به سوی پروردگارش بازگردانیده می‌شود، آنگاه خداوند او را عذابی سخت خواهد کرد (کهف / آیه ۸۷) و...

ب) در سنت اهل بیت (علیهم‌السلام) نیز عدالت از جایگاهی رفیع برخوردار است. حضرت امام حسین (علیه‌السلام) می‌فرماید: به جان خود سوگند؛ امامت و پیشوایی، جز برای آنکه به کتاب خدا، حکومت و داوری کرده و قیام به قسط و عدل کند، نیست (مفید، ۱۴۱۳ق.ب، ص. ۳۹)°.

ج) از نظر عقلی، امامیه - طبق نظریه حُسن و قبح ذاتی - بر این باورند که هر عملی در ذات و درون خود دارای ویژگی خاصی است که بدان زشتی یا زیبایی می‌بخشد (سبحانی، ۱۳۷۰، ج ۲، صص. ۲۷۸-۲۷۹) مانند: عدالت‌ورزی که به خودی خود، نیک است لذا خداوند به انجام آن فرمان می‌دهد: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ»؛ نه آنکه با امر الهی، نیک شود (نمل / آیه ۹۰).

د) به‌لحاظ اجماع، باید گفت: اجماعی بر وجود اصلی به نام عدالت وجود ندارد! اما قاطعانه می‌توان گفت که عدالت از مؤلفه‌های اصلی دین است و همه بر آن قائلند

(مطهری، بی‌تا، ص. ۳۵) و بدین لحاظ و با توجه به پذیرش مفهوم عدالت از سوی فقها به عنوان ملاک و معیار، «عدالت» اجماعی است (به عنوان نمونه نگاه کنید به: خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۵۳۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۸۲).

۳-۲-۲. امنیت

امنیت یکی از نیازهای اساسی انسان است. امید به زندگی، پیشرفت و ترقی در بسیاری از زمینه‌ها اعم از پیشرفت فرهنگی، اقتصادی و دستیابی به قله‌های صنعت و فناوری، در پرتوی امنیت میسر می‌شود. در اسلام، برقراری امنیت از ضروری‌ترین و فوری‌ترین وظایف حکومت اسلامی در حوزه درونی و بیرونی جامعه به حساب می‌آید (یوسفی، ۱۳۸۹، ص. ۶۳) و دولت اسلامی نیز برآیند نیازهای واقعی بشر است و امنیت، مهم‌ترین و بدیهی‌ترین مطلوب جامعه می‌باشد.

الف) در قرآن کریم افزون بر واژه امن و مشتقات آن (دخان / آیه ۵۱؛ بقره / آیه ۱۹۶؛ نحل / آیه ۱۱۲) از کلیدواژه‌هایی مانند: سلم، سلام، سکینه و صلح (بقره / آیه ۲۰۸؛ رعد / آیه ۲۴؛ توبه / آیه ۲۶؛ نساء / آیه ۱۲۸) استفاده شده است. همچنین واژگانی که در طرف مقابل امنیت قرار دارند مانند: خوف، رعب و حزن (بقره / آیه ۱۱۲؛ حشر / آیه ۲؛ بقره / آیه ۳۸) به کار رفته است. و از آیات جهاد، قصاص و حدود (بقره / آیه ۱۹۳؛ نساء / آیه ۹۱؛ نحل / آیه ۱۲۶؛ بقره / آیه ۱۷۹؛ نور / آیه ۴) نیز موضوع امنیت برداشت می‌شود. علاوه بر این، آیات دیگری نیز در ترسیم حوزه معنایی امنیت نقش دارد که عبارت است از آیاتی که با بیان پاره‌ای احکام فقهی و اخلاقی: امنیت عقیده (بقره / آیه ۲۵۶)، جان (مائده / آیه ۳۲؛ أنعام / آیه ۱۵۱)، مال (مائده / آیه ۳۸) و آبروی انسان‌ها (نساء / آیه ۵۸؛ حجرات / آیات ۱۱ و ۱۲) را محترم شمرده و پیوند میان مؤمنان را بر پایه صلح و برادری (حجرات / آیات ۹ و ۱۰)، احسان (نساء / آیه ۳۶)، قسط و عدل (حجرات / آیه ۹) دانسته است و بر آمادگی دفاعی مسلمانان (أنفال / آیه ۶) و جهاد (نساء / آیه ۸۴) تأکید کرده و بر حرمت جنگ در مکان (آل عمران / آیه ۹۷) و زمان‌های ویژه‌ای (توبه / آیه ۳۶) دلالت دارد. همچنین از دیدگاه قرآن، امنیت، یکی از اهداف حاکمیت خداوند و جانشینی صالحان دانسته شده است؛ «وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ

لَيْسْتَخْلِفْتَهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَلِيُمَكِّنَ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلِيُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»؛ خدا به کسانی از شما که ایمان آورده و کارهای شایسته کرده‌اند، وعده داده است که حتماً آنان را در این سرزمین جانشین خود قرار دهد؛ همان‌گونه که کسانی را که پیش از آنان بودند جانشین خود قرار داد و آن دینی را که برای آنان پسندیده است به سودشان مستقر کند و بیمشان را به ایمنی مبدل گرداند تا مرا عبادت کنند و چیزی را با من شریک نگردانند و هر کس پس از آن به کفر گراید، آنان افرادی فاسق و تبه‌کارند (نور / آیه ۵۵). این آیه به آیه «استخلاف» معروف است و در ادامه آیات قبل که سخن از اطاعت و تسلیم در برابر فرمان خدا و پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) بود، آمده و نتیجه این اطاعت را که همان حکومت جهانی است، بیان می‌کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۱۴، ص. ۵۲۷). در آیه استخلاف، به مسلمانانی که دارای دو صفت ایمان و عمل صالح باشند، سه بشارت داده شده است:

اول. برپایی حکومت صالحان روی زمین،

دوم. نشر و استقرار دین حق و مورد رضایت و پسند آنها به صورتی که کسی مانع گسترش آن نشود،

سوم. از میان رفتن عوامل ترس و ناامنی که از سوی منافقان و کفار وجود داشت (طباطبایی، بی‌تا، ج ۱۵، ص. ۱۵۱).

