

## مطالعه‌ی تطبیقی پیامد فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران

سید حسن حسینی مقدم<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۰۸

### چکیده

همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی، در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین نیز بر پای بندی طرفین قرارداد به مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن تاکید گردیده و فسخ از جنبه‌ی استثنایی برخوردار می‌باشد. بررسی اینکه با تحقق فسخ چه نوع از تعهدات قراردادی پس از وقوع فسخ بر عهده‌ی طرفین باقی و لازم الاجراء است و اثر فسخ نسبت به مالکیت عین و منافع چگونه و از چه زمانی است؟ نهایت آنکه آیا پس از اعمال فسخ امکان مطالبه‌ی خسارت برای هیچ یک از طرفین وجود خواهد داشت یا خیر؟ امر حائز اهمیت می‌باشد. در این مقاله به وجوه اشتراک و تفاوت حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ۱۹۸۰ نسبت به موضوعات یاد شده می‌پردازیم و خواهیم دید که در حقوق ایران فسخ اثر قهقرایی نخواهد داشت در حالی که در کنوانسیون اثر فسخ به گذشته نیز سرایت می‌نماید و همچنین در کنوانسیون اساساً اجرای حق فسخ به امکان اعاده کالا منوط است؛ اما در حقوق ایران چنین نیست. به علاوه، آنکه شروط و تعهدات تبعی در هر دو نظام حقوقی پس از فسخ از پایداری برخوردارند و خسارت ناشی از فسخ نیز تحت شرایطی قابل مطالبه می‌باشد. واژه گان کلیدی: کنوانسیون، بیع، فسخ، خسارت، منافع.

---

<sup>۱</sup> استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) - s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

## مقدمه

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، ضمانت اجراهای متعددی پیش‌بینی گردید و تلاش شد تا به هر شکل ممکن از انحلال قرارداد جلوگیری و زمینه‌ی اجرای عین تعهد فراهم آید. پس طرفین مکلف به اجرای عین تعهد هستند. مقنن راه‌های تکمیلی مطالبه‌ی خسارت را در مواد ۷۴، ۷۹ تعیین نموده است و همچنین اجرا نشدن قرارداد را به جهت تحقق شرایطی که می‌تواند از نقض اساسی یا غیراساسی باشد، به طور استثنایی پیش‌بینی نمود. راه حل اخیر در بیشتر نظام‌های حقوقی مانند ایران ناخوشایند و یا آن را آخرین راه حل دانسته‌اند. در برخی از کشورها از جمله فرانسه؛ شرایط فسخ بسیار سخت و پیچیده است و تحقق آن با مراجعه به دادگاه و نیز وجود شرط نقض شدید تعهدات محدود گردید (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۴۸). پیامد فسخ حسب مورد می‌تواند در حقوق طرفین اثرگذار باشد؛ چرا که اگر پذیرفته شود فسخ اثرش مانند بطلان است و قرارداد را از ابتدا، منتفی خواهد ساخت، منافع حاصله نیز از ابتدا به مالک عوض برمی‌گردد در این صورت وضعیت آن بسیار متفاوت است از اینکه تا پذیرفته شود فسخ فاقد اثر قهقهه‌رایی بوده و برگزیده اثرگذار نیست. همچنین آیدر کنار فسخ امکان مطالبه‌ی خسارت وجود دارد یا خیر؟ ضمانت اجراهایی متفاوتی حسب مورد برای طرفین وجود خواهد داشت. با آنکه فسخ، تأثیری بر شروط تبعی مانند داوری ندارد؛ اما برخی از تعهدات طرفین را منتفی و برخی دیگر پس از فسخ باقی خواهند ماند. وجود برخی از این موارد مانند مطالبه‌ی خسارت در کنار حق فسخ و امکان پایداری شروط داوری، می‌تواند تا حدودی ضرر وارده فسخ‌کننده را پوشش دهد و مانع رهایی عهدشکن از تعهدات قراردادی گردد.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۸۱ تا ۸۴ مواردی را با عنوان «Effects Avoidance» بیان داشته است که برخی عبارت Effects را به عنوان اثر تعبیر و معنای کلی عبارت را اثر فسخ می‌نامند. ولی عبارت «اثر» در برگیرنده‌ی تمام عواقب حاصله از فسخ نمی‌تواند گردد. زیرا ممکن است اثر فسخ، به طور مستقیم شامل مسائلی مانند بازگشت عین و انتفای برخی از تعهدات طرفین باشد، اما بقای برخی از تعهدات دیگر و یا، مطالبه‌ی خسارت نمی‌تواند در زیر عنوان «اثر فسخ»

قرار گیرد. از این جهت باید عبارت «پیامد فسخ» را به کار بست تا جامع تمامی عواقب فسخ قرارداد باشد. در مقاله‌ی حاضر پیامدهای فسخ را در کنوانسیون بیع بین المللی و حقوق ایران به طور تحلیلی و توصیفی بررسی می‌نمائیم.

### مبحث اول: وضعیت شروط و تعهدات قراردادی پس از فسخ

قصد فسخ کننده‌ی قرارداد آن است به رابطه‌ی قراردادی خویشی با طرف دیگر پایان بخشد تا بیش از این به قراردادی فیصله دهد که او را به مقصود و انتظارش نرساند. بنابراین فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهداتشان معاف می‌کند (پلان تار، ۱۳۷۰ : ۳۷۴) اما قرارداد را کاملاً منتهی نمی‌سازد و در نتیجه اثر فسخ بر تعهدات اصلی اجرا شده در برابر تعهدات اجرا نشده یکسان نخواهد بود (Schlechtriem, 1998: 639). از سوی دیگر فسخ تأثیری بر برخی از تعهدات تبعی یا شروط قراردادی نخواهد داشت. بنابراین به هر یک از این موضوعات جداگانه خواهیم پرداخت.

### گفتار اول: تعهدات اجرا نشده

در برخی موارد مبنای اعمال حق فسخ در کنوانسیون، ناشی از تأخیر بیش از اندازه‌ی یکی از طرفین در اجرای به موقع تعهد و اعلام پیش از موعد مبنی بر عدم توانایی انجام قرارداد می‌باشد. در این فروض یا اجرای تعهد دیگر ممکن نیست و یا در فرض اجرا، برای متعهد له مفید فایده نخواهد بود. مانند موارد مذکور در بند ۱ ماده ۳۳، بند ۳ ماده ۷۲ و شق ب از بند ۱ ماده ۶۴. عملاً هنوز نه فروشنده اقدام به تسلیم مبیع نمود و نه خریدار مبادرت به تأدیه ثمن، به کیفیت مذکور در قرارداد اقدام ورزید. در این فرض از مهمترین اثر فسخ انتفای تعهدات اجرا نشده طرفین و رهایی آنها از مسئولیت اجرای قرارداد است. (kritzer, 1998, 527). بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون مقرر داشت «بطالان قرارداد طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد ... مبری می‌کند...» پس تردیدی در معافیت طرفین از انجام تعهد برای بعد از فسخ نیست و این امر شامل مواردی نیز خواهد شد که بخشی از تعهدات اجرا و بخش دیگر آن باقی مانده باشد. برای مثال، در قرارداد خرید ۱۰۰۰۰ عدد یخچال فریزر، میزان ۳۰۰۰ عدد آن در مرحله‌ی اول تحویل گردید؛ ولی فروشنده در مرحله‌ی

دوم اعلام داشت قادر به تحویل ۷۰۰۰ عدد دیگر نیست. بنابراین تعهدات موضوع ۷۰۰۰ عدد مرحله‌ی دوم نیز اجرا نشده تلقی و با فسخ قرارداد از سوی خریدار، دیگر به اجرای آن از سوی فروشنده نیاز نیست. این امر از مفاد ماده ۷۳ و ۵۱، که ناظر به انجام تعهدات با وضعیت اجرایی خاص و اقساطی است، استنباط می‌گردد.<sup>۱</sup> تحقق این اثر، به نظر برخی از نویسندگان منوط به رعایت قید مذکور در بند ۱ ماده ۸۱ مبنی بر، پرداخت هر نوع خسارت قابل مطالبه می‌باشد (Honnold, 1999.440). در واقع رعایت این قید برای معافیت و رهایی از تعهدات قراردادی به نوعی پیش شرط الزامی است، که جداگانه بدان می‌پردازیم. بند ۱ ماده ۸۱ که مقرر می‌دارد: «فسخ قرارداد طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد.... معاف می‌سازد...» باید منظور از معافیت در این ماده نسبت به تعهدات انجام نشده باشد چون در سایر مواردی که تعهدات انجام می‌پذیرند موضوع معافیت طرفین بدین شکل معنا نخواهد داشت و از آن به عنوان اثر آینده فسخ یاد می‌کنند (Tallon, 1987, 801, 606). در حقوق ایران نویسندگان حقوق مدنی بر آن هستند که فسخ سبب انحلال عقد لازم خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۹). پس از فسخ قرارداد، عقد منحل و از ادامه اثر عقد که از جمله همان اجرای تعهدات می‌باشد جلوگیری می‌شود و هدف طرفین از انعقاد قرارداد حاصل نمی‌گردد (امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۹) با همه این اوصاف نص قانونی در این زمینه وجود ندارد؛ مگر اینکه از روح موادی مانند ۲۸۴، ۲۸۶ و ۳۸۷ ق.م استفاده گردد. فسخ قرارداد به موجب بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون که عیناً عبارت «طرفین» را به کار برده است، هر دو طرف قرارداد را نسبت به تعهدات قراردادی اجرا نشده معاف خواهد نمود. در حقوق ایران نیز اعمال فسخ همین اثر برای طرفین مسلم می‌باشد؛ با این تفاوت که به موجب کنوانسیون طرف با حسن نیت که به دلیل ضرر وارده، قرارداد را فسخ نموده است طبق مواد ۷۹، ۷۴... می‌تواند از ناقض قرارداد، مطالبه خسارت نماید ولی این موضوع در حقوق ایران از صراحت لازم برخوردار نیست.

<sup>1</sup>. chengwei, Lium article: Effects Avoidance perspectives form the ciscg, UNIDROIT, pace law school inslitue of international, law, 2005.

## گفتار دوم: تعهدات اجرا شده و اثر قهقرایی فسخ

برخی از تعهدات از سوی طرفین ممکن است در زمان فسخ انجام شده باشد. برای مثال اگر خریدار پیش از دریافت کالا، نسبت به پرداخت ثمن معامله اقدام نموده یا بالعکس، فروشنده پیش از دریافت ثمن معامله، نسبت به تسلیم بخشی از مبیع مبادرت ورزد؛ اگر قرارداد به هر دلیلی فسخ شود، آیا از ظاهر مفاد بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون استفاده می‌گردد تا آنچه به موجب قرارداد تحویل یا تأدیه گردیده، به طور مطلق قابل اعاده است و فسخ دارای اثر قهقرایی در کنوانسیون است؟<sup>۱</sup> اعمال حق فسخ در کنوانسیون سبب خواهد شد تا اثر قهقرایی آن نسبت به تمامی تعهدات انجام شده اعمال، و موجب بازگشت آن عوض به طرف دیگر شود؛ در حالی که این نظر در برخی موارد با موانع مواجه خواهد شد در آن صورت موجبات نقض قاعده، اثر قهقرایی را به بار می‌آورد و گویی آن را از شمول مفاد بند ۲ ماده ۸۱ خارج می‌سازد زیرا: اولاً؛ ممکن است حق فسخ قرارداد مذکور در ماده ۴۹، با رعایت ماده ۵۱ از سوی مشتری قابل اعمال باشد. اگر ارتباطی بین بخش‌های کالا نباشد برای مثال مرحله ی اول ۵ تن برنج منطبق با قرارداد تسلیم شد و در مرحله ی دوم پنج تن دیگر تسلیم شده فاقد انطباق باشد، وفق بند ۱ ماده ۵۱ خریدار صرفاً حق فسخ قرارداد را نسبت به قسمت غیرمنطبق دارد. زیرا بخشهای منطبق نیاز خریدار را مرتفع می‌نماید پس لزومی بر فسخ این بخش از قرارداد وجود ندارد. همچنین در صورت تأخیر در تسلیم که صرفاً نسبت به بخش دوم صورت می‌گیرد و نقض اساسی تلقی شود، همان قاعده ی حاکم و فسخ شامل کالای تحویل شده در مرحله ی اول نمی‌گردد (Honnold, 1999, 344, 347). بنابراین در مواردی خریدار حق فسخ کل قرارداد را دارا می‌باشد که وفق بند ۲ ماده ۵۱ یک نوع ارتباط منطقی بین استفاده از کالای تسلیمی در مرحله ی اول و دوم وجود داشته باشد در این صورت خریدار بناچار حق فسخ کل قرارداد را خواهد داشت. مانند اینکه اجزای خط تولید یک کارخانه در مرحله ی اول سالم و در

<sup>۱</sup> - برای ملاحظه نظر مخالف مراجعه کنید به صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص: ۲۶۵ و داراب پور مهربان، ۱۳۷۴، ترجمه، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین نوشته هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، جلد سوم. تهران، گنج دانش، ص: ۱۶۹.

