

مطالعه تطبیقی تقاص؛ مبانی و منابع آن در فقه امامیه، حقوق ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا

رسول احمدی فر*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۴/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۵/۲۶

چکیده

در منابع قانونی حقوق ایران، دادگستری تنها مرجع رسمی تظلمات بوده و تقاص در احقاق حقوق اشخاص جایگاهی ندارد. در منابع دیگر حقوق ایران، شامل منابع معتبر فقهی، عرف و دکترین حقوقی تقاص شناسایی شده و از جمله طرق احقاق غیر قضایی حق محسوب می‌شود. برخی سیستم‌های حقوقی نظیر انگلستان و ایالات متحده آمریکا «سلف - هلپ» را به عنوان یکی از طرق مناسب جبران خسارت غیرقضایی شناسایی کرده‌اند. لذا مسئله نخست در پژوهش حاضر عبارت است از «مطالعه امکان جواز تقاص در حقوق ایران بر اساس عرف، فقه امامیه و دکترین حقوقی». مسئله دوم که در این پژوهش مورد مطالعه است انتخاب معادل صحیح تقاص در سیستم‌های حقوقی مورد مطالعه می‌باشد. بر اساس نتایج این پژوهش هرچند از منابع قانونی حقوق ایران ممنوعیت تقاص فهمیده می‌شود ولی با توجه به کارکرد آن و جواز آن در فقه امامیه عرف و دکترین حقوقی بایستی اقدام مناسبی از طرف سیاست‌گذاران حوزه قانون‌گذاری جهت مجاز شدن تقاص صورت گیرد. همچنین با مطالعه‌ای که در منابع سیستم‌های مورد مطالعه صورت گرفت، معادل صحیح تقاص در آن سیستم‌ها «سلف-هلپ» است.

واژگان کلیدی:

جبران خسارت، سلف-هلپ، جبران خسارت از طریق شخصی، جبران خسارت بدون مراجعه به دادگاه.

مقدمه

انتخاب روش جبران خسارت یکی از محورهای اصلی تحلیل اقتصادی قوانین در دهه‌های اخیر بوده است. سؤالی که در این خصوص وجود دارد این است که آیا جبران خسارت‌های حقوقی مصرح در قوانین، یک جبران خسارت انحصاری است؟ این مسئله در ادبیات حقوقی کم‌تر مورد توجه واقع شده است (Adam B. Badawi, 2012, p.1). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مرجع رسمی تظلمات را دادگستری دانسته و تنها روشی که برای احقاق حق در این قانون شناسایی شده مراجعه به مراجع رسمی دادگستری است.^۱ داوری نهادی است که در کنار دادگاه‌ها مرجع حل اختلاف توافقی است.^۲ علی‌رغم جواز شرعی تقاص، این نهاد در حقوق ایران به عنوان روش جبران خسارت شناسایی نشده است.^۳ در سیستم‌های حقوقی دیگر در کنار دادگستری از نهاد تقاص (فقه امامیه) (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۵ و ۱۸۶) و سلف-هلب (حقوق ایالات متحده آمریکا و انگلستان) (Garner, 1388, p. 1320 & Chandler, 2010, p.42) و سلب-استایلف (در حقوق آلمان‌نامه ۳۹۰ قانون مدنی) (Markesinis, Unberath, Johnston, 2006, p.376)، برای جبران خسارت استفاده می‌شود. این روش باعث کاهش مراجعه به دادگستری شده و تأثیر مثبتی بر روند کار قضایی دارد. تقاص مذکور در فقه امامیه (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۵)^۴، بر اساس کارکردها، ماهیت و شرایط، دارای مشابهت‌های قابل توجهی با سلف-هلب و استایلف است.

پژوهش‌های مختلفی به مسئله تقاص پرداخته‌اند ولی در هیچ‌کدام به سیستم‌های حقوقی دیگر توجهی نشده است: ۱- در پژوهشی که توسط ایزانلو و میرشکاری (۱۳۸۹) انجام شده تقاص به عنوان دادگستری خصوصی در تعارض با نظم عمومی جامعه است. ۲- تقی‌زاده‌داغیان در پژوهشی که با عنوان تقاص انجام داده (۱۳۸۷) به مطالعه فقهی تقاص پرداخته و بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی آن را در حقوق ایران مجاز دانسته است. ۳- در پژوهشی که توسط مدرسان دانشگاه آزاد اسلامی انجام شده است (۱۳۸۴) معادل تقاص یا مقاصه در فقه، و خودیاری در حقوق امروزی «سلف-هلب» دانسته شده. در این پژوهش بیش‌تر به موضوعات کیفی توجه شده است. ۴- حاتمی در پژوهشی که با عنوان «تقاص مال» (۱۳۸۴) انجام داده ضمن اشاره به این‌که

در قوانین جاری عنوان مدون قانونی در مورد تقاص مال وجود ندارد، با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، قاضی را ملزم دانسته در مواقع لزوم با مراجعه به متون فقهی به تقاص متوسل شود. ۵- در پژوهشی که با عنوان «تقاص، سببی در سقوط تعهدات» توسط سعادت مصطفوی و آزادداور نگارش شده (۱۳۸۸)، تقاص نهادی شرعی و از جمله اسباب سقوط تعهدات است که با توجه به سکوت قانون با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی قانون‌گذار را موظف دانسته قانونی جامع را بر اساس نیاز جامعه و ملزومات شرعی و عرفی فراهم نماید. ۶- «مروری بر مفهوم تقاص و مستندات آن در قرآن و روایات شیعه» پژوهشی است که فلاح و عباسپور آن را نگاشته‌اند (۱۳۸۵) و در آن معنای کلمه تقاص در منابع فقهی مورد بررسی واقع شده است. در این پژوهش، نویسندگان به دنبال استخراج جایگاه تقاص در منابع فقهی و امکان استناد به آن در حقوق امروزه ایران بوده‌اند.

معادلی که برای تقاص در ادبیات حقوقی ایران در نظر گرفته شده و امروزه این معادل جاری است، صحیح نمی‌باشد. به علت نقش تقاص در جبران خسارات و آثاری که در حل اختلافات بدون مراجعه به دادگاه و صرف هزینه‌های دادرسی دارد و این که «باعث استقرار نظم اجتماعی می‌شود» (حاتمی، ۱۳۸۴، ص ۴۹) شناسایی معادل صحیح آن به منظور مطالعه صحیح منابع و احکام آن در سیستم‌های حقوقی دیگر در جهت قانونی نمودن این نهاد جبران خسارت، ضروری است.

در این پژوهش، هدف، مطالعه تقاص به عنوان یکی از طرق جبران خسارت است که در ۸ قسمت به آن خواهیم پرداخت. ابتدا در قسمت مفاهیم، مفاهیم تقاص و سلف-هلیپ مطالعه می‌شود. سپس پیشینه این دو اصطلاح بیان خواهد شد. در قسمت سوم و چهارم عناصر تقاص و سلف-هلیپ آورده می‌شود، مقایسه تقاص با سلف-هلیپ و بررسی منابع آن‌ها موضوع قسمت‌های ۵ تا ۷ مقاله می‌باشد و در نهایت جمع‌بندی پژوهش ارائه خواهد شد.

۱. مفاهیم

۱-۱. تقاص

۱. تقاص در لغت «در پی کسی یا چیزی رفتن و نزدیک شدن است» (ابن‌منظور،

- بی تا، ص ۷۵). ریشه آن «قصص» و به معنای «به دنبال اثر چیزی بودن است» (راغب اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۲۳).
۲. منظور از تقاص «گرفتن مال بدون اذن صاحب آن در عوض مال خود است. هم چنین تقاص به این عنوان که زیان دیده حقش را از مال مدیون، بدون رضایت و یا اطلاع مدیون بگیرد شناسایی می شود» (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۵).
۳. «تملک مال کسی به قصد یک جانبه به اذن قانون علیه ممتنع از اداء یا مماطل» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۹۵).
۴. «تصاحب مال متعهد منکر یا ممتنع از اجرای تعهد، بدون استعانت از دادگاه در حالی که خوف فتنه و فساد نباشد و رجوع به دادگاه متعسر باشد و یا ذی حق، دلیلی برای اثبات حق خود نداشته باشد و یا قبلاً به دادگاه رفته و به ناروا محکوم شده باشد که التزام متعهد کماکان باقی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۳).
۵. بعضی تقاص را تعریف نکرده و کسی را که حق تقاص دارد تعریف نموده اند: «او فردی است که مالی در دست دیگری دارد، ولی بدهکار یا آن را انکار می کند، یا با آن که لازم است پرداخت شود، از تأدیه آن به طلبکار خودداری می کند، در نتیجه او مستقلاً و به زور می تواند کالایی را که از جنس حق خودش است از اموال مدیون بردارد» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶).