ب) بر اساس سنت، امام علی (علیه‌السلام) درباره لزوم امنیت می‌فرماید: زندگی در هراس گوارا نیست (کلینی، ۱۳۸۸ق، ص. ۲۷).^۶ همچنین امام جعفر صادق (علیه‌السلام) درباره حاکمیت امام عادل فرمود: ترسان را با آن ایمن می‌سازد (کلینی، ۱۳۸۸ق، ص. ۳۱۴).^۷

ج) استناد بحث از نظر عقلی، دلیل مستقل عقل برای اثبات قاعده نفی اختلال نظام است (فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق، ج ۵، ص. ۲۱۰). عقل محض، به قبح اختلال در نظام زندگی انسان حکم می‌کند و اختلال نظام را دارای «مفسده لزومی» می‌داند. این ادراک عقلی نیازمند تأیید عقلا در گفتار یا رفتار نیست؛ از این‌رو، می‌توان قضیه

عقلی در قبح اختلال نظام را در دسته‌ی «یقینیات» و در برابر «مشهورات» قرار داد که تصدیق در آنها نیازمند تأیید و اعتراف عموم مردم به صدق آنهاست (مظفر، ۱۳۸۸ق، ص. ۳۲۷).

د) به لحاظ اجماع، فقها حفظ و تأمین امنیت دولت اسلامی را مقدم بر هر چیزی دانسته و بر آن ادعا، اجماع کرده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص. ۴۷).

۳-۲-۳. قانون

در یک جامعه قانون‌مدار، تمام اعمال حکومتی در چارچوب قانون قرار گرفته و زمامداران، مسئول اعمال خویش هستند زیرا برای حدوث و بقای زندگی اجتماعی، نیاز شدید و اکید به احکام و مقررات است. در نتیجه برای نظم یافتن و هماهنگی اجتماعی و برای نیل افراد جامعه به اهداف خود، گریز و گزیری از قانون نیست (مصباح یزدی، ۱۳۹۱. ج، ص. ۱۴۰).

الف) با توجه به آیات قرآن کریم، قوانینی وجود دارد که اختصاص به انسان داشته و رابطه بین خلق و خالق و نیز رابطه بین افراد انسان را به صورت عادلانه وضع و تنظیم می‌کند و طبق آن خداوند، «شارع» و «قانون‌گذار» است و قوانین را توسط پیامبران به بشر عرضه داشته است که به آن، هدایت تشریحی می‌گویند: «فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَ مُنذِرِينَ وَ أَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا»؛ پس خداوند پیامبران را نویدآور و بیم‌دهنده برانگیخت و با آنان کتاب خود را به حق فرو فرستاد تا میان مردم در آنچه با هم اختلاف داشتند، داوری کند (بقره / آیه ۲۱۳).

در آیات دیگر قرآن، این هدایت تشریحی، یاد شده است: «أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ»؛ پروردگرم به دادگری فرمان داده است (أعراف / آیه ۲۹). و «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ الْإِحْسَانِ وَ إِتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَ يَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ»؛ به درستی که خدا به دادگری و نیکوکاری و بخشش به خویشاوندان فرمان می‌دهد و از کار زشت و ناپسند و ستم، بازمی‌دارد (نحل / آیه ۹۰). این قوانین تحقق حاکمیت الهی، تأمین سعادت اخروی و تأمین رفاه و آسایش دنیوی انسان را دربرداشته و بر اجرای عدالت نیز تأکید دارند.

ب) طبق سنت اهل بیت (علیهم‌السلام) تساوی در برابر قانون، اجرای عدالت، جلوگیری از سوءاستفاده و ابستگان و... جزء روش حکومتی پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) بود. همچنین درباره قانون‌مداری امیرالمؤمنین، منقول است: امام علی (علیه‌السلام) بیت‌المال را به‌طور مساوی تقسیم می‌کرد. به موالی (غیرعرب) همان مقداری از بیت‌المال را می‌داد که به عرب‌ها می‌داد. وقتی علت را جویا شدند، چوبی از زمین برداشت و آن را میان دو انگشت خود نهاد، فرمود: همه قرآن را خواندم و در آن برای فرزندان اسماعیل (عرب‌ها) بر فرزندان اسحاق (غیرعرب‌ها) به اندازه این چوب برتری نیافتم! (یعقوبی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۸۳).^۸

ج) از نظر عقلی، عقل انسان می‌تواند جهان، پدیده‌های آن و قوانین حاکم بر آن را بشناسد و در آنها حکم و داوری کند (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۲۷۹). کلیه احکام و قوانین شرعی، بر اساس حسن و قبح عقلی تشریح شده و سازگار با فطرت پاک و سالم انسانی بوده و دائرمدار احکام عقلی و بایدها و نبایدهای آن است و در یک کلام؛ ساختار قوانین دینی به‌گونه‌ای است که قابل درک و اثبات با عقل است (ربانی گلپایگانی، ۱۳۶۸، ص. ۱۱۶).

د) قوانین همچون احکام شرعی از پشتوانه‌ای با عنوان ادله لَبّی برخوردار هستند که یکی از آنها اجماع است (کاظمی خراسانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۹۵).