مرحله‌ی دوم معیوب تسلیم شود و چون همگنی و ارتباط این قطعات ضروری می‌باشد، به ناچار کالای فاقد عیب نیز مشمول فسخ و عودت خواهد شد. پس در تمامی موارد نمی‌توان گفت فسخ اثر قهقرایی داشته و کل عوضین که از سوی هر یک تأدیه شد به طرف دیگر عودت می‌گردد. ثانیاً: در فرض آنکه قایل به اثر قهقرایی فسخ در کنوانسیون به عقیده‌ی برخی از مفسرین گردیم (Chengwei, 2005, No2)، که معتقدند همانند قرارداد به وجود نیامده است، در آن صورت چرا باید در فرضی که امکان اعاده‌ی کالا به همان وضعیتی که خریدار آن را دریافت داشت وفق مفاد ماده ۸۲ مقدرو نباشد، حق اعلام فسخ قرارداد را از دست بدهد. در حالی که اگر اثر فسخ را جنبه‌ی قهقرایی مطلق بدانیم باید در صورت موجود بودن کالا، حتی با انتقال آن به غیر، عین آن اعاده و در فرض مصرف یا تغییر منتهی به تلف نیز، بدل آن جهت تحقق شرایط فسخ تهیه گردد. وفق بند ۲ ماده ۸۲ در مواردی علیرغم عدم امکان اعاده کالا، حق فسخ همچنان وجود دارد اما دامنه‌ی این اختیار محدود به مواردی گردید که خریدار در فقدان آن نقش نداشته است. بنابراین در کنوانسیون نیز اثر قهقرایی فسخ مطلق نیست؛ بلکه موارد مذکور در آن بیانگر نسیت می‌باشد. در حقوق ایران در صورتی که تعهدات به طور کامل یا قسمتی از آن انجام گردد و قرارداد فسخ شود، به نظر بیشتر حقوقدانان، اثر فسخ بر آینده بوده و نسبت به گذشته تأثیری نخواهد داشت<sup>۱</sup> چون عقدی که فسخ شد در زمره‌ی عقد صحیح محسوب می‌شود و دارای کلیه آثار خویش از زمان تشکیل تا فسخ، است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۲۸؛ شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۹۱). اختلاف کنوانسیون با حقوق ایران آن است، با فسخ عقد در کنوانسیون فسخ اثر قهقرایی، نه به طور مطلق، بلکه به طور نسبی دارد و طبق مفاد ماده ۸۱ و ۸۴ منافع و عین از گذشته اعاده می‌گردد. اما در حقوق ایران این اثر قهقرایی مشهود نیست و نص صریحی هم دال بر زمان تأثیر فسخ وجود ندارد. به نظر برخی آثار

---

۱- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، علیرغم آنکه معتقد است که در فقه نظر مشهور آنست که فسخ اثر قهقرایی ندارد اما در عین حال اعتقاد دارند که گاه فسخ اثر قهقرایی دارد. برای مطالعه‌ی بیشتر رجوع کنید به آثار این مؤلف (۱۳۸۸)، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران گنج دانش ص ۳۲۹؛ (۱۳۸۷) حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران، گنج دانش ص ۲۹۸.

ناشی از فسخ همانند اقاله در ماده ۲۸۷ ق.م است و بین منافع متصله و منفصله نیز قابل به تفکیک هستند (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۲۰). به موجب ماده ۱ کنوانسیون تنها راجع به کالای مادی است حیوانات و نباتات دارای رشدند از شمول آن خارج است. اما از جهت منافع منفصله به استناد آن ماده و به استناد ماده ۴۸۰ قانون مدنی ایران که مورد تأیید حقوقدانان دیگر هم می‌باشد (صفایی، ۱۳۵۷، ص ۳۶۶) و همچنین به موجب سایر مواد از قبیل ۴۵۹ در بیع شرط، ۳۸۷ تلف مبیع قبل از قبض، ۴۹۶ در اجاره، ۸۰۴ در هبه... جمله‌گی بر صحت آن نظر و نیز مخالفت با ماده ۸۱ کنوانسیون دلالت دارند. برای مثال، در عقد بیع که عقد حالت استمرار نداشته و یا منافی از آن حاصل نگردد، مبیع با فسخ از مالکیت خریدار خارج می‌شود، و به مالکیت بایع در خواهد آمد. این امر از شق آخر ماده ۴۵۹ ق.م که مقرر می‌دارد «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود... و اگر بالعکس بایع به شرط مزبور عمل نماید و ثمن را مسترد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد...» استنباط می‌شود. به این ترتیب انتقال مالکیت پس از فسخ بدون اثر قهقرایی و بر خلاف کنوانسیون همزمان با تحقق فسخ به بایع بر می‌گردد و منافع نیز در فرض وجود از همین حکم تبعیت می‌نماید.

### گفتار سوم: پایداری شروط قراردادی پس از فسخ

وفق ماده ۸۱ کنوانسیون عیبرغم تأثیر فسخ بر تعهدات قراردادی و منتفی شدن تعهداتی که اجرا نشده است، برخی از شروطی باقی خواهد ماند که خارج از بحث تعهدات اصلی و اساسی می‌باشند. این قبیل شروط در فرض اجرای کامل تعهدات اصلی معمولاً به انجام آنها نیازی نیست. مانند شروط داوری و یا مقررات مربوط به حفظ کالا، یا تعیین خسارات و وجه التزام که صرفاً در فرض عدم وفای به عهد و پدیدار شدن فسخ، استفاده از آن شروط مفید است. فلسفه ی وجودی پیش بینی چنین شرایطی، و اثر بخشی آنها، در فاصله ی بین فسخ و خاتمه کامل عقد می‌باشد؛ برای مثال پس از فسخ ممکن است در اعمال حق فسخ و تحقق شرایط و یا موارد آن، اختلاف حادث گردد در این صورت شرط داوری، امکان رسیدگی و مجال حل و فصل اختلافات را خواهد یافت. حال آیا منطقی است همزمان با فسخ قرارداد آنها هم کاملاً منتفی گردد؟ در نظر برخی مفسران فسخ قرارداد،

به بقا و پایداری شروط ذیل، تعرض ننموده و علیرغم تحقق فسخ لازم الاجراء می‌باشند  
(Schwenzer and Fountoulakis, 2007, p. 584).

### **بند اول: شروط داوری**

در بسیاری از قراردادهای بیع بین المللی استفاده از نهاد داوری برای حل و فصل اختلافات پیش  
بینی می‌گردد. از این جهت فایده این شرط و بقاء آن پس از فسخ انکار ناپذیر می‌باشد. در ماده  
۲۱ مقررات داوری آنسیترال ۱۹۷۶ نیز در جهت تأکید بقاء این شرط این چنین پیش بینی شد  
که «شروط داوری به عنوان یک توافق مستقل از سایر قرارداد محسوب می‌گردد (Honnold, 1999, p.p. 504, 505). به هر حال تحت هر شرایطی اعم از ادعاء بطلان قرارداد اصلی، تحقق  
حیله و تقلب در قرارداد... قرارداد داوری مستقل فرض و معتبر تلقی می‌شود و نسبت به اختلافات  
طرفین نیز قدرت رسیدگی دارد.

### **بند دوم: شرط حفظ کالا، تعیین خسارت و وجه التزام**

ممکن است پس از اجرای تعهد و تحویل مبیع یا پرداخت ثمن بنا بر علتی از جمله عدم انطباق  
کالا با اوصاف و شرایط قرارداد، فسخ محقق گردد؛ در این صورت طرفین قرارداد مکلفند که وفق  
بند ۲ ماده ۸۱ نسبت به اعاده مبیع و ثمن به یکدیگر اقدام ورزند ولی تا فرا رسیدن مقدمات این امر  
و اجرایی شدن موضوع مبادله، اگر در قالب شرط مندرج در قرارداد تکلیف طرفین بر حفظ کالا  
به نحو خاصی تعیین شده باشد اجرای آن به عنوان تعهد تبعی و فرعی ضروریست. همین طور اگر  
طرفین به پیش بینی خسارت مقطوعی، همزمان با انعقاد قرارداد و تعیین معیاری برای شیوه جبران آن  
مبادرت نمایند، در اعتبار آنها و فواید آن، تردیدی نیست.

در پرونده‌ای یک فروشنده ی روسی و خریدار آلمانی قراردادی را منعقد نمودند و خریدار به  
ادعای عدم کیفیت لازم کالا، از پرداخت ثمن خودداری کرد. فروشنده با اعلام فسخ، دعوی مطالبه  
خسارت را مطرح نمود. دیوان داوری روسیه به دلیل وضعیت محل تجارت طرفین، قرارداد را تابع  
کنوانسیون تلقی و مقرر داشت به موجب بند ۱ ماده ۸۱، فسخ قرارداد تأثیری بر شرط داوری نداشته



و چون صراحتاً طرفین تصریح به صلاحیت کنوانسیون ننموده‌اند برای رسیدگی به قانون روسیه و دیگر قوانین حاکم به موجب بند ۲ ماده ۷ احاله می‌نماید و مقرر داشت که فروشنده، به طور صریح تعهدات خود را انجام داده است. اما خریدار نتوانست عدم مطابقت کالا را ثابت کند، در نتیجه فروشنده مستحق مطالبه و دریافت ثمن به موجب ماده ۵۳ کنوانسیون می‌باشد. زیرا فسخ نمی‌تواند نسبت به شروطی که حاکم بر حقوق و تعهدات طرفین است تأثیرگذار باشد بنابراین به موجب همان شروط حکم به پرداخت خسارت داد<sup>۱</sup>. در حقوق ایران در خصوص اعتبار شروط مانند داوری، پس از انحلال قرارداد، نص قانونی خاصی وجود ندارد. حقوقدانان به این موضوع در قالب رابطه، عقد و شرط نگریسته و بر آن هستند که شروط ضمن عقد تابع عقد است و با انحلال عقد اصلی به موجب فسخ یا علت دیگر به تبع عقد از بین می‌رود (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۰۰) عده‌ای دیگر نیز ضمن پذیرش اصل قاعده تأثیرگذاری بر انحلال و فسخ عقد بر از بین رفتن شرط، صرفاً در مواردی قایل به تفکیک شده‌اند که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاصی باشد. همانند عقد نکاح ضمن عقد بیع که با فسخ بیع، خود به خود نکاح نیز منحل نمی‌شود چرا که انحلال نکاح منوط به تشریفات خاص قانونی (فسخ - طلاق) است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۸). اما می‌توان پا را فراتر نهاد و بر اساس اراده طرفین عقد توأم با اوضاع و احوال زمان انعقاد بر آن بود که، انشاء همزمان، عقد و شرط سبب اختلاط ماهیت مستقل آنها نباید شود. زیرا شرط مربوط به داوری و یا مطالبه‌ی خسارت تعهدات مستقلی راجع به یک موضوع دیگر هستند و به همراه عقد اصلی واقع می‌شوند. عملاً کارایی این تعهدات بنا بر اراده طرفین در زمان انعقاد، مربوط به هنگام تحقق اختلاف یا انحلال عقد اصلی است. نقض غرض خواهد بود که آن شرط برای حل و فصل دعوی وضع شود؛ اما با فسخ عقد، شرط داوری یا مطالبه‌ی خسارت ناشی از عدم انجام و فسخ هم به دنبال اصل عقد زایل گردد. گویا دو عقد مستقل بوده ولی طرفین به جهت ارتباط موضوع، کاهش وقت، هزینه، آنها را توأم‌ان منعقد نمودند. طبق ۱۳۹ قانون مدنی آلمان هرگاه شرطی در یک عمل حقوقی باطل شد کل آن عمل باطل است ولی این امر در رابطه بین قرارداد اصلی و قرارداد داوری پذیرفته نشد و بطلان عقد بر

<sup>1</sup>- available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?Id=898> Date 13/6/2000 Number, 280/99

شرط داوری ضمن آن اثر نمی گذارد (کلانتریان، ۱۳۷۴: ۶۲ و ۱۳۸) در حقوق ایران نیز نه تنها بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶، بالصراحه شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد را به عنوان موافقت نامه مستقل تلقی می نماید، بلکه حقوقدانان نیز طبق ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م. از این روش دفاع نموده‌اند البته تعمیم این حکم به سایر شروطی که در قرارداد پیش بینی می شود مانند تعیین خسارت، حفظ کالا تا استرداد آن، نیز امکان پذیر می باشد (شمس، ۱۳۸۶، ۵۳۹؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ۱۷۵).