۲-۱. سلف-هلب

۱. «رفتار مجاز قانونی که اشخاص در موارد فقدان الزام قانونی و بدون کمک (معاضدت) تشریفات دولت در تلاش برای جبران خسارت یا جلوگیری از خسارت در امور مدنی به عهده می گیرند» (Douglas, 1984, p.345).
۲. «تلاش خود شخص برای جبران خسارت بدون این که از طریق مراجع عادی حقوقی اقدام نماید» (Garner, 1388, p.1391).
۳. «دعوی یکی از طرفین قرارداد که می تواند در صورت نقض قرارداد بدون مراجعه به دادگاه به آن متوصل شود» (Gergen, 2009).
۴. «رفع مزاحمت و خسارت بدون مراجعه به مراجع قانونی» (باقری و دیگران، ۱۳۷۸، ص ۴۸۰).

۵. «رتق و فتق امور بوسیله خود شخص. رفع مزاحمت یا احقاق حق به طور مستقیم و شخصی بدون مراجعه به مراجع قضایی» (رمضانی، ۱۳۸۴، ص ۶۷۹).
۶. «به معنای جبران خسارتی می‌باشد که از طریق دادگاه به دست نیامده باشد»^۶ (Garner, 1388, p.1320).
۷. «اعاده مال به صاحب اولیه^۷ و اقدام تلافی‌جویانه دولت‌ها نسبت به اتباع یکدیگر»^۸ (A. Martin M A (axon), 2003, p.409, 434).
۸. «یکسری اعمالی که اشخاص مجازند بدون دخالت حاکمیت انجام دهند تا از حقوق قانونی خود حمایت نمایند» (Chandler, 2010, p.42).
۹. برخی سلف هلپ را «تقاص» ترجمه نموده‌اند (مدرسان دانشگاه آزاد، ۱۳۸۴، ص ۴۶).

۲. پیشینه تقاص و سلف-هلپ

تقاص دارای سابقه طولانی در تمدن حقوقی ملل مختلف است و پیش از شکل‌گیری دادگستری، متداول‌ترین شیوه جبران خسارت بوده است (www.CISG.law.pace.edu/CISG/biblio/taylor.html و جاویدان، ۱۳۸۸، ص ۴۹). آیات مختلفی در قرآن کریم به مسئله تقاص پرداخته‌اند (بقره/۱۹۴، مائده/۴۵، نحل/۲۶، شعرا/۲۲۷، شورا/۴۰). فقه امامیه هم به تبعیت از قرآن به تقاص توجه ویژه‌ای داشته است (قمی، بی‌تا، ص ۲۲۵؛ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۷۶۴؛ طوسی، بی‌تا، ص ۱۴۵؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۸۵؛ حلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۱۱).

«سلف-هلپ از زمانی که مفهوم طلبکار-بدهکار ایجاد شد رواج یافت. موقعی که معاوضه تنها روش مبادله فوری بود، احتیاجی به سلف-هلپ نبود زیرا پرداخت به محض معاوضه صورت می‌گرفت. با شکل‌گیری مفهوم بدهکار-طلبکار، سلف-هلپ نیز روشی برای جبران خسارات ناشی از تقصیر و کوتاهی شد. با رشد اقتصاد این مفهوم بدون تغییر باقی ماند و جوامع سعی در قانونی کردن آن نمودند و این‌الگو تا هم‌اکنون ادامه داشته است به گونه‌ای که نویسندگان مقررات واحد تجاری ایالات متحده آمریکا سلف-هلپ را روشی کارآمد و غیرقضایی برای جبران خسارت دانسته‌اند (Mc Robert, 2012, p.569). «در قرون وسطی قبل از ایجاد حکومت‌های قدرت‌مند، هر منطقه محلی گروهی از نظامیان داشت و سلف-هلپ یکی از وسایل

استاندارد اجبار بود. در قرن ۱۲ و ۱۳ به عنوان دشمن قانون شناخته می‌شد که باعث تحقیر پادشاه و دادگاه او می‌شد» (Taylor, 1988). «مردم توتنی^۹ (از نژاد قدیم آلمان) از سلف-هلمپ با تشریفات محدود استفاده می‌کردند. اگرچه سلف-هلمپ ممکن بود ولی تشریفات داشته باشد. از جمله طلبکار بایستی به همراه سه شاهد به درب منزل بدهکار مراجعه می‌کرد و به صورت رسمی مطالبه طلب می‌کرد. در صورتی که موضوع مطالبه کالا بود، مطالبه می‌بایست شامل توصیف مال موضوع طلب و قیمت آن هم باشد. در صورتی که بدهکار از پرداخت بدهی امتناع می‌کرد طلبکار بایستی به دادگاه مراجعه می‌کرد» (Mc Robert, 2012, p.572).

۳. عناصر تقاص

۳-۱. واجب الوفا بودن موضوع، عین نبودن آن، امتناع متعهد از ایفاء، قصد تملک طلبکار و امکان تملک او

تقاص در صورتی ممکن است که موضوع آن طلب ثابتی باشد که موعد تأدیه آن رسیده است (قمی، بی تا، ص ۲۲۴). بعضی موضوع تقاص را حقی دانسته‌اند که موضوع آن عین یا دین باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ص ۷۱۵). شرط اصلی تقاص حال بودن موضوع آن است.

در مواردی که شخصی عین مال خود را که نزد دیگری است استرداد می‌کند، عمل او مشمول تقاص نمی‌شود. ماده ۳۷۴ قانون مدنی در مسئله قبض مبیع مقرر می‌دارد: «در حصول قبض، اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن، قبض کند». «شخصی که ادعای عینی را نسبت به دیگری داشته باشد، بدون اذن حاکم می‌تواند آن را از او بگیرد ولو به قهر، مشروط بر اینکه مفسده‌ای نداشته باشد، اگر چه موضوع حق دین باشد» (حلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۱۱). ولی در موردی که شخص، عین مال خود را مطالبه می‌کند و بدهکار آن را نمی‌دهد طلبکار می‌تواند «کالایی را که از جنس حق خودش است از اموال مدیون بردارد؛ به شرطی که چنین مالی را بیابد؛ در غیر این صورت می‌تواند معادل قیمت آن را از اموال وی بردارد» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶) و این مشمول تقاص می‌شود.

بدهکار یا متعهد بایستی از پرداخت بدهی یا انجام تعهد امتناع نماید اعم از این که

اقرار به آن داشته باشد و پرداخت ننماید یا آن را انکار نماید، یا این که از طریق مراجع صالحه محکوم به آن شده باشد و از پرداخت امتناع کند. در مواردی که بدهکار اقرار به حق کرده و قصد پرداخت دارد تقاص را ممنوع دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۵۱ق، ج ۶، ص ۳۱۰). برخی قصد بدهکار را در امکان تقاص مؤثر ندانسته و تقاص را در فرض قصد بدهکار به پرداخت بدهی نیز ممکن دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ص ۷۱۵). اگر با وجود قصد پرداخت، طلبکار تقاص کرد، ایرادی در تقاص نیست زیرا جواز تقاص حال بودن تعهد است و اراده مدیون تأثیری در آن ندارد.