۳-۲-۴. وظیفه به معنای خاص

آنچه تاکنون ذکر شد، به‌طور عام، وظیفه‌ی هر مسئولی بود و هست. اما آنچه به‌عنوان وظیفه‌ی اختصاصی و در واقع کار اصلی یک مسئول نیز برشمرده می‌شود از جمله اموری است که یک مقام مسئول بایستی به‌درستی آن را پیگیری و انجام دهد. وظیفه‌ای که یک فرد باید انجام دهد، تعهدی است که برای وی مسئولیت ایجاد می‌کند. لذا پذیرش مسئولیت، در شکل وظیفه‌شناسی نمود می‌یابد. از سوی دیگر، ضمانتی ایجاد می‌شود که بر حسب مسئولیت و وظیفه، معنا می‌یابد و همان بازخواستی است که فرد نسبت به پیمان‌ش، با آن روبه‌رو می‌شود.

الف) در قرآن کریم، «وظیفه‌شناسی و تعهد» مورد تأکید قرار گرفته است: «وَأَوْفُوا

بِالْمَهْدِ إِنَّ الْمَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا؛ و به پیمان خود وفا کنید زیرا که از پیمان پرشش خواهد شد (اسراء / آیه ۳۴). بر این اساس، انجام وظیفه توسط یک مقام مسئول، امر خطیر و حساسی است و او در جامعه اسلامی، هم در برابر خدا هم در برابر مردم باید پاسخ‌گو باشد: «الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ»؛ همان کسانی که چون در زمین به آنان توانایی و قدرت دهیم، نماز برپا می‌دارند و زکات می‌دهند و به کارهای پسندیده دستور می‌دهند و از کارهای ناپسند بازمی‌دارند و فرجام همه کارها از آن خداست (حج / آیه ۴۱). در حقیقت این چهار ویژگی را می‌توان نمادی از انجام وظیفه و همچنین پیوند یک مسئول با خدا و مردم دانست.

ب) طبق سنت اهل بیت (علیهم‌السلام)، در کلام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) پیرامون وظیفه حاکمان و مسئولان آمده است: وظیفه زمامدار آن است که برای مردم خود، آن را بخواهند که برای خود برمی‌گزینند (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۶۷۶).^۹ همچنین امام علی (علیه‌السلام) در جای دیگر می‌فرماید: حقوق شما مردم بر زمامدار، عمل به انصاف است درباره شما و ایجاد رفتار عادلانه در میان شما و خودداری از هر گونه زیان‌رسانی و حرمت‌شکنی در حق شما (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۷۲، ص. ۶۷۶).^{۱۰}

ج) بر اساس حکم عقل، طبق محترم بودن عقلایی اصولی مانند: قرارداد اجتماعی (خویی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۵۴۳)، انجام وظیفه توسط یک مسئول، مورد تأکید است. د) حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در نظام، مورد اجماع فقهاست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص. ۵۰۵) و بدیهی است که عمل نکردن مسئولان به وظایف خود، بر خلاف این امر مهم است.

۴. مهمترین عوامل عدم مراعات غبطه

۴-۱. سهل‌انگاری

در فقه، سهل‌انگاری معادل آسان‌گرفتن، چشم‌پوشی کردن و سستی است (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۴۶۳) و در شرایطی می‌تواند موجب

سقوط شخص از عدالت باشد مثل: ترک سهل‌انگاران همه سَنَن (علامه حلی، ۱۴۱۳ق.الف، ص. ۴۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۱۳۰). بعضی نیز از سهل‌انگاری با عنوان تساهل و تسامح، یاد می‌کنند (مصباح یزدی، ۱۳۹۱.ب، ص. ۱۶۳) که به‌رحال برای مدیریت یک مسئول نیز قابل قبول نیست و می‌تواند منجر به عدم مراعات غبطه شود.

۴-۲. نداشتن برنامه و ضابطه

برنامه‌ریزی، انتخاب راه و روشی مناسب برای بهتر رسیدن به هدف است (تقوی، ۱۳۸۰، ص. ۸۰) باری تعالی نیز در قرآن کریم می‌فرماید: «إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ»؛ ما هر چیزی را به‌اندازه و از روی حساب آفریدیم (قمر / آیه ۴۹). در روایات اسلامی واژه‌هایی چون تدبیر، دوراندیشی و نظم دربردارنده معنا و نشانگر اهمیت برنامه‌ریزی در زندگی فردی و اجتماعی است به‌عنوان نمونه، امام جعفر صادق (علیه‌السلام) می‌فرماید: شخص باایمان؛ نیکوکار، کم‌هزینه و نیکوتدبیر برای زندگی است و از یک سوراخ دوبار گزیده نمی‌شود؛ اشتباهی را دوبار تکرار نمی‌کند! (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص. ۱۹۳)^{۱۱} و تردیدی نیست که یک مقام مسئول نیز محتاج برنامه‌ریزی هوشمندانه و دقیق است تا مسئولیت خویش را به درستی انجام داده و از خطا و انحراف مصون بماند.

همچنین یک مدیر متعهد، هرگز روابط را جایگزین ضوابط نمی‌کند. ماجرای مراجعه عقیل به محضر برادرش؛ امام علی (علیه‌السلام) و درخواست بهره بیشتری از بیت‌المال که با واکنش سوزنده امیرالمؤمنین مواجه شد، بهترین نمونه جهت پرهیز مسئولان از هر نوع رابطه‌گرایی است.