### **بند سوم: بازگشت مبیع، ثمن و منافع**

به موجب بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون یکی از بدیهی ترین پیامد فسخ برای هر یک از طرفین امکان مطالبه نسبت به آنچه که تادیه یا تسلیم نمود به همراه منافع متعلقه از طرف مقابل می باشد. این اقدام نشان از آن دارد که در کنوانسیون فسخ دارای اثر قهقرایی است. اما بازگشت کالا و منافع هر یک دارای قواعد ویژه‌اند که بدان خواهیم پرداخت.

### **الف: بازگشت مبیع و ثمن**

با تحقق فسخ و انحلال عقد بیع در کنوانسیون، مالکیت هر یک از طرفین نسبت به آنچه که در پی عقد بیع برای او حاصل شده است زایل می گردد و مجدداً آن مال اعم از ثمن یا مبیع به ملکیت مالک پیش از عقد برمی گردد. این امر در بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون به همان جواز مطالبه آنچه که طرفین حسب مورد تسلیم یا تادیه نموده اند، تعبیر شده است؛ از این جهت برای وقوع این امر وجود شروطی لازم است؛ اکنون طی بندهای جداگانه به این موارد خواهیم پرداخت.

#### **۱- اجرای تعهد**

به موجب بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون، موضوع بازگشت عوضین مختص قراردادهای اجرا شده می باشد، زیرا تعهداتی که اجرا نشده‌اند، اساساً به دلیل عدم تحویل و تسلیم مبیع و ثمن، موضوعیت ندارند و فسخ موجب معافیت آنان از اجرای مفاد قرارداد خواهد شد. بر اساس تفسیر دبیر کل کنوانسیون، وفق ماده ۸۱، این حق برای طرفین قرارداد بوده و هیچ گونه تفکیکی بین آنان

نیست (Chenywel, 2005, p.76). تأکید به اقدام همزمان طرفین در قسمت آخر بند ۲ ماده ۸۱ زمانی که هر دو طرف نسبت به اجرای تعهد اقدام نموده‌اند، موید وجود این حق برای طرفین می‌باشد. چون رهایی طرفین از اجرای تعهد پذیرفته شده است؛ اجرای همزمانی، اعاده کالا نیز می‌تواند یک قاعده تلقی شود. (Honnold, 1999.508) بنابراین موضوع اعاده ی کالا را نباید ناشی از بطلان عقد دانست؛ بلکه همان نتیجه انحلال عقد است که بر طرفین تحمیل می‌گردد. در پرونده‌ای که در دادگاه آلمان به موجب کنوانسیون رسیدگی شد فروشنده و خریدار یک دستگاه اتومبیل اسپورت ثمن معامله را ۱۷۰۰۰۰ یورو تعیین و مبلغ ۷۰۰۰۰ یورو پرداخت شد. خریدار فوراً نسبت به فروش ماشین اقدام نمود، فروشنده متوجه شد که او قادر به پرداخت مابقی ثمن نیست. پس از تعیین مهلت معین و انقضاء آن مدت، نسبت به فسخ معامله و مطالبه ی خسارت اقدام نمود. دادگاه بدوی رأی داد که فروشنده محق مطالبه ی خسارت به میزان ۱۰۰۰۰ یورو می‌باشد، ولی دعوی فسخ را مردود اعلام کرد؛ زیرا فروش مجدد توسط خریدار پیش از فسخ در حالت طبیعی جریان امور بود. دادگاه پژوهش بدان جهت که مهلت برای پرداخت به خریدار داده شد و او توجه نکرد صرفاً حکم به پرداخت خسارت فروشنده را امتیازی برای او ندانسته؛ بلکه ضمن ورود دعوی فسخ، حکم به اعاده ی اتومبیل به فروشنده نمود<sup>۱</sup>.

## ۲- امکان بازگشت مبیع با همان وضعیت اولیه

مشتری مکلف است کالای تحت تصرف خویش، به عنوان مبیع خریداری شده را با همان وضعیت اولیه ای که کالا دارا بوده است به بائع برگرداند تا به فسخ معامله و در نهایت دریافت ثمن پرداختی خویش قادر شود. در کنوانسیون این شرط برای فروشنده پیش‌بینی نشد. شاید علتش این بود که در مبیع ممکن است تغییراتی اعم از حوادث طبیعی و یا انسانی واقع گردد؛ اما این بحث در خصوص ثمن منتفی به نظر می‌رسد؛ از این رو مشتری همیشه قادر به اعمال حق به نظر می‌رسد. برخی از نویسندگان در این خصوص تأکید ورزیده‌اند که کافی است کالا موجود باشد و در آن

<sup>1</sup>- available at: <http://www.unilex.info/case.cefm?Pid 1336 Dute, 14/2/2008. Number u 46/07>

تغییر اساسی رخ نداده باشد، از این جهت هر نوع تغییر را نمی‌توان مانع اعمال حق خریدار دانست و تغییرات اساسی ملاک می‌باشد. مانند آنکه کالا تحت تأثیر کالای دیگر ترکیب و قابل برگشت به حالت اولیه نباشد پس اقداماتی مانند مصرف، انتقال، تلف، از مصادیق مانع به شمار می‌آیند. از این حیث تغییرات جزئی مانع و مشکل در اعمال حق محسوب نمی‌شود (Schlectriem, 1998, 298, Cheshier, Fifoot, 1988, 641). در پرونده‌ای، خریدار که یک شرکت فرانسوی بود با فروشنده‌ای که او نیز یک شرکت فرانسوی بود قرار داد اجاره به شرط تملیک منعقد نمودند و مقرر شد عمل فایناس از سوی شرکت آلمانی برای خریدار تأمین گردد. به جهت وجود نقص در اتومبیل، خریدار خواستار فسخ قرارداد اجاره به شرط تملیک گردید. دادگاه حکم به نفع خریدار صادر نمود و استدلال کرد که اگر خریدار مطلع بود، اقدام به خرید نمی‌نمود. دادگاه عالی در پی اعتراض فروشنده مقرر داشت که به موجب ماده ۸۲ کنوانسیون حقوق خریدار در اعمال حق فسخ منتفی می‌باشد. زیرا او نه تنها نسبت به عودت اتومبیل اقدام ننمود؛ بلکه به مدت ۵ سال نیز از آن استفاده کرد. بنابراین نوعی مانع در اعاده ی ماشین وجود داشت<sup>۱</sup>. بر اساس رأی صادره عدم اعاده ی کالا به همان وضعیت اولیه (فاقد تغییر اساسی) می‌بایست ناشی از فعل یا ترک فعل مشتری باشد. با ملاحظه موارد برشمرده شده در بند ۲ ماده ۸۲ به عنوان استثنائات بند ۱ و اجازه اعمال حق فسخ به مشتری علیرغم تغییر در کالا، مؤید همین ادعاست. آن چه به عنوان استثنای بر بند ۱ ماده ۸۲ شناخته شد و علیرغم تغییر باز هم فروشنده دارای حق فسخ است عبارتند از: (۱) عدم امکان بازگشت کالا با شرایط اولیه ناشی از فعل یا ترک فعل خریدار نباشد. (۲) از بین رفتن و فقدان کالا در پی انجام بازرسی موضوع ماده ۳۸ باشد. (۳) کالا دریافتی در روند عادی و طبیعی تجارت و پیش از کشف عیب یا عدم مطابقت، مصرف شده و یا به فروش رفته باشد (Inebory schnow enzer, 2007, 589, 590). اینکه اعاده ی کالا الزاماً باید در یک مدت زمان معینی صورت پذیرد؟ برخی از نویسندگان معتقدند در کنوانسیون مدت معینی پیش‌بینی نشد. پس در این صورت فروشنده حق

<sup>1</sup> Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm? Pid. 1491, Number, 0812399.Date 3/11/2009>

دارد، مدتی را برای اعاده ی تعیین تا خریدار در آن مدت اقدام ورزد ( Schlechtrim, 1988,p.646). برخی دیگر معتقدند خریدار باید طی مدت زمان معقولی اعمال نماید. نظر اخیر با اصول کلی سازگارتر است اما نظر پیشین از لحاظ عملی و اجرایی دارای فواید بیشتری می باشد<sup>۱</sup>.

### ۳-ارائه ی بدل کالا

نکته‌ای که در کنوانسیون و از سوی مفسران چندان بدان توجه نشده این است، اگر اعاده ی کالا با همان وضعیت اولیه از سوی مشتری امکان پذیر نیست، آیا حق فسخ نامبرده از بین خواهد رفت؟ با توجه به مفاد شق ب از بند ۲ ماده ۸۴ که اجازه ی تهیه و ارائه ی بدل را می‌دهد، باید بر آن شد تا عدم اعاده ی کالا با همان وضعیت حین تسلیم، ناظر بر کالاهای است که به صورت عین معین معامله می‌شود. وگرنه با اغماض به دست داده شده در ذیل ماده ۸۴ و امکان ارائه ی بدل می‌توان مانع مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ را مرتفع ساخت و چون در شق ب از بند ۲ ماده ۸۴ اجازه بدل را می‌دهد؛ پس باید به طور محدود حمل بر مواردی ساخت که خریدار در قالب استثناء و علیرغم عدم امکان اعاده ی کالا به موجب ماده اخیرالذکر، اجازه ی فسخ را داراست. بنابراین نباید به طور کلی حکم به مواردی نمود که تحت هر شرایطی اگر خریدار نمی‌تواند نسبت به اعاده ی عین کالا اقدام نماید با ارائه ی بدل قادر به حفظ حق خویش باشد. چون نباید از حق فسخ سوء استفاده شود زیرا موارد مذکور در استثناء توسعه می‌یابد؛ ولی برخی از نویسندگان نیز صرفاً به ارائه ی بدل بسنده نموده و تفکیکی در این زمینه قایل نشده‌اند (Honnold, 1999, 509,510).

### ۴-اعاده ی قسمتی از کالا

برخی از قراردادهای حسب ماهیت خود دارای قابلیت تجزیه بوده و بی‌آنکه هیچ نوع ارتباط منطقی در اجزای آن وجود داشته باشد یا تاثیر هر بخش مکمل اثرگذاری بخش دیگر باشد، عملاً نیز طرفین با تعیین اقساط پرداخت، بر این امر صحه نهادن که وابستگی بین اقساط وجود ندارد؛ در

<sup>1</sup>- Tonathan, yovel, Buyer's right to avoid the contrat 2005. Available at: <http://ssrn.com/abstract- 906608>

این صورت ماده ۷۳ نیز در بند ۱ و ۳ به فسخ کننده اجازه نمی‌دهد بیش از آنچه ضرورت دارد برای موارد زاید اعمال فسخ نماید. زیرا فسخ را نباید توسعه بخشید و از آن قاعده ساخت. چون در بسیاری از موارد صرفاً بخشی از کل تعهدات انجام شده و کالای معیوب یا غیر منطبق تسلیم و یا اساساً از تسلیم آن خودداری شده است، در این صورت مشکلات مربوط به این بخش (در فرض عدم وابستگی با سایر بخش‌ها) نباید به دیگر موارد تسری داده شود (میرزاژاد جویباری، ۱۳۸۲: ۲۴).