تقاص کننده بایستی قصد تملک مالی را داشته باشد که به عنوان تقاص برمی دارد (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶) و آن مال قابل تملک هم باشد. هم چنین آنچه از اموال بدهکار بابت تقاص تملک می شود بایستی قابل تملک باشد و تقاص کننده بتواند مالک آن شده و خروج آن از تملک بدهکار منع قانونی نداشته باشد (ماده ۵۲۳ ق.ا.د.م). اگر تقاص کننده مالی را به منظور تقاص بردارد که نمی تواند مالک آن شود یا خروج آن از تملک مدیون منع قانونی دارد و یا قابل تملک خصوصی نیست تقاص صحیح نیست. مانند موقوفات، مالی که موضوع حق دیگری است (عین مرهونه) و اموال و مشترکات عمومی (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص ۸۳-۸۹).

۲-۳. قابلیت مطالبه از طریق قضایی و مخالفت نداشتن با نظم عمومی

قابلیت مطالبه دین از طریق مراجع قضایی شرط تقاص است. آنچه ماده ۲۶۶ قانون مدنی راجع به ایفای تعهدات طبیعی مقرر نموده فرع بر تقاص است و داین نمی تواند موضوع تعهدات طبیعی را تقاص نماید. در غیر این صورت ملزم به استرداد است. موضوع تقاص و آنچه به عنوان تقاص برداشته می شود بایستی از طرف قانون گذار حمایت شده باشند. اگر منشأ تقاص معاملات ممنوعه باشد، تقاص ممنوع است. تقاص کننده هم بایستی از مالی تقاص نماید که مورد حمایت قانون گذار بوده و ممنوعیت تملک نداشته باشد (مانند ممنوعیتی که در ارتباط با اشیاء باستانی، مشروبات الکلی یا حیوانات نجس مثل خوک وجود دارد). برخی معتقدند «بنا بر قول مشهور، برای تقاص کردن اجازه حاکم لازم نیست، حتی اگر دسترسی به حاکم به دلیل بودن او و نیز وجود بینة مورد قبول وی ممکن باشد» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶). برخی

دیگر شرط لازم برای تقاص را مراجعه ابتدایی به حاکم و عدم امکان وصول طلب از این طریق دانسته‌اند (مکارم شیرازی، پرسش شماره ۹۵_۱۶_۰۹_۹۲، مورخ ۲۳/۰۱/۱۴). کسانی که شرط لازم برای تقاص را مراجعه به حاکم دانسته‌اند به خاطر این بوده که تقاص را موضوعی خطرناکی دانسته و استیفاء حق را وظیفه حاکم می‌دانند (نجفی، ۱۳۹۸ق، ج ۴۰، ص ۳۸۷). برخی دیگر در امور مالی مطلقاً قائل به جواز تقاص بدون مراجعه به حاکم شده و در قصاص نفس و عضو نیز همین حکم را اقوی دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۵ق، ج ۶، ص ۷۲۷). در صورتی که اصل تقاص را مجاز بدانیم شرط ابتدایی مراجعه به حاکم تأثیری در جواز آن نخواهد داشت و طلبکار می‌تواند از ابتدا متصل به تقاص شود. بر اساس فواید و کارکردهای تقاص و کمکی که می‌تواند به محاکم در مسئله کاهش مراجعات داشته باشد امکان مراجعه به دادگاه مانع تقاص نیست و طلبکار می‌تواند در کنار مراجعه به دادگستری از تقاص هم استفاده نماید (تقی‌زاده داغیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰).

تقاص تا جایی مجاز است که سبب فتنه نشود (حلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۱۱۱ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۳). اگر تقاص سبب زیان و مفسده‌ای باشد که نسبت به موضوع تقاص و نفعی که از تقاص عاید تقاص‌کننده می‌شود قابل ملاحظه باشد (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۲۳) نمی‌توان تقاص کرد.^{۱۱} هرچند زبانی را که مانع تقاص است زیان جسمی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸) ولی با توجه به اینکه یکی از مبانی تقاص لاضرر است (تقی‌زاده داغیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰) در صورتی که ضرر تقاص بیش از منفعت آن باشد، بدون توجه به متضرر (اعم از این که بدهکار، ثالث، نظم عمومی و یا هر شخص دیگر باشد) تقاص ممنوع است. برخی در تقاص گفته‌اند طلبکار می‌تواند به زور تقاص نماید ولی میزان استفاده از آن را بیان نکرده‌اند (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶). ولی اگر در مقام تقاص مجبور باشد «به همراه مال خود مال دیگری را هم بردارد یا اگر اخذ حق متوقف بر سوراخ کردن دیوار یا شکستن قفلی باشد، این امر جایز است و به حسب ظاهر ضمانتی نیز وجود ندارد» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۶). در مواردی که تقاص طلب، متوقف بر اخذ بیشتر طلب باشد و طلبکار اقدام به آن نماید، مقدار اضافه در ید او امانت است و بایستی آن را به صاحب مال رد نماید. در این صورت اگر مال بدون تقصیر او و بدون تأخیر در رد تلف شود

ضمانی بر عهده تقاص کننده نخواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۵، ج ۶، ص ۷۱۷). در این موارد در صورتی که بعداً مشخص شود شرایط تقاص فراهم نبوده، احکام تقاص بر رابطه طرفین حاکم نبوده و عمل تقاص کننده بدون در نظر گرفتن تقاص توصیف خواهد شد. همچنین است در مواردی که بعداً مشخص شود تقاص کننده در انجام تقاص (اصل طلب، میزان آن، نوع طلب و یا هر کدام از ارکان دیگر آن) در اشتباه بوده و به واسطه این اشتباه نتوان احکام تقاص را بر او بار نمود.

۴. عناصر سلف-هلمپ

۴-۱. واجب الوفا بودن، عین نبودن و امتناع متعهد از ایفای آن

تمسک به سلف-هلمپ و استیفای حق بدون مراجعه به مراجع صالحه در صورتی ممکن است که شرایط وفا فراهم بوده، مقید به زمان نبوده و یا موعد مطالبه رسیده باشد. اگر مطالبه حق موضوع سلف-هلمپ مشروط به شرایطی باشد یا مطالبه آن مقید به زمان خاصی، قبل از حصول شرط یا رسیدن موعد نمی توان اقدام به سلف-هلمپ نمود (ماده ۵۶۲ قانون مدنی آلمان). علی رغم این که گفته شده موضوع سلف-هلمپ بایستی عین نباشد، در حقوق ایالات متحده مواردی را که اشخاص اعیان اموال متعلق به خود را بدون مراجعه به دادگاه استیفا می نمایند مشمول سلف-هلمپ دانسته اند ولی دیدگاه کلی این است که موضوع سلف-هلمپ بایستی عین متعلق به خود شخص نباشد. در این صورت که فرد مال متعلق به خود را که نزد دیگری است برمی دارد موضوع را مشمول سلف-هلمپ ندانسته اند (Glatt, 2013). در صورتی که بدهکار یا مدیون حاضر به پرداخت بدهی باشد طلبکار نمی تواند به سلف-هلمپ متمسک شود. بدهکار یا متعهد بایستی از پرداخت بدهی یا انجام تعهد امتناع نماید (Hogg, 2011, p.343). برای حصول این شرط طلبکار ابتدا بایستی مطالبه طلب نماید و در صورت استتکاف اقدام به سلف-هلمپ کند. ولی در حقوق آلمان و مقررات بیع بین المللی کالا امکان مراجعه به دادگاه مانع سلف-هلمپ نیست (Stone, 1995, p.292, Schewe, 1981, p.244، ماده ۵۶۲ قانون مدنی آلمان و ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا).

۴-۲. مخالف نبودن با نظم عمومی

سلف-هلمپ در صورتی مجاز است که باعث اخلال در نظم عمومی نشود. هر چند

قانون‌گذار این نهاد را به رسمیت شناخته، لکن شرط لازم برای اجرای آن حفظ نظم عمومی است. در ایالات متحده آمریکا و انگلستان در صورتی که سلف-هَلپ باعث اخلال در نظم شود ممنوع است (Mc Robert, 2012, p561, Garner, 1388, p1391).