۴-۳. ترجیح منافع شخصی بر منافع عمومی

پی‌بردن به مفهوم و مبنای منافع عمومی، در گرو فهم عناصر آن یعنی نظم عمومی، امنیت کشور، آسایش عمومی، بهداشت عمومی و اخلاق حسنه است. امنیت عمومی فقدان هر گونه عاملی است که به‌موجب آن، نظم مادی موجود در جامعه از بین می‌رود و مقامات عمومی با اتخاذ تدابیر لازم، از وقوعش جلوگیری می‌کنند. آسایش عمومی، عدم وجود هر گونه آزار و ناراحتی در جامعه به‌صورتی است که از حدود متعارف و عادی زندگی خارج گردد و اخلاق حسنه به محافظت از اخلاق، افکار، عقاید و

احساسات جامعه توجه دارد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۴). به لحاظ جنبه فردی بحث، قرآن کریم نیز وجود دو انگیزه «منفعت‌طلبی» و «رنج‌گریزی» را در انسان پذیرفته است و در حد وسیعی از وجود آن دو برای پرورش و تربیت انسان در سطوح مختلف و موارد گوناگون استفاده می‌کند (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، الف، ص. ۲۶۴). مانند: «وَلَا تَدْعُ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَنْفَعُكَ وَلَا يَضُرُّكَ فَإِنْ فَعَلْتَ فَإِنَّكَ إِذَا مِنَ الظَّالِمِينَ. وَإِنْ يَمْسَسْكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ وَإِنْ يُرِدْكَ بِخَيْرٍ فَلَا رَادَّ لِفَضْلِهِ يُصِيبُ بِهِ مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَهُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ»؛ و به جای خدا چیزی را که سود و زیانی به تو نمی‌رساند، مخوان که اگر چنین کنی در آن صورت قطعاً از ستمکارانی و اگر خدا به تو زیانی برساند آن را برطرف‌کننده‌ای جز او نیست و اگر برای تو خیری بخواهد، بخشش او را ردکننده‌ای نیست؛ آن را به هر کس از بندگانش که بخواهد می‌رساند و او آمرزنده مهربان است (یونس / آیات ۱۰۶-۱۰۷). یک مقام مسئول نیز بایستی با پرهیز از منفعت‌طلبی شخصی، منافع عموم مردم را مدنظر داشته باشد و مصالح جامعه را فدای مطامع خود نسازد.

۴-۴. خودرأیی

در کلام وحی آمده است: «وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ» (آل عمران / آیه ۱۵۹) که بهترین نمونه جهت پرهیز از هر نوع خودرأیی و همچنین بهره‌گیری از مشورت دیگران است حضرت امام علی (علیه السلام) نیز پیرامون آفت خودرأیی می‌فرمایند: کسی که خودرأی باشد، دچار لغزش شود (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۵۸۱).^{۱۲} و در جای دیگر تبیین می‌کنند: کسی که خودرأی باشد، هلاک می‌شود (فیض الاسلام اصفهانی، ۱۳۶۸، ص. ۱۱۶۵).^{۱۳} همچنین بعضی از فقها معتقدند که حاکم، موظف است به واسطه اموری از جمله مشورت، به رعایت حقوق مردم بپردازد (نائینی، ۱۳۸۲، ص. ۶۹). مدیر و مسئول مستبد، به جهت عدم بهره‌گیری از مشاوره دلسوزان و کارشناسان، می‌تواند مسئولیت و موضوع کار خویش را در معرض آسیب و نابودی قرار دهد.

نتیجه‌گیری

غبطه عبارت است از مصلحت و منفعت. مسئولیت‌های حاکمیتی یعنی قدرت برتر کسانی که مشروعیت قانونی دارند و در جامعه، نیرویی بالاتر از آنان نیست و علاوه بر مسائل سیاسی، در امور اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... نیز تسلط خواهند داشت که عمدتاً شامل سه سطح ملی (حکومت و دولت)، اقتصادی (تجاری) و سازمانی (اداری) است و بر این اساس، مقام‌های مدیریتی و اداری نیز جزء مسئولیت‌های حاکمیتی محسوب می‌شوند و با وجود اینکه تنظیم و اجرای مقررات در اختیار آنهاست، نسبت به اقدامات خود، متعهد و ملتزم‌اند و باید درباره فعالیت‌های خود و مطالباتی که از آنان می‌شود، پاسخگو باشند.

کارهای یک مقام مسئول به‌خاطر آنکه متعهد به انجام وظایفی می‌شود، مسئولیت‌آور است و اثر شرعی دارد و چون به اعمال او مرتبط است دارای حکم تکلیفی و وضعی نیز می‌باشد؛ به علت الزامی بودن انجام تعهد، نوع حکم تکلیفی آن وجوب بوده و در صورت عدم مراعات غبطه، ایجاد حرمت می‌کند و حکم وضعی آن ضمان خواهد بود. احترام به پیمان و لزوم عمل به آن با توجه به تأکیدهای قرآنی، روایات، عقل و دانش حقوق، «ضرورت» مراعات غبطه در مسئولیت را اثبات می‌کند. همچنین شاخص‌های مهمی شامل: عدالت، امنیت، قانون و وظیفه به معنای خاص جزء بایسته‌های یک مدیریت صحیح بوده و از مصادیق مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی است؛ اصولی که ادله اربعه نیز آنها را تأیید می‌کنند. ضمناً مواردی مثل: سهل‌انگاری، نداشتن برنامه و ضابطه، ترجیح منافع شخصی بر منافع عمومی و خودرأیی در زمره مهمترین عوامل عدم مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی است.