همچنین اگر مبیع و ثمن در پی فسخ اعاده می‌گردند بدان معنا نیست که الزاماً در اعاده مبیع ممکن است تمام آن مورد بازگشت واقع شود. زیرا همان میزان از مبیع که موضوع فسخ واقع شده، به تناسب نیز مورد بازگشت واقع می‌گردد. اما آیا عدم تغییر مبیع و امکان اعاده آن به همان وضعیت اولیه به عنوان شرط لازم، جهت اعمال فسخ خواهد بود یا خیر؟ باید گفت در حقوق ایران قواعد خاصی در خصوص فسخ وجود ندارد، حقوقدانان به قواعد اقاله، تمسک می‌جویند (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۲ و ۳۷). زیرا در کنوانسیون جزء در موارد استثنایی، برای اعمال حق فسخ باید مبیع با همان وضعیت اولیه قابل اعاده باشد. در حالی که در ماده ۲۸۶ ق.م.تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست و مقنن اجازه داده است که بدل مال تلف شده جایگزین شود. اما مقنن در ماده ۴۲۹ ق.م.راجع به اختیار عیب بیان داشت «... در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر ۲- در صورتی که تغییر در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه ۳- ... در واقع موارد مذکور در ماده ۴۲۹ ق.م. را مقنن موانع اعمال فسخ در عقد بیع می‌داند و از کنوانسیون نیز شدیدتر برخورد نمود. پس نباید حکم به جواز فسخ عقد حداقل در زمینه عقد بیع را در تمام موارد نمود زیرا: اولاً: مقنن در ماده ۴۲۹ ق.م. واژه‌های «مشتری» و «بیع» را به کار گرفت و این محدودیت را ناظر بر بیع دانست و اکنون که موضوع کنوانسیون، بیع کالا است پس در حقوق ایران نیز محدودیت مذکور در ماده ۸۲ کنوانسیون (عدم امکان اعاده کالا با همان وضع) نسبت به عقد می‌تواند جاری شود. ثانیاً: در بند ۲ ماده ۸۲ کنوانسیون، در مقام بیان استثنائات، اقداماتی که موجب تغییر در کالا می‌شود و ناشی از فعل خریدار نباشد، مانع اعمال حق فسخ او نیست. در حالی که در بند ۲ ماده ۴۲۶ ق.م. تغییرات

اعم از اینکه ناشی از فعل خریدار باشد یا ناشی عوامل دیگر، مانع از اعمال حق فسخ ناشی از خیار عیب است و نویسندگان معتقدند تغییر به طور اطلاق مورد نظر است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴۲۲). در خصوص تجزیه حق فسخ و امکان اعمال آن نسبت به قسمتی از مبیع، از روح مواد ۴۳۳ و ۴۴۱ ق.م، کلیت تقسیم و تجزیه عقد اجازه داده شد و در شرایط خاص عقد می تواند تجزیه شود (میرزائزاد، ۱۳۸۲: ۲۴). بنابراین در حقوق ایران نیز، اگر مبیع دارای وضعیت خاصی مانند امکان استقلال هر بخش از مبیع نسبت به بخش دیگر و عدم وابستگی و ارتباط منطقی بین اجزای مبیع باشد، می توان به دلیل بروز حق فسخ برای هر قسمت اجازه ی حق فسخ عقد را فقط به همان نسبت خاص داد و فسخ سبب اعاده ی کل موضوع عقد نشود.

#### ۵-اعاده ی منافع

یکی از پیامدهای ویژه فسخ در کنوانسیون الزام طرفین به اعاده ی منافع حاصله از مبیع یا ثمن حسب مورد، در فاصله بین وقوع عقد تا تاریخ فسخ می باشد. در زمان نگارش مواد راجع به منافع در کنوانسیون عده ای معتقد بودند منافع را نباید از منظر خسارت نگریست و باید آن را از شمول بند ۵ ماده ۷۹ خارج دانست، بالعکس عده ای آن را سود حاصله از سرمایه تلقی و مطالبه ی آن را نیازمند طرح دعوی در قالب خسارت دانسته اند. انگلیسی ها اصرار داشتند منافع بر اساس مقررات حقوق داخلی محاسبه شود (Hommod, 1999, 420) کنوانسیون در ماده ۸۴ موضوع پرداخت منافع را در زمان اعاده پیش بینی نمود و این امر نشان از تفاوت خسارت و منافع از یکدیگر، علیرغم اشتراک در مبانی خواهد داشت. نویسندگان نیز منافع را متفاوت از پرداخت خسارت و آن را مختص به زمان فسخ دانسته اند (Schlectriem, 1988, 656) البته هر یک از طرفین مستحق دریافت منافع مستقیم و متعارف عوض خویش از دیگری می باشد. فرض بر آن است هر یک از طرفین از منافع مستقیم مال طی مدت تصرف برخوردار می شوند و این منافع بخشی از تعهدات آنان در زمان اعاده کالا را تشکیل می دهد (Kritzer 1998, 536). بند ۲ ماده ۸۲ که علیرغم عدم امکان اعاده عین از سوی خریدار و تکلیف وی بر رد بدل، مشتری را مکلف به پرداخت منافع دانست ولی برخی

از نویسندگان تکلیف پرداخت سود توسط مشتری را، در فرضی که از کالا استفاده نمود، امری اختلافی دانسته و با تردید بدان نگریسته‌اند (Ingeborg, 2007, p.597). نویسندگان دیگر معتقدند: منافعی که به طور متعارف انتظار دریافت آن در جریان طبیعی تجارت حاصل می‌شود ولی در حقیقت تحصیل نشد، با وجود عدم پیش‌بینی از سوی کنوانسیون می‌تواند بر اساس اصول و قواعد کلی کنوانسیون، مورد مطالبه واقع شود و طرفین مکلف به پرداخت آن در حین اعاده به همراه عوض می‌باشند (Schlechtriem 1988.66) بنابراین در کنوانسیون خسارت و منافع دو امر جدا و بعضاً در کنار یکدیگر قابل مطالبه می‌باشند. مبنای خسارت ماده ۷۴ و مبنای منافع مواد ۷۸ و ۸۴ است، اما دامنه‌ی خسارت وسیع‌تر از منافع می‌باشد. چون در بسیاری از موارد امکان مطالبه منافع طبق موانع پیش‌بینی شده در ماده ۷۹ وجود ندارد ولی ممکن است در قالب خسارت بتوان آن وجه را مطالبه کرد. در پرونده‌ای فروشنده اسپانیایی و خریدار فرانسوی برای فروش تعدادی فیل جهت استفاده در سیرک قرارداد منعقد نمودند. خریدار تمام وجه را پرداخت نموده است؛ اما بعداً از انجام قرارداد پشیمان شد؛ ظاهراً این اختیار برای او وجود داشت و فروشنده نیز بخشی از وجوه را مسترد نمود. خریدار برای مابقی وجه و نیز مطالبه‌ی خسارت طرح دعوی نمود. دیوان داوری فرانسه دعوی را در صلاحیت دیوان داوری اسپانیا دانست. اما دادگاه پژوهش فرانسه دعوی را محمول کنوانسیون تلقی و فروشنده را ملزم به پرداخت مابقی وجه سود آن دانست. مبنای این امر را نیز بر اساس نرخ محل تجارت فروشنده که وجه در آن محل به وی پرداخت شده، به استناد ماده ۵۷ قرارداد اعلام و منطبق با اصول کلی کنوانسیون تلقی نمود.<sup>۱</sup> در پرونده‌ی دیگر فروشنده‌ی استرالیایی، مبلمان با کیفیت بالایی را به خریدار آلمانی فروخت. خریدار آن را مجدداً به مصرف‌کننده‌ی دیگر فروخت و مصرف‌کننده اعلام کرد کالا فاقد کیفیت است. خریدار آلمانی پذیرفت و آن را برای فروشنده استرالیایی فرستاد. فروشنده استرالیایی نسبت به تغییر و اعاده آن اقدام نمود؛ اما مصرف‌کننده همچنان اصرار بر عدم کیفیت داشت و نهایتاً خریدار آلمانی اعلام فسخ نمود. دادگاه رای داد که خریدار مطابق ماده ۴۹ عمل کرده است و ظرف ۵ هفته از تاریخ تغییر و تحویل، اعلام فسخ نمود و

<sup>1</sup>- available at: <http://www.unilex.info/cuse.cfm?id=278>. date 1A/1/1998 Number.5



این تاخیر نیز متعارف و معقول به نظر می‌رسد و تاخیر از سوی فروشنده برای تعمیر صورت گرفت. از این رو، دادگاه ادعای فروشنده را برای مطالبه ی منافع را فاقد دلیل دانست؛ در نتیجه حکم به فسخ و پرداخت خسارت داد.<sup>۱</sup> وضعیت اعاده ی منافع در حقوق ایران از مجموعه مواد پراکنده در زمینه ی انحلال عقد، حکایت از آن دارند که به محض انحلال عقد تاثیر گذار خواهد شد و ما قبل آن، منافع برای شخصی است که با عقد مالک مبیع یا ثمن گردید. پس با فسخ نیز وضعیت از گذشته دستخوش دگرگونی نخواهد شد. از این جهت به موجب قواعد عام مانند مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۴ ق.م. هر کسی مالک مالی باشد منافع حاصله نیز متعلق به او خواهد بود (امامی، ۱۳۶۸: ۴۲). مقنن در شق آخر ماده ۴۵۹ ق.م با این عبارت، این مهم را به عنوان قاعده تائید نموده است. «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود ... از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.» بنابراین مفاد ماده ۴۵۹ ق.م کاملاً مغایر مفاد ماده ۸۴ کنوانسیون است که حکم به بازگشت منافع و اعاده آن در دوره ی زمانی بین عقد تا فسخ، برای هر شخصی که قبل از بیع مالک مبیع و ثمن بوده، می‌نماید. مقنن همین قاعده را در صورت رجوع واهب در عقد هبه طبق ماده ۸۰۴ و یا در ماده ۸۱۹ در اعمال حق شفعه نیز رعایت نموده از این جهت این اقدام مقنن بیانگر وجود قاعده ی خاص در حقوق ایران طبق ماده ۴۵۹ ق.م در زمینه ی عدم تاثیر فسخ نسبت به منافع حاصله گذشته می‌باشد.

## مبحث دوم: مطالبه ی خسارت

### گفتار اول: رابطه ی فسخ با مطالبه ی خسارت

اثر مستقیم فسخ انحلال عقد است و الزاماً نیز در همه موارد با تحقق فسخ ضرر به بار نمی‌آید تا به طور مستقیم اثر فسخ مطالبه ی خسارت محسوب گردد. از این جهت یادآور می‌گردد که؛ اولاً: در کنوانسیون وفق مواد ۸۳، ۷۴ و بند ۵ ماده ۷۹ بنابر دلایل دیگر به جز فسخ، یکی از طرفین در

<sup>1</sup>- availableat: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=244>. Dute. 1/2/1995. Number 11.a.64/94

اثر نقض قرارداد از ناحیه‌ی طرف مقابل، حق مطالبه‌ی خسارات وارده را خواهد داشت. ثانیاً: در فرض فسخ قرارداد و تحقق ضرر طرف با حسن نیت و متضرر حق مطالبه‌ی خسارت را علاوه بر اعمال حق فسخ طبق مواد ۴۵، ۷۴، ۷۹، ۸۳ کنوانسیون داراست. ثالثاً: در بسیاری از موارد طرفی که به ناچار به فسخ پناه می‌آورد، ناگزیر از قطع رابطه قراردادی و جلوگیری از اشاعه‌ی ضرر می‌باشد (اصغری آقمشهدی و اسکندری، ۱۳۸۸: ۳۰)، اما احتمال بروز ضرر تا حدی در پی عهدشکنی یقینی می‌باشد. پس می‌توان مطالبه‌ی خسارت را در برخی موارد به عنوان پیامد فسخ دانست. زیرا عموماً با وقوع فسخ تمام خسارت جبران نمی‌گردد و به دنبال آن باید دعوی مطالبه‌ی خسارت طرح نمود. پس ارتباط بین فسخ و مطالبه‌ی خسارت رابطه‌ی علی و معلولی نیست؛ بلکه این دو مقوله در عرض یکدیگرند؛ ولی هر دو آنها ارتباط مستقیم با عهدشکنی داشته و به نوعی مطالبه‌ی خسارت، مکملی برای فسخ می‌باشد.