۵. مقایسه تقاص با سلف-هَلپ

از مطالعه معانی، عناصر و پیشینه «تقاص»، «سلف-هَلپ» و «سلف-استایلِف» مشخص می‌شود این نهادها دارای مشابهت‌های قابل توجهی هستند. این شباهت‌ها هم در معنی و مفهوم آن‌ها وجود دارد و هم در عناصر آن‌ها. به گونه‌ای که معنی تقاص در سیستم فقه امامیه همان معنا و مفهومی را به ذهن تداعی می‌کند که سلف-هَلپ و سلف-استایلِف در سیستم‌های حقوقی مورد مطالعه به ذهن تداعی می‌کنند. هم‌چنین عناصری که برای نهاد تقاص و سلف-هَلپ بیان شده بسیار مشابه و نزدیک به هم است. در نتیجه این شباهت‌ها می‌توان گفت در سیستم‌های حقوقی که در این پژوهش مورد مطالعه قرار گرفته‌اند معادل صحیح تقاص سلف-هَلپ و سلف-استایلِف می‌باشد و از مجموع تعاریف ارایه شده تقاص و سلف-هَلپ نهادی حقوقی هستند که به موجب آنها «دائن شخصاً و نه از طریق مراجعه به مراجع صالحه قانونی معادل طلبی که از بدهکار دارد (قیمتاً، مثلاً یا بدلاً) بدون رضایت و قصد مدیون تملک می‌نماید».

۶. منابع تقاص

۶-۱. قانون

در قوانین ایران تقاص، محجور مانده و در مواردی عبارات قانون‌گذار به گونه‌ای است که ظاهراً با آن مخالف است. قانون مدنی در بیان اسباب سقوط تعهدات نامی از تقاص نبرده و اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات را دادگستری دانسته است. بر این اساس اشخاص از اعمال شخصی حق منع شده و بایستی از طریق مراجع قانونی اقدام نمایند.^{۱۲} برخی معتقدند قانون‌گذار در مسئله تقاص سکوت کرده و از باب اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان به آن استناد نمود (سعادت مصطفوی و آزادداور، ۱۳۸۸، ص ۶۱)، ولی نمی‌توان به این ظاهر اعتماد کرد و اصل ۱۶۷ قانون اساسی را بایستی با توجه به اصل ۱۵۹ تفسیر کرد. که نتیجه آن عدم سکوت قانون‌گذار در مسئله

احقاق حق، قضایی دانستن آن و منع احقاق شخصی حق است. موارد دیگری هم وجود دارد که قرینه ممنوعیت تقاص است:

۱. عدم جواز فروش عین مرهونه: در موردی که مرتهن وکالت در فروش

عین مرهونه را ندارد مطابق ماده ۷۷۹ قانون مدنی بایستی به حاکم رجوع نماید. در موردی هم که مرتهن برای استیفای حق خود از عین مرهونه یا قیمت آن وکالت دارد (ماده ۷۷۷ ق.م) شخصاً حق استیفای حقوق خود را نداشته و بایستی از طریق مراجع قانونی، دادگاه و یا اجرای ثبت، اقدام نماید. در مواردی ممکن است طرفین یک رابطه حقوقی در خصوص نحوه استیفای دیون ناشی از آن رابطه توافق نمایند و مدیون به دائن اختیار دهد که بدون مراجعه به دادگاه طلب خود را از اموال دائن استیفاء نماید. اختیاری که به این ترتیب مدیون به دائن می‌دهد حاوی دو موضوع است: ۱- محاسبه دین. ۲- استیفای آن از مال مدیون. هرچند در نگاه نخست ممکن است با استناد به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی حکم بر صحت و نفوذ چنین قراردادی شود ولی شرط لازم برای معتبر بودن قراردادهای خصوصی مخالفت صریح نداشتن آن‌ها با قانون است و از آنجا که اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع رسمی تظلمات و شکایات را دادگستری دانسته است، هر توافقی که نافی صلاحیت دادگستری و پذیرش دادگستری خصوصی باشد مخالف صریح اصل ۱۵۹ قانون اساسی و فاقد اعتبار است.

۲. لزوم وجود اذن پدر یا جد پدری برای دختر باکره جهت ازدواج: اگر ولی بدون

علت موجه از دادن اجازه ازدواج دختر باکره مضایقه نماید دختر بایستی ابتدا از دادگاه اخذ اجازه نماید (ماده ۱۰۴۳ ق.م). دختر نمی‌تواند رأساً اقدام به ازدواج نماید، حتی اگر دسترسی به دادگاه نداشته باشد یا متعسر از آن باشد. تعیین تکلیف نسبت به اذن پدر شرط واجب است و اگر پدر بدون علت معقول از دادن اذن امتناع نماید «قانون مدنی برای پیشگیری از مفاسد و حل مشکلات و تخصیصات و به بن‌بست نرسیدن روابط اجتماعی، با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی در این گونه موارد، مسأله را موکول به اجازه حاکم شرع نموده است» (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۵۵).

۳. ممنوعیت فروش مبیع قبل از فسخ: به جواز فروش مبیع قبل از فسخ در

مواردی که بایع حق فسخ بیع را دارد به تردید نگریسته شده و گفته شده «اگر قائل به

وجود حق بازفروش برای فروشنده پیش از فسخ معامله گردیم، در واقع به تصرف در مال غیر حکم داده‌ایم، مگر این که این عمل را از باب تقاص که در فقه پذیرفته شده است مجاز بدانیم» (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۴۴۰). بعضی آن را «تصرف در مال غیر و تابع احکام معامله فضولی» (اصغری آقمشهدی و زارعی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۳) دانسته‌اند.

۴. لزوم طرح دعوی استرداد در صورت ورشکستگی تاجر: قانون تجارت در فصل

دهم در قسمت ورشکستگی بعضی اموالی را که نزد تاجر ورشکسته است قابل استرداد می‌داند. هرچند در این موارد امکان استرداد شناسایی شده ولی هم‌چنانکه از عنوان فصل فهمیده می‌شود^{۱۳} مدعی استرداد بایستی طرح دعوا نماید (اسکینی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۱ و دمرچیلی، ۱۳۸۴، ص ۸۰۶). صرفاً در مورد مواد ۵۳۲ و ۵۳۳ مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر می‌تواند تقاضای استرداد را بپذیرد که این هم تقاص نیست. در عرف جامعه تقاص منوط به وضعیت طرفین دارد. در صورتی که از جهات مختلف برای طلبکار ممکن باشد معمولاً تقاص صورت می‌گیرد.

۶-۲. قرآن

آیاتی که در قرآن کریم برای جواز تقاص مورد استفاده قرار گرفته‌اند به صورت اختصاصی مرتبط با تقاص نیستند و کسانی که به این آیات برای جواز تقاص استناد نموده‌اند اگرچه مستقیماً آن‌ها را دال بر جواز تقاص می‌دانند ولی همانگونه که آیات صراحت دارند همگی بر معنای عامی دلالت دارند که جواز تقاص را نیز می‌توان از موارد و مصادیق دلالت آن‌ها بر شمرد (فلاح و عباسپور، ۱۳۸۵، ۱۳۴). از جمله آیاتی که برای جواز و مشروعیت تقاص به آن‌ها استناد شده به شرح ذیل می‌باشند:

۱. «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ

الْمُتَّقِينَ» (بقره/ ۱۹۴) (پس هر کس بر شما ستم کرد شما هم به همان اندازه که بر شما

ستم کردند بر آنان ستم کنید). در تفسیری که از این آیه صورت گرفته ضمن تأکید

جواز تقاص شروط اعمال تقاص به این شرح بیان شده است: ۱- لزوم نقض حق

برای جواز تقاص و مقابله. ۲- تقاص و مقابله حتک حرمت نیست بلکه استیفاء

حق است. ۳- مباح بودن نقض امنیت و سلامت خون و مال مقاص‌علیه در

تقاص (تفسیر المیزان، <http://tadabbor.org/?page=tadabbor&SOID=2&AYID=194&TPIV=T2>).

