

ملاک تأثیر اکراه در عقود و قراردادهای، چالشی جدی در ماده ۲۰۲ ق.م.

پژوهشی تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق کشورهای اروپائی، و اصول

قراردادهای تجاری بین المللی «Unidroit»

چکیده

اراده و اختیار نقشی جدی در حوزه مسئولیت ایفا می‌کند و تحت تأثیر اکراه با اختلال مواجه می‌شود. اختلال اراده با نقض قصد و اختیار، و یا انتفای رضایت اتفاق می‌افتد. این عامل می‌تواند در حقوق خصوصی، قراردادهای و احکام وضعی یا در ساحت حقوق جزا، جرائم و محرمات شرعی شکل بگیرد. ماده ۲۰۲ ق.م. اکراه را بسان حقوق کیفری منظور داشته و عنصر عدم تاب آوری را در تحقق و تأثیر آن شرط دانسته است. در حالی که در حقوق قراردادهای و احکام وضعی آنچه حقیقت اکراه را شکل داده و سبب تأثیر آن می‌شود همان عامل فشار و تهدید و تحمیل در حدی است که رکن رضایت را مخدوش و اراده را از این جهت مختل سازد و هیچ ضرورت و نیازی دیده نمی‌شود که عنصر عدم تاب آوری را شرط تحقق اکراه معرفی کنیم و از این جهت رویکرد قانون مدنی با چالش جدی روبه روست. این پژوهش با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق کشورهای اروپائی، و اصول قراردادهای تجاری بین المللی، با شیوه تحلیلی-توصیفی نظریه تمایز اکراه در حوزه حقوق قراردادهای از حوزه جزائی را بنیان نهاده و ملاک اکراه را در حقوق قراردادهای بر صرف نقض رضایت دانسته و لحاظ عنصر «عدم تاب آوری» را در تحقق آن ضروری نمی‌داند و ماده ۲۰۲ قانون مدنی را گرفتار نوعی خلط حوزه حقوق کیفری با حوزه حقوق خصوصی و عرصه قراردادهای دانسته است. بنابراین، از منظر حقوق خصوصی و حقوق قراردادهای، طرفی که از سوی دیگری مورد آسیب و فشار عاطفی و روانی است به نوعی قربانی «اکراه و اجبار» شده و فاقد رضایت بوده و قرارداد شکل گرفته توسط وی کامل و نافذ نیست. اما در حقوق جزا و محرمات شرعی، برای تحقق اکراه و تأثیرش در رفع مسئولیت کیفری، عنصر «عدم امکان تاب آوری و مقاومت» در برابر جرم و حرام امری ضروری است و صرف عدم رضایت و ناخوشایندی برای رفع مسئولیت کیفری و پرهیز از ارتکاب حرام شرعی کافی نیست.

کلیدواژه‌ها: اکراه، اراده، اختیار، قصد، رضایت، تاب آوری، قرارداد.

The criterion of the effect of Duress In contracts, a serious challenge in Article 202 of the Civil Code.

A comparative study in Imami jurisprudence, Iranian law, the law of European countries, and the principles of international commercial contracts «Unidroit»

Abstract

Will and discretion play a serious role in the field of responsibility and are disrupted under the influence of duress. Disruption of will occurs with the violation of intention and discretion, or the loss of consent. This factor can be formed in private law, contracts and status provisions or in the field of criminal law, crimes and religious prohibitions. Article 202 of the Civil Code considers duress as criminal law and considers the element of intransigence as a condition for its realization and effect. While in the law of contracts and status provisions, what forms the reality of duress and causes its effect is the same factor of pressure, threat and imposition to the extent that it distorts the element of consent and disrupts the will in this regard, and there is no necessity or need to introduce the element of intransigence as a condition for the realization of duress, and therefore the approach of civil law faces a serious challenge.

This research, through a comparative study of Imami jurisprudence, Iranian law, the law of European countries, and the principles of international commercial contracts, has established the theory of distinguishing duress in the field of contract law from the criminal field in an analytical-descriptive manner, and considers the criterion of duress in contract law to be the mere violation of consent, and does not consider the consideration of the element of "lack of resilience" to be necessary in its realization, and has considered Article 202 of the Civil Code to be caught in a kind of confusion of the field of criminal law with the field of private law and the field of contracts.

Therefore, from the perspective of private law and contract law, the party who is emotionally abused is in a way a victim of "duress and coercion" and lacks consent, and the contract formed by him is not complete and enforceable. However, in criminal law and religious prohibitions, for the realization of duress and its effect on the removal of criminal liability, the element of "lack of resilience and resistance" against crime and forbidden things is necessary, and mere lack of consent and unpleasantness is not sufficient to remove criminal liability and avoid committing religious forbidden things.

Keywords: will, choice, intention, consent resilience, Duress, contract.

مقدمه

ماده ۱۹۰ ق.م. عنصر قصد و رضا را از شروط اساسی صحت در مطلق معاملات دانسته است. ماده ۲۰۳ نیز عامل اکراه را موجب عدم نفوذ معامله معرفی کرده است. بنابراین دو عنصر قصد و رضا در برابر عامل اکراه، سه عاملی هستند که از نظر حقوقی وضعیت عقد را از جهت صحت، و نفوذ، و یا عدم صحت و نفوذ مشخص می‌کند. در ضرورت قصد برای تشکیل عقد و صحت آن در بین فقهای امامیه هیچ مخالفی به چشم نمی‌خورد (خوئی، ۱۳۷۱، ۳: ۲۷۵). علامه حلی در این خصوص در بحث از بیع تلجئه مدعی اجماع شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ۱۰: ۱۳). درباره رضا نیز شیخ طوسی در تعریف بیع قید «تراضی» را لازم دانسته است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۲: ۷۶). در همین راستا علامه حلی با توجه به ضرورت اختیار در بیع به مسأله اکراه پرداخته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ۱۰: ۱۳). شیخ انصاری نیز به تفصیل درباره بیع اکراهی به کنکاش پرداخته است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ۳: ۳۰۷). البته مسأله اکراه، در فقه جزائی نیز مورد توجه قرار گرفته است. مثلاً اکراه بر قتل، زنا یا لواط.

تردید نیست که اکراه سبب اختلال در اراده است. اما اگر در تفسیر اراده، افزون بر مبادی شوق و اشتیاق و انگیزه و تشخیص منافع و مضار، به دو عنصر کلیدی قصد و رضایت توجه داشته باشیم و از تمایز بین این دو، بر خلاف آنچه در حقوق فرانسه اتفاق افتاده، غفلت نکنیم (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۰، ش ۱۳)، سوال مهمی که مطرح می‌شود این است که عامل اکراه کدام یک از این دو عنصر را منتفی می‌کند؟! پاسخ به این سوال معیاری برای صحت سنجی ماده ۲۰۲ ق.م. است.

بیان مسأله

اکثر فقهای امامیه و پیرو آنها اکثر حقوقدانان اختلال حاصل از اکراه را در عنصر رضایت دیده و آن را از عیوب رضا دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰۲)، تنها در برخی کلمات شهید اول و شهید ثانی اکراه در برابر رضایت نیامده، بلکه در مقابل قصد قرار گرفته، و ظاهراً این عامل را موجب زوال قصد دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷ ق، ۳: ۱۹۲ / شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۳: ۱۵۶ و ۱۴۱۰ ق، ۳: ۲۲۶ و ۲۲۷). لذا برخی اساتید حقوق با اشاره به همین اختلاف نظر (جعفری، ۱۳۸۸، ۱: ۹۳) بیع اکراهی را به دلیل فقدان قصد نتیجه، بیع قلمداد نکرده است (جعفری، ۱۳۸۸، ۱: ۳۵۷). در حقوق ایران مانند حقوق فرانسه، اشتباه از عیوب اراده است که گاه قصد را مخدوش می‌کند و گاه رضا را معیوب می‌سازد (ریاحی، ۱۴۰۲: ۱۶۹). قانون مدنی ایران در مسیر مشهور فقهی حرکت کرده و در ماده ۲۰۳ ق.م. عقد اکراهی را غیر نافذ دانسته است، و این معنا حکایت‌گر آن است که اکراه در عقد را سبب زوال رضایت برشمرده، نه انتفای قصد، چرا که در صورت فقدان قصد، عمل حقوقی اساساً صورت نپذیرفته تا در نفوذ و عدم نفوذش بتوان سخن گفت. روشن است که این رویکرد، بر تحلیل اراده به دو عنصر مستقل قصد و رضا مبتنی است، ولی بسیاری اراده را امری بسیط و غیر قابل تجزیه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۲۱۳ تا ۲۱۸، ش ۱۲۵). راه برون رفت از این اختلاف در اکراه آن است که گفته شود آنچه در عقد اکراهی غیر نافذ مورد نظر فقها و حقوقدانان است در خصوص اکراهی است که نسبت به قصد هیچ تعرضی ندارد و شخص مورد اکراه همچنان واجد ویژگی قصد است، و الا با وجود اکراهی که نابودگر قصد است عقد حتماً باطل خواهد بود، نه غیر نافذ و با رضایت بعدی نیز قابل تنفیذ نیست (شهید اول، ۱۴۱۷ ق، ۳: ۱۹۲)، مثل اکراه