### گفتار دوم: قواعد مطالبه‌ی خسارت خاص در کنوانسیون

برخلاف مسئولیت مدنی، که اثبات تقصیر عامل ورود زیان بر عهده‌ی زیان دیده است در مسئولیت قراردادی، عدم انجام تعهدات قراردادی تقصیر و موجب مسئولیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۶). در کنوانسیون، از یکسو مستند ضرر واقعی، ضرر مذکور در ماده ۷۴ بوده که عبارت از تحمل هر نوع زیان از جمله عدم النفع ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. در نتیجه ضرر و زیان معنوی طبق ماده ۵ از شمول کنوانسیون خارج و مفهوم خسارت بر آن اطلاق نمی‌یابد. از سوی دیگر قلمروی ضرر مورد مطالبه در مبحث آثار فسخ نباید شامل تمامی ضررهای ناشی از نقض باشد در آن صورت مطالبه‌ی خسارت از پیامد فسخ خارج می‌گردد؛ بلکه صرفاً باید محدود به مواردی شود که بر اثر فعل خاطی طرف دیگر ناچار از فسخ شد. بنابراین نسبت به دیگر ضرر وارده جبران نشده ضمانت اجرای دیگری مثل درخواست تعمیر کالا، استفاده از کالای جانشین ... به کار گرفته می‌شود. پس با ورود ضرر و امکان مطالبه‌ی خسارت خاص و مرتبط، فسخ منتفی نمی‌باشد و مورد حمایت کنوانسیون در مواد ۴۵، ۷۳ و ۷۹ است. به زعم برخی ماده ۸۳ می‌تواند، غیر ضروری تشخیص

و با سایر مواد نیز ممکن است به هدف مقنن در آن ماده نایل شد (Honnold, 1999.531). بدین ترتیب زیان دیده بر مبنای نقض قرارداد، ضرر متحمله حق فسخ را تحت شرایطی مانند ماده ۶۴ اعم از نقض اساسی یا غیراساسی دارا می‌باشد؛ و چون تمامی ضرر با اعلام فسخ جبران نمی‌شود به طور هم زمان حق مطالبه میزان ضرر واقعی متحمله را، خواهد داشت (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۶۲)<sup>۱</sup>. در مواردی که تعهدات قراردادی نقض می‌گردد و برای مثال، فروشنده از تسلیم کالا خودداری می‌نماید و با اعطای مهلت اضافی نیز توجهی بر انجام تعهدات ننماید، خریدار حق خواهد داشت تا طبق ماده ۴۹ هم قرارداد را فسخ شده اعلام نماید<sup>۲</sup> و هم خسارات متحمله را نیز درخواست نماید. این خسارت شامل هزینه‌های از دست دادن سود و خرید کالای گرانتر هم می‌شود. مبنای مستند حق فسخ در کنوانسیون برای مشتری در مواد ۴۹، ۷۱، ۷۲ و برای بایع در ماده ۶۴، ۷۱، ۷۲ پیش‌بینی شد. در پرونده‌ای که دو قرارداد بین فروشنده ی آمریکایی و خریدار روسی منعقد شد، مقرر بود در قرارداد اول، مواد اولیه تولید چپیس ارائه شود و در قرارداد دوم مقادیر چپیس بسته‌بندی شده ارائه گردد. خریدار مدعی شد چون محصول منطبق با مفاد و شرایط قراردادی نبوده، او از فروش آنها سودی حاصل ننمود. بنابراین خواستار اعاده پیش‌پرداخت و هزینه‌هایی شد که بابت طراحی و تحقیق به فروشنده داده بود. فروشنده نیز در پاسخ به دعوا اعلام داشت، خریدار تاخیر نامعقول در دریافت کالا نموده و سبب بروز ضرر شد. در نتیجه فروشنده خواستار جبران ضرر ناشی از عدم تحصیل سود و نیز هزینه ی خدمات انجام شده گردید. دیوان دآوری رای داد طرفین نسبت به اثر فسخ قرارداد عملاً به توافق رسیده‌اند و باید هزینه مربوط به تطبیق کالا (توسط خریدار) منظور گردد و از این جهت ماده ۸۱ کنوانسیون را بی‌تاثیر نسبت به توافق انجام شده دانست. دیوان از پذیرش ادعای از دست دادن سود فروشنده، خودداری نمود و فروشنده را مکلف به باز پس دادن پیش

<sup>۱</sup> - منظور از عدم النفع عبارت است از فوت شدن منفعت محقق‌الحصولی که شخص از آن محروم شده است، برای مطالعه ی بیشتر رجوع کنید به مقاله ی اصفری آقشهمدی، فخرالدین (۱۳۸۱)، «خسارت عدم النفع در حقوق ایران و

کنوانسیون بیع بین‌المللی - نامه مفید شماره ۲۹، صفحه ۷۹ به بعد

<sup>۲</sup> - Ulrich Magnus. The Remedy of avoidance of contract under CISG, www. cisgw. law. Pace.Edu available. Journal of law and commerce (2005) 423- 436

پرداخت خریدار کرد اما در عین حال هزینه انجام شده از سوی فروشنده بابت تطبیق مدارک را پذیرا شد.<sup>۱</sup>

### گفتار سوم: وضعیت مطالبه‌ی خسارت ناشی از فسخ در حقوق ایران

در حقوق ایران نقض قرارداد در مواد ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، الی ۲۳۰ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ به بعد قانون دارای ضمانت اجرا برای جبران خسارت است؛ از این جهت منطبق با مقررات کنوانسیون می باشد. اما همیشه ضمانت اجرای نقض قرارداد فسخ نیست؛ بلکه مقنن زمینه اجرای قرارداد را با اجبار به اجرای عین قرارداد و یا اجرای آن به هزینه متخلف راپیش روی متضرر قرار داده است (صفایی، ۲۰۴). تنها در مواردی که قرارداد قائم به شخص باشد و انجام آن توسط دیگری مقدور نیست و خود مشروط علیه نیز اقدام نمی نماید، یا اجرای تعهد از سوی او ممکن نیست، در ماده ۲۳۹ ق.م. اجازه فسخ معامله به متعهد له داده شد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۴). تردیدی نیست در موارد نقض قرارداد به طور اعم، مطالبه خسارت امکان پذیر است، اما در موقعیتی که قرارداد با فسخ پایان می پذیرد صراحتاً نصی که حاکم بر جبران خسارت ناشی از فسخ قرارداد باشد وجود ندارد، اعم از اینکه مبنای فسخ خیرات مذکور در قانون مدنی مانند، عیب، یا ناشی از مفاد مواد ۲۳۹، ۴۹۶، ۴۷۸، و یا مهمتر از آن خیار شرط مذکور در ماده ۳۹۹ ق.م. باشد. در همه این موارد فسخ بدون ضمانت اجرای مشخص جهت مطالبه‌ی خسارت رها شد. باین حال باید پذیرفت علاوه بر اجاره‌ی فسخ و انحلال قرارداد حق مطالبه‌ی خسارت را نیز به طرف با حسن نیتی که قرارداد را فسخ نمود، داده شود مگر در موارد استثنایی مانند خیار شرط مذکور در ماده ۳۹۹ ق.م. و یا بیع شرط مذکور در موارد ۴۵۹ و ۴۵۸ ق.م. که حق مطالبه‌ی خسارت قابل تصور نمی باشد. در این موارد آمادگی لازم در طرفین برای پذیرش احتمالی ضرر وجود دارد. این امر می تواند ناشی از حاکمیت اراده‌ی طرفین و یا قاعده‌ی اقدام، تحلیل و توجیه گردد، اما در سایر موارد در فرض ورود خسارت می توان مطالبه‌ی خسارت را بر اساس قواعد عام حاکم بر جبران خسارت در قرارداد ممکن شمرد

<sup>1</sup>- available at, <http://www.unilex.info/caseCFmzid=378> Date: 03/3/199 Number 82/1996

(نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۶۴). تنها ماده‌ای که در آن مقنن به طور روشن مطالبه‌ی ضرر و زیان ناشی از فسخ را در حقوق ایران پیش‌بینی نموده، ماده ۳۸۶ ق.م. است. این ماده مقرر می‌دارد اگر «در مورد دو ماه قبل معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد...» این ماده صراحتاً ناظر بر جبران خسارت ناشی از فسخ معامله مذکور در مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ است اما واجد این امتیاز است که مقنن به طور خاص پیش‌بینی خسارت ناشی از فسخ را در ذهن داشته و در این ماده برای جبران ضرر، علاوه بر اجازه‌ی فسخ معامله، بایع را مکلف به اعاده‌ی ثمن و جبران خسارت ناشی از مخارج معامله نموده است. اما از خاص بودن این حکم نباید دچار تردید شد که در سایر موارد از این ماده به عنوان قاعده نمی‌توان استفاده نمود؛ زیرا هم اصول حقوقی و هم مواد مربوط به جبران خسارت اعم از ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۲۸ ق.م. و مواد ۱، ۲، ۳ قانون مسئولیت مدنی و همچنین ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی اجازه‌ی مطالبه‌ی خسارت را به اشکال مختلف خواهند داد. بنابراین منعی برای تسری مفاد ماده ۳۸۶ ق.م. به سایر موارد به شکل یک قاعده وجود ندارد و خصوصیتی برای جبران ضرر و زیان ناشی از فسخ در مواد ۳۸۵ و ۳۸۴ ق.م. نسبت به سایر مواد وجود ندارد تا از تعمیم آن امتناع گردد.

## نتیجه

فسخ به عنوان یکی از ضمانت اجرای عدم انجام یا نقض قرارداد، در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران پیش‌بینی گردید. پیامد فسخ در کنوانسیون و حقوق ایران دارای وجه اشتراک و افتراق می‌باشند. در کنوانسیون طرفین پس از فسخ از اجرای تعهدات به شرط پرداخت خسارت، بری می‌شوند ولی فسخ تاثیری در شروط و تعهدات تبعی مانند شرط داوری، حفظ کالا، ... نخواهد داشت. پس از اعمال فسخ طرفین مکلف به اعاده‌ی آنچه که در راستای اجرای تعهد به آنان پرداخت شد به طرف دیگر می‌باشند و اعمال فسخ منوط به امکان اعاده‌ی کالا با همان وضعیتی است که دریافت شد. در شرایط استثنایی نیز با تسلیم بدل هم فسخ امکان‌پذیر است. همچنین اثر فسخ در خصوص مطالبه‌ی منافع، جنبه‌ی قهقهایی داشته و طرفین مکلف به اعاده منافع مبیع یا ثمن از تاریخ وقوع عقد می‌باشند. در عین حال امکان فسخ و مطالبه‌ی خسارت همزمان میسر است. به هر حال الزام به جبران خسارت ناشی از فسخ مبتنی بر مواد کلی است و صراحتاً در کنوانسیون برای جبران خسارت ناشی از فسخ، ماده خاصی وجود ندارد. در حقوق ایران معافیت طرفین از اجرای تعهدات قراردادی پس از فسخ نص صریحی وجود ندارد و برخلاف کنوانسیون اعمال حق فسخ منوط به امکان اعاده‌ی مبیع توسط خریدار نیز نگردید. در ماده ۲۸۶ ق.م. با وجود تلف موضوع معامله‌ی اجازه‌ی اقاله را با تادیه بدل داده است. اما بر اساس ماده ۴۲۹ ق.م. اعمال فسخ ناشی از عیب در مبیع همانند کنوانسیون منوط به اعاده مبیع، بدون تغییر و عدم انتقال و یا تلف می‌باشد مضافاً آنکه به طور صریح حق مطالبه عین توسط بایع و حق مطالبه‌ی ثمن توسط مشتری پس از فسخ، پیش‌بینی نشد. اما شروط و تعهدات تبعی پس از فسخ، همانند کنوانسیون پایدارند. منافع حاصله از مبیع و ثمن هم در فاصله بین عقد تا فسخ، قابل برگشت به طرفین به همراه اعاده عین نبوده و فسخ اثر قهقهایی ندارد، اما مطالبه‌ی خسارت ناشی از فسخ بر اساس ماده ۳۸۶ ق.م. در ایران نسبت به کنوانسیون دارای صراحت بیشتری است. بنابراین پیامد فسخ در حقوق ایران علیرغم وجه اشتراک با کنوانسیون، دارای اختلافاتی همانند اثر قهقهایی به ویژه راجع به منافع داراست که انطباق قانون داخلی و الحاق به کنوانسیون را دشوار می‌سازد. با وجود مزیت‌های ناشی از تعیین تکلیف

موضوعات مربوط به فسخ از سوی کنوانسیون به عنوان یک امتیاز در برابر حقوق ایران انکارناپذیر است و الحاق به کنوانسیون را توجیه می‌سازد.