۲. «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده / ۴۵). (و ما در تورات علیه یهودیان در باب قصاص حکم کردیم به اینکه جان قاتل در برابر قتلش و چشم جنایتکار در برابر چشمی که از دیگری کور کرده و بینی جانی در برابر بینی دیگری که بریده است و گوش او در برابر گوشی که صدمه زده و دندان او در برابر دندانی که آسیب رسانده، گرفته شود و هر جراحی که جانی بر دیگری وارد آورده بر او وارد نمایند و قصاص بگیرند، مگر اینکه آسیب دیده، احسان کند و قصاص نخواهد، در این صورت این عمل او کفاره گناهانش می شود و کسی که مطابق آنچه خدا نازل کرده حکم نکند همانا از ستمکاران است). این آیه در مورد تقاص دارای نکات کاربردی ذیل است: ۱- جواز قصاص (تقاص) در اقسام مختلف جنایت. ۲- لزوم برابری تقاص با موضوع آن و جائز نبودن اخذ بیشتر. ۳- امکان ابراء بدهکار و عدول از دین (تفسیر المیزان، <http://tadabbor.org/?page=tadabbor&SOID=5&AYID=45,46&TPIV=T2>).
۳. «قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَآتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَحَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ» (نحل / ۲۶) (و به تحقیق کسانی که پیش از آنها بودند نیرنگ زدند، پس خدا بنیانشان را از پایه سست نمود و سقف از فرازشان بر آنها فرو افتاد و عذاب از آن جاییکه نمی دانستند به آنها رسید). این آیه هر چند صراحتاً اشاره ای به تقاص و مقابله به مثل نکرده است، لکن برخی با توجه به سیاق عبارات ماده از آن به عنوان یکی از منابع مشروعیت تقاص نام برده اند (نجفی، بی تا، ج ۴۰، ص ۳۸۹ به نقل از سعادت مصطفوی و آزادداور، ۱۳۸۸، ص ۴۶).
۴. «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» (شورا / ۴۰) (و کیفر بدی، بدی مانند آن است، و کسی که از کیفر دادن صرف نظر کند و به این وسیله طرف را اصلاح نماید، پاداشش به عهده خداست، همانا خدا ظالمان را دوست ندارد). مطابق با این آیه مجازات هر بدیی، بدیی است همانند آن (مانند کشتن و بریدن و جراحی زدن، در برابر مثل آن و بدل مالی در مقابل تلف آن)

۶-۳. روایات

محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن أبي عمير و عن داود ابن زریبی قال: قلت: لأبي الحسن موسى (ع): إني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها، والدابة الفارمه فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال فلي أن أخذه؟ قال: «خذ مثل ذلك و لاتزد عليه» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۱، ص ۲۰۱). «یعنی من با حکومت یا با برخی گروه‌ها مرادده دارم. گاهی کنیز و مرکب مرا تصاحب می کنند و پس از مدتی اموالی از آن‌ها به دستم می‌رسد. آیا می‌توانم بگیرم؟ فرمود: «مثل آن را بگیر نه بیشتر» (تقی‌زاده‌داغیان، ۱۳۸۷، ص ۱۹۶).

صحيحه ابوبكر الحضرمي عن أبي عبدالله (ع) قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم، فجددني و حلف عليها؛ أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن أخذ منه بقدر حقّي؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام. قلت: و ما هو؟ قال: «تقول: اللهم إني لا أخذه، لم أخذه، لن أخذه ظلماً و لا خيانه و إنما أخذته مكان مالي الذي إخذ منّي لم أزد شيئاً عليه» (شيخ طوسي، منبع الكترونيك، بيتا، ج ۳، ص ۵۳). «یعنی: گفتم: فردی مبالغی را که از من بر ذمه دارد، انکار می‌کند و بر آن سوگند یاد می‌کند. آیا جایز است اگر از او مبالغی بدست من رسید به قدر حَقِّم از آن بردارم؟ فرمود: آری و برای این عمل کلامی است. گفتم چیست؟ فرمود: می‌گویی خدایا من آن را به ظلم و خیانت نگرفتم، بلکه به جای مالی که از من گرفت، می‌گیرم و چیزی نمی‌افزایم» (تقی‌زاده‌داغیان، ۱۳۸۷، ص ۱۹۵).

۶-۴. اجماع

فقها جواز و حلیت تقاص را مورد اجماع دانسته‌اند (سعادت مصطفوی و آزادداور، ۱۳۸۸، ۴۹). فقهای معاصر نیز به مسئله تقاص پرداخته و آن را شناسایی نموده‌اند:

۱. اصل مسئله تقاص مشروع است (سیستانی، پرسش شماره ۱۲۴۲۶۱، مورخ

7/Dec/2013).

۲. باید اول به حاکم شرع مراجعه کنند و حاکم شرع به بدهکار اخطار نماید و اگر ترتیب اثر نداد، با اجازه حاکم شرع در برابر مطالباتی که دارد تقاص

کند (مکارم شیرازی، پرسش شماره ۹۵_۱۶_۰۹_۹۲، مورخ ۲۳/۰۱/۱۴).
۳. تقاص از طلبکار در صورتی مجاز است که بدهکار، بدهی خود را انکار کند یا در پرداخت آن کوتاهی کند و برای رسیدن به حق راهی جز تقاص باقی نباشد؛ در غیر این صورت برداشتن مال از او بدون اذن و تصرف در آن جایز نیست. اگر بدهکار بدهی خود را انکار کند و یا بدون عذر در پرداخت آن کوتاهی نماید، طلبکار می‌تواند از اموال او تقاص نماید. البته اگر در این زمینه قانونی وجود داشته باشد باید مراعات گردد
(<http://www.leader.ir/fa/search/%D8%AA%D9%82%D8%A7%D8%B5/all/all/1>).

۵-۶. رویه قضایی

در حقوق ایران رویه قضایی کامل و دقیقی در خصوص تقاص وجود ندارد ولی برخی آراء در موارد خاصی که مرتبط با موضوع می‌باشند وجود دارد: رویه قضایی در مواردی به گونه‌ای عمل نموده که گویی تقاص را مجاز دانسته است و کسی را که در مقام تقاص از مال مورد امانت است فاقد عنصر لازم برای تحقق جرم خیانت در امانت دانسته و عملش را فاقد وصف کیفری (رأی شماره ۹۸۹-شعبه ۵ دیوان عالی کشور- ۱۳۱۹/۰۹/۱۹). هم‌چنین کسی را که به منظور احقاق حق خویش و نه به قصد اضرار به دیگری در مال دیگری تصرف نماید سارق ندانسته است (رأی فرجامی ۲/۳۶۸۷/۹) (مدرسان دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۴۹).

۷. منابع سلف-هلمپ

۱-۷. قانون متحدالشکل شرایط فروش ایالات متحده آمریکا

کنگره در «قانون متحدالشکل شرایط فروش»^۴ سلف-هلمپ را به عنوان روشی برای جبران خسارت پذیرفته است. مقررات متحدالشکل تجاری از سال ۱۹۵۰ سلف-هلمپ را پذیرفت (Mc Robert, 2012, p.569). «در مقررات متحدالشکل تجاری ایالات متحده، سلف-هلمپ جایگاه ویژه‌ای دارد. این قانون به طلبکار اجازه می‌دهد: ۱- در صورت امتناع متعهد از ایفای تعهد طرح دعوا نماید. ۲- اموال متعلق به بدهکار را که موضوع رهن یا وثیقه است یا طلبکار نسبت به آن حق اولویت دارد تصرف نماید. ۳- اموال

مذکور را از طریق عمومی یا خصوصی به فروش برساند. ولی ورشکستگی مانع سلف-هلمپ است» (Schewe, 1981, p.244). مطابق با این قانون طلبکار رأساً و بدون نیاز طرح دعوا می‌تواند طلب خود را از اموال مدیون وصول نماید. حتی این قانون حق فروش اموال را برای طلبکار قائل شده و به او اختیار داده در صورتی که به جای طلب عین مالی را برمی‌دارد، آن را از طریق عمومی یا خصوصی (حراج و یا به مشتری خاص) فروخته و طلب خود را از آن وصول نماید.