الجائی(محقق ثانی. ۱۴۱۴ق، ۴: ۶۲)، یا همان اکراه مادی که در واقع به سر حد اجبار رسیده و شخص همچون ابزاری کاملاً فاقد اراده و بدون هرگونه قصد و توان مخالفتی در اختیار شخص اکراه کننده، مجبور به انجام خواسته‌های اوست. لذا شیخ انصاری با توجه به این نکته کلیدی تصریح کرده اختیاری از شروط متعاقدين است که در برابر کراهت و عدم طیب نفس قرار دارد، نه در برابر جبر، (و الجاء)(انصاری. ۱۴۱۵ق، ۳: ۳۰۷). بنابراین باید گفت مشهور فقه امامیه و پیرو آن، قانون مدنی ایران عقد اکراهی را عقدی توأم با کراهت، یعنی فاقد رضایت و طیب نفس دانسته، نه فاقد قصد. لذا آن را عقدی غیر نافذ بر شمرده است.

مسأله اکراه در قرآن کریم در آیه ۱۰۶ نحل در حوزه محرّمات و همچنین در حدیث رفع(شیخ حر عاملی. ۱۴۰۹ق، ۸: ۲۴۹، باب ۳۰ از ابواب خلل، ح ۲) وارد شده است. اطلاق حدیث رفع، عامل اکراه را در مطلق احکام وضعی و تکلیفی؛ اعم از محرّمات شرعی و معاملات و قراردادهای شامل می‌شود(خوئی. ۱۴۱۲ق، ۲: ۲۶۵ و ۲۶۶)، یعنی حوزه حقوق خصوصی و حقوق جزائی را پوشش می‌دهد.

چالش این پژوهش آن است که ماده ۲۰۲ ق.م. اکراه را در حوزه عقود و قراردادهای بسان حوزه جرائم و محرّمات شرعی، یعنی همتای حقوق جزا تعریف کرده و آن را تهدیدی دانسته که عادتاً قابل تحمل نباشد. مبتنی بر این تعریف، مجرد زوال رضایت بر اثر اکراه کافی نیست، بلکه باید زوال رضایت در ظرف و شرائطی شکل بگیرد که به طور عادی امکان تحمل آن وجود نداشته باشد، و الا اکراه محقق نشده است.

در نظام حقوق قاره‌ای اروپا آشکال گوناگون اکراه^۱ و همچنین اشتباه و فریب به عنوان فاکتورهایی که عنصر قصد را تباه و فاسد می‌سازد شناخته می‌شود(KÖTZ, 2017: 185). حقوق فرانسه اراده را امری تجزیه ناپذیر دانسته(کاتوزیان. ۱۳۸۸، ۱: ۲۱۸، ش ۱۲۶) و بی‌یاد کرد قصد، فقط رضا را یکی از شرائط متعاملین خوانده و موارد فقدان قصد را با توجیهاتی کم و بیش مربوط به عنصر رضا باطل دانسته(شهیدی. ۱۳۹۱، ۳۰: ش ۱۳)، و سرنوشت عقد را در هر حال به عنصر رضایت گره زده است، به گونه‌ای که گاه در برآورد از وضعیت پیرامونی عقد، حکم به فقدان رضایت کرده و سرنوشت عقد را در بررسی چنین وضعیتی نسبت به عنصر رضایت تعیین کرده است. به عنوان نمونه، مراجع قضائی فرانسه در خصوص شرط غیر معقولی که توجیهی عقلانی برای پذیرش آن توسط مشروط علیه وجود نداشته و مشروط له نیز دلیلی قانع کننده برای پذیرش آن توسط مشروط علیه به دادگاه ارائه نکرده است، این وضعیت را کاشف از فقدان رضایت واقعی مشروط علیه به حساب می‌آورد(کریمی، کریمی، ۱۴۰۳، ۱۶۶).

به هر روی، با توجه به اختلال اراده توسط اکراه، سؤال این است آیا باید مثل ماده ۲۰۲ ق.م. عنصر «عدم تاب آوری» را در تحقق اکراه بر عقود و قراردادهای لازم بدانیم یا بین این حوزه و حقوق جزا فرق گذاشته و به طور خاص در قراردادهای عامل اکراه را فقط در زوال رضایت جستجو کنیم نه در ویژگی «عدم تاب آوری»؟

پیشینه تحقیق

افزون بر آنچه در قالب فقه امامیه و آثار نام‌داران حقوقی گذشت، پژوهش‌های دیگری نیز پیرامون عامل اکراه صورت گرفته است. این پژوهش‌ها گاه، اکراه را در قالب قاعده(عبداللهی. ۱۳۸۳: ش ۶۴، ۶۱ تا ۹۰) و گاه در عقود(فرحزادی. ۱۳۷۸: ش ۶۶، ۶۹ تا ۸۴) و یا جرائم حدّی(کلانتری و دیگران. ۱۳۹۸: ۲۴۹ تا ۲۷۸) و همچنین در مقام سوء استفاده(امینی و اصلو. ۱۳۹۹: ش ۳۷،

۳۰۱ تا ۳۲۶) مورد بررسی قرار داده است، اما هیچ یک پیرامون ضروری بودن یا نبودن عنصر تاب آوری در تحقق اکراه در قلمرو قراردادهای پاسخ ن داده و توجهی نکرده است و این مسأله را با رویکرد تطبیقی بین فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی «یونیدروا»، پی ن گرفته است.

نوآوری

این پژوهش با کنکاشی تطبیقی بین نظام فقه امامیه، حقوق ایران، حقوق کشورهای اروپائی و اصول قراردادهای تجاری بین المللی «یونیدروا»، سعی دارد با روش تحلیلی-توصیفی با ابزار مطالعه کتابخانه‌ای، و ارائه نظریه تمایز اکراه حقوقی و به طور خاص اکراه در قلمرو قراردادهای از اکراه جزائی و کیفری، به پرسش‌های مزبور پاسخی جامع ارائه کند و نشان دهد که عنصر «عدم تاب آوری» که ماده ۲۰۲ ق.م. بر آن تکیه کرده، در تحقق اکراه در قراردادهای هیچ نقشی ندارد.

۱. حقیقت اکراه و کارکرد آن

درباره اکراه در فقه امامیه گفته شده که اکراه، وادار کردن دیگری به اتکای تهدیدی مضر بر انجام کاری است که نسبت به آن کراهت دارد (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ۳: ۳۱۱). قانون مدنی اگر چه به تعریف اکراه نپرداخته اما ماده ۲۰۲ ق.م. مبتنی بر چنین تعریفی اکراه را زمانی محقق دانسته که در هر شخص با شعوری مؤثر بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. قسمت اخیر ماده ۲۰۲ ق.م. به صراحت، عدم تاب آوری را رکن تحقق اکراه دانسته است. برخی از اساتید حقوق با توجه به شرایط اکراه و همچنین جمع مواد ۲۰۲ تا ۲۰۸ قانون مدنی، اکراه را به فشار غیر عادی و نامشروعی معنی کرده که به منظور وادار ساختن شخص بر انشای عمل حقوقی وارد می‌شود و آزادی تصمیم گرفتن را از او سلب می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۴۹۵، ش ۲۵۳). عبارت سلب آزادی، می‌تواند اشاره به همان عنصر «عدم تاب آوری» باشد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در مواد ۱۵۱ و ۳۷۵ تا ۳۸۰ بدون هرگونه تعریفی به مقوله اکراه پرداخته است. ماده ۱۵۱ اکراه را به قید غیر قابل تحمل مقید کرده است. پس اکراه موجب قصاص در ماده ۳۷۷، خصوص اکراهی است که قابل تحمل نباشد، نه مطلق اکراه. بنابراین، ویژگی عدم قابلیت تحمل و غیر تاب آوری، ضرورت مذکور در بند الف ماده ۱۵۶ را تأمین می‌کند.