## منابع

- ۱- اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۱) «خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی»، نامه مفید شماره ۲۹ صفحات ۷۷ تا ۹۳
- ۲- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و اسکندری، فرشته (۱۳۸۸)، «مطالقت حقوقی کالا با قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی»، حقوق مدنی تطبیقی به قلم گروهی از مولفان، به مناسبت بزرگداشت دکتر صفایی، تهران، سمت صفحات ۱۹ تا ۴۲
- ۳- امامی، سید حسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران انتشارات اسلامیة
- ۴- پلان تار، ژان پیر، (۱۳۷۰) حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی کنوانسیون سازمان ملل متحد، ترجمه، صدیقی، ایرج، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۴، ۱۵
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، دایرة‌المعارف مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران، گنج دانش،
- ۶- ----- (۱۳۸۷)، حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران، گنج دانش
- ۷- جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، قانون حاکم بر داوری های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر
- ۸- داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین نوشته هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، جلد سوم. چاپ اول، تهران، گنج دانش
- ۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۳)، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، شفق
- ۱۰- شمس، عبدالله (۱۳۸۶)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد دوم، چاپ دهم، تهران، دراک
- ۱۱- صفایی، سید حسین و همکاران (۱۳۸۴) حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،
- ۱۲- صفایی، سید حسین (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری



۱۳- ----- (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، نشر

میزان

۱۴- کاتوزیان امیر ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها جلد پنجم، چاپ دوم، تهران،

سهامی انتشار

۱۵- ----- (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ هشتم، تهران، سهامی انتشار

۱۶- ----- (۱۳۶۹)، قواعد عمومی قراردادها - جلد پنجم، تهران، چاپ بهنشر

۱۷- ----- (۱۳۷۴)، الزامهای خارج از قرارداد و ضمان قهری، چاپ اول،

تهران، دانشگاه تهران

۱۸- کلانتریان، مرتضی (۱۳۷۴)، بررسی نظام های حقوقی داوری در جهان، چاپ اول،

تهران، دفتر خدمات حقوقی

۱۹- میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۸۲)، فسخ جریبی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی

کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران، مجله دفتر خدمات حقوقی شماره ۲۹، صفحات ۲۸۵ تا ۳۳۰

۲۰- نهرینی، فریدون (۱۳۸۳)، ماهیت و آثار فسخ در حقوق ایران، تهران، انتشارات گنج دانش

21. Benjamiws (1997), Sale of goods, London, Fifthin edition, sweet and Max well .

22. Chengwei, Lium (2005), article: Effects of Avoidance perspectives form the cisp, UNIDROIT, pace law school inslitue of international, law.

23. Cheshrie and Fifootfurmstons (1998), law of contract, London- thirteen edition- Butter worth.

24. Honnold, john (1999), uniform law for international sales under the united Notion convention, 3rd- edition .

25. Ingeboryschwenzer and Christina fountoulakis(2007), international, sales, law, London, Routledye.

26. Kritzer, Albert (1998), Guide to practical applications, of the united Nation convention on contracts for the international, sale of goods.

27. Paul todd (2003), cases and Materials on international law, London, sweet and Max well.

28. Schlechtriem, peter (1998), Commentary on the un convention on the international sale of Goods, second edition-cluredon press. Oxford.
29. Tallon in Bianca- Bonell (1998), commentary on the international sale law, Giuffer Milan.
30. Treitel (1995), the law of, contract. Nintn edition, London, Sweet and Maxwell.
31. TonathanYovel (2005), Buyer's right to avoid the contrat. Available at: <http://ssrn.com/abstract>.
32. <http://www.cisg.pace.edu>
33. <http://www.unilex.info/case.cefm>

## بررسی تطبیقی جایگاه توبه در حقوق جزای موضوعه و فقه امامیه در سقوط مجازات های حدی

محسن خان محمدی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۰

### چکیده

توبه یکی از جهات سقوط مجازات های عمومی است و قانونگذار با تأسی از فقه امامیه مقررات مربوط به توبه را وارد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نموده است. لذا اگر مجرم قبل از صدور حکم قطعی توبه نماید در حال حاضر در مورد حدود به جز حدِ قذف، توبه با حصول شرایط مقرر، منجر به سقوط مجازات خواهد گردید. اما در سایر حدود (به جز محاربه) در صورتیکه متهم قبل از اثبات جرم توبه نماید با جمع سایر شرایط، مُسقطِ حد است و در محاربه این مرحله، بایستی قبل از دستگیری یا تسلط بر او باشد. همچنین طبق قسمت دوم ماده ۱۱۴ قانون مذکور اگر کلیه حدود به غیر از قذف، با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست کند. این مقاله از نوع نظری می باشد و از روش تحلیلی، توصیفی و مقایسه قوانین با فقه امامیه استفاده شده است.

**کلید واژه ها:** سقوط دعوی عمومی، فقه امامیه، توبه، ندامت، اصلاح.

## مقدمه

امنیت و آرامش، رسیدن به قله‌های رفیع اخلاقی، ساختن شخصیت والای انسانی، متصل شدن به منبع فیض و رسیدن به سعادت، همه از مواردی هستند که برای آدمی جز با ترک گناه میسر نمی‌شود. انسان گنهکار تا زمانی که لباس گناه بر تن دارد و در دایره معصیت و غضب الهی قرار دارد از درک فیوضات و اخذ امور معنوی محروم است، لذا کسب حسنات در هستی جز با ترک گناه و معصیت ممکن نیست.

لذا حضرت حق تعالی از باب رحمت به آدمی، پلی را برای معصیت کاران جهت جبران مافات ایجاد نموده است که توبه نام دارد و از طریق آن انسان گنهکار آلودگی‌هایی که توسط ارتکاب معاصی ایجاد شده را از لوح وجود خویش پاک می‌نماید. موضوع جالب در مورد تواین این است خداوند متعال آنچنان از باب رحمت با آنان برخورد می‌کند که علاوه بر زدودن تمام آلودگی‌ها از صفحه نفسشان، آنان را به درجات بالای معنوی می‌رساند.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت که توبه یک نهاد مهم، ضروری و حیاتی است که امت اسلامی در هر عصری نیازمند آن است، عنوانی شناخته شده و مشترک میان علوم کلام، اخلاق، عرفان، فقه و حقوق اسلامی است که هر کدام از این علوم از یک جهت به آن نگریسته‌اند. در کتابهای فقهی به وجوب توبه اشاره شده و امروزه نیز به عنوان یکی از عوامل تخفیف یا سقوط مجازات مطرح است. تاکید فراوان قرآن و تشویق گناهکاران به آن، نشان از اهمیت توبه دارد. با توجه به این جایگاه رفیع توبه در اسلام و با عنایت به اینکه هدف اصلی از نظام کیفری اصلاح و بازپروری فرد مجرم است و اصولاً در هر مرحله و فرایند رسیدگی که ثابت شود، متهم یا محکوم اصلاح گردیده است اجرای مجازات یا ادامه رسیدگی امر عبثی خواهد بود، لذا به نظر نگارنده توبه می‌تواند نقش مهمی در کیفیت صدور و اجرای احکام جزایی داشته باشد.

از این رو در فقه و قانون مجازات اسلامی برای توبه جایگاه والایی در نظر گرفته شده است آن هم به این دلیل که هدف اصلی از اجرای مجازات از دیدگاه فقها و حقوقدانان اسلامی متنبه شدن مجرم و باز اجتماعی شدن اوست لذا در این مقاله سعی شده اثر توبه در میزان مجازات‌های انواع

جرائم حدی در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بررسی تطبیقی شود و نظر مشهور فقه امامیه را با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقایسه نماییم.

## الف- مفهوم شناسی توبه

ضرورت از طرح این مبحث پرداختن به مفهوم لغوی و اصطلاحی توبه و توبه کنندگان می باشد. به دلیل اینکه از توبه تعاریف زیادی شده است سعی شده تعریف لغوی و اصطلاحی مناسبی از آن بیان شود و انواع و اقسام توبه بیان گردد.

### ۱- معنای لغوی و اصطلاحی توبه

توبه از ریشه «ت و ب» در لغت به معنای بازگشت یا بازگشت از گناه است. صاحب مقائیس اللغه می نویسد: «توب، التاء والواو والباء كلمة واحدة تدلّ الى رجوع، يقال تاب من ذنبه، ای رجع عنه، يتوب الى الله توبةً و متاباً». راغب اصفهانی قید معصیت را نیز در تعریف توبه اضافه کرده و رجوع از معصیت را توبه دانسته است (پورعسکری، ۱۳۸۸، صص ۲-۳). توبه همانند بسیاری از لغات دیگر عربی، علاوه بر معنای لغوی یک معنای اصطلاحی دارد. علمای اخلاق علاوه بر معنای لغوی، به بیان معنای اصطلاحی این واژه نیز پرداخته اند، چرا که در بحث توبه و توبه پذیری خداوند، بیشتر معنای اصطلاحی مراد است نه معنای لغوی آن. ناگفته نماند که بین معنای لغوی و معنای اصطلاحی باید یک رابطه بسیار ظریف و شفافی وجود داشته باشد و بین معنای لغوی و اصطلاحی توبه، این رابطه کاملاً مشهود است. توبه عبارت است از یک نوع انقلاب درونی، نوعی قیام، نوعی انقلاب از ناحیه خود انسان علیه خود انسان. از این جهت، از مختصات انسان است.

به نظر نگارنده، با تأمل در آیات و روایات و نظر بزرگان دین و عرفان که در باب توبه وارد شده است استنباط می شود که توبه، عبارت از یک ندامت و پشیمانی است که اعتراف و اعتذار را در پی دارد و مانع از بازگشت به اعمال مجرمانه و گناه می شود لذا سه عنصر ندامت و پشیمانی، اعتذار و عدم عود بر گناهان در مفهوم توبه نهفته است.

## ب- مبانی فقهی توبه

ضرورت از طرح این مبحث شناخت مبانی توبه می باشد تا به وسیله آن اساس و مستندات توبه شناخته شود. و چون مبانی و مستندات توبه در فقه می باشد، فلذا نگارنده با توجه به فقه امامیه چهار مورد از مبانی فقهی توبه، شامل آیات، روایات، اجماع و عقل را مطرح کرده و هر کدام را به طور دقیق توضیح داده است. در این زمینه آیات و روایات معصومین مورد بررسی قرار گرفته است و همینطور اجماع فقها و دلایل عقلی و وجوب توبه و ارکان و اهمیت توبه بررسی شده است.

### ۱- مستندات فقهی توبه

#### اول- آیات:

یکی از مهمترین مستندات فقهی توبه آیات مبارکه قرآن کریم می باشد، لذا کلام خداوند متعال در این قسمت، در مورد توبه بررسی شده است. همانطور که مشاهده می شود خداوند متعال در آیات متعددی بندگان خود را به توبه و بازگشت از گناه و معصیت دعوت می کند و بسیار توبه کنندگان را دوست دارد، در ذیل موارد توبه در قرآن کریم آورده شده است.

۱- سوره مانده/۳۳ و ۳۴: « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ »

۲- سوره نساء/۱۶ و ۱۷: « الَّذِينَ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا. إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا »

۳- سوره نور/۳۱: « وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ »

۴- سوره نور/۴ و ۵: « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ »

## دوم- روایات:

در کلام معصومان علیهما السلام نیز از توبه و اثر آن در سقوط مجازات، بسیار صحبت به میان آمده است که به برخی از آنان اشاره می‌کنیم:

۱- روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) است که ایشان فرمودند: سارق زمانیکه توبه کرد و مال مسروقه را به صاحبش رد کرد، پس دستش بریده نمی‌شود (حر عاملی، ۱۳۷۰، ج ۱۸ / ص ۵۳۰).

۲- روایت جمیل از امام باقر یا صادق (علیهما السلام) در مورد مردی که سرقت کرده یا شراب نوشیده و یا زنا کرده است. از حضرت سوال شد که اگر کسی بر او آگاهی نیابد و او دستگیر هم نشود تا اینکه توبه کند و اصلاح شود، پس امام فرمودند، زمانیکه اصلاح شد، حد بر او جاری نمی‌شود (حر عاملی، ۱۳۷۰، ج ۱۸ / ص ۳۲۸).

همانطور که ملاحظه می‌شود روایات به مساله توبه اشاره کرده و آن را مورد توجه قرار داده‌اند. بنابراین می‌توان یکی از مستندات توبه را روایات دانست.

## سوم- اجماع:

اکثر فقهاء بر مساله توبه ادعای اجماع کرده و آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در اصل وجوب توبه مخالفتی در میان فقهاء دیده نمی‌شود لکن اختلاف در وجوب توبه تنها بر سر این است که آیا وجوب آن ارشادی است یا مولوی. به این معنی که در صورت ارشادی بودن وجوب توبه ارشاد به حکم عقل است و در صورت مولوی بودن ناظر بر ثواب و عقاب است.