۲-۷. رویه قضایی ایالات متحده آمریکا

در ایالات متحده ابتدا دادگاه‌ها در قرن ۱۹ تقاص را پذیرفتند. دیوان کشور ایالات متحده در سال ۱۸۴۲ راجع به این موضوع بحث کرد (Prig v. Pennsylvania). در مسئله فسخ مراجعه به دادگاه احتیاج نیست و فسخ صرفاً با اخطار به طرف مقابل صورت می‌گیرد (Hogg, 2011, p.410). این نوع جبران خسارت نوعی سلف-هلمپ است. «سیستم حقوقی آمریکا و پارلمان انگلستان در طول زمان به گونه‌ای تکامل یافتند تا به این نتیجه رسیدند که سلف-هلمپ بدون خشونت می‌تواند منشأ مذهبی داشته باشد و راه حل مناسب اختلافات باشد. حقوق آمریکا توسعه یافته تا شناسایی و ترکیب نماید تعداد زیادی از دعاوی سلف-هلمپ را ولی استفاده از نیروی فیزیکی را رد می‌کند» (www.CISG.Law.pace.edu/cisg/biblio/taylor.html).

۳-۷. کامن‌لو

حقوق انگلستان در ابتداء با سلف-هلمپ مخالف بود و آن را اهانت به پادشاه و دادگاه او می‌دانست ولی به آرامی این مخالفت کم شد. حقوق قبل از استعمار انگلستان، جبران خسارت محدودی بدون مراجعه به دادگاه مشروط بر اینکه موجب اخلال در نظم نشود مجاز می‌دانست (Mc Robert, 2012, p.569). در حقوق قراردادهای انگلستان سلف-هلمپ یکی از طرق جبران خسارت است. در مواردی مشتری و در مواردی بایع می‌توانند برای جبران خسارات خود بدون لزوم مراجعه به دادگاه شخصاً و از طریق سلف-هلمپ طلب خود را وصول نمایند.

۷-۴. قانون اجاره املاک

«روش جدید جبران خسارت اجور معوق تجاری بعد از آپریل ۲۰۱۳ اجرایی شده است. این روش که برای مطالبه اجاره معوق تجاری است (CRAR) نوعی جبران خسارت از طریق سلف-هپ برای مالکان است. به موجب آن مالکان می‌توانند نماینده اجرا اجیر نمایند و عرصه و اعیان را قبض نموده یا از طریق اقدام شخصی یا مراحل قضایی^{۱۵} اجور معوق را وصول نمایند» (http://www.newlawjournal.co.uk/nlj13, August 2013 و Markesinis, Unberath, Johnston, 2006, p.534).

۷-۵. قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹

ماده ۵۶ این قانون ظاهراً با سلف-هپ مخالفت کرده و مقرر داشته: «در مواردی که حق، وظیفه یا مسئولیتی که به موجب این قانون ایجاد شده (نقض شود)، در صورتی که در این قانون به گونه‌ای دیگر مقرر نشده باشد، الزام آن با طرح دعوا است.» ولی جدای از این که در این قانون مواردی از جبران خسارت شخصی ملاحظه می‌شود، وجود این ماده دلیلی بر وجود جبران خسارت شخصی در حقوق انگلستان است که قانون‌گذار خواسته در محدوده این قانون آن را محدود نماید. قانون فروش کالا در مواردی برای مشتری و در مواردی برای بایع حق سلف-هپ قائل شده است: «جبران خسارت اصلی و اولیه خریدار در صورت نقض قرارداد توسط بایع ردّ کالا و در صورت لزوم، لغو و ردّ کردن قرارداد است. حق فسخ قرارداد در صورتی ممکن است که نقض بایع به اساس قرارداد لطمه زند» (Atiyah's, 2010, p.497). در این موارد احتیاجی به طرح دعوا نیست و مشتری می‌تواند بدون مراجعه به دادگاه، قرارداد را باطل نماید (Mc Kendrick, 2009, p.312). مطابق با ماده ۴۸ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ در صورتی که مشتری از پرداخت ثمن امتناع نماید بایع حق دارد علیه او طرح دعوا نماید. در مواردی بایع می‌تواند بدون طرح دعوا جبران خسارت نماید. از جمله در مواردی که مشتری ثمن را پرداخت نکرده بایع می‌تواند از تسلیم آن امتناع نموده یا در صورتی که آن را تحویل مؤسسه حمل و نقل داده کالا را پس بگیرد. در مواردی که کالای موضوع قرارداد فاسد شدنی است و خریدار در زمان متعارفی ثمن را پرداخت نمی‌کند، بایع مستحق است تا مبیع را بفروشد. در این صورت با فروش، قرارداد نخست را باطل می‌کند (Stone, 1995, p.292).

۶-۷. قانون مدنی آلمان

معادل آلمانی تقاص «سلب-استورمام»^{۱۶} و سلب-استایلف^{۱۷} است. در قانون مدنی آلمان سلب-تلفی جایگاه ویژه‌ای دارد: ماده ۲۲۱ در بیان انواع روش‌های اجرای حق از سلب-تلفی برای اجرای حق استفاده کرده و آن را به رسمیت شناخته است. ماده ۲۳۱ محدودیت‌های سلب-تلفی را بیان کرده است.^{۱۸} ماده ۲۳۱ مربوط به اجرای اشتباه سلب-تلفی است.^{۱۹} موضوع ماده ۵۶۲: سلب-تلفی ادعایی برای پس‌گیری است.^{۲۰} ماده ۶۳۷ در بیان انواع مقررات ویژه به منظور فسخ و خسارات، سلب-تلفی را یکی از آنها می‌داند. ماده ۸۵۹ به مسئله سلب-تلفی توسط متصرف می‌پردازد^{۲۱} و ماده ۸۶۰ به مسئله سلب-تلفی توسط نماینده.^{۲۲} مطابق ماده ۵۶۲ ق.م آلمان موجر نسبت به اموالی که از مستأجر در اختیار دارد به منظور جبران خساراتی که مستأجر وارد کرده حق وثیقه دارد. مطابق با قسمت «ب» این ماده موجر بدون احتیاج مراجعه به دادگاه می‌تواند این حق خود را اجرا نماید. ولی در مسئله روش اجرا در حقوق آلمان گفته شده «بر خلاف حقوق انگلستان که در مسئله اجاره املاک امکان سلف-هپ وجود دارد در حقوق آلمان سلف-هپ مجاز نیست» (Markesinis, Unberath, Johnston, 2006, p.403).

۷-۷. کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا

ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یکی از طرق جبران خسارت را سلف-هپ دانسته (Schlechtriem, 2009, p.172) تا از این طریق «از بروز خسارت پیش‌تر و یا تحمل تکالیف بیش‌تر خودداری نماید» (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۴۳۱). در این کنوانسیون به سه طریق از سلف-هپ استفاده می‌شود:

مطابق بند ۱ ماده ۸۸ در صورتی که طرف دیگر در پس گرفتن کالا، پرداخت ثمن یا پرداخت هزینه‌های حفظ کالا تأخیر ورزد شخصی که مراقبت کالا با او است می‌تواند آن را به طرق مقتضی بفروشد. مثال: جمهوری اسلامی ایران از ایالات متحده آمریکا تجهیزات الکتریکی خریداری کرده بود ولی ثمن را نپرداخت. فروشنده از حق سلف-هپ خود استفاده کرده و کالاهایی را که خریدار تحویل نگرفت فروخت. دیوان داوری ایران-آمریکا تشخیص داد که فروش بر اساس سلف-هپ مطابق با قواعد بین‌المللی ثبت شده در ماده ۸۸ کنوانسیون بوده است (Schlechtriem, 2009, p.342).

شخصی که مدیریت و نگهداری کالاها با او است در صورتی که مدیریت و نگهداری آنها متضمن هزینه‌های نامعقولی است یا در صورتی که ممکن است کالا خراب شود می‌تواند آن را از طریق سلف-هپ بفروشد (Schlechtriem, 2009, p.342). البته الفاظ کنوانسیون به ترتیبی است که شخص نگهدارنده کالا موظف به فروش می‌باشد و «در صورتی که به این تکلیف خود عمل ننماید ضامن بوده و مسئول جبران خسارات صاحب مال خواهد بود» (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۴۳۲).