در نظام قاره‌ای، ماده ۲۹ قانون تعهدات سوئیس در بند ۱ از «ترس منطقی و موجه» یاد کرده است. قانون مدنی فرانسه در کد ۱۱۱۱ از عنوان «خشونت» استفاده کرده و ماده ۱۲۶۷ ق.م. اسپانیا عنوان «ارباب» را نیز مورد توجه قرار داده است. قانون گذار آلمانی نیز عنوان رائج «تهدید» را در ماده ۱۲۳ ق.م. ملحوظ داشته است. اما در اصول قراردادهای تجاری بین المللی،^۱ اسمی از اکراه به میان نیامده و فقط در ماده «۳-۲-۶» به مسأله «تهدید»^۲ توجه کرده است. مسأله اکراه، در حقوق اروپا در مرزبندی بین بطلان مطلق و بطلان نسبی در قراردادهای ایفای نقش دارد. در حقوق قاره‌ای اروپا، اکثر نظام‌های حقوق مدنی و یا نظام‌های مبتنی بر قانون مدنی به تمایز بین بطلان مطلق و بطلان نسبی به صورت مستقیم یا غیر مستقیم اشاره دارند و «در همین راستا در حقوق فرانسه و بلژیک بدون توضیح بیشتر در مورد اصطلاح بطلان، به آن اشاره شده است و ماده ۱۱۱۷ ق.م.ف. بیان می‌کند قراردادی که به اشتباه، اکراه یا تقلب منعقد شده از نظر قانون باطل نیست، بلکه فقط منجر به دعوی بطلان یا فسخ می‌شود

1. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016. (UPICC).

2. Threat.

(Jean & others, 2008: 353). ماده ۱۱۳۱ ق.م.ف. نیز مقرر می‌دارد: «تعهد بدون هدف یا مبتنی بر هدف نامشروع نمی‌تواند تأثیری داشته باشد». بر اساس این مفاد، مفسران حقوقی دانشگاهی و همچنین در رویه قضایی پذیرفته‌اند که مشکلات مربوط به رضایت، فسخ به دلیل قدرت چانه زنی نابرابر و یا حتی عدم اهلیت و ناتوانی قانونی در قرارداد، به وضوح بخشی از حمایت از منافع خصوصی است و منجر به بطلان نسبی می‌شود. قراردادهایی که به دلیل موضوع یا مقصود و هدفشان با مصالح عمومی منافات دارند با بطلان مطلق روبه‌رو شده و باطل مطلق محسوب می‌شوند» (Jean & others, 2008: 353). تمایز سنجی بین دو حوزه حقوق خصوصی و به طور خاص حوزه قراردادهای و حقوق جزا، با توجه به مواد یاد شده از سوی قانون گذار اروپائی رمز گشائی نمی‌شود، زیرا عناوین مورد تأکید در این مواد از این جهت روشنگری کافی ندارد، اما با اندک سوگیری هرمنوتیک ادبی در قالب تفسیر لفظی می‌توان به این معنا تن داد که قانون گذار اروپایی تمام توجهش در این مواد بر معیار مطلق ترس و تهدید و خشونت متمرکز بوده و نسبت به عنصر «عدم تاب آوری» در اکراه، موضع صریحی نگرفته است. در این میان، قانون گذار پرتغالی در کد ۲۵۵ ق.م. با به کار بردن عنوان «coacção moral»، اگر به معنای «اجبار اخلاقی» در زبان و ادبیات پرتغالی (KÖTZ, 2017: 185) باشد بیش از سایر قانون گذاران اروپائی ظاهراً به یاد کردی مناسب‌تر از اکراه حقوقی بذل توجه کرده است. این تناسب افزون می‌تواند در رمزگشائی از تمایز بین اکراه در حوزه حقوق قراردادهای و اکراه در حوزه حقوق جزائی بسیار سودمند باشد. زیرا اجبار و فشار اخلاقی در لایه‌های معنائی درونی و همچنین در مصادیق میدانی‌اش ملازمه‌ای با ویژگی «عدم تاب آوری» ندارد. اما اگر این اصطلاح به معنای «اجبار روانی» باشد این تناسب و رمزگشائی شاید از سوی مخالفین پژوهش حاضر مورد تأمل و نقد واقع شود. «حقوق انگلیس اگر چه فاقد اصول کلی‌ای است که در حمایت طرف محروم قرارداد و در رهائی‌اش از چنین قراردادی که در شرایط بحرانی تشکیل شده عمل کند؛ اما در عین حال با اتکا به قواعدی پراکنده، تحت شرایط مختلف، همسان نظام‌های قاره‌ای به حمایت از طرف ضعیف قرارداد می‌پردازد؛ مثل استناد جستن به قاعده «اکراه اقتصادی»^۱. حتی گاهی دادگاه به طرف محروم قرارداد اجازه داده است که به دلیل اطلاعات نادرست و اشتباه ارائه شده با درخواست اعلام بی‌اعتباری قرارداد به چنین قراردادی حمله کند. برخی آرای قرن هیجدهم به طرفی که بر اساس بی‌تجربگی و سردرگمی در قبال مبلغی ناچیز، دارائی با ارزشش را از کف داده بود حق فسخ قرارداد را می‌داد. در بستر حقوقی معاصر نیز می‌توان دلایلی از این دست را برای بی‌اعتبار دانستن یک قرارداد در آرای قضائی مشاهده کرد. مانند پرونده «کرسول علیه پاتر»^۲ که به اعلام بی‌اعتباری قرارداد منتهی شد. در این پرونده یک اپراتور تلفن، در آستانه طلاق به اندازه کافی ساده لوح بود که در ازای قول شوهرش مبنی بر رهایی او از مسئولیت و تعهدات مالی آینده مربوط به رهن و وام مسکن، سهمش را در ملک مسکونی - کشاورزی دارای ساختمان واگذار کند (KÖTZ, 2017: 113). تأسیس قاعده حقوقی «نفوذ ناروا» در حقوق انگلیس زمینه را برای فسخ و بی‌اعتبار سازی قرارداد پس از انعقاد آن فراهم می‌کند که یک طرف قرارداد می‌تواند نشان دهد که اگر چه هیچ اجباری وجود نداشته است، اما قرارداد به دنبال «فشارهای ناروا» یا بر اساس «اطلاعات نادرست» ارائه شده توسط طرف دیگر، منعقد شده است» (KÖTZ, 2017: 114). بنابراین، نظام حقوقی انگلستان «نفوذ ناروا» را به وزن «اکراه» قلمداد کرده و آن را غیر اخلاقی، ناعادلانه^۳ و قابل فسخ دانسته است. مثلاً، در خصوص پرونده زوجه که به بانک نسبت به پوشش بدهی‌های تجاری شوهرش تضمین داده بود، بانک باید نشان دهد که اقدامات قابل پذیرشی را برای حصول اطمینان از این معنا که زوجه آزادانه

1. Economic duress.

2. Cresswell v. Potter, 1978.

3. Unfair, and Immoral Contracts

تصمیم گرفته، انجام داده است. در مقام عمل، به این معناست که بانک باید به زن توضیح دهد که تنها پس از ارائه اظهارنامه کتبی از وکیل که گویای آن است زوجه در غیاب شوهرش از عواقب احتمالی معامله در حال انجام کاملاً مطلع بوده است. چرا که این احتمال وجود داشته که معامله مزبور به دلیل نفوذ ناروای زوج انجام شده باشد، در حالی که احتمال مزبور توسط بانک قابل ابطال بوده؛ به این نحو که بانک باید آنچنان که گذشت نشان می‌داد اقدامات معقولی را انجام داده است تا اطمینان حاصل شود که تصمیم آزادانه توسط زوجه اتخاذ شده است (KÖTZ, 2017: 114). در نظام‌های قاره‌ای، متون بسیاری وجود دارد که بر پیش‌گیری و ممانعت از وقوع چنین تعارض منافی تأکید می‌ورزد. چنانچه مطابق کد ۹۰۷ و ۹۰۹ ق.م.ف. قراردادهای وصیت‌های انجام شده در طول یک بیماری منتهی به مرگ، اگر به نفع پزشک یا کشیشی باشد باطل است. همچنین معاملات که توسط شخص ساکن در یک خانه مسکونی که برای شهروندان سالمند است به نفع پرسنل انجام شود، باطل است (KÖTZ, 2017: 114). با توجه به کارکرد قواعدی نظیر «اکراه اقتصادی» و «نفوذ ناروا» شاید بتوان به این نتیجه رسید که با چنین نگرشی که نسبت به انتفاع از اضطرار و بهره‌جویی از تنگنای طرف مقابل وجود دارد، طبیعی است که نسبت به اکراه در ساحت امور حقوق خصوصی و قراردادهای عنصر «عدم تاب‌آوری» نمی‌تواند رکن ضروری قلمداد گردد.