یادداشت‌ها

۱. به طور مثال، محقق کرکی درباره فقیهی که حاکمیت جامعه را بر عهده دارد، می‌گوید: المجتهد فی الأحکام الشرعیة نائب من قبل أئمة الهدی (صلوات الله و سلامه علیهم) فی حال الغیبة ... فیجب التحاکم الیه و الانقیاد الی حکمه.
۲. لَا يُؤْمَرُ رَجُلٌ عَلَى عَشْرَةِ فَمَا فَوْقَهُمْ إِلَّا جِيَءَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَعْلُولَةً يَدُهُ إِلَى عُنُقِهِ، فَإِنْ كَانَ مُحْسِنًا مُحْسِنًا فَكَعَنْهُ، وَإِنْ كَانَ مُسِيئًا زِيدَ غِلًّا إِلَى غَلِّهِ.
۳. أَتَى اللَّهَ وَ ارْتَدُّ إِلَى هَوْلَاءِ الْقَوْمِ أَمْوَالَهُمْ فَأَيَّتَكَ إِنْ لَمْ تَفْعَلْ ثُمَّ أَمْكَنَنِي اللَّهُ مِنْكَ لِأَعْذِرَنَّ إِلَى اللَّهِ فِيكَ وَ لَأَضْرِبَنَّكَ بِسَيْفِي الَّذِي مَا ضَرَبْتُ بِهِ أَحَدًا إِلَّا دَخَلَ النَّارَ.
۴. فَإِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَنِّي وَاجِدٌ أَنْ أُطْعِمَهُمُ الْحِنْطَةَ عَلَى وَجْهِهَا وَ لَكِنِّي أَحِبُّ أَنْ يَرَانِي اللَّهُ فَذُ أَحْسَنْتُ تَقْدِيرَ الْمَعِيشَةِ.
۵. فَلَعَمْرِي مَا الْإِمَامُ إِلَّا الْحَاكِمُ بِالْكِتَابِ الْقَائِمُ بِالْقِسْطِ.
۶. فَلَا يَتَهَنَأُ بِحَيَاةٍ مَعَ مَخَافَةٍ.
۷. يُؤْمِنُ بِهِ الْخَائِفُ.
۸. قَرَأَتْ مَا بَيْنَ الدَّفْتَيْنِ فَلَمْ أَجِدْ لَوْلَدِ إِسْمَاعِيلَ عَلِيٍّ وَ لِدِ إِسْحَاقَ فَضَّلَ هَذَا.
۹. مِنْ حَقِّ الرَّاعِي أَنْ يَخْتَارَ لِرِعِيَّتِهِ مَا يَخْتَارُهُ لِنَفْسِهِ.
۱۰. وَ إِنَّ حَقَّكُمْ عَلَيْهِ إِنْصَافُكُمْ وَ التَّعْدِيلُ بَيْنَكُمْ وَ الكَفُّ مِنْ قَبْلِكُمْ.
۱۱. الْمُؤْمِنُ حَسَنُ الْمَعُونَةِ، خَفِيفُ الْمَوْنَةِ، جَيِّدُ التَّدْبِيرِ لِمَعِيشَتِهِ، لَا يُلْسَعُ مِنْ جُحْرِ مَرَّتَيْنِ.
۱۲. مَنْ اسْتَبَدَّ بِرَأْيِهِ زَلَّ.
۱۳. مَنْ اسْتَبَدَّ بِرَأْيِهِ هَلَكَ.

کتابنامه

قرآن کریم.

- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۶۱). *تحریر المجله الاحکام*. قم: مکتبه فیروزآبادی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۷۵). *لسان العرب*. بی‌جا: دار بیروت.
- امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش (۱۳۸۹). *حقوق اداری*. تهران: میزان.

انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق). مکاسب. بی‌جا: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الانصاری.

تقوی، سیدرضا (۱۳۸۰). نگرشی بر مدیریت اسلامی. تهران: بین‌الملل.
تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد (۱۴۱۰ق). غرر الحکم و درر الکلم. محقق سیدمهدی رجائی. قم: دار الكتاب الإسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: ابن سینا.
حر عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث.

حکیمی، محمدرضا (۱۳۹۱). حکومت اسلامی از نظر قرآن و حدیث «بخشی از کتاب الحیاة». تهران: الحیاة.

حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). الجامع للشرایع. تحت نظارت جعفر سبحانی. قم: مؤسسه سید الشهداء.

خضری بک، محمد (۱۳۸۹ق). اصول الفقه. بی‌جا: المكتبة التجارية الكبرى.
خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۶). چهل حدیث. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۸). ولایت فقیه؛ حکومت اسلامی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۸). بیان در علوم و مسائل کلی قرآن. مترجمان محمدصادق نجمی و هاشم هاشم‌زاده هریسی، بی‌جا: سازمان چاپ و انتشارات.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی. تقریر علی غروی، قم: لطفی.
ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۳۸). حسن و قبح عقلی؛ سلسله درس‌های استاد جعفر سبحانی. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.

رزمان، علی (۱۳۹۶). «بررسی آثار حکم موت فرضی در حقوق موضوعه ایران». فصلنامه قانون‌یار، سال اول، (۳)، صص. ۱۶۰-۱۴۱.

زمانی، عباس (۱۳۹۴). «عدم رعایت مصلحت در انتقال مال از سوی وکیل». مجله حقوقی دادگستری، (۹۰)، صص. ۸۵-۱۰۰.

مراعات غبطه در مسئولیت‌های حاکمیتی / سید محمدحسین کاظمی بازاری و دبیران پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۳۴۷

- سبحانی، جعفر (۱۳۷۰). بحوث فی الملل و النحل. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- شریفی، محمدهادی؛ رفیعی‌مقدم، علی و جعفری، محمدحسین (۱۴۰۰). لزوم رعایت غبطه و مصلحت کودک در زمان سرپرستی از منظر فقه و حقوق موضوعه. مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، (۱۵)، صص. ۲۸۹-۳۰۳
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. محقق عباس قوچانی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صدر، سید محمدباقر (۱۳۷۹). المعالم الجديدة للأصول. بی‌جا: بی‌نا.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷). حقوق اداری. تهران: سمت.
- طباطبایی، سید محمدحسین (بی‌تا). المیزان فی تفسیر القرآن. بی‌جا: اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة. بیروت: دار الکتب العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). الأملیة. قم: دار الثقافة.
- عالم، عبدالرحمن (۱۳۷۳). بنیادهای علم سیاست. تهران: نی.
- عباسی، اسماعیل (۱۳۸۶). معنا و مفهوم حُسن نیت در قراردادها. فصلنامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، پیش شماره ۲، صص. ۷۱-۹۸.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق.الف). قواعد الأحکام (جلد ۳). قم: نشر اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق.ب). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة (جلد ۴). قم: مکتبة العلامة.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷). مبانی حقوق اساسی. تهران: مجد.
- غمامی، مجید (۱۳۷۶). مسئولیت مدنی دولت. تهران: دادگستر.
- فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۲). آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم حاکمیت. تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
- فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام) (۱۳۸۷). قم: مؤسسه دایرة‌المعارف فقه اسلامی.
- فیروزآبادی، سیدمرتضی (۱۴۰۰ق). عنایة الأصول فی شرح کفایة الأصول. قم: کتابفروشی فیروزآبادی.
- فیض‌الاسلام اصفهانی، علی‌نقی (۱۳۳۸). ترجمه و شرح نهج البلاغه (جلد ۵ و ۶). تهران: سازمان چاپ و انتشارات فقیه؛ «تالیفات فیض الاسلام».

قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۲). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*. تهران: دانشگاه تهران.

قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۴). *جامع الشتات*. بی‌جا: کیهان.
قنواتی، جلیل (۱۳۷۹). «سیر تاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران». *فصلنامه کتاب نقد*، (۱۷)، صص. ۷۱-۴۰.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *مبانی حقوق عمومی*. تهران: میزان.
کاظمی خراسانی، محمدعلی (بی‌تا). *فوائد الأصول*. بی‌جا: مؤسسه النشر الإسلامی.
کریمی، عباس و مرادی، ناصر (۱۳۹۴). *سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا*. *مجله مطالعات مالی و بانکداری اسلامی*، (۱)، صص. ۷۰-۳۹.

کریمی، عباس؛ صحرانورد، ابوذر و شفیع‌زاده خولنجانی، مصطفی (۱۳۹۳). *ولی قهری و عزل آن در حقوق ایران و فقه امامیه*. *پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی*، سال سوم، (۱)، صص. ۱۴۶-۱۲۱.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸ق). *الکافی* (جلد ۱ و ۵). محققان علی‌اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

گلبایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق). *الإحصار والصدق*. قم: دار القرآن الکریم.
مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). *بحار الأنوار*. محققان سیدابراهیم میانجی و محمدباقر بهبودی، بیروت: دار احیاء التراث.

محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: اسماعیلیان.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق). *رسائل المحقق الکرکی*. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.

مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق). *الینایع الفقھیة*. بیروت: دار التراث.
مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۱الف). *اخلاق در قرآن*. محقق محمدحسین اسکندری، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۱ب). *پرسش‌ها و پاسخ‌ها* (جلد ۱). قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۱.ج). حقوق و سیاست در قرآن (جلد ۱). نگارش شهید محمد شهبازی، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- مطهری، مرتضی (بی‌تا). عدل الهی. بی‌جا، بی‌نا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸ ق). المنطق. نجف: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- مظفر، محمدرضا (بی‌تا). اصول الفقه. بی‌جا: دفتر تبلیغات اسلامی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۷۷). ولایت فقیه. قم: التمهید.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق.الف). اقسام المولی فی اللسان. قم: کنگره جهانی شیخ مفید.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق.ب). الإرشاد فی معرفة حجج الله علی العباد. قم: کنگره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). بحوث فقهیه هامه. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه‌السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر و نوایی، علی‌اکبر (۱۳۸۰). هدف‌های کلی حکومت علوی (مصاحبه). مجله اندیشه حوزه، (۲۷)، صص. ۵۶-۴۲.
- ملکی اصفهانی، مجتبی (۱۳۷۹). فرهنگ اصطلاحات اصول. قم: عالمه.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). فوائد الأصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۸۲). تشبیه الامه و تنزیه الملة. قم: بوستان کتاب.
- نراقی، احمد (۱۳۷۷). معراج السعاده. قم: هجرت.
- نورالدینی، هادی و علیشاهی قلعه‌جوئی، ابوالفضل (۱۳۹۷). بررسی فقهی حقوقی تبدیل موقوفات به احسن. مجله اصول فقه، (۱۱۵)، صص. ۱۳۵-۱۵۸.
- نیکزاد، عباس (۱۳۸۵). جایگاه مصلحت در بستر قانون‌گذاری حکومت اسلامی. مجله مطالعات راهبردی زنان، (۳۳)، صص. ۱۳۰-۱۶۱.
- ولایی، عیسی (۱۳۸۷). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. تهران: نی.
- یعقوبی، احمد بن اسحاق (بی‌تا). تاریخ یعقوبی. بی‌جا: دار صادر.
- یوسفی، حیات‌الله (۱۳۸۹). ساختار حکومت در اسلام. تهران: کانون اندیشه جوان.

درخواست اشتراک

فصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	محل فعالیت:
	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: ilr@isu.ac.ir

Observance of envy in sovereign responsibilities

Sayyed Mohammad Hosein Kazemi Bazardehi*

Received: 2022/02/14

Heidar Amirpour**

Accepted: 2022/05/04

Mohammad Hasan Sheibanifar***

Seyyed Mohammad Sadri****

Reza Mohebbi Majd*****

Abstract

Each government has responsibilities that officials must adhere to in the highest interests of the country and the people. Upon understanding the necessity of envy in governing responsibilities and its legal and jurisprudential status, its legal and jurisprudential status can be clarified. This awareness provides order, security, and prosperity in society. To achieve this, we should answer these questions in this case: What do "expediency" and "governance responsibilities" mean? What is the shari'a ruling on "observance of envy by officials"? What points should be considered in the analysis of "observance of envy in responsibility"? etc. The research method involves verifying generalities and reviewing theories and analysis. And it is interdisciplinary. As a result, the necessity of observing envy in responsibility and paying attention to key indicators that include: justice, security, law, and duty, in a special sense is the requirement of proper management, and examples of the observance of envy in responsibility will be explained. The four proofs (four arguments: the Qur'an, tradition, reason, and consensus) also confirm these principles.

Keywords: Envy, Responsibility, Sovereign Responsibilities, Government, Justice.