شخصی که اقدام به فروش کالاهایی بر اساس بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون می‌کند حق دارد هزینه‌های مصرفی خود را بابت کالا یا فروش از حاصل فروش مستقیماً برداشت کند. بند ۳ ماده ۸۸ در این باره مقرر می‌دارد: «شخصی که اقدام به فروش می‌کند حق دارد از حاصل فروش مبلغی معادل هزینه‌های متعارف نگهداری کالا و فروش آنها بردارد».

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا استفاده از سلف-هپ می‌تواند از طریق حراج عمومی یا طریق دیگری باشد. مانند این که خود شخص کالا را به قیمت بازاری بردارد. البته کسی که می‌خواهد از طریق سلف-هپ کالا را بفروشد بایستی مطابق با بند ۱ ماده ۸۸ به طرف مقابل اطلاع معقولی از قصد خود بدهد. در غیر اینصورت بایستی خسارتی را که به دیگری وارد شده جبران نماید. ولی مطابق با بند ۱ ماده ۶۳ در صورتی که زمان خاصی برای تحویل کالا توسط خریدار تعیین شده بعد از انقضای آن مدت فروش کالا از طریق سلف-هپ مسئولیت آور نیست (Schlechtriem, 2009, p.342).

۷-۸. تجارت الکترونیک

در تجارت الکترونیک سلف-هپ روشی برای مقابله با مشکلات فروش از طریق وب یا فروش آنلاین است. سنگ محک طرفداران سلف-هپ طرح‌های: علائم تجاری عادلانه (اعتماد به علائم)، پرداخت واسطه‌ها و حل اختلاف جایگزین است. این مکانیسم‌ها در حال حاضر به این خاطر مورد توجه می‌باشند که اختلافات و اعتراضات مشتری ارزش رسیدگی دادگاه‌ها را ندارند (Dickie, 2005, p.29).

یکی از مکانیسم‌های عمل سلف-هپ استفاده مشتری از پرداخت مشخص و با واسطه مطمئن مانند کارت‌های اعتباری است. کارت‌های اعتباری می‌توانند به اعتماد

مجدد مشتری و صحت تجارت آنلاین کمک کنند. کمپانی‌های صادر کننده کارت اعتباری اگر در خصوص کالا یا خدمات مشکلی ایجاد شود به راحتی می‌توانند پرداخت را متوقف نمایند. یک تاجر که باعث شکایات و اعتراضات نامناسبی شده ممکن است اجازه او در پرداخت قبول نشود (Dickie, 2005, p.31). سلف-هپ هم‌چنین در زمینه خرید پستی می‌تواند روش حل اختلاف جایگزین^{۳۳} توسط بخش خصوصی یا عمومی ارائه دهد. علی‌رغم منافع سلف-هپ، ولی برای حمایت از تجارت عادلانه قابلیت کمی دارد (Dickie, 2005, p.32). جامعه اروپا از سلف-هپ در زمینه‌های گد محصولات و سیستم حل اختلاف جایگزین حمایت می‌کند (Dickie, 2005, p.33).

جمع‌بندی

تقصای نهادی است در جهت احقاق حقوق اشخاص بدون لزوم مراجعه به دادگستری و یا سایر مراجع حل اختلاف. در فایده آن گفته شده: «اگر تقاضا مشروعیت نمی‌یافت چه بسا حقوق بسیاری از مردم به لحاظ این که دلیل کافی برای اثبات حق خویش در محاکم نداشتند ضایع می‌شد. شریعت کامل شریعتی است که عدم تشریح قانون در آن موجبات تضییع حقی را فراهم نیاورد» (فلاح و عباسپور، ۱۳۸۵، ص ۱۴۳).

بر اساس نتایج به دست آمده از این پژوهش در قوانین جمهوری اسلامی ایران دادگستری و سایر مراجع حل اختلاف تنها طرق احقاق حق بوده و تقاضا شناسایی نشده و مطابق با اصل ۱۵۹ قانون اساسی ممنوع است، ولی فقه امامیه به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق ایران، تقاضا را شناسایی نموده و آن را مجاز می‌داند. دکتترین حقوقی نیز دلالت بر شناسایی تقاضا به عنوان روشی برای جبران خسارت دارد. در سیستم‌های حقوقی انگلستان و ایالات متحده آمریکا سلف-هپ یکی از طرق جبران خسارت غیرقضایی است که فواید قابل ملاحظه‌ای از جمله کاهش مراجعه به دادگستری دارد که شهروندان از مزایای آن استفاده می‌کنند.

معنا، مفهوم و عناصر هر دو عبارت «تقاضا» و «سلف-هپ» تقریباً مشابه با هم بوده و هر دو به مفهوم: «احقاق شخصی حق بدون مراجعه به مراجع رسمی احقاق حق» می‌باشند. عناصر تقاضا و سلف-هپ در موارد ذیل با هم مشترکند: واجب الوفا بودن موضوع آنها، عین نبودن موضوع آنها، امتناع متعهد از ایفای موضوع آنها و

مخالفت نداشتن با نظم عمومی.

با توجه به مفهوم و عناصر این دو معادل صحیح «تقاص» در حقوق کشورهای انگلستان و ایالات متحده آمریکا و مقررات بیع بین‌المللی کالا «سلف-هلیپ» و در حقوق آلمان «سلب-استایلِف و سلب-استورمام». هم‌چنین اصطلاحاتی مانند «جبران خسارت بدون توسل به مراجع قضایی»^{۲۴}، «جبران خسارت با اتکای به خود»^{۲۵}، «اجرای بدون دخالت دادگاه»^{۲۶} و «طلاق غیر رسمی بدون مراجعه به دادگاه»^{۲۷} اصطلاحات مشابه تقاص می‌باشند.

بعضی برای تقاص معادل (ونجنس)^{۲۸} و (ریتالیشن)^{۲۹} را قرار داده‌اند (مسجد سرایی، ۱۳۹۱، ص ۶۷۹) ولی این دو عبارت به ترتیب به معنای انتقام و انتقام جویی (باطنی، ۱۳۸۰، ص ۷۶۲) و قصاص و مقابله به مثل کردن است (باطنی، ۱۳۸۰، ص ۷۲۱ و Wehmier, 2005, p.1377). بعضی دیگر معادل تقاص را «توسیت-آف»^{۳۰} قرار داده‌اند (قلعه جی. د.، ۱۴۰۸ق، ص ۱۴۰)، در حالی که این عبارت به معنای تهاوتر است (باقری و دیگران، ۱۳۷۸، ص ۴۸۴ و ویکی‌پدیا دانشنامه آزاد فارسی ذیل لغت تقاص).

در نهایت با توجه به این که در قوانین جمهوری اسلامی ایران تقاص شناسایی نشده ولی وجود سوابق مناسب برای آن در فقه اسلامی و حقوق معاصر و کارایی این نهاد (حلّ اختلاف بدون مراجعه به دادگاه و صرف جویی در هزینه و وقت، تأثیری که در استقرار نظم اجتماعی دارد و جلوگیری از سوء استفاده‌هایی که در غیاب چنین نهادی می‌شود) قانون‌گذار می‌بایست اقدام مناسبی برای قانونی کردن تقاص با استفاده از نظر متخصصین و استفاده از منابع فقهی و تطبیقی انجام دهد.