به هر حال، سؤال دقیق این است که ویژگی «غیر قابل تحمل بودن اکراه» و «عدم تاب‌آوری» در حقیقت اکراه و کارکرد آن در قلمرو قراردادهای آیا نقشی دارد؟ در پاسخ به این سؤال و اصولاً در تحقیقات حقوقی نباید از نقش عرف و فهم عرفی غفلت ورزید، زیرا چه حقوق را اصیل بدانیم و ادامه زندگی بی آن را ناممکن بشماریم و یا روبنای جامعه و وجه رونمای اجتماع بخوانیم (رجبی، ۱۴۰۴، ۱۲۱)، در هر حال نقش عرف در شکل‌گیری و سمت و سو یافتن آن بی تردید انکارناپذیر است.

۲. ملاک تأثیر اکراه در قراردادهای

مبتهی بر ادبیات فقهی در یادکرد از امور حقوقی می‌توان گفت: احکام وضعی در دو قالب کلی شکل می‌گیرد؛ پاره‌ای از احکام وضعی هیچ‌گونه ابتنائی بر اراده و قصد ندارد و به احکام غیر قصدی شناخته می‌شوند. این بخش از احکام در ابوابی مثل طهارات و نجاسات بیشتر به چشم می‌آید. احکام قصدی که وابسته به قصد شخص تحقق می‌پذیرد، لزوماً به معنای احکام تعبدی نیست، بلکه دارای رابطه عموم مطلق با آن است. یعنی هر حکم تعبدی از سنخ احکام قصدی است، اما برخی احکام قصدی از سنخ تعبدیات نیست، مثل عناوین قصدی در باب عقود و قراردادهای.

عناوین و احکام قصدی در عقود و امور حقوقی بی‌تردید در گرو رضایت شخص است. زیرا قصدی که از منشأ رضایت شخص ناشی نگردد اراده کامل را شکل نداده و نشانه آزادی در انجام عمل حقوقی و متناسب با اصل آزادی قراردادهای نیست. بی‌شک در تشکیل کامل و نافذ هر عقدی حتماً رضایت شخص دخیل است. بنابراین وقتی از نظر عرفی عامل اکراه شکل بگیرد عنصر رضایت منتفی شده و اراده و قصد انشائی مختل خواهد بود و عقد به مرحله نفوذ نخواهد رسید، و هیچ دلیل الزامی وجود ندارد که در این فرآیند خصوصیت عدم تاب‌آوری را دخیل بدانیم، بلکه به مجرد شکل‌گیری عرفی اکراه، فرایند اختلال عنصر رضایت کامل می‌شود. به همین روی در کلام شیخ انصاری از ضرورت عنصر غیر قابل تحمل بودن در تحقق اکراه اثری به چشم نمی‌خورد و تحقق اکراه را فقط در گرو تهدید مضرّی دانسته که برای شخص مورد اکراه ناخوشایند باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳: ۳۱۱). در تعریف برخی اساتید حقوق نیز از لزوم وضعیت غیر قابل تاب‌آوری هیچ‌نشانی به چشم نمی‌آید و فقط سلب آزادی در تصمیم‌گیری را دخیل دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱: ۴۹۵، ش ۲۵۳). نه معیار سلب آزادی و نه معیار زیان باری و ناخشنودی، هیچ‌گونه ملازمه‌ای با عنصر «غیر قابل تاب‌آوری» در تحقق اکراه ندارد، و ماده ۲۰۲ ق.م. که به برجسته‌سازی این عنصر اقدام

می‌کند از توجیه منطقی برخوردار نیست. وجدان بشری نیز با کامل انگاشتن هر عقدی که بر اساس اکراه و تهدید شکل گرفته باشد ناسازگاری دارد و آن را عقدی کامل نمی‌خواند و در این رویکرد خود را در تنگنای ملاحظه «عدم تاب آوری» محبوس ندیده و آن را شرط نمی‌داند. پس رکن رضایت شخص در صورت «تاب آوری اکراه» نیز مثل صورت «غیر قابل تحمل بودن اکراه» قابل احراز نبوده و با فرض عدم احراز نمی‌توان به تشکیل عقد نافذ دست یافت. دست کم با وجود شک در تحقق رضا و تردید در نشأت گرفتن عقد از منشأ رضایت شخص مورد اکراه، نوبت به اصل عدم می‌رسد و از نظر موضوعی جایی برای احراز رضا و عقد منبعث از رضا باقی نمی‌ماند و عموم قرآنی (أَلَا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) ^۱ عقد و قرارداد فاقد رضا را تحت پوشش نمی‌گیرد. عموم لزوم وفای به عقد ^۲ نیز اینچنین است.

از خلط دو مسأله باید پرهیز کرد؛ گاه در اصل شکل‌گیری اکراه تردید است. در این صورت اصل عدم بر نفی اکراه جاری است و از منظر فقهی عموماً و اطلاقات تصحیح عقود بر شکل‌گیری عقد مزبور دلالت دارد، و مسأله از موارد شبهه موضوعی در شک در مخصص منفصل خواهد بود که مجرای تمسک به عموماً و اطلاقات باب است. ولی بحث ما در فرضی است که از نظر عرفی تحقق اکراه محرز است اما در لزوم عنصر «عدم تاب آوری» تردید است که اصل عدم بر انتفای چنین ضرورتی جاری است و عقد مزبور از عموماً و تنفیذ عقود، به واسطه تحقق عرفی «اکراه» خارج خواهد بود. روایت معروف «فَأِنَّهُ لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبَةِ نَفْسِهِ» (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۵: ۱۲۰، باب ۳ از ابواب مکان مصلی، ح ۳) نیز بر ضرورت طیب نفس به معنای رضایت دلالت دارد، و در فرض وجود اکراه، حتی در صورت امکان تاب آوری شخص مورد اکراه، قطعاً عنصر طیب نفس، به معنای رضایت شخص مکروه منتفی است. لذا به درستی برخی از فقها تصریح کرده‌اند که در تحقق ضرر ناشی از اکراه لازم نیست که ضرری زیاد باشد، بلکه مطلق وجود ضرر عرفی در تحقق اکراه کافی است و به همین روی حتی فحاشی کردن و هتک حرمت و ایذاء و توهین از مصادیق ضرر است حتی برخی از فقهاء گفته‌اند که اساساً نسبت به اشخاص محترم و عقیف ضرری از این بزرگتر وجود ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۶: ۲۸۷). بنابراین، باید پذیرفت که تهدید به هتاک و فحاشی نسبت به اشخاص با وجاهت اجتماعی، حتی اگر امکان تاب آوری آن هم برای او به دلیل قوت روحی و صلابت شخصیتی وجود داشته باشد، باز از نظر عرفی مصداق اکراه است.

اما در حقوق خارجی، طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه، (پییر کاتالا)، ^۳ اگر چه بیش از حقوق آلمان (بزرگمهر، ۱۳۹۶، ۱: ۳۶۷) به مقوله اکراه در قراردادها در ماده ۱۱۱۴، ^۴ توجه کرده، اما نسبت به شمولش بر آبرو و شخصیت عاطفی از شفافیتی برخوردار نیست. کد ۲۵۵ ق.م. پرتغال چنانکه گذشت اگر مورد نظرش «اجبار اخلاقی» باشد، حتماً از لزوم اشتراط «عدم تاب آوری» فاصله می‌گیرد. «اجبار اخلاقی» به ملاک تحت فشار قرار گرفتن شخصیت اخلاقی شخص نمود می‌یابد و در نگاه عرفی همین که با شخص موخه‌ای به گونه‌ای برخورد شود که برای صیانت از وجاهتش و مصون ماندن جایگاه اجتماعی‌اش از گزند هر گونه اسائه ادب و تعرضی تسلیم خواست مهاجمین در پذیرش تعهد گردد حقیقت «اجبار اخلاقی» شکل گرفته است. به تعبیر «سنهوری» علاوه بر عنصر موضوعی در تحقق اکراه آنچه رکن بروز چنین وضعیت خاصی است عنصر «هراسی» است که ناشی

۱. نساء/ ۲۹.

۲. مائده/ ۱.

3. Pierre Catala.

4. "There is duress where one party contracts under the influence of pressure which makes him fear that his person or his wealth, or those of his near relatives, might be exposed to significant harm." **گیومه افتاده است. نبت.**

از اکراه در وجود شخص محقق می‌شود و وی را به تشکیل قرارداد وادار می‌کند. این واژه می‌تواند ناشی از تهدیدی باشد که شخص با آبرو و با وجاهت اجتماعی در لطمه دیدن آبرو و وجاهتش با آن روبرو شده است (سنه‌وری، ۱۹۵۴م، ۲: ۱۲۴ و ۱۲۵). مسأله «تعرض عاطفی»، باید در ساحت حقوق خصوصی و قراردادها مورد توجه واقع شود و نباید از ظرفیت اکراه پذیری آن غفلت ورزید، به خصوص در نظام حقوق قراردادهای اروپا که بر اساس تحلیل رفتار طرفین عقد در طول مذاکرات قراردادی به شخص مکروه اجازه می‌دهد قرارداد را لغو و ابطال کند و منشأ این حق را به دلیل نقص در رکن «رضایت» می‌داند.^۱ طرفی که مورد تعرض عاطفی است به نوعی قربانی اکراه شده و فاقد رضایت خاطر است. پس نباید در این خصوص اکراه را نادیده گرفت. البته قربانی اجبار می‌تواند قرارداد را تأیید و تنفیذ کند که در این صورت قدرت مطالبه بطلان را از دست می‌دهد

(Jean & others, 2008: 367)، و حق فسخ یا حق ابطالش زائل می‌شود. بی تردید ماهیت یک قرارداد، توافقی است که انجام می‌گیرد و در وضعیت تعرض عاطفی به سختی می‌توان گفت توافق واقعی شکل گرفته است. قواعد بازی منصفانه، (اصل انصاف)، می‌طلبد که نه اکراهی باشد و نه اعمال نفوذ نامناسبی و نه اشتباه مهمی و نه امر غیر قانونی (Charman, 2007: 147). لذا در بند اول ماده «۷-۱» اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی «Unidroit»، تصریح شده که در تجارت بین‌المللی هر یک از اطراف قرارداد ملزم هستند که مطابق با اصل حسن نیت و معامله منصفانه عمل کنند. در بند دوم از همین ماده تأکید می‌ورزد که هیچگاه نمی‌توانند این وظیفه و تکلیف را با استثنا یا محدودیتی مواجه سازند (مقررات یونیدروا، ۲۰۱۶: فصل ۱، ماده ۷).^۲ قید «عدم تاب آوری» نوعی ایجاد محدودیت و تحمیل استثناست، زیرا موارد اکراهی که از قدرت «تاب آوری» شخص مورد اکراه خارج نیست را از شمول این قانون دور می‌کند و این امر به تصریح مقرر مزبور غیر قابل پذیرش است. توافق واقعی و رضایت طرف قرارداد هرگاه نقض و مختل شود نمی‌توان به نفوذ و الزام آوری عقد تن داد و این حق برایش محفوظ است که بتواند از چنین تعهدی رهائی یابد. مبتنی بر این اصل مذکور در قراردادهای تجاری بین‌المللی، اختلال مزبور حتی اگر ناشی از تهدید به اقامه دعوی قضائی نیز باشد باز حق ابطال و فسخ عقد برای شخص محفوظ است (کامنتها و شرح یونیدروا، ۲۰۱۶م: ۱۰۸، کامنت ۲). در صورت اکراه، واقعا اراده بر انجام عمل و انشای قرارداد، یک اراده سالم و کامل نیست، حتی اگر شخص مورد اکراه توان تاب آوری آن را داشته باشد. تشکیل عقد وابسته به انشای عقد است و مجرد مخدوش شدن رضایت در عقیم سازی این فرایند مؤثر است و وجود اکراه حتی در فرض تاب آوری شخص اکراه شونده، برای مخدوش بودن رضایت وی گواهی کافی است. وقتی شخص به انجام معامله و قراردادی تهدید و اکراه می‌شود، اگر چه به واسطه امری تهدید و اکراه شده باشد که نسبت به آن عادتاً توان تحمل و تاب آوری را دارد، ولی به هر دلیلی در برابرش مقاومت نمی‌کند، مثل اینکه به جنبه آشکار اکراه و تأثیرش در اقتضای بطلان و فعلیت عدم نفوذ عقد توجه و اعتماد کرده، و به رغم عدم رضایت تن به تشکیل و ایجاد قرارداد می‌دهد، چنین شخصی در واقع، از اصل بنیادین آزادی قراردادهای محروم مانده است. اصل آزادی قراردادهای در ماده یک از فصل اول یونیدروا به صراحت اطراف قرارداد را صاحب این حق می‌داند که در تشکیل قرارداد و تعیین نوع و محتوا و مفاد آن آزاد باشند.^۳ بنابراین،

1. Jean-Baptiste Racine, Laura Sautonie-Laguionie, Aline Tenenbaum and Guillaume Wicker, "European Contract Law", P 356.

2. ARTICLE 1.7, (Good faith and fair dealing): (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

3. ARTICLE ۱٫۱, (Freedom of contract): The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

سلب چنین حقی در سایه اکراه شخص بر آن عقد حتما نمی‌تواند به نفوذ قراردادی بینجامد و الا نقض حق مزبور و نفی اصل یاد شده است.

تحلیل نقش اکراه در عدم نفوذ یا بطلان عقد البته متفاوت است. مثلا برخی رویکرد حقوق آلمان را در این خصوص، یعنی اکراه، به مثابه قاعده فقهی «ما وَفَعَ لَمْ يُقْصَدَ و ما قُصِدَ لَمْ يَفَعْ» و اختلال در تطبیق قصد با واقعیت خارجی تحلیل کرده‌اند (بزرگمهر، ۱۳۹۶: ۱، ۳۶۸)، ولی به نظر چنین تحلیلی ناصواب است، زیرا همانطور که تبیین شد، چه در فقه امامیه و چه در حقوق اروپا، اکراه ریشه رضا را هدف قرار می‌دهد.

در نقطه مقابل، بند دوم از ماده (II.-7:206) از کتاب دوم اصول، تعاریف و قواعد نمونه حقوق خصوصی اروپا: طرح چارچوب مرجع مشترک (Draft Common Frame of Reference – DCFR)، ۲۰۰۹م^۱ مقرر داشته: «در صورتی که از اوضاع و احوال به دست آید که مکره گزینه جایگزین معقولی داشته است، اکراه سبب انعقاد قرارداد قلمداد نمی‌شود».^۲ این بند ممکن است این گمانه را تقویت کند که در فرض تاب آوری، اکراه مؤثر شکل نگرفته است، به خصوص که در بند یک از ضرری قریب الوقوع و جدی در پی اکراه یا تهدید سخن رانده است. ولی این گمانه نارواست. زیرا بنابر آنچه در تفسیر این ماده آمده در موردی که شخصی بر اساس موقعیت خاص و استیلائی خود، صرفا با دستور دادن، دیگری را به تشکیل قرارداد وادار کرده در واقع نوعی اجبار شکل گرفته است، حتی اگر تهدیدی هم در کار نباشد.^۳ بنابراین، اراده و رضایت طرف مقهور، مختل شده است؛ چه آنکه نفس تهدید موضوعیتی ندارد تا چه رسد به ویژگی عدم تاب آوری، زیرا حق ابطال و فسخ، ضمانت اجرای اختلال اراده و انتفای رضایت است حتی اگر بر اساس وضعیت استیلائی شخص دستور دهنده و موقعیت خاص وی رخ داده باشد، و تهدید و اکراه خاصی هم بروز نیافته باشد. پس سخن درستی است که گفته شود اجبار در این ماده درجات خفیف‌تری که موجب سلب اراده از شخص نمی‌شود را نیز در برمی‌گیرد (شعاریان، ۱۳۹۳: ۱۷۹)، و نباید به استناد لفظ اجبار، مسأله را در قالب سلب قصد و اجبار و الجاء و یا فرض تهدید و اکراهی که خارج از تاب آوری شخص مورد اکراه است در نظر گرفت.

در فقه نیز شیخ انصاری با توجه به نکته مخدوش شدن رضایت و طیب نفس، امکان تفصی و گریز از چنگال اکراه کننده، یعنی تاب آوری شخص مورد اکراه را منافی تحقق اکراه در عقود ندانسته است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۳: ۳۱۷ و ۳۱۸). این نگرش قابل انطباق بر آیه مبارکه ۲۹ سوره نساء است که تجارت را رضایت پایه بر می‌شمرد و با روایت حصر حلیت مال مسلمان در گرو طیب نفس او، یعنی همان رضایت وی همسوست. بیان امام صادق علیه السلام در روایت عبدالله بن سنان نیز به همین معنا رهنمون است. امام، سوگند بر اساس جبر و اکراه را مثل سوگند از روی خشم، غیر منعقد خوانده است و در فرق بین جبر و اکراه، فشار وارد از سوی سلطان را جبر، و فشار وارد از سوی همسر و پدر و مادر را اکراه معرفی فرموده است. این بیان نشان می‌دهد که برای حکم به انعقاد سوگند در مورد فشارهای وارده از سوی همسر تنها با چالش عدم قصد جدی و یا همان فقدان رضایت روبرو

1. "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law", (DCFR). Study Group on a European Civil Code, (Munich, European law publishers, 2009).

2. "(DCFR)", II-7:206: (2) "A threat is not regarded as inducing the contract if in the circumstances the threatened party had a reasonable alternative", p 525.

3. "(DCFR)", II.-7:206: Comment B: "Coercion: Consent is vitiated if a person is coerced into doing something. Normally coercion will involve the use of threats but this is not necessarily so. There may be a situation of such dominance that one party can force the other person to act by simply giving an order. Often there will be implied threats in the background but it should not be necessary to imply threats artificially if there was factual coercion in the absence of threats". P 526.

هستیم، و الا امکان تفصی و گریز از فشار سلطان، معمولاً امکان پذیر نبوده و امکان تاب آوری وجود ندارد، بر خلاف فشارهای همسر و پدر و مادر. کما اینکه آسیب و خطر جدی در اکراه موجود در روابط زناشویی و خانوادگی کمتر مورد توقع است تا نسبت به آنچه درباره رابطه سلطان با افراد تحت اکراه وی وجود دارد. در نتیجه باید ملاک در تحقق اکراه در عقود و قراردادهای را مثل شیخ انصاری فقط بر پایه عدم رضایت بدانیم، نه بیشتر(انصاری. ۱۴۱۵ق، ۳: ۳۱۷ و ۳۱۸). و این معنا به خوبی با نفوذ قصد و رضا به عنوان عناصر حاکمیت اراده سازگار است(هوشمندی، و همکاران، ۱۴۰۲: ۱۱۴).

۳. تمایز اکراه در حقوق جزا و محرمات شرعی از قلمرو عقود

معیار تحقق اکراه در حوزه محرمات شرعی و در قلمرو حقوق جزا تفاوت جدی با قلمرو حقوق خصوصی و ساحت قراردادهای احکام وضعی دارد. در محرمات و حقوق جزا، مجرد عدم رضایت و ناخشنودی، در عدم ارتکاب حرام و عدم انتساب جرم ارتكابی کفایت نمی‌کند و به صرف تکیه بر عنصر ناخشنودی از حرام و جرم قانونی، نمی‌توان دامن از ننگ ارتکاب آن شست، بلکه برای این منظور باید انتساب عمل حرام و ارتکاب جرم به شخص مرتکب از لحاظ عرفی و قانونی قطع شود تا بتوان از قید مسئولیت کیفری و شرعی رهائی یافت، و از نظر قانونی تفاوتی ندارد که آیا نسبت به آن جرم رضایت و خشنودی خاطر داشته یا نداشته است. هر چند از جهت مسئولیت اخلاقی حتی در نگاه شریعت، نفس خشنودی از حرام و رضایت به آن مذموم است و تا جایی شدت دارد که شخص خشنود و راضی از حرام اگر چه نقش عملی هم نداشته باشد به منزله مرتکب آن است(سید رضی. ۱۴۱۴ق: ۴۳۷، حکمت ۱۴۶). در ادبیات دینی به حکم آیه ۱۰۶ نحل و ۱۷۳ بقره و اطلاق حدیث رفع و ضرورت فقه، شخص مورد اکراه، مجرم و گناهکار به شمار نمی‌آید. بدین ترتیب از روز نخست، این معنا در فرهنگ دینی به وضوح ارائه شده است که اختیار در کنار درک و شعور(عقل)، از شرایط عامه تکلیف و عنصری کلیدی در ایجاد مسئولیت شرعی در محرمات و معاصی است.

نسبت به نظام‌های قانون گذاری بشری آنچنان که «عبدالقادر عوده» می‌نویسد از دوران قرون وسطی تا انقلاب فرانسه مسئولیت جنائی بر اساس نظریه مادی بوده، و عنصر درک و اختیار در ایجاد مسئولیت کیفری دخالتی نداشته است. اما امروزه مکتب اختیار نسبی بر نظام‌های قانونی بشری سایه انداخته و اشخاص غیر واجد عقل و یا فاقد اختیار، (مثل شخص مکره)، دارای مسئولیت کیفری نیستند و نمی‌توان آنها بر ارتکاب جرم مجازات نمود، اگر چه قانون گذار در راستای حمایت از جامعه این حق را دارد که با چنین مرتکبینی اقدامات ویژه‌ای را متناسب با حالشان انجام دهد(عوده. بی تا: ۱، ۳۸۰ تا ۳۸۲ و ۳۸۹ تا ۳۹۱).

بنابراین، عنصر اختیار در قبال اکراه، رکن اصلی در مسئولیت کیفری است. در استدلال فقهی برای رفع مسئولیت کیفری به واسطه اکراه، آمده که تحمل ضررهای مورد تهدید برای شخص مشقت بار است، چه این ضررها جانی باشد و یا مالی و یا حتی ضررهای اعتباری که اعتبار شخص را فرو می‌ریزد(خوئی. ۱۳۷۱، ۳: ۴۴۳). پس نقطه ثقل در اکراه بر خصوصیت مشقت بار بودن، یا همان عدم تاب آوری است. در ماده ۵۴ ق.م.ا. ۱۳۷۰ به صراحت، اجبار و اکراهی رافع مسئولیت کیفری بوده که عادتاً غیر قابل تحمل باشد. اما در ماده ۱۵۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ قید «عادتاً» حذف شد و قانون گذار بر عنوان «غیر قابل تحمل بودن» تمرکز یافت. هر چند برخی از اساتید همچنان بر عنصر «عادتاً» تأکید ورزیده(اردبیلی. ۱۳۹۶: ۲، ۱۷۳) و وجه اشتراک تهدید در اکراه را در دو حوزه حقوق خصوصی و جزا بر این محور دانسته‌اند(گلدوزیان. ۱۳۹۹: ۴۵۰).

قید «عادتاً» در عدم تاب آوری، با تعبیر فقهی «مشقت بار بودن» می‌تواند در یک سمت و سو قرار بگیرد، اما به نظر می‌رسد با توجه به ملاک اثر گذاری اکراه در رفع مسئولیت کیفری و ایجاد معذوریت شرعی و همچنین با توجه به اصل فردی بودن مسئولیت کیفری، بی تردید ملاک عدم تاب آوری در گرو وضعیت «واقعی» تاب آوری شخص مکره است، نه آنچه که مورد عادت

و بر وجه متعارف است. فرقی نمی‌کند که قید «عادناً» ناظر به عادت شخص مُکرّه باشد یا ناظر به عادت و متعارف نوع بشری. شاید به همین جهت این قید از قانون ۱۳۹۲ حذف شد. توجیهی که می‌توان در ملاحظه قید «عادناً» در تحقق ملاک «عدم تاب آوری» در نظر داشت مربوط به مقام اثبات و احراز شرایط رفع مسئولیت کیفری است. تهدیدی که عادتاً قابل تحمل نیست عهده اثباتش طبعاً آسان‌تر از تهدیدی است که عادتاً قابل تحمل، اما از آستانه تحمل واقعی شخص مُکرّه در آن خصوص خارج است. مشقت بار بودن تحمل اکراه بر جرم یا معصیت، بسته به «حق الله و حق الناس» و همچنین بسته به مراتب شدت برخورد و مواجهه قانون یا شریعت با آن متفاوت است. لذا آیت الله خوئی در لحاظ قید «مشقت بار» مؤید این تفاوت است. ایشان بر خلاف نظر مشهور در موردی که شخصی در صورت امتناع از قتل دیگری تهدید به مرگ می‌شود حکم به قصاص شخص مُکرّه را مورد اشکال دانسته و فتوی به لزوم دیه داده است (خوئی، ۱۴۲۲ق: ۴۲، ۱۳ و ۱۴، مسأله ۱۷). پذیرش تهدید به قتل، برای شخص مورد تهدید حتی با مشقت نیز امکان پذیر نیست، از نگاه کیفری، اکراه در صورتی مؤثر است که سبب ترس و هراسی گردد که یا اختیار یا قصد انجام دادن فعل را از شخص مکرّه سلب کند (اردبیلی، ۱۳۹۶: ۲، ۱۷۹). آنچه در کتب حقوق جزا (اردبیلی، ۱۳۹۶: ۲، ۱۷۳) و کتب فقهی رائج است که اکراه را فشار بر ارتکاب عملی دانسته‌اند که مورد کراهت شخص است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳، ۳۱۱/خوئی، ۱۳۷۱: ۳، ۳۰۳)؛ یا از خلط مباحث حقوق خصوصی و فقه معاملات با حقوق کیفری و فقه جزائی ناشی شده، یا به دلیل مسامحه روی داده است. در جرائم و حرام شرعی، ملاک و مطلوب، عدم ارتکاب است، هر چند کراهت و انزجاری در نفس شخص وجود نداشته باشد. ماده ۱۴۰ ق.م.ا. «اختیار» را جزو شرایط مسئولیت کیفری در حین ارتکاب جرم معین کرده و ماده ۱۵۱ در اکراه غیر قابل تحمل، مجازات را نفی کرده است. اگر ارتکاب جرم نتیجه خواست فاعل نبوده و اراده او بر انجام جرم استقرار نیافته باشد نمی‌توان جرم ارتکابی را به او منتسب ساخت (اردبیلی، ۱۳۹۶: ۲، ۱۷۲). مراد از «خواست فاعل» غیر از صرف خوشنودی و رضایت شخص است. چه بسا مرتکب جرم، به رغم انزجار از فعل مجرمانه، به دلایل خاص شخصی به طور کاملاً آزاد و مختار تن به ارتکاب آن بدهد. برخی از اساتید به خوبی به راز تفاوت اکراه در حقوق مدنی و کیفری پی برده‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۶: ۲، ۱۷۳). از نظر وجود شناختی^۱ و از منظر علوم شناختی^۲، شاید در فرایند عملکرد شخص مکرّه، عنصر اراده توأم با قصد فاعل همراه است، ولی فقه و حقوق در صدد انکار آن نبوده و بر این معناست که در اکراه کیفری، شخص در قصد و اراده از آزادی نسبی هم محروم بوده و به دلیل تهدیدی که توان تاب آوری آن را نداشته، چاره‌ای جز ارتکاب ندارد. پس ملاک رفع مسئولیت کیفری، پرهیز و مقاومت در برابر ارتکاب جرم و انجام حرام است.

نتیجه

در قراردادهای چون تحقق عقد وابسته به رضایت اطراف قرارداد است به مجرد نقض رضایت، مانع از نفوذ عقد محقق می‌شود. ماده ۲۰۲ ق.م. در لزوم قید «غیر قابل تحمل بودن» اکراه، راهی ناصواب را پیموده است. نظام حقوق قاره‌ای اروپا و رویه قضائی انگلستان، و طرح چهارچوب مشترک مرجع برای حقوق خصوصی اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی «Unidroit»، بر خلاف قانون مدنی ایران در قراردادهای کاملاً همسو با نظام فقه امامیه است. در محرمات شرعی و جرائم چون ملاک، عدم ارتکاب است، مجرد عدم رضایت نمی‌تواند برای تحقق اکراه کافی باشد. و در صورت امکان تاب آوری، راهی برای رهائی از

-
1. Ontology.
 2. Cognitive Sciences.

مسئولیت کیفری نیست. در قراردادها، به واسطه اکراه، شخص فاقد رضایت می‌گردد و رکن نفوذ عقد منتفی شده و عقد نافذ نخواهد بود، و قید «عدم تاب آوری» نقشی ندارد

پذیرفته شده | در انتظار انتشار | نسخه اولیه | ویراستاری نشده
Accepted | Awaiting Publication | Early Version | Not Copyedited

منابع:

- قرآن کریم (۱۳۸۳). ترجمه الهی قمشهای، مهدی. قم: الهادی.
- امیرالمؤمنین علی بن ابیطالب علیه السلام، امام اول (۱۴۱۴ق). نهج البلاغه. گردآورنده: ابوالحسن محمد بن الحسین سید رضی. چاپ ۱، قم: مؤسسه نهج البلاغه.

الف) فارسی

۱. اردبیلی، محمد علی. (۱۳۹۶). حقوق جزای عمومی، چاپ ۴۸، تهران: میزان.
۲. امینی، منصور، اکبر اصلو. (۱۳۹۹). «مطالعه تطبیقی اکراه ناشی از سوء استفاده از وضعیت وابستگی در حقوق فرانسه و ایران»، مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران، شماره ۳۷، ص ۳۰۱-۳۲۶.
۳. آنه، راف (Anne, Ruff). (۱۳۹۰). قواعد حقوق قرارداد انگلستان از نگاه رویه قضائی، مترجم: سیدمهدی موسوی، چاپ ۲، تهران: میزان.
۴. بزرگمهر، امیر عباس. (۱۳۹۶). شرح جامع حقوق تعهدات تطبیقی، چاپ ۱، تهران: دانشگاه عدالت.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). الفارق، چاپ ۲، تهران: گنج دانش.
۶. رجبی، عبدالله. (۱۴۰۴). قواعد حاکم بر تنظیم روابط اشخاص در اینترنت. دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق خصوصی، ۲(۳)، ۱۴۸-۱۱۵. doi: 10.22034/jpl.2025.721265
۷. ریاحی، محمد. (۱۴۰۲). «مطالعه تطبیقی آثار اشتباه در قراردادهای مبانی آن در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه پژوهشهای تطبیقی، دوره ۲۷، شماره ۴، ۱۶۸ تا ۱۹۹.
۸. شعاریان، ابراهیم. (۱۳۹۳). **حقوق تعهدات**، چاپ ۱، تهران: شهر دانش.
۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱). حقوق تعهدات، چاپ ۱۷، تهران: مجد.
۱۰. عبداللهی، حمیده. (۱۳۸۳). «**قاعده اکراه**»، مطالعات اسلامی، شماره ۶۴، ص ۶۱-۹۰.
۱۱. فرحزادی، علی اکبر. (۱۳۷۸). «**اثر اکراه در عقد بیع**»، مقالات و بررسیها، دانشگاه تهران، شماره ۶۶، ص ۶۹-۸۴.
۱۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ ۱۷، تهران: میزان.
۱۳. _____، _____ (۱۳۸۸). **قواعد عمومی قراردادها**، چاپ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کریمی، هدیه و کریمی، عباس. (۱۴۰۳). تحلیل قصد و رضای طرفین نسبت به شروط تحمیلی در قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه). دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق خصوصی، ۱(۲)، ۱۷۹-۱۵۷. doi: 10.22034/jpl.2025.2052141.1189
۱۵. کلانتری، حمیدرضا؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ حاجی ده‌آبادی، احمد. (۱۳۹۸). «**مجازات مکروه ثالث در جرائم مستوجب حد**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ص ۲۴۹-۲۷۸.
۱۶. گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۹). **حقوق جزای عمومی ایران**، چاپ ۱۷، تهران: دانشگاه تهران.

۱۷. هوشمندی، سجاد؛ قنواتی، جلیل و حسین زاده، جواد. (۱۴۰۲). «مطالعه تطبیقی نظام انتقال مالکیت اموال غیر منقول در حقوق ایران و آلمان»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۷، شماره ۳۰، ۱۱۳ تا ۱۳۶.

ب) عربی

۱۸. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب، چاپ ۱، قم: کنگره جهانی شیخ.
۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الاصول، مقرر: سیدمحمد سرورفاضل بهسودی، چاپ ۲، قم: داوری.
۲۰. —، —. (۱۳۷۱). مصباح الفقاهه، مقرر: محمد علی توحیدی، چاپ ۳، قم: انتشارات وجدانی.
۲۱. —، —. (۱۴۲۲ق). مبانی تکمله المنهاج، جلد چهل و دوم از موسوعه، چاپ ۱، قم: مؤسسه احیای آثار.
۲۲. سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار.
۲۳. سنهوری، عبدالرزاق. (۱۹۴۵م). *مصادر الحق*، چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی و مؤسسه التاريخ العربی.
۲۴. شهید اول، محمد. (۱۴۱۷ق). *الدروس*، چاپ ۲، قم: جامعه مدرسین.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة، چاپ ۱، قم: داوری.
۲۶. —، —. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام، چاپ ۱، قم: مؤسسه معارف.
۲۷. شیخ حر عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه*، چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۸. شیخ طوسی، محمدبن حسن. (۱۳۷۸). *المبسوط*، چاپ ۳، تهران: مرتضویه.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*، چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۰. عوده، عبدالقادر. (بی تا). *التشريع الجنائی الاسلامی*، بی جا، بیروت: دار الکتب العربی.
۳۱. محقق ثانی، علی. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

ج) انگلیسی

1. Abdollahi, Hamideh. (2004). "Rule of Duress, *Islamic Studies*", No. 64, pp. 61-90.(in Persian).
2. Allameh Hilli, Hasan ibn Yusuf. (1995). "*Tazkirah al-Fuqaha'*", 1st edition, Qom: Ahl al-Bayt (AS) Institute. (in Arabic).
3. Amini, Mansour, Akbar Asnlou. (2020). "Comparative Study of Duress Arising from Abuse of Dependency in French and Iranian Law," *Journal of Private Law, University of Tehran*, No. 37, pp. 301-326.(in Persian).
4. Anne, Ruff. (2011). "*Rules of English Contract Law from the Perspective of Judicial Practice*", translated by Seyyed Mahdi Mousavi, 2nd edition, Tehran: Mizan.(in Persian).
5. Ansari, Sheikh Morteza. (۱۹۹۵). "*Al-Makasib*", 1st edition, Qom: World Congress of Sheikh.(in Arabic).
6. Ardabili, Mohammad Ali. (2017). "*Public Criminal Law*", 48th edition, Tehran: Mizan.(in Persian).

7. Bozorgmehr, Amir Abbas. (2017). "*Comprehensive Commentary on Comparative Obligations Law*", 1st edition, Tehran: Justice University.(in Persian).
8. Charman, Mary. (2007). "*Contract Law*", Fourth edition, Published by Willan Publishin. Published simultaneously in the USA and Canada by Willan Publishing .UK.
9. Farahzadi, Ali Akbar. (1999). "The Effect of Duress in Sale Contracts," *Articles and Reviews, University of Tehran*, No. 66, pp. 69-84.(in Persian).
10. Goldouzian, Iraj. (2020). "*Public Criminal Law of Iran*", 17th edition, Tehran: University of Tehran.(in Persian).
11. Hoshamandi, Sajad; Qanavati, Jalil; and Hosseinzadeh, Javad. (2023). "Comparative Study of the System of Property Transfer of Real Estate in Iranian and German Law, *Comparative Law Research*", Vol. 27, No. 30, pp. 113-136.(in Persian).
12. Jafari Langarudi, Mohammad Jafar. (2009). "*Al-Far*", 2nd edition, Tehran: Ganj Danesh.(in Persian).
13. Jean-Baptiste Racine, Laura Sautonie-Laguionie, Aline Tenenbaum and Guillaume Wicker. (2008). "*European Contract Law*", European law publishers.
14. Kalantari, Hamid Reza; Shams Nateri, Mohammad Ebrahim; Haji Deh Abadi, Ahmad. (2019). "Punishment of Third Party Duress in Crimes Subject to Hadd *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*", pp. 249-278.(in Persian).
32. Karimi, Hedyeh; Karimi, Abbas. (2024). "Analysis of the Intent and Consent of the Parties Regarding Imposed Conditions in Contracts (Comparative Study in Iranian and French Law)," *Biannual Journal of Research and Development in Private Law*, Vol. 1, No. 2, pp. 157-179. doi: 10.22034/jpl.2025.2052141.1189(in Persian).
15. Katouzian, Naser. (2008). "*Civil Law in the Current Legal Order*", 17th edition, Tehran: Mizan.(in Persian).
16. -----, ----- . (2009). "*General Rules of Contracts*", 8th edition, Tehran: Public Publishing Company.(in Persian).
17. Khoei, Seyyed Abolqasem. (۱۹۹۱). "*Misbah al-Usul*", edited by Seyyed Mohammad Sarour Fazel Behesudi, 2nd edition, Qom: Davari.(in Arabic)
18. -----, ----- . (1992). "*Misbah al-Fiqahat*", edited by Mohammad Ali Tawhidi, 3rd edition, Qom: Vejdani Publications. (in Arabic).

19. -----, ----- (2001). *"Mabani Takmileh al-Minhaj"*, Volume 42 of the Encyclopedia, 1st edition, Qom: Institute for Reviving Works. (in Arabic).
20. KÖTZ, HEIN. (2017). *"European Contract Law"*, translated from the German by GILL MERTENS and TONY WEIR, Second Edition, Second Edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS.
21. Muhaqqiq Thani, Ali. (1995). *"Jami' al-Maqasid"*, 2nd edition, Qom: Ahl al-Bayt (AS) Institut. (in Arabic).
22. Oudah, Abdul Qadir. (n.d.). *"Al-Tashri' al-Jinai al-Islami"*, no publisher, no date, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. (in Arabic).
23. Principles of International Commercial Contracts, Published by the International Institute for the Unification of Private Law *"UNIDROIT"*. (2016). Rome.
24. Rajabi, Abdullah. (2025). "Rules Governing the Regulation of Relationships Between Persons on the Internet," *Journal of Research and Development in Private Law*, Vol. 2, No. 3, pp. 114-141. [doi: 10.22034/jpl.2025.721265](https://doi.org/10.22034/jpl.2025.721265) (in Persian).
25. Riahi, Mohammad. (2023). "Comparative Study of the Effects of Mistake in Contracts and Its Foundations in Iranian and French Law," *Quarterly Journal of Comparative Research*, Vol. 27, No. 4, pp. 168-199.(in Persian).
26. Sabzevari, Seyyed Abd al-Ali. (1994). *"Muhazzab al-Ahkam fi Bayān al-Halal wa al-Haram"*, 4th edition, Qom: Al-Manar Institute. (in Arabic).
27. Sanahouri, Abdul Razzaq. (1945). *"Masadir al-Haq"*, 1st edition, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi and the Arab History Institute. (in Arabic).
28. Shaheed Awwal, Mohammad. (1996). *"Al-Durus"*, 2nd edition, Qom: Islamic Seminary. (in Arabic).
29. Shaheed Thani, Zain al-Din. (1990). *"Al-Rawdat al-Bahiyah"*, 1st edition, Qom: Davari. (in Arabic).
30. -----, ----- (1994). *"Masalik al-Afham"*, 1st edition, Qom: Ma'arif Institute. (in Arabic).
31. Shahidi, Mehdi. (2012). *"Law of Obligations"*, 17th edition, Tehran: Majd.(in Persian).
32. Shuariyan, Ebrahim. (2014). *"Law of Obligation"*, 1st edition, Tehran: Shahr Danesh.(in Persian)

33. Sheikh Hurr Amili, Mohammad. (1998). "*Tafsil Wasail al-Shi'ah*", 1st edition, Qom: Ahl al-Bayt (AS) Institute. (in Arabic).
34. Sheikh Tusi, Mohammad ibn Hasan. (1999). "*Al-Mabsut*", 3rd edition, Tehran: Morteza viyeh. (in Arabic).
35. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft-Common Frame of Reference for a European Private Law (DCFR)*. (2009). European law publishers, Munich.

پذیرفته شده | در انتظار انتشار | نسخه اولیه | ویراستاری نشده
Accepted | Awaiting Publication | Early Version | Not Copyedited