* Ph.D. Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, South Tehran Division, Payame-Noor University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

kazemi.phd.pnu.teh.jonoub@gmail.com

** Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, South Tehran Division, Payame-Noor University, Tehran, Iran. d.amirpour@yahoo.com

*** Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, South Tehran Division, Payame-Noor University, Tehran, Iran. tosheybani@yahoo.com

**** Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, South Tehran Division, Payame-Noor University, Tehran, Iran. smsadri42@gmail.com

***** Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, South Tehran Division, Payame-Noor University, Tehran, Iran. m.majd64@yahoo.com



Effective mechanisms for resolving international disputes of Iranian banks with regard to jurisprudential capacities

Malihe Abdolrahimi*
Ali Rezaei**

Received: 2020/10/01
Accepted: 2022/02/22

Abstract

Disputes in the banking industry, especially at the international level, are inevitable given banks' vast and growing role in domestic and global economic relations. The rulings issued by domestic and foreign judicial authorities in international disputes and the status of implementing them indicate that Iranian banks have confronted many legal challenges due to envisaging the judicial approach to disputes or failure to specify dispute resolution methods in the contracts. Facing these challenges in practice compelled the banks to seek changes in current procedures.

Based on this and to maintain the legal security of Iranian banks, this study reviews conventional dispute resolution methods and adapts religious jurisprudential capacities to international legal standards to propose solutions based on banking system experiences. The results show that relying on referral to judicial authorities as a prevalent method of dispute resolution is not the only possible solution. Furthermore, none of the dispute resolution methods, both judicial and non-judicial, is flawless, and they cannot fully meet all the expectations and demands of the litigants of a dispute resolution method. Therefore, it is more appropriate to use multi-stage dispute resolution terms in banking disputes as it can proportionately meet the demands of banks by having the possibility of filtering, retaining assertiveness along with expertise, carrying less adverse effects on the mutual relationship of parties, and therefore, maintaining the friendly relations between them.

Keywords: International Bank Disputes, Religious Jurisprudential Capacity, Judicial Method, Non-Judicial Methods, Conditions for Resolving Multi-Stage Disputes.

* Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, International Division, Shiraz University, Shiraz, Iran.

malihe.abdolrahimi@yahoo.com

** Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Corresponding Author).

a-rezaei@shirazu.ac.ir



Compensation for termination of marriage on the wife

Mahbobe Mina*
Hajar Yasini Nia**

Received: 2021/12/28
Accepted: 2022/04/14

Abstract

Under Articles 1121, 1122, and 1128 of the Civil Code, the legislature has granted the wife the right to terminate the marriage. This is to prevent harm to her. Assuming that the reason for the termination is attributable to the husband (such as castration, micropenis, misrepresentation, and violation of the condition of the adjective), although the termination is done by the wife, her ineligibility for dowry on the one hand and non-compensation of material and spiritual losses is unfair. On the other hand, the wife should be compensated for damages, especially in cases where marriage is terminated before consummation. It would seem that granting a "right to termination" should not be sufficient as the only sanction, and at the same time, financial support should also be provided to compensate for the material and moral losses associated with divorce. However, under the law, in case of termination before consummation, no dowry is given to the wife except impotence. Therefore, it is necessary to review Article 1101 of the Civil Code. The current study examines other cases of dissolution of marriage before consummation and the wife's right to at least half of the dowry in them. It is believed that the entire dowry is not just against intercourse and some of it is against the marriage contract. Moreover, according to the discussion of civil liability, the wife is presumed to suffer damages; Therefore, compensation is necessary.

Keywords: Dowry, termination of marriage before consummation, castration, micropenis, compensation.

* Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Corresponding Author).

mmina@shirazu.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

H.yasinyniya@gmail.com



Judicial Intervention in Value Equilibrium based on economic analysis of consideration; A Solution to Deviate from Monopoly of Termination

Mansour Amini*
Sayyed Amin Pishnamaz**
Ehsan Bahramy***

Received: 2022/04/16
Accepted: 2022/06/05

Abstract

One of the elements of contracts containing bilateral financial obligations is the equilibrium in the value of the consideration. "Equilibrium" is the product of the correct (correct, complete, timely) performance of all financial obligations affecting the value of the considerations. However, sometimes financial obligations are not properly performed due to factors like ignorance, delay, violation, impossibility, a fundamental change of circumstances, etc. And the equilibrium of value expected by the parties will be disturbed. Legal texts and jurisprudential and legal opinions mention granting the right of termination as the only remedy to deal with this defect. However, accepting the monopoly of termination, considering its basis, is associated with problems. The impediment to the survival of the contract on the one hand, and the disadvantages of terminating the contract as an exclusive sanction of the imbalance, on the other hand, show the necessity of an alternative way. The present article uses a library method. To prepare an alternative way after examining the intellectual underpinnings such as the theory of contract maintenance and its comparative study, by presenting an economic analysis of the transaction, applying the La Zarar rule, while overcoming possible barriers to recourse. In parallel, it proposes a judicial intervention strategy to return to the equilibrium requirements of the value desired by the parties by relying on an interpretation of the intentions of the parties or a reference to legal principles. In this regard, this article first studies the different dimensions of the concept of balance in the value of waste. Then, explaining the principles of deviating from the monopoly of termination in case of imbalance and doubt in its obstacles, provides the necessary ground for accepting judicial intervention as a solution within the termination of the contract.

Keywords: Equilibrium in the value of the consideration, termination of the contract, contract maintenance, judicial intervention, legal principles.

* Associate Professor, Department of Private Law , Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding Author). aminimansour@yahoo.fr

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. s_pishnamaz@sbu.ac.ir

*** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. e_bahramy@sbu.ac.ir



Celebrities' Liability for Service & Product Endorsement

Abbas Mirshekari*

Nafiseh Maleki**

Received: 2021/11/23

Accepted: 2022/03/14

Abstract

Advertising by celebrities has become one of the most effective techniques for producers, especially wealthy ones, to encourage consumers to buy their products. Celebrities are compensated in return for participating in such advertisements and allowing producers to use their fame for advertising products and services. Furthermore, the right of publicity prevents unauthorized commercial use of their names, likenesses, or other recognizable aspects of their identities. Can the celebrity as well as the producer be held liable if a consumer suffers a loss or damage as a result of using a product in which a celebrity has been featured in the advertisement? To answer this question, this article claims that according to general principles of civil liability of the Iranian legal system (the rule of deception, prohibition of right abuse, and the rule of interest-risk), celebrities are liable when they make an endorsement for a product or service because they induce reasonable reliance for consumers to buy that product or service. It means that they are liable only if relying on their endorsements of products and services, which seems justifiable for a reasonable person.

Keywords: Celebrities, right of publicity, endorsement of products, Reliable, reasonable.

* Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author).

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

** Ph.D. student in Private law, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Nafiseh.maleki@ut.ac.ir



Methods of preventing statelessness in Iranian law in the light of the principle of prohibition of statelessness and its causes

Tavakol Habibzadeh*
Mohammad Moeen Shahini**

Received: 2021/08/31
Accepted: 2022/04/25

Abstract

Since the beginning of the twentieth century, the problem of statelessness of natural persons as a problem in the international community due to its very negative effects, including deprivation of basic rights, has always been a concern of governments which led to the creation of a principle in international law called the principle of the necessity of nationality and prohibition of statelessness. The legal system of the Islamic Republic of Iran is no exception to this challenge and has been involved in the problem of statelessness. To solve this problem, it is necessary to analyze the reasons for its creation as well as those cases where statelessness is permitted. This will enable us to provide adequate solutions to prevent and eliminate it. After explaining the principle of the necessity of nationality and the prohibition of statelessness in light of international documents, the causes and exceptions of the prohibition of statelessness are discussed using a descriptive-analytic method and a practical approach using international law literature from foreign and domestic sources. Afterward, effective solutions are provided to solve the problem. And finally, Iranian law has been evaluated according to this principle and solutions. This is to identify existing gaps and propose solutions to overcome this problem and improve the current situation. Iran's law is generally in line with this principle of international law. Nevertheless, there are ways to fully implement it and to prevent and resolve statelessness when it isn't allowed.

Keywords: Principle of the necessity of nationality, Principle of prohibition of statelessness, Statelessness, Nationality, Prevention of statelessness, Statelessness in Iran.

* Associate Professor, Department of Public Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

habibzadeh@isu.ac.ir

** MA. Student in Private Law, Department of Private Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

mshahini@isu.ac.ir



Contents

- **Methods of preventing statelessness in Iranian law in the light of the principle of prohibition of statelessness and its causes..... 161**
Tavakol Habibzadeh and Mohammad Moeen Shahini
- **Celebrities' Liability for Service & Product Endorsement 199**
Abbas Mirshekari and Nafiseh Maleki
- **Judicial Intervention in Value Equilibrium based on economic analysis of consideration; A Solution to Deviate from Monopoly of Termination..... 231**
Mansour Amini, Sayyed Amin Pishnamaz and Ehsan Bahramy
- **Compensation for termination of marriage on the wife..... 263**
Mahbobe Mina and Hajar Yasini Nia
- **Effective mechanisms for resolving international disputes of Iranian banks with regard to jurisprudential capacities..... 295**
Malihe Abdolrahimi and Ali Rezaee
- **Observance of envy in sovereign responsibilities..... 327**
Sayyed Mohammad Hosein Kazemi Bazardehi, Heidar Amirpour, Mohammad Hasan Sheibanifar, Seyyed Mohammad Sadri and Reza Mohebbi Majd

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Islamic Law Research Journal

56

**The Quarterly Journal of Islamic Law Research
Volume 23, Issue 2, Serial 56, Summer 2022**

**Publisher: Imam Sadiq University
Managing Director: Salman Emrani Assistant Professor (Expertise: Criminal law and
criminology) Imam Sadiq University
Editor in Chief: NejadAli Almasi
Manager Editorial: Mohammad Hashemi Syavoshani**

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Nejad Ali Almasi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Abbas Karimi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Sayyed Fazlollah Musavi.....Professor (Expertise: Public Law) Tehran University
Sayyed Hosein Safaei.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Tavakkol Habibzadeh.....Associate Professor (Expertise: International Law) Imam sadiq University
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi.....Associate Professor (Expertise: Private Law) Imam sadiq University
Ali Gholami.....Associate Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam sadiq University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Printing: Imam Sadiq(a.s) University Press
206 Pages/ 500.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax:+9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>
Email: ilr@isu.ac.ir



Imam Sadiq University
Islamic Studies & Law Faculty

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

56

23'th Year | Second Number | Serial No. 56
Summer 2022

- **Methods of preventing statelessness in Iranian law in the light of the principle of prohibition of statelessness and its causes**
Tavakol Habib Zadeh • Mohammad Moeen Shahini
- **Celebrities' Liability for Service & Product Endorsement**
Abbas Mirshekari • Nafiseh Maleki
- **Judicial Intervention in Value Equilibrium based on economic analysis of consideration; A Solution to Deviate from Monopoly of Termination**
Mansour Amini • Sayyed Amin Pishnamaz • Ehsan Bahramy
- **Compensation for termination of marriage on the wife**
Mahbobe Mina • Hajar Yasini Nia
- **Effective mechanisms for resolving international disputes of Iranian banks with regard to jurisprudential capacities**
Malihe Abdolrahimi • Ali Rezaee
- **Observance of envy in sovereign responsibilities**
Sayyed Mohammad Hosein Kazemi Bazardehi • Heidar Amirpour •
Mohammad Hasan Sheibanifar • Seyyed Mohammad Sadri •
Reza Mohebbi Majd