## چهارم- عقل:

صاحب کتاب قواعد فقهیه (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ج ۷ / ص ۳۳۴-۳۳۸) چهار دلیل را از زمره دلایل عقلی بر توبه دانسته که به ذکر آنان می‌پردازیم:

۱- حکم عقل به لزوم درک مصالح ملزمه و عدم جواز فوت آن: حق در نزد ما امامیه این است که احکام تابع مصالح و مفاسدی است که ما آن را ملاکات احکام می‌نامیم، پس شخص عاصی، یا واجبی را ترک می‌کند که در این صورت مصلحت از او فوت می‌شود یا حرامی را مرتکب

می‌گردد که در مفسده می‌افتد و توبه یعنی رجوع به اطاعت مولی و ترک مخالفت از اوامر، بازگشت توبه، به عدم ترک واجب است، پس از او مصلحت ملزمه فوت نمی‌شود و بازگشت توبه به ترک حرام بر می‌گردد پس در مفسده نمی‌افتد، و هر دوی این‌ها (عدم فوت مصلحت ملزمه و عدم وقوع در مفسده) از آن مواردی است که عقل به لزوم این دو حکم می‌کند، پس نتیجه آن که توبه به حکم عقل لازم است.

۲- حکم عقل به لزوم کمال و ترقی در مراتب حقیقه: علاج و دواء امراض نفس بهتر و سودمندتر و مفیدتر از توبه نیست زیرا توبه قلب را از رذایل تطهیر می‌کند و سلامت‌ش را حفظ می‌کند و بواسطه توبه، انسان از حیوانیت خارج شده و چه بسا برای او مرتبه‌ای والا از ولایت تکوینی حاصل می‌شود به گونه‌ای که بعضی از علما به این مرتبه دست یافتند.

### پ- آثار توبه قبل و بعد از صدور حکم قطعی در انواع حدود

ضرورت از طرح این مبحث بررسی شرایط تحقق توبه در جرایم مختلف حدی است. شرایط تحقق توبه در هر جرمی با جرم دیگر متفاوت می‌باشد بنابراین باید به طور دقیق بررسی شود تا شروط تحقق توبه در هر یک از جرایم حدی درک گردد لذا در ادامه این بحث تاثیر توبه را در انواع حدود بررسی خواهیم کرد و اثر آن را در تمامی حدود طبق قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و با تطبیق فقه امامیه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

#### ۱- توبه در آموزه‌های فقهی

در مورد تاثیر توبه در جرایم منافی عفت باید گفت که در قرآن مجید در چند آیه واژه «زنا» یا کلمه‌ای از این ریشه آمده است: فرقان: ۶۸؛ ممتحنه: ۱۲؛ اسراء: ۲۳؛ نور: ۳-۲. طبق نظر شهید ثانی در لمعه «الزنا هو ایلاجُ البالغِ العاقلِ فی فرجِ امرأه، بل مطلقِ الأنثی قُبلاً أو دُبراً محرّمه علیه من غیر عقدِ نکاحِ بینهما و لا شُبّهه موجبهِ لاعتقادِ الحِلِّ قدرَ الحَشَفَه عالمّاً بالتحريم مختاراً فی الفعل» (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۳۰). مشهور فقیهان امامیه معتقدند، اگر زانی یا زاینه قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می‌شود، چه حد رجمی باشد و چه حد جلدی باشد. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی‌شود. روایاتی بر این معنا دلالت می‌نمایند «کیس للامام آن یعفو بعد



قیامِ البینه» اگر زنا با اقرار ثابت شده باشد و بعد از اقرار زانی یا زانیه توبه نماید، در این صورت قاضی مخیر است که حد را اجرا نماید یا تقاضای عفو او را از ولی امر مسلمین نماید. این دیدگاه در موادی از قانون مجازات اسلامی ظهور پیدا کرده است.

نظر شهید ثانی در لمعه در مورد لواط این است که « من أقرَّ یا یقاب ذکْر فی دُبْرِهِ و لو مقدارَ الحَشْفَةِ مختاراً غیر مُکْرَوهٍ علی الإقرارِ أربعَ مراتٍ أو شَهِدَ علیه أربعهُ رجالٍ عُدولٍ بالمعاینهِ للفعلِ و کان الفاعلُ المقرُّ أو المشهودُ علیه بالغاً عاقلاً قُتِلَ محصناً کان أو لا » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۳۸). مشهور فقیهان امامیه معتقدند، که فاعل یا مفعول لواط اگر قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می شود. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی شود.

طبق نظر فقها، یکی از انواع لواط حالتی است که دخول در غیر دبر صورت می گیرد که به آن تفخیز می گویند و مجازات فاعل و مفعول صد تازیانه است. مشهور فقیهان امامیه معتقدند، که فاعل یا مفعول تفخیز اگر قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می شود. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی شود.

در تعریف «سحق» آمده: « الذی هو وطء المرأة مثلها »، یعنی وطی زن با زن دیگر. مشهور فقیهان امامیه معتقدند، اگر طرفین مساحقه قبل از قیام بینه توبه نمایند حد از آنها ساقط می شود اما اگر بعد از قیام بینه توبه نمایند، حد از آنها ساقط نمی شود.

قیادت یا قوادی نیز عبارت است از جمع و مرتبط کردن دو نفر یا بیشتر برای زنا یا لواط. نظر شهید ثانی در لمعه در مورد قیادت این است که « القيادةُ الجمعُ بینَ فاعلی الفاحشه من الزنا و اللواط و السَّحْقُ. و تثبت بالإقرار مرتین من الکامل المختار أو بشهادة شهادین ذکْرین عدلین » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۴۱). قدر متیقن از کلام فقهاء این است که توبه قبل از قیام بینه، مجازات را ساقط می کند. مشهور فقهاء در مورد توبه بعد از قیام بینه قائل به عدم سقوط حد می باشند.

قذف در لغت به معنی پرتاب کردن است. در زبان عربی می گویند: قذف الحجر او بالحجر (یعنی سنگ را پرتاب کرد)، قذف المحصنه یعنی زن عقیفه و یا زن شوهردار را به زنا وصف نمودن. قذف معادل «رمی» یعنی نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری است با استفاده از الفاظی که

صراحت در این معانی دارد، البته در صورتی که گوینده عالم به معنای آن الفاظ باشد. به این جرم در قرآن کریم در آیات ۴ و ۵ سوره مبارکه نور اشاره شده است و همچنین آیات ۶ تا ۱۰ همان سوره در مورد شرایط قذف و رهایی از آن دستوراتی دارد.

لذا با توجه به آیات فوق چنانچه شخص قاذف، دیگری را به نسبت‌های مذکور قذف کند و نتواند برای گفته خود بینه اقامه کند، محکوم به هشتاد تازیانه خواهد شد. فقیهان اتفاق کرده اند که توبه در جرم قذف مجازات را ساقط نمی کند و نیز اتفاق دارند که شهادت قاذف تا زمانی که توبه نکند مسموع نیست، زیرا وی مرتکب معصیتی شده که شرط عدالت را زایل نموده و به نظر می رسد توبه قاذف منوط به تحصیل رضایت مقذوف می باشد و باید از وی اعتذار جوید و در نزد کسانی که او را قذف کرده است، سخنان خود را تکذیب نموده و از وی ذکر خیر کند و نیز اعاده حیثیت نماید.

در مورد تاثیر توبه در جرم سب النبی صلی الله علیه و آله باید گفت که سب النبی، دشنام دادن و توهین به ساحت مقدس حضرت رسول اکرم (صلی الله علیه آله و سلم) است. شایان ذکر است که لفظ «نبی» در عنوان مذکور، پیامبران دیگر را هم در بر می گیرد، چرا که آنان نیز همانند پیامبر اکرم (صلی الله علیه آله و سلم) از جانب خدا مبعوث شده اند و از جهت وجوب احترام و تقدیس تفاوتی میان آنان و پیامبر اسلام (صلی الله علیه آله و سلم) نیست و سب تمامی آنان مانند سب پیامبر موجب مجازات است. فقهای امامیه حکم سب النبی را قتل می دانند و نیز تأثیری برای توبه سب النبی در سقوط مجازات وی قائل نیستند.

در مورد تاثیر توبه در جرم شرب خمر باید گفت که، طبق نظر شهید ثانی در لمعه شرب خمر عبارت است از: « ما أسکر جنسه ای کان الغالبُ فیهِ الاسکارَ و إن لم یُسکرِ بعضُ الناسِ لادمانه أو قلّه ما تناول منه أو خروج مزاجه عن حدِّ الاعتدال یحرّم تناول القطره منه فیما فوقها، و کذا یحرّم الفُقاع. ولو مُزجا بغیرهما و إن استهلکا بالمزج. و کذا یحرّم العَصیرُ العنْبیُّ إذا غلا بأن صار أسفله أعلاه و اشتدَّ بأن أخذ فی القوام و إن قلَّ، و یتحقّق ذلک بمسَمی العلیان إذا کان بالنار، و لم یذهب ثلثاه به، و لا انقلبَ خلأً » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، صص ۴۴۶-۴۴۵). مشهور فقهاء، توبه شارب خمر بعد

از اقرار را موجب تخیر امام در عفو یا اقامه حد می دانند، به این جهت که در حد زنا اعم از اینکه رجم باشد یا جلد، توبه بعد از اقرار، حاکم را مخیر در عفو یا اقامه حد می گرداند، بنابراین به طریق اولی در مورد شرب خمر که مجازاتش جلد است و قباح آن از زنا کمتر است، امام چنین تخیری را خواهد داشت و همچنین اگر خورنده مسکر پیش از قیام بینه توبه کند حد از او ساقط می شود. در مورد تاثیر توبه در جرم سرقت باید گفت که یکی از حدود در معنای دقیق قرآنی آن، سرقت است. سرقت عبارت است از بردن مال دیگری به طور مخفیانه به قصد تصرف در آن که در کنار جنبه حق الهی، جنبه حق الناسی نیز دارد. از دیدگاه امامیه چنانچه سارق قبل از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط می شود و صاحب جواهر بر این حکم ادعای اجماع می کند، اما توبه پس از شهادت مسقط نیست. همچنین اگر بعد از اقرار توبه کند، قول اول عدم سقوط است و بنابر قول دیگر امام مخیر است که عفو کند و یا حد را استیفا نماید.

در مورد تاثیر توبه در جرم محاربه باید گفت که خداوند متعال در سوره مبارکه مائده می فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ». در قرآن کریم، پس از تبیین محاربه و مجازات محارب، استثنایی ذکر شده است: «...إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ...» و به این وسیله محاربینی را که قبل از تسلط و غلبه بر آن ها توبه کنند از مجازات های مذکور در آیه بری می نماید. تمام مفسران و فقیهان امامیه با استناد به صراحت آیه ۳۴ سوره مائده به این امر اذعان دارند که اگر محارب پیش از تسلط توبه کند، عفو می شود.

عده ای از فقها مثل شهید ثانی در تعریف بغی می گویند: «كُلٌّ مَنْ خَرَجَ عَلَى الْمَعْصُومِ مِنَ الْأُمَّةِ (ع) فَهُوَ بَاغٌ» و آن را شامل خروج بر امام معصوم می دانند و می گویند هر کس بر امام معصوم خروج کند باغی است و جنگ با او واجب است، باید با او جنگید تا به اطاعت امام معصوم برگردد یا همانند کفار کشته شود و دسته ای دیگر از فقهاء در تعریف بغی می گویند: «كُلٌّ مَنْ خَرَجَ عَلَى إِمَامٍ مَنْصُوقٍ عَلَى إِمَامَتِهِ وَجِبَ قِتَالُهُ» و آن را خروج بر امام عادل می دانند و می گویند

باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند و دستۀ سومی هم هستند که خروج بر امام را مطلقاً باغی می‌دانند، بدون ذکر صفت عادل، این گروه را بیشتر، فقهای اهل سنت تشکیل می‌دهند.

با توجه به آیات قرآن و سیره امیرالمومنین (ع) و همچنین روایات ائمه علیهم السلام باید گفت که توبه در مرحله قبل از اثبات قابل پذیرش است و خداوند متعال در آیه ۹ سوره الحجرات می‌فرماید: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ مَا صُلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». مفسران در تفسیر « فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا » می‌گویند: « پس اصلاح کنید میان ایشان به نصیحت ، یعنی این هر دو دسته را به حکم خدا دعوت کنید و میان آنان اصلاح نمایید ». با توجه به این تفاسیر می‌توان گفت که توبه یکی از مصادیق صلح است که در این مرحله باید مورد توجه قرار گیرد.

در مورد تاثیر توبه در گناه ارتداد باید گفت که ارتداد همان طوری که در لغت آمده عبارت است از رجوع و برگشت. فلذا شهید اول در کتاب لمعه در تعریف ارتداد می‌فرماید: «الارتدادُ هو الكفرُ بعد الإسلام». مرحوم شهید ثانی در توضیح این عبارت می‌فرماید: «والكفرُ يكون بنيةً و بقولٍ كفرٍ و فعلٍ مكفرٍ فالاولُ العزم على الكفر و الثاني كنفى الصانع لفظاً و أو الرسل و تحليلٍ محرماً». مشهور فقها ارتداد را جزء مجازات های متفرقه آورده اند و برخی دیگر از فقهاء ارتداد را یک جرم حدی می‌دانند که مجازات آن قتل است.

طبق نظر معظم فقهای امامیه معتقدند، مرتد بر دو نوع است:

۱- مرتد ملی: کسی که از ابتدا کافر بوده، یعنی انعقاد نطفه اش در حال کفر والدین صورت گرفته و بعد از رسیدن به بلوغ، دین اسلام را برگزیند اما دوباره از تدین به کفر برگردد، مشمول این عنوان می‌شود. مرتد ملی توبه داده می‌شود، اگر توبه کرد مجازات وی ساقط می‌گردد و در غیر این صورت کشته می‌شود. اموال چنین فردی از مالکیت او خارج نمی‌شود مگر آنکه بمیرد. همسرش نیز از هنگام ارتداد وی عده طلاق نگه می‌دارد. اگر بعد از پایان مدت زمان عده، بر کفر خویش باقی بود همسرش از او جدا می‌شود اما در صورت توبه و بازگشت به اسلام، حرمت نکاح او از بین نمی‌رود.

۲- مرتد فطری: کسی که بر فطرت اسلام متولد شده باشد یعنی نطفه او در هنگام مسلمان بودن ابوبن او و یا یکی از آنان بسته شده باشد و او نیز بعد از بلوغ، دین اسلام را برگزیند اما بعد از آن کافر گردد و از دین اسلام خارج گردد چنین فردی مرتد فطری است. اکثر فقهای که مرتد را شامل ملی و فطری می دانند، در خصوص کیفر و مجازات وی معتقدند که توبه مرتد فطری به هیچ وجه پذیرفته نمی شود و مجازات او یعنی قتل، حتمی است. همسرش نیز باید از او جدا شده و عده وفات نگه دارد. دارایی او که در زمان ارتداد مالک آن بوده است پس از ادای دیونی که سابق بر ارتداد بر ذمه اش بوده به ورثه او یعنی خویشاوندان مسلمانش منتقل می گردد، و اگر اقوام مسلمان نداشته باشد، امام وارث او محسوب می گردد و کافر مطلقاً از او ارث نمی برد.

در مورد ارتداد زن، تفاوتی میان مرتد فطری و ملی نیست به این معنا که گرچه زن مرتد فطری باشد، ولی کشته نمی شود بلکه توبه داده می شود. اگر توبه نکرد به حبس ابد با اعمال شاقه محکوم می شود هنگام هر نماز چند تازیانه به او می زنند، خشتترین لباسها را که معمولاً برای پوشش استفاده می شود بر او می پوشانند و بدترین و نامطلوبترین خوراک را به او می دهند تا توبه کند یا بمیرد. پس اگر توبه کرد، مجازات او برداشته می شود و رها می گردد، در غیر این صورت در حبس باقی می ماند.

## ۲- توبه در گفتمان حقوقی

قانونگذار با تاسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم زنا را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم زنا با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در ضمن طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه در زنا به عفو، اکراه و اغفال اگر قبل از اثبات باشد حد ساقط می شود و مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می شود و توبه در زنا به عفو، اکراه و اغفال اگر بعد از

اثبات باشد قابل عفو از طریق رهبری می‌باشد و مانند حالت فوق، مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم لواط را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم لواط با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در ضمن طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه در لواط به عنف، اکراه و اغفال اگر قبل از اثبات باشد حد ساقط می‌شود و مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود و توبه در لواط به عنف، اکراه و اغفال اگر بعد از اثبات باشد قابل عفو از طریق رهبری می‌باشد و مانند حالت فوق، مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود.

قانونگذار در ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جرم تفخیز را این طور تعریف می‌کند: « تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین رانها یا نشیمنگاه انسان مذکر است ». تبصره- « دخول کمتر از ختنه گاه در حکم تفخیز است ». قانونگذار در ماده ۲۳۶ همین قانون مجازات تفخیز را اینطور بیان می‌کند که: « در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محصن و غیر محصن و عنف و غیر عنف نیست ». تبصره- « در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول، مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است ».

در مجموع، قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم تفخیز را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم تفخیز با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم مساحقه را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم

مساحقه با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم قوادی را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم قوادی با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

به همین دلیل ماده ۱۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مقرر می دارد: دیه، قصاص، حد قذف و محاربه با توبه ساقط نمی گردد.

قانونگذار با توجه به قاعده عمومی مندرج در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر خلاف نظر مشهور فقها، توبه مرتکب جرم سبّ النبی را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم سبّ النبی با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه شارب خمر را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم شرب خمر با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانون مجازات اسلامی از نظر مشهور فقهای امامیه الهام گرفته و توبه سارق قبل از اثبات جرم را مسقط حد و در صورت توبه بعد از این مرحله، کیفر را حتمی دانسته و هیچگونه تخییری برای قاضی قائل نگردیده است. در ضمن قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در مورد حبس ابد سارق در مرتبه سوم که یک حبس حدی است و نیز سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، بیان کرده است که «...هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه کند و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بدانند، با عفو ایشان از حبس آزاد می شود. همچنین مقام رهبری می تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل کند». همچنین طبق ماده ۱۱۴ قانون

مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در صورت توبه سارق بعد از اقرار، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار از نظر مشهور فقهای امامیه الهام گرفته و طبق تبصره ۱ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توبه محارب را قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد می‌داند، و نیز طبق نص ماده ۱۱۴ همین قانون اگر جرم محاربه با اقرار ثابت شده باشد و مرتکب پس از اثبات جرم توبه نماید، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. ولی ماده ۱۱۶ همین قانون مقرر می‌دارد: «... محاربه با توبه ساقط نمی‌گردد.»

بدین ترتیب به نظر می‌رسد با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه باید قائل به اعمال ماده ۱۱۴ در زمینه توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر وی باشیم، و بدین گونه تحلیل کنیم که اطلاق ماده ۱۱۶ مبنی بر عدم پذیرش توبه محارب، به وسیله نص تبصره ماده ۱۱۴ تخصیص خورده است.

نکته پایانی در خصوص توبه محارب مربوط به ماده ۱۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ است که در مورد نظامیان مقرر می‌دارد: «هریک از اشخاص مذکور در ماده (۱۷) قبل از کشف توطئه و دستگیری، توبه نماید و خود را به ماموران معرفی کند و اطلاعاتش را در اختیار بگذارد به نحوی که توبه وی در دادگاه محرز شود حد محاربه از او ساقط شده و چنانچه اقدام مرتکب موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری وی یا دیگران گردد، به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد و در صورتی که مرتکب جرم دیگری شده باشد به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌شود». همانطور که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این قانون بر خلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای محارب در صورتی که توبه کند ولی اقدام او موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری وی یا دیگران گردد، مجازات تعزیری معین کرده است.



قانونگذار در فصل حدود در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بغی را جرم مستقلی در نظر گرفته<sup>۱</sup> و در بخش حدود به آن پرداخته است.

در مورد تاثیر توبه در جرم افساد فی الارض ابتدا باید گفت که، قرار گرفتن افساد فی الارض در کنار محاربه این شبهه را به وجود می آورد که جرمی با عنوان مستقل افساد فی الارض وجود ندارد. افساد فی الارض یکی از جرایمی است که از فقه اسلام و از طریق آیه 33 سوره مائده، وارد حقوق موضوعه ایران گردیده است. قانونگذار ایران نیز با ذکر مصادیقی از جرم افساد فی الارض این جرم را جرم مستقلی از محاربه می داند.

در مجموع، قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم بغی و افساد فی الارض را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم بغی و افساد فی الارض با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. در مورد ارتداد نیز باید گفت که در قانون مجازات اسلامی جرمی تحت عنوان «ارتداد» وجود ندارد.

---

۱. «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران، قیام مسلحانه کنند باغی محسوب و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می گردند».

## نتیجه گیری

با توجه به مطالبی که در این مقاله مطرح شد به نظر می‌رسد که توبه به معنی رجوع و بازگشت به سوی خدای متعال، ندامت و پشیمانی قلبی از گناه انجام گرفته، تصمیم راسخ در ترک آن گناه و جبران مافات است. با توجه به آیات و روایات و نظر فقهای امامیه می‌توان گفت که خداوند بسیار توبه پذیر است و با تائبین از سر لطف و رحمت برخورد می‌کند و گناهکاران را در هر مرحله ای از انجام فعل حرام که باشند به توبه و بازگشت از معصیت دعوت می‌نماید.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه هدف اصلی از اجرای مجازات در شرع مقدس اسلام اصلاح مجرم و درمان او می‌باشد، با انجام توبه توسط مجرم دیگر اجرای مجازات وی امری عبث و به دور از منطق است. چون در این حالت فرد خاطی زمانی که صادقانه توبه می‌کند آنقدر از کرده خود پشیمان است که در واقع قصد دارد دیگر سمت آن جرم نرود و در پی جبران مافات بر می‌آید و در این حالت فرد مجرم تصمیم دارد که زندگی شرافتمندانه‌ای را در پیش بگیرد و مانند دیگر افراد جامعه زندگی نماید. از این رو توبه مجرم در بسیاری از مواقع می‌تواند موجب سقوط مجازات وی گردد.

به نظر می‌رسد با توجه به مطالب این مقاله و طبق ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باید گفت که توبه متهم قبل از اثبات جرم، در همه حدود بجز حد قذف موجب سقوط مجازات وی است البته توبه محارب در صورتی مقبول است و موجب سقوط مجازات می‌گردد که قبل از دستگیری یا تسلط بر محارب باشد.

در ضمن به نظر می‌رسد طبق بخش دوم ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در همه جرایم حدی بجز قذف توبه متهم پس از اثبات جرم، به شرط اینکه جرم با اقرار متهم ثابت شده باشد، می‌تواند موثر باشد چون دادگاه مخیر است (نه ملزم) عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در کل به نظر می‌رسد قانونگذار از دیدگاه فقهای عظیم الشان امامیه دور نشده و تمام سعی خود را کرده تا نظرات آن بزرگواران را در مقررات جزایی پیاده سازی نماید.

## منابع

- ۱- قرآن کریم
- الف- کتب فارسی
- ۲- اردبیلی، محمد علی: حقوق جزای عمومی، چاپ سی و یکم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- ۳- حسنی، علیرضا: توبه در قرآن و سنت تولدی بدون گناه، چاپ اول، انتشارات نشر رایزن، تهران، ۱۳۴۴.
- ۴- خان محمدی، محسن: توبه در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، نشر غنچه، ۱۳۹۷.
- ۵- شیر، عباس: سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، چاپ اول، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۲.
- ۶- عاشری، علی: متون فقه جزایی (همراه با مواد قانونی)، چاپ اول، عصر دانش ماد، همدان، ۱۳۹۴.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر: چاپ سی ام، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۹۶.
- ۸- محدثی، جواد: چاپ یازدهم، توبه بازگشت به فطرت، انتشارات بنیاد پژوهشهای اسلامی، مشهد، ۱۳۸۳.
- ۹- نوربها، رضا: چاپ ششم، زمینه حقوق جزای عمومی، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۶۹.
- ب- کتب عربی
- ۱۰- نجفی، محمدحسن: چاپ هجدهم، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ۱۱- شهید ثانی، زین الدین بن علی الجعفی العاملی: چاپ پنجم، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، مرکز النشرمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۰.
- ۱۲- الموسوی الخمنی، روح الله: چاپ اول، تحریرالوسیله، انتشارات دارالعلم، قم، ۱۳۷۰.

۱۳- محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید: شرایع الاسلام، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ق.

پ- مقالات

۱۴- (پورعسکری، اسلام): جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام، فصلنامه رواق اندیشه، شماره سی و نهم، ۱۳۸۸.

۱۵- (زرگوش نسب، عبد الجبار- غیبی، سیده معصومه): بررسی فقهی جرم سیاسی بغی و نقش توبه در تخفیف مجازات آن، مجله معرفت سیاسی، شماره اول، ۱۳۹۱.

۱۶- (طاهری، حبیب الله): نقش توبه در اسقاط حدود، مجله پژوهش های فقهی، شماره دوم،