یادداشت‌ها

1. Self-help

۲. اصل ۱۵۹ ق.ا

۳. ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م

۴. برای دیدن نظر مخالف مراجعه کنید به (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، ص ۳۰)

۵. ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، ص ۳۰؛ تقی‌زاده‌داغیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰؛ حاتمی، ۱۳۸۴، ص ۶۲

6. Self-help remedy: extrajudicial remedy

7. Reception

8. Retorsion (Retortion)

9. Teutonic

۱۰. برای مطالعه نظر مخالف رجوع شود به (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، ص ۳۴)

۱۱. برای دیدن نظر مخالف مراجعه شود به (محمدی، ۱۳۸۰، ص ۱۷۱)

۱۲. برای دیدن نظر مخالف مراجعه کنید به (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹، ص ۳۰)، بعضی در نقد اسباب

سقوط تعهدات نامی از تقاص نبرده‌اند (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۹)

۱۳. در دعوی استرداد

14. Uniform conditional sales Act

15. Collect

16. Selbstvornahme

17. Selbsthilfe

18. Limits of self-help

19. Self-help by mistake

20. Self-help; claim for return

21. Self-help by the possessor

22. Self-help by the agent in possession

23. ADR

24. extra- judicial remedy

25. self-redress

26. Extrajudicial enforcement

27-extra-judicial divorce

28. Vengeance

29. Retaliation

30. To set off

منابع

قرآن کریم

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، بیروت: لبنان، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع،

جلد ۷، چاپ سوم.

اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴)، *حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی*، تهران، انتشارات

سمت، چاپ نخست.

اصغری آقمشهدی، فخرالدین و زارعی، رضا (۱۳۸۹)، «حق بافروش کالا (مطالعه تطبیقی)»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۱۵، شماره ۵۷.

امینی، علی رضا و آیتی، محمد رضا (۱۳۹۰). *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، تهران: سمت، چاپ شانزدهم.

ایزائلو، محسن و میرشکاری، عباس (۱۳۸۹)، «تقاص»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۲، شماره ۳. باطنی، محمدرضا (۱۳۸۰)، *فرهنگ معاصر* (انگلیسی-فارسی)، تهران: فرهنگ معاصر، چاپ هشتم.

باقری، احمد و دیگران (۱۳۷۸)، *فرهنگ حقوقی مجدد*، تهران: انتشارات مجدد، چاپ اول
تقی زاده داغیان، مجتبی (۱۳۸۷)، «تقاص»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، دوره (ذکر نشده)، شماره ۲۷
جاویدان، محمود (۱۳۸۸)، *پاسخ قرآن به بعضی شبهات*، تهران: انتشارات اطمینان. چاپ اول.
جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول

همو (۱۳۸۶)، *الفارق*، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، جلد ۲
حاتمی، علی اصغر (۱۳۸۴)، «تقاص مال»، *مجله دانشکده علوم اسلامی دانشگاه سمنان*، دوره (ذکر نشده)، شماره ۱۲

حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البیت، چاپ الثالثة، جلد ۲۱.
حلی، ابی القاسم جعفر بن الحسن (۱۴۱۵)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: انتشارات بهمن، چاپ اول، جلد چهارم
دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرانی، محسن (۱۳۸۴)، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ چهارم.

راغب الاصفهانی، حسین بن محمد (بی تا)، *المفردات فی غریب القرآن*، مکتبه نزار مصطفی انباز، الجزء الاول.

رمضانی، محمود (۱۳۸۴)، *فرهنگ حقوقی مدین (انگلیسی-فارسی)*، تهران: نشر خط سوم، چاپ اول.
سعادت مصطفوی، مصطفی، آزادداور، مهدی (۱۳۸۸)، «تقاص، سببی در سقوط تعهدات»، *معارف اسلامی و حقوق*، سال دهم، شماره اول، پیاپی ۲۹.

صادقی، محسن (۱۳۸۴)، «نقدی بر اسباب سقوط تعهدات در قانون مدنی ایران با مطالعه تطبیقی»، *ماهنامه کانون*، سال چهل و هشتم، دوره دوم، شماره ۶۲

صفایی، حسین و دیگران (۱۳۸۷)، *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم

طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۵)، *العروه الوثقی*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم
طوسی، محمد بن الحسن (بی تا- منبع الکترونیک)، *الخلاف* [منبع الکترونیک]، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)

- طوسی، محمد بن الحسن بن علی (۱۳۵۱)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، الجزء السادس، الطبعة ثانی
- عاملي، محمد بن جمال الدين (شهيد الاول) (۱۴۱۰ق)، *اللمعه الدمشقيه*، قم، انتشارات داوری، چاپ اول
- فلاح، اکبر، عباسپور، زینب (۱۳۸۵)، «مروری بر مفهوم تقاض و مستندات آن از قرآن و روایات شیعه»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره (ذکر نشده)، شماره ۶
- قلعه جی، د.، ا.د محمد روا، صادق قنیزی، حامد (۱۴۰۸ق)، *معجم لغه الفقهاء، عربي-انگلیزی*، ریاض: جامعه الملك سعود فی جامعه البترول و المعادن، الطبعة الثانية
- قمی، أبو القاسم (بی تا)، *جامع الشتات (فارسی)*، با تصحیح مرتضی رضوی، جلد دوم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت*، تهران، نشر میزان، چاپ یازدهم
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- همو (۱۳۸۸)، قواعد فقه، بخش مدنی، *مالکیت - مسئولیت*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نوزدهم
- مدرسان دانشگاه آزاد اسلامی (۱۳۸۴)، «تقاض کیفری»، سال نهم، *ماهنامه شماره ۵۲*
- مسجد سرایی، حمید (۱۳۹۱)، *ترمینولوژی فقه*، تهران: انتشارات پیک کوثر، چاپ اول
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۷۷)، *مصطلحات الفقه*، قم: انتشارات الهادی، چاپ نخست
- مفید، محمد بن محمد النعمان (۱۴۱۰ق)، *المقنعه*، قم: موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية
- نجفی، محمد حسن (۱۳۹۸ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، الطبعة السادسة، الجزء الرابعون
- Adam B. Badawi, (2010), *SELF-HELP AND THE RULES OF ENGAGEMENT*, LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES, Washington University in St Louis.
- Atiyah's, *Sale of Goods*, 12th Edition, Pearson Education Limited, London
- Chandler, Jennifer A., (2010) *Technological Self-Help And Equality in Cyberspace*, McGill Law Journal, Vole.55, March 17, University of Ottawa- common law section
- Dickie, John, (2005), *Producers and Consumer in EU E-Commerce law*, Hat publishing- Oxford and Portland, Oregon, published in North America (US and Canada)
- Douglas I. Brandon et al. (1984) *self help: Extrajudicial rights, privileges and remedies in contemporary American society*, 37 VAND. I. REV. 345, 850
- Elizabeth A. Martin MA (axon), (1388) *Oxford law dictionary*, Oxford University press, 15th Edition, UK. 2003
- Garner, Bryan A., *Black's law Dictionary*, نشر میزان
- Gergen, Mark P.A(2009), *theory of self-help remedies in contract*, <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs>

- Glatt, Ephraim, (2013) *Give Me Back My Bicycle: The Use of Force to Recapture Chattel According to American Law*, Gonzaga Journal Of International Law, Gonzaga University
- Hogg, Martin, (2011) *Promises and Contract law*, Comparative and perspective, Cambridge University press
- Markesinis, Sirbasil, Unberath, Hannes, Johnston, Angus(2006), *The German Law Of Contract: A Comparative Treatise*, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing
- Mc Kendrick, Evan (2009), *Contract Law 8th Edition*, Palgrave Macmillan Publishing
- Mc Robert, Ryan, (2012) *Defining "Breach of peace" in self-help repossessions*, Washington Law Review , Vol. 87
- Richard, Stone, (1995) *Contract Law*, Greet Britain, Cavendish Publishing
- Schewe, Bruce V. (1981) *Civilian Thoughts On U.C.C. Section 9-503 Self-Help Repossession: Reasoning In A Historical*, Available at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol42/iss1/10>
- Schlechtriem, Petre & Butler, Petra, (2009) *UN law on International sales*, The UN convention on the international sale of goods, Springer-verlag, Berlin Heidelberg
- Taylor, Celia R. (1988) *Self-help in contract law*, (www.CISG.Law.pace.Edu/cisg/biblio/taylor.html)
- Wehmeier, Sally, (2005) *Oxford Advanced Learners Dictionary of current English*, Oxford university press, 7th edition
- <http://tadabbor.org/?page=tadabbor&SOID=42&AYID=40>
- www.CISG.law.pace.edu/CISG/biblio/taylor.html
- <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/>
- www.wikipedi